



ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 13 décembre 2013 à 14 heures

CONFÉRENCE PRÉPARATOIRE : 25 novembre 2013 à 12h15

CONSEILLER-RAPPORTEUR : Jean-Pierre Rémy (chambre commerciale)

LE PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL : Gilbert Azibert (2^{ème} chambre civile)

POURVOIN^o : C 12-24.706 (22.08.2012)

M. Monsieur Fabrice X...
(Maître Philippe Blondel)

C/

Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT) de Normandie
anciennement CRAM de Normandie
(SCP Gatineau et Fattaccini)

D.R.A.S.S de Rouen
Ministre des Affaires Sociales et de la Santé

MÉMOIRE AMPLIATIF : 24 décembre 2012

MÉMOIRE EN DÉFENSE : 25 mai 2013

ARRÊT ATTAQUÉ : Cour d'appel de Caen du 22 juin 2012 - Pourvoi régulier en la forme

AVIS

de Monsieur le premier avocat général Gilbert Azibert

Le 12 janvier 2006 Monsieur X... a déposé une demande d'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante auprès de la Caisse Régionale d'assurance maladie (CRAM) de Normandie.

La caisse ayant déterminé le montant de l'allocation sur la base des derniers bulletins de salaire du régime général de la sécurité sociale, à savoir ceux des mois de novembre 1998 à novembre 1999, Monsieur X... a saisi la commission de recours amiable afin que soient pris en compte, pour le calcul de l'allocation, ses salaires des années 2003 et 2004, correspondant à sa dernière activité salariée, au cours desquelles il avait été affilié à la caisse des Français à l'étranger (C.F.E), car travaillant pour une société française, au Nigéria et en Ethiopie, en qualité de travailleur expatrié.

Par décision du 15 juin 2006 la commission de recours amiable a rejeté sa demande.

Par jugement du 28 janvier 2008 le tribunal des affaires de sécurité sociale du Havre, après avoir constaté que Monsieur X... n'avait pas cotisé au régime général de la sécurité sociale durant sa dernière année d'activité, décidait qu'il ne pouvait se voir accorder "*par extension ou assimilation des droits dont le financement (était) assuré par d'autre régime que celui auquel il était affilié*" (C.F.E) et le déboutait.

Par arrêt du 24 novembre 2009, la cour d'appel de Rouen, après avoir notamment constaté que Monsieur X... avait droit à l'allocation de cessation d'activité des travailleurs de l'amiante et que la C.F.E ne contribuait pas au financement de ladite allocation, confirmait la décision entreprise en précisant :

"...Que le régime de cette Caisse, facultatif et volontaire, est totalement indépendant du régime général de la sécurité sociale ;

Qu'elle est financée par les seules cotisations de ses adhérents ;

Attendu que Monsieur X... n'a donc pas cotisé au régime général de la sécurité sociale lorsqu'il travaillait à l'étranger ;

Attendu dès lors que les salaires qu'il a perçus durant la période où il était affilié à la Caisse des Français de l'Etranger ne devaient pas être pris en compte dans le calcul de son allocation de cessation anticipée d'activité ..." ;

La Cour, au surplus, déclarait irrecevable sa demande de dommages-intérêts.

Sur le pourvoi de Monsieur X..., la deuxième chambre de la Cour, par arrêt du 13 janvier 2011, jugeait que selon les dispositions de l'article 41-II de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 *“l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante est calculée en fonction de la moyenne actualisée des salaires bruts des douze derniers mois d'activité salariée du bénéficiaire”* et par voie de conséquence, cassait l'arrêt de la cour d'appel de Rouen, ainsi que sur l'irrecevabilité de la demande de dommages-intérêts, en précisant que cette dernière constituait l'accessoire de la demande soumise au tribunal.

La Cour renvoyait les parties devant la cour d'appel de Caen.

Devant la cour de renvoi Monsieur X... soutenait que la période salariée ayant fait l'objet de cotisations versées à la C.F.E entrainait dans la base de calcul afin de déterminer le montant de son allocation de cessation anticipée d'activité de travailleur de l'amiante et réclamait une somme en raison de l'erreur de droit constitutive, selon lui, d'une faute dans la gestion de la demande d'allocation.

