

N° 147 / 2020
du 19.11.2020.
Numéro CAS-2019-00151 du registre.

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du
jeudi, dix-neuf 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,
Anne-Françoise GREMLING, conseiller à la Cour d'appel,
Simone FLAMMANG, premier avocat général,
Daniel SCHROEDER, 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:

**L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre
d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1341 Luxembourg, 2, Place de Clairefontaine,**

défendeur en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 11 juillet 2019 sous le numéro 2019/0166 (No. du
reg.: COMIX 2019/0020) par le Conseil supérieur de la sécurité sociale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 24 septembre 2019 par X à l'ETAT
DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, déposé le 27 septembre 2019 au greffe
de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Roger LINDEN 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 rejeté le recours introduit par X contre une décision de la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables d'exercer leur dernier poste de travail qui avait porté refus de lui verser l'indemnité professionnelle d'attente. Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a confirmé le jugement entrepris et dit qu'il n'y avait pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile pour contradiction de motifs de l'arrêt équivalant à une absence de motifs,

En ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré non fondé l'appel du demandeur en cassation et qu'il a refusé de renvoyer à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle telle que formulée par ce dernier et visant la conformité de l'article L.551-5 (2) du Code du travail avec l'article 10bis alinéa 1^{er} de la Constitution au motif qu'elle serait dénuée de tout fondement alors qu'« il appartient au juge de renvoi d'apprécier la comparabilité des situations visées par la loi ou le caractère différenciant ou neutre de la loi » et qu'« en l'absence, dans la présente espèce, de toute explication générale quelconque quant à une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L-551-5 (2) du CT, dans la mesure où les salariés employés auprès de plusieurs employeurs sont soumis à d'autres conditions pour pouvoir bénéficier de l'indemnité d'attente que ceux qui n'ont pas quitté leur employeur pendant dix ans, le Conseil supérieur de la sécurité sociale estime que la question de constitutionnalité proposée est sans fondement. En effet, distinguer n'est pas discriminer », alors même que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a, par même arrêt, estimé que « si (...) l'ancienneté de service ne signifiait pas ancienneté auprès du même employeur, et si « ancienneté de service » pouvait être comptabilisée auprès de plusieurs employeurs sans nécessité de prouver une aptitude médicale constatée pendant cette période au dernier poste de travail, la deuxième condition alternative, à savoir l'ancienneté de service selon la définition proposée par l'appelant absorberait toujours la première condition alternative de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste de travail, pour en alléger singulièrement la preuve, et priverait de la sorte la première condition alternative de tout sens »

première branche,

Alors que le Conseil supérieur de la sécurité sociale admet qu'il revient au juge du fond d'apprécier le caractère différenciant ou neutre de la loi pour pouvoir apprécier si une question préjudicielle est dénuée de tout fondement ou non,

Que le Conseil supérieur de la sécurité sociale, en retenant en l'espèce le caractère différenciant de la loi alors que l'article L.551-5 (2) du code du travail prévoit deux conditions alternatives, mais en rejetant néanmoins la demande de renvoi préjudiciel au motif que << distinguer n'est pas discriminer >> et en jugeant dès lors du caractère discriminant ou non de cette instauration de deux catégories de personnes, a opéré ainsi une contraction de motifs de l'arrêt, violant ainsi l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que l'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile.

Et qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué a méconnu les exigences des textes susvisés et encourt la cassation.

deuxième branche,

Alors que la constatation par le Conseil supérieur de la sécurité sociale que le raisonnement de la partie demanderesse en cassation à voir dire (principalement) que le salarié ayant occupé depuis au moins dix ans son dernier poste de travail, peu importe le nombre d'employeurs durant ces dix ans, pouvait se prévaloir d'une ancienneté de service de dix ans et ne devait dès lors pas apporter la preuve d'une aptitude, constatée par le médecin du travail, couvrant cette période, allégerait << singulièrement la preuve >> dudit salarié, constitue en elle-même la constatation du fait que le salarié qui n'a pas besoin de rapporter la preuve par certificat d'aptitude, bénéficie de conditions nettement plus avantageuses que celui qui doit rapporter cette preuve,

Que le Conseil supérieur de la sécurité sociale, en jugeant de << l'absence de toute explication générale quelconque quant à une discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du CT >> tout en retenant que le fait de ne pas devoir rapporter la preuve d'une aptitude par certificat d'aptitude allégerait << singulièrement la preuve >> a ainsi opéré une contradiction de motifs de l'arrêt, violant ainsi l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme tout comme l'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile.

Et qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué n'a pas satisfait aux exigences des textes visés au moyen et encourt la cassation. ».

Réponse de la Cour

Sur la première branche du moyen

En ayant retenu que les conditions légales à remplir par le salarié en fin de droits aux allocations de chômage qui se trouve en reclassement professionnel est en droit de toucher l'indemnité professionnelle d'attente s'il remplit, alternativement, soit la condition liée à l'aptitude médicalement constatée au dernier poste de travail, soit celle liée à l'ancienneté de service et que ces deux conditions visent des salariés qui se trouvent dans une situation juridique spécifique, non comparable l'une par rapport à l'autre, les juges d'appel, malgré l'ajout surabondant de la formule « *distinguer n'est pas discriminer* », ne se sont pas prononcés sur le caractère discriminant ou non de la différence de traitement instaurée par la disposition visée au moyen, mais n'ont fait que rappeler que la distinction procédait de la non-

comparabilité des conditions à remplir par chaque salarié pour être en droit de bénéficier de l'indemnité professionnelle d'attente.

Leur décision n'encourt partant pas le reproche visé au moyen.

Il en suit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur la seconde branche du moyen

En retenant

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

Contrairement à ce que veut insinuer l'appelant, la condition de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste de travail n'est pas nécessairement plus facile à rapporter que celle de l'ancienneté de service, les deux conditions visant tout simplement deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent chacune dans une situation juridique spécifique.

En l'absence, dans la présente espèce, de toute explication générale quelconque quant à une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du CT, dans la mesure où les salariés employés auprès de plusieurs employeurs sont soumis à d'autres conditions pour pouvoir bénéficier de l'indemnité d'attente que ceux qui n'ont pas quitté leur employeur pendant dix ans, le Conseil supérieur de la sécurité sociale estime que la question de constitutionnalité proposée est sans fondement. En effet, distinguer n'est pas discriminer »,

les juges d'appel ont rejeté l'interprétation de la disposition légale visée au moyen telle que proposée par le demandeur en cassation et, après avoir constaté que l'article L. 551-5, paragraphe 2, du Code du travail vise deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent chacune dans une situation juridique spécifique, partant dans des situations non comparables, ont, par ce seul motif, correctement justifié leur refus de saisir la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle formulée par le demandeur en cassation, de sorte que le fait d'avoir ajouté, à titre surabondant, que le demandeur en cassation était resté en défaut « *de fournir toute explication générale quelconque quant à une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du CT* », n'entache pas leur décision de ne pas saisir la Cour constitutionnelle du grief de la contradiction de motifs.

Il en suit que le moyen, pris en sa seconde branche, n'est pas fondé.

