

CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du vingt-quatre décembre deux mille dix-huit

Composition:

M.	Jean Engels, conseiller à la Cour d'appel,	président ff
Mme	Marie Mackel, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
Mme	Mylène Regenwetter, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
M.	Aly Schumacher, viticulteur, Wormeldange,	assesseur-employeur
M.	Jean-Claude Delleré, délégué permanent, Lannen,	assesseur-assuré
M.	Jean-Paul Sinner,	secrétaire



ENTRE:

X, née le [...], demeurant à [...],
appelante,
comparant par Monsieur Erwann Sevellec, représentant du syndicat OGBL, demeurant à Luxembourg, mandataire de l'appelante suivant procuration spéciale sous seing privé en date du 26 novembre 2018;

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 Maître Daniel Nerl, avocat à la Cour, Strassen, en remplacement de Maître Christian Jungers, avocat à la Cour, demeurant à Strassen et représentant le mandataire de l'intimé, KLEYR GRASSO, société en commandite simple, inscrite sur la liste V du Barreau de Luxembourg, établie à Strassen.

Les faits et rétroactes de l'affaire se trouvent exposés à suffisance de droit dans le jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale du 25 novembre 2016, l'arrêt du Conseil supérieur de la sécurité sociale du 1^{er} juin 2017 et l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2018.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 26 novembre 2018, à laquelle le rapporteur désigné, Madame Mylène Regenwetter, fit l'exposé de l'affaire.

Monsieur Erwann Sevellec, pour l'appelante, maintint les moyens et conclusions de la requête d'appel entrée au siège du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 19 décembre 2016.

Maître Daniel Nerl, pour l'intimé, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 25 novembre 2016.

L'affaire fut prise en délibéré et le prononcé fixé à l'audience publique du 24 décembre 2018.

En date du 28 novembre 2018, le Conseil supérieur de la sécurité sociale prononça la rupture du délibéré pour permettre aux parties de prendre position sur le contenu d'une pièce nouvelle figurant dans la farde versée par Maître JUNGERS à l'audience du 26 novembre 2018 et laquelle n'avait pas été discutée contradictoirement, de prendre position par rapport aux dispositions figurant à l'article L.326-1 du code du travail : (...) « *pour les autres postes l'examen doit être fait dans les deux mois de l'embauchage (...) Au cas où l'examen médical d'embauchage a lieu après l'embauchage, le contrat de travail est conclu sous condition résolutoire. La condition résolutoire est réalisée, et le contrat de travail se trouve en conséquence résilié de plein droit, du fait de la déclaration d'inaptitude du salarié à l'occupation envisagée lors de l'examen médical d'embauchage* », et de prendre position par rapport à la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail au sein de l'Union européenne, et l'affaire fut refixée à ces fins à l'audience publique du lundi 3 décembre 2018, à laquelle le rapporteur Madame Mylène Regenwetter réexposa l'affaire.

Monsieur Erwann Sevellec, pour l'appelante, conclut à la réformation du jugement du Conseil arbitral du 25 novembre 2016.

Maître Daniel Nerl, pour l'intimé, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 25 novembre 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:

Saisi par X d'un recours contre une décision de la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail, (ci-après la COMIX), prévue par l'article L.552-1 du code du travail, ayant déclaré irrecevable sa demande de reclassement professionnel externe au motif qu'elle n'était pas éligible pour cette mesure parce qu'elle avait, contrairement aux exigences de l'article L.551-1, paragraphe 1, alinéa 2, du code du travail, occupé son dernier poste de travail depuis moins de trois ans sans être en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce poste, le Conseil arbitral de la sécurité sociale, par jugement du 25 novembre 2016, a dit le recours non fondé.

Pour statuer ainsi, il a rejeté le moyen de la demanderesse tiré de ce que, dans le cadre de l'appréciation de son ancienneté de service, il devrait être tenu compte de ce qu'elle avait, antérieurement à son contrat de travail actuel conclu avec une société de droit luxembourgeois, occupé pendant plusieurs années le même poste de travail de boulangère en Belgique dans le cadre d'un contrat de travail conclu avec des sociétés de droit belge exploitées par les mêmes personnes que celles exploitant la société de droit luxembourgeois, donc auprès du même employeur.

Sur appel de la demanderesse, le Conseil supérieur de la sécurité sociale, constatant que, à défaut de preuve d'un lien entre ces sociétés, il n'était pas établi que le poste de travail en Belgique avait été occupé auprès du même employeur que le poste de travail actuel au Luxembourg, confirma le jugement entrepris par arrêt du 1^{er} juin 2017.

