N° 9 / 09.
du 12.2.2009.

Numéro 2590 du registre.

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

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Andrée WANTZ, conseillère à la Cour de cassation,
Nico EDON, premier conseiller à la Cour d'appel,
Astrid MAAS, conseillère à la Cour d'appel,
Georges WIVENES, premier avocat général,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

E n t r e :

A…,

demandeur en cassation,

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

e t :

l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG,

défendeur en cassation,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Ouï la conseillère Andrée WANTZ en son rapport et sur les conclusions de l'avocat général John PETRY ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 3 décembre 2007 par le Conseil supérieur des assurances sociales sous le numéro ADEM 2006/0094 ;

Vu le mémoire en cassation de A… signifié le 3 mars 2008 à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG et déposé le 4 mars 2008 au greffe de la Cour de cassation ;

Vu le mémoire en réponse de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG signifié le 24 avril 2008 au demandeur en cassation et déposé le 30 avril 2008 au greffe de la Cour de cassation ;

Vu le mémoire en réplique de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG signifié le 20 novembre 2008 et déposé au greffe de la Cour le 27 novembre 2008, qui vaut comme note de plaidoirie;

Vu le mémoire en réplique de A… signifié le 1ier décembre 2008 et déposé au greffe de la Cour le 3 décembre 2008 ;

Sur la recevabilité du pourvoi contestée par le défendeur en cassation :

Attendu que d'après les pièces auxquelles la Cour peut avoir égard, la lettre de notification de l'arrêt attaqué a été remise à la poste le vendredi 14 décembre 2007 ; que la réception par le destinataire n'a pas pu avoir lieu avant le lundi 17 décembre 2007 ; que le délai pour se pourvoir en cassation a donc commencé au plus tôt le 18 décembre 2007 ;

Que le délai de deux mois est à augmenter de 15 jours en raison de la signification à l'étranger ;

Que le pourvoi déposé le 4 mars 2008 au greffe de la Cour de cassation est recevable pour avoir été fait dans les délais de la loi ;

Sur les faits :

En date du 2 avril 2004 le Ministère de la Sécurité Sociale a résilié le contrat à l'essai qu'il avait conclu avec A…;

En date du 3 mai 2004 A… s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Administration de l'emploi et y a déposé une demande en indemnité de chômage complet, indemnité qui lui fut accordée avec effet à partir du 3 mai 2004 ;

En date du 26 mai 2005 le directeur de l'Administration de l'emploi a notifié au demandeur en cassation une lettre lui signifiant qu'il résulterait d'une enquête dressée par la Police grand-ducale qu'il ne remplissait pas la condition prévue au titre de l'article 13 sub b) de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant création d'un fonds pour l'emploi et réglementation de l'octroi de l'indemnité de chômage complet, à savoir d'être domicilié sur le territoire luxembourgeois ; la décision l'admettant au bénéfice des prestations de chômage complet fut annulée et le demandeur en cassation fut invité par même courrier de restituer les indemnités indûment perçues pendant la période du 3 mai 2004 au 31 décembre 2004 ;

Sur appel de A…, interjeté contre le jugement du Conseil arbitral qui a dit non fondé son recours contre la décision de la commission spéciale de réexamen (CSR) qui avait confirmé la décision du directeur de l'Administration de l'emploi, le Conseil supérieur des assurances sociales a confirmé le jugement rendu par le Conseil arbitral ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré *« de la violation des articles 6 alinéa 1er de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, telle qu'elle a été modifiée (ci-après << la ConvEDH >>) garantissant le droit à un procès équitable et le principe du contradictoire, 58, 64 et 65 du nouveau code de procédure civile,*

en ce que l'arrêt entrepris s'est basé sur des documents (dont un ou plusieurs rapports d'enquête dressé(s) par la police grand-ducale selon lequel A… aurait résidé officiellement et réellement dans la commune de Biesdorf en Allemagne {village situé à 1,5 km de la frontière luxembourgeoise} et un courrier du 19 juillet 2005 de Hans W. PICK) produits par l'Etat qui n'avaient été soumis à A… ni par l'Etat, ni par le Conseil Supérieur des Assurances Sociales qui a estimé que les pièces figurant au dossier auraient pu être consultées et auraient été librement discutés par l'appelant, que celui-ci serait resté en défaut de préciser quels autres documents auraient été invoqués par la partie adverse dont il n'aurait pas reçu communication malgré sa demande écrite en ce sens de sorte que << sa remarque afférente n'a donc pas été autrement examinée >> par le Conseil Supérieur ;

