

N° 14 / 2022
du 03.02.2022
Numéro CAS-2021-00008 du registre

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

Composition:

Roger LINDEN, président de la Cour,
Serge THILL, conseiller à la Cour de cassation,
Christiane JUNCK, conseiller à la Cour de cassation,
Agnès ZAGO, conseiller à la Cour de cassation,
Michèle HORNICK, conseiller à la Cour d'appel,
Marc HARPES, premier avocat général,
Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre:

A),

demandeur en cassation,

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

et:

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre d'Etat, ayant ses bureaux à L-1341 Luxembourg, 2, Place de Clairefontaine,

défendeur en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 9 novembre 2020 sous le numéro 2020/0222 (No. du reg.: COMIX 2019/0221) par le Conseil supérieur de la sécurité sociale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 22 janvier 2021 par A) à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, déposé le 28 janvier 2021 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Sur les conclusions du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le Conseil arbitral de la sécurité sociale avait déclaré non fondé le recours dirigé par A) contre une décision de la commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail lui ayant refusé l'octroi de l'indemnité professionnelle d'attente au motif qu'il ne remplissait aucune des deux conditions légales y donnant droit. Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a confirmé ce jugement.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Pris de la violation du principe général du droit obligeant les juges de ne pas dénaturer les documents de la cause, en l'espèce l'attestation établie par le Dr S) du service de santé au travail multisectoriel (STM) en date du 5 mars 2019, dûment versée aux débats et discutée par les parties antagonistes avant le prononcé de l'arrêt dont pourvoi, attestant, en sa qualité de médecin du travail compétent ce qui suit :

<< Bescheinigung

Herr A) ist seit 27.7.2005 in seiner Eigenschaft als Gipser/Stukkateur bei verschiedenen luxemburgischen Betrieben in arbeitsmedizinischer Betreuung des STM.

Es liegt eine Bescheinigung Einstellungsuntersuchung vom 2.7.2005 für die Firma I) bei. Des weiteren liegt ein Untersuchungsbescheinigung vom 20.5.2011 für die Firma L) bei (hier beschäftigt seit 2009).

Er hat den Posten Stukkateur von 2005 bis zum Wiedereingliederungsgutachten 2017 über 10 Jahre ausgeübt. Die entsprechenden Tauglichkeitsbescheinigungen liegen vor >>.

En ce que l'arrêt a quo a retenu que cette attestation ne saurait remédier à la négligence des employeurs de soumettre le salarié à un examen d'embauche, sinon valoir transcription de la fiche d'examen médical au sens de l'article L.326-2 du code du travail, le contrôle médical n'ayant pas été entrepris au début de la relation contractuelle, mais ex-post après la fin des contrats ;

qu'il résulterait du dossier médical que le docteur S) n'aurait pas personnellement suivi Monsieur A) auprès du STM, de sorte qu'il ne pourrait pas témoigner de la capacité de travail de celui-ci au moment de son engagement par la société T) et B) ;

qu'il ne serait pas établi sur quelle base légale et en quelle qualité le docteur S) se serait exprimé en établissant l'attestation versée au dossier par l'actuel demandeur en cassation.

alors que cette attestation émane du médecin du travail du STM compétent pour constater l'aptitude au travail du demandeur en cassation, que celui-ci est ainsi habilité à se baser sur les constatations de ses collègues de travail et sur ses propres constatations pour constater une aptitude de travail de Monsieur A) auprès de l'ensemble des employeurs auprès desquels celui-ci a travaillé pendant les années ayant précédé son reclassement externe et que les négligences fautives de certains de ses employeurs n'ayant pas procédé en temps utile à des examens d'embauche n'enlèvent rien au constat d'aptitude résultant de l'attestation du Dr. S).

Et qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué a dénaturé l'attestation du docteur S) produite en cause et encourt la cassation. ».

Réponse de la Cour

La violation d'un principe général du droit ne donne ouverture à cassation que s'il trouve son expression dans un texte de loi ou s'il est consacré par une juridiction supranationale.

