

N° 146 / 2020

du 12.11.2020

Numéro CAS-2019-00146 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, douze novembre deux mille vingt.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Stéphane PISANI, conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, demeurant à (...),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Guy THOMAS, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

la CAISSE NATIONALE DE SANTE, établissement public, établie et ayant son siège à L-1471 Luxembourg, 125, route d'Esch, représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro J21,

défenderesse en cassation,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Louis BERNS, avocat à la Cour.

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 27 juin 2019 sous le numéro 2019/0145 (No. du reg.: IP 2018/0161) par le Conseil supérieur de la sécurité sociale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 18 septembre 2019 par X à la CAISSE NATIONALE DE SANTE, déposé le 19 septembre 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 12 novembre 2019 par la CAISSE NATIONALE DE SANTE à X, déposé le 15 novembre 2019 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Eliane EICHER et les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY ;

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le Conseil arbitral de la sécurité sociale avait déclaré non fondés les recours exercés par X contre les décisions du comité directeur de la CAISSE NATIONALE DE SANTE lui ayant refusé le versement d'indemnités pécuniaires de maladie aux motifs que les conditions médicales pour bénéficier des prestations de maladie n'étaient pas remplies conformément à l'article 14, alinéa 1, du Code de la sécurité sociale pour la période à partir du 21 avril 2015, que l'assuré était affilié en Belgique à partir du 22 avril 2015 et n'était pas affilié au Luxembourg au titre de l'article 15, alinéa 1, du code précité et que l'inscription comme demandeur d'emploi auprès de l'administration de l'emploi en Belgique constituait l'affirmation d'une disponibilité sur le marché du travail et la reconnaissance d'une aptitude au travail. Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré l'appel interjeté par X contre ce jugement non fondé.

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée

La défenderesse en cassation conclut à l'irrecevabilité du pourvoi au motif que l'ensemble des moyens renvoient à la législation belge et que l'interprétation et l'application d'une loi étrangère échappent au contrôle de la Cour de cassation.

Une éventuelle irrecevabilité des moyens n'entraîne pas l'irrecevabilité du pourvoi.

Il en suit que ce moyen d'irrecevabilité du pourvoi n'est pas fondé.

La défenderesse en cassation conclut encore à l'irrecevabilité du pourvoi pour défaut d'intérêt, sinon pour défaut de qualité à agir dans le chef du demandeur en cassation aux motifs que celui-ci aurait définitivement perçu un revenu de remplacement au cours de la période du 22 avril 2015 au 31 juillet 2015 et ne pourrait, dès lors, demander en sus le paiement d'indemnités pécuniaires de maladie pour les mêmes périodes et qu'en cas de gain de cause devant les juridictions sociales, la qualité de partie pouvant agir appartiendrait *de facto* aux organismes de chômage du fait de la subrogation légale.

Le moyen d'irrecevabilité opposé par la défenderesse en cassation impliquant l'examen de la portée de la loi belge portant sur la prestation d'allocations de chômage à titre provisoire et des conséquences de son application en l'espèce, est mélangé de fait et de droit.

Il en suit que ce moyen d'irrecevabilité du pourvoi est également irrecevable.

Le pourvoi, introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation, sinon de la mauvaise application ou interprétation de l'article 73, point 1 du règlement (CE) N° 987/2009 du Parlement Européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, pris ensemble avec son article 6, et plus particulièrement le point 4 dudit article 6, qui sont de la teneur suivante :

Article 6 point 4 :

<< Lorsqu'il est établi que la législation applicable n'est pas celle de l'Etat membre dans lequel l'affiliation provisoire a eu lieu ou que l'institution qui a servi les prestations à titre provisoire n'était pas l'institution compétente, l'institution reconnue comme compétente est réputée l'être rétroactivement, comme si cette divergence de vues n'avait pas existé, au plus tard à la date de l'affiliation provisoire ou du premier octroi à titre provisoire des prestations en cause. >>

Article 73 point 1 :

<< 1. Aux fins de l'application de l'article 6 du règlement d'application, trois mois au plus tard après avoir déterminé quelle est la législation applicable ou l'institution débitrice des prestations, l'institution ayant versé des prestations en espèces à titre provisoire établit un décompte du montant versé à titre provisoire et l'adresse à l'institution reconnue comme compétente.

L'institution reconnue comme compétente pour le versement des prestations retient le montant dû au titre du paiement provisoire sur les arriérés des prestations correspondantes qu'elle doit à la personne concernée et transfère sans délai le montant retenu à l'institution ayant versé les prestations en espèce à titre provisoire.

Si le montant des prestations versées à titre provisoire est supérieur au montant des arriérés, ou si aucun arriéré n'est dû, l'institution reconnue comme compétente déduit le montant considéré des paiements courants dans les conditions et les limites prévues pour une telle procédure de compensation par la législation qu'elle applique, et transfère sans délai le montant retenu à l'institution ayant versé les prestations en espèce à titre provisoire. >>

En ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré non fondé l'appel du demandeur en cassation en retenant que ce dernier n'avait aucun droit aux indemnités pécuniaires de maladie pour les deux périodes litigieuses au motif que << la limitation prévue à l'article 15 du code de la sécurité sociale >> (excluant du bénéfice des indemnités pécuniaires de maladie les bénéficiaires d'un revenu de remplacement au sens du numéro 10 de l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} du code de la sécurité sociale) << doit nécessairement viser tous les bénéficiaires d'indemnités de chômage, qu'ils soient inscrits à l'étranger ou au Luxembourg auprès de l'administration de l'emploi, alors qu'il n'y aurait manifestement aucune raison objective de traiter plus favorablement les bénéficiaires des indemnités de chômage à l'étranger que les bénéficiaires d'indemnités de chômage au Luxembourg, tous bénéficiant d'un revenu de remplacement qui ne peut être cumulé avec une indemnité de maladie. Si les bénéficiaires des indemnités de chômage au Luxembourg ne peuvent pas toucher des indemnités pécuniaires de maladie au Luxembourg, il doit en être a fortiori de même pour les bénéficiaires des indemnités de chômage à l'étranger, alors que ces derniers ne sont pas assurés obligatoirement au regard de l'article 1^{er} du code de la sécurité sociale. >>

Alors que les allocations de chômage payées provisoirement à Monsieur X en attendant la décision à intervenir au niveau du Conseil supérieur de la sécurité sociale sur la question de savoir qui était finalement l'institution débitrice des prestations allouées au demandeur en cassation (CNS ou ONEM/ADEM), cette décision dépendant du bien-fondé des recours déposés par celui-ci quant à savoir s'il était apte ou inapte au travail pendant les périodes respectives du 22 avril 2015 au 31 mai 2015 et du 1^{er} juillet 2015 au 31 juillet 2015 et donnant lieu - en cas d'inaptitude avérée au travail - à remboursement par la CNS à l'ONEM/ADEM des allocations de chômage provisoirement payées par l'ONEM

Qu'en se retranchant derrière une prétendue reconnaissance par le demandeur en cassation de son aptitude au travail par le simple fait d'avoir sollicité, en désespoir de cause et en l'absence d'autre alternative, l'admission au chômage dans son pays de résidence sans même analyser la question de fond concernant l'inaptitude au travail de ce dernier, l'arrêt attaqué a violé sinon mal appliqué ou interprété les textes visés au moyen et encourt la cassation. ».

Réponse de la Cour

Le moyen fait grief aux juges d'appel de ne pas avoir analysé la question de fond concernant son inaptitude au travail.

