



Pourvoi n° C12-24.706

assemblée plénière 13 décembre 2013

Décision attaquée : 22/06/2012 de la cour d'appel de Caen

Monsieur Fabrice X...

C/

CARSAT de Normandie

rapporteur : Jean-Pierre.Remery

RAPPORT

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. Fabrice X..., actuellement domicilié au Havre, a travaillé en qualité de salarié sur des chantiers navals, d'abord en France, jusqu'en novembre 1999, puis, après avoir été embauché comme chef d'équipe par la société Mateix, à l'étranger, au Nigéria et en Éthiopie, jusqu'en janvier 2005, époque où il avait le statut d'expatrié et non pas la qualité de détaché.

Le 12 janvier 2006, revenu s'établir en France, il a demandé à bénéficier de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (en abrégé ACAATA¹ ou parfois allocation ATA²). Tout en admettant le principe de son versement, la caisse régionale d'assurance maladie de Normandie, devenue la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail de Normandie (CARSAT ou la caisse³), en a cependant calculé le montant sur la base de ses bulletins de paie pour la période de novembre 1998 à novembre 1999, période correspondant à la dernière année de son activité en France. La caisse a, en effet, refusé de tenir compte du salaire plus important qu'il avait perçu lors de sa dernière année d'activité à l'étranger.

La commission de recours amiable ayant, le 15 juin 2006, suivi la position de la caisse, M. X... a saisi, le 19 juillet 2006, le tribunal des affaires de sécurité du Havre qui, par jugement du 28 janvier 2008, a rejeté sa demande, en retenant, en substance, que, pendant la durée de son expatriation, l'intéressé n'avait pas cotisé au régime général

¹C'est l'abréviation la plus courante ; elle est constamment retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation (v. par ex. Soc. 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-13.593 ; ibid. 27 juin 2013, question prioritaire de constitutionnalité n° 12-29.347 ; ibid. 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.293) et aussi par la deuxième chambre civile (2° Civ., 10 mai 2012, pourvoi n° 10-27.254, *Bull.* 2012, II, n° 83 ; ibid. 29 mars 2012, pourvoi n°s 11-14. 701 et 11-14.873...)

²C'est l'abréviation retenue par l'ouvrage Lamy Protection sociale, 2013.

³C'est la formule que l'on trouve, par exemple, dans 2° Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-17.928 : «*la caisse régionale d'assurance maladie de Bretagne, devenue la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail de Bretagne (la caisse).*»

de la sécurité sociale mais à la caisse des Français de l'étranger, à laquelle l'adhésion est volontaire et facultative et qui ne contribue pas au financement de l'allocation litigieuse.

Cette décision a été confirmée par arrêt de la cour d'appel de Rouen du 24 novembre 2009, dont la motivation est identique à celle du jugement entrepris. Également saisie d'une demande, présentée pour la première fois devant elle, de dommages-intérêts de 35 114,39 euros (montant égal au manque à gagner) à l'encontre de la caisse pour avoir commis une faute ou une erreur de droit dans la gestion de la demande d'allocation, cette cour l'a déclarée irrecevable comme nouvelle et n'entrant dans aucune des exceptions prévues à l'article 564 du code de procédure civile⁴.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation (13 janvier 2011, pourvoi n° 10-10.980, *Bull.* 2011, II, n° 13), au rapport de M. le doyen Héderer, a cassé cette décision en toutes ses dispositions. Sur la question principale, elle a retenu, dans un "chapeau" que *«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 du bénéficiaire»*. Elle a également censuré l'arrêt pour avoir déclaré irrecevable la demande de dommages-intérêts formée par M. X..., alors que cette demande n'était que l'accessoire de celle formulée en première instance, l'article 566 du code de procédure civile autorisant les parties, en appel, à ajouter aux prétentions soumises au premier juge toutes celles qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément.

La cour d'appel de Caen, désignée comme cour de renvoi, s'est prononcée par arrêt du 22 juin 2012. Après avoir reproduit les différents textes applicables (v. infra), elle a repris l'argumentation déjà développée par la cour d'appel de Rouen, en jugeant (page 8, 1^{er} § de l'arrêt) que M. X... ne peut *«bénéficier d'un système pour lequel il n'a aucunement cotisé pendant les douze derniers mois de son activité»* et que (même page, § 4) les rémunérations perçues pendant sa période d'expatriation n'ayant pas servi au calcul des cotisations d'assurances sociales, d'accidents du travail et d'allocations familiales, elles ne peuvent être prises en compte au regard de l'article L. 241-2 du code de la sécurité sociale qui détermine l'assiette des cotisations du régime général. L'arrêt ajoute (§ suivant), pour répondre à une objection tirée du risque de pénalisation d'un travailleur expatrié par rapport à un travailleur ayant continué à exercer son activité en France, que *«la rémunération de M. X..., en tant qu'expatrié, lui permettait de pourvoir à la couverture du risque encouru [les conséquences d'une exposition à l'amiante]... et que le choix d'y procéder ou non est un choix individuel avec lequel il n'appartient pas au juge d'interférer»*.

⁴ *«... les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait»*

S'agissant de la demande de dommages-intérêts, la cour d'appel de Caen la déclare recevable, mais la rejette, la caisse n'ayant, selon l'arrêt, fait qu'une juste appréciation des dispositions législatives et réglementaires applicables.

C'est l'arrêt attaqué par un nouveau pourvoi (n° C 12-24.706) de M. X....

*

L'arrêt attaqué a été notifié par le greffe de la cour d'appel de Caen le 22 juin 2012.

La déclaration de pourvoi de M. X... a été faite le 22 août 2012.

M. X... a déposé et signifié le 24 décembre 2012⁵ son mémoire en demande contenant une demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile de 3 200 euros.

La caisse a déposé et signifié un mémoire en défense le 25 février 2013⁶ et formé une demande de même montant en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt du 20 juin 2013, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ordonné le renvoi devant l'assemblée plénière.

2 - Analyse succincte des moyens

A l'appui de son nouveau pourvoi, M. X... propose deux moyens de cassation.

Le premier est divisé en deux branches.

Une première invoque la violation de l'article 41 II de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 qui a créé l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante. Plus précisément, il est soutenu que ce texte impose de prendre en considération la moyenne actualisée des salaires mensuels bruts des douze derniers mois d'activité de l'intéressé, sans distinction entre les régimes auxquels il a pu être affilié.

La seconde branche invoque une méconnaissance de l'article 12 du code de procédure civile, suivant lequel le juge tranche le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable. A ce titre, il est reproché à l'arrêt de s'être prononcé en équité, en retenant que la rémunération de M. X... étant supérieure à celle qu'il aurait perçue en France, il pouvait souscrire volontairement une assurance contre le risque considéré.

⁵Le 22 décembre 2012 était un samedi.

⁶Le 24 février 2013 était un dimanche.

Le second moyen demande une cassation par voie de conséquence du chef du dispositif de l'arrêt ayant rejeté la demande accessoire de dommages-intérêts.

3 -Discussion :

Avant d'examiner les moyens du pourvoi, il convient de s'arrêter sur une éventuelle question prioritaire de constitutionnalité évoquée par le mémoire en défense.

-I- La question prioritaire de constitutionnalité éventuelle :

En page 9 (V.) de son mémoire en défense, la caisse, prenant acte de la rébellion de la cour d'appel de renvoi et de la saisine consécutive possible, à l'époque, de l'assemblée plénière, fait écrire expressément ce qui suit :

«Ce renvoi sera aussi l'occasion pour l'exposante [la caisse] de déposer une question prioritaire de constitutionnalité sur la légalité d'une disposition législative qui, dans l'interprétation donnée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, conduit à rompre l'égalité des citoyens devant les charges publiques en faisant bénéficier des salariés d'un "fond auxquels il ne contribuent"⁷ pas contrairement à la lettre et à l'esprit de la loi».

On observera que l'allocation litigieuse a déjà donné lieu à plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité non renvoyées au Conseil constitutionnel. La chambre sociale (Soc., 27 juin 2013, question prioritaire de constitutionnalité n° 12-29.347) a ainsi refusé le renvoi d'une question posée par l'établissement Grand port maritime de Marseille, employeur de salariés qui avaient obtenu de la juridiction prud'homale sa condamnation à réparer leur préjudice d'anxiété, cet employeur contestant l'application du droit commun de la responsabilité. La deuxième chambre civile (4 avril 2012, question prioritaire de constitutionnalité n° 12-40.006) a également refusé le renvoi d'une question portant sur le texte réglementaire et non législatif fixant la liste des établissements dont les salariés sont susceptibles de bénéficier de l'allocation. Le Conseil constitutionnel s'est lui-même prononcé sur le dispositif de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, mais pas sur la question dont est saisie l'assemblée plénière (Cons. const., 7 octobre 2011, décision n° 2011-175 QPC, société Travaux industriels maritimes et terrestres [contribution au Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante]).

La question prioritaire de constitutionnalité ici envisagée serait donc distincte.