Saisi du pourvoi dirigé par X contre cette décision, la Cour de cassation, dans son arrêt du 10 juillet 2018, et sur le deuxième moyen de cassation, a cassé et annulé l'arrêt rendu le 1^{er} juin 2017 par le Conseil supérieur de la sécurité sociale en motivant comme suit :

« Qu'il résulte encore implicitement des constatations en fait opérées par les juges d'appel que la demanderesse en cassation a toujours occupé le même poste de travail ;

Attendu qu'en l'état de ces constatations, desquelles il résulte que la demanderesse en cassation a travaillé de manière continue au même poste de travail depuis 2007 pour des employeurs successifs, constitués certes sous forme de sociétés distinctes relevant de législations différentes, mais avec à chaque fois une dénomination sociale identique, et avec prise en compte, en termes d'ancienneté de service, du travail accompli depuis 2007, l'arrêt attaqué, pour apprécier si la demanderesse en cassation occupait son dernier poste de travail depuis plus ou moins de trois ans, ne pouvait se limiter à faire état des seuls « statuts de la société Pains et Traditions sàrl, qui est son dernier employeur, ne contenant aucun élément permettant de conclure à l'existence d'un lien » entre les sociétés, employeurs successifs, de la demanderesse en cassation ;

Attendu qu'il en suit qu'en statuant comme ils l'ont fait, les juges d'appel n'ont pas donné de base légale à leur décision ; ».

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale, autrement composé, est partant régulièrement saisi de l'appel interjeté par X suivant requête entrée le 19 décembre 2016 au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale, l'appelante demandant, par réformation de la décision du 25 novembre 2016, à voir dire qu'elle remplit les conditions de recevabilité pour solliciter une mesure de reclassement, et partant à voir renvoyer le dossier devant la COMIX pour poursuivre l'instruction de son dossier.

A l'appui de son appel, X fait exposer qu'elle a travaillé pour le compte de la société Pains et Traditions, d'abord en Belgique, suivant contrats de travail à durée déterminée du 17 juillet 2007 et à durée indéterminée du 17 novembre 2007 conclus avec Pains et Traditions S.p.r.l., sise à B-6780 Wolkrange, et ensuite au Luxembourg suivant contrat de travail à durée indéterminée du 3 juin 2013 conclu avec Pains et Traditions S.à r.l., sise à L-4940 Hautcharage. Les fiches de salaire établies par Pains et Traditions S.à r.l. établiraient son ancienneté au service de l'entreprise à partir du 17 juillet 2007, l'appelante ayant d'ailleurs fait l'objet de contrôles médicaux réguliers notamment en date des 4 juin 2008, 11 octobre 2009,

30 septembre 2010, 14 décembre 2011 et 27 septembre 2012. Elle estime par ailleurs que l'ancienneté est à apprécier au regard du droit du travail et non au regard du droit de la sécurité sociale, de sorte que contrairement à ce qui a été dit, elle occupe son poste de travail depuis plus de trois ans, l'irrecevabilité de l'article L.551-1, alinéa 2, du code du travail ne s'appliquant dès lors pas, le jugement entrepris encourageant, à ce titre, la réformation.

En ordre subsidiaire, pour autant que l'ancienneté se fasse au regard du droit de la sécurité sociale, il y aurait lieu de se référer à l'article 61 du règlement CE 883/2004 du 29 avril 2004 et de constater que l'interprétation des premiers juges quant à l'article L.551-1, alinéa 2 du code du travail contreviendrait à la législation européenne qui imposerait aux institutions compétentes de prendre en compte, pour le calcul des prestations dues, les périodes d'assurance accomplies dans un autre Etat-membre.

L'intimé sollicite la confirmation du jugement entrepris. Il donne à considérer qu'une stipulation contractuelle relative à l'ancienneté d'un salarié reconnue par la société avec laquelle il conclut un nouveau contrat de travail est, du point de vue du droit du travail, légale, car en faveur du salarié, mais ne saurait influencer sur la durée d'affiliation et les considérations à vérifier d'un point de vue de la sécurité sociale, dont notamment l'aptitude du salarié à exercer l'emploi proposé. De surplus, l'ancienneté, à elle seule, ne permettrait pas de pallier à l'absence de preuve de l'existence d'une unité économique et sociale, deux éléments cumulatifs, entre les employeurs belges et luxembourgeois. Le certificat médical d'embauche obligatoire permettrait ainsi au médecin du travail établi dans le pays où le salarié est supposé travailler à vérifier, suivant des critères définis par cette législation, son aptitude notamment dans le cadre des postes de travail à risque. D'après l'intimé, X doit notamment porter un masque anti-poussière en raison de ses allergies et qu'il suffirait de faire transférer un salarié malade d'une société vers une autre en maintenant son ancienneté pour éviter dans ce nouveau pays toute visite médicale à l'embauche.