Sur les deuxième, troisième, quatrième et cinquième moyens de cassation réunis

Enoncé des moyens

le deuxième, « pris du défaut de base légale au regard de l'article 6 alinéa 2 point b) de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, qui dispose que << Une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que :

- a) ...
- b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement >>
- c) ...

En ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré non fondé l'appel du demandeur en cassation et qu'il a refusé de renvoyer à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle telle que formulée par ce dernier et visant la conformité de L.551-5 (2) du Code du travail avec l'article 10bis alinéa 1^{er} de la Constitution, au motif qu'elle serait dénuée de tout fondement en ce que, selon la juridiction, << il est de principe que la différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées >> et que << la condition de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste n'est pas nécessairement plus facile à rapporter que celle de l'ancienneté de service, les deux conditions visant tout simplement deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent chacune dans une situation juridique spécifique. >>

Alors que l'article 6 alinéa 2 b) de la loi du 27 juillet 1997, en ce qu'il prévoit une dispense de renvoi d'une question préjudicielle devant la Cour Constitutionnelle au cas où celle-ci est << est dénuée de tout fondement >> ou, selon les termes du Conseil d'Etat, << sans relation avec le problème soumis au juge >>, dénie ainsi à une juridiction ordinaire quelconque, tel le Conseil supérieur de la sécurité sociale, le droit et la compétence de préjuger la solution de la question lui posée et lui réserve uniquement l'appréciation de l'absence de tout fondement de la question, soit de l'existence ou non d'une différenciation opérée par la disposition en cause,

Que le Conseil supérieur de la sécurité sociale, en jugeant de l'absence d'un élément d'appréciation permettant de constater << une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du code du travail >>, a clairement préjugé l'issue de la question préjudicielle, allant au-delà d'un simple constat d'absence ou non de tout fondement pour apprécier finalement jusqu'au degré plus ou moins important des avantages consenties à l'une des deux catégories par rapport à l'autre, sans pour autant fournir à suffisance les bases de cette appréciation qu'on peut qualifier de péremptoire.

Qu'en statuant ainsi, sans pour autant fournir à suffisance les bases de cette appréciation qu'on peut qualifier de péremptoire, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 6 alinéa 2 point b) de la loi du 27 juillet 1997, privant ainsi la Cour de Cassation de tout contrôle de sorte que l'arrêt attaqué encourt la cassation. »,

le troisième, *« pris de la violation sinon fausse application de l'article 6 alinéa 2 point b) de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, qui dispose que << Une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que :*

- a) ...*
- b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement >>*
- c) ...*

En ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré non fondé l'appel du demandeur en cassation et qu'il a refusé de renvoyer à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle telle que formulée par ce dernier et visant la conformité de L.551-5 (2) du Code du travail avec l'article 10bis alinéa 1^{er} de la Constitution, au motif qu'elle serait dénuée de tout fondement en ce que, selon la juridiction, << il est de principe que la différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées >> alors que << la condition de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste n'est pas nécessairement plus facile à rapporter que celle de l'ancienneté de service, les deux conditions visant tout simplement deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent chacune dans une situation juridique spécifique. >>

Alors que l'article 6 alinéa 2 b) de la loi du 27 juillet 1997 en ce qu'il prévoit une dispense de renvoi d'une question préjudicielle devant la Cour Constitutionnelle au cas où celle-ci est << est dénuée de tout fondement >> ou, selon les termes du Conseil d'Etat, << sans relation avec le problème soumis au juge >>, dénie ainsi à une juridiction ordinaire quelconque, tel le Conseil supérieur de la sécurité sociale, le droit et la compétence de préjuger la solution de la question lui posée et lui réserve uniquement l'appréciation de l'absence de tout fondement de la question, soit de l'existence ou non d'une différenciation opérée par la disposition en cause,

Que le Conseil supérieur de la sécurité sociale aurait dû renvoyer la question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle au lieu de juger lui-même de l'absence d'un élément d'appréciation permettant de constater << une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du code du travail >>, en sorte qu'il a clairement préjugé l'issue de la question préjudicielle, allant au-delà d'un simple constat d'absence ou non de tout fondement pour apprécier finalement jusqu'au degré plus ou moins important des avantages consenties à l'une des deux catégories par rapport à l'autre.

Qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué encourt la cassation pour violation de l'article visé au moyen. »,

le quatrième, « *Pris de la violation de l'article 95ter, paragraphe 1^{er} de la Constitution, selon lequel << La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution >>*,

En ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré non fondé l'appel du demandeur en cassation et qu'il a refusé de renvoyer à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle telle que formulée par ce dernier et visant la conformité de L.551-5 (2) du Code du travail avec l'article 10bis alinéa 1^{er} de la Constitution, au motif qu'elle serait dénuée de tout fondement en ce que, selon la juridiction, << il est de principe que la différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées >> alors que << la condition de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste n'est pas nécessairement plus facile à rapporter que celle de l'ancienneté de service, les deux conditions visant tout simplement deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent chacune dans une situation juridique spécifique. >>

Alors que l'article visé au moyen réserve la compétence exclusive de << statuer, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution >> à la Cour Constitutionnelle, hormis les cas de dispense de renvoi préjudiciel strictement limités énumérés par l'article 6 alinéa 2 de la loi du 27 juillet 1997 en sorte que lesdits articles dénie à une juridiction ordinaire quelconque, tel le Conseil supérieur de la sécurité sociale, le droit et la compétence de préjuger la solution de la question préjudicielle lui posée,

Que le Conseil supérieur de la sécurité sociale aurait dû renvoyer la question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle au lieu de juger lui-même de l'absence d'un élément d'appréciation permettant de constater << une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du code du travail >>, en sorte qu'il a clairement préjugé l'issue de la question préjudicielle, allant au-delà d'un simple constat d'absence ou non de tout fondement et a violé l'article 95ter, paragraphe 1^{er} de la Constitution.

Qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué encourt la cassation pour violation de l'article visé au moyen. »

et

le cinquième, « *Pris de la violation des principes d'ordre public régissant l'excès de pouvoir, pris ensemble avec ou séparément de l'article 95ter, paragraphe 1^{er} de la Constitution, selon lequel << La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution >>*,

En ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré non fondé l'appel du demandeur en cassation et qu'il a refusé de renvoyer à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle telle que formulée par ce dernier et visant la conformité de L.551-5 (2) du Code du travail avec l'article 10bis alinéa 1^{er} de la Constitution, au motif qu'elle serait dénuée de tout fondement alors que, selon la juridiction, << il est de principe que la différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées >> alors que << la condition de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste n'est pas nécessairement plus facile à rapporter que celle de l'ancienneté de service, les deux conditions visant tout simplement deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent chacune dans une situation juridique spécifique. >>

Alors que l'article visé au moyen réserve la compétence exclusive de << statuer, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution >> à la Cour constitutionnelle, hormis les cas de dispense de renvoi préjudiciel strictement limités énumérés par l'article 6 alinéa 2 de la loi du 27 juillet 1997 en sorte que lesdits articles dénie à une juridiction ordinaire quelconque, tel le Conseil supérieur de la sécurité sociale, le droit et la compétence de préjuger la solution de la question préjudicielle lui posée,

Que le Conseil supérieur de la sécurité sociale, en jugeant de l'absence d'un élément d'appréciation permettant de constater << une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du code du travail >>, a clairement préjugé l'issue de la question préjudicielle, allant au-delà d'un simple constat d'absence ou non de tout fondement et a violé des principes d'ordre public qui régissent l'excès de pouvoir, pris ensemble avec ou séparément de l'article 95ter, paragraphe 1^{er} de la Constitution.

Qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué encourt la cassation pour violation des principes et texte visés au moyen. ».

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir préjugé l'issue de la question préjudicielle et d'avoir ainsi empiété sur la compétence de la Cour constitutionnelle.

En retenant que le demandeur en cassation ne remplissait aucune des conditions alternatives dont il est question à l'article L. 551-5, paragraphe 2, du Code du travail pour être en droit de toucher l'indemnité professionnelle d'attente et que cette disposition vise des situations non comparables, les juges d'appel n'étaient pas tenus de saisir la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle relative à la différence de traitement instaurée par la loi et n'encourent partant pas le reproche d'avoir empiété sur la compétence de la Cour constitutionnelle.

Il en suit que les quatre moyens ne sont pas fondés.

Sur la demande 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.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

rejette la demande du demandeur en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation.

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 Simone FLAMMANG et du greffier Daniel SCHROEDER.

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation
X c/ ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

(affaire n° CAS-2019-00151 du registre)

Le pourvoi du demandeur en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 27 septembre 2019 d'un mémoire en cassation, signifié le 24 septembre 2019 au défendeur en cassation, est dirigé contre un arrêt rendu contradictoirement le 11 juillet 2019 par le Conseil supérieur de la sécurité sociale dans la cause inscrite sous le numéro COMIX 2019/0020 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.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, saisi par X d'un recours contre la décision de la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail (ci-après « *la Commission mixte* ») de lui refuser l'indemnité d'attente prévue par l'article L. 551-5 du Code du travail, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a déclaré le recours non fondé. Sur appel du requérant, le Conseil supérieur de la sécurité sociale confirma le jugement entrepris.

Sur le cadre juridique

L'article L. 551-1, paragraphe 1, alinéa 1, du Code du travail, modifié par une loi du 27 juillet 2015³ consécutive à des lois adoptées à la suite d'un arrêt de votre Cour de 1996⁴, réserve au

¹ L'arrêt contradictoire attaqué a été notifié (conformément à l'article 458 du Code de la sécurité sociale) le 18 juillet 2019 au demandeur en cassation. Comme le pourvoi a été formé le 27 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°, du Nouveau Code de procédure civile auquel renvoie l'article 7, alinéa 2, précité (le demandeur en cassation résidant en Allemagne), a été respecté.

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 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 (Mémorial, A, 2015, n° 143, page 2946).

⁴ Les travaux préparatoires de la loi renvoient à un arrêt de votre Cour du 28 novembre 1996 (Affaire T c/EVI) qui aurait « *mis en place une interprétation restrictive des conditions d'attribution de la pension d'invalidité en exigeant une incapacité pour toute occupation sur le marché général de l'emploi* » (Document parlementaire n° 6555, Exposé des motifs, page 2, premier alinéa), à la suite duquel le législateur a, antérieurement à la loi du 23

« salarié qui n'est pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du Code de la sécurité sociale, mais qui par suite de maladie ou d'infirmité présente une incapacité pour exécuter les tâches correspondant à son dernier poste de travail » un droit de bénéficier d'un « reclassement interne ou d'un reclassement professionnel externe, ainsi que du statut de personne en reclassement professionnel ». Le reclassement professionnel interne « consiste, en ce qui concerne le secteur privé, dans un reclassement professionnel au sein de l'entreprise et, en ce qui concerne le secteur public, dans un reclassement professionnel au sein de l'administration ou du service public d'origine de l'agent, éventuellement à un autre poste ou sous un régime de travail adaptés à ses capacités résiduelles »⁵. Le reclassement professionnel externe « consiste dans un reclassement professionnel sur le marché du travail »⁶.

L'article L. 551-5, paragraphe 2, du Code du travail définit le droit à une indemnité d'attente dont peut se prévaloir le salarié sous statut de personne en reclassement professionnel qui, au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage n'a pu être reclassé sur le marché du travail :

« Art. L. 551-5. [...] »

(2) 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 mixte⁷ d'une indemnité professionnelle d'attente dont le montant correspond à quatre-vingt pour cent du revenu mensuel moyen cotisable au titre de l'assurance pension réalisé au cours des douze mois de calendrier précédant la décision de reclassement professionnel, ou, le cas échéant, précédant la mise en invalidité, respectivement l'attribution d'une rente complète, sans que ce montant ne puisse dépasser le plafond visé à l'article L. 521-14, paragraphe 1er, alinéa 5. L'indemnité professionnelle d'attente est adaptée aux variations du coût de la vie conformément aux dispositions de l'article 11, paragraphe 1er de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

[...] ».

La loi subordonne donc l'octroi de l'indemnité professionnelle d'attente servie au salarié sous statut de personne en reclassement personnel qui, au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage, n'a pas pu être reclassé sur le marché du travail à la condition qu'il peut se prévaloir :

- soit *« d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail compétent »,*

juillet 2015, adopté successivement trois lois instituant le régime du reclassement (des lois du 25 juillet 2002, 21 décembre 2004 et 1^{er} juillet 2005 : Document parlementaire précité, pages 3 à 7).

⁵ Article L. 551-1, paragraphe 3, alinéa 1, première phrase, du Code du travail.

⁶ Article L. 551-1, paragraphe 4, du même Code.

⁷ La commission mixte auquel se réfère la disposition précitée, intitulée « Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail », instituée auprès du Ministre ayant le travail et l'emploi dans ses attributions, est prévue par l'article L. 552-1, paragraphe 1, première phrase, du Code du travail.

- soit « d'une ancienneté de service d'au moins dix ans ».

Sur le litige

Le demandeur en cassation, qui a travaillé comme chauffeur de poids-lourds au Luxembourg pour différents employeurs⁸, s'est vu refuser l'indemnité d'attente prévue par l'article L. 551-5 du Code du travail par la Commission mixte au motif que les conditions d'octroi de cette indemnité n'étaient pas remplies, le requérant ne justifiant ni d'une ancienneté de service d'au moins dix ans, ni d'une aptitude médicalement constatée de dix ans au moins au dernier poste de travail au sens de l'article L. 551-5, paragraphe 2, du Code du travail⁹.

Son recours devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale a été déclaré non fondé par ce dernier, par adoption de motifs¹⁰.

Dans le cadre de son appel, il faisait valoir qu'il remplissait les deux conditions d'octroi de l'indemnité.

S'agissant de la condition tirée d'une aptitude médicalement constatée d'au moins 10 ans au dernier poste de travail, il faisait valoir qu'il a occupé pendant plus de dix ans un même poste de travail, à savoir celui de chauffeur de poids-lourds, et que s'il n'est pas en mesure de verser un certificat d'aptitude médicale entre le 21 mai 2010 et le 17 avril 2014, il aurait néanmoins été parfaitement apte à exercer ce poste de travail¹¹.

