

CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du vingt-sept janvier deux mille vingt-deux

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, 1 ^{er} conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
Mme Tamara Schiavone,	secrétaire



ENTRE:

X, née le [...], demeurant à [...],
appelante,
comparant par Maître Radu Duta, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

ET:

la Caisse pour l'avenir des enfants, établie à Luxembourg, représentée par son président
actuellement en fonction,
intimée,
comparant par Maître Betty Rodesch, avocat à la Cour, Luxembourg, en remplacement de
Maître Albert Rodesch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

Par requête déposée au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 23 septembre 2021, X a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 13 août 2021, dans la cause pendante entre elle et Caisse pour l'avenir des enfants, et dont le dispositif est conçu comme suit: Par ces motifs, le Conseil arbitral de la sécurité sociale, statuant contradictoirement et en premier ressort, quant à la forme, déclare le recours recevable, quant au fond : - annule la décision entreprise en ce qu'elle est motivée par l'absence d'affiliation obligatoire à la sécurité sociale luxembourgeoise à la naissance de l'enfant, - pour le surplus, déclare le recours non fondé ; en déboute.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 23 décembre 2021, à laquelle le rapporteur désigné fit l'exposé de l'affaire.

Maître Radu Duta, pour l'appelante, maintint les moyens et conclusions de la requête d'appel déposée au siège du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 23 septembre 2021.

Maître Betty Rodesch, pour l'intimée, conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale du 13 août 2021.

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 une demande enregistrée le 4 septembre 2018 par la Caisse pour l'avenir des enfants (ci-après « CAE »), X a sollicité l'obtention de l'indemnité de congé parental à plein temps pour son enfant Y, né le [...], la demande attestant de l'accord de l'employeur « A sàrl » obtenu le 15 juin 2018. Le 26 octobre 2018, la CAE lui a accordé une indemnité de congé parental à temps plein de 6 mois du 29 août 2018 au 28 février 2018.

Par décision présidentielle de la CAE du 29 novembre 2018, X s'est vu notifier le retrait du droit à l'indemnité de congé parental et la demande de restitution des prestations déjà versées alors que l'indemnité de congé parental n'était pas due à partir du 29 août 2018 au motif qu'elle n'était pas affiliée à titre obligatoire à la sécurité sociale luxembourgeoise moyennant un contrat de travail au moment de la naissance de son fils, son affiliation ayant été arrêtée rétroactivement au 15 mai 2018, et que ni la condition d'affiliation continue pendant 12 mois précédant immédiatement le début du congé parental, ni la condition d'occupation du chef d'un contrat de travail pendant toute la durée du congé parental n'étaient remplies au début du congé parental au 29 août 2018.

Cette décision a été confirmée par le conseil d'administration de la CAE le 4 février 2019 par adoption d'une motivation identique sur base de l'article L. 234-43 (1) du code du travail.

Saisi d'un recours formé par X, le Conseil arbitral de la sécurité sociale (ci-après « Conseil arbitral ») a, par jugement du 13 août 2021, annulé la décision entreprise pour autant qu'elle repose sur le motif d'absence d'affiliation obligatoire à la sécurité sociale luxembourgeoise au moment de la naissance du fils alors qu'en raison des enseignements à retenir de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE »), les clauses 1.1, 1.2 et 2.1 ainsi que la clause 3.1, sous b), de l'accord-cadre sur le congé parental (révisé) du 18 juin 2009 qui figure à l'annexe de la directive 2010/18/UE du Conseil, du 8 mars 2010, portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSSEUROPE,

l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une réglementation nationale qui conditionne l'octroi d'un droit à un congé parental au statut de travailleur du parent au moment de la naissance ou de l'adoption de son enfant. Pour le surplus, il a déclaré le recours non fondé alors que la législation nationale en rapport avec une période d'activité minimale de douze mois précédant le début du congé parental non interrompue par plus de sept jours est conforme au droit communautaire et qu'en raison d'une relation de travail définitivement résiliée au 15 mai 2018 déjà, les conditions claires et précises posées par la loi s'opposent à statuer en pure équité de sorte que la décision entreprise reflète une appréciation exacte des faits et une application correcte de la loi, sans qu'il soit nécessaire ou pertinent de se pencher sur sa motivation en rapport avec l'existence d'un contrat de travail durant toute la période du congé parental.

