

CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du seize janvier deux mille vingt

Composition:

Mme Marianne Harles, 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
Mme Gaëlle Lipinski, juriste, Mamer,	assesseur-employeur
M. Joseph Thill, retraité, Dudelange,	assesseur-assuré
M. Francesco Spagnolo,	secrétaire



ENTRE:

l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, représenté par son Ministre d'Etat, Luxembourg, sinon par son Ministre du Travail, de l'emploi et de l'Economie sociale et solidaire, Luxembourg appelant,
comparant par Maître Olivier Unsen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

ET:

X, né le [...], demeurant à [...],
intimé,
comparant par Maître Vincent Staudt, avocat, Luxembourg, en remplacement de Maître Andreas Komninos, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

Par requête déposée au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 29 avril 2019, l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 29 mars 2019, 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 12 juin 2018, dit que Monsieur X remplit les conditions des articles L. 521-3 et L. 521-1 du Code du Travail durant la période d'indemnisation du 1^{er} juillet 2017 au 31 décembre 2017, dit qu'il n'y a pas lieu à restitution des indemnités perçues pour cette période, renvoie le dossier à l'ADEM afin de lui permettre de statuer sur l'indemnisation de la période du 1^{er} janvier 2018 au 30 juin 2018.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 9 décembre 2019, à laquelle le rapporteur désigné, Madame Mylène Regenwetter, fit l'exposé de l'affaire.

Maître Olivier Unsen, pour l'appelant, maintint les moyens et conclusions de la requête d'appel déposée au siège du Conseil supérieur le 29 avril 2019.

Maître Vincent Staudt, pour l'intimé, conclut en ordre principal à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 29 mars 2019 ; en ordre subsidiaire, il conclut à voir ordonner la restitution des indemnités de chômage complet uniquement pour la période du 1^{er} octobre 2017 au 31 décembre 2017.

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 avril 2018, le directeur de l'Agence pour le développement de l'emploi (ci-après ADEM) a refusé à X le bénéfice des indemnités de chômage complet touchées durant la période du 1^{er} juillet 2017 au 31 décembre 2017 sur base des articles L.521-1 (être sans emploi) et L.525-3 sous 4 (être disponible pour le marché du travail) du code du travail et a sollicité la restitution du montant de 24.588,90 euros.

La commission spéciale de réexamen, dans sa décision du 12 juin 2018, a déclaré non fondé le recours de X basé sur l'absence de disposition légale interdisant au chômeur de sortir de chez lui pour donner un coup de main à une amie, tenancière d'un bistrot, tant que ce travail n'est pas rémunéré et qu'il ne le rend pas indisponible pour le marché du travail. Elle s'est référée notamment sur le rapport d'enquête du 24 janvier 2018 duquel il ressort que le 11 janvier 2018 vers 12.30 heures, X s'est trouvé dans le café-restaurant A de sa copine, vêtu d'une veste de travail identique à celle d'un autre salarié, en train de prendre les commandes, de travailler derrière le comptoir et de se rendre en cuisine. Suivant ce rapport, il affiche les menus du jour et les événements du café sur les réseaux sociaux, il décroche au numéro de téléphone du café, identique à celui qu'il a fourni à l'ADEM, pour prendre les réservations des tables et, lors d'un entretien du 23 janvier 2018, il aurait avoué faire le service dans le café depuis octobre 2017.

Par jugement du 29 mars 2019, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a déclaré fondé le recours de X contre cette décision. Il a fait valoir que l'Etat n'a pas rapporté la preuve que X a été indisponible pour le marché du travail durant la période indemnisée.

Par requête déposée le 29 avril 2019 au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale, l'Etat a régulièrement interjeté appel et il demande la réformation du jugement entrepris. À l'appui de son appel, il donne à considérer que l'examen de la disponibilité pour le marché du travail relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond et il estime avoir soumis, notamment à l'issue du rapport d'enquête du 24 janvier 2018, suffisamment d'éléments précis, concordants et pertinents, corroborés par l'aveu de X d'avoir été en charge de la préparation du menu du jour depuis octobre 2017, pour documenter une occupation journalière pendant une période prolongée excédant de loin le cadre d'une entraide entre amis.