En l'état, faute d'un mémoire spécial portant la mention obligatoire "*question prioritaire de constitutionnalité*", comme l'exige l'article 126-10, alinéa 1^{er}, du code de procédure

⁷Je pense qu'il s'agit d'une erreur de plume et qu'il faut lire d'un «*fonds auquel ils ne contribuent pas*».

civile, la Cour de cassation n'est pas (encore) saisie d'une telle question. Si un tel mémoire distinct et motivé devait finalement être déposé, les observations suivantes pourraient être développées :

1° Recevabilité formelle de l'éventuelle question prioritaire de constitutionnalité :

a) Formulation de la question. Si elle devait reprendre celle annoncée par le mémoire en défense, dans l'extrait reproduit ci-dessus, l'on pourrait observer que, tout en invoquant une atteinte aux droits et libertés que garantit la Constitution, plus précisément la violation de la norme à valeur constitutionnelle figurant à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui pose le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, elle semble contester au regard de cette norme, non pas la *constitutionnalité* de la disposition législative en cause, mais sa *légalité*, ce que paraît confirmer la référence faite *in fine* à la lettre et à l'esprit de la loi. Quant à l'objet exact de la critique, c'est l'interprétation de la loi qui est réellement visée, mais ce point appellera des observations complémentaires (v. infra).

b) Respect des délais d'instruction. Par hypothèse, le mémoire distinct et motivé qui pourrait contenir la question prioritaire de constitutionnalité serait nécessairement déposé après les délais d'instruction du pourvoi sauf à supposer que le renvoi devant l'assemblée plénière ouvre une nouvelle instance et, par conséquent, de nouveaux délais, alors que l'assemblée plénière se prononce sur le pourvoi tel que formé contre la décision de rébellion, sans possibilité d'ajouter devant elle de nouveaux moyens.

La Cour de cassation peut être saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité par plusieurs voies. En l'espèce, elle le serait de manière incidente, à l'occasion d'une *instance* devant elle, comme le prévoit l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ou d'un *pourvoi*, comme s'exprime l'article 126-10 du code de procédure civile. En général, c'est le demandeur, auteur du pourvoi, qui pose la question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion de celui-ci et elle doit alors l'être dans le délai fixé pour le dépôt du mémoire ampliatif (v. Droit et pratique de la cassation en matière civile, n° 369 ; *adde* 2^e Civ., 16 septembre 2010, pourvoi n° 10-12.935 sanctionnant le non respect du délai de quatre mois de l'article 978 du code de procédure civile ; Com., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-30.281⁸).

Ici, la question prioritaire de constitutionnalité serait posée par le défendeur au pourvoi. C'est une hypothèse rarissime. Mais il n'apparaît pas impossible que le défendeur

⁸Qui reprend une formule devenue courante : «... lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'un pourvoi, le mémoire qui la présente doit être déposé dans le délai d'instruction de ce pourvoi ; ... la société E... et la société D... disposaient d'un délai pour le dépôt de leur mémoire ampliatif qui expirait le 2 juin 2010 ; ... le 23 mars 2011, elles ont déposé un mémoire distinct et motivé présentant une question prioritaire de constitutionnalité ; ... ce mémoire déposé après l'expiration du délai d'instruction est irrecevable... »

puisse poser une question prioritaire de constitutionnalité et la jurisprudence civile de la Cour de cassation en offre au moins un exemple. Ainsi, déjà dans une affaire de sécurité sociale, la deuxième chambre civile (16 décembre 2010, pourvoi n° 10-15.679), saisie d'un pourvoi formé par la Caisse autonome de retraite des médecins de France a-t-elle renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité formulée par la défense critiquant l'article L. 243-5 du code de la sécurité sociale qui, à l'époque, ne prévoyait pas, en faveur des professionnels libéraux redevables de cotisations sociales soumis à une procédure collective, la remise de plein droit des pénalités, majorations de retard et frais de poursuite, qui bénéficiait aux autres redevables. On notera que, dans cette affaire, c'est la disposition législative elle-même, prise dans son sens littéral, qui était en cause, hypothèse qui n'est peut-être pas exactement celle du présent dossier. Quoiqu'il en soit, la deuxième chambre civile s'est interrogée liminairement sur la recevabilité du mémoire «question prioritaire de constitutionnalité» de la défense et l'a expressément constatée en ces termes : *«Attendu que le mémoire spécial a été déposé dans les délais de dépôt du mémoire en défense»*. Par hypothèse, il semble que la caisse ne pourrait, en l'espèce, déposer son mémoire spécial qu'hors ce délai.

2° Objet de la critique éventuelle :

Ce serait une autre source d'interrogation. Ce qu'envisage de critiquer, d'un point de vue constitutionnel, la caisse n'est pas la disposition législative à proprement parler, mais l'interprétation qui en a été donnée par la deuxième chambre civile, ce qui pose deux questions, au demeurant liées.

Dans un premier temps, la Cour de cassation ne renvoyait pas au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité mettant en cause son interprétation de la disposition législative critiquée, aussi bien lorsque c'était cette interprétation qui était directement en cause (v. Cass. form. spéc. 19 mai 2010, plusieurs arrêts, dont n° 09-83.328⁹) ou lorsqu'elle ne l'était qu'indirectement, tandis que le Conseil constitutionnel décidait, au contraire, en une formule maintes fois reprises, *«qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition»* (Cons. const., 4 février 2011, décision n° 2010-96 QPC, M. Jean-Louis de L... [zone des 50 pas géométriques]).

Mais un mouvement de rapprochement s'est ensuite opéré, sous l'inspiration de la théorie dite du «droit vivant». Le Conseil constitutionnel examine désormais les dispositions législatives telles qu'elles sont interprétées par le juge de renvoi (V., par exemple : Cons. const., 6 octobre 2010, décision n° 2010-39 QPC, Mmes Isabelle D... et B... [adoption au sein d'un couple non marié] ; Cons. const., 6 mai 2011, décision

⁹*«... la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation... ; comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité... »*

n° 2011-127 QPC, consorts C... [faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins]), celui-ci conservant, dès lors et en principe, le monopole de l'interprétation.

Le débat s'est donc déplacé sur un terrain voisin. Le contrôle de constitutionnalité, lorsqu'il porte sur l'interprétation jurisprudentielle de la disposition législative critiquée invite à rechercher l'existence d'une interprétation qu'on a pu qualifier de "consolidée"¹⁰. Il doit donc s'agir d'une interprétation fondée exclusivement sur le texte critiqué, qui soit certaine et constante et qui doit être l'oeuvre de la Cour de cassation elle-même ou, au moins, lui avoir été soumise. Précisant cette dernière condition, la première chambre civile (1^{re} Civ., 27 septembre 2011, question prioritaire de constitutionnalité n° 11-13.488, *Bull.* 2011, I, n° 151 ; *ibid.* 8 décembre 2011, question prioritaire de constitutionnalité n° 11-40.070, *Bull.* 2011, I, n° 211) a jugé que « *s'il a été décidé que "tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative", sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la cour suprême compétente, il résulte tant des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que des décisions du Conseil constitutionnel que la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre de juridiction... »¹¹. Il en résulte que la question prioritaire de constitutionnalité ne peut porter sur l'interprétation que l'imagination du justiciable prêterait, de manière erronée, à la Cour de cassation ou sur celle non encore établie en l'absence d'une décision, mais qu'elle préjuge d'avance défavorable à sa cause. La jurisprudence de la chambre commerciale donne plusieurs exemples de ces questions prioritaires de constitutionnalité *in futurum* : contestation prématurée, en fonction de l'interprétation antérieure d'une disposition législative ancienne, de la reconduction éventuelle de la même interprétation sous l'empire d'un texte nouveau, partiellement identique, mais n'ayant pas encore donné lieu à une prise de position - laquelle peut être modifiée - de la Cour de cassation (Com., 1^{er} février 2011, question prioritaire de constitutionnalité n° 10-40.057) ; inexistence, en l'état, de l'interprétation supposée (Com., 21 février 2012, question prioritaire de constitutionnalité n° 11-23.097 : « *... il n'existe pas, en l'état, d'interprétation jurisprudentielle constante des dispositions législatives contestées interdisant, après clôture de la liquidation judiciaire, l'action de créanciers tendant à engager la responsabilité civile professionnelle de l'ancien liquidateur du fait de ses fautes personnelles ; ... il en résulte que la question est sans objet... »*).*

¹⁰B. Mathieu, Question prioritaire de constitutionnalité, la jurisprudence (mars 2010-novembre 2012), LexisNexis, n°s 86 et 89.

¹¹Cette position est aussi celle de la chambre commerciale (10 juillet 2012, Q.P.C. n° 12-40.042) et de la chambre sociale (28 novembre 2012, Q.P.C. n° 11-17.941, *Bull.* 2012, V, n° 308).

Par ailleurs, un mécanisme auto-correcteur, passant par un revirement ou une évolution de jurisprudence, doit permettre, le cas échéant, à la Cour de cassation de rendre son interprétation conforme à la Constitution. L'on doit à cet égard se demander si un tel mécanisme ne serait pas sous-jacent à l'obligation du renvoi en assemblée plénière en cas de rébellion, ce qui est l'hypothèse de l'espèce. En effet, ce que la caisse défenderesse envisage de contester, c'est l'interprétation de la deuxième chambre civile. Elle est certes constante (du moins, si l'on admet que la constance peut s'établir dès le premier arrêt) et donne, pour reprendre la formule ci-dessus, une portée effective à la disposition législative contestée, mais est-elle définitive et constitue-t-elle l'interprétation de la Cour de cassation au sens de la jurisprudence constitutionnelle ? Répondre par l'affirmative, n'est-ce pas faire oeuvre divinatoire, en tenant pour acquis que l'assemblée plénière entérinera la solution posée par la deuxième chambre civile, alors que son rôle est de la maintenir ou de l'écarter ? En d'autres termes, est-il possible de saisir l'assemblée plénière de la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité dénonçant, par avance, l'interprétation future supposée qu'elle fera du texte de loi critiqué ?

