

## CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du vingt-neuf avril deux mille dix-neuf

### Composition:

M.	Pierre Calmes, président de chambre à la Cour d'appel,	président
Mme	Mylène Regenwetter, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
Mme	Michèle Raus, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
M.	Jean-Pierre Wagner, maître électricien, Mamer,	assesseur-employeur
M.	Jean-Claude Delleré, délégué permanent, Lannen,	assesseur-assuré
M.	Jean-Paul Sinner,	secrétaire



### ENTRE:

l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, représenté par Monsieur le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, appelant,  
comparant par Maître Christian Bock, avocat à la Cour, Luxembourg, en remplacement de Maître Lynn Frank, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

### ET:

X, né le [...], demeurant à [...], intimé,  
assisté de Maître Mélanie Schmitt, avocat, Luxembourg, en remplacement de Maître Guillaume Mary, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

Par requête déposée au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 14 novembre 2018, l'Etat luxembourgeois a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 27 septembre 2018, dans la cause pendante entre lui et X, 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 fondé et par réformation de la décision du 28 juin 2017, dit que Monsieur X remplit les conditions des articles L. 521-3 et L. 521-1 du Code du Travail et qu'il est à considérer comme chômeur involontaire au sens de la loi à partir du 1<sup>er</sup> mars 2017, renvoie le dossier auprès de l'ADEM afin de lui permettre de statuer sur le début et la durée d'indemnisation.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 1<sup>er</sup> avril 2019, à laquelle le rapporteur désigné, Madame Mylène Regenwetter, fit l'exposé de l'affaire.

Maître Christian Bock, pour l'appelant, maintint les moyens et conclusions de la requête d'appel déposée au siège du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 14 novembre 2018 et contesta la demande relative à une indemnité de procédure en son principe.

Maître Mélanie Schmitt, pour l'intimé, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 27 septembre 2018 et à la condamnation de la partie appelante à une indemnité de procédure.

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:

Par décision du 19 mai 2017, la directrice de l'Agence pour le développement de l'emploi (ci-après ADEM) a refusé la demande du 6 mars 2017 de X en obtention des indemnités de chômage complet sur base des articles L.521-1 et L.525-1 du code du travail.

La commission spéciale de réexamen, statuant sur le recours de X, indique dans sa décision du 28 juin 2017 que le requérant s'est inscrit à l'ADEM le 2 février 2017 et qu'il a introduit une demande en octroi des indemnités de chômage complet le 6 mars 2017 suite à la résiliation de son contrat de travail à durée indéterminée à raison de quarante heures de travail par semaine auprès de la société « A » avec effet au 28 février 2017. Vu cependant qu'il détient le pouvoir de signature individuelle, il serait à considérer comme travailleur indépendant. Or, en l'absence de cessation d'activité en raison de difficultés économiques et financières ou par le fait d'un tiers, le requérant n'est pas admissible au bénéfice de l'indemnité de chômage complet. Elle a également fait valoir que X, qui occupe un poste d'administrateur délégué, de même qu'un poste d'associé/directeur général dans diverses sociétés dont « B » et « C », ne peut pas être considéré comme une personne sans emploi.

Par jugement du 27 septembre 2018, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a déclaré fondé le recours de X contre cette décision. Il a relevé que le requérant a exercé au sein de la société « A » deux fonctions distinctes, celle de directeur de la société en vertu d'un contrat de travail et celle d'un administrateur délégué à la gestion journalière conformément à l'attestation testimoniale établie par Y, actionnaire majoritaire et administrateur de la société A, partant qu'il est à considérer comme travailleur salarié au sens de l'article L.521-1 du code du travail. Il a poursuivi qu'il n'est pas établi que le requérant, par le seul fait de l'exercice d'autres mandats, n'était pas disponible pour le marché du travail et n'aurait pas été en mesure d'accepter un emploi après la perte de son dernier emploi.

Par requête déposée le 14 novembre 2018 au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale, l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg a régulièrement interjeté appel et demande la réformation du jugement entrepris. Il expose que l'intimé a signé un contrat de travail le 2 janvier 2015 en qualité de « *directeur* » au sein de la société A avec un salaire mensuel brut de 12.500 euros et qu'il s'est vu licencier avec préavis, pour prétendus motifs économiques, le 8 décembre 2016, mais qu'il n'existait pas de lien de subordination dans la mesure où X était actionnaire (30%) de la société, était administrateur délégué (et ce jusqu'au 5 mai 2017 donc bien au-delà de son licenciement), était en charge de la gestion journalière et engageait la société par sa seule signature en toutes circonstances. La partie appelante passe encore en revue, pour contester la disponibilité pour le marché du travail, les multiples postes d'administrateur, d'administrateur délégué et de gérant dans diverses sociétés luxembourgeoises et françaises qu'occupe l'intimé avec, en mai 2017, la création d'une nouvelle société, la C dans laquelle il détient 425 des 500 parts sociales et est gérant unique. Elle conclut qu'il n'était donc pas sans emploi et qu'il n'avait pas droit aux indemnités de chômage complet.