Les dispositions visées au moyen, en ce qu'elles portent sur les modalités de règlement entre l'institution d'un Etat membre de l'Union européenne qui a procédé à une affiliation provisoire ou servi une prestation provisoire et l'institution d'un Etat membre reconnue comme compétente, et non sur les conditions d'admission au bénéfice d'indemnités pécuniaires de maladie par l'institution compétente, sont étrangères au grief invoqué.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation, sinon de la mauvaise application ou interprétation de l'article 73, point 2 2 du règlement (CE) N° 987/2009 du Parlement Européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, pris ensemble avec son article 6, et plus particulièrement le point 4 dudit article 6, qui sont de la teneur suivante :

Article 6 point 4 :

<< 4. Lorsqu'il est établi que la législation applicable n'est pas celle de l'Etat membre dans lequel l'affiliation provisoire a eu lieu ou que l'institution qui a servi les prestations à titre provisoire n'était pas l'institution compétente, l'institution reconnue comme compétente est réputée l'être rétroactivement, comme si cette divergence de vues n'avait pas existé, au plus tard à la date de l'affiliation provisoire ou du premier octroi à titre provisoire des prestations en cause. >>

Article 73 point 2 :

<< 2. L'institution ayant perçu des cotisations à titre provisoire auprès d'une personne physique et/ou morale ne procède au remboursement des montants en question en faveur des personnes qui les ont payés qu'après avoir interrogé l'institution reconnue comme compétente sur les sommes qui lui seraient dues en application de l'article 6, paragraphe 4, du règlement d'application.

À la demande de l'institution reconnue comme compétente, introduite au plus tard trois mois après avoir établi quelle est la législation applicable, l'institution ayant perçu des cotisations à titre provisoire les transfère à l'institution reconnue comme compétente pour la période correspondante en vue de régler la situation relative aux cotisations dues par une personne physique et/ou morale. Les cotisations transférées sont rétroactivement réputées avoir été versées à l'institution reconnue comme compétente.

Si le montant des cotisations versées à titre provisoire est supérieur au montant que la personne physique et/ou morale doit à l'institution reconnue comme compétente, l'institution ayant perçu les cotisations à titre provisoire rembourse à cette personne le montant payé en trop. >>

En ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré non fondé l'appel du demandeur en cassation en retenant que ce dernier n'avait aucun droit aux indemnités pécuniaires de maladie pour les deux périodes litigieuses au motif que << la limitation prévue à l'article 15 du code de la sécurité sociale >> (excluant du bénéfice des indemnités pécuniaires de maladie les bénéficiaires d'un revenu de remplacement au sens du numéro 10 de l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} du code de la sécurité sociale) << doit nécessairement viser tous les bénéficiaires d'indemnités de

chômage, qu'ils soient inscrits à l'étranger ou au Luxembourg auprès de l'administration de l'emploi, alors qu'il n'y aurait manifestement aucune raison objective de traiter plus favorablement les bénéficiaires des indemnités de chômage à l'étranger que les bénéficiaires d'indemnités de chômage au Luxembourg, tous bénéficiant d'un revenu de remplacement qui ne peut être cumulé avec une indemnité de maladie. Si les bénéficiaires des indemnités de chômage au Luxembourg ne peuvent pas toucher des indemnités pécuniaires de maladie au Luxembourg, il doit en être à fortiori de même pour les bénéficiaires des indemnités de chômage à l'étranger, alors que ces derniers ne sont pas assurés obligatoirement au regard de l'article 1^{er} du code de la sécurité sociale. >>

Alors qu'en cas de reconnaissance par le Conseil supérieur de la sécurité sociale d'une inaptitude au travail dans le chef de Monsieur X, les cotisations payées par l'ONEM belge dans le cadre du chômage provisoirement alloué à celui-ci devaient être transférées au Centre Commun de la sécurité sociale par l'ONEM et étaient rétroactivement réputées avoir été versées à l'institution réputée compétente, en sorte que son affiliation aux organismes luxembourgeois de la sécurité sociale était donnée pour la période litigieuse allant du 22 avril 2015 au 31 mai 2015 respectivement du 1^{er} juillet 2015 au 31 juillet 2015 et que Monsieur X n'aurait nullement bénéficié d'un double paiement, d'une part le chômage provisoire belge et d'autre part les indemnités pécuniaires de maladie de la CNS. ».

Réponse de la Cour

Le moyen fait grief aux juges d'appel d'avoir retenu que le demandeur en cassation ne saurait bénéficier à la fois d'un revenu de remplacement et d'une indemnité pécuniaire de maladie alors qu'en cas de reconnaissance de son inaptitude au travail, le demandeur en cassation aurait été affilié rétroactivement auprès des organismes de sécurité sociale luxembourgeois.

Les effets d'une affiliation rétroactive du demandeur en cassation auprès des organismes de sécurité sociale luxembourgeois sur la question d'un cumul d'indemnités par lui touchées dépendent notamment des dispositions de la loi belge relatives au chômage provisoire, donc d'un droit étranger qui constitue une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond et échappant au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen ne saurait être accueilli.

Sur les troisième et quatrième moyens de cassation réunis

Enoncé des moyens

le troisième, « *Tiré de la violation, sinon de la mauvaise application ou interprétation de l'article 10 bis de notre Constitution concernant l'égalité devant la loi combiné avec son article 111, pris ensemble avec l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, point 10 du Code de la sécurité sociale combiné à l'article 15 du même Code ainsi que de l'article 62 paragraphe 2 de l'arrêté royal belge du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage*

En ce que :

L'arrêt attaqué assimile, lors de son application de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, point 10 du Code de la sécurité sociale combiné à son article 15, l'allocation de chômage touchée à titre provisoire en vertu de l'article 62 paragraphe 2 de l'arrêté royal belge du 25.11.1991 à l'allocation de chômage touchée à titre définitif par la législation luxembourgeoise, sans prendre en considération tant le caractère purement provisoire de l'allocation accordée par l'ONEM (rien que pour pallier momentanément au manque de ressources financières imputable à l'attente d'une décision définitive sur la question de l'aptitude au travail de son allocataire) que son éventuel remboursement ultérieur - en cas d'obtention de gain de cause par son allocataire - par l'organisme de maladie compétent à l'ONEM respectivement à l'ADEM dans la mesure où cette dernière a remboursé certains montants à son homologue belge

Alors que, la non-reconnaissance du caractère provisoire du chômage belge (en attendant que la question de l'aptitude au travail de Monsieur X en sa qualité de frontalier résidant en Belgique soit tranchée par les juridictions luxembourgeoises) et de son caractère neutre au point de vue de son aptitude au travail, constitue une discrimination du travailleur frontalier sur base de son domicile, en ce que, nonobstant son absence de ressources financières, il ne lui était possible ni de solliciter l'aide sociale constituée par le revenu d'intégration en Belgique (en raison de l'existence du chômage provisoire existant en Belgique et excluant tout recours au revenu d'intégration (équivalent à notre RMG/REVIS) ni le RMG/REVIS au Luxembourg en raison de sa résidence en Belgique), contrairement à ce qui aurait été le cas s'il avait été résident sans ressources au Luxembourg ;

Qu'en traitant les résidents belges sans ressources de la même façon que les résidents luxembourgeois sans ressources, alors que les critères d'attribution des aides sociales en Belgique empêchent les frontaliers résidant en Belgique de solliciter le revenu d'intégration tandis que les résidents sont admis au RMG/REVIS d'une part et que, contrairement à notre législation en matière de chômage, le système législatif belge prévoit des allocations de chômage payées à titre provisoire en attendant l'issue des procédures pendantes devant les juridictions de sécurité sociale quant à leur capacité de travail sans qu'il n'y ait reconnaissance d'une quelconque aptitude au travail dans le chef de ces derniers, mais sous réserve de remboursement des montants ainsi payés par les institutions de maladie ou d'invalidité en cas d'issue favorable du litige constatant au final une inaptitude au travail des frontaliers résidant en Belgique, d'autre part, le juge du fond a violé le principe constitutionnel d'égalité devant la loi et discriminé de manière indirecte les frontaliers belges contraints de solliciter le chômage provisoire en Belgique alors que les situations respectives des résidents et des frontaliers belges à cet égard ne sont pas comparables et devaient être traitées différemment l'une par rapport à l'autre.