X a régulièrement interjeté appel limité par requête déposée le 23 septembre 2021 au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale, pour voir dire par réformation qu'elle a droit à l'indemnité de congé parental sur base de l'article L. 234-43 (1) du code du travail alors que ce serait à tort que le premier juge aurait retenu que la jurisprudence européenne autoriserait les Etats membres à subordonner le droit au congé parental à une ancienneté d'affiliation préalable d'un minimum de 12 mois. Pour autant que de besoin elle demande de saisir la CJUE de la question suivante :

« Est-ce-que les clauses 1.1, 1.2 et 2.1 ainsi que la clause 2.3, sous b), de l'accord-cadre sur le congé parental conclu le 14 décembre 1995 par les organisations interprofessionnelles à vocation générale UNICE, CEEP et CES mis en œuvre par la directive 96/34 doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à l'application d'une disposition de droit interne, telle que l'article L. 234-43(1) du Code du Travail qui subordonne l'octroi du congé parental à la double condition que le travailleur soit occupé légalement sur un lieu de travail et affilié à ce titre auprès de la sécurité sociale, d'une part, sans interruption pendant au moins 12 mois continus précédant immédiatement le début du congé parental et, d'autre part, au moment de la naissance ou de l'accueil du ou des enfants à adopter, le respect de cette seconde condition étant exigé même si le contrat de travail a été résilié unilatéralement et abusivement par l'employeur avant la naissance de l'enfant ». Pour autant que de besoin elle demande de saisir la Cour constitutionnelle en raison d'une discrimination entre parents ayant fait l'objet d'une mesure de résiliation abusive de leur contrat de travail et ceux restés maîtres de leur situation et entend poser une question préjudicielle de constitutionnalité libellée comme suit : « L'article L. 234-43(1) du code du travail qui subordonne l'octroi du congé parental à la double condition que le travailleur soit occupé légalement sur un lieu de travail et affilié à ce titre auprès de la sécurité sociale, d'une part, sans interruption pendant au moins 12 mois continus précédant immédiatement le début du congé parental et d'autre part, au moment de la naissance ou de l'accueil du ou des enfants à adopter, est-il conforme aux principes constitutionnels d'égalité devant la Loi défini à l'article 10bis, paragraphe 1 de la Constitution ? ».

La partie intimée demande la confirmation du jugement entrepris alors que depuis le 15 mai 2018, l'appelante n'était plus affiliée, partant ne pourrait invoquer une période d'activité minimale de douze mois précédant le début du congé parental et par ailleurs elle ne disposerait pas d'un contrat de travail durant toute la période du congé parental. Il se dégagerait des éléments que l'employeur, suite au transfert de son siège social à l'étranger, a procédé à la désaffiliation de sa salariée au 15 mai 2018. Sur recours de X devant le tribunal du travail, cette désaffiliation a été considérée comme une rupture des relations de

travail avec effet immédiat et elle a eu droit, en raison de ce licenciement déclaré abusif, à l'indemnité compensatrice de préavis de deux mois. Le licenciement intervenu au 15 mai 2018, n'ayant pas été déclaré nul, s'imposerait aux parties de sorte que faute d'affiliation à partir de ce jour les conditions légales ne seraient pas remplies. La CJUE ne serait pas à saisir de la même question ayant fait l'objet de son arrêt du 25 février 2021 et contenant la réponse sans équivoque quant à la conformité de la législation nationale par rapport au droit de l'Union européenne. La Cour constitutionnelle ne serait pas non plus à saisir de la question préjudicielle faute de violation du principe d'égalité.

Il y a lieu de préciser que la directive 96/34 a été abrogée avec effet au 8 mars 2012 par la directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES (ci-après « la directive 2010/18 »). La loi du 19 juin 2013 transposa la directive 2010/18 et la loi du 3 novembre 2016 a modifié les conditions d'octroi du congé parental.

