

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, née le [...], demeurant à [...],
appelante,
comparant par Maître Pierre Goerens, 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 4 mars 2016, X a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 15 janvier 2016, dans la cause pendante entre elle 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 Pierre Goerens, pour l'appelante, maintint les moyens et conclusions de la requête d'appel déposée au siège du Conseil supérieur le 4 mars 2016.

Madame Jessica Ribeiro De Matos, pour l'intimé, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 15 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 1^{er} février 2010, X s'est inscrite comme demandeur d'emploi auprès de l'Agence pour le développement de l'emploi (ADEM) et, sur demande de sa part, elle a été admise au bénéfice des prestations de chômage complet à partir de cette même date.

Suivant rapport numéro R25200 dressé le 10 juin 2011 par la Police de Luxembourg, X s'était - en date du 14 juin 2010 - cassé le bras dans le local « A » sis à [...] Luxembourg, en ayant déclaré aux agents de police venus sur les lieux, qu'il ne s'agissait pas d'un accident du travail dans la mesure où elle ne travaillait pas dans le local, mais ne disposait que d'une « sous-gérance » sans contrat de travail et sans rémunération.

Suivant rapport d'enquête dressé le 12 août 2010 par le service contrôle de l'ADEM, X bénéficiait à partir du 10 mai 2010 de la licence de cabaretage n°[...] l'autorisant à « gérer le débit de boissons alcooliques à consommer sur place au n°[...] à [...] Luxembourg pendant les absences de B et pour le compte de celui-ci/celle-ci » (article 1^{er} de l'autorisation) et qu'en l'absence du débitant en titre le débit de boissons alcooliques ne peut être ouvert au public que si Madame X est présente dans les locaux » (article 2 de l'autorisation).

Suivant procès-verbal numéro JDA-14199-1 dressé le 26 avril 2011 par la Police de Luxembourg lors d'un contrôle de la licence de cabaretage, X était à nouveau présente dans le local « A », ce derrière le comptoir.

En considération des susdits faits, la Commission spéciale de réexamen de l'ADEM a, suivant décision du 12 décembre 2012, après avoir renvoyé aux articles L.521-1 et L.521-3, point 4, du code du travail, rejeté la demande de réexamen de la décision de la directrice de l'ADEM du 14 décembre 2010, ayant ordonné le retrait des indemnités de chômage au profit de X à partir du 10 mai 2010 et sollicité le remboursement du montant de 2.299,61 euros au titre d'indemnités de chômage indûment perçues entre le 10 mai 2010 et le 31 mai 2010.

La décision du 12 décembre 2010 précise que i) l'autorisation de sous-gérance ne constitue pas une fonction uniquement honorifique mais charge la personne qui la détient de remplacer le gérant effectif en tous ses droits et devoir, de sorte qu'à ce titre, il lui revient notamment de veiller à l'administration et à l'organisation du commerce en question et d'assumer les responsabilités du gérant, ii) la loi exige d'ailleurs la présence de l'un ou de l'autre pour l'ouverture du débit de boissons au public ; il s'agit là d'une fonction régulière pour laquelle X doit faire preuve de disponibilité, iii) il ne saurait dès lors être question d'un service unique et ponctuel rendu à un ami, cela étant corroboré notamment par le contenu d'un procès-verbal n°14199-1 dressé par les services de police suite à l'intervention du 26 avril 2011.

Saisi du recours dirigé par X contre la décision de la Commission spéciale de réexamen, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a suivant jugement du 15 janvier 2016, reçu le recours en la forme en le déclarant non fondé.

Pour statuer ainsi, les premiers juges ont retenu que i) l'autorisation délivrée le 10 mai 2010 sur base de la loi du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets modifiée par la loi du 27 juillet 1993 permet à un exploitant d'un débit de boissons de désigner une personne qui est autorisée à gérer l'établissement pendant ses absences pour le compte de celui-ci et à condition d'être présente dans le local, ii) en présence de ces dispositions, l'on ne peut parler d'une aide occasionnelle rendue à un ami dès lors que la requérante peut remplacer à tout moment le détenteur de l'autorisation d'exploitation à charge de tenir un registre de présence, iii) les faits allégués qu'il y a d'autres sous-gérantes ne sont pas susceptibles d'énervier la décision, iv) en présence des obligations précitées, X n'était pas sans emploi ni disponible pour le marché de l'emploi.

De ce jugement appel a été régulièrement relevé par X suivant requête déposée le 4 mars 2016 au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale, l'appelante demandant par réformation de la décision entreprise à voir dire qu'elle était, à partir du 10 mai 2010, sans emploi et partant disponible pour le marché du travail et partant à se voir accorder les indemnités de chômage complet jusqu'à la date à laquelle elle a retrouvé un emploi. L'appelante demande en outre de se voir restituer le montant de 2.299,61 euros payé à l'ADEM le 7 janvier 2011.