Le cas échéant, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant la Cour Constitutionnelle et de lui poser la question préjudicielle suivante :

<< L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, point 10 du Code de la sécurité sociale combiné à l'article 15 du même Code, interprétés comme valant au même titre et indistinctement "revenu de remplacement" tant pour l'allocation de chômage définitivement allouée par l'ADEM luxembourgeoise aux résidents que pour l'allocation de chômage allouée à titre provisoire aux frontaliers belges en attente d'une décision judiciaire concernant leur aptitude au travail et ne pouvant pas bénéficier du revenu d'intégration belge (équivalent du RMG/REVIS luxembourgeois), alors que les résidents dans la même situation sont admis au bénéfice du RMG/REVIS (sous certaines conditions de ressources de leur ménage) sont-ils conformes au principe d'égalité consacré par l'article 10 bis de notre Constitution combiné à son article 111 ? >>

En cas de renvoi, il échet d'ordonner tous devoirs de droit en la matière et de réserver les frais. »

et

le quatrième, *« Tiré de la violation, sinon de la mauvaise application ou interprétation de l'article 4 du règlement n° 883/2004 (CE) du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale garantissant l'égalité de traitement et de son article 5 a) portant assimilation de prestations, de revenus, de faits ou d'événements, lequel dispose comme suit :*

<< A moins que le présent règlement n'en dispose autrement et compte tenu des dispositions particulières de mise en œuvre prévues, les dispositions suivantes s'appliquent :

a) Si, en vertu de la législation de l'Etat membre compétent, le bénéfice de prestations de sécurité sociale ou d'autres revenus produit certains effets juridiques, les dispositions en cause de cette législation sont également applicables en cas de bénéfice de prestations équivalentes acquises en vertu de la législation d'un autre Etat membre comme si ceux-ci étaient survenus sur son propre territoire ;

pris ensemble avec les articles 1^{er}, alinéa 1^{er}, numéro 10 et 15 du code de la sécurité sociale ainsi que de l'article 62 paragraphe 2 de l'arrêté royal belge du 25 novembre 1991

En ce que :

L'arrêt attaqué assimile, lors de son application des articles 1^{er}, alinéa 1^{er}, numéro 10 et 15 du Code de la sécurité sociale, l'allocation de chômage touchée à titre provisoire en vertu de l'article 62 paragraphe 2 de l'arrêté royal belge du 25.11.1991 à l'allocation de chômage touchée à titre définitif en vertu de la législation luxembourgeoise, sans prendre en considération le caractère purement provisoire de l'allocation accordée par l'ONEM rien que pour pallier au manque de ressources financières imputable à l'attente d'une décision définitive sur la question de l'aptitude au travail de son allocataire et son éventuel remboursement ultérieur - en cas d'obtention de gain de cause par son allocataire - par l'organisme de maladie compétent à l'ONEM respectivement à l'ADEM dans la mesure où cette dernière a remboursé certains montants à son homologue belge

Alors que la non-reconnaissance du caractère provisoire du chômage belge (en attendant que la question de l'aptitude au travail de Monsieur X en sa qualité de frontalier résidant en Belgique soit tranchée par les juridictions luxembourgeoises) et de son caractère neutre au point de vue de son aptitude au travail, constitue une discrimination du travailleur frontalier de son domicile, en ce que, nonobstant son absence de ressources financières, il ne lui était possible ni de solliciter l'aide sociale constituée par le revenu d'intégration en Belgique (en raison de l'existence du chômage provisoire existant en Belgique et excluant tout recours au revenu d'intégration (équivalent à notre RMG/REVIS) ni le RMG/REVIS au Luxembourg en raison de sa résidence en Belgique), contrairement à ce qui aurait été le cas s'il avait été résident sans ressources au Luxembourg ;

Qu'en traitant les résidents belges sans ressources de la même façon que les résidents luxembourgeois sans ressources, alors que les critères d'attribution des aides sociales en Belgique empêchent les frontaliers résidant en Belgique de solliciter le revenu d'intégration tandis que les résidents sont admis au RMG/REVIS d'une part et que, contrairement à notre législation en matière de chômage, le système législatif belge prévoit des allocations de chômage payées à titre provisoire en attendant l'issue des procédures pendantes devant les juridictions de sécurité sociale sans qu'il n'y ait reconnaissance d'une quelconque aptitude au travail dans le chef de ces derniers, mais sous réserve de remboursement des montants ainsi payés par les institutions de maladie ou d'invalidité en cas d'issue favorable du litige constatant au final une inaptitude au travail des frontaliers résidant en Belgique, d'autre part, le juge du fond a violé le texte visé au moyen. ».

Réponse de la Cour

Les moyens en ce qu'ils portent sur des prémisses relatives au régime de l'allocation de chômage belge perçue à titre provisoire et aux conditions d'attribution des aides sociales belges, tendent à l'examen d'un droit étranger qui constitue une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond et échappant au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que les moyens ne sauraient être accueillis et qu'il n'y a pas lieu à renvoi de la question préjudicielle devant la Cour constitutionnelle.

Sur le cinquième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de l'absence de base légale au regard de l'article L.121-6 (3) du Code du Travail instituant la protection en cas d'incapacité de travail du salarié et disposant notamment que << le droit au maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail est rétabli en cas de révision de la décision de refus susvisée >> (refus de la CNS en vertu de l'article 47, alinéa 2 du CSS entraînant la cessation de la conservation légale de la rémunération et du droit au paiement de l'indemnité pécuniaire de maladie) << ayant mis fin au droit, l'employeur en étant informé par la Caisse nationale de santé. >>

En ce que l'arrêt attaqué a confirmé le jugement du Conseil arbitral de la sécurité sociale du 25 juillet 2018 ayant rejeté la demande de l'actuel demandeur en cassation au motif ... << que l'assuré, étant affilié en Belgique à partir du 22 avril 2015 et n'étant pas affilié au Luxembourg au titre de l'article 15, alinéa 1^{er} du Code, la période d'arrêt de travail à partir du 22 avril 2015 ne saurait être indemnisée par la Caisse nationale de santé >> (page 4, dernier alinéa du jugement - pièce 16)

Alors qu'en présence des pièces versées en cause [pièces 1 b) et 12] et dont il résultait clairement que l'attestation délivrée par l'Office national de l'emploi, Bureau du chômage d'Arlon, et concernant l'admission de M. X au bénéfice du chômage en Belgique depuis le 22 avril 2015, n'était datée que du 22 décembre 2016 alors que la désaffiliation est intervenue dès le 22 juin 2015 à l'initiative du Centre commun de la sécurité sociale et avec effet rétroactif au 21 avril 2015 en sorte que ni le Centre commun de la sécurité sociale ni l'employeur de M. X n'étaient autorisés de désaffilier ce dernier auprès de organismes de la sécurité sociale pendant la période de protection du salarié en cas de maladie, étant donné qu'il résulte des dispositions de l'article L.121-6 (3) du Code du travail que << L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L. 124-2 pour une période de vingt-six semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.