La partie intimée demande la confirmation de la décision entreprise, en reprenant plus amplement position quant au statut de salarié de la société A avec lien de subordination de X qu'elle considère, outre les pièces versées, rapporté par les attestations testimoniales de l'actionnaire majoritaire Y ainsi que par celle de Z. Elle sollicite également une indemnité de procédure.

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 du code du travail.

L'appelant, à l'audience, conteste formellement aussi bien la réalité du contrat de travail, que l'obtention d'un salaire, que le lien de subordination et demande à voir considérer les attestations testimoniales émanant de personnes figurant comme administrateurs et partenaires d'affaires de X avec beaucoup de circonspection. En outre, il ne résulterait de ces attestations testimoniales aucune précision par rapport au lien de subordination, notamment quelle personne donnait les ordres, qui exerçait le contrôle et à qui il fallait présenter un compte-rendu, par exemple.

Le contrat de travail s'analyse comme la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération. De cette définition découlent trois éléments constitutifs : la prestation de travail, la prestation de travail accomplie moyennant une rémunération ou salaire et le lien de subordination avec le pouvoir de direction inhérent à la qualité d'employeur. La subordination juridique consiste en ce que le salarié se trouve placé 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.

L'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont donné à leur convention, mais « *des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du prétendu salarié* ».

Il y a partant lieu de vérifier sur base des pièces soumises à l'appréciation du Conseil supérieur de la sécurité sociale et des renseignements fournis par les parties, si X exerçait réellement et effectivement une activité technique distincte de celle de mandataire social, dès lors que le lien de subordination ne peut exister qu'à l'occasion de l'exercice de cette activité concrète.

La juridiction de première instance s'est contentée de relever que X exerçait une fonction technique, celle de directeur, en plus de son mandat social, sous la surveillance et l'autorité du conseil d'administration, sans vérifier la nature de cette fonction et en quoi elle consistait réellement dans la pratique, alors qu'être directeur d'une société peut aussi très bien correspondre plus à un statut, respectivement à une qualité, qu'à une activité bien définie et précise.

Si le contrat de travail signé entre les parties le 2 janvier 2015 avec effet au 1 août 2014 indique bien que X est « *occupé en qualité de Directeur* » pour un salaire fixe de 12.500 euros et une partie variable « *liée aux objectifs* », il est complètement muet quant aux activités concrètes lui dévolues ou attribuées dans le cadre de cette fonction dirigeante et quant à son horaire de travail en raison « *du degré d'autonomie dont il bénéficie dans l'organisation de son emploi du temps* ».

En effet, aucune des nombreuses pièces dont le Conseil supérieur de la sécurité sociale a eu égard n'ont permis de déterminer ou seulement de cerner les activités réalisées dans le cadre de sa fonction de directeur de la société par X et distinctes des fonctions lui dévolues par son mandat social. Rien ne permet d'entrevoir que des objectifs lui auraient été dictés et encore moins qu'il devait en faire rapport ou qu'il y avait un quelconque contrôle. Il n'existe aucune pièce, aucun courriel, aucun rapport de réunion, voire aucun échange généralement quelconque à ce sujet entre lui et « son employeur », au contraire, il détient lui-même 30% des actions de la société, est administrateur-délégué, est délégué à la gestion journalière avec signature unique et n'a pas eu des instructions, il n'a pas dû adopter sa stratégie par rapport à une décision prise par le conseil d'administration et il n'a pas eu à se justifier.

Il ne conteste par ailleurs pas à l'audience qu'il ne peut produire de fiches de salaires pour les années 2014 et 2015, mais verse des fiches de salaire de 2016 ainsi que le décompte fiscal. Sur toutes ces pièces, l'adresse privée de X est renseignée à l'adresse du siège social de la société.

Si les juges de première instance ont, à juste titre, souligné la compatibilité de principe entre un contrat de travail et un mandat social, ils l'ont fait sur un plan exclusivement théorique, sans cependant analyser, respectivement vérifier de façon concrète la situation réelle de X au sein de la société A.

Force est en effet de constater qu'il reste, d'une part, en défaut de donner une quelconque indication à la fois quant au lien de subordination qui aurait existé entre lui et la société A et, d'autre part, quant à la nature exacte de ses fonctions salariées.

Il est significatif qu'il n'existe aucune pièce de laquelle il résulterait que X a reçu des instructions, que des objectifs lui ont été fixés, qu'il a donné des comptes rendus, qu'il devait s'expliquer sur sa gestion journalière, que des rapports ont été faits à sa hiérarchie, qu'il a dû demander des autorisations, qu'il a demandé des congés légaux etc.