Par arrêt du 22 juin 2012, la cour d'appel de Caen après avoir notamment exposé que Monsieur X... sollicitait de bénéficier d'un système pour lequel il n'avait pas cotisé pendant les douze derniers mois de son activité, que les sommes par lui perçues n'avaient pas servies au calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, qu'il n'était pas pénalisé par rapport à un salarié ayant continué à exercer son activité en France, le déboutait de ses demandes.

C'est l'arrêt attaqué.

En cet état, par arrêt du 20 juin 2013, la deuxième chambre civile de la Cour ordonnait le renvoi du pourvoi en Assemblée Plénière de la Cour.

Le mémoire ampliatif contient deux moyens :

- Le premier moyen, en deux branches, fait grief à l'arrêt attaqué de ne pas avoir pris en considération, pour le calcul de l'allocation de cessation d'activité des travailleurs de l'amiante dûe à Monsieur Deshamps, le salaire moyen des douze derniers mois de son activité salariée ayant donné lieu au paiement de cotisations à la C.F.E :

***“ALORS QUE, D'UNE PART,** l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante est calculée en fonction de la moyenne actualisée des salaires mensuels bruts des douze derniers mois d'activité salariée, quel que soit le régime auquel l'intéressé a été affilié au cours de cette période ; qu'en conséquence, devaient être pris en considération, pour le calcul de l'allocation due à Monsieur X..., les revenus que lui avaient procurés les douze derniers mois de l'activité salariée qu'il avait déployés, peu important que pendant cette période de référence, il ait été assujéti, non point au régime général mais au régime des travailleurs salariés expatriés et affilié en tant que tel à la Caisse des français de l'étranger ; qu'en décidant le contraire, la Cour viole, par refus d'application, l'article 41 –II de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 ;*

ALORS QUE, D'AUTRE PART, le juge est tenu de trancher le litige qui lui est soumis conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; qu'en excluant de l'assiette de calcul de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante la rémunération versée à Monsieur X... en sa qualité d'expatrié puisque cette rémunération était supérieure à celle qu'il aurait perçue s'il était resté sur le territoire français et qu'elle lui permettait ainsi de souscrire volontairement une assurance afin de pourvoir à la couverture du risque encouru, la Cour qui statue en équité méconnaît son office au regard de l'article 12 du code de procédure civile, violé”.

- Le second moyen fait, quant à lui, par voie de conséquence, grief à l'arrêt d'avoir débouté Monsieur Deshamps de sa demande de dommages-intérêts fondée sur la faute de la Caisse régionale d'assurance maladie de Normandie dans la gestion de sa demande d'allocation :

“ALORS QUE la cassation qui ne manquera pas d'être prononcée sur le fondement du premier moyen entraînera par voie de conséquence l'annulation du chef ici querellé du dispositif de l'arrêt et ce, en application des dispositions de l'article 624 du code de procédure civile”.

En défense, la CARSAT de Normandie expose notamment qu'un salarié qui ne cotise pas au régime général de la sécurité sociale, ce qui est le cas de Monsieur X... qui cotisait à la C.F.E, ne peut se voir accorder l'allocation de cessation anticipée pour laquelle il ne cotise pas ; que seules les rémunérations qui entrent dans l'assiette des cotisations sociales visées par l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale doivent être prises en compte dans le salaire de référence servant de base de calcul de l'allocation ; et qu'il s'ensuit que le pourvoi doit être rejeté.

*
* *

La question posée à la Cour est donc la suivante :

Le salaire de référence pour l'attribution de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante doit-il être calculé, pour un salarié expatrié à l'étranger lors de sa dernière année d'activité, sur la base de ces douze derniers mois, alors qu'il a cotisé à la C.F.E, ou sur celle des douze derniers mois travaillés en France où il a cotisé au régime général ?