A ma connaissance, l'assemblée plénière de la Cour de cassation n'a pas encore été saisie, sur rébellion, d'une question prioritaire de constitutionnalité contestant la doctrine de la chambre ayant prononcé la cassation qui a saisi la cour d'appel de renvoi, doctrine que celle-ci n'a pas suivie, provoquant ainsi le renvoi à l'assemblée plénière. Certes, des questions prioritaires de constitutionnalité ont été posées à cette formation juridictionnelle, mais jamais dans le contexte procédural d'une rébellion. Il s'agissait ou bien d'un pourvoi relevant immédiatement des attributions de cette assemblée en vertu d'un texte spécifique (Ass. plén., 23 juillet 2010, pourvoi n° 10-85.505, *Bull.* 2010, Ass. plén., n° 2, pourvoi de M. Charles Y... contre une décision de la Cour de justice de la République, contestant plus précisément le refus de cette juridiction de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité) ou bien d'une saisine directe pour résoudre une question de principe, qui peut porter sur le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité (Ass. plén. 20 mai 2011, question prioritaire de constitutionnalité n° 11-90.042, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 5 ; *ibid.* même date, question prioritaire de constitutionnalité n° 11-90.033, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 6 ; *ibid.* même date, question prioritaire de constitutionnalité n° 11-90.032, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 8 ; *ibid.* même date, question prioritaire de constitutionnalité n° 11-90.025, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 7).

Sous réserve de la décision de la caisse de soulever ou non la question prioritaire de constitutionnalité, il convient d'aborder le fond du dossier.

-II- Les modalités de calcul de l'allocation (premier moyen, première branche):

1° Présentation des éléments de discussion :

a) Textes applicables :

L'article 41, non codifié, de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999 a prévu un dispositif de cessation anticipée d'activité propre aux salariés ou anciens salariés exposés à l'amiante. Il leur permet, indépendamment de leur état de santé¹² et de la réparation d'un préjudice par leur employeur en cas de faute inexcusable, voire sur le fondement du droit commun (v. supra l'exemple du préjudice d'anxiété), ou par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), de percevoir, sous réserve qu'ils cessent toute activité professionnelle (ils doivent d'ailleurs démissionner) et ne bénéficient pas encore d'une pension de vieillesse à taux plein, une allocation de cessation anticipée d'activité destinée à compenser la perte d'espérance de vie qu'ils peuvent connaître en raison de leur exposition à l'amiante¹³. Cette allocation peut être assimilée à une allocation de préretraite. Selon une étude récente, il s'agit d'ailleurs de la principale préretraite publique¹⁴. Etendu à plusieurs reprises, ce dispositif bénéficie, notamment (depuis la

¹²Néanmoins, d'après le mémoire en demande, M. X... a développé une asbestose, maladie professionnelle due à l'inhalation de poussières d'amiante, On notera, s'agissant de la prise en charge des maladies professionnelles liées à l'amiante, que la réouverture des droits des victimes par l'article 40 de la loi de 1998 dans sa version d'origine a pu être réservée aux salariés relevant du régime général ou agricole, et non pas d'un régime spécial, comme celui des industries électriques et gazières. V. en ce sens 2^e Civ. 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16.668, *Bull.* 2009 II, n° 133 : «... M. 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». Mais s'agit-il du même problème ?

¹³V., indiquant clairement cet objectif, pour interdire la réparation, par la voie de la responsabilité civile, du préjudice économique résultant de la perte de revenus induite par l'entrée du salarié dans le dispositif légal de l'ACAATA : Soc. 11 mai 2010, pourvois n°s 08-44.952 et 09-42.241, *Bull.* 2010 V, n° 106 ; 2^e Civ., 3 février 2011, pourvois n°s 10-11.959 et 10-14.267, *Bull.* 2011 II, n°s 23 et 24 ; *ibid.* 12 mai 2011, pourvois n°s 10-14.264, 10-14.265, 10-14.266, 10-14.268, 10-14.909, 10-14.910, 10-14.911, 10-19.020, 10-19.022 et 10-20.034 ; *ibid.* 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 10-20.033 ; *ibid.* 16 juin 2011, pourvois n°s 10-20.035, 10-20.393 et 10-20.589 ; *ibid.* 30 juin 2011, pourvoi n° 10-23.596 ; 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-24.636 ; *ibid.* 15 décembre 2011, pourvois n°s 11-10.193 et 10-23.338 ; *ibid.* 13 janvier 2012, pourvoi n° 11-10.637 ; *ibid.* 29 mars 2012, pourvois n°s 11-14.701 et 11-14.873 et, plus récemment, *ibid.* 25 septembre 2013, pourvoi n° 11-20.948, *Bull.* 2013 V, n° en cours de publication.

¹⁴Étude du ministère du travail, de l'emploi et de la santé, direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), *Revue Analyses*, n° 60, juillet 2011. Selon cette même étude, Il y aurait environ 30 000 bénéficiaires de l'allocation, pour un coût essentiellement financé (à 97 %), comme on le verra, par la branche accidents du travail/maladies professionnelles du régime général, de l'ordre d'un peu plus de 911 millions d'euros par an. Des données chiffrées plus récentes, fournies à l'occasion de la préparation de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 (securite-sociale.fr/IMG/pdf/plfss_2013_annexe1_2_at_mp.pdf), montrent (p. 38 et ss. indicateur

loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000, article 36), aux salariés et anciens salariés des établissements de construction et de réparation navales, comme M. X..., à condition qu'ils y aient exercé un métier figurant sur une liste dressée par arrêté conjoint des ministres chargés du travail, de la sécurité sociale et du budget. Il est acquis et non contesté que M. X... réunit toutes les conditions d'ouverture pour percevoir cette allocation et d'ailleurs le principe ne lui en a pas été refusé. Seul le montant de cette allocation demeure litigieux et, plus précisément, sa base de calcul, c'est-à-dire le salaire de référence dont le montant de l'allocation constitue une fraction (65 % dans la limite du plafond de la sécurité sociale plus 50 % pour la part du salaire de référence comprise entre une et deux fois ce plafond, les rémunérations n'étant pas prises en compte au-delà ; il existe aussi un minimum).

Le salaire de référence est déterminé par le II, alinéa 1^{er}, de l'article 41 précité en ces termes qui résultent de la loi du 29 décembre 1999 également précitée, et qui n'ont pas été modifiés depuis :

«Le montant de l'allocation est calculé en fonction de la moyenne actualisée des salaires mensuels bruts des douze derniers mois¹⁵ 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. Il est revalorisé comme les avantages alloués en application du deuxième alinéa de l'article L. 322-4 du code du travail».

Ce texte est complété par le décret n° 99-247 du 29 mars 1999 relatif à l'allocation de cessation anticipée d'activité, dont les dispositions pertinentes sont les suivantes :

article 2, alinéa 1er [sur le salaire de référence, extraits] :

n° 8, 2^e sous-indicateur) une décroissance de l'effectif des allocataires à environ 24 500 fin 2013, «*sous l'effet* - dit le document d'une manière peu heureuse - *d'une progression des flux de sortie*» (c'est-à-dire concrètement par la mise à la retraite ou le décès prématuré des allocataires).

Aucune étude d'impact ne semble avoir porté sur le coût prévisionnel supplémentaire qu'entraînerait la prise en considération de rémunérations perçues à l'étranger. Selon les données statistiques les plus récentes, le montant moyen mensuel de l'allocation serait de 1 700 à 1 800 euros brut, la branche accidents du travail/maladies professionnelles ne représentant elle-même que 3 % des dépenses consolidées des régimes de base de la sécurité sociale (même document, p. 7).

¹⁵Avant la loi de 1999, le texte évoquait en lieu et place des douze derniers mois la dernière année d'activité salariée du bénéficiaire et ne prévoyait pas l'absence de prise en compte de certaines périodes.

«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 perçues par l'intéressé au cours de ses douze derniers mois d'activité salariée¹⁶. Ces rémunérations, revalorisées, le cas échéant, selon les règles définies à l'article R. 351-29-2 du code de la sécurité sociale, sont prises en compte dans la limite du double du plafond prévu à l'article L. 241-3 du même code en vigueur à la date de l'ouverture du droit à l'allocation. Le salaire de référence est égal à la moyenne mensuelle des rémunérations ainsi déterminées.