alors qu'il appartenait au Conseil Arbitral des Assurances Sociales d'abord et au Conseil Supérieur des Assurances Sociales ensuite de veiller à ce que les pièces en question soient communiquées à l'actuel demandeur en cassation qui en avait fait la demande formelle au point 3.9.11. de son acte d'appel, tout en faisant état de deux demandes formelles antérieures restées sans réponse respectivement le Conseil Supérieur aurait dû inviter A… à venir consulter les pièces en question au secrétariat de sorte que les droits de la défense de A… s'en trouvent lésés » ;

Attendu que l'article 5 alinéa 1er du règlement grand-ducal du 24 décembre 1993, réglant en application de l'article 294 du code des assurances sociales la procédure à suivre devant le Conseil arbitral, qui est également applicable devant le Conseil supérieur des assurances sociales, dispose que les assurés ou leurs mandataires peuvent prendre connaissance des dossiers au secrétariat du conseil arbitral des assurances sociales et que sur demande ils obtiennent communication des pièces relatives au litige ;

Mais attendu qu'il résulte des constatations des juges du fond que le demandeur en cassation n'a pas fait usage de la faculté de consulter son dossier au secrétariat du conseil arbitral et qu'il ne résulte pas des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard, qu'il ait fait une demande de communication des pièces à laquelle il n'aurait pas été fait droit;

D'où il suit que le grief de la violation du principe du contradictoire et du procès équitable tiré de l'article 6 alinéa 1er de la Convention des droits de l'homme et des articles 58, 64 et 65 du nouveau code de procédure civil n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré *« de la violation sinon de la fausse interprétation de la loi, en l'espèce de l'ancien article L. 521-3 du code du travail disposant que << Pour être admis au bénéfice de l'indemnité de chômage complet, le travailleur doit répondre aux conditions d'admission suivantes : (…) 2. être domicilié sur le territoire luxembourgeois et y avoir perdu son dernier emploi, sans préjudice des règles applicables en vertu de la réglementation communautaire ou de conventions bilatérales ou multilatérales en vigueur >> et de l'article 102 du code civil combiné avec l'article 111 de notre Constitution ;*

en ce que l'arrêt entrepris a retenu en substance qu'il résulterait d'un rapport d'enquête dressé par la police grand-ducale que A… aurait résidé officiellement et réellement dans la commune de Biesdorf en Allemagne (village situé à 1,5 km de la frontière luxembourgeoise), où sa famille serait venue le rejoindre fin 2004, début 2005, qu'il ne se

serait pas trouvé à son domicile à Clervaux lors des contrôles effectués par la police en date des 29 décembre 2004, 5 janvier 2005, 6 janvier 2005 et 7 janvier 2005,

alors qu'en faisant dépendre l'admission au bénéfice du chômage complet de la condition que le domicile, qui est déterminé par l'établissement principal de l'actuel demandeur en cassation, coïncide avec sa résidence, qui se définit comme le lieu où il réside effectivement, les juges du fond ont ajouté à la loi et l'ont ainsi violée par fausse interprétation dans la mesure où ils ont assimilé la notion de domicile à celle de résidence (Cour de Cassation, arrêt n° 32/07 du 14.06.2007, aff. Marc LEFEVRE c/Etat du Grand-Duché de Luxembourg) » ;

Attendu que l'article L.521-3. paragraphe 2 du code du travail dispose que pour être admis à l'octroi d'indemnités de chômage complet, le travailleur doit être domicilié sur le territoire luxembourgeois et y avoir perdu son dernier emploi et que l'article 102 du code civil définit le domicile comme étant le lieu de son principal établissement ;