*
* *

La loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 portant financement de la sécurité sociale pour l'année 1999, modifiée depuis à plusieurs reprises, a créé dans son article 41 une allocation de cessation anticipée d'activité permettant à certains salariés ayant été exposés à l'amiante de bénéficier d'un départ anticipé à la retraite, tout en conservant, dans la limite d'un plafond, un revenu proportionnel à leur rémunération antérieure, ce dispositif ayant vocation à compenser la diminution de leur espérance de vie.

Il n'est pas contesté que Monsieur X... entre dans la catégorie de salariés ayant droit de bénéficiaire de cette allocation.

Cette dernière est calculée aux termes des dispositions, alors applicables, de l'article 41-II de la loi du 23 décembre 1998 :

“en fonction de la moyenne actualisée des salaires mensuels bruts des douze derniers mois d'activité salariée du bénéficiaire pour lesquels ne sont pas prises en compte dans des conditions prévues par décret, certaines périodes d'activité donnant lieu à rémunération réduite”.

Le décret n° 99-247 du 29 mars 1999, dans sa rédaction applicable à l'espèce, dispose en son article 2 que : *“le salaire de référence servant de base à la détermination de l'allocation est fixé d'après les rémunérations visées à l'article L. 241-2 du code de la sécurité sociale perçues par l'intéressé au cours de ses douze derniers mois d'activité”.*

La loi du 23 décembre 1998 dispose que les ressources du fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante :

“Sont constituées d'une fraction égale à 0.31 % du produit du droit de consommation prévue à l'article 575 du Code Général des Impôts, d'une contribution de la branche accidents du travail et maladies professionnelles du régime général de la sécurité sociale dont le montant est fixé chaque année par la loi de financement de la sécurité sociale et d'une contribution de la branche accidents du travail et maladies professionnelles du régime des salariés agricoles dont le montant est fixé chaque année par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale, du budget et de l'agriculture”.

*
* *

Le décret du 29 mars 1999 fait état pour la détermination du montant de l'allocation des rémunérations perçues au cours des douze derniers mois d'activité de l'intéressé. Le texte ne paraît donc pas opérer une distinction entre le salarié qui a cotisé au régime général et celui qui a cotisé à un régime particulier, entre le salarié qui a travaillé lors de ces douze derniers mois en France et celui qui a travaillé à l'étranger en qualité d'expatrié.

Cette simple lecture a donc permis à notre 2^e chambre de juger que :

“Il résulte des dispositions de l'article 41-II, alinéa 1^{er}, de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 instituant l'allocation de cessation anticipée d'activité et de l'article 2, alinéa 1^{er}, de son décret d'application n° 99-247 du 29 mars 1999, que le salaire de référence servant de base à la détermination de cette allocation est fixé d'après les rémunérations visées à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, perçues par l'intéressé au cours de ses douze derniers mois d'activité.

Fait une exacte application de ces textes, la cour d'appel qui retient que doit être incluse dans le salaire de référence, l'indemnité versée à un salarié en compensation des jours de repos pour réduction du temps de travail, dits RTT, dont il n'avait pu bénéficier avant son départ de l'entreprise” (Cass.2^e civ., 25 avril 2007, n° 06-16.225 ; 13 décembre 2007, n° 07-11.986), elle a donc rejeté les pourvois et censuré une cour d'appel en précisant :

“Qu'en statuant ainsi, alors que Monsieur W. était affilié au régime spécial des personnels des industries électriques et gazières de sorte que sa demande ne relevait pas du champ d'application de l'article 40 de la loi du 23 décembre 1998, dans sa rédaction avant modification dont les effets sont limités aux victimes affiliées au régime général au titre des accidents du travail et au régime des accidents du travail des salariés agricoles, la cour d'appel a violé le texte susvisé” (Cass. 2^e civ., 28 mai 2009, n° 08-16.668 ; 08-16.611).

Enfin, votre cour a posé le principe selon lequel l'allocation devait être calculée “quel que soit le régime auquel l'intéressé a été affilié” au cours des douze derniers mois de son activité (Cass. 2^e civ., 17 déc. 2009, n° B 08-21.791 ; 13 janv. 2011, n° S 10-10.980).

L'arrêt attaqué vous impose d'examiner cette solution adoptée par l'une de vos chambres ainsi que les arguments qui peuvent ou qui pourraient s'y opposer.