Le salarié incapable de travailler a droit au maintien intégral de son salaire et des autres avantages résultant de son contrat de travail jusqu'à la fin du mois de calendrier au cours duquel se situe le soixante-dix-septième jour d'incapacité de travail pendant une période de référence de dix-huit mois de calendrier successifs. Un nouveau droit à la conservation du salaire n'est ouvert qu'au début du mois suivant celui pour lequel cette limite n'est plus atteinte. Le droit au maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail cesse pour le salarié en cas de décision de refus émise par la Caisse nationale de santé en vertu de l'article 47, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale, qui s'impose à l'employeur. La période d'interdiction de notification de la résiliation du contrat de travail ou de convocation à l'entretien préalable visée à l'alinéa qui précède cesse à l'expiration du délai de recours de quarante jours courant à partir de la notification de la décision de la Caisse nationale de santé à l'assuré. La Caisse nationale de santé informe l'employeur en cas de recours exercé par le salarié contre la décision, auquel cas la période d'interdiction de notification de la résiliation du contrat de travail ou de convocation à l'entretien préalable visée à l'alinéa qui précède est maintenue. Le droit au maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail est rétabli en cas de révision de la décision de refus susvisée ayant mis fin au droit, l'employeur en étant informé par la Caisse nationale de santé. >>

Que l'affiliation de M. X aurait dû rester en suspens jusqu'à ce qu'une décision définitive des juridictions de la sécurité sociale ne soit intervenue, ce qui aurait également permis au demandeur en cassation de bénéficier d'un reclassement externe (toujours en suspens à l'heure actuelle).

Qu'en omettant d'examiner si la désaffiliation de M. X était conforme à l'article L.121-6 (3) du Code du travail ou au contraire si elle était irrégulière sinon largement prématurée, le Conseil supérieur de la sécurité sociale n'a pas donné de base légale à son arrêt et ne permet pas à Votre Cour de cassation d'exercer sa mission de contrôle de la légalité de la décision entreprise. ».

Réponse de la Cour

Le défaut de base légale suppose que l'arrêt comporte des motifs de fait incomplets ou imprécis qui ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la bonne application de la loi.

Le moyen fait grief aux juges d'appel de ne pas avoir examiné la régularité de la désaffiliation du demandeur en cassation auprès des organismes de sécurité sociale luxembourgeois.

Les juges d'appel ont retenu que le bénéficiaire d'indemnités de chômage n'était pas en droit de percevoir des indemnités pécuniaires de maladie et ont précisé que ceci vaut pour tous les bénéficiaires d'indemnités de chômage, qu'ils soient inscrits à l'étranger ou au Luxembourg auprès de l'administration de l'emploi.

La question de l'affiliation auprès des organismes de sécurité sociale luxembourgeois n'est, dès lors, pas déterminante dans la motivation de l'arrêt attaqué.

Il en suit que le moyen est inopérant.

Sur le sixième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Pris du défaut de base légale au regard des dispositions combinées des articles 9, alinéa 1, 15, point 3 et 16, alinéa 1, point 2, du Code de la sécurité sociale et L.5522, paragraphes 1 et 2, du Code du travail

En ce que les médecins-conseils du CMSS ont procédé à la saisine de la commission mixte de reclassement des personnes incapables d'exécuter les tâches correspondant à leur dernier poste de travail (COMIX) tout en estimant qu'il aurait encore existé une aptitude au travail sur le marché général du travail qui mettrait un terme à l'indemnisation par la CNS, ce qui a donné lieu aux explications suivantes de leur médecin-directeur dans son courrier du 21 avril 2019 à la CNS (et versé par celle-ci aux débats) : << une inaptitude à l'occupation professionnelle n'est pas synonyme de maladie et n'est pas susceptible d'être indemnisée moyennant une indemnité pécuniaire de maladie >> (pièce 29),

Alors que le médecin du travail a constaté l'incapacité de M. X d'exercer son dernier poste de travail dès le 3 juillet 2015 [pièce 11 a)], empêchant ainsi toute initiative en sens contraire de la CNS et de son médecin-conseil, en sorte qu'il aurait appartenu au médecin-conseil du CMSS d'attendre la décision du médecin du travail

avant de se prononcer sur la question de savoir si M. X présentait ou non une incapacité de travail professionnelle ;

Qu'un récent arrêt de Votre Cour de cassation du 27 juin 2019, intervenu dans l'affaire Joao CERDEIRA CAROCO c/ CNS (arrêt n° 111/2019 - numéro CAS-201800057 du registre), a enterré une fois pour toutes cette vision étroite des obligations incombant à la CNS en rapport avec la prise en charge des indemnités pécuniaires de maladie liées à l'incapacité d'exécuter les tâches que comporte le dernier poste de travail, en retenant ce qui suit :

<< Attendu qu'il résulte des dispositions combinées des articles 9, alinéa 1, et 16, alinéa 1, point 2, du Code de la sécurité sociale et L.552-2, paragraphes 1 et 2, du Code du travail que l'incapacité de travail donnant lieu à la prestation d'indemnités pécuniaires de maladie n'est pas seulement l'incapacité de travail totale temporaire constatée par le Contrôle médical de la sécurité sociale, mais également l'incapacité, constatée par le médecin du travail, d'exécuter les tâches que comporte le poste de travail occupé et donnant lieu à une décision relative à un éventuel reclassement. >>

Qu'en omettant de vérifier si la saisine de la COMIX par les médecins-conseils du CMSS en vue de vérifier l'existence éventuelle d'une inaptitude à l'activité professionnelle ne s'opposait pas à un constat d'aptitude au travail de M. X et qu'en négligeant de vérifier si ces médecins-conseils visaient exclusivement une aptitude sur le marché général du travail sans égard à une éventuelle aptitude à l'occupation professionnelle de M. X, le Conseil supérieur de la sécurité sociale n'a pas caractérisé à suffisance de droit l'aptitude au travail de M. X retenue par la CNS, n'a pas donné de base légale à son arrêt et n'a pas permis à la Cour de Cassation d'exercer son contrôle, encourageant ainsi la cassation. ».

Réponse de la Cour

Le défaut de base légale suppose que l'arrêt comporte des motifs de fait incomplets ou imprécis qui ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la bonne application de la loi.

Le moyen fait grief aux juges d'appel de ne pas avoir vérifié si l'existence éventuelle d'une inaptitude à l'activité professionnelle ne s'opposait pas à un constat d'aptitude au travail du demandeur en cassation.

Les juges d'appel ont retenu que le demandeur en cassation avait touché un revenu de remplacement.

La question de l'aptitude du demandeur en cassation à l'occupation professionnelle n'est, dès lors, pas déterminante dans la motivation de l'arrêt attaqué.

Il en suit que le moyen est inopérant.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure

Le demandeur en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

déclare le pourvoi recevable ;

le rejette ;

condamne le demandeur en cassation à payer à la défenderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation
X c/ CAISSE NATIONALE DE SANTE

(affaire n° CAS-2019-00146 du registre)

Le pourvoi du demandeur en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 19 septembre 2019 d'un mémoire en cassation, signifié le 18 septembre 2019 à la défenderesse en cassation, est dirigé contre un arrêt rendu contradictoirement le 27 juin 2019 par le Conseil supérieur de la sécurité sociale dans la cause inscrite sous le numéro IP 2018/0161 du registre.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt du Conseil supérieur de la sécurité sociale, contre lequel un pourvoi en cassation peut être formé sur base de l'article 455, alinéa 4, du Code de la sécurité sociale.

Le pourvoi est par ailleurs recevable en ce qui concerne le délai¹ et la forme².

La défenderesse en cassation fait soutenir que le pourvoi serait irrecevable au motif qu'il aurait pour objet de contrôler l'application de la législation belge en matière d'allocation de chômage et d'aide sociale³. Ce grief, à le supposer fondé, aurait pour effet de rendre les moyens de cassation irrecevables, sans pour autant porter atteinte à la recevabilité du pourvoi.

Cette exception d'irrecevabilité est dès lors à rejeter.