S'agissant de la condition tirée d'une ancienneté de service d'au moins 10 ans, il faisait valoir que celle-ci est respectée en cas d'occupation d'un même poste de travail, en l'occurrence celui de chauffeur de poids-lourds, auprès de différents employeurs¹².

Dans un ordre subsidiaire, donc à supposer qu'il ne respectait pas la condition d'aptitude médicalement constatée au poste de travail pendant 10 ans ou que la condition tirée d'une ancienneté de service de dix ans n'était pas respectée lorsque ce service était accompli auprès de différents employeurs, il invitait le Conseil supérieur de la sécurité sociale à saisir la Cour constitutionnelle de la question suivante :

« L'article L.551-5 (2) du Code du travail,

- en ce qu'il 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 de la Commission mixte d'une indemnité professionnelle d'attente (...) » ;

⁸ Arrêt attaqué, page 2, antépénultième alinéa.

⁹ Idem, même page, sixième alinéa.

¹⁰ Idem, même page, septième alinéa.

¹¹ Idem, page 4, deuxième et cinquième alinéa, reproduisant la requête d'appel du demandeur en cassation.

¹² Idem, page 5, antépénultième et avant-dernier alinéa, reproduisant la requête d'appel du demandeur en cassation.

- en ce qu'il est à interpréter dans le sens que l'aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail ou l'ancienneté de service d'au moins dix ans doit avoir été acquise auprès d'un seul et même employeur ;

- en ce qu'il opère dès lors une différence de traitement entre les salariés affichant une ancienneté de service de 10 ans sur un même poste de travail auprès d'un même employeur et entre les salariés affichant une ancienneté de service de 10 ans sur un même poste de travail auprès de différents employeurs ;

est-il conforme au principe de l'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis de la Constitution ? »¹³.

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale constata au sujet du respect en l'espèce de la première condition, tirée de l'aptitude médicalement constatée d'au moins dix ans au dernier poste de travail, que :

« L'appelant est resté en défaut d'établir une aptitude au même poste de travail pendant dix ans constatée par le médecin du travail compétent conformément à l'article L.551-5 (2) du CT »¹⁴.

S'agissant de la seconde condition alternative, tirée d'une ancienneté de service d'au moins dix ans, il releva :

« L'article L.551-5 (2) du CT prévoit une condition alternative donnant droit à l'indemnité d'attente pour le salarié en fin de droits aux allocations de chômage qui se trouve en reclassement professionnel, soit le salarié doit prouver une aptitude médicalement constatée par le médecin du travail compétent au dernier poste de travail pendant au moins dix ans, étant implicitement entendu qu'il ne doit pas nécessairement avoir occupé ce poste de travail pendant une durée totale de dix années auprès du même employeur, soit le salarié doit prouver une ancienneté de service pendant au moins dix ans, la notion d'« ancienneté de service », impliquant une ancienneté auprès du même employeur et donnant à ce titre un certain nombre de droits au salarié tels que prévus par le code du travail, sans qu'il ait besoin de prouver pendant cette même période une aptitude médicalement constatée par le médecin du travail au dernier poste de travail et plus généralement sans qu'il ait besoin de prouver qu'il a occupé le même poste pendant dix ans auprès de ce même employeur.

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

L'ancienneté de service se définit [...] comme suit :

¹³ Idem, page 6, deuxième alinéa.

¹⁴ Idem, page 9, troisième alinéa.

« L'ancienneté est un attribut essentiel du salarié. L'ancienneté de service s'apprécie en principe par rapport aux services rendus auprès d'un même employeur. En effet, avec une ancienneté qui augmente, les conditions de travail du salarié s'améliorent (...) » (cf. Comprendre et appliquer le droit du travail, par Jean-Luc Putz, 4e édition, n° 64).

[...]

En modifiant l'article L.551-5 (2) du CT [par la loi du 23 juillet 2015], le législateur n'a [...] pas voulu contrecarrer un risque de collusion frauduleuse, comme veut le faire croire l'appelant.

C'est soit la fidélité auprès du même employeur, soit la fidélité au même poste de travail, occupé le cas échéant auprès de plusieurs employeurs, à la condition que l'aptitude à ce même poste de travail soit médicalement constatée, qui est récompensée par le paiement de l'indemnité d'attente, dans le but d'inciter le salarié à rester sur le marché du travail.

L'appelant ne peut pas dès lors pas prouver une ancienneté de service de dix ans au sens de l'article L.551-5 (2) du CT. »¹⁵.

S'agissant de la question constitutionnelle soulevée à titre subsidiaire par le demandeur en cassation, il décida que :

« La différence de traitement instituée par l'article L.551-5 (2) du CT consisterait, d'après l'appelant, dans le fait que le salarié affichant une ancienneté de service de dix ans sur le même poste de travail auprès d'un même employeur, serait traité différemment que le salarié affichant une ancienneté de service de dix ans sur un même poste de travail auprès de différents employeurs.

Il convient de constater en premier lieu que l'appelant fait une fausse lecture de l'article L.551-5 (2) du CT. Pour pouvoir bénéficier de l'indemnité d'attente, le salarié occupé auprès de plusieurs employeurs, doit prouver une aptitude médicalement constatée au même poste de travail pendant dix ans au cours de toute sa carrière, tandis que le salarié, resté fidèle au même employeur pendant dix ans, n'a pas à prouver qu'il a occupé le même poste pendant ces dix ans.

Aux termes de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif de trancher elles-mêmes des problèmes de conformité d'une loi à la Constitution. Elles doivent saisir la Cour Constitutionnelle, sauf si elles estiment qu'une des trois exceptions prévues aux points a), b) et c) est donnée en l'espèce, c'est-à-dire si une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre un jugement, si la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement ou si la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

Il appartient au juge « ordinaire » d'examiner si la loi dont la conformité avec le principe constitutionnel d'égalité est contestée, opère effectivement une différence de traitement entre des catégories de personnes et de conclure que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement, dès lors que la loi est « neutre » (cf. Conclusions du Parquet Général, affaire

¹⁵ Idem, page 9, avant-dernier et dernier alinéa, page 10, troisième et quatrième alinéa, et page 11, cinquième au septième alinéa.

inscrite sous le numéro 3223 du registre – arrêt Cour Cass. N° 61/13 du 11 juillet 2013, numéro 3223 du registre).

La lecture par la Cour de Cassation de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 en relation avec un renvoi préjudiciel portant sur la conformité d'une loi avec l'article 10bis de la Constitution, peut être résumée en ce sens qu'il appartient au juge de renvoi d'apprécier la comparabilité des situations visées par la loi ou le caractère différenciant ou neutre de la loi. Dès lors que les situations en cause ne sont pas comparables, le juge peut considérer que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement (cf. L'égalité devant la loi, par Patrick KINSCH, Pas. 1-2/2008, page 87).

Il est de principe que la différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées (cf. op. cit. page 97).

Contrairement à ce que veut insinuer l'appelant, la condition de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste de travail n'est pas nécessairement plus facile à rapporter que celle de l'ancienneté de service, les deux conditions visant tout simplement deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent chacune dans une situation juridique spécifique.