Le demandeur en cassation n'invoque pas de texte de loi qui exprimerait le principe énoncé au moyen ni une jurisprudence d'une juridiction supranationale qui consacrerait ce principe.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Pris du défaut de base légale de l'arrêt au regard des conditions prévues par l'ancien article L.551-5 (2) du code du travail, disposant que << l'aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent >>, cet article pris ensemble avec ou séparément de l'article L. 326-1 du code du travail réglant les modalités des examens médicaux d'embauchage,

En ce que l'arrêt a quo a retenu que l'attestation du Dr S) du STM ne saurait remédier à la négligence des employeurs de soumettre le salarié à un examen d'embauche, sinon valoir transcription de la fiche d'examen médical au sens de l'article L.326-2 du code du travail, le contrôle médical n'ayant pas été entrepris au début de la relation contractuelle, mais ex-post après la fin des contrats ;

qu'il résulterait du dossier médical que le docteur S) n'aurait pas personnellement suivi Monsieur A) auprès du STM, de sorte qu'il ne pourrait pas témoigner de la capacité de travail de celui-ci au moment de son engagement par la société T) et B) ;

qu'il ne serait pas établi sur quelle base légale et en quelle qualité le docteur S) se serait exprimé en établissant l'attestation versée au dossier par l'actuel demandeur en cassation.

alors qu'il appartenait aux juges du fond de vérifier si le Dr. S) n'était pas à considérer comme le << médecin du travail compétent >> au vœu de l'article L.551-5 (2) du Code du travail et si, du fait de sa qualité de médecin du travail du STM, service compétent pour constater l'aptitude au travail de Monsieur A), il n'était pas habilité à se saisir des constats d'aptitude de ses collègues ayant antérieurement constaté l'aptitude au travail du demandeur en cassation pour attester que ce dernier était apte au travail de plâtrier/stucateur à partir du 27 juillet 2005. ».

Réponse de la Cour

Il ne résulte pas des pièces du dossier auxquelles la Cour peut avoir égard que le demandeur en cassation ait fait valoir ce moyen devant les juges d'appel.

Le moyen est dès lors nouveau et, en ce qu'il comporterait un examen des circonstances de fait, mélangé de fait et de droit.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Pris de la violation de la loi par mauvaise application ou interprétation, en l'occurrence de l'ancien article L-551-5 (2) du Code du Travail disposant que << le salarié sous statut de personne en reclassement professionnel pouvant se prévaloir d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent ... bénéficie d'une indemnité professionnelle d'attente.... >>

En ce que : les juges du fond ont refusé l'allocation professionnelle d'attente au sieur A) au motif que le constat d'aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail de plâtrier/stucateur de Monsieur A) avant son reclassement doit être réalisé, en vertu de l'article L.326-1, deuxième alinéa du code du travail, au moment de l'embauchage (sauf l'exception de transcription de la dernière fiche d'examen médical établie pour le poste précédent en cas de changement d'employeur, exception prévue par l'article L.326-2 alinéa 2 du code du travail) ;

que les constats d'aptitude du STM pour les sociétés L) et B) en cours d'exécution de son contrat de travail de plâtrier/stucateur de Monsieur A) (huit mois sinon plus d'un an après le commencement de la relation de travail) ne sauraient

valoir examen d'embauche et faire preuve de l'aptitude du salarié à partir de la conclusion du nouveau contrat de travail en sorte que ces périodes ne sauraient être prises en compte pour vérifier la condition d'aptitude pour l'obtention de l'indemnité professionnelle d'attente ;

qu'il ne saurait partant se prévaloir de 10 années d'exercice de son métier de plâtrier/stucateur dûment couvertes par des constats établis conformément à l'article L326-1 du Code du Travail.

première branche

alors que l'ancien article L.551-5 (2) du code du travail ne fait état que d'un constat d'aptitude par le médecin du travail compétent, sans autrement renvoyer aux dispositions de l'article L.326-1 du même code, un examen en cours d'exercice de son poste de travail par le salarié, du moment qu'il est positif, pouvant tout aussi bien servir de constat d'aptitude au dernier poste, ce qui n'est certainement pas le cas de la situation inverse étant donné que pour des raisons évidentes de santé, l'aptitude à un poste de travail a plutôt tendance à se dégrader avec le temps en sorte que l'on peut parler, à l'instar de la Commission du Travail, de l'Emploi et de la Sécurité sociale, d'une véritable présomption d'aptitude après une certaine durée d'exercice du poste de travail.

Que les deux derniers alinéas de l'article L.326-1 du code du travail vont d'ailleurs dans le même sens d'une présomption d'aptitude du moment que l'examen positif d'embauchage intervenu endéans les deux mois de l'embauche fait tomber la condition résolutoire dont est affecté le contrat de travail en attendant le constat d'aptitude.