Mais attendu que dans l'arrêt attaqué les juges du fond ont, sur base des constatations faites par la police grand-ducale dans un rapport du 17 janvier 2005 et du courrier de Hans Pick, retenu que A…, à qui appartient la charge de la preuve en sa qualité de demandeur en obtention des indemnités de chômage complet, n'avait pas établi avoir eu son domicile au Luxembourg pendant le temps qu'il exerçait son emploi au Luxembourg et au plus tard au moment de la perte de son emploi ;

Que le demandeur en cassation attaque dans son moyen des motifs qui ne constituent pas le support exclusif de la décision attaquée ;

Que les motifs non attaqués justifient à eux seuls la décision déférée ;

Qu'il s'en suit que le moyen est inopérant ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré *« de la violation du principe de non discrimination garanti par 1) l'article 48, paragraphe 2, du traité CE (devenu, après*

modification, article 39, paragraphe 2, CE), 2) de l'article 71, 1)a)ii) du règlement (CEE) n° 1408/71, du Conseil, du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, 3) de l'article 7,1) et 2) du règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, lu en combinaison avec les articles 6 et 8 du traité CE (devenus, après modification, articles 12 CE et 17 CE),

en ce que l'arrêt entrepris a confirmé l'annulation de la décision du directeur de l'ADEM du 9 juin 2004 ayant admis A… au bénéfice des prestations de chômage complet au motif que celui-ci ne disposerait pas d'un droit de choisir et de rechercher un emploi et de demander des allocations de chômage, soit dans l'Etat de son dernier emploi, soit dans l'Etat de son dernier domicile et que l'article 71,1)a)ii) du règlement 1408/71 sur l'indemnisation des travailleurs salariés en chômage complet par l'Etat de sa dernière résidence ne serait pas contraire aux principes de non-discrimination et de libre circulation et s'imposerait à lui,

alors que,

première branche :

L'application de la clause de résidence de l'article 71, 1) a) ii) du règlement (CEE) n° 1408/71 à l'ensemble des travailleurs frontaliers en chômage complet est de nature à engendrer une discrimination indirecte au sens de l'article 48, paragraphe 2, du traité CE (devenu, après modification, article 39, paragraphe 2, CE) et de l'article 7, 1) et 2) du règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, lu en combinaison avec les articles 6 et 8 du traité CE (devenus, après modification, articles 12 CE et 17 CE), en obligeant systématiquement ces travailleurs à aller s'inscrire auprès de l'administration de l'emploi de l'Etat membre de résidence, sans vérifier si ce système est de nature à assurer au travailleur migrant le bénéfice des prestations de chômage dans les conditions les plus favorables tant du point de vue de la recherche d'un nouvel emploi que de celui de l'indemnisation en tant que telle, en étant entendu que A… n'aurait été en droit de toucher des allocations de chômage en RFA qu'après une période de travail salariée de 12 mois au moins, de sorte qu'en présence de l'évolution constante de la jurisprudence communautaire dans le sens d'une plus grande sévérité dans l'appréciation des situations discriminatoires engendrées par des clauses de résidence du genre de celle faisant l'objet du présent litige, le Conseil Supérieur aurait dû interroger la Cour de Justice des Communautés Européennes sur ce point qui est loin d'être tranché définitivement ;

deuxième branche :

Un travailleur frontalier en chômage complet au sens de l'article 71, 1) a) ii) du règlement (CEE) n° 1408/71 est susceptible de toucher des allocations de chômage dans l'Etat membre de son dernier travail au titre des avantages sociaux conférés par la disposition de l'article 7, 1) et 2) du règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, lu en combinaison avec les articles 6 et 8 du traité CE (devenus, après modification, articles 12 CE et 17 CE) de sorte qu'en présence de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (notamment les arrêts MIETHE, COLLINS et DE LAET) allant clairement dans le sens de droits accrus du travailleur salarié en chômage respectivement du citoyen européen à la recherche d'une occupation salariée en vue de leur assurer le bénéfice des prestations de chômage dans les conditions les plus favorables à la recherche d'un nouvel emploi, de sorte qu'il appartenait au Conseil Supérieur des Assurances Sociales, comme cela lui avait été demandé par l'actuel demandeur en cassation, de poser une question préjudicielle à la CJCE sur le point de savoir si l'égalité de traitement des citoyens européens ne s'oppose pas à une réglementation, qu'elle soit communautaire ou nationale, subordonnant le bénéfice d'une allocation de chômage à une condition de résidence sans examiner au préalable si cette condition peut être justifiée sur le fondement de considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légalement poursuivi par le droit communautaire ou national, dans la mesure où A… a contribué par ses impôts sur les rémunérations à financer le Fonds pour l'Emploi responsable du paiement des indemnités de chômage complet, qu'il peut être considéré comme frontalier << atypique >> au sens des arrêts MIETHE et DE LAET, qu'il était exclusivement inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Administration de l'Emploi luxembourgeoise (ADEM) depuis le 4 mai 2004 où il a dû aller se présenter régulièrement et qu'il cherchait à trouver une nouvelle occupation au seul Grand-Duché de Luxembourg où il vient d'ailleurs de s'établir comme médecin indépendant à partir du 15 juin 2005 » ;

