

CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du dix-neuf octobre deux mille vingt

Composition:

Mme Marianne Harles, président de chambre à la Cour d'appel,	président
Mme Mylène Regenwetter, 1 ^{er} 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. Miguel Rodrigues de Barros, aide-soignant, Oberfeulen,	assesseur-assuré
M. Francesco Spagnolo,	secrétaire



ENTRE:

X, née le [...], demeurant à [...],
appelante,
comparant par Maître Patricia Da Costa Magalhaes, avocat, Luxembourg, en remplacement de
Maître Patricia Junqueira Oliveira, 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, 2, place de Clairefontaine,
intimé,
comparant par Madame Laura Lorang, 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 5 février 2020, X a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 13 décembre 2019, 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, déclare le recours non fondé et en déboute.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 21 septembre 2020, à laquelle le rapporteur désigné fit l'exposé de l'affaire.

Maître Patricia Da Costa Magalhaes, pour l'appelante, conclut à voir réformer le jugement du Conseil arbitral du 13 décembre 2019 et accorder l'indemnité professionnelle d'attente.

Madame Laura Lorang, pour l'intimé, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 13 décembre 2019.

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 15 mars 2019 la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail (COMIX) a fait droit à la demande de X en obtention de l'indemnité professionnelle d'attente, décision qui a été annulée et remplacée par une nouvelle décision datée au même jour qui a refusé ladite indemnité d'attente à la requérante, au motif qu'elle ne pouvait se prévaloir, ni d'une ancienneté de service, ni d'une aptitude au travail d'au moins dix ans, de sorte que les conditions inscrites à l'article L. 551-5 du code du travail ne seraient pas remplies.

Saisi d'un recours contre cette décision, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a, par jugement du 13 décembre 2019, relevé qu'il résulte de l'agencement du texte de l'article L. 551-5 (2) du code du travail qu'il faut justifier d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, auprès d'un ou de plusieurs employeurs, et que la condition d'ancienneté de service d'au moins dix ans s'entend auprès du dernier employeur puisque cette condition est destinée à attribuer une indemnité professionnelle d'attente au salarié qui ne justifie pas d'une aptitude au dernier poste de travail constatée par le médecin du travail compétent. Relevant que la durée d'affiliation de la requérante auprès du dernier employeur était inférieure à dix ans, il a déclaré le recours de X non fondé.

Contre cette décision elle a régulièrement interjeté appel par requête déposée le 5 février 2020 au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale, pour voir dire par réformation qu'elle remplirait les conditions d'octroi de l'indemnité professionnelle d'attente, de sorte qu'elle serait éligible à son obtention.

Elle soutient à l'appui de son appel, qu'elle aurait effectivement travaillé comme femme de ménage/gardienne d'enfant pendant plus de dix ans, sans que cette aptitude aurait été constatée par le médecin du travail faite par son employeur de l'y avoir envoyée. X estime que cette carence ne pourrait lui être préjudiciable.

Par ailleurs, l'appelante fait valoir qu'elle pourrait justifier d'une ancienneté de service auprès de la société A du 1^{er} juin 1998 au 31 mai 2008, cette société n'étant cependant pas son dernier employeur.

Elle considère que l'ancienneté de service requise par l'article L. 551-5 (2) du code du travail pourrait s'acquérir auprès de plusieurs employeurs et pas nécessairement auprès du dernier employeur.

Restreindre l'application de cet article aux salariés ayant acquis leur ancienneté auprès du même et dernier employeur serait non seulement contraire à la lettre de l'article, par l'ajout d'une condition non prévue, mais également à l'esprit de la loi, tendant à l'amélioration de la situation personnelle des chômeurs de longue durée.

L'appelante invoque finalement la violation du principe de l'égalité devant la loi. Elle estime que si la lecture ou l'interprétation de l'article L. 551-5 (2) du code devrait conduire à accorder l'indemnité professionnelle d'attente aux salariés ayant une ancienneté de service d'au moins dix ans auprès d'un employeur, sans accorder le même droit au salarié ayant une ancienneté de service d'au moins dix ans auprès de plusieurs employeurs, il serait institué entre ces deux catégories de salariés se trouvant dans des situations comparables une différence de traitement qui ne procéderait pas de disparités objectives et qui ne serait pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

La partie intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris aux motifs y avancés.

Il convient de relever, que l'article L. 551-5 du code du travail dispose en son point (2) que « *si, au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage, y compris la durée de prolongation, le salarié sous statut de personne en reclassement professionnel pouvant se prévaloir d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent, ou d'une ancienneté de service d'au moins dix ans, n'a pu être reclassé sur le marché du travail, il bénéficie, sur décision de la Commission mixte d'une indemnité professionnelle d'attente dont le montant correspond à quatre-vingt pour cent du revenu mensuel moyen cotisable au titre de l'assurance pension réalisé au cours des douze mois de calendrier précédant la décision de reclassement professionnel, ou, le cas échéant, précédant la mise en invalidité, respectivement l'attribution d'une rente complète, sans que ce montant ne puisse dépasser le plafond visé à l'article L. 521-14, paragraphe 1er, alinéa 5 (...)* ».