Dans un premier temps, il paraît nécessaire de se reporter aux dispositions de l'article L. 762-1 du code de la sécurité sociale qui posent le principe de la territorialité en ces termes :

Art. L. 762-1 (Mod., L. n° 90-86, 23 janv. 1990). - “Les travailleurs salariés ou assimilés de nationalité française qui exercent leur activité dans un pays étranger et qui ne sont pas ou ne sont plus soumis à la législation française de sécurité sociale en vertu d'une convention internationale ou de l'article L. 761-2 ont la faculté de s'assurer volontairement contre :

1°) les risques de maladie et d'invalidité et les charges de la maternité ;

2°) les risques d'accidents du travail et de maladie professionnelle.

Le travailleur peut adhérer, au choix, soit à l'une ou l'autre de ces assurances, soit aux deux.

Il peut aussi adhérer à l'assurance volontaire contre le risque vieillesse prévue à l'article L. 742-1.

Les entreprises de droit français peuvent, pour le compte des travailleurs salariés français et des collaborateurs assimilés dans des conditions fixées par décret qu'elles emploient à l'étranger, effectuer les formalités nécessaires à l'adhésion de ces personnes aux assurances volontaires mentionnées aux alinéas précédents ou à certaines d'entre elles. Elles doivent effectuer ces formalités lorsque les salariés le demandent.

Les services déconcentrés de l'État installés à l'étranger, ainsi que les établissements d'enseignement, de recherche, culturels, sanitaires à l'étranger subventionnés par le budget de l'Etat doivent, à la demande et pour le compte des travailleurs français qu'ils emploient localement, effectuer les formalités nécessaires à l'adhésion de ces personnes

aux assurances volontaires mentionnées aux alinéas précédents ou à certaines d'entre elles”.

Cependant, ce principe peut être écarté en application d'une convention internationale ; tel est le cas de la convention de sécurité sociale conclue entre la France et la Confédération helvétique qui prévoit, en cas de pluralité d'activités exercées sur différents territoires, la prise en compte de l'activité extra-territoriale (Cass. soc., 21 nov. 1996, n° 94-14.089 . TPS 1997, n° 23, note X. Prétot).

Monsieur X... lors de son activité salariée au Nigéria et en Ethiopie n'était plus soumis au régime général (législation française de sécurité sociale).

Il est d'autre part utile de rappeler que Monsieur X... était un salarié expatrié et non un salarié détaché. En effet, un salarié détaché continue de relever du régime général de la sécurité sociale française : *“Il est réputé avoir sa résidence et son lieu de travail en France. L'entreprise française ou étrangère qui a son siège en France doit s'engager à verser l'intégralité des cotisations dues en France. Lorsque le détachement a lieu dans un État membre de l'union européenne ou dans un pays lié à la France par un accord de sécurité sociale, il n'est pas nécessaire de s'affilier dans le pays d'emploi. La durée du maintien au régime français est généralement prévue dans l'accord. En l'absence d'accord, la durée du maintien au régime français est de trois ans renouvelable une fois. Elle est de deux ans au maximum pour l'union européenne”* (Rev. Droit international : Français de l'étranger, Serge Castel).

Les salariés expatriés sont en revanche réputés avoir leur résidence et leur lieu de travail à l'étranger (cf. même article de Serge castel). Ils ne cotisent pas au régime général.

Dans l'hypothèse d'un défaut d'accord entre la France et les pays d'emploi, ce qui est le cas en l'espèce, les régimes français et locaux ne peuvent pas être coordonnés. Le salarié ne peut pas se prévaloir de périodes d'activité dans l'État d'emploi avec lequel la France n'a pas conclu de convention de sécurité sociale. Ces périodes d'activité ne sont pas prises en compte par les caisses françaises pour le calcul de sa retraite.

D'où l'intérêt pour le salarié d'adhérer au régime d'assurance volontaire des expatriés auprès de la caisse des Français de l'étranger, notamment pour le risque de vieillesse.

Monsieur X... en sa qualité de salarié expatrié a cotisé volontairement à la caisse des Français de l'étranger (C.F.E).