En l'absence, dans la présente espèce, de toute explication générale quelconque quant à une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du CT, dans la mesure où les salariés employés auprès de plusieurs employeurs sont soumis à d'autres conditions pour pouvoir bénéficier de l'indemnité d'attente que ceux qui n'ont pas quitté leur employeur pendant dix ans, le Conseil supérieur de la sécurité sociale estime que la question de constitutionnalité proposée est sans fondement. En effet, distinguer n'est pas discriminer. »¹⁶.

Sur le premier moyen de cassation

Le premier moyen est tiré de la violation des articles 249 du Nouveau Code de procédure civile et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré la question de constitutionnalité dénuée de tout fondement aux motifs notamment « *qu'il appartient au juge de renvoi d'apprécier la comparabilité des situations visées par la loi ou le caractère différenciant ou neutre de la loi* »¹⁷ et que « *en l'absence, dans la présente espèce, de toute explication générale quelconque quant à une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du CT, dans la mesure où les salariés employés auprès de plusieurs employeurs sont soumis à d'autres conditions pour pouvoir bénéficier de l'indemnité d'attente que ceux qui n'ont pas quitté leur employeur pendant dix ans, le Conseil supérieur de la sécurité sociale estime que la question de constitutionnalité proposée est sans fondement [dès lors que] distinguer n'est pas discriminer* »¹⁸, tout en constatant « *si, comme veut le faire croire l'appelant, l'ancienneté de service ne signifiait pas ancienneté auprès du même employeur, et si cette « ancienneté de service » pouvait être comptabilisée auprès de plusieurs employeurs sans nécessité de prouver une aptitude constatée par le médecin du travail*

¹⁶ Idem, page 12, deuxième alinéa, à page 13, quatrième alinéa.

¹⁷ Idem, page 13, premier alinéa.

¹⁸ Idem, page 13, quatrième alinéa.

compétent pendant cette période au dernier poste de travail, la deuxième condition alternative, à savoir l'ancienneté de service selon la définition proposée par l'appelant absorberait toujours la première condition alternative de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste de travail, pour en alléger singulièrement la preuve, et priverait de la sorte la première condition alternative de tout sens »¹⁹, alors que, première branche, la juridiction d'appel s'est contredite en retenant qu'il lui appartient d'apprécier le caractère différenciant de la loi et de constater par les motifs précités ce caractère différenciant tout en rejetant la demande de renvoi préjudiciel pour être dénuée de tout fondement ; et que, seconde branche, la juridiction d'appel s'est contredite en constatant, d'une part, que, à admettre l'interprétation du demandeur en cassation de la condition tirée de l'ancienneté de service d'au moins dix ans, le salarié se prévalant de cette condition, ainsi interprétée, bénéficierait de conditions nettement avantageuses par rapport à celui qui voudrait se prévaloir de la première condition, et, d'autre part, en rejetant la question constitutionnelle au motif tiré de l'absence, dans la présente espèce, de toute explication généralement quelconque quant à une éventuelle discrimination.

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale interpréta l'article L. 551-5, paragraphe 2, du Code du travail comme prévoyant « *une condition alternative donnant droit à l'indemnité d'attente pour le salarié en fin de droits aux allocations de chômage qui se trouve en reclassement professionnel* »²⁰ consistant en ce que :

- « *soit le salarié doit prouver une aptitude médicalement constatée par le médecin du travail compétent au dernier poste de travail pendant au moins dix ans, étant implicitement entendu qu'il ne doit pas nécessairement avoir occupé ce poste de travail pendant une durée totale de dix années auprès du même employeur* »²¹,
- « *soit le salarié doit prouver une ancienneté de service pendant au moins dix ans, la notion d' « ancienneté de service » impliquent une ancienneté auprès du même employeur et donnant à ce titre un certain nombre de droits au salarié tels que prévus par le code du travail, sans qu'il ait besoin de prouver pendant cette même période une aptitude médicalement constatée par le médecin du travail au dernier poste de travail et plus généralement sans qu'il ait besoin de prouver qu'il a occupé le même poste pendant dix ans auprès de ce même employeur* »²².

La notion d'ancienneté de service est encore définie par le Conseil supérieur comme s'appréciant en principe « *par rapport aux services rendues auprès d'un même employeur* »²³.

Le Conseil supérieur considère donc que peut prétendre à l'octroi de l'indemnité d'attente :

- d'une part, le salarié qui peut établir :
 - qu'il a occupé pendant au moins dix ans, le cas échéant auprès d'employeurs différents, un même poste de travail, tel celui de chauffeur de poids-lourds et
 - qu'il a été médicalement apte à occuper ce poste de travail, ou

¹⁹ Idem, page 9, dernier alinéa.

²⁰ Idem, page 9, avant-dernier alinéa.

²¹ Idem et loc.cit.

²² Idem et loc.cit.

²³ Idem, page 10, troisième alinéa.

- d'autre part, le salarié qui peut établir une ancienneté de service d'au moins dix ans auprès d'un même employeur, quels que soient les postes de travail occupés dans le cadre de ce lien d'emploi.

S'agissant de la raison d'être de ces deux conditions alternatives, le Conseil supérieur s'exprima comme suit :

« C'est soit la fidélité auprès du même employeur, soit la fidélité au même poste de travail, occupé le cas échéant auprès de plusieurs employeurs, à la condition que l'aptitude à ce même poste de travail soit médicalement constatée, qui est récompensée par le paiement de l'indemnité d'attente, dans le but d'inciter le salarié à rester sur le marché du travail »²⁴.

Cette interprétation répond au moyen d'appel du demandeur en cassation tiré de ce que la seconde condition, d'une ancienneté de service d'au moins dix ans, est respecté si le salarié a occupé pendant au moins dix ans le même poste de travail, en l'occurrence celui de chauffeur de poids-lourds, peu importe qu'il ait exercé ce poste de travail auprès de plusieurs employeurs.

La demandeur en cassation soutenait encore qu'une lecture contraire soulèverait une question de conformité de la loi à l'article 10bis de la Constitution, en ce qu'elle opérerait une discrimination parmi les salariés ayant occupé chacun un même poste de travail pendant dix ans entre ceux qui ont exercé ce poste de travail auprès d'un même employeur et ceux qui l'ont exercé auprès d'employeurs différents.²⁵

Le Conseil supérieur constate que cette question constitutionnelle repose sur une lecture erronée de la disposition législative concernée :

« Il convient de constater en premier lieu que l'appelant fait une fausse lecture de l'article L.551-5 (2) du CT. Pour pouvoir bénéficier de l'indemnité d'attente, le salarié occupé auprès de plusieurs employeurs, doit prouver une aptitude médicalement constatée au même poste de travail pendant dix ans au cours de toute sa carrière, tandis que le salarié, resté fidèle au même employeur pendant dix ans, n'a pas à prouver qu'il a occupé le même poste pendant ces dix ans »²⁶.

Il poursuit que l'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle lui confère compétence pour refuser de saisir cette Cour d'une question proposée qui est dénuée de tout fondement²⁷ et que dans le cadre d'une question tirée de la contrariété d'une loi à l'article 10bis de la Constitution il lui appartient, conformément à votre jurisprudence, d'apprécier que les situations créées par la loi dont une discrimination est déduite sont comparables²⁸.

Il constate enfin que les deux catégories de salariés dont le traitement donnerait lieu à discrimination, à savoir, parmi ceux ayant occupé un même poste de travail pendant dix ans, ceux qui l'ont occupé auprès d'un même employeur et ceux qui l'ont occupé auprès

²⁴ Idem, page 11, sixième alinéa.