Mais attendu que l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne régissant le renvoi préjudiciel, dispose que lorsqu'une question impliquant l'interprétation ou la validité du droit communautaire est soulevée devant une juridiction des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour prendre son jugement, demander à la Cour de justice de la Communauté européenne de statuer sur cette question ;

Que ledit article spécifie, quant à la coopération devant s'établir entre la juridiction nationale et la juridiction communautaire que sont seules tenues à saisir la Cour de justice de la Communauté européenne, les juridictions des Etats membres dont les décisions ne sont pas

susceptibles d'un recours de droit interne ; que le Conseil supérieur des assurances sociales, n'ayant pas ce caractère, a dès lors pu statuer sans obligation de saisir le juge communautaire d'une question préjudicielle ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen de cassation proposé par le Ministère public :

Attendu que le moyen proposé par le ministère public est tiré de la violation de l'article 39 (anc. 48) du Traité instituant la Communauté européenne en ce que les juges d'appel n'ont pas vérifié la question de compatibilité de l'article L. 521-3. paragraphe 2 du code du travail avec l'article 39 (anc. 48) du Traité instituant la Communauté européenne ;

Mais attendu que les juges d'appel, appréciant souverainement la situation de fait pour écarter le cas de figure du « travailleur frontalier atypique » tel que défini par l'arrêt MIETHE rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 12 juin 1986, ont retenu que l'actuel demandeur en cassation répond à la qualification du travailleur frontalier au sens de l'article 1er, sub b), premier alinéa du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté et que sa situation relève de l'article 71, paragraphe 1, sous a) ii) du règlement qui dispose que « (….) le travailleur frontalier qui est en chômage complet bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel il réside, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de son dernier emploi ; ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge » ;

Que le règlement communautaire précité est fondé sur l'article 42 (anc. 51) du Traité qui prévoit que le Conseil adopte dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, (….) ; que le règlement 1408/71, adopté en application de l'article 42 (anc. 51) du Traité, poursuit ainsi la réalisation du droit de la libre circulation consacré par l'article 39 (anc. 48) du Traité instituant la Communauté européenne ;

Que les juges d'appel, après avoir constaté qu'un problème de contradiction ou d'incompatibilité entre une disposition nationale et une disposition de droit communautaire ne se pose pas et que l'invocation par l'appelant de la violation de certains droits fondamentaux ne saurait justifier ni une application non conforme à son libellé ou à son esprit, ni à fortiori écarter l'application du règlement dont la validité par rapport au Traité et plus particulièrement à l'article 39 (anc. 48) du Traité n'a jamais été mise en cause par la CJCE, ont implicitement vérifié la

question de la compatibilité de l'article L.521-3.paragraphe 2 avec le susdit article ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de suivre les conclusions du ministère public ;

Le pourvoi est à rejeter ;

Sur l'indemnité de procédure :

Attendu que les dépens de l'instance en cassation étant à charge du demandeur en cassation, sa demande en paiement d'une indemnité de procédure est à rejeter;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

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

condamne le demandeur en cassation aux frais et dépens de l'instance de cassation avec distraction au profit de Maître Georges PIERRET qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Monsieur Georges WIVENES, premier avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.