La loi du 31 décembre 1976, la loi n° 84-604 du 13 juillet 1984 portant diverses mesures relatives à l'amélioration de la protection sociale des Français de l'étranger *“a généralisé l'accès à l'assurance volontaire contre les risques maladie-maternité à tous les ressortissants français résidant à l'étranger et ce, quel que soit leur statut socioprofessionnel. Elle étend également aux*

expatriés résidant dans un État membre de l'Union européenne la possibilité d'adhérer à l'ensemble des assurances instituées dans le régime des expatriés¹”.

La C.F.E est régie par les articles 766-4 et suivants du code de la sécurité sociale.

La C.F.E gère des assurances couvrant certains risques tels que maladies, maternité, invalidité, accidents du travail, maladies professionnelles.

L'assurance vieillesse quant à elle est gérée par la CNAV, les cotisations encaissées par la CFE étant reversées à la CNAV laquelle met à jour le compte individuel de l'assuré.

L'article L. 762-1 du code de la sécurité sociale ouvre aux salariés expatriés, qui, ne sont pas ou ne sont plus soumis à la législation française de sécurité sociale en vertu d'une convention internationale, le droit de se couvrir volontairement, auprès de la caisse des Français de l'étranger.

Toutefois, le fait de s'assurer volontairement à la C.F.E ne dispense pas l'assuré de s'affilier au régime de protection sociale du pays d'accueil².

Organisme privé chargé d'un service public la caisse est sous tutelle de deux ministères : le Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et le Ministère de l'emploi et de la solidarité et elle soumise à l'obligation d'équilibrer ses comptes (R. 766-57 du CSS) ; la C.F.E fait l'objet d'un financement autonome, elle fonctionne grâce aux seules cotisations des adhérents lesquels sont des salariés exerçant leur activité à l'étranger et des entreprises mandataires de leur personnel, certaines entreprises peuvent-elles-même assurer leurs expatriés à la C.F.E.

Les cotisations sont à la charge du travailleur à moins que l'employeur en assume tout ou partie. Toutefois, l'employeur n'est pas tenu par la loi d'affilier un salarié expatrié auprès de la C.F.E. Il en est autrement lorsqu'une convention collective prévoit cette affiliation (Soc., 19 sept 2007, pourvoi n° 05-41.156).

La caisse des Français de l'étranger ne reçoit pas de financement de la part de l'État, ni de subvention.

Enfin il convient d'observer que la C.F.E n'assure quant à elle aucune couverture d'une quelconque préretraite.

*
* *

¹ D. Droit international, Castel, Protection sociale des français à l'étranger, août 2008 n° 21.

² Morvan “*Droit de la protection sociale*” Litec, 4^{ème} édition, n° 465.

La nature du fonds de cessation anticipée d'activité peut-elle permettre de résoudre, pour partie, la question posée ?

La création d'un fonds ad hoc est un signe d'autonomie par rapport au mécanisme de protection sociale déjà existant.

T. Tauran³ souligne que *“la décision de créer un fonds (ou un régime) est toujours motivée par des nécessités pratiques, c'est-à-dire par des nécessités sociales. Souvent, le fonds nouvellement créé vise à combler les lacunes des dispositifs de protection préexistants”*.

Dès lors le législateur a-t-il voulu créer un fonds qui serait -pour une large part- influencé par la solidarité nationale, à l'instar du Fonds de solidarité vieillesse⁴ ?

Il résulte des travaux parlementaires de la loi n° 98-1184 du 23 décembre 1998 que le Gouvernement a présenté un amendement n° 145 prévoyant la mise en place d'un dispositif de cessation anticipée d'activité pour les travailleurs de l'amiante⁵, en précisant que *“chacun connaît le drame qui frappe les victimes de l'amiante et sait que l'espérance de vie de ces salariés notamment ceux qui ont été exposés à de forts taux d'empoussièremment, est fortement réduite”*.

“...Le gouvernement a donc décidé de prendre une mesure exceptionnelle : le départ en cessation anticipée d'activité pour des raisons de santé liées à l'utilisation d'un produit particulier, en l'occurrence l'amiante”.