La défenderesse en cassation conteste par ailleurs l'intérêt, sinon la qualité à agir du demandeur en cassation⁴. Elle fait valoir à cette fin que l'objet du litige est le droit du demandeur en cassation de bénéficier d'indemnités pécuniaires de maladie pour ce qui est des périodes du 22 avril au 31 mai 2015 et du 1^{er} au 31 juillet 2015⁵. Or, le demandeur en cassation se serait fait attribuer le bénéfice d'allocations de chômage à titre provisoire avec effet au 22 avril 2015⁶. La défenderesse en cassation déduit du fait que l'administration belge a demandé le remboursement des trois premiers mois des allocations de chômage versées au demandeur en cassation que ces indemnités, bien que qualifiées de provisoires, sont en réalité définitivement acquises au demandeur en cassation⁷. Elle déduit d'une disposition du droit belge que les

¹ L'arrêt contradictoire attaqué a été notifié (conformément à l'article 458 du Code de la sécurité sociale) le 9 juillet 2019 au demandeur en cassation. Comme le pourvoi a été formé le 19 septembre 2019, le délai de recours, de deux mois et quinze jours, prévu par l'article 7, alinéas 1 et 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, ensemble avec l'article 167, point 1^o, du Nouveau Code de procédure civile auquel renvoie l'article 7, alinéa 2, précité, a été respecté (le mémoire ayant été déposé au dernier jour du délai).

² Le demandeur en cassation a, dans le délai du recours, déposé un mémoire signé par un avocat à la Cour signifié à la partie adverse antérieurement au dépôt du pourvoi, de sorte que les formalités de l'article 10 de la loi de 1885 ont été respectées.

³ Mémoire en réponse, pages 1-2, point I, A.

⁴ Idem, pages 2 à 4, point I, B.

⁵ Idem, page 3, quatrième alinéa.

⁶ Idem, même page, sixième alinéa.

⁷ Idem, même page, septième et huitième alinéa.

montants éventuellement perçus par le demandeur en cassation en cas de gain de cause dans le présent litige reviendraient en fin de compte à l'administration belge ayant servi les allocations de chômage⁸. Elle fait valoir que cette administration serait, en cas de gain de cause du demandeur en cassation, subrogée dans les droits de ce dernier sur base de l'article 1251 du Code civil luxembourgeois et de la jurisprudence constante en matière de subrogation légale⁹. Elle conclut que la qualité pour agir appartiendrait *de facto* à l'administration belge et non au demandeur en cassation¹⁰.

La défenderesse en cassation avait présenté un moyen similaire en instance d'appel¹¹. Le Conseil supérieur de la sécurité sociale y a répondu par le constat que le caractère non fondé de l'appel le dispensait de prendre position¹². La défenderesse en cassation a omis d'attaquer cette réponse dans le cadre d'un pourvoi incident. Le Conseil supérieur n'a pas examiné le bien-fondé du moyen, qui suppose une appréciation de différents éléments de fait, dont celle de la portée du droit belge invoqué ainsi que de sa pertinence et de son application en l'espèce. L'exception d'irrecevabilité de la défenderesse en cassation impliquant l'examen de cette question, est partant mélangé de fait et de droit¹³.

Il en suit que l'exception d'irrecevabilité est irrecevable.

Le pourvoi est, partant, recevable.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, saisi par X de recours contre des décisions du président de la CAISSE NATIONALE DE SANTÉ (ci-après « CNS »), confirmées par le comité directeur de celle-ci, refusant le versement d'indemnités pécuniaires de maladie, motif tiré de ce que le médecin-conseil du Contrôle médical de la sécurité sociale avait considéré que le requérant était apte à reprendre le travail à plein temps, partant ne remplissait plus les conditions médicales pour bénéficier des indemnités, et qu'il a été inscrit comme demandeur d'emploi en Belgique, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a déclaré les recours non fondés. Sur appel du requérant, le Conseil supérieur de la sécurité sociale confirma le jugement entrepris.

Sur le cadre juridique

Le Code de la sécurité sociale dispose dans son Livre Ier, relatif à l'assurance maladie-maternité, que :

« **Art. 1er.** *Sont assurés obligatoirement conformément aux dispositions qui suivent :*

[...]

⁸ Idem, même page, neuvième alinéa.

⁹ Idem, page 4, troisième au cinquième alinéas.

¹⁰ Idem, même page, sixième et septième alinéa.

¹¹ Arrêt attaqué, page 3, avant-dernier alinéa.

¹² Idem, page 3, dernier alinéa.

¹³ Cour de cassation, 1^{er} mars 2018, n° 18/2018, numéro 3899 du registre (examen de la recevabilité du pourvoi).

10) les personnes bénéficiant d'un revenu de remplacement sur lequel une retenue de cotisation au titre de la législation luxembourgeoise sur l'assurance maladie est prévue ;

[...]

Art. 9. En cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident non professionnel, la perte de revenu professionnel est compensée par l'attribution d'une indemnité pécuniaire de maladie.

[...]

Art. 15. L'indemnité pécuniaire n'est accordée qu'aux personnes âgées de moins de soixante-huit ans et assurées en vertu de l'article 1^{er}, numéros 1) à 5), 7) et 18),

[...] ».

Sur le litige

Le demandeur en cassation a bénéficié de l'indemnité pécuniaire de maladie avant de se voir refuser son octroi à partir du 21 avril 2015 jusqu'au 31 mai 2015 par des décisions du président de la CNS, confirmées par le comité directeur de celle-ci, pour deux motifs, tirés d'une part, de ce que le médecin-conseil du Contrôle médical de la sécurité sociale avait déclaré l'intéressé apte à reprendre le travail à plein temps, de sorte qu'il ne remplissait plus les conditions médicales pour bénéficier de l'indemnité, et, d'autre part, du constat que l'intéressé, qui réside en Belgique, y a été inscrit comme demandeur d'emploi à partir du 22 avril 2015¹⁴.

Sur recours du demandeur en cassation, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a rejeté les recours au triple motif que les conditions médicales d'octroi de l'indemnité n'ont plus été respectées à partir du 21 avril 2015, que, par suite de son inscription comme demandeur d'emploi en Belgique, l'intéressé n'était à partir du 22 avril 2015 plus affilié au Luxembourg au titre de l'article 15, alinéa 1, du Code de la sécurité sociale et que cette inscription constitue l'affirmation d'une disponibilité sur le marché du travail, donc la reconnaissance d'une aptitude au travail de sorte que les prestations de chômage servies en Belgique ne sont pas cumulables avec les indemnités pécuniaires de maladie¹⁵.

Dans le cadre de son appel dirigé contre ce jugement le demandeur en cassation, se référant au droit belge, a contesté que son inscription comme chômeur en Belgique impliquait la reconnaissance d'une aptitude au travail, position mise en cause par la CNS¹⁶.

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a rejeté cet appel aux motifs suivants :

¹⁴ Arrêt attaqué, page 2, sixième et septième alinéas.

¹⁵ Idem, page 2, dernier alinéa.

¹⁶ Idem, page 3, deuxième à quatrième alinéa.