..... »

article 2-1 [hypothèse d'une activité salariée discontinue, non concernée]

article 2-2 [résultant d'un décret n° 2000-638 du 7 juillet 2000, périodes d'activité non prises en considération] :

«Pour l'application du premier alinéa du II de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 susvisée, le calcul du salaire de référence ne tient pas compte des périodes d'activité ci-dessous énumérées :

1° Périodes consécutives à des plans sociaux durant lesquelles le salarié a fait l'objet d'une mesure de reclassement interne destinée à éviter des licenciements, y compris lorsqu'une convention entre l'entreprise et l'Etat a été conclue pour une compensation partielle de la perte de salaire subie par le salarié ;

2° Périodes durant lesquelles les entreprises ont conclu avec les représentants du personnel des accords d'entreprise ayant soit diminué la rémunération, soit abaissé la durée du travail et la rémunération sans qu'une mesure particulière nécessitant un conventionnement avec l'Etat soit mise en oeuvre ; toutefois, seule une période de douze mois peut être prise en compte pour rechercher le salaire de référence ;

3° Périodes d'activité pendant lesquelles des allocations de chômage partiel ont été versées ;

4° Périodes d'arrêt de travail donnant lieu à versement d'indemnités journalières, lorsque le salaire net n'a pas été intégralement maintenu par l'employeur ou par l'intermédiaire d'un organisme de prévoyance ;

5° Périodes de perception conjointe d'une pension d'invalidité et d'un salaire ;

6° Périodes d'activité à mi-temps thérapeutique ;

¹⁶Un décret n° 2009-1735 du 30 septembre 2009, non ici applicable comme entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010, a apporté la précision suivante : «sous réserve qu'elles [les rémunérations] présentent un caractère régulier et habituel»

7° Périodes de travail à temps partiel effectuées dans le cadre d'un contrat à durée déterminée ;

8° Périodes donnant lieu à indemnité de congé payé d'un montant inférieur au salaire habituel [ou lorsque l'indemnité est versée par une caisse professionnelle¹⁷].»

Parallèlement, l'article 41 III de la loi du 23 décembre 1998 a créé, pour le financement de l'allocation, un fonds *ad hoc*, le Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA), dont la gestion est assurée par la Caisse des dépôts et consignations¹⁸ et les ressources constituées «*d'une fraction égale à 0,31 % du produit du droit de consommation prévu à l'article 575 du code général des impôts¹⁹, 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 sociale²⁰ 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 des ministres chargés de la sécurité sociale, du budget et de l'agriculture*». L'article 6 du décret du 29 mars 1999 précise que les dépenses de ce fonds, retracées dans un compte particulier, sont essentiellement constituées par le versement de l'allocation de cessation anticipée d'activité.

L'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, auquel fait référence l'article 2 du décret du 29 mars 1999, est le texte général relatif à la détermination de l'assiette des cotisations sociales dues au régime général de sécurité sociale, lorsqu'elles sont assises sur les rémunérations ou gains versés aux travailleurs salariés. Il commence, en effet, par ces mots «*Pour le calcul des cotisations..., sont considérées comme rémunérations...*» avant d'énumérer les sommes prises ou non en considération à ce titre, en précisant, en une formule globale, qu'il doit être tenu compte de «*toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains...*».

b) Travaux préparatoires :

¹⁷Membre de phrase annulé par le Conseil d'État (CE, 20 novembre 2009, n° 324880, publié au *Recueil Lebon*). Mais l'arrêt n'apporte pas de précision sur le salaire de référence.

¹⁸Sous le suivi et le contrôle d'un conseil de surveillance.

¹⁹C'est à dire le droit de consommation sur les tabacs manufacturés vendus au détail ou importés.

²⁰Selon le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, elle serait de 821 millions d'euros (article 52 II). L'exposé des motifs le justifie ainsi : «*Il est proposé de fixer à [cette somme] la dotation de la branche [AT/MP] au FCAATA, ce qui permettra à celui-ci de terminer l'année 2014 en excédent*».

Ils sont peu utiles sur le point en litige. La discussion parlementaire (par ex. Assemblée nationale, 3^e séance du 26 novembre 1998) a porté sur les conditions d'octroi de l'allocation, mais jamais précisément sur son mode de calcul, spécialement dans l'hypothèse d'une expatriation.

c) Position de l'administration :

Très rapidement, le ministère - à l'époque - de l'emploi et de la solidarité a pris position dans une circulaire (DSS/4B n° 99-332, 9 juin 1999 concernant la mise en oeuvre du dispositif de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, publiée au Bulletin officiel n° 99/24²¹). Elle précise, concernant une situation comme celle de l'espèce :

«3. Mode de calcul de l'allocation

3.1. Période de référence

.....

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.

3.2. Éléments de salaires à prendre en compte

L'article 2, premier alinéa, du décret du 29 mars 1999 prévoit 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 perçues par l'intéressé au cours de ses douze derniers mois d'activité salariée. Cette rédaction... permet d'écarter tous les éléments de rémunération non pris en compte pour le calcul des cotisations de sécurité sociale...

Ne sont pas pris en compte les éléments ne figurant pas dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale au sens de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale... »

Cette position a été reprise par une circulaire particulière 23/2006 du 13 avril 2006 de la caisse nationale d'assurance maladie indiquant, toujours pour le même motif, à propos du régime spécial du personnel des industries électriques et gazières :

«Le personnel d'EDF-GDF n'est affilié au régime général que pour les prestations en nature des assurances maladie, maternité et accident du travail/maladie professionnelle.

²¹NOR : MESS9930225C

L'assiette de cotisations due pour la couverture de ces prestations en nature est définie par un texte propre au personnel EDF-GDF (statut national du personnel des industries électriques et gazières approuvé par le décret n° 46-1514 du juin 1946 modifié). Cette assiette est différente de celle retenue par l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale.

Les rémunérations du personnel EDF-GDF ne peuvent donc pas être prises en compte dans le calcul du salaire de référence de l'ATA.»

Cette position a été réitérée dans une réponse ministérielle faite à un sénateur des Français de l'étranger, M. Richard Yung (JO Sénat, 24 mars 2011, p. 738), dont on pourra noter que, malgré sa date, elle ignore manifestement l'arrêt de la deuxième chambre civile du 13 janvier 2011 ici en cause :

«Le ministre du travail, de l'emploi et de la santé a pris connaissance avec intérêt de la question écrite relative au calcul de l'allocation de cessation anticipée des travailleurs de l'amiante (ACAATA). L'article 41 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 relatif à l'ACAATA dispose que le montant de l'allocation est calculé 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 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 par l'intéressé au cours de ses douze derniers mois d'activité salarié 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».

Une autre réponse ministérielle (publiée au JO Assemblée nationale du 25 décembre 2012, p. 7766) affirme dans le même sens que *«L'article 41 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 dispose que le salaire de référence servant de base à la détermination de l'allocation de cessation d'activité anticipée des travailleurs de l'amiante (ACAATA) est égal à la moyenne mensuelle des rémunérations soumises à cotisations sociales», le membre de phrase souligné ne se trouvant pas cependant dans la loi.*

Il convient enfin de signaler que l'article 100 de la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012, inapplicable en l'espèce (le

dispositif n'étant entré en vigueur que le 1^{er} juillet 2012), s'efforce d'assurer une certaine coordination des différents régimes de sécurité sociale pour l'accès à la «préretraite amiante», mais, semble-t-il, exclusivement pour la détermination de l'âge d'accès à l'allocation, qui se fera désormais en ajoutant les durées de travail en exposition à l'amiante acquises dans plusieurs régimes, y compris spéciaux.

d) Jurisprudence :

-*La jurisprudence de la Cour de cassation.* Si la Cour de cassation a déjà rendu de nombreux arrêts concernant l'allocation, seuls quelques uns se rapportent à son mode de calcul et, plus spécialement à la détermination du salaire de référence. Si l'on écarte un arrêt de la deuxième chambre civile du 8 novembre 2012 (pourvoi n° 11-30.568) portant sur le refus de communication par la CARSAT du sud-est des modalités de calcul du montant de l'allocation et celui contre la doctrine duquel la cour d'appel de Caen s'est rebellée, il y a lieu de retenir les décisions suivantes :

-2^e Civ., 25 avril 2007, pourvois n^{os} 06-16.225 (*Bull.* 2007 II, n° 104 ; JCP édition sociale 2007, n° 1491, note Gérard Vachet) et 06-16.226 ; *ibid.* 13 décembre 2007, pourvoi n° 07-11.986, *Bull.* 2007 II, n° 270 (JCP édition sociale 2008, n° 1280, note G. Vachet) qui incluent dans le salaire de référence l'indemnité compensatrice de jours de réduction du temps de travail non pris, au motif que «*le salaire de référence... 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*» et que la cour d'appel «*a justement retenu que l'indemnité compensatrice litigieuse entraine dans les prévisions de ce dernier texte*».

C'est en réaction à ces deux arrêts que serait intervenu le décret, déjà évoqué note (16), n° 2009-1735 du 30 septembre 2009, ayant écarté, par la formule «*sous réserve qu'elles [les rémunérations] présentent un caractère régulier et habituel*», les éléments exceptionnels de rémunération, comme l'indemnité compensatrice des jours de réduction du temps de travail (en ce sens, Semaine sociale Lamy 2009 1423). La deuxième chambre civile tient compte de la modification (2^e Civ., 19 septembre 2013, pourvoi n° 12-23.697). On notera que la prise en considération des salaires perçus à l'étranger, qu'a consacrée l'arrêt de la deuxième chambre civile du 13 janvier 2011, ne semble pas avoir provoqué la même correction législative ou réglementaire, mais il est vrai que la réponse ministérielle postérieure citée plus haut n'en fait pas état.