Après la prise en délibéré de l'affaire, la Conseil supérieur de la sécurité sociale a ordonné la rupture du délibéré pour permettre aux parties en cause de prendre position par rapport à une pièce nouvelle, insérée entre l'intercalaire 4 et 5 (feuille 3 sur 5) de la farde de pièces de Maître JUNGERS versée à l'audience du 26 novembre 2018, et sur laquelle aucune des parties n'avait pris position.

Cette pièce, datée au 1^{er} mars 2016, est signée par le docteur Laurent TYBERGHIEN pour le service de santé au travail multisectoriel lequel signale ce qui suit :

« Par la présente, nous vous (ADEM- Commission Mixte) informons que la salariée a passé l'examen d'embauche pour ce poste de travail, mais le médecin du travail a mis sa décision en suspens et par conséquent n'a pas remis la fiche d'examen médical à l'employeur ni à la salariée ».

Les parties ont également été invitées à prendre position par rapport aux dispositions figurant à l'article L.326-1 du code du travail : (...) « pour les autres postes l'examen doit être fait dans les deux mois de l'embauchage (...) Au cas où l'examen médical d'embauchage a lieu après l'embauchage, le contrat de travail est conclu sous condition résolutoire. La condition résolutoire est réalisée, et le contrat de travail se trouve en conséquence résilié de plein droit, du fait de la déclaration d'inaptitude du salarié à l'occupation envisagée lors de l'examen médical d'embauchage », dans la mesure où il résultait de la feuille 1, derrière l'intercalaire 4, que X a été déclarée apte au poste le 1 juillet 2015.

À toutes fins utiles, les parties ont également été invitées à prendre position par rapport à la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail au sein de l'Union européenne.

À l'audience du 10 décembre 2018, l'intimé a déclaré, suite à cette pièce nouvelle, ne plus contester que X s'est présentée à un examen médical d'embauche. Il verse cependant une prise de position du 30 novembre 2018 du docteur MAJERY du service de santé au travail multisectoriel suivant laquelle, lors de l'examen d'embauche effectué par le docteur MELIANY, aucune fiche d'aptitude n'avait été délivrée alors que X présentait une pathologie susceptible d'être à l'origine d'une décision d'inaptitude. Elle n'aurait partant pas bénéficié d'une déclaration d'aptitude à l'embauche.

La partie appelante argumente que la pièce figurant désormais au dossier prouverait qu'elle a fait les diligences nécessaires, conformément à l'article L.326-1 du code du travail, et que le seul fait que le médecin du travail a tenu le dossier en suspens, sans se prononcer de suite, ne lui serait pas préjudiciable. Contrairement à l'argumentation exposée par l'intimé, elle soutient ne jamais avoir été déclarée inapte à l'embauche, mais au contraire, avoir été formellement déclarée apte au travail le 1^{er} juillet 2015. De surplus, l'article précité prévoit que si l'examen d'embauche a lieu après l'embauchage, le contrat de travail est conclu sous condition résolutoire. En l'espèce, du moment qu'elle a été déclarée apte au travail le 1^{er} juillet 2015, le contrat de travail est définitif et elle demande partant la réformation du jugement entrepris dans la mesure où elle peut, sur base de ces deux pièces, prétendre aux mesures du reclassement externe sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur son ancienneté au regard des contrats de travail conclus en Belgique.

L'article L.551-1, paragraphe 1, alinéa 2, du code du travail, introduit par la loi du 27 juillet 2015 dispose que :

« Les salariés qui occupent leur dernier poste de travail depuis moins de trois ans ne sont éligibles pour le reclassement professionnel que sous condition qu'ils soient en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail, établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce dernier poste de travail. Le médecin du travail compétent en informe la Commission mixte lors de la saisine. ».

Le Procureur général d'Etat adjoint John PETRY, dans son mémoire déposé au greffe de la Cour de Cassation, a précisé que le but de cette innovation a été décrit comme suit :

*« Le texte souligne [...] l'importance désormais accordée au certificat d'aptitude au poste de travail, établi par le médecin du travail lors de l'embauche au (dernier) poste de travail. Le salarié n'est éligible pour un éventuel reclassement que s'il est en possession du certificat d'aptitude en question, qui est par ailleurs transmis à la Commission mixte. Le certificat d'aptitude devient dès lors une **condition d'ouverture au reclassement pour les salariés depuis moins de trois ans**. [...]*

[...]