²⁵ Idem, page 6, deuxième alinéa, troisième tiret, page 12, premier et deuxième alinéa.

²⁶ Idem, page 12, antépénultième alinéa.

²⁷ Idem, même page, avant-dernier alinéa.

²⁸ Idem, même page, dernier alinéa et page 13, premier alinéa.

d'employeurs différents, se trouvent dans une situation juridique différente, la première n'ayant, contrairement à la seconde, pas à justifier d'une aptitude médicale :

Contrairement à ce que veut insinuer l'appelant, la condition de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste de travail n'est pas nécessairement plus facile à rapporter que celle de l'ancienneté de service, les deux conditions visant tout simplement deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent chacune dans une situation juridique spécifique.

En l'absence, dans la présente espèce, de toute explication générale quelconque quant à une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du CT, dans la mesure où les salariés employés auprès de plusieurs employeurs sont soumis à d'autres conditions pour pouvoir bénéficier de l'indemnité d'attente que ceux qui n'ont pas quitté leur employeur pendant dix ans, le Conseil supérieur de la sécurité sociale estime que la question de constitutionnalité proposée est sans fondement. En effet, distinguer n'est pas discriminer. »²⁹.

Dans son premier moyen, le demandeur en cassation entend construire par la juxtaposition de différents éléments de ce raisonnement un double reproche de contradiction de motifs, articulé dans deux branches.

Sur la première branche

La première branche du moyen oppose le motif tiré de ce que le juge du fond est compétent pour apprécier si la loi opère une différence de traitement de situations comparables et n'est tenu de saisir la Cour constitutionnelle que s'il constate une telle différence de traitement avec celui tiré de ce que la loi, en ce que celle-ci opère une différence de traitement, parmi les salariés ayant occupé un même poste de travail pendant dix ans, entre ceux qui l'ont occupé auprès d'employeurs différents avec ceux qui l'ont occupé auprès d'un même employeur, ce constat étant révélé par la formule « *distinguer n'est pas discriminer* ». Le Conseil supérieur retiendrait donc, d'une part, qu'il est tenu de saisir la Cour constitutionnelle lorsqu'il constate une différence de traitement et, d'autre part, constaterait une telle différence de traitement sans saisir la Cour constitutionnelle.

Ce reproche méconnaît que le Conseil supérieur déclare la question constitutionnelle dénuée de tout fondement parce que la loi ne s'applique pas à des situations comparables. En effet, comme il le constate, la loi accorde l'indemnité aux salariés qui font valoir une ancienneté de service auprès d'un même employeur tout comme elle l'accorde à ceux qui font valoir une aptitude médicale à occuper un même poste de travail auprès de différents employeurs. Il constate par ailleurs que le salarié qui occupe le même poste de travail auprès de différents employeurs ne peut bénéficier de l'indemnité que s'il établit son aptitude médicale tandis que le salarié qui peut se prévaloir d'une ancienneté de service est dispensé d'établir l'occupation d'un même poste de travail ainsi que l'existence d'une aptitude médicale. La distinction à laquelle le Conseil supérieur se réfère en précisant que « *distinguer n'est pas discriminer* »³⁰ est donc celle existant entre les situations régies par la loi, qui ne sont pas comparables. Il n'a donc pas constaté l'existence d'une différence de traitement de situations comparables, donc d'un cas de figure qui, selon ses propres motifs, l'oblige à saisir la Cour constitutionnelle.

Il en suit que la première branche du moyen manque en fait.

²⁹ Idem, page 13, troisième et quatrième alinéas.

³⁰ Idem, page 13, quatrième alinéa.

Il s'ajoute, à titre subsidiaire, qu'elle critique des motifs qui sont surabondants. Le Conseil supérieur a, en effet, avant même d'entamer la discussion de la comparabilité des situations en cause, constaté que la question constitutionnelle proposée repose sur une fausse lecture de la loi, qui omet de tenir compte de ce que le salarié ayant occupé un même poste de travail auprès de plusieurs employeurs doit prouver une aptitude médicale, tandis que le salarié ayant une ancienneté de service auprès d'un même employeur est dispensé d'établir l'occupation d'un même poste de travail (et d'une aptitude médicale)³¹.

Il en suit, à titre subsidiaire, que la première branche du moyen est inopérante.

Sur la seconde branche

Dans la seconde branche, le demandeur en cassation considère que le Conseil supérieur se contredit lorsqu'il constate, d'une part, que « *contrairement à ce que veut insinuer l'appelant, la condition de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste de travail n'est pas nécessairement plus facile à rapporter que celle de l'ancienneté de service* »³² et, d'autre part, qu'il y a « *absence, dans la présente espèce, de toute explication généralement quelconque quant à une éventuelle discrimination qui se dégagerait de l'article L.551-5 (2) du CT* »³³.

Cette critique méconnaît, ainsi qu'il a été exposé ci-avant dans le cadre de la discussion de la première branche, que l'absence de toute possibilité de discrimination constatée par le Conseil supérieur est déduite du fait que la loi, en octroyant l'indemnité tant au salarié qui peut se prévaloir d'une ancienneté de service auprès d'un même employeur qu'à celui qui peut se prévaloir d'une aptitude médicalement constatée d'occuper un même poste de travail, serait-ce auprès de plusieurs employeurs, se rapporte à deux catégories différentes de salariés, se trouvant dans des situations juridiques différentes. Comme il ne peut, dans la logique de ce raisonnement, y avoir discrimination, qui suppose le traitement différent de situations comparables, le caractère plus ou moins difficile de la preuve à rapporter par l'une et l'autre de ces deux catégories de salariés pour prétendre à l'indemnité en cause est sans pertinence pour établir l'existence d'une discrimination, qui est par hypothèse exclue.

Il en suit que la seconde branche manque en fait.

A titre subsidiaire, la contradiction alléguée de motifs se rapporte, ainsi qu'il a été exposé ci-avant dans le cadre de la discussion de la première branche, à des motifs surabondants, le Conseil supérieur ayant constaté que la question constitutionnelle proposée par le demandeur en cassation repose sur une lecture erronée de la loi³⁴.

Il en suit, à titre subsidiaire, que la seconde branche est inopérante.

Sur les deuxième à cinquième moyens de cassation

³¹ Idem, page 12, antépénultième alinéa.

³² Idem, page 13, troisième alinéa.

³³ Idem, même page, quatrième alinéa.

³⁴ Idem, page 12, troisième alinéa.

Les deuxième à cinquième moyens de cassation sont tirés de la violation des articles 6, alinéa 2, point b), de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle (deuxième et troisième moyens) et 95^{ter} de la Constitution (quatrième et cinquième moyens), ainsi que de l'excès de pouvoir (cinquième moyen), en ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a décidé que la question de constitutionnalité soulevée par le demandeur en cassation était dénuée de tout fondement aux motifs que « *il est de principe que la différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi [mais qu'] il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées [et que] contrairement à ce que veut insinuer l'appelant, la condition de l'aptitude médicalement constatée au dernier poste de travail n'est pas nécessairement plus facile à rapporter que celle de l'ancienneté de service, les deux conditions visant tout simplement deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent chacune dans une situation juridique spécifique* »³⁵.

