

CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du vingt-cinq février deux mille vingt et un

Composition:

Mme Michèle Raus, conseiller à la Cour d'appel,	président ff
Mme Anne-Françoise Gremling, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
M. Thierry Schiltz, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
Mme Claire Clesse, juriste, Tucquegnieux,	assesseur-employeur
M. Miguel Rodrigues de Barros, aide-soignant, Oberfeulen,	assesseur-assuré
M. Francesco Spagnolo,	secrétaire



ENTRE:

X, né le [...], demeurant à [...],
appelant,
comparant par Maître Pierre-Nicolas Koch, avocat, Luxembourg, en remplacement de Maître Patricia Junqueira de 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 Jessica Ribeiro De Matos, attaché à l'Agence pour le développement de l'emploi, demeurant à Luxembourg.

Les faits et rétroactes de l'affaire sont exposés à suffisance de droit dans le jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale du 1^{er} février 2019 et dans les arrêts du Conseil supérieur de la sécurité sociale du 11 juillet 2019 et de la Cour de cassation du 29 octobre 2020.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 28 janvier 2021, à laquelle le rapporteur désigné fit l'exposé de l'affaire.

Maître Pierre-Nicolas Koch, pour l'appelant, conclut à voir faire droit au recours, sinon et pour autant que de besoin saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle.

Madame Jessica Ribeiro De Matos, pour l'intimé, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 1^{er} février 2019 et elle s'opposa à la saisine de la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle.

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 prise dans sa séance du 20 avril 2018 par la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail, ayant refusé l'octroi de l'indemnité professionnelle d'attente demandée le 12 avril 2018, au motif que les conditions inscrites à l'article L. 551-5 du code du travail ne sont pas établies, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a, par jugement du 1^{er} février 2019, dit le recours non fondé.

Pour statuer ainsi, la juridiction de première instance a fait valoir que X ne justifie pas d'une ancienneté de service de dix ans au moins auprès du dernier employeur A S.à r.l. et qu'il ne peut pas se prévaloir d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail constatée par le médecin du travail compétent.

Contre ce jugement, X a régulièrement interjeté appel au Conseil supérieur de la sécurité sociale, estimant qu'il a droit à l'indemnité professionnelle d'attente pour avoir exercé le métier de carreleur depuis plus de dix ans. Il expose avoir été affilié, auprès de six employeurs différents entre 2003 et 2016, en tant que carreleur marbrier pendant un total de onze ans, neuf mois et huit jours alors que la durée d'aptitude retenue par l'Agence pour le développement de l'emploi, en raison de la présence dans son dossier que de six certificats d'aptitude au travail, est uniquement de sept ans et neuf mois. A titre d'illustration, il souligne avoir travaillé pour son dernier employeur, la société A, du 8 novembre 2011 au 13 septembre 2016, soit pendant quatre ans et dix mois, alors que la période d'aptitude retenue, couverte par des certificats médicaux, est seulement d'un an et quatre mois.

L'appelant estime que le défaut de production de certificats, respectivement le défaut d'organisation d'examens médicaux, ne relève pas de sa compétence et que l'inertie à ce sujet de son employeur ou de l'Inspection du travail et des mines ou des médecins du travail ne saurait lui préjudicier de sorte que son aptitude au travail ne saurait être mise en cause.

Pour ce qui est d'une ancienneté de service d'au moins dix ans, il est d'avis qu'interpréter cette condition comme devant être remplie auprès du même employeur est contraire à l'objectif du texte, est créatrice d'une injustice sociale et engendre une discrimination des salariés ayant acquis une expérience auprès de plusieurs employeurs.

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a considéré dans son arrêt du 11 juillet 2019, qu'à « l'opposé du raisonnement soutenu par l'appelant, 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). En effet, dépendent notamment de l'ancienneté, les délais de préavis et de démission respectifs, certains avantages dont le nombre de jours de congé ou les primes, les indemnités de départ, la possibilité en droit du travail collectif pour être élu représentant du personnel etc. L'ancienneté couvre la période de travail depuis l'entrée en services jusqu'au moment considéré. Elle représente la fidélité à l'entreprise du salarié.

Par ailleurs, si, comme veut le faire croire l'appelant, l'ancienneté de service ne signifiait pas ancienneté auprès du même employeur, et si cette « ancienneté de service » pouvait être comptabilisée auprès de plusieurs employeurs sans nécessité de prouver une aptitude médicale constatée pendant cette période au dernier poste de travail, la deuxième condition alternative, à savoir l'ancienneté de service selon la définition proposée par l'appelant absorberait toujours la première condition alternative de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste de travail, pour en alléger singulièrement la preuve, et priverait de la sorte la première condition alternative de tout sens.

La notion d'« ancienneté de service » implique donc une ancienneté auprès du même employeur et donne à ce titre un certain nombre de droits au salarié tels que prévus par le code du travail, sans qu'il ait besoin de prouver pendant cette même période une aptitude médicalement constatée par le médecin du travail au dernier poste de travail (cf. Arrêt CSSS n°2019/0082 du 1^{er} avril 2019).