L'amendement déposé par le Gouvernement a donné lieu à l'insertion d'un article 31 bis créant l'allocation pour la préretraite amiante⁶.

Au Sénat, C. Descours⁷, après avoir présenté les dispositions de l'article 31 bis précisait *“Votre commission ne saurait naturellement être défavorable à ce dispositif très attendu par les victimes de l'amiante”*.

Le Conseil constitutionnel⁸ a déclaré cette loi conforme à la Constitution, l'article 41 de ladite loi n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité car aucun grief n'a été soulevé à son encontre.

S'agissant de la doctrine, force est de constater que la littérature est rare sur le sujet.

³ T. Tauran, *“La Caisse des dépôts et consignations et la protection sociale”* RDSS, 2006, p. 895.

⁴ Travaux parlementaires loi n° 98-1194, Rapport n° 1148 III D. Jacquat, député.

⁵ Débats Assemblée nationale 3^{ème} séance du 26 novembre 1998, p. 09700 à 09702.

⁶ Assemblée nationale, texte adopté le 1^{er} décembre 1998, TA n° 202.

⁷ Rapport n° 90, C. Descours, déposé le 1^{er} décembre 1998.

⁸ Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998.

X. Prétot⁹ caractérise l'allocation de cessation anticipée des travailleurs exposés à l'amiante en retenant que "... l'allocation revêt, vraisemblablement, le caractère d'une prestation d'aide sociale d'État".

T. Tauran¹⁰ analyse ainsi l'objet des fonds créés "*lorsqu'une prestation de sécurité sociale est versée, c'est souvent à la suite de cotisations sociales, puisque le système français repose sur une base professionnelle. Dans le cadre des fonds d'indemnisation gérés par le CDC, l'idée n'est pas la même. Les bénéficiaires de prestations n'ont pas toujours cotisé, et il se peut qu'elles leur soient accordées à la suite d'événements défavorables auxquels la société dans son ensemble ne peut rester insensible*".

L'allocation de cessation anticipée des travailleurs exposés à l'amiante pourrait donc revêtir le caractère d'aide sociale d'État et correspondre à une logique de solidarité nationale.

Cependant d'autres éléments pourraient amener à qualifier différemment cette allocation.

Le mode de financement de l'allocation est un critère à prendre en compte dans la qualification de celle-ci.

Le fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante est une masse financière sans personnalité morale¹¹ reposant sur deux types de ressources (Cf. supra)

Ce mécanisme de financement s'inscrit dans une logique de solidarité professionnelle dès lors que la plus grande partie des ressources provient de la branche AT/MP (branche financée par les cotisations patronales dans le régime général), représentant 97% du financement total de ce dispositif en 2009¹².

Cette allocation a donc une nature hybride.

*
* *

Le demandeur est bénéficiaire de cette allocation le seul problème posé à la Cour porte sur le calcul de son montant.

*
* *

⁹ Rapport de X. Prétot, pourvoi n° 09-65.944, arrêt 2° civ., 18 février 2010, Bull.2010,II, n° 39.

¹⁰ T. Tauran, RDSS, 2006, "*La Caisse des dépôts et consignations et la protection sociale*", p. 895.

¹¹ T. Tauran, RDSS, 2007, "*Le Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA)*", p. 135.

¹² Dares Analyses, juillet 2011, n° 060, source : site internet du Ministère du travail, de l'emploi et de la santé.

En l'état, l'article 2 du décret du 29 mars 1999 (cf. supra) fait référence aux rémunérations visées à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale pour la détermination de l'allocation de cessation anticipée d'activité. Ledit article se situe, comme le fait observer le défenseur au pourvoi, dans le livre deuxième du code de la sécurité sociale, consacré au régime général et :

“vise l'assiette, le taux et le calcul des cotisations (chapitre II du titre quatrième, intitulé ressources) pour les gestions assurées par la Caisse Nationale de l'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés (art. L. 221-1, L. 241-1, L. 241-2, L. 241-5 du code précité), par la Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs Salariés (CSS. art. L. 222-1, L. 241-3), par la Caisse Nationale des Allocations Familiales (CSS. art L. 223-1, L. 241-6)”.