-2^e Civ. 13 décembre 2007, pourvoi n° 06-17.548, *Bull.* 2007 II, n° 269 (JCP édition sociale 2008, n° 1280, note G. Vachet) qui prend aussi en considération les indemnités compensatrices de congés payés (correspondant, selon la cour d'appel, à 22 mois de travail, ce qui est contesté par l'annotateur) et une allocation versée par l'employeur à l'ensemble de ses salariés (correspondant à 17 mois de travail, toujours selon la cour d'appel et aussi contesté par M. Vachet), dès lors que ces sommes ont été perçues par l'intéressé au cours de ses douze derniers mois d'activité.

-2° Civ. 17 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.791, *Bull.* 2009 II, n° 295. Dans cette affaire, l'intéressé (dont la demande d'allocation avait été présentée le 15 novembre 2005) avait exercé son activité professionnelle au service successif de deux employeurs, le salarié relevant, en dernier lieu, du régime des salariés agricoles. A une caisse régionale d'assurance maladie qui estimait que ne devaient pas être prises en compte «*les sommes échappant au régime général*», l'arrêt répond : «*..en application 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 mensuels bruts des douze derniers mois d'activité salariée, quel que soit le régime auquel l'intéressé a été affilié au cours de cette même période ; ...ayant relevé que M. R... avait exercé son activité en dernier lieu au sein de la société [soumise au régime des salariés agricoles], la cour d'appel en a déduit à bon droit que l'allocation de cessation anticipée due à l'intéressé devait être assise sur le montant de la rémunération perçue au sein de celle-ci au cours de sa dernière année d'activité... ».*

Le mémoire en défense de la caisse estime (p. 7 et 8) que cet arrêt ne contredit pas sa thèse, dès lors qu'il concerne un salarié relevant du régime agricole, lequel contribue au financement de l'allocation litigieuse depuis la loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2003)²². A l'inverse, il pourrait être observé que l'arrêt ne semble pas introduire ce paramètre dans son raisonnement.

Commentant cet arrêt, M Arnaud Martinon (JCP édition sociale 2010, n° 1223) fait observer que deux interprétations des textes sont possibles. Celle suggérée par le renvoi opéré par l'article 2 du décret de 1999 à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, conduisant à prendre en considération exclusivement la rémunération assujettie aux cotisations du régime général ; celle résultant de l'article 41 de la loi de 1998 qui, sans distinguer, invite à tenir compte de la dernière rémunération effectivement perçue, le régime de sécurité sociale étant indifférent. C'est la lecture faite par la deuxième chambre civile favorable aux victimes de l'amiante.

-*La jurisprudence des cours d'appel.* Pouvant être connue à partir de la base JURICA, elle est très pauvre et, à part les deux arrêts des cours d'appel de Rouen et Caen qui sont ici en cause, on ne peut dégager une tendance générale, la recherche par les critères "en France" et/ou "à l'étranger" et/ou "expatri*" ne donnant pas d'autres résultats que ces deux décisions.

-*La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).* Cette juridiction a été appelée à se prononcer sur la difficulté à propos de la situation des travailleurs

²²Il est parfois indiqué, y compris dans certains des mémoires déposés dans la présente affaire, que le régime des salariés agricoles ne contribuerait au financement du Fonds que depuis la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, mais il semble bien que ce soit la loi du 20 décembre 2002 qui ait prévu cette participation.

frontaliers. Un salarié français avait travaillé en France et en Belgique²³, mais le montant de l'ACAATA avait été calculé sans tenir compte des salaires versés dans ce dernier pays. Le tribunal des affaires de sécurité sociale de Longwy avait alors saisi la CJUE de la question préjudicielle suivante, qui pose assez bien le problème : «*En refusant de prendre en compte les salaires perçus en Belgique par M. Nemec dans le calcul de l'allocation des travailleurs de l'amiante qui lui a été attribuée en application de l'article 41 de la loi n° 98-1194, du 23 décembre 1998, motif pris des dispositions de l'article 2 du décret d'application de la loi n° 99-247, du 29 mars 1999, et de la circulaire DSS/4B/99 n° 332, du 9 juin 1999, en ce que ces salaires n'ont pas donné lieu au versement de cotisations au titre de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale français, la CRAM a-t-elle pris, à l'encontre de l'intéressé, une décision préjudiciable constitutive d'une entrave à la libre circulation énoncée à l'article 39 [CE], d'une violation du règlement [...] n° 883/2004 ou d'une violation de l'article 15 du règlement [...] n° 574/72 ?*».

A cette question, la CJUE répond le 9 novembre 2006 (aff. C-205/05 ; Revue de jurisprudence sociale 2/2007, p. 127, obs. Francis Kessler ; Europe, janvier 2007, comm. n° 11 par Mme Laurence Idot) en qualifiant d'abord l'allocation de prestation de sécurité sociale au sens de la réglementation de l'Union applicable à l'époque (en l'espèce, l'ancien 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, remplacé par le règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004, mais les principes ne sont pas fondamentalement différents) avant d'indiquer, dans les motifs de sa décision (n°s 39 et 40) «*qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal²⁴ est susceptible de défavoriser des travailleurs migrants par rapport aux travailleurs qui n'ont exercé une activité que dans un seul État membre... En effet, en application d'une telle réglementation, un travailleur migrant comme M. Z... se voit appliquer une méthode de calcul de l'ACAATA fondée sur un salaire perçu il y a plus de 10 ans et, de ce fait, sans aucun lien avec la situation actuelle de l'intéressé, alors que, s'agissant de ses collègues qui ont continué à travailler en France, c'est le dernier salaire effectif qui est pris en compte. Un tel travailleur subirait ainsi une réduction du montant de la prestation qu'il aurait reçu s'il n'avait pas fait usage de son droit à la libre circulation.*».

La réponse apportée par la CJUE, dans le dispositif pour droit de sa décision, est alors la suivante : «*L'article 58, paragraphe 1, 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, dans sa version modifiée et mise à jour par le*

²³Rappelons qu'en l'espèce, si M. X... a travaillé à l'étranger, c'était hors Union européenne.

²⁴Du moins, si on l'interprète dans le sens d'un refus de prise en considération des rémunérations touchées à l'étranger.

règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, interprété conformément à l'objectif fixé à l'article 42 CE, exige que, dans une situation telle que celle en cause au principal, le calcul du «gain moyen» au sens de la première de ces deux dispositions s'effectue en tenant compte du salaire que l'intéressé aurait raisonnablement pu percevoir, compte tenu de l'évolution de sa carrière professionnelle, s'il avait continué à exercer son activité dans l'État membre dont relève l'institution compétente»

M. Patrick Morvan (Droit de la protection sociale, 4^e éd., n° 131) estime complexe ce mode de calcul. En effet, la CJUE ne retient pas, comme élément de calcul de la «préretraite amiante», contrairement à la proposition de son avocat général, le dernier salaire payé à l'étranger (dans l'Union), mais invite à réaliser une projection délicate des rémunérations d'avant expatriation pour reconstituer une carrière nationale. M. F. Kessler fait observer qu'il s'agit également d'une interprétation *contra legem*, puisque l'article 58.1 du règlement du 14 juin 1971, que la CJUE ne déclare pas contraire au Traité de Rome, prévoyait que «*L'institution compétente d'un État membre dont la législation prévoit que le calcul des prestations en espèces repose sur un gain moyen détermine ce gain moyen exclusivement en fonction des gains constatés pendant les périodes accomplies sous ladite législation* et en déduit que l'arrêt Z... «*est certainement une illustration des difficultés à faire combiner le principe fondamental de non-discrimination des travailleurs migrants, pilier de la libre circulation des salariés et moteur d'interprétation des textes de droit communautaire dérivé, avec des prestations nationales dont la législation a étendu le champ d'application sans considération du droit communautaire*». On pourra s'interroger sur le point de savoir si la même appréciation ne devrait pas être formulée dans le présent dossier, le législateur n'ayant pas lui-même envisagé les conséquences de la création de l'ACAATA en présence d'un facteur d'extranéité.

e) Doctrine :

Outre les commentaires déjà cités, il faut aussi consulter la note de M. Thierry Tauran sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 13 janvier 2011 contre lequel la rébellion a eu lieu (JCP édition sociale 2011, n° 1098, p. 48 et 49). Après avoir rappelé que le raisonnement censuré par cet arrêt (celui de la cour d'appel de Rouen, repris par celle de Caen) était dicté par des considérations administratives et financières (le régime de sécurité sociale des Français de l'étranger est entièrement distinct du régime général, l'on y reviendra ; surtout il ne finance pas l'ACAATA) qu'on peut comprendre administrativement, dans la mesure où les données fournies par le régime général sont les seules connues de l'organisme de sécurité sociale qui doit servir l'allocation, l'auteur, poursuivant la réflexion qui avait été celle de la CJUE, estime cependant que raisonner ainsi ferait obstacle à la mobilité géographique, d'autant plus qu'une stricte lecture de l'article 2-2 du décret de 1999, énumérant les périodes d'activité non prises

en compte, n'exclut nullement les périodes d'activité à l'étranger²⁵. L'auteur estime que l'arrêt du 13 janvier 2011 prolonge ainsi la conception extensive du salaire de référence adoptée par la jurisprudence de la deuxième chambre civile. Le commentaire de M. Joël Colonna sous le même arrêt (in JCP, éd. Entreprises et affaires, 2011, n° 1710, spéc. p. 10) , après avoir rappelé que «*les imperfections du dispositif de préretraite amiante... semblent être sources d'un inépuisable contentieux*», prend acte de la solution et estime qu'elle s'inscrit dans la suite de l'arrêt précité de la deuxième chambre civile du 17 décembre 2009 sur l'absence d'incidence du régime d'affiliation, le dernier salaire devant seul être pris en considération, quel que soit ce régime.