Qu'en faisant application de l'article L.326-1 du Code du travail réglant les examens médicaux d'embauchage aux fins de vérifier si le demandeur en cassation remplissait la condition d'une aptitude d'au moins dix ans à son dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent, les juges du fond ont ajouté une condition supplémentaire au texte visé au moyen, aggravant ainsi nettement la situation des salariés sous statut de personnes en reclassement professionnel, dont le demandeur en cassation.

Qu'en disposant ainsi que le calcul des dix ans d'aptitude au travail du salarié auprès des différents employeurs ne comprendrait que les seules périodes situées entre l'examen médical d'embauchage respectivement l'examen périodique et la fin des différents contrats de travail, sans même prendre en considération la période située entre la fin du contrat de travail et la date d'expiration ultérieure des différents constats d'aptitude en cas de changement d'employeur et sans aucun effet rétroactif de ceux-ci, les juges du fond ont violé le texte visé au moyen et leur arrêt encourt la cassation de ce chef.

seconde branche

alors que l'article L.326-1 du code du travail vise les employeurs obligés de faire passer un examen d'embauchage à leurs nouveaux salariés << endéans les deux mois de l'embauchage >> aux termes de l'article L.326-1, deuxième alinéa.

Qu'en appliquant néanmoins l'article L.326-1 du code du travail aux salariés dans le cadre de l'octroi de l'indemnité professionnelle d'attente de l'article L.551-5 (2) du même code, les juges du fond ont non seulement aggravé nettement la situation des personnes en reclassement professionnel mais en plus sanctionnent des personnes, qui ne sont aucunement responsables des négligences de leurs employeurs, seuls habilités à s'adresser au STM pour solliciter un examen médical d'embauchage.

Ce faisant, les juges du fond ont violé le texte visé au moyen et leur arrêt encourt la cassation de ce chef.

En ordre tout à fait subsidiaire par rapport aux deux branches mentionnées ci-avant, le demandeur en cassation entend voir soumettre à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle libellée comme suit :

<< Dans l'interprétation selon laquelle l'article L. 551-5 (2) du Code du travail n'accorderait le bénéfice de l'indemnité professionnelle d'attente qu'aux seuls salariés sous statut de personne en reclassement professionnel pouvant se prévaloir d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent en application de l'article L.326-1 du même code et non pas les périodes couvertes rétroactivement par lesdits constats d'aptitude, en raison notamment d'une négligence coupable des employeurs successifs n'ayant pas sollicité en temps utile les examens d'embauchage respectivement les contrôles périodiques après l'expiration de la validité du ou des constat (s) précédent(s),

l'article L. 551-5 (2) du Code du travail est-il conforme au principe constitutionnel de l'égalité devant la loi de l'article 10bis paragraphe 1^{er} en combinaison avec l'article 111 de la Constitution luxembourgeoise en ce qu'il n'exige que 10 années d'ancienneté de la part des salariés n'ayant pas changé d'employeur alors que le mode de calcul précité aura forcément pour conséquence que la durée d'occupation requise de la part des salariés ayant changé d'employeur sera nettement plus importante, ce mode de calcul entraînant ainsi une rupture d'équilibre nettement disproportionnée par rapport à une profession exercée pendant une même durée par les deux catégories visées, sans que cette différence ne puisse être justifiée au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité par rapport au but à atteindre. >>.

Réponse de la Cour

Sur les deux branches du moyen réunies

Vu l'article L.551-5 (2) du Code du travail tel qu'applicable au moment des faits qui dispose :

« Si, au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage, y compris la durée de prolongation, le salarié sous statut de personne en reclassement

professionnel pouvant se prévaloir d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent, ou d'une ancienneté de service d'au moins dix ans, n'a pu être reclassé sur le marché du travail, il bénéficie, sur décision du directeur de l'Agence pour le développement de l'emploi d'une indemnité professionnelle d'attente (.....)».

En retenant que le demandeur en cassation n'était en droit de ne toucher l'allocation professionnelle d'attente que si le constat d'aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail avant son reclassement avait été réalisé, en vertu de l'article L.326-1, deuxième alinéa, du Code du travail, au moment de l'embauchage, par le médecin du travail compétent, et en écartant partant tous les examens médicaux effectués par le médecin du travail compétent, dans le cadre de la santé au travail qui avaient pour objet de constater l'aptitude ou l'inaptitude du salarié pour le poste concerné, autres que ceux réalisés au moment de l'embauche, les juges d'appel ont violé la disposition visée au moyen.