L'appelant ne se trouve pas dans l'hypothèse d'une ancienneté de service de dix ans au moins auprès du dernier employeur, la société A S.à r.l., son engagement ne remontant qu'au 8 novembre 2011.

Pour ce qui est de l'aptitude médicalement constatée par le médecin du travail d'une durée d'au moins dix ans au dernier poste de travail, il convient de constater que l'appelant a également été affilié comme maçon, mais que seul peut être pris en considération le dernier poste de travail donc celui de carreleur-marbrier et il résulte, tant des fiches médicales versées par l'appelant, que de celles remises par l'intimé, qu'une aptitude médicalement constatée d'au moins dix ans au dernier poste de travail de carreleur-marbrier n'est pas donnée. » Il a déclaré l'appel de X non fondé.

Saisie d'un recours en cassation contre cet arrêt, déposé le 16 septembre 2019, la Cour de cassation a, suivant arrêt n° 139/2020 du 29 octobre 2020, confirmé que le salarié sous statut de personne en reclassement professionnel en fin de droits aux allocations de chômage qui n'a pas pu être reclassé sur le marché du travail est en droit de bénéficier de l'indemnité professionnelle d'attente s'il justifie d'une ancienneté de service d'au moins dix ans auprès du même employeur.

Elle a considéré par ailleurs que les juges d'appel ont rejeté la demande du salarié en allocation de l'indemnité professionnelle d'attente basée sur son aptitude médicalement constatée par le médecin du travail d'une durée d'au moins dix ans au dernier poste de travail, au motif suffisant que cette aptitude couvrait une période inférieure à dix ans, et n'avaient pas pour obligation de déduire du recoupement des périodes d'affiliation au Centre commun de la Sécurité sociale comme carreleur-marbrier et des périodes couvertes par les certificats médicaux du travail, une aptitude présumée au dernier poste de travail d'au moins dix ans.

La Cour a cependant cassé l'arrêt du Conseil supérieur, au motif qu'en ayant omis de répondre au moyen du demandeur en cassation qui, selon la motivation de l'arrêt attaqué, avait fait valoir *« pour ce qui est d'une ancienneté de service d'au moins dix ans, il est d'avis qu'interpréter cette condition comme devant être remplie auprès du même employeur est contraire à l'objectif du texte, est créatrice d'une injustice sociale et engendre une discrimination des salariés ayant acquis une expérience auprès de plusieurs employeurs »*, les juges d'appel ont violé les dispositions visées au moyen.

A l'audience des plaidoiries du 28 janvier 2021 devant le Conseil supérieur de la sécurité sociale autrement composé, X avance, en ce qui concerne la condition de l'aptitude médicalement constatée par le médecin du travail au poste de carreleur-marbrier, que la Cour de cassation a admis qu'il pourrait se prévaloir d'une aptitude présumée à ce poste à déduire du recouplement des périodes d'affiliation au Centre commun et des périodes couvertes par les certificats médicaux du médecin du travail.

En ce qui concerne la condition de la nécessité de disposer d'une ancienneté de service de dix ans auprès du même employeur pour devenir éligible à l'indemnité d'attente, l'appelant soulève que la loi engendre une situation inégalitaire discriminatoire, sinon une injustice sociale, qui ne procède pas de disparités objectives et qui n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, entre les salariés remplissant cette condition et les salariés ayant travaillé pendant dix ans auprès de plusieurs employeurs.

En ordre subsidiaire et pour autant que de besoin X considère qu'il y a lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle.

L'Etat conclut à la confirmation du jugement entrepris. Il donne à considérer que l'arrêt de la Cour de cassation a retenu que la constatation que le salarié ne dispose pas d'une aptitude médicalement constatée par le médecin du travail pendant la période de référence est suffisant pour conclure que le demandeur n'est pas éligible à l'indemnité d'attente et que le Conseil supérieur n'avait pas à aller plus loin.

La partie intimée s'oppose à la saisine de la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, au motif que le salarié justifiant d'une ancienneté de service de dix ans auprès d'un même employeur ne se trouve pas dans une situation comparable à celle du travailleur disposant d'une affiliation de dix ans auprès de plusieurs employeurs.

Il convient de rappeler, que l'article L. 551-5 (2) du code du travail prévoit une condition alternative donnant droit à l'indemnité d'attente pour le salarié en fin de droits aux allocations de chômage qui se trouve en reclassement professionnel, soit le salarié doit prouver une aptitude médicalement constatée par le médecin du travail compétent au dernier poste de travail pendant au moins dix ans, étant implicitement entendu qu'il ne doit pas nécessairement avoir occupé ce poste de travail pendant dix années auprès du même employeur, soit le salarié doit prouver une ancienneté de service pendant au moins dix ans.

En l'espèce, X entend se prévaloir d'une période d'affiliation de onze ans, neuf mois et huit jours en tant que carreleur-marbrier auprès de 6 employeurs différents pour conclure de l'exercice effectif de ce poste de travail qu'il aurait été apte pendant plus de dix ans au sens de l'article L.551-5 (2) du code du travail, bien que son aptitude médicalement constatée par le médecin du travail se résume à sept ans, neuf mois et trois jours pour cette période.