A l'appui de son appel, X fait plaider par rapport au critère de l'absence d'emploi, que la sous-gérance ne constitue pas une relation de travail, - en l'absence d'un lien de subordination et d'une rémunération -, alors que ce n'était que pour rendre service à un ami qu'elle se trouvait dans le local en question en date du 14 juin 2010, ce fait étant en l'espèce le seul à pouvoir être pris en considération dans le cadre du présent litige. L'autorisation-licence de cabaretage n'engendrerait aucune obligation dans son chef, de se trouver à la disponibilité du gérant et ne saurait constituer un mandat général lui conférant le droit de veiller à l'administration et à l'organisation du local et d'assumer les responsabilités du gérant.

L'attestation testimoniale rédigée par B établirait l'absence de rémunération dans le chef de l'appelante et qu'elle est libre de le remplacer à sa guise.

Par rapport au critère de la disponibilité, X fait valoir qu'il n'était question que d'un service ponctuel et unique au profit d'un ami et non d'une fonction régulière, la circonstance qu'elle peut, à tout moment, remplacer le détenteur de l'autorisation, ne signifiant pas une obligation dans son chef mais simplement une possibilité sans obligation professionnelle à sa charge.

X fait finalement encore grief aux premiers juges de ne pas s'être prononcés sur l'argument du recours ayant tendu à voir dire que dans la mesure où la décision initiale de l'ADEM date du 14 décembre 2010, la révocation de l'indemnité de chômage est intervenue plus de trois mois après que l'administration avait connaissance des faits ayant servi de base à la décision, ce en méconnaissance des articles 8 et 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure administrative non contentieuse.

L'Etat fait souligner que le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 ne s'applique pas.

Quant au fond, la partie intimée fait relever qu'il résulte des éléments de la cause que c'est à deux reprises que X se trouvait dans le local en cause, les explications données par l'appelante par rapport à sa présence dans le local en cause n'étant pas convaincantes, en présence d'une licence de cabaretage établie à son nom. Il y aurait partant lieu de retenir que l'appelante n'est pas à considérer comme étant sans emploi ni comme disponible pour le marché du travail et de confirmer dès lors le jugement entrepris.

Quant au dernier moyen formulé par X en première instance - non toisé par le premier juge- il est rappelé que l'omission de statuer par un tribunal de première instance se répare par la réformation de la décision incomplète (Cour 27 janvier 2000, Pas. 31, 227).

L'article 8 du règlement grand-ducal 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.

L'article L.527-1 (2) dispose que les décisions visées à l'article L.527 (1) du code du travail qui énumère notamment les décisions ordonnant le remboursement des indemnités peuvent faire l'objet d'une demande de réexamen et l'article L.527-1 (3) du code du travail dispose qu'un recours contre les décisions prises par la commission spéciale est ouvert au requérant débouté devant le Conseil arbitral. L'administré dispose dès lors d'une procédure spéciale présentant des garanties équivalentes au règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relative à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, de sorte que ledit règlement ne s'applique pas en l'occurrence, l'appelante ayant d'ailleurs exercé ces recours, de sorte que son moyen tombe à faux (en ce sens Conseil supérieur de la sécurité sociale, 10 novembre 2016, 2016/0208 C, n° du reg.: ADEM 2015/0161).

Quant au fond, il est rappelé qu'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 - inscrite comme demandeur d'emploi- n'était pas sans emploi (article L.521-1, point 1, du code du travail), et n'était pas disponible pour le marché du travail (article L.521-3, point 4, 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 la liait à son employeur a été résilié et qu'il n'existe pas, à l'heure des débats, de pièce prouvant qu'elle se trouve dans un lien de subordination avec un autre employeur, la circonstance qu'elle est titulaire de la licence de cabaretage en cause, 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 pour le 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 que X dispose de l'autorisation de gérer le débit de boissons en l'absence de B, ce à instar de trois autres personnes également titulaires d'une telle autorisation, ne la rend pas de facto indisponible pour le marché du travail, étant souligné que dans la mesure où, il lui est à tout moment loisible de renoncer à cette autorisation, X n'est pas à considérer comme étant indisponible pour le marché du travail.

Dans ces conditions, c'est à tort que le retrait de l'indemnité de chômage complet a été ordonné et que le remboursement du montant de 2.299,61 euros a été sollicité par l'Etat. Compte tenu du fait qu'il résulte des pièces versées en cause que ledit montant a été remboursé par X à l'Etat, elle est fondée à en solliciter le remboursement.

L'appel est dès lors fondé.

Il reste à préciser qu'au vu du fait que seule la période allant du 10 mai au 31 mai 2010 est, compte tenu des décisions de l'ADEM, visée par le retrait de l'indemnité de chômage complet, le Conseil supérieur ne saurait, tel que l'appelant le sollicite, se prononcer sur la période postérieure.

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 10 mai 2010 au 31 mai 2010,

dit que c'est à tort que le remboursement du montant de 2.299,61 euros a été ordonné au profit de l'Etat,

partant, condamne l'Etat à restituer à X le montant de 2.299,61 euros.

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