Il s'ensuit que l'arrêt encourt la cassation.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure

Il serait inéquitable de laisser à charge du demandeur 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,

et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens de cassation,

la Cour de cassation :

cassee et annule l'arrêt rendu le 9 novembre 2020 sous le numéro 2020/0222 (No. du reg.: COMIX 2019/0221) par le Conseil supérieur de la sécurité sociale ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant le Conseil supérieur de la sécurité sociale, autrement composé ;

condamne le défendeur en cassation à payer au demandeur en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

le condamne aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Guy THOMAS, sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt soit transcrit sur le registre du Conseil supérieur de la sécurité sociale et qu'une mention

renvoyant à la transcription de l'arrêt soit consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Roger LINDEN en présence du premier avocat général Marc HARPES et du greffier Daniel SCHROEDER.

**Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
A)
contre
l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg**

Le pourvoi en cassation introduit par A) par un mémoire en cassation signifié le 22 janvier 2021 au défendeur en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 28 janvier 2021 est dirigé contre un arrêt n°2020/0222 rendu contradictoirement en date du 9 novembre 2020 par le Conseil Supérieur de la Sécurité Sociale, (n° du registre : COMIX 2019/0221), et notifié par le greffe le 13 novembre 2020.

Le pourvoi est recevable pour avoir été introduit dans les forme et délai prévus aux articles 7 et 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.¹

La partie défenderesse en cassation n'a pas déposé de mémoire en réponse.

Les faits et rétroactes :

Par décision du 15 mars 2019 de la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail (ci-après la COMIX), le demandeur en cassation s'est vu refuser l'octroi de l'indemnité professionnelle d'attente au motif que les conditions prévues à l'article L.551-5 (2) du Code du travail ne sont pas établies, en ce que le requérant ne justifie ni d'une ancienneté de service d'au moins dix ans ni d'une aptitude au dernier poste de travail de plus de dix ans constatée par le médecin du travail compétent.

Saisi d'un recours du demandeur en cassation, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a déclaré le recours non fondé par jugement du 21 novembre 2019.

Contre ce jugement, le demandeur en cassation a interjeté appel par requête déposée au Conseil supérieur de la sécurité sociale du 19 décembre 2019 pour voir dire qu'il peut se prévaloir d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail constatée médicalement, de sorte qu'il a droit à l'indemnité professionnelle d'attente.

.

Par arrêt du 9 novembre 2020, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a reçu l'appel en la forme, l'a déclaré non fondé et a confirmé le jugement entrepris.

Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

¹ Conformément à l'alinéa 2 de l'article 7, le délai de 2 mois est augmenté du délai de quinze jours prévu à l'article 167 du Nouveau code de procédure civile pour le demandeur en cassation qui demeure en Allemagne

Sur le premier moyen de cassation:

Le premier moyen est « *pris de la violation du principe général du droit obligeant les juges de ne pas dénaturer les documents de la cause, en l'espèce l'attestation établie par Dr S) du service de santé au travail multisectoriel (STM) en date du 5 mars 2019, dûment versée aux débats et discutée par les parties antagonistes avant le prononcé de l'arrêt dont pourvoi, attestant, en sa qualité de médecin du travail compétent ce qui suit :*

« *Bescheinigung :*

Herr A) ist seit dem 27.7.2005 in seiner Eigenschaft als Gipser/Stukkateur bei verschiedene luxemburgischen Betrieben in arbeitsmedizinischer Betreuung des STM.

Es liegt eine Bescheinigung Einstellungsuntersuchung vom 2.7.2005 für die Firma I) bei. Desweiteren liegt eine Untersuchungsbescheinigung vom 20.5.2011 für die Firma L) bei (hier beschäftigt seit 2009).

Er hat den Posten Stukkateur von 2005 bis zum Wiedereingliederungsgutachten 2017 über 10 Jahre ausgeübt. Die entsprechenden Tauglichkeitsbescheinigungen liegen vor. » »

Attendu que le demandeur en cassation reproche au Conseil supérieur de la sécurité sociale une dénaturation d'une attestation versée aux débats.