« Indépendamment du régime applicable au chômeur belge en vertu de l'article 62, paragraphe 2, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, il convient de constater que l'article 1er, alinéa 1er du code de la sécurité sociale énumère les personnes qui sont assurées obligatoirement auprès de la CNS. Parmi les assurés se trouvent, conformément au numéro 10 de l'alinéa 1er de l'article 1er du code de la sécurité sociale, les bénéficiaires d'un revenu de remplacement sur lequel une retenue de cotisation au titre de la législation luxembourgeoise sur l'assurance maladie est prévue. Le numéro 10 précité vise dès lors notamment les bénéficiaires d'indemnités de chômage au Luxembourg. L'article 15 du code de la sécurité sociale énumère les personnes qui peuvent toucher des indemnités pécuniaires de maladie. Parmi celles-ci ne figurent pas, logiquement d'ailleurs, les bénéficiaires d'un revenu de remplacement au sens du numéro 10 de l'alinéa 1er de l'article 1er du code de la sécurité sociale. S'il est vrai que cette disposition, qui énumère les personnes obligatoirement assurées, ne vise que les bénéficiaires d'un revenu de remplacement sur lequel une retenue de cotisation au titre de la législation luxembourgeoise sur l'assurance maladie est prévue, il n'en reste pas moins que la limitation prévue à l'article 15 du code de la sécurité sociale doit nécessairement viser tous les bénéficiaires d'indemnités de chômage, qu'ils soient inscrits à l'étranger ou au Luxembourg auprès de l'administration de l'emploi, alors qu'il n'y a manifestement aucune raison objective de traiter plus favorablement les bénéficiaires des indemnités de chômage à l'étranger que les bénéficiaires d'indemnités de chômage au Luxembourg, tous bénéficiant d'un revenu de remplacement qui ne peut être cumulé avec une indemnité pécuniaire de maladie. Si les bénéficiaires des indemnités de chômage au Luxembourg ne peuvent pas toucher des indemnités pécuniaires de maladie au Luxembourg, il doit en être à fortiori de même pour les bénéficiaires des indemnités de chômage à l'étranger, alors que ces derniers ne sont pas assurés obligatoirement au regard de l'article 1er du code de la sécurité sociale. »¹⁷.

Sur le premier et le deuxième moyen de cassation

Le premier moyen est tiré de la violation des articles 6, paragraphe 4, et 73, paragraphe 1, du Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (ci-après « le règlement 987/2009 »)¹⁸, en ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a rejeté l'appel du demandeur en cassation au motif que la limitation prévue à l'article 15 du Code de la sécurité sociale, excluant du bénéfice des indemnités pécuniaires de maladie les bénéficiaires d'un revenu de remplacement au sens de l'article 1^{er}, point 10), du même Code, doit nécessairement viser les bénéficiaires d'indemnités de chômage, qu'ils soient inscrits à l'étranger ou au Luxembourg, alors qu'il n'y aurait manifestement aucune raison objective de traiter plus favorablement les bénéficiaires des indemnités de chômage à l'étranger que les bénéficiaires d'indemnités de chômage au Luxembourg, tous bénéficiant d'un revenu de remplacement, ne pouvant être cumulé avec une indemnité de maladie, ce d'autant plus que les bénéficiaires d'indemnités de chômage à l'étranger ne sont pas assurés obligatoirement au regard de l'article 1^{er} du Code précité, alors que les allocations de chômage payées au demandeur en cassation en Belgique ne l'ont été qu'à titre provisoire en attendant la décision à rendre par les juridictions de sécurité sociale

¹⁷ Idem, page 3, dernier alinéa.

¹⁸ Journal officiel de l'Union européenne, L 284 du 30.10.2009, page 1.

luxembourgeoises sur les recours y introduits par le demandeur en cassation au sujet de son aptitude au travail pendant les périodes considérées dont dépend la question de savoir qui, parmi les institutions de sécurité sociale luxembourgeois ou belge, doit finalement supporter les allocations allouées, le constat d'une inaptitude au travail au Luxembourg ayant pour effet d'obliger la CNS de rembourser à l'institution belge les allocations payées par celle-ci, de sorte que l'admission du demandeur en cassation au chômage en Belgique n'est pas de nature à établir son aptitude au travail.

Le deuxième moyen est tiré de la violation des articles 6, paragraphe 4, et 73, paragraphe 2, du règlement 987/2009, en ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a rejeté l'appel du demandeur en cassation au motif que la limitation prévue à l'article 15 du Code de la sécurité sociale, excluant du bénéfice des indemnités pécuniaires de maladie les bénéficiaires d'un revenu de remplacement au sens de l'article 1^{er}, point 10), du même Code, doit nécessairement viser les bénéficiaires d'indemnités de chômage, qu'ils soient inscrits à l'étranger ou au Luxembourg, alors qu'il n'y aurait manifestement aucune raison objective de traiter plus favorablement les bénéficiaires des indemnités de chômage à l'étranger que les bénéficiaires d'indemnités de chômage au Luxembourg, tous bénéficiant d'un revenu de remplacement, ne pouvant être cumulé avec une indemnité de maladie, ce d'autant plus que les bénéficiaires d'indemnités de chômage à l'étranger ne sont pas assurés obligatoirement au regard de l'article 1^{er} du Code précité, alors que en cas de reconnaissance par les juridictions de sécurité sociale luxembourgeoises d'une inaptitude de travail du demandeur en cassation, les cotisations sociales payées par l'institution compétente belge dans le cadre de l'allocation provisoire de prestations de chômage au demandeur en cassation doivent être transférées par l'institution belge à l'institution luxembourgeoise et être rétroactivement réputées avoir été versées à celle-ci, de sorte que le demandeur en cassation a été affilié au Luxembourg au cours de la période litigieuse et n'a pas bénéficié d'un double paiement, d'une part, du chômage provisoire belge et, d'autre part, des indemnités pécuniaires servies par la CNS.

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a décidé que le demandeur en cassation n'a pas droit à des indemnités pécuniaires de maladie au motif qu'il a droit à des indemnités de chômage, donc à un revenu de remplacement, dont la perception, qu'elle ait lieu au Luxembourg ou, comme en l'espèce, à l'étranger est, au regard des dispositions pertinentes citées du Code de la sécurité sociale, incompatible avec l'octroi d'indemnités de chômage.

Dans ses deux premiers moyens le demandeur en cassation critique ce raisonnement au motif que les indemnités de chômage belges n'auraient été perçues par lui qu'à titre provisoire eu égard à certaines dispositions du droit de l'Union européenne.

Il ne résulte pas des éléments auxquels vous pouvez avoir égard¹⁹ que le demandeur en cassation ait invoqué ces moyens devant les juges du fond. Ces moyens sont dès lors nouveaux. D'une particulière complexité, ils supposent la prise en considération et l'appréciation des faits dont dépend l'application des dispositions visées. Vous vous refusez de procéder à une telle appréciation.

A considérer que les moyens, dans la mesure où ils critiquent la violation du droit de l'Union européenne, soient à considérer comme étant d'ordre public il est à observer que même un tel

¹⁹ Voir à cet égard, outre l'arrêt attaqué, le jugement final de première instance (Pièce n° 15 annexée au mémoire en cassation) et la requête d'appel (Pièce n° 16 annexée au mémoire en cassation).

moyen n'échappe au grief de nouveauté que s'il a été de pur droit et apparent en appel²⁰. Il faut donc qu'il ait été apparent par lui-même et qu'il repose sur des circonstances de fait soumises aux juges du fond et qui ont été connues d'eux²¹. Or, les faits dont dépend l'application des dispositions visées ne découlent pas des éléments de la cause d'une façon à ce point manifeste et les moyens en déduits pour la première fois à ce stade de procédure par le demandeur en cassation n'ont pas été à ce point apparents par eux-mêmes que les juges du fond puissent se faire reprocher de ne pas avoir soulevé d'office les moyens au regard des faits.

Il en suit que les moyens, qui sont nouveaux et mélangés de fait et de droit, sont irrecevables.

A titre subsidiaire, les moyens sont tirés de la violation de dispositions, relatives à la réparation de compétence d'institutions de sécurité sociale au sein de l'Union européenne pour le versement de prestations. Ces dispositions sont étrangères au grief commun des deux moyens, tiré de ce que c'est à tort que le Conseil supérieur a refusé d'admettre sur base du Code de la sécurité sociale que le demandeur en cassation puisse toucher des indemnités pécuniaires de maladie lorsqu'il touche par ailleurs des indemnités de chômage, serait-ce à l'étranger.

Il en suit, à titre subsidiaire, que les moyens sont irrecevables pour ce second motif.