D'après l'appelant, l'ensemble des tâches effectuées par l'intimé dans le café démontre, indépendamment de toute considération de rémunération, une occupation journalière, sinon à plein temps, au moins pendant plusieurs heures par jour, s'apprêtant en un emploi avec un lien de subordination et l'indisponibilité, au vu de l'envergure de cet emploi, pour le marché du travail de X.

L'intimé demande la confirmation du jugement entrepris en soulignant qu'il a toujours respecté les obligations lui imposées par l'ADEM, dont toutes les convocations auprès du bureau de placement. Il donne en outre à considérer ne pas avoir eu de contrat de travail, ne pas avoir eu de rémunération et ne pas avoir eu de lien de subordination, partant aucune activité salariale ne pourrait lui être reprochée. Le simple coup de main porté à son amie ne saurait être constitutif d'une indisponibilité pour le marché du travail dans son chef et permettre de lui retirer les indemnités de chômage. À titre tout à fait subsidiaire, il estime que pour autant que le Conseil supérieur devrait considérer qu'il y aurait eu dans son chef une indisponibilité pour le marché du travail, la période concernée viserait seulement les mois d'octobre, novembre et décembre 2017.

L'article L.521-1 (1) du code du travail est rédigé en les termes suivants :

« 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. »

Cet article définit donc les bénéficiaires potentiels des indemnités de chômage complet.

Afin de pouvoir prétendre auxdites indemnités, il faut tout d'abord être un salarié dont la relation de travail a pris fin et avoir été occupé de manière habituelle à plein temps par un employeur. Par conséquent, il doit s'agir d'une personne qui avait été engagée dans le cadre d'un contrat de travail, impliquant un lien de subordination vis-à-vis d'un employeur.

En l'espèce, cette première qualité ne fait pas l'objet de contestations, il résulte en effet des pièces soumises à l'appréciation du Conseil supérieur que X avait été engagé par le restaurant B à [...], représenté par son père, Y, avec effet au 1^{er} avril 2015 pour un salaire brut de 8030,10 euros par mois et qu'il a été licencié le 21 avril 2017 avec préavis.

L'article L.521-1(1) du code du travail ajoute qu'en plus, il faut être « sans emploi ».

Le principe posé par le Conseil supérieur de la sécurité sociale dans des arrêts antérieurs, à savoir que la notion d'emploi, dans le cadre de l'article L.521-1(1), renvoie uniquement à une

activité subordonnée en tant que salarié, se trouve corroboré par le sens juridique général du terme « emploi ».

Selon l'ouvrage « Vocabulaire Juridique »¹, « l'emploi » est défini comme « *poste de travail occupé par un salarié* ». « *Le salarié* » s'entend en revanche du « *travailleur rémunéré qui, en vertu d'un contrat de travail, fournit une prestation de travail à un employeur qui le paie et lui donne des ordres* ». Le salarié est donc une personne qui travaille dans le cadre d'un lien de subordination par rapport à son employeur.

Au sens juridique du terme, la notion d'« emploi » vise clairement l'occupation salariée dans l'hypothèse d'un contrat de travail. Il est de principe que la preuve de l'existence du contrat de travail appartient à celui qui s'en prévaut.

En l'espèce, l'appelant ne fournit pas suffisamment d'éléments à ce sujet et il s'ensuit que X est, selon cet article, bénéficiaire potentiel des indemnités de chômage complet.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue qu'il ne suffit pas de rentrer dans la catégorie des bénéficiaires des indemnités de chômage complet pour automatiquement pouvoir en profiter. Encore faut-il remplir les conditions d'admission définies à l'article L.521-3 du code du travail, et notamment celle d'être disponible pour le marché du travail.