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ou chaque branche du moyen doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué.

Le demandeur en cassation n'indique aucun texte de loi ni aucune jurisprudence internationale à l'appui du principe général du droit invoqué.

Or, la violation d'un principe général du droit ne donne ouverture à cassation que s'il trouve son expression dans un texte de loi ou s'il est consacré par une juridiction supranationale.

Le moyen est irrecevable.

Sur le deuxième moyen :

Le deuxième moyen est « *pris du défaut de base légale de l'arrêt au regard des conditions prévues par l'ancien article L.551-5 (2) du Code du travail, disposant que « l'aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent », cet article pris ensemble ou séparément avec l'article L.326-1 du Code du travail réglant les modalités des examens médicaux d'embauchage. »*

Le défaut de base légale constitue un moyen de fond qui est rattaché à une disposition prétendument violée du fait que la décision attaquée ne constate pas tous les faits nécessaires à la mise en œuvre de cette règle de droit. En l'espèce, c'est l'article 551-5 (2) du Code du travail qui est visé.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 2020 portant modification 1. du Code du travail ; 2. du Code de la sécurité sociale ; 3. de la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe, l'article 551-5 (2) du Code du travail disposait :

« Si, au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage, y compris la durée de prolongation, le salarié sous statut de personne en reclassement professionnel pouvant se prévaloir d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent, ou d'une ancienneté de service d'au moins dix ans, n'a pu être reclassé sur le marché du travail, il bénéficie, sur décision de la Commission mixte d'une indemnité professionnelle d'attente (...) ».

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a retenu l'absence d'aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée dans le chef de A) par le médecin du travail compétent, sur base de la motivation suivante:

« En l'espèce, A) a travaillé au cours de sa carrière professionnelle pour les sociétés I), B), T) et L), mais seuls les employeurs T) et I) l'ont soumis à un examen médical qualifié d'embauche par le STM. Pour les sociétés L) et B) la capacité de l'appelant d'exercer le poste de plâtrier/Stukkateur a été vérifiée lors d'un contrôle intitulé « périodique » en cours d'exécution du contrat de travail, en l'occurrence huit mois, sinon plus d'un an après le commencement de la relation de travail.

Comme il ne résulte pas des éléments de la cause que ces employeurs aient demandé ces examens endéans le délai de deux mois prévu par l'article L. 326-1 du code du travail et que la fixation tardive du rendez-vous serait imputable au STM, les contrôles effectués longtemps après l'engagement de A) par son nouvel employeur ne sauraient valoir examen d'embauche et faire preuve de l'aptitude du salarié à partir de la conclusion du nouveau contrat de travail.

L'appelant ne peut partant justifier d'une aptitude médicalement constatée par le médecin de travail entre l'embauchage et le contrôle périodique pour les sociétés B) et L) et ces périodes ne peuvent être prises en compte pour vérifier la condition d'aptitude pour l'obtention de l'indemnité d'attente.

C'est par ailleurs à tort que l'appelant entend se prévaloir de l'attestation du médecin du travail S) du 5 mars 2019, qui fait référence aux fiches d'examens médicaux établies au moment de l'engagement par A) par les sociétés I) et L) et qui retient que « Er hat den Posten Stukkateur von 2005 bis zum Wiedereingliederungsgutachten 2017 über 10 Jahre ausgeübt. Die entsprechenden Tauglichkeitsbescheinigungen liegen vor », dès lors que cette attestation ne saurait remédier à la négligence des employeurs de soumettre le salarié à un examen d'embauche, sinon valoir transcription de la fiche d'examen médical au sens de l'article L. 326-2 du code du travail, le contrôle médical n'ayant pas été entrepris au début de la relation contractuelle, mais ex-post après la fin des contrats. Par ailleurs, il résulte du dossier médical

que le docteur S) n'a pas personnellement suivi l'appelant auprès du STM, de sorte qu'il ne peut pas témoigner de la capacité de travail de A) au moment de son engagement par les sociétés T) et B). Il s'y ajoute qu'il n'est pas établi sur quelle base légale et en quelle qualité le docteur S) s'est exprimé en établissant l'attestation versée au dossier par l'appelant.