Dans le cas d'un salarié, l'article L. 234-43, paragraphe 1, alinéa 2, du code du travail retient, dans ses passages pertinents dans le présent cas d'espèce dorénavant, s'agissant des salariés soumis à ce Code, que :

« (1) Tout parent a droit, suite à la naissance ou à l'adoption d'un ou de plusieurs enfants, à un congé parental tant que les enfants n'ont pas atteint l'âge de six ans aux conditions et dans les limites de la présente loi. Le délai de six ans est porté à douze ans pour les parents d'un ou de plusieurs enfants adoptés.

Peut prétendre au congé parental tout parent, pour autant qu'il

- est affilié obligatoirement à la sécurité sociale luxembourgeoise au moment de la naissance ou de l'accueil du ou des enfants à adopter et sans interruption pendant au moins douze mois continus précédant immédiatement le début du congé parental, soit au sens de l'article 1^{er}, alinéa 1, sous 1) du Code de la sécurité sociale moyennant un ou plusieurs contrats de travail totalisant au moins dix heures de travail par semaine, soit au sens de l'article 1^{er}, alinéa 1, sous 2) ou 10) du Code de la sécurité sociale ;

- est occupé, en cas d'activité salariale, du chef d'un ou de plusieurs contrats de travail ou d'un contrat d'apprentissage pendant toute la durée du congé parental;

...

(2) La condition d'affiliation continue pendant les douze mois précédant immédiatement le début du congé parental ne vient pas à défaillir par une ou plusieurs interruptions ne dépassant pas sept jours au total.,

[...] ».

Que ce soit un salarié ou un fonctionnaire respectivement un agent de l'Etat qui sollicite le congé parental, l'exigence d'une affiliation ininterrompue pendant au moins douze mois continus précédant immédiatement le début du congé parental est identique dans chacun de ces cas de figure. Cette précision a son importance alors que, dans une situation identique d'un fonctionnaire d'Etat, la CJUE s'est vu soumettre, par décision du 27 février 2020 de la Cour de cassation luxembourgeoise, la question préjudicielle suivante :

« Est-ce que les clauses 1.1, 1.2, et 2.1, [ainsi que la clause] 2.3 [sous] b), de l'accord-cadre sur le congé parental conclu le 14 décembre 1995 par les organisations interprofessionnelles à vocation générale UNICE, CEEP et CES, mis en œuvre par la [directive 96/34] doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à l'application d'une disposition de droit interne, telle que l'article 29 bis de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État dans sa version issue de la loi du 22 décembre 2006 (Mémorial A 2006, [p.] 4838), qui subordonne l'octroi du congé parental à la double condition que le travailleur soit occupé légalement sur un lieu de travail et affilié à ce titre auprès de la sécurité sociale, d'une part, sans interruption pendant au moins douze mois continus précédant immédiatement le début du congé parental et, d'autre part, au moment de la naissance ou de l'accueil du ou des enfants à adopter, le respect de cette seconde condition étant exigé même si la naissance ou l'accueil a eu lieu plus de douze mois précédant le début du congé parental ? ».

La CJUE, dans son arrêt du 25 février 2021 (affaire C-129/20) , après avoir précisé que c'est bien la directive 2010/18 qui est applicable au litige et que les clauses 1.1, 1.2 et 2.1 ainsi que la clause 2.3, sous b), de l'accord-cadre qui figure à l'annexe de la directive 96/34 correspondent en substance aux clauses 1.1, 1.2 et 2.1 ainsi qu'à la clause 3.1, sous b), de l'accord-cadre révisé, de sorte qu'il y a lieu de reformuler la question posée comme visant, en substance, l'interprétation de ces clauses de l'accord-cadre révisé, a dit pour droit :

« qu'elles ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui conditionne l'octroi d'un droit à un congé parental à l'occupation sans interruption par le parent concerné d'un emploi pendant une période d'au moins douze mois immédiatement avant le début du congé parental.(...). »

Il convient de préciser, tel que retenu par le Conseil arbitral, que la CJUE, dans le même arrêt, a décidé que les clauses de l'accord-cadre révisé s'opposent, en revanche, à une réglementation nationale qui conditionne l'octroi d'un droit à un congé parental au statut de travailleur du parent au moment de la naissance ou de l'adoption de son enfant.