Le Lamy Protection sociale 2013 (n° 3530) évoque la solution consacrée par cet arrêt, mais sans prendre parti. Le Juris-Classeur Protection sociale (non pas au fasc. 304 par Dominique Asquinazi-Bailleux qui n'aborde pas la question, mais au fasc. 311, § 116 par G. Vachet) fait de même. Quant au Juris-Classeur Travail, fasc. 40-20 par Jean-Yves Kerbouc'h, § n° 77, il indique simplement, mais sans explications particulières, que la rédaction de l'article 2, alinéa 1^{er}, du décret de 1999, déjà évoquée «*... permet d'écartier tous les éléments de rémunération non pris en compte pour le calcul des cotisations de sécurité sociale...* ».

2° Les arguments possibles en faveur de chaque thèse :

a) En faveur de la confirmation de la position de la deuxième chambre civile, pourraient être invoqués les arguments suivants :

- *le principe «Ubi lex non distinguit...»*. En ce sens, il pourrait être observé que la loi de 1998 n'opère aucune distinction de la nature de celle invoquée par la caisse et qu'elle n'est pas rédigée en termes restrictifs. Elle se réfère, d'une manière générale, aux salaires des douze derniers mois d'activité salariée du bénéficiaire, sans autre précision ou restriction. A ce titre une rémunération perçue à l'étranger pendant cette période de douze mois ne devrait pas être retranchée de la base de calcul, dans le silence de la loi.

- *le sens et la portée du renvoi à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale*. Si l'article 2, alinéa 1^{er}, du décret d'application fixe le salaire de référence «*d'après les rémunérations visées à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale*», le renvoi à ce texte fondamental du droit de la sécurité sociale pourrait, contrairement à la position adoptée dans les circulaires et la réponse ministérielle évoquées, ne pas avoir le sens restrictif que lui donne la caisse et l'administration. Certes ce texte détermine bien les règles de fixation de l'assiette des cotisations dues au régime général de la sécurité sociale, mais le renvoi n'a-t-il pas pour seul objet d'indiquer que les rémunérations prises en considération pour le calcul de l'allocation sont celles définies, dans leur globalité, par l'article L. 242-1, en particulier tous les gains et salaires, quels qu'ils soient, sans avoir nécessairement pour effet de limiter aux seuls salariés relevant du régime général ou de régimes assimilés le bénéfice de l'allocation ? Ainsi le renvoi pourrait s'interpréter seulement comme délimitant le périmètre des rémunérations à

²⁵Mais, comme il sera vu plus loin, le rapprochement de la loi et du décret peut conduire à une interprétation différente.

inclure dans le salaire de référence et non pas dans la perspective de restreindre aux seuls salariés cotisants du régime général la possibilité de percevoir l'allocation. Bref, le renvoi n'impliquerait pas l'application du régime général de la sécurité sociale avec l'ensemble de ses conditions. Il n'aurait pas pour objet de rattacher l'allocataire à un certain régime de sécurité sociale. Il ne s'analyserait qu'en une mesure de simplification, évitant, pour désigner les différents éléments de rémunération à prendre en compte, une répétition par la référence à un autre texte. La locution prépositive «d'après», qu'emploie le texte - et qui, dans le contexte, est une source d'ambiguïté - , ne signifie-t-elle pas simplement «*en se référant à*» ou «*selon*» (Le Petit Robert ; Larousse) ?

Par analogie, la contribution sociale généralisée (CSG) est, elle aussi, assise sur le montant brut des rémunérations, mais l'article L. 136-2 du code de la sécurité sociale précise que «*les traitements, salaires et toutes sommes versées en contrepartie ou à l'occasion du travail sont évalués selon les règles fixées à l'article L. 242-1...*». Pour autant, ces sommes ne sont pas nécessairement assujetties aux cotisations du régime général (ainsi, par exemple, pour le régime spécial des fonctionnaires et agents des collectivités territoriales, v. 2^e Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-17.713 qui juge : «*cette référence [à l'article L. 242-1] étant valable même si les revenus soumis à CSG/CRDS sont assujettis à un autre régime de sécurité sociale tel le régime spécial des fonctionnaires et agents des collectivités territoriales...* »).

Si l'on rapproche l'allocation ici en cause de l'allocation spéciale du Fonds national de l'emploi (AS-FNE, dite encore «*pré-retraite-licenciement*», dispositif en voie d'extinction), dont le rapport du groupe de travail sur la réforme du dispositif de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, présidé par le député Jean Le Garrec (avril 2008), indique que les modalités de calcul de l'ACAATA sont identiques²⁶ - ce qui demanderait peut-être à être nuancé - on pourrait remarquer (v. J.-Cl. Travail, fasc. n° 40-20 préc. § n° 20) que «*le salaire de référence servant de base à la détermination des allocations versées aux salariés bénéficiaires des conventions en question est fixé d'après les rémunérations sur lesquelles ont été assises les contributions au régime d'assurance chômage au titre des douze mois civils précédant le dernier jour de travail payé à l'intéressé*», la précision expresse soulignée n'étant pas faite par l'article 2, alinéa 1^{er}, du décret de 1999, qui se borne à un renvoi. On pourrait donc penser que le législateur et/ou le pouvoir réglementaire qui ne sont pas avares de détails lorsqu'ils interviennent en matière de droit de la sécurité sociale auraient, au moins implicitement, admis, en l'absence de restriction dans le texte même de la loi ou du décret, que la notion générale de salaire de référence qui a été retenue n'exclue pas, dans ces conditions, qu'il puisse s'agir d'un salaire perçu pendant une période de travail à l'étranger.

²⁶ p. 22, «*...les modalités de calcul de l'ACAATA sont la copie conforme de celles de l'AS-FNE. Les deux allocations ne peuvent d'ailleurs être inférieures au minimum prévu pour l'allocation chômage par la convention UNEDIC. L'ACAATA et l'AS-FNE évoluent donc solidairement. En modifier une oblige de modifier l'autre de la même manière, ce qui suppose un débat et une expertise dépassant très largement la mission confiée à ce groupe*».

-L'incidence d'une énumération limitative des sources du financement de l'allocation. Même si le FCAATA est essentiellement alimenté par la branche accidents du travail/maladies professionnelles, il a aussi des ressources propres, indépendantes du versement de cotisations sociales (une partie du droit de consommation sur le tabac, par exemple, même si elle a été réduite²⁷ - 0,31 % -, qui est d'origine fiscale et, pendant la période du 5 octobre 2004 au 31 décembre 2008, une contribution à la charge des entreprises dont les salariés ont été exposés à l'amiante²⁸) et rien ne justifierait, en liant deux questions distinctes, de réserver l'allocation aux seuls salariés dont les cotisations participent à son financement ou de ne pas tenir compte de la totalité de leur rémunération. La loi ne le dit pas expressément et ce Fonds n'est-il pas une entité extérieure à l'organigramme classique de la Sécurité sociale²⁹ ?

-L'incidence du lien entre la cotisation et la prestation. On sait que la jurisprudence constitutionnelle (v. notamment le considérant n° 119³⁰ de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, n° 93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France) distingue, parmi les ressources de la sécurité sociale, les cotisations (sans caractère fiscal ou para-fiscal) des autres contributions, lesquelles relèvent, pour leur part, de la catégorie des impositions, au moyen d'un critère ainsi résumé par M. Xavier Prétot³¹ : *«leur définition [celle des cotisations] repose... sur le lien qui unit l'obligation à cotiser au droit aux prestations, la qualification devant être réservée, dès lors, aux seuls prélèvements qui ouvrent, potentiellement, droit aux prestations et avantages servis par le régime qui perçoit le produit de la cotisation»*. Même s'il résulte de cette distinction que la prestation est, en principe, la "contrepartie" de la cotisation, ce raisonnement est-il transposable au versement de l'allocation, qui, certes, est servie

²⁷Elle était à l'origine de 0,43 %.

²⁸Cette contribution a été supprimée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009. Les raisons officielles de cette suppression sont les suivantes : elle *«avait un rendement peu élevé depuis sa mise en oeuvre en 2005, un recouvrement difficile, générant de nombreux contentieux, et avait un caractère dissuasif à la reprise de sociétés en redressement ou liquidation judiciaires»* (réponse ministère du travail, JO Sénat, 3 déc. 2009, p. 2817).