Comme le relevé de l'Etat, renseignant sur les périodes d'aptitude de l'appelant, a fait application des principes ci-avant dégagés pour déterminer si l'appelant est éligible à l'obtention de l'indemnité d'attente, c'est à bon droit que sa demande a été rejetée comme A) ne justifie pas d'une aptitude de dix ans »

Le moyen fait grief à l'arrêt dont pourvoi de ne pas avoir vérifié si le Dr S) n'était pas à considérer comme le « médecin du travail compétent » au vœu de l'article L.551-5 (2) du Code du travail et si, du fait de sa qualité de médecin du travail du STM (service de santé au travail multisectoriel), service compétent pour constater l'aptitude au travail de Monsieur A), il n'était pas habilité à se saisir des constats d'aptitude de ses collègues ayant antérieurement constaté l'aptitude au travail du demandeur en cassation pour attester que ce dernier était apte au travail de plâtrier/stucateur à partir du 27 juillet 2005.²

Il n'est pas contesté que le Dr S) est médecin du travail du STM. Dans une attestation datée du 5 mars 2019, il établit pour le compte de A) l'attestation citée intégralement au premier moyen, établie sur un document portant l'entête du STM et signée « Le médecin du travail- Dr S) Robert ».

Concernant les examens médicaux effectués dans le cadre du travail, les articles 326-7 à 326-9 du Code du travail³ disposent :

Art. L. 326-7 :

« Les examens médicaux d'embauchage, les examens médicaux périodiques et les autres examens médicaux relevant de la médecine du travail sont effectués par le médecin du travail compétent pour l'employeur auprès duquel le salarié est ou sera occupé.

(...).»

Art. L. 326-8 :

« Le médecin du travail communique dans les trois jours qui suivent l'examen ou l'obtention des résultats d'examens complémentaires, s'il en a ordonnés, ses conclusions au salarié et à son employeur ou futur employeur au moyen d'une fiche d'examen médical qui émerge respectivement l'aptitude ou l'inaptitude pour le poste envisagé sans indication de diagnostic, le secret médical devant être strictement observé. Le modèle de la fiche d'examen médical, les modalités suivant lesquelles l'employeur est tenu de garder les fiches d'examen médical des

² Dans la discussion du moyen, le demandeur en cassation fait valoir que son aptitude au poste de plâtrier/stucateur qu'il a occupé depuis le 1^{er} mars 2005 jusqu'au 6 mars 2017, date de son reclassement externe, a été examinée par plusieurs médecins du travail du STM et que tous les examens d'aptitude se sont soldés par des constats positifs.

³ tels qu'en vigueur à la date de l'établissement de l'attestation

salariés de son entreprise, ainsi que les modalités de transmission entre employeurs de ces fiches en cas de changement d'employeur par le salarié, sont déterminés par règlement grand-ducal. La transmission de la fiche d'examen médical entre employeurs en cas de changement d'employeur par le salarié ne peut se faire qu'avec l'accord du salarié. »

Art. L. 326-9 :

« (1) Lorsque le médecin du travail constate l'inaptitude du salarié à occuper un poste de travail, il doit en informer le salarié et l'employeur par lettre recommandée, indiquant les voie et délai de recours.

(2) (...)

(3) L'employeur ne peut continuer à employer un salarié à un poste pour lequel il a été déclaré inapte par le médecin du travail.

(4) (...) »

Aux termes de l'article 326-7 du Code du travail, le médecin du travail compétent pour effectuer les différents examens médicaux dans le cadre de la santé au travail est le médecin du travail compétent pour l'employeur auprès duquel le salarié est ou sera occupé. Les mêmes termes de « médecin du travail compétent » sont repris dans l'article L.551-5 (2) du Code du travail. Etant donné que ces deux dispositions visent le médecin du travail compétent pour constater l'aptitude ou l'inaptitude du salarié pour un poste de travail, ces termes doivent être interprétés de manière identique et désigner le même médecin compétent.

Etant donné que l'attestation litigieuse a été établie par le Dr S) en sa qualité de médecin du travail du STM, service ayant assuré le suivi de A) sur le plan de la santé au travail depuis le 27 juillet 2005, il appartenait au Conseil supérieur de la sécurité sociale de vérifier si l'auteur de l'attestation n'était pas à considérer comme « médecin du travail compétent » au sens de l'article L.551-5 (2) du Code du travail pour constater l'aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail.