La Cour de cassation est cependant formelle pour dire que seule la période pendant laquelle le salarié a été déclaré médicalement apte par le médecin du travail est à considérer pour vérifier si la condition d'aptitude pendant la période de référence se trouve remplie, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la période pendant laquelle l'appelant était affilié comme carreleur-marbrier et a effectivement travaillé dans ce métier sans être couvert par un certificat médical d'aptitude du médecin du travail.

C'est partant à tort que X invoque qu'il peut se prévaloir d'une aptitude présumée au dernier poste de travail d'au moins dix ans par le rajout à la période où son aptitude a été médicalement vérifiée par le médecin du travail, du temps pendant lequel il a travaillé effectivement comme marbrier-carreleur et qu'il était affilié comme tel au Centre commun.

En ce qui concerne la prétendue situation inégalitaire entre un salarié qui dispose d'une ancienneté de service de dix ans auprès du même employeur et un salarié ayant exercé le même travail pendant la période de référence pour plusieurs employeurs, il convient de relever que l'appelant omet de fournir un libellé exact de la question préjudicielle qu'il entend voir poser.

Se référant à une « *ancienneté* » ou une « *expérience* » auprès de plusieurs employeurs, trois hypothèses concrètes pourraient être envisagées.

Pour autant que l'appelant entende se prévaloir d'une ancienneté de service pour le même poste de travail auprès de plusieurs employeurs, il convient de se rapporter à l'arrêt de la Cour de cassation qui a confirmé que l'ancienneté de service d'un travailleur prévue à l'article L. 551-5 (2) du code du travail ne peut s'acquérir qu'auprès d'un même employeur.

Comme un salarié ne peut acquérir une ancienneté de service au sens de l'article L. 551-5 (2) du code auprès de plusieurs employeurs pour devenir éligible à l'obtention de l'indemnité d'attente sollicitée par l'appelant, il ne peut y avoir rupture d'égalité devant la loi avec un travailleur pouvant témoigner d'une ancienneté de service de dix ans auprès du même employeur, seule hypothèse envisageable pour l'octroi de cette prestation.

Pour autant que X entende invoquer un traitement inégalitaire entre le travailleur ayant exécuté le même poste de travail auprès du même employeur et le salarié qui a travaillé au même poste de travail auprès de plusieurs employeurs pendant la période de référence, il convient de relever que l'occupation d'un même poste de travail pendant dix ans auprès de différents employeurs est envisagée par la deuxième condition alternative de l'article L. 551-5 (2) du code du travail rendant le travailleur éligible à l'obtention de l'indemnité d'attente s'il établit une aptitude médicalement constatée pendant la période de référence pour le même emploi.

Suivant arrêt de la Cour de cassation n° 147/2020 du 19 novembre 2020, il a été retenu que les deux conditions alternatives dont il est question à l'article L. 551-5 (2) du code du travail donnant droit à l'indemnité d'attente pour le salarié en fin de droits aux allocations de chômage qui se trouve en reclassement professionnel, à savoir que le salarié doit prouver une aptitude médicalement constatée par le médecin du travail compétent au dernier poste de travail pendant au moins dix ans, sinon qu'il doit prouver une ancienneté de service pendant cette même période, vise des situations non comparables, les salariés se trouvant chacun dans une situation juridique spécifique. La Cour de cassation en a conclu que les juges d'appel n'étaient pas tenus de saisir la

Cour constitutionnelle de la question préjudicielle relative à la différence de traitement instaurée par la loi et n'encouraient pas le reproche d'avoir empiété sur la compétence de la Cour constitutionnelle.

Pour autant que l'appelant entende se prévaloir d'une éventuelle discrimination entre un travailleur disposant d'une ancienneté de service de dix ans auprès d'un même employeur et un salarié ayant exercé un même poste de travail auprès de différents employeurs sans établir son aptitude médicale à occuper ce poste, situation de X, il convient de relever que ces travailleurs ne se trouvent pas dans une situation comparable, en ce que le travailleur de la première catégorie justifie d'une fidélité pendant la période de référence auprès du même employeur indistinctement du poste occupé, qui a pu changer lorsqu'il est par exemple monté en hiérarchie, tandis le salarié de la deuxième catégorie a exercé le même travail auprès de plusieurs employeurs différents.

Comme ces situations ne sont pas comparables la question de constitutionnalité est dépourvue de tout fondement et le Conseil supérieur est dispensé de saisir la Cour constitutionnelle en vertu de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle.

L'appel de X est partant à déclarer non fondé et le jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale entrepris est à confirmer.

Par ces motifs,

le Conseil supérieur de la sécurité sociale,

statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat désigné,

statuant à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation n° 139/2020 du 29 octobre 2020,

dit qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle,

dit l'appel de X non fondé,

partant confirme le jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale entrepris.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 25 février 2021 par le Président du siège, Madame Michèle Raus, en présence de Monsieur Francesco Spagnolo, secrétaire.

Le Président ff,
signé: Raus

Le Secrétaire,
signé: Spagnolo