[Ce certificat est exigé aux fins] *d'éviter d'éventuels abus, notamment des coups montés entre l'employeur et le salarié.*

[...]

En outre, il est rappelé que le texte gouvernemental établit une présomption d'aptitude au poste de travail suite à une occupation au poste de travail depuis plus de trois ans. ».

Il en suit qu'un salarié qui, par suite de maladie ou d'infirmité, est incapable d'exécuter les tâches correspondant à son dernier poste de travail est, en principe, éligible pour la mesure du reclassement professionnel. Dans le cas du salarié occupant son dernier poste de travail depuis moins de trois ans cette éligibilité est cependant, aux fins de déjouer de possibles fraudes, subordonnée à la condition que l'intéressé soit en possession d'un certificat médical établissant qu'il était au moment de l'embauche au poste de travail apte d'exécuter les tâches y correspondant. En revanche, le salarié occupant ce dernier poste de travail depuis plus de trois ans est, sans qu'il ne soit exigé de certificat, présumé avoir été au moment de son embauche médicalement apte à exercer les tâches y correspondant.

En l'espèce, suivant les éléments du dossier, le service de santé au travail certifia le 22 février 2016 que l'appelante était inapte d'accomplir les tâches correspondant à son dernier poste de travail occupé depuis le 3 juin 2013 auprès de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois PAINS & TRADITION, établie à L-4940 Hautcharage, Zone d'activité R. Steichen.

La Commission mixte de reclassement, instituée par l'article L.552-1 du code du travail, déclara par décision du 19 mai 2016 l'intéressée inéligible au reclassement au motif qu'elle avait occupé son dernier poste de travail depuis moins de trois ans et qu'elle n'était pas en possession d'un certificat médical d'aptitude au poste de travail.

Or, il résulte désormais des pièces versées que X s'est présentée à l'examen médical d'embauche et qu'elle a été déclarée apte au poste le 1^{er} juillet 2015. Le simple fait que le médecin du travail avait tenu le dossier en suspens jusqu'en juillet 2015 sans remettre la fiche d'examen médical à la salariée ne saurait lui préjudicier dans la mesure où elle remplit les conditions prévues par l'article L.551-1, paragraphe 1, alinéa 2, du code du travail pour prétendre au reclassement, à savoir, s'être présentée auprès du médecin du travail en vue d'un examen médical d'embauche et s'être vue certifier son aptitude à ce poste le 1^{er} juillet 2015. La pièce versée à l'audience du 10 décembre 2018 par l'intimé, dans laquelle le docteur MAJERY précise que lors de l'examen d'embauche de X effectué par le docteur MELIANY, aucune fiche d'aptitude n'avait été émise vu qu'elle présentait une pathologie susceptible d'être à l'origine d'une décision d'inaptitude, n'est pas pertinente dans la mesure où il est incontestable que le médecin du travail n'a pas pris de décision d'inaptitude suite à cet examen médical d'embauche mais, au contraire, une décision d'aptitude au travail. De surplus, l'article L.326-1 du code du travail prévoit que l'examen doit être fait dans les deux mois de l'embauche et il en résulte implicitement que le médecin du travail devrait se prononcer sur l'aptitude ou non immédiatement après cet examen ou du moins dans un temps proche. Son hésitation à émettre une décision n'est pas imputable à la salariée et, la seule et unique décision qu'il avait prise suite à l'examen d'embauche, est celle de la déclarer finalement apte au travail.

Il devient, sous cet aspect, superfétatoire de se prononcer sur le fait si elle avait exercé les mêmes fonctions les années précédant son engagement au Luxembourg auprès d'autres personnes morales qui pourraient être considérées comme constituant ensemble avec la société précitée un seul et même employeur pour porter la même dénomination, pour être exploitées par les mêmes personnes et pour reconnaître cette identité de la qualité d'employeur par une ancienneté de service unique sur les fiches de salaire calculée à partir de sa date d'embauche

par la première des personnes morales, vu que X s'est conformée, une fois conclu le contrat de travail au Luxembourg, aux prescriptions légales plus amplement reproduites ci-dessus la rendant éligible pour le reclassement externe.

L'appelante remplit dès lors les conditions de recevabilité pour solliciter une mesure de reclassement, de sorte que l'appel est fondé et le jugement entrepris à réformer.

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 dit fondé,

partant,

réforme le jugement entrepris et renvoie le dossier auprès de la Commission mixte pour continuation de la procédure.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 24 décembre 2018 par le Président du siège, Monsieur Jean Engels, en présence de Monsieur Jean-Paul Sinner, secrétaire.

Le Président ff,
signé: Engels

Le Secrétaire,
signé: Sinner