En se limitant à constater « *qu'il n'est pas établi sur quelle base légale et en quelle qualité le docteur S) s'est exprimé en établissant l'attestation versée au dossier par l'appelant* », le Conseil supérieur de la sécurité sociale a omis de vérifier si Dr S) était le médecin du travail compétent au sens de l'article L.551-5 (2) du Code du travail étaient remplies et a violé ladite disposition par défaut de base légale.

L'arrêt encourt la cassation.

Sur le troisième moyen :

Le troisième moyen est « *tiré de la violation de la loi par mauvaise application ou interprétation, en l'occurrence de l'ancien article L.551-5 (2) du Code du travail disposant que «le salarié sous statut de personne en reclassement professionnel pouvant se prévaloir d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétentbénéficie d'une indemnité professionnelle d'attente* ». »

Le moyen est subdivisé en deux branches, qui toutes les deux font grief à l'arrêt attaqué que pour vérifier si le demandeur en cassation pouvait se prévaloir d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent, seules les périodes de travail pour lesquelles l'aptitude a été constatée par un examen médical d'embauche effectué endéans le délai de deux mois prévu par l'article L.326-1 du Code du travail ont été prises en compte.

L'arrêt dont pourvoi comporte la motivation suivante en ce qui concerne les examens médicaux pris en compte :

« En l'espèce, A) a travaillé au cours de sa carrière professionnelle pour les sociétés I), B), T) et L), mais seuls les employeurs T) et I) l'ont soumis à un examen médical qualifié d'embauche par le STM. Pour les sociétés L) et B) la capacité de l'appelant d'exercer le poste de plâtrier/Stukkateur a été vérifiée lors d'un contrôle intitulé « périodique » en cours d'exécution du contrat de travail, en l'occurrence huit mois, sinon plus d'un an après le commencement de la relation de travail.

Comme il ne résulte pas des éléments de la cause que ces employeurs aient demandé ces examens endéans le délai de deux mois prévu par l'article L. 326-1 du code du travail et que la fixation tardive du rendez-vous serait imputable au STM, les contrôles effectués longtemps après l'engagement de A) par son nouvel employeur ne sauraient valoir examen d'embauche et faire preuve de l'aptitude du salarié à partir de la conclusion du nouveau contrat de travail.

L'appelant ne peut partant justifier d'une aptitude médicalement constatée par le médecin de travail entre l'embauchage et le contrôle périodique pour les sociétés B) et L) et ces périodes ne peuvent être prises en compte pour vérifier la condition d'aptitude pour l'obtention de l'indemnité d'attente. »

Il résulte de cette motivation que le Conseil supérieur de la sécurité sociale s'est exclusivement basé sur les examens médicaux d'embauche et a retenu que l'aptitude du salarié pour le poste de travail occupé n'était médicalement constatée que pour les périodes couvertes par ces examens d'embauche.

Il ressort toutefois de la lecture des articles L.326-7 à L.326-9 du Code du travail que tous les examens médicaux effectués dans le cadre de la santé au travail ont pour objet de constater l'aptitude ou l'inaptitude du salarié pour le poste concerné :

Art. L. 326-7 :

« Les examens médicaux d'embauchage, les examens médicaux périodiques et les autres examens médicaux relevant de la médecine du travail sont effectués par le médecin du travail compétent pour l'employeur auprès duquel le salarié est ou sera occupé.

(...).»

Art. L. 326-8 :

« Le médecin du travail communique dans les trois jours qui suivent l'examen ou l'obtention des résultats d'examens complémentaires, s'il en a ordonnés, ses conclusions au salarié et à

son employeur ou futur employeur au moyen d'une fiche d'examen médical qui émerge respectivement l'aptitude ou l'inaptitude pour le poste envisagé sans indication de diagnostic, le secret médical devant être strictement observé. Le modèle de la fiche d'examen médical, les modalités suivant lesquelles l'employeur est tenu de garder les fiches d'examen médical des salariés de son entreprise, ainsi que les modalités de transmission entre employeurs de ces fiches en cas de changement d'employeur par le salarié, sont déterminés par règlement grand-ducal. La transmission de la fiche d'examen médical entre employeurs en cas de changement d'employeur par le salarié ne peut se faire qu'avec l'accord du salarié. »

Art. L. 326-9 :

« (1) Lorsque le médecin du travail constate l'inaptitude du salarié à occuper un poste de travail, il doit en informer le salarié et l'employeur par lettre recommandée, indiquant les voie et délai de recours.

(2) (...)