En ce qui concerne, tout d'abord, l'aptitude de X au dernier poste de travail, il n'est pas contesté par l'appelante que cette capacité n'a pas été constatée médicalement par le médecin du travail.

Il est cependant de principe que toute personne briguant un poste de travail doit être, en application de l'article L. 326-1 du code du travail, soumise en vue de l'embauchage à un examen médical fait par le médecin du travail. Seule exception à cette obligation, constitue la possibilité de faire transcrire au moment de l'engagement la dernière fiche d'examen médical établie pour le poste précédent en cas de changement d'employeur.

Compte tenu de cette obligation légale, seules les aptitudes médicalement constatées par le médecin du travail au moment de l'embauchage pour chaque employeur auprès duquel le salarié

a travaillé au cours de sa carrière professionnelle, sinon les aptitudes transcrites par le médecin du travail, peuvent être prises en considération pour vérifier s'il a été capable d'exercer son dernier poste de travail pendant dix ans au sens de l'article L. 551-5 (2) du code (cf. Conseil supérieur de la sécurité sociale 9 décembre 2019 n° 2019/0239).

S'agissant d'une obligation légale, il ne saurait y être suppléé par la seule constatation que l'intéressée a effectivement exercé la fonction de femme de ménage/garde d'enfants pendant une durée supérieure à dix ans, sans que médecin du travail compétent ait vérifié son aptitude à cet emploi.

Il s'ensuit en outre que l'appelante ne saurait justifier cette omission par la carence de ses employeurs, qui auraient été obligés de soumettre la candidate à un examen d'embauchage sous peine de s'exposer à des sanctions pénales en vertu de l'article L. 327-2 du code du travail.

Il lui reste cependant, le cas échéant, la possibilité de se retourner contre ces employeurs pour non-respect de cette obligation.

C'est partant à partant à bon droit que les juges de première instance ont retenu que la condition d'aptitude n'est pas remplie dans le chef de X.

En ce qui concerne l'ancienneté de service de l'appelante d'au moins dix ans, il convient de relever, que contrairement à ce qui est soutenu par X, l'ancienneté est un attribut essentiel du salarié et s'apprécie en principe par rapport aux services auprès d'un même employeur (cf. Comprendre et appliquer le droit du travail, édition 2018/2019, n° 64, par Jean-Luc PUTZ ; CSSS 1.4.2019, n° 2019/00078 ; CSSS 1.4.2019 n° 2019/0082).

En exigeant une « *ancienneté de service d'au moins dix ans* », le législateur a entendu requérir une continuité dans les services rendus par le salarié, continuité qui ne peut en principe être retenue que si le salarié a travaillé pendant la période de référence pour le même employeur (CSSS 9.12.2019, n° 2019/0240).

Il s'ensuit qu'il ne peut y avoir un traitement discriminatoire entre une ancienneté de service auprès du même employeur et une « *ancienneté de service auprès de plusieurs employeurs* », dès lors que l'ancienneté ne s'acquiert qu'auprès du même employeur, sauf reprise expresse de cette ancienneté par un autre employeur.

S'agissant de la question de savoir si cette ancienneté doit être acquise auprès du dernier employeur, il convient de rappeler, que l'indemnité professionnelle d'attente constitue une prestation qui vise l'indemnisation des salariés suite à leur reclassement externe.

Pour faire l'objet d'un tel reclassement, il faut qu'il soit vérifié, en tenant compte d'une situation de travail concrète existante, si le salarié est incapable d'exécuter son dernier poste de travail qu'il exerce auprès de son dernier employeur.

Dans ce sens, la condition de l'ancienneté de service requise par l'article L. 551-5 (2) du code pour être éligible à l'indemnité d'attente doit nécessairement être justifiée auprès de son dernier employeur.

C'est partant à bon droit et sans ajouter une condition au prédit article ou contrevenir à l'esprit des dispositions sur le reclassement externe, que le Conseil arbitral a procédé à la vérification de l'ancienneté de service de l'appelante auprès de son dernier employeur, qui se résume à sept ans.

L'appel est partant à déclarer non fondé et le jugement entrepris est à confirmer.

Par ces motifs,

le Conseil supérieur de la sécurité sociale,

statuant sur le rapport oral du magistrat désigné et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

partant confirme le jugement entrepris.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 19 octobre 2020 par Madame le Président Marianne Harles, en présence de Monsieur Francesco Spagnolo, secrétaire.

Le Président,
signé: Harles

Le Secrétaire,
signé: Spagnolo