La seule pièce versée susceptible d'avoir pu fournir de plus amples informations sur l'activité de X est la lettre de licenciement, dans la mesure où il est généralement admis que la lettre de congédiement énumère en principe les reproches faits au salarié dans le cadre des activités pour lesquelles il a été engagé et payé ou, du moins, en l'espèce, vu qu'il s'agit d'un licenciement pour motif économique, et qu'il est censé, en tant que directeur chargé de la gestion journalière

avec pouvoir de signature unique, être responsable de cette mauvaise gestion ou d'au moins de ne pas avoir satisfait aux attentes de son employeur, de contenir des précisions à ce sujet. Or, il est particulièrement révélateur que non seulement la lettre de licenciement du 8 août 2016 d'un salarié dénommé E, « collaborateur de vente » est absolument identique à celle du « directeur » du 8 décembre 2016, sauf à changer les dates et les noms, mais encore que durant ces mois, le directeur délégué à la gestion journalière n'a pas autrement été sollicité pour s'expliquer sur des licenciements avec effet immédiat ou économique intervenus auparavant. Loin de démontrer donc l'existence d'une autorité, respectivement d'un contrôle exercé par l'employeur sur X, en l'espèce, la lettre de congédiement reflète le contraire et corrobore les éléments énumérés ci-dessus en ce sens qu'aussi le licenciement ne s'inscrit pas dans le cadre d'un contrôle exercé par un employeur sur le travail presté par le salarié.

Pour ce qui est de l'attestation testimoniale de Y, actionnaire majoritaire de A, il souligne à juste titre le fait que lui et X sont « *partenaires* », qu'ils ont en 2010 créé ensemble la société de gestion de portefeuilles D à Paris, puis, « *souhaitant donner une dimension européenne à nos projets, nous avons procédé à une réorganisation et constitué un petit groupe dont la holding de tête a été créée au Luxembourg* » (...).

Même si, à un moment donné, il poursuit par « *nos projets* » et « *sous la responsabilité de Monsieur X, dans le cadre de la mission que je lui confiais, nous avons recruté des collaborateurs (...)* il ne se prononce absolument pas sur un lien de subordination réel de sorte que cette pièce n'est pas pertinente. Il en est de même de l'attestation de Z qui précise uniquement « *en sa qualité d'administrateur délégué X pouvait engager par sa signature unique la société A pour la gestion et les opérations courantes, mais seulement dans les limites. Toutes les décisions étant prises par le conseil d'administration et principalement par Monsieur Y en sa qualité d'administrateur et actionnaire majoritaire du groupe* ».

Il en suit que X, en sa qualité d'administrateur-délégué, s'occupant de la gestion journalière de la société, gestion difficilement dissociable en l'occurrence de son éventuelle fonction de salarié, et représentant la société pour cette gestion bénéficiait d'une autonomie absolue dans l'exercice de ses fonctions, était libre dans l'organisation de son travail, pouvait encore valablement engager la société par sa signature unique, pouvoir peu compatible avec le statut de salarié et n'avait de comptes à rendre à personne, si ce n'est au niveau de son mandat social seul, exclusif de toute relation de travail.

Dès lors, compte tenu de l'absence d'éléments probants déterminant des activités réelles de X au sein de A, différentes de celles d'administrateur-délégué, à défaut partant de preuve quant à un lien de subordination réel entre lui et la société, d'un contrôle patronal exercé sur lui, respectivement d'une obligation dans le chef du salarié de rendre régulièrement compte de son activité, il laisse d'être établi que X a été liée par une relation de travail « salariée ».

L'article L.525-1 du code du travail dispose que peuvent solliciter l'allocation des indemnités de chômage les salariés indépendants qui ont dû cesser leur activité en raison de difficultés économiques et financières, pour des raisons médicales, par le fait d'un tiers ou par un cas de force majeure.

Cette article ne prévoit pas comme condition de l'obtention des indemnités de chômage la cessation de la société, mais la cessation d'activité du « salarié indépendant ».

La preuve des difficultés économiques et financières ayant forcé le salarié indépendant à cesser son activité, incombe cependant à ce dernier.

Il n'a pas contesté que la société en question existe toujours et que X a continué à être administrateur gérant délégué à la gestion journalière jusqu'au jour de sa démission le 5 mai 2017 et il verse un certain nombre de pièces comptables, dont il ne résulte cependant pas qu'il aurait été obligé de cesser toute activité en raison de difficultés financières. Même si les documents comptables versés en cause permettent de constater un ralentissement de l'activité économique et des dettes, ils reflètent le risque entrepreneurial dans un système d'économie libérale sans établir, au vu des seules pièces soumises à l'appréciation du Conseil supérieur, que X ait dû cesser son activité d'indépendant en raison de difficultés économiques et financières, ou par le fait d'un tiers.

Le jugement dont appel est partant à réformer.

Eu égard à l'issue du litige, il n'y a pas lieu de statuer sur l'indemnité de procédure sollicitée par X.

### Par ces motifs,

le Conseil supérieur de la sécurité sociale,

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

reçoit l'appel en la forme,

le déclare fondé,

réforme le jugement entrepris et confirme la décision de l'Agence pour le développement de l'emploi.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 29 avril 2019 par Monsieur le Président Pierre Calmes, en présence de Monsieur Jean-Paul Sinner, secrétaire.

Le Président,  
signé: Calmes

Le Secrétaire,  
signé: Sinner