(3) L'employeur ne peut continuer à employer un salarié à un poste pour lequel il a été déclaré inapte par le médecin du travail.

(4) (...) »⁴

En refusant de prendre en considération l'aptitude médicalement constatée par un examen médical autre que l'examen d'embauche effectué endéans le délai de deux mois prévu à l'article 326-1 du Code du travail et en refusant de reconnaître un quelconque effet aux autres examens médicaux effectués par le médecin du travail compétent au cours de l'exécution du contrat de travail, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a effectué une distinction qui n'est pas prévue à l'article L.551-5 (2) du Code du travail et a violé ladite disposition.

L'arrêt encourt la cassation.

Pour être complet, le demandeur en cassation souligne à juste titre que l'hypothèse est totalement différente de celle visée par l'article L. 551-1, paragraphe 1, alinéa 2, du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 23 juillet 2015, et qui dispose que :

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

Cette disposition exige donc expressément un examen médical effectué lors de l'embauche, contrairement à l'article L.551-5 (2) du Code du travail qui ne comporte aucune précision concernant le moment auquel l'aptitude doit être médicalement constatée.

Dans son arrêt n°130 du 24 novembre 2017, la Cour constitutionnelle a considéré que le législateur, en subordonnant, par la loi du 23 juillet 2015, l'éligibilité du salarié qui occupe son dernier poste de travail depuis moins de trois ans pour un éventuel reclassement à la possession d'un certificat d'aptitude à ce poste de travail établi par le médecin du travail lors de l'embauche, a voulu « *contrecarrer la collusion entre l'employeur et le salarié consistant, pour l'employeur,*

⁴ Nous qui soulignons

à embaucher des salariés qui, dès le début des relations de travail, étaient médicalement inaptes à exercer leur emploi, et ce en vue de faire supporter, par le biais du reclassement, tout ou partie de leur rémunération par la collectivité » .

Elle a encore considéré « *qu'il peut être présumé que le salarié qui a occupé son dernier poste de travail depuis trois ans est un salarié médicalement apte au travail depuis le début des relations de travail* » et que « *le risque de collusion que le législateur entend combattre n'existe donc pas relativement au salarié, candidat au reclassement, qui a occupé son dernier poste de travail depuis trois ans au moins* ».

Dans cette logique, il faut considérer que dans le cas de A) il n'existe pas de risque de collusion entre le salarié et les différents employeurs pour lesquels il a travaillé de 2005 à 2017 et qu'il peut être présumé apte au travail effectué pendant ce temps même si les examens médicaux n'ont pas tous été effectués lors de l'embauche.

Cette argumentation de la Cour constitutionnelle ne constitue qu'une raison de plus pour ne pas opérer de distinction là la loi n'en a pas prévue. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Sur le quatrième moyen et le cinquième moyens pris ensemble:

Le quatrième moyen est pris du défaut de base légale de l'arrêt au regard des conditions prévues par l'article L.551-5 (2) du Code du travail, pris ensemble avec ou séparément des deux derniers alinéas (alinéas 5 et 6) de l'article L.326-1 du Code du travail réglant les effets de l'examen médical d'embauchage sur la validité du contrat de travail.

Le cinquième moyen est pris de la violation de ces mêmes dispositions par mauvaise application ou interprétation.

Les alinéas 5 et 6 de l'article L.326-1 du Code du travail disposent :

« Au cas où l'examen médical d'embauchage a lieu après l'embauchage, le contrat de travail est conclu sous condition résolutoire.

La condition résolutoire est réalisée, et le contrat de travail se trouve en conséquence résilié de plein droit, du fait de la déclaration d'inaptitude du salarié à l'occupation envisagée lors de l'examen médical d'embauchage ».

Les deux moyens sont articulés en deux branches, qui toutes les deux ont trait à l'effet à accorder à un examen médical d'embauche effectué après le délai de deux mois prévu à l'article L.326-1 du Code du travail.

Etant donné que ces deux moyens sont subsidiaires par rapport aux deuxième et troisième moyens et à supposer que votre Cour suive les conclusions de la soussignée concernant ces deux moyens, les quatrième et cinquième moyens ne requièrent pas d'examen séparé.

Conclusion

Le pourvoi est recevable et fondé.

L'arrêt entrepris encourt la cassation.

Pour le Procureur Général d'Etat,
Le premier avocat général,

Marie-Jeanne Kappweiler