L'article L.521-3 du code du travail, figurant sous la Section 2 intitulée « *Conditions d'admission* » est rédigé comme suit :

« Pour être admis au bénéfice de l'indemnité de chômage complet, le salarié doit répondre aux conditions d'admission suivantes :

(...)

4. 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 articles L.551-1 à L.552-3 ; »

Dans le projet de loi n°1985 du 30 juin 1976 portant création d'un fonds de chômage et réglementation de l'octroi des indemnités de chômage, il est précisé au sujet de la notion de disponibilité :

« En tout état de cause, il appartiendra aux instances administratives de décision et de recours de fonder une jurisprudence à partir des cas d'espèce qui seront soumis à leur appréciation » (commentaire des articles p.1238). »

Il en découle clairement que pour le législateur, la notion de disponibilité pour le marché du travail n'est pas à considérer de manière rigide, mais qu'elle devra faire l'objet d'une appréciation *in concreto* par les juridictions compétentes.

¹ Gérard Cornu, éditions PUF

Dans son avis concernant le projet de loi n°1985, le Conseil d'Etat a partagé cette façon de voir de choses en ce qu'il a écrit :

« Les conditions indiquées au point sub e) (Article 13 du projet de loi n°1985, point e) : « être apte au travail, disponible pour le travail et prêt à accepter tout emploi convenable ») qui dans une large mesure laissent place à une appréciation subjective, peuvent donner lieu à des difficultés d'application (Travaux parlementaires concernant le projet de loi n°3053, article 13).

L'exposé des motifs apporte des précisions utiles sur les notions d'aptitude au travail, de disponibilité au travail et sur le genre de travail qu'il peut être demandé au chômeur d'accepter, précisions que le Conseil fait siennes. ».

Selon le Conseil d'Etat, il ne s'agit donc pas non plus d'une notion objective et rigide, mais subjective, qui doit s'apprécier à partir des circonstances factuelles de chaque espèce.

Il est permis de noter au passage que dans le texte de la loi du 30 juin 1976, le législateur a utilisé la notion de « *disponible pour le travail* ». L'expression actuellement utilisée, « *disponible pour le marché du travail* » a été introduite par la loi du 12 mai 1987 portant création d'un fonds pour le l'emploi. Les raisons pour cette modification ne sont expliquées ni dans l'exposé des motifs, ni dans le commentaire des articles. A propos de la réforme de l'article 13, les auteurs du texte se limitent à indiquer que « *L'article 13 subit un certain nombre de retouches qui n'affectent pas le fond même du texte* ». Il paraît donc que le sens des expressions est le même et que le changement de l'expression s'inscrit dans une logique de modernisation de la terminologie législative.

A cela s'ajoute que la Cour de cassation considère à son tour que l'examen de la disponibilité du marché pour le travail relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, ainsi notamment dans un arrêt du 26 mai 2016 : « *Attendu qu'en constatant, faisant usage de leur pouvoir d'appréciation souverain, que M.C. n'était pas disponible pour le marché du travail au sens de l'article L.521-3, point 4, du Code du travail, les juges n'avaient plus à examiner si M.C. se trouvait dans la situation visée à l'article L.521-1, paragraphe 2, point 2, de sorte qu'ils n'ont pas violé la disposition légale visée au moyen* ».

L'examen de la disponibilité pour le marché du travail relève donc du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond et permet au Conseil supérieur d'écarter du bénéfice des indemnités de chômage complet les travailleurs qui s'adonnent à une activité indépendante ou autre dépassant la limite du simple caractère accessoire.

En effet, une activité, quelle qu'elle soit, n'empêche pas d'office une personne d'être disponible pour le marché du travail. Exiger pour être disponible pour le marché de l'emploi qu'une personne ne s'adonne à aucune activité du tout ferait de la notion de disponibilité une notion juridique objective et rigide, ne permettant aucune marge d'appréciation aux juridictions.