²⁹ Sous le titre *«Fonds sociaux et gouvernance de la protection sociale» (Droit social, 2005, p. 893)*, M. Jacques Bichot et Mme Céline Wrazen expliquent qu'il s'agit : de *«fonds extérieurs aux caisses, qui de ce fait s'ajoutent à elles pour former l'ensemble des organismes de protection sociale.»* Certains sont sans statut véritable parce que gérés par un autre organisme, telle la CDC. C'est le cas du FCAATA.

³⁰ *«Considérant que les cotisations versées aux régimes obligatoires de sécurité sociale qui résultent de l'affiliation à ces régimes constituent des versements à caractère obligatoire de la part des employeurs comme des assurés ; que ces cotisations ouvrent vocation à des droits aux prestations et avantages servis par ces régimes»*.

³¹ *«Du bon usage du pouvoir normatif en matière d'assiette et de recouvrement des cotisations de sécurité sociale», Droit social, 2009, p. 322.* L'auteur a eu souvent l'occasion d'évoquer ce lien rattachant le droit aux prestations à l'obligation de cotiser (notamment dans ses commentaires des Grands arrêts du droit de la sécurité sociale), mais sans en faire un absolu.

par les caisses du régime général ou du régime agricole, mais au moyen de sommes détenues par le FCAATA, qui ne constitue pas en soi un régime de sécurité sociale³²?

Ne faut-il pas d'ailleurs, distinguer, entre des prestations dites contributives dont la perception serait subordonnée à l'acquittement préalable d'une cotisation, et des prestations non contributives, qui ne seraient pas soumises à la même condition, la jurisprudence constitutionnelle reconnaissant, au demeurant, au législateur social une certaine marge d'appréciation lui permettant ou non de réserver au cercle des cotisants le bénéfice des prestations. Le législateur a-t-il, en réglementant l'ACAATA, usé, expressément ou implicitement, de cette liberté, ou de celle, voisine, mais cependant distincte, de prévoir une compensation entre régimes ou, plus précisément entre un fonds social et un régime de sécurité sociale, consistant à affecter des ressources essentiellement fournies par un seul régime au financement, via un fonds géré par la Caisse des dépôts et consignations, d'une prestation sociale à caractère non contributif ? M. T. Tauran³³ écrit, à propos des nombreux fonds d'indemnisation gérés par la Caisse des dépôts et consignations (dans la catégorie desquels il classe le FCAATA) : *« Par indemnisation, il faut entendre que la CDC verse des prestations à des bénéficiaires dont la liste a été précisée par des textes spécifiques. Les conditions dans lesquelles les prestations sont attribuées ont également été indiquées par ces textes. Le terme d'indemnisation a sans doute une signification plus forte que celui de versement. 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 la 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 »*. Cette idée de solidarité nationale n'est pas étrangère aux travaux parlementaires. La développant également, M. Prétot s'interrogeait, dans un rapport (sur 2^e Civ., 18 février 2010, pourvoi n° 09-65.944, *Bull.* 2010, II, n° 39³⁴), sur la nature juridique de l'ACAATA, dont la détermination (prestation contributive ou non contributive) pourrait être la clé de la solution du pourvoi sous examen et, selon lui : *« ... l'allocation revêt, vraisemblablement, le caractère d'une prestation d'aide sociale d'Etat... »*.

-*La relativité, plus généralement, du lien cotisation/prestation.* Le principe liant l'obligation de s'acquitter d'une cotisation et le droit au versement d'une prestation sociale connaît, plus généralement, une certaine relativité, même si la prestation n'est pas contributive, au sens qui vient d'être indiqué. Il n'a pas empêché la Cour de cassation de maintenir le bénéfice de certaines prestations sociales malgré le non-paiement intégral des cotisations antérieures correspondantes, par exemple en cas de

³²T. Tauran, "Le Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA)", *Rev. dr. sanitaire et social*, 2007, p. 135 : *« Comme son appellation l'indique, le FCAATA constitue un "fonds" d'indemnisation et non un "régime" de sécurité sociale »*

³³ T. Tauran, dans "La caisse des dépôts et consignations et la protection sociale", *Rev. dr. sanitaire et social*, 2006, p. 895 et ss.

³⁴L'arrêt concerne bien l'ACAATA, mais ne donne pas d'indication sur son mode de calcul.

procédure collective du redevable. C'est ainsi qu'il est jugé que «*le jugement ouvrant la procédure collective emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement et que l'absence de règlement intégral des cotisations antérieures ne prive pas l'assuré ou ses ayants droit de tout droit aux prestations, mais a seulement pour effet d'exclure la période pendant laquelle les cotisations n'ont pas été payées du calcul du montant des prestations...*»³⁵ (Com. 13 mars 2007, pourvoi n° 05-20.396, *Bull.* 2007, IV, n° 85) ou (Civ. 2^e 23 novembre 2006, pourvoi n° 05-10.911 ; *Bull.* 2006, II, n° 334) que : «*...l'absence de règlement intégral de cotisations n'a pas pour conséquence de priver l'assuré de tout droit à pension...*». Le salarié qui n'a pas pu contribuer au FCAATA, non parce c'était sa volonté, mais parce que la loi instituant ce fonds ne le lui permettait pas, ne se trouve-t-il pas dans une situation similaire ?

-Une interprétation favorable à la non-discrimination. Priver les cotisants de la caisse des Français de l'étranger du bénéfice de l'allocation en proportion de leurs rémunérations perçues hors de France en raisonnant sur la seule base du principe de l'égalité devant les charges publiques, pourrait, à rebours, entraîner une autre inégalité, cette fois entre les victimes de l'amiante, suivant qu'elles ont ou non pu cotiser aux organismes sociaux contribuant au financement de l'allocation. Il en résulterait, sans faute de leur part, une discrimination au détriment des travailleurs migrants en situation d'expatriation, l'interprétation opposée ne favorisant pas au surplus, par une telle inégalité de traitement, la mobilité géographique. Et l'adhésion à la caisse des Français de l'étranger, si elle est purement volontaire, donc facultative³⁶, permet, néanmoins, aux termes de l'article L. 762-1 du code de la sécurité sociale, à un salarié expatrié de s'assurer contre les risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles, en cotisant sur la base d'un niveau de salaire, et de percevoir les prestations correspondantes. Tout lien n'est donc pas écarté entre les deux, même si, il est vrai, que l'hypothèse du versement d'une allocation de pré-retraite n'apparaît pas d'une manière spécifique.

-L'absence de neutralisation des périodes de travail accomplies à l'étranger. L'on pourrait observer également, avec M. Tauran (JCP édition sociale 2011, n° 1098, p. 48 et 49) que l'article 2-2 du décret de 1999, dans la liste qu'il dresse des périodes d'activité neutralisées pour le calcul du salaire de référence, ne mentionne pas les périodes d'activité passées à l'étranger. Mais il convient de relativiser l'importance de cet argument, dans la mesure où ce texte doit être lu en contemplation de celui de la loi de 1998, laquelle prévoit certes que certaines périodes d'activité ne sont pas prises en compte dans des conditions prévues par un décret, mais avec cette précision, dans la loi elle-même, qu'il s'agit de périodes «*donnant lieu à rémunération réduite*», hypothèse qui ne peut être celle de l'espèce.

³⁵Mais la fin du motif cité peut appeler une autre analyse, favorable à la thèse défendue par la caisse. V. infra

³⁶Un salarié expatrié qui aurait fait le choix de ne pas adhérer à la caisse des Français de l'étranger, ce qui n'est pas le cas de l'espèce, devrait-il, pour ce seul motif, être exclu du bénéfice de l'ACAATA, pour la période passée à l'étranger ?

-L'absence d'incidence du principe général de territorialité du droit de la sécurité sociale (aujourd'hui exprimé partiellement à l'article L. 111-2-2 du code de la sécurité sociale). Selon ce principe le droit de la sécurité sociale ne reçoit pas application en dehors du territoire français, sauf dispositions légales (par exemple dans le cas du détachement, v. infra) ou conventions internationales contraires et, bien entendu, application du droit de l'Union européenne. Mais ce principe a-t-il vocation à régir la situation de l'espèce ? En effet, l'intéressé réside en France et tenir compte du salaire qui lui a été versé à l'étranger pour calculer le montant d'une prestation sociale qu'il percevra en France ne revient pas, semble-t-il, à appliquer la législation de sécurité sociale en dehors du territoire national.

b) En faveur de la thèse soutenue par la caisse en défense au pourvoi, de sérieux arguments de texte sont à prendre en considération. S'agissant des bases de la liquidation de l'allocation litigieuse, le renvoi par l'article 2, alinéa 1^{er}, du décret du 29 mars 1999 à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale pour la détermination du salaire de référence peut être interprété dans le sens limitatif indiqué par la caisse et signifier, par conséquent, que seules devraient être intégrées dans la base de calcul de l'allocation les rémunérations ayant effectivement supporté des cotisations sociales de l'intéressé en vue du financement du FCAATA, via la contribution, alimentée par ces cotisations, de la branche accidents du travail/maladies professionnelles du régime général ou de la branche correspondante de celui des salariés agricoles.