L'article 10^{bis}, paragraphe 1, de la Constitution dispose que « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* ». Le demandeur en cassation est, à bien comprendre, de nationalité étrangère. Cette circonstance n'est toutefois pas de nature à priver l'article de pertinence, sauf qu'il est à combiner avec l'article 111 de la Constitution, qui dispose que « *tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi* » et qui est aussi à prendre en considération³⁶.

La mise en œuvre de la règle constitutionnelle de l'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans des situations comparables au regard de la disposition légale critiquée³⁷.

Au regard de la jurisprudence récente de votre Cour, le juge saisi d'une question préjudicielle relative à la conformité d'une loi à l'article 10^{bis} de la Constitution, qu'il est invité à poser à la Cour constitutionnelle peut, sans empiéter sur la compétence de celle-ci, apprécier la comparabilité des situations dont une discrimination est déduite. Votre Cour de cassation a certes dans son arrêt n° 11/10, numéro 2698 du registre qualifié comme empiètement sur cette compétence le fait de décider « *de la constitutionnalité de la disposition légale attaquée au regard [du] critère[...] de comparabilité [...]* »³⁸. La jurisprudence récente de votre Cour s'est cependant départie de cette position ou l'a, suivant le point de vue, précisée³⁹. Vous considérez actuellement que « *face au constat que les deux situations [dont une discrimination alléguée est déduite] ne sont pas comparables* »⁴⁰, les juges du fond peuvent conclure que la question préjudicielle soulevée est dénuée de tout fondement sans violer l'article 6 de la loi de 1997. Si vous sanctionnez une violation de cette disposition, vous précisez qu'il appartient à la Cour constitutionnelle de déterminer « *si la différenciation opérée par la loi est objective,*

³⁵ Idem, page 13, deuxième et troisième alinéas.

³⁶ Voir, à titre d'illustration : Cour constitutionnelle, 1^{er} juillet 2016, n° 125 du registre.

³⁷ Voir, à titre d'illustration : idem, 5 juillet 2019, n° 149 du registre.

³⁸ Cour de cassation, 25 février 2010, n° 11/10, numéro 2698 du registre (réponse au troisième, quatrième, cinquième et sixième moyen).

³⁹ Cour de cassation, 16 février 2012, n° 6/12, numéro 2900 du registre (réponse au troisième moyen) ; idem, 11 juillet 2013, n° 61/12, numéro 3223 du registre (réponse à l'unique moyen) ; idem, 9 novembre 2017, n° 77/2017, numéro 3861 du registre (réponse au troisième moyen) ; idem, 18 octobre 2018, n° 90/2018 pénal, numéro 4015 du registre (réponse à la troisième branche de l'unique moyen) ; idem, 5 décembre 2019, n° 166/2019 pénal, numéro CAS-2018-00116 du registre (réponse au deuxième moyen).

⁴⁰ Arrêt n° 61/13, numéro 3223 du registre, précité.

rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but »⁴¹, ce dont il est susceptible de déduire que vous considérez que la question de la comparabilité des situations peut être appréciée par les juges du fond. Vous exigez seulement, sous peine de sanction pour défaut de base légale, donc pour insuffisance de motivation au sujet des constatations de fait, que les juges du fond indiquent «*les éléments de fait les ayant amenés à retenir* [leur conclusion relative à cette comparabilité des situations], *permettant à la Cour de cassation de contrôler ce point* »⁴².

Ainsi qu'il a été précisé ci-avant dans le cadre de la discussion du premier moyen, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a retenu que l'article L. 551-5, paragraphe 2, du Code du travail subordonne l'octroi de l'indemnité d'attente pour les salariés en fin de droits aux allocations de chômage qui se trouvent en reclassement professionnel à une double condition alternative. Dire que l'octroi de l'indemnité est subordonné à une condition alternative implique qu'un salarié qui ne respecte pas la première condition n'est pas pour autant exclu du bénéfice de l'indemnité s'il respecte la seconde et vice-versa. Aucune des deux conditions n'est donc éliminatoire.

Le Conseil supérieur a retenu, comme rappelé, que la première condition exige du salarié d'établir qu'il a occupé pendant au moins dix ans, le cas échéant auprès d'employeurs différents, un même poste de travail, tel celui de chauffeur de poids lourds, et qu'il a été médicalement apte à occuper ce poste de travail. La seconde condition alternative exige du salarié la preuve d'une ancienneté de service d'au moins dix ans auprès d'un même employeur, quels que soient les postes de travail occupés dans le cadre de ce lien d'emploi. Elle ne suppose donc ni que le salarié ait occupé un même poste de travail, ni qu'il ait été médicalement apte à le faire.

Les deux conditions sont donc très différentes. Elles se rapportent à des situations qui se distinguent et supposent des preuves qui divergent. Elles permettent d'octroyer l'indemnité tant à des salariés qui n'ont pas eu une constante aptitude médicale à travailler et qui ont, notamment de ce fait, dû occuper différents postes de travail, tout comme à des salariés qui, s'ils ont eu la chance d'avoir une aptitude médicale à occuper leur poste de travail, ont dû changer d'employeur. En contrepartie, chacune d'elles subordonne son respect à des exigences, qu'il s'agisse, dans le cadre de la première condition, de celle de la preuve d'une aptitude médicale à occuper un même poste de travail, serait-ce auprès de différents employeurs, ou, dans le cadre de la seconde condition, de celle d'une ancienneté de service auprès d'un même employeur, serait-ce en occupant différents postes de travail et sans nécessairement pouvoir établir une aptitude médicale constante à occuper ces postes.

Le demandeur en cassation entend déduire une violation du principe d'égalité de traitement en construisant deux sous-catégories de salariés présentant le point commun d'avoir été occupés pendant dix ans au même poste de travail, mais se distinguant en ce que l'une est composée de salariés qui ont occupé ce même poste de travail auprès d'un même employeur, donc peuvent se prévaloir d'une ancienneté de service de dix ans, tandis que la seconde est composée de salariés qui ont changé d'employeur. La discrimination consisterait en ce que l'indemnité est accordée à la première catégorie et serait refusée à la seconde.

⁴¹ Idem, 16 février 2017, n° 15/2017, numéro 3753 du registre (réponse au premier moyen).

⁴² Idem, 13 février 2020, n° 27/2020, numéro CAS-2019-00017 du registre (réponse au premier moyen).

Ce raisonnement est, ainsi que le Conseil supérieur le constate⁴³, erroné en droit et ce à un double point de vue :

- d'une part, un salarié qui a une ancienneté de service de dix ans auprès d'un même employeur bénéficie de l'indemnité d'attente tant bien même qu'il a changé de poste de travail et
- d'autre part, un salarié qui a occupé un même poste de travail auprès de différents employeurs ne bénéficie de l'indemnité que s'il établit une aptitude médicale à occuper ce poste.

L'occupation d'un même poste de travail pendant dix ans ne constitue pas une condition dont le respect ouvre en lui-même droit à l'octroi de l'indemnité. Ce dernier suppose en outre la preuve d'une aptitude médicale à occuper le poste de travail, circonstance non prise en considération par le demandeur en cassation.