Or, il faut apprécier sur base des éléments factuels de chaque espèce quelle est l'envergure de cette activité pour en conclure si elle laisse suffisamment de temps au demandeur d'emploi pour pouvoir accepter un nouveau poste de travail à plein temps.

Il ressort du rapport d'enquête du 24 janvier 2018 dressé par le contrôleur du service juridique

de l'ADEM, que suite à une dénonciation reçue de leur part que X travaillerait comme cuisinier dans le café/bar/restaurant A de sa copine, des vérifications afférentes ont été entamées. Les dires du dénonciateur se sont trouvés corroborer par la présence du concerné le 11 janvier 2018 vers 12.30 heures au café, vêtu d'une veste de cuisine, en train de faire l'accueil, de prendre la commande des boissons, de remplacer sa copine derrière le comptoir et de se retirer dans la cuisine. Il s'est également avéré qu'il a pris la réservation de table par téléphone et que le numéro d'appel du restaurant est également celui qu'il a communiqué à l'ADEM. Les menus et événements sont annoncés par ses soins sur les réseaux sociaux et une photo publiée a également documenté sa présence, dans une tenue identique, au café le jour avant. D'autres contrôles ont été effectués au cours desquels X se trouvait à chaque fois dans le café derrière le comptoir en train de servir les clients.

Confronté avec les constats effectués lors d'un entretien le 23 janvier 2018, X, sans contester en substance la matérialité des faits, a estimé qu'il ne s'agit que d'une simple aide qu'il apporte à sa copine et ce depuis le mois d'octobre 2017.

Or, en l'espèce, le Conseil supérieur constate que la présence journalière de l'intimé dans le café, en tenue de travail identique à celle de l'autre salarié, élaborant les menus du jour qu'il publie sur les réseaux sociaux, servant les clients, prenant les réservations, s'assurant des commandes de boissons, œuvrant derrière le comptoir et dans la cuisine, loin de constituer une simple aide accessoire, documentent, ensemble l'aveu de X une fois confronté avec les constatations consignées au rapport d'enquête quant à une présence journalière pour aider sa copine dans le café depuis le mois d'octobre 2017, un faisceau d'indices pertinents et concluants d'une activité journalière d'une envergure telle qu'il est indisponible pour le marché du travail.

L'appel est partant partiellement fondé et le jugement entrepris est à réformer en ce sens.

C'est à juste titre que l'intimé a fait plaider, à titre subsidiaire, que la seule période à prendre en considération pour le retrait des indemnités de chômage est celle du 1^{er} octobre 2017 au 31 décembre 2017, aucune preuve quant à une activité régulière de X le rendant indisponible pour le marché du travail n'est en effet rapportée pour ce qui est des mois de juillet, août et septembre 2017.

Il y a partant lieu, pour le surplus, de renvoyer le dossier à l'ADEM pour le recalcul du montant des indemnités de chômage à restituer par X pour les mois d'octobre, novembre et décembre 2017.

Par ces motifs,

le Conseil supérieur de la sécurité sociale,

statuant sur le rapport oral de l'assesseur-magistrat délégué et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,

reçoit l'appel en la forme,

le déclare partiellement fondé,

réforme le jugement entrepris,

dit que X était indisponible pour le marché du travail au cours des mois d'octobre, novembre et décembre 2017,

renvoie le dossier à l'Agence pour le développement de l'emploi pour procéder au recalcul du montant des indemnités de chômage complet à restituer par X.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 16 janvier 2020 par l'assesseur-magistrat le plus ancien en rang, Madame Mylène Regenwetter, en présence de Monsieur Francesco Spagnolo, secrétaire.

L'assesseur-magistrat,
signé: Regenwetter

Le Secrétaire,
signé: Spagnolo

(Madame le Président Marianne Harles étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée en vertu des articles 247 du nouveau code de procédure civile et 82, alinéa 2 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire par l'assesseur-magistrat le plus ancien en rang ayant concouru à l'arrêt.)