Le principe suivant lequel le droit aux prestations est la contrepartie des cotisations doit être bien compris, au vu de la jurisprudence évoquée ci-dessus. Il pourrait, en effet, être utilement invoqué en faveur de la thèse de la caisse, dans la mesure où il n'a pas ici pour conséquence de priver l'intéressé de toute allocation, mais d'en limiter le montant au regard des seules rémunérations ayant indirectement servi à financer le Fonds par des prélèvements sociaux assis sur ces rémunérations. Le droit à prestation ne serait donc pas lui-même en cause, en présence d'un simple "gel" de la période de non-cotisation au régime général, conformément à une solution qui n'est pas complètement étrangère, on l'a vu, au droit de la sécurité sociale. D'ailleurs la CJUE, malgré les liens de solidarité particuliers unissant les États membres de l'Union européenne et le principe de libre circulation des travailleurs - qu'on ne retrouve pas, en outre, dans la présente espèce - n'a pas imposé la prise en considération du dernier salaire effectif, celui perçu hors de France, même s'il est vrai qu'elle n'a pas, davantage, jugé que seul le salaire versé auparavant en France devait servir de base de calcul, puisqu'elle exige une reconstitution de carrière, préférant ainsi une solution intermédiaire.

La thèse adverse soutenue par l'auteur du pourvoi ne tient compte que de la finalité assignée au dispositif, c'est-à-dire une prise en charge extensive des victimes de l'amiante, sans s'intéresser à l'économie et au financement du système de départ anticipé du travail, qui repose sur une sorte de "sanctuarisation" du FCAATA. Même si, en lui-même, ce Fonds ne constitue pas un régime de sécurité sociale, la volonté du législateur, en le créant, n'a-t-elle pas été, en effet, de lier, plus étroitement encore, le montant de l'allocation aux sources de son financement ? Dans son rapport pour

l'année 2011 (p. 3), le FCAATA rappelle que : «*Des dispositifs spécifiques ont été créés pour des régimes particuliers : ENIM, SNCF, EDF, ouvriers d'État du ministère de la défense. Ils sont financés par des mécanismes distincts de l'ACAATA*». Dans un rapport antérieur d'information de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale (n° 2090 du 18 novembre 2009, présenté par le député Guy Lefrand), l'existence de régimes spéciaux de préretraite liés à l'amiante était déjà soulignée, ainsi que leur manque de coordination, en l'état. Dès lors, l'octroi de l'allocation et aussi son montant pourraient dépendre du versement préalable des cotisations destinées à abonder le Fonds, par l'intermédiaire d'un de ses contributeurs, au nombre desquels ne figure pas la Caisse des Français de l'étranger.

Il n'est pas inutile enfin de rappeler qu'un salarié, du point de vue de sa protection sociale, peut occuper à l'étranger deux positions principales, celle de détaché ou celle d'expatrié. Dans la première situation, il continue de relever du régime général, sauf exceptions, et l'intégralité des cotisations le concernant est alors due en France. Dans ce premier cas, il n'y a donc aucun obstacle de principe à la prise en considération du salaire perçu à l'étranger, puisque celui-ci a supporté des cotisations qui ont contribué à alimenter le FCAATA. Dans la seconde position, qui, rappelons-le, est celle de M. X..., le salarié expatrié est affilié au régime local et/ou la Caisse des Français de l'étranger (affiliation volontaire et facultative), qui se présente sur son site *Internet*, comme la Caisse de sécurité sociale des expatriés et il faut tenir compte, hors Union européenne, des accords bilatéraux que la France a pu conclure en matière de sécurité sociale avec le pays du lieu de travail de l'intéressé, accords qui, pourraient, le cas échéant, apporter d'autres éléments à la discussion. Mais une vérification faite dans la base CLEISS³⁷ montre que ni l'Éthiopie, ni le Nigéria, lieux de travail de M. X... après son expatriation, ne font partie du réseau, pourtant très étoffé, des pays ayant signé avec la France une convention bilatérale de sécurité sociale. Par conséquent, on peut être certain que les cotisations dont il a pu s'acquitter aux régimes locaux de sécurité sociale et/ou à la Caisse des Français de l'étranger n'ont pas servi à financer l'allocation litigieuse. N'est-il pas, dans ces conditions, légitime de penser que le système repose, certes, sur la solidarité, mais sur une solidarité ayant un fondement professionnel, devant tenir compte, à ce titre, de l'affiliation à tel ou tel régime de sécurité sociale ?

-III- L'incidence d'une rémunération supérieure (premier moyen, seconde branche) :

Il a déjà été indiqué que l'arrêt (p. 8) ajoutait au soutien de la position adoptée que «... *la rémunération de M. X..., en tant qu'expatrié, lui permettait³⁸ de pourvoir à la couverture du risque encouru.. et le choix d'y procéder ou non est un choix individuel avec lequel il n'appartient pas au juge d'interférer*»

³⁷Centre des liaisons européenne et internationale de sécurité sociale.

³⁸Parce qu'elle était supérieure à celle qu'il aurait perçue en France, est-il souligné plus haut.

Si l'assemblée plénière devait rejeter le pourvoi en retenant que M. X... n'est pas fondé à intégrer dans la base de liquidation de son allocation ses rémunérations pour la dernière période de douze mois passée à l'étranger, cette motivation serait suffisante et celle reproduite au paragraphe précédent pourrait être tenue pour surabondante, sans examen complémentaire de son bien-fondé. En effet, dans cette hypothèse, l'intéressé ne pourrait légalement bénéficier de l'allocation pour le montant qu'il revendique.

Si, en revanche, une cassation devait être envisagée sur la première branche du premier moyen, il est peu probable que cette autre partie de la motivation puisse, à elle seule, justifier la décision. Cette cassation signifierait, en effet, qu'en application des textes qui déterminent la base de calcul de l'allocation, l'allocation est due à l'intéressé pour le montant qu'il demande. Le fait qu'il aurait pu, le cas échéant, en fonction de ses facultés contributives, adhérer à un régime étranger (local) de sécurité sociale ou d'assurance privée lui ouvrant droit à une prestation équivalente, mais qu'il s'en est abstenu, apparaît sans incidence, étant d'ailleurs relevé que la cour d'appel ne se place pas sur le terrain d'un cumul de prestations, quelles que soient les formes de celles-ci. Dans ces conditions, si une personne réunit les conditions légales pour percevoir une prestation sociale à tel taux, le fait qu'une autre protection sociale (publique ou privée) pût exister à l'étranger ou dans le secteur privé pour le même risque suffit-il, en l'absence de texte, à l'exclure du dispositif légal dont elle revendique l'application ?

-IV- La cassation demandée par voie de conséquence (second moyen) :

Si le premier moyen n'était pas jugé fondé, le second moyen, qui ne demande qu'une cassation par voie de conséquence, deviendrait inopérant (Droit et pratique de la cassation en matière civile, n° 795). La caisse aurait alors, dans l'interprétation retenue par l'assemblée plénière, correctement interprété et appliqué les dispositions législatives ou réglementaires pertinentes, comme l'écrit la cour d'appel.

Si, au contraire, la cassation devait intervenir sur le premier moyen, il faudrait s'interroger. D'abord sur la façon dont a été rédigé le chef du dispositif de l'arrêt critiqué par le second moyen. La cour d'appel a, en effet, employé la formule globale «*déboute M. X... de toutes ses demandes*». On pourrait estimer que cette formule ne permet, en cas de cassation préalable sur la détermination du salaire de référence, aucune distinction, la cassation devant alors être totale, sans même devoir s'interroger sur l'existence d'un lien de dépendance nécessaire, au sens de l'article 625, alinéa 2, du code de procédure civile, entre deux chefs du dispositif. Mais l'arrêt examine, dans ses motifs, pour la rejeter, la demande complémentaire de dommages-intérêts formée par M. X... et il n'est pas non plus complètement impossible d'extraire du dispositif, certes synthétique, de l'arrêt attaqué, une décision spécifique de rejet de cette demande, décision qui n'a rien d'implicite. Il ne semble donc pas que l'on soit, avec l'arrêt attaqué, en présence d'un dispositif véritablement implicite sur le point en litige, qui interdirait d'envisager une cassation partielle. Par ailleurs, la formule employée ne peut être assimilée à celle consistant à rejeter, sans examen, les demandes «*plus amples ou contraires*», qui équivaut à une absence de décision. Ici, la cour d'appel a

bien statué, pour la rejeter, à la fois dans les motifs et le dispositif de sa décision, sur la demande de dommages-intérêts.

Il faudrait ensuite, à le supposer distinct et, par conséquent, susceptible d'être maintenu, s'interroger sur le sort de ce chef du dispositif. Est-il dans la dépendance de la cassation qui pourrait intervenir sur le premier moyen ? Dans l'arrêt attaqué, ce rejet repose exclusivement sur le motif suivant : «... la demande de M. X... de dommages-intérêts pour faute de la CARSAT dans la gestion administrative de son dossier... doit également être rejetée compte tenu de ce qui précède, la CARSAT n'ayant fait, en l'espèce, qu'une juste appréciation des dispositions législatives et réglementaires en vigueur» (p. 8 *in fine*). Le chef du dispositif ainsi justifié apparaît dans la dépendance directe de la motivation générale de la cour d'appel qui serait censurée. Mais l'on peut se demander si un motif de pur droit ne pourrait pas lui être substitué, de nature à justifier ce seul chef de dispositif. Il s'agit, en effet, *a priori* de répondre à la question générale de savoir si un organisme de sécurité sociale engage sa responsabilité civile quasi délictuelle