Ce dernier fait valoir que parmi les salariés occupant un même poste de travail, ceux qui occupent ce poste auprès d'un même employeur seraient privilégiés par rapport à ceux qui l'occupent auprès d'employeurs différents. Il méconnaît que l'occupation d'un même poste de travail auprès d'un même employeur ne constitue pas une condition légale d'octroi de l'indemnité, l'ancienneté de service ne supposant pas l'existence d'une identité de poste de travail, mais ouvrant elle-même, indépendamment de toute prise en considération du poste de travail, droit à l'indemnité tandis que l'occupation du poste pendant dix ans n'ouvre ce droit que si elle s'accompagne de la preuve d'une aptitude médicale.

La question de constitutionnalité repose donc sur une fausse lecture de la loi et ce motif est en lui-même suffisant pour constater que la question est dénuée de tout fondement au sens de l'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle.

Comme les moyens critiquent ainsi des motifs surabondants, ils sont inopérants.

A titre subsidiaire, la loi subordonne l'octroi de l'indemnité d'attente à deux conditions alternatives. Chacune d'elles comporte un ensemble d'exigences et de dispenses d'exigences : la première condition alternative, d'une aptitude d'au moins dix ans au dernier poste de travail, constatée par le médecin du travail, n'exige certes pas un lien constant avec un seul employeur, mais suppose en contrepartie la double preuve d'une occupation à un même poste de travail et d'une aptitude médicale à occuper ce poste ; la seconde condition alternative, d'une ancienneté de service d'au moins dix ans, exige certes l'existence d'un tel lien, mais dispense en contrepartie de la double preuve précitée.

Le demandeur en cassation omet de respecter la condition d'une aptitude médicalement constatée à occuper un même poste de travail pendant dix ans, faute d'établir la preuve de cette aptitude médicale⁴⁴. Il omet également de respecter la condition d'ancienneté de service auprès d'un même employeur⁴⁵. En désespoir de cause il faut soutenir que la loi devrait permettre à une personne se trouvant dans sa situation, de l'occupation d'un même poste de travail, mais auprès de différents employeurs et (implicitement) en l'absence de preuve d'une

⁴³ Arrêt attaqué, page 12, antépénultième alinéa.

⁴⁴ Idem, page 9, troisième alinéa.

⁴⁵ Idem, page 11, antépénultième alinéa.

aptitude médicale à occuper ce poste, de bénéficier de l'indemnité au motif qu'il serait discriminatoire de l'en priver parce que le salarié qui a une ancienneté de service de dix ans auprès du même employeur en bénéficie et que ce salarié peut également avoir occupé un même poste de travail (ce qui ne constitue pourtant dans ce cas de figure pas une condition de l'octroi de l'indemnité), donc peut se trouver de ce point de vue dans la même situation que lui-même.

Il crée ainsi un nouveau critère, non prévu par la loi, à savoir l'occupation d'un même poste de travail auprès d'un même employeur (le critère légal étant celui de l'ancienneté de service, quel que soit le poste de travail occupé), pour l'opposer à un autre critère, l'occupation d'un même poste de travail auprès, le cas échéant, de plusieurs employeurs, certes prévu par la loi mais amputé de l'une de ces conditions, à savoir la preuve d'une aptitude médicale à occuper ce poste.

En réalité, ainsi que le Conseil supérieur l'a constaté, la loi définit deux conditions qui s'adressent à deux catégories différentes de salariés, qui se trouvent respectivement dans une situation juridique spécifique :

- le salarié qui a une ancienneté de service de dix ans auprès d'un même employeur, quel que soit le poste de travail occupé ou son aptitude médicale à l'occuper et
- le salarié qui a occupé un même poste de travail, le cas échéant auprès d'employeurs différents, et qui établit son aptitude médicale à occuper ce poste.

La loi visant des catégories de personnes différentes ne saurait s'exposer au reproche de traiter de façon différente des situations comparables.

La juridiction saisie d'une question préjudicielle tirée de la conformité d'une loi à l'article 10*bis* de la Constitution est, au regard de votre jurisprudence, compétente pour apprécier le caractère comparable des situations dont la discrimination alléguée est déduite. Elle est à plus forte raison compétente pour constater l'absence de toute apparence de discrimination.

Il en suit, à titre subsidiaire, que les moyens ne sont pas fondés.

A titre encore plus subsidiaire, le demandeur en cassation entend déduire une discrimination du traitement différent de catégories de personnes qui ne sont pas créées par la loi.

Celle-ci définit deux catégories de bénéficiaires de l'indemnité en cause :

- les salariés qui, au cours de la période de référence, ont occupé, le cas échéant auprès de différents employeurs, un même poste de travail et ont été médicalement aptes à occuper ce poste et,
- les salariés qui, au cours de la période de référence, ont une ancienneté de service auprès d'un même employeur, quel que soit le ou les postes de travail occupés ou leur aptitude médicale à occuper ce ou ces postes.

Le demandeur en cassation conçoit une troisième catégorie de personnes qui serait discriminé :

- les salariés qui, au cours de la période de référence, ont occupé un même poste de travail auprès de différents employeurs sans établir leur aptitude médicale à occuper ce poste.

Cette discrimination existerait par rapport à une quatrième catégorie de personnes définie comme suit :

- les salariés qui, au cours de la période de référence, ont occupé un même poste de travail auprès d'un même employeur.

Ces troisième et quatrième catégories de personnes n'ont pas été créées par la loi, mais ont été conçues par le demandeur en cassation en combinant les critères définissant les deux catégories légales au regard de paramètres caractérisant sa situation personnelle, d'un salarié ayant, au cours de la période de référence, occupé un même poste de travail, mais auprès d'employeurs différents et sans être en mesure d'établir la preuve de son aptitude médicale à occuper le poste de travail. Un tel salarié serait, dans la thèse du demandeur en cassation, discriminé lorsque sa situation est comparée à celle d'un salarié qui, au cours de la période de référence, a occupé un même poste de travail auprès d'un même employeur.

Ces catégories, bien que décrivant la situation personnelle du demandeur en cassation, sont étrangères à la loi.

Suivant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, « *une contrariété au principe d'égalité devant la loi suppose que, de par la disposition légale dont l'inconstitutionnalité est alléguée, la loi soumette certaines catégories de personnes à des régimes différents* »⁴⁶. Or, la loi ignore les catégories conçues par le demandeur en cassation. Elle ne connaît que, d'une part, les salariés qui, au cours de la période de référence ont occupé un même poste de travail, serait-ce auprès de différents employeurs, et ont été médicalement aptes à occuper ce poste et, d'autre part, ceux qui, au cours de cette période, ont été au service d'un même employeur, quel que soit le poste de travail ou leur aptitude médicale, donc qui ont pu se prévaloir d'une ancienneté de service. La « *différence [de traitement allégué] n'est [donc] pas créée par la loi* »⁴⁷.

Il en suit, à titre encore plus subsidiaire, que les moyens ne sont pas fondés pour le motif précité.

Conclusion :

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

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

John PETRY

⁴⁶ Cour constitutionnelle, 27 mai 2016, n° 121.

⁴⁷ Cour de cassation, 11 juillet 2013, n° 61/13, numéro 3223 du registre (réponse à l'unique moyen de cassation).