Sur le troisième et le quatrième moyen de cassation

Le troisième moyen est tiré de la violation des articles 10*bis* et 111 de la Constitution, pris ensemble avec les articles 1, alinéa 1, point 10, et 15 du Code de la sécurité sociale et 62, paragraphe 2, d'un arrêté royal belge du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, en ce que, à l'occasion de son application des articles 1, alinéa 1, point 10, et 15 du Code de la sécurité sociale, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a assimilé l'allocation de chômage touchée à titre provisoire par le demandeur en cassation en Belgique sur base de l'article 62, paragraphe 2, de l'arrêté royal belge précité à l'allocation de chômage prévue par la législation luxembourgeoise, sans prendre en considération le caractère provisoire de l'allocation touchée en Belgique et le remboursement de l'institution belge par l'institution luxembourgeoise en cas de gain de cause du demandeur en cassation dans le cadre du présent procès, alors que cette assimilation provoque une discrimination du demandeur en cassation pris en sa qualité de travailleur frontalier domicilié en Belgique dépourvu de ressources en ce qu'il n'a pu solliciter l'aide sociale ni en Belgique, ni au Luxembourg, cette aide étant exclue en Belgique en raison de l'octroi de l'allocation de chômage dans ce pays, et au Luxembourg en raison de l'absence de résidence dans ce pays, alors qu'il aurait pu bénéficier de cette aide s'il avait été résident au Luxembourg, de sorte qu'en traitant les résidents belges sans ressources de la même façon que les résidents luxembourgeois sans ressources, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a discriminé les frontaliers belges de façon indirecte.

Le quatrième moyen est tiré de la violation des articles 4 et 5, point a), du Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale²², 1, alinéa 1, point 10, et 15 du Code de la sécurité sociale et 62, paragraphe 2, d'un arrêté royal belge du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage,

²⁰ Jacques et Louis BORÉ, La cassation en matière civile, Paris, Dalloz, 5^e édition, 2015, n° 82.321 à 82.324, pages 498 à 499.

²¹ Idem, n° 82.321, page 498.

²² Journal officiel de l'Union européenne L 166 du 30.4.2004, page 1.

en ce que à l'occasion de son application des articles 1, alinéa 1, point 10, et 15 du Code de la sécurité, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a assimilé l'allocation de chômage touchée à titre provisoire par le demandeur en cassation en Belgique sur base de l'article 62, paragraphe 2, de l'arrêté royal belge précité à l'allocation de chômage prévue par la législation luxembourgeoise, sans prendre en considération le caractère provisoire de l'allocation touchée en Belgique et le remboursement de l'institution belge par l'institution luxembourgeoise en cas de gain de cause du demandeur en cassation dans le cadre du présent procès, alors que cette assimilation provoque une discrimination du demandeur en cassation pris en sa qualité de travailleur frontalier domicilié en Belgique dépourvu de ressources en ce qu'il n'a pu solliciter l'aide sociale ni en Belgique, ni au Luxembourg, cette aide étant exclue en Belgique en raison de l'octroi de l'allocation de chômage dans ce pays, et au Luxembourg en raison de l'absence de résidence dans ce pays, alors qu'il aurait pu bénéficier de cette aide s'il avait été résident au Luxembourg, de sorte qu'en traitant les résidents belges sans ressources de la même façon que les résidents luxembourgeois sans ressources, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a discriminé les frontaliers belges de façon indirecte.

Dans ses troisième et quatrième moyens, le demandeur en cassation reproche au Conseil supérieur de la sécurité sociale d'avoir à tort, par violation notamment du droit belge applicable, assimilé les allocations de chômage perçues par lui en Belgique à des allocations de chômage perçues à titre définitif et de l'avoir ainsi discriminé.

Dans sa motivation critiquée le Conseil supérieur a expressément refusé de prendre position sur le régime de chômage belge²³. Il a confirmé le refus des indemnités pécuniaires de maladie réclamées au regard de la qualité du demandeur en cassation de bénéficiaire d'indemnités de chômage à l'étranger²⁴. La reconnaissance de cette qualité a donc eu lieu sans préjudice du point de savoir si, au regard du droit belge, les allocations de chômage touchées par le demandeur en cassation l'ont été à titre définitif ou à titre provisoire.

Les moyens, qui critiquent une assimilation d'allocations de chômage perçues à titre provisoire à des allocations de chômage perçues à titre définitif, manquent dès lors en fait.

A titre subsidiaire, le moyen, qui ne tend qu'à remettre en discussion devant votre Cour l'interprétation et la correcte application de la loi étrangère, qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et échappe au contrôle de votre Cour, ne saurait être accueilli²⁵.

Sur le cinquième moyen de cassation

Le cinquième moyen est tiré d'un défaut de base légale au regard de l'article L. 121-6, paragraphe 3, du Code du travail, en ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a confirmé le jugement entrepris du Conseil arbitral de la sécurité sociale qui avait retenu « *que les recours sont dès lors à rejeter comme non fondés au motif que les conditions médicales pour bénéficier des prestations de maladie ne sont pas remplies conformément à l'article 14 alinéa 1^{er} du Code*

²³ Arrêt attaqué, page 3, dernier alinéa : « *Indépendamment du régime applicable au chômeur belge en vertu de l'article 62, paragraphe 2, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 [...]* ».

²⁴ Idem, même page, même alinéa : voir la référence répétée y faite à la qualité de bénéficiaire d'indemnités de chômage à l'étranger.

²⁵ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 30 mars 2006, n° 20/06, numéro 2276 du registre (réponse au troisième moyen) ; idem, 30 mars 2017, n° 32/207, numéro 3784 du registre (réponse au premier moyen) ; idem, 5 décembre 2019, n° 165/2019, n° CAS-2018-00123 du registre (réponse au premier moyen).

de la sécurité sociale pour la période à partir du 21 avril 2015 et que l'assuré étant affilié en Belgique à partir du 22 avril 2015 et n'étant pas affilié au Luxembourg au titre de l'article 15, alinéa 1^{er} du Code, la période de l'arrêt de travail à partir du 22 avril 2015 ne saurait être indemnisée par la Caisse nationale de santé »²⁶, alors que les pièces versées révèlent que l'attestation délivrée par l'institution belge compétente concernant l'admission du demandeur en cassation au bénéfice du chômage en Belgique depuis le 22 avril 2015 n'est datée que du 22 décembre 2016 et que la désaffiliation est intervenue le 22 juin 2015 avec effet rétroactif au 21 avril 2015 à l'initiative du Centre commun de la sécurité sociale, que dans ces circonstances ni le Centre commun de la sécurité sociale, ni l'employeur du demandeur en cassation n'étaient autorisés à désaffilier ce dernier au regard de l'article L. 121-6, paragraphe 3, du Code du travail, que l'affiliation du demandeur en cassation aurait dû rester en suspens dans l'attente de la décision définitive sur le présent litige et qu'en omettant d'examiner d'office si la désaffiliation du demandeur en cassation était conforme à l'article précité, le Conseil supérieur de la sécurité sociale n'a pas donné de base légale à son arrêt.

Le demandeur en cassation reproche dans son cinquième moyen aux juges de première instance d'avoir omis de soulever d'office un moyen, qu'il soutient découler de pièces du dossier, qu'il avait négligé de soulever en première instance, et au Conseil supérieur de la sécurité sociale d'avoir, en confirmant le jugement de première instance, omis de soulever d'office ce moyen, qu'il avait également négligé de soulever en instance d'appel.

Il ne résulte, en effet, d'aucun des éléments auxquels vous pouvez avoir égard que le demandeur en cassation ait soulevé ce moyen devant les juges du fond, qu'il s'agisse des juges de première instance ou des juges d'appel²⁷.

En principe, ainsi que le fait valoir à juste titre la défenderesse en cassation²⁸, un tel moyen serait irrecevable pour être nouveau.