En l'espèce, il n'y a pas lieu, au vu de l'arrêt intervenu sur la question, de saisir une nouvelle fois la CJUE dont la réponse est sans équivoque.

Il n'est pas contesté que X n'est plus affiliée depuis le 15 mai 2018 aux organismes de la sécurité sociale luxembourgeois alors que suite au transfert du siège social de son employeur en Belgique le 14 mai 2018 pour cessation de ses activités au Luxembourg son employeur a procédé rétroactivement à sa déclaration de sortie auprès du Centre commun de la sécurité sociale le 15 mai 2018. Si, dans un litige ayant opposé l'appelante à son ancien employeur, le licenciement de X a certes été déclaré abusif, il n'a pas été déclaré nul, donc elle a été licenciée avec effet au 15 mai 2018, date à partir de laquelle elle est sans contrat de travail.

C'est à juste titre que la juridiction de première instance a retenu que la circonstance que X n'a pas été licenciée en bonne et due forme, ayant engendré la condamnation de son ancien employeur à lui payer notamment du chef de licenciement abusif une indemnité compensatoire de préavis de deux mois de salaire, n'enlève rien au constat qu'elle doit être considérée comme licenciée à partir du 15 mai 2018 et qu'elle ne remplit dès lors pas la condition d'une période d'activité minimale de douze mois précédant le début du congé parental non interrompue par plus de sept jours, considérée comme conforme au droit

communautaire conformément à l'arrêt de la CJUE précité du 25 février 2021. Elle ne peut donc prétendre à l'allocation de l'indemnité de congé parental à plein temps, étant précisé que X ne satisferait pas non plus à la condition de l'existence d'un contrat de travail durant toute la période du congé parental.

L'appelante considère qu'il y aurait une discrimination entre parents ayant fait l'objet d'une mesure de résiliation abusive de leur contrat de travail et ceux « *restés maîtres de leur situation* » et entend poser une question préjudicielle de constitutionnalité libellée comme suit : « *L'article L. 234-43(1) du code du travail qui subordonne l'octroi du congé parental à la double condition que le travailleur soit occupé légalement sur un lieu de travail et affilié à ce titre auprès de la sécurité sociale, d'une part, sans interruption pendant au moins 12 mois continus précédant immédiatement le début du congé parental et d'autre part, au moment de la naissance ou de l'accueil du ou des enfants à adopter, est-il conforme aux principes constitutionnels d'égalité devant la Loi défini à l'article 10bis, paragraphe 1 de la Constitution ?* ».

L'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution dispose : « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* ».

La mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée.

En l'espèce, l'appelante oppose les parents ayant fait l'objet d'une mesure de résiliation abusive de leur contrat de travail à ceux « dont la continuité de leur contrat de travail a été assurée et qui sont restés maîtres de leur situation », partant à une catégorie non juridiquement définie de personnes. S'y ajoute qu'elle omet de soumettre le moindre élément d'appréciation ou critère qui permettrait d'admettre que l'article L. 234-43, paragraphe 1, alinéa 2, du code du travail, exigeant une affiliation d'au moins douze mois immédiatement avant le début du congé parental, instituerait une différenciation entre deux catégories de parents se trouvant dans une situation comparable.

Le défaut de tout fondement de la question se déduit donc de l'absence de comparabilité des situations qui sont mises en opposition par celle-ci.

Il n'y a partant pas non plus lieu de saisir la Cour constitutionnelle.

L'appel est à déclarer non fondé et la décision entreprise est à confirmer.

Par ces motifs,

le Conseil supérieur de la sécurité sociale,

statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat désigné,

dit l'appel recevable,

dit qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour constitutionnelle,

dit l'appel non fondé,

confirme le jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale du 13 août 2021.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 27 janvier 2022 par Madame le Président Marianne Harles, en présence de Madame Tamara Schiavone, secrétaire.

Le Président,
signé: Harles

Le Secrétaire,
signé: Schiavone