La définition de l'assiette des cotisations du régime général des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales implique que seul le salaire soumis à cotisations de sécurité sociale, tel que visé à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, doit être pris en compte pour la détermination de l'allocation de cessation anticipée d'activité.

Le fonds de cessation anticipée est alimenté par une contribution de l'État et un versement de la branche accident du travail du régime général auquel Monsieur X..., en sa qualité d'expatrié n'y étant plus soumis, n'a pas cotisé lorsqu'il était affilié à la C.F.E.

Le calcul du montant de l'allocation à laquelle Monsieur X... a droit nous paraît dès lors devoir prendre en considération les douze derniers mois au cours desquels il a cotisé au régime général et non ceux au cours desquels il a cotisé à la C.F.E.

En sens contraire, faisant prévaloir une certaine équité, l'on pourrait soutenir que si le calcul n'est pas opéré sur le salaire des douze derniers mois d'activité, quel que soit le régime auquel il a cotisé, le salarié percevra moins que ce qu'il aurait été en droit d'espérer, en s'étant expatrié, et en ayant cotisé à la C.F.E. L'on pourrait même soutenir que ce calcul n'encouragerait pas les salariés à s'expatrier.

Cependant, un tel raisonnement peu juridique, romprait l'équilibre entre les expatriés et les salariés ayant cotisé au régime général, et défavoriserait ces derniers puisqu'ils cotiseraient pour des non cotisants dont l'allocation serait au demeurant supérieure à celle dont eux-mêmes auraient pu avoir droit.

S'agissant du pouvoir exécutif il convient de rappeler la réponse du Ministre du travail de l'emploi et de la santé aux questions écrites posées les 7 avril 2005, 20 octobre 2005, 8 octobre 2009 et 1^{er} juillet 2010 :

“Le décret n° 99-247 du 29 mars 1999 modifié précise que : le salaire de référence servant de base à la détermination de l'allocation est fixé d'après les rémunérations visées à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale perçue(s) par l'intéressé au cours de ses douze derniers mois d'activité salarié(e) sous réserve qu'elles présentent un caractère régulier et

habituel. La circulaire DSS/4B/99 n° 332 du 9 juin 1999 précise explicitement que : s'agissant des périodes de salariat à l'étranger plusieurs éventualités peuvent se présenter. Lorsque le salaire a été soumis à cotisations de sécurité sociale au titre de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale il est pris en compte avec les périodes y afférentes, dans les autres cas il convient de retenir les salaires acquis durant la dernière année de salariat en France.

Dans la mesure où les travailleurs expatriés cotisent à titre volontaire à la Caisse des Français de l'étranger sur une base forfaitaire et à des taux spécifiques, le salaire pris en compte pour le calcul de L'ACAATA est le dernier salaire perçu en France et il n'est pas envisagé de modifier la réglementation sur ce point". (JO Sénat du 24 mars 2011)

Pour le pouvoir législatif il y a lieu de se reporter au rapport de l'Assemblée Nationale (du 18 novembre 2009) qui fait état, au regard de l'interprétation par la Cour de cassation, de la nécessité d'une correction législative en préconisant :

“d'uniformiser les règles des dispositifs de cessation anticipée d'activité entre les différents régimes de sécurité sociale : instaurer des règles de réciprocité entre le régime général et l'ensemble des régimes spéciaux afin que chacun d'eux puisse opérer le cumul de toutes les périodes d'activité, et clarifier les règles de prise en charge de l'allocation anticipée des travailleurs de l'amiante pour faciliter la détermination du régime compétent en cas d'affiliations successives à différents régimes”.

Ne peut-on en conclure que si la jurisprudence est certes source de droit, si le juge n'est plus seulement la bouche de loi, sa limite se trouve dans le principe de séparation des pouvoirs ?

“Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur...” (Montesquieu, De l'esprit des Lois, 1748, livre XI, chap. VI).

C'est en application de ce principe que je vous invite à ne pas vous substituer au législateur et que j'ai l'honneur d'émettre un avis de rejet du pourvoi.