Le demandeur en cassation reproche cependant au Conseil supérieur, non une violation de la loi, mais un défaut de base légale. Ce grief vise une insuffisance des motifs de fait, qui vous empêche de vérifier si les juges du fond ont exercé leur pouvoir souverain d'appréciation²⁹.

Il échappe dans certains cas à l'exception de nouveauté.

Ce cas se présente lorsque le défaut de base légale est absolu, c'est-à-dire lorsque, en raison de sa très grande pauvreté, la motivation de l'arrêt attaqué omet de comporter des constatations de fait indispensables pour que la Cour de cassation puisse contrôler la bonne application de la loi³⁰. Il n'est alors pas exigé que la question ait été soulevée dans les conclusions d'appel³¹. Cette exception à l'irrecevabilité des moyens nouveaux se justifie par deux motifs. D'une part, le défaut de base légale absolu est un vice qui se révèle à la lecture de la décision attaquée³². Or, les vices de motivation révélés par la décision attaquée constituent une exception classique au principe de l'irrecevabilité des moyens nouveaux³³. D'autre part, il s'agit d'un moyen de pur

²⁶ Pièce n° 15 annexée au mémoire en cassation, page 4, dernier alinéa.

²⁷ Voir à cet égard, outre l'arrêt attaqué, le jugement final de première instance (Pièce n° 15 annexée au mémoire en cassation) et la requête d'appel (Pièce n° 16 annexée au mémoire en cassation).

²⁸ Mémoire en réponse, page 11, point 1.

²⁹ BORÉ, précité, n° 78.04, page 427.

³⁰ Idem, n° 78.73, pages 433 à 434, voir page 433, colonne de gauche, quatrième alinéa.

³¹ Idem et loc.cit.

³² Idem, n° 78.72, page 433.

³³ Idem, n° 82.161 à 82.163, page 489.

droit³⁴, qui constitue également une exception classique au principe précité³⁵. Il est à rappeler qu'un moyen de pur droit est un moyen qui permet à votre Cour de « *statuer par application de la règle de droit invoquée, en ayant recours exclusivement à des faits ou documents qui figurent dans la décision attaquée et que les juges du fond ont tenus pour établis* »³⁶.

Le défaut de base légale absolu est distingué du défaut de base légale relatif. Ce dernier se présente lorsque l'arrêt attaqué est bien motivé, mais que les juges d'appel n'ont pas effectué une recherche qui leur était expressément demandée par une partie et qui aurait pu inverser le sens de la décision³⁷. Il suppose donc que la question à laquelle, selon le moyen, les juges d'appel auraient répondu par des motifs de fait insuffisants, ait été soulevée dans les conclusions d'appel³⁸. Il implique donc la prise en considération des conclusions d'appel du demandeur en cassation pour apprécier l'étendue de l'obligation de motivation des juges d'appel³⁹. De plus, lorsque, selon le moyen, l'insuffisance des motifs entachait déjà la décision des premiers juges, l'existence d'une contestation en appel est une condition même de recevabilité du grief de défaut de base légale⁴⁰.

Le grief soulevé en l'espèce reproche le défaut de prise en considération de pièces qui, n'ayant pas été discutées devant les juges du fond, n'ont pas été discutées par ces derniers, partant, n'ont pas fait l'objet de motifs dans les décisions rendues. Ce défaut de prise en considération n'a pas non plus eu pour effet de rendre la motivation incohérente ou incomplète.

Le grief n'est donc pas révélé par les motifs des décisions rendues en cause et, ne découlant pas des motifs, ne constitue pas un moyen de pur droit. Il ne constitue donc pas un défaut de base légale absolu, susceptible d'être invoqué pour la première fois devant votre Cour.

Le grief n'ayant pas été soulevé devant les juges du fond, ces derniers ne peuvent se voir reprocher d'y avoir répondu d'une façon insuffisante. De plus, comme le grief est tiré d'une insuffisance de motivation du jugement de première instance, il ne peut, en l'absence de contestation élevée devant eux, être opposé aux juges d'appel. Il ne respecte donc pas les conditions dans lesquelles un défaut de base légale relatif est susceptible d'être soulevé pour la première fois devant vous.

Il en suit que le moyen, qui est nouveau et, mélangé de fait et de droit parce que supposant l'appréciation de pièces discutées pour la première fois devant votre Cour, est irrecevable.

Sur le sixième moyen de cassation

Le sixième moyen est tiré d'un défaut de base légale au regard des articles 9, alinéa 1, 15, alinéa 3, et 16, alinéa 1, point 2, du Code de la sécurité sociale et L. 552-2, paragraphes 1 et 2, du Code du travail, en ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a rejeté le recours du demandeur en cassation contre le refus d'octroi d'une indemnité pécuniaire de maladie, qui

³⁴ Idem, n° 78.72, page 433.

³⁵ Idem, n° 82.191 à 82.267, pages 490 à 497.

³⁶ Idem, n° 82.211, page 491, citant VOULET, L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile, JCP 1973, I, 2544, n° 20.

³⁷ Idem, n° 78.73, pages 433 à 434, voir page 433, colonne de gauche, quatrième alinéa.

³⁸ Idem et loc.cit.

³⁹ Idem, n° 78.82, page 434.

⁴⁰ Idem et loc.cit.

suppose une incapacité de travail pour cause de maladie, alors que certains éléments du dossier incitent à admettre que dans ses décisions de refus la CNS a été guidée par une conception erronée en droit de la notion d'incapacité de travail, suivant laquelle l'incapacité du travail ouvrant droit à l'indemnité pécuniaire de maladie suppose une inaptitude sur le marché général du travail et non seulement par rapport au dernier poste de travail occupé, que l'inspiration de la CNS par cette conception incorrecte est susceptible d'être déduite d'un courrier du médecin-directeur du Contrôle médical de la sécurité sociale adressé à la CNS et versé par celle-ci en cause, au sujet de la saisine, du cas du demandeur en cassation, de la commission mixte de reclassement des personnes incapables d'exécuter les tâches correspondant à leur dernier poste de travail par le Contrôle médical de la sécurité sociale, de sorte que le Conseil supérieur de la sécurité sociale aurait dû d'office rechercher la nature de l'incapacité de travail ayant inspiré les décisions de refus et que cette omission prive l'arrêt de base légale au regard des dispositions citées ci-avant.

Dans son sixième moyen, le demandeur en cassation reproche, comme dans son cinquième, aux juges du fond d'avoir commis un défaut de base légale, donc d'avoir omis de répondre par des motifs suffisants à des contestations qu'il n'avait pas soulevées et qu'il déduit à ce stade de la procédure pour la première fois de certaines pièces du dossier.

Ce défaut de réponse à des contestations non soulevées n'est pas de nature à rendre la motivation de l'arrêt incohérente ou incomplète. Le grief n'est forcément pas révélé par les motifs de l'arrêt et, faute de pouvoir être déduit des motifs, n'est pas susceptible de constituer un moyen de pur droit. Il ne constitue donc pas un défaut de base légale absolu, susceptible d'être soulevé pour la première fois devant vous en l'absence de toute contestation élevée par le demandeur en cassation devant les juges du fond.

Le grief n'ayant pas été soulevé devant les juges du fond, ces derniers ne peuvent se voir reprocher d'y avoir répondu d'une façon insuffisante. Il ne respecte donc pas les conditions dans lesquelles un défaut de base légale relatif est susceptible d'être soulevé pour la première fois devant vous.

Il en suit que le moyen, qui est nouveau et, mélangé de fait et de droit parce que supposant l'appréciation de faits discutés pour la première fois devant votre Cour, est irrecevable.

Conclusion :

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

Pour le Procureur général d'État
Le Procureur général d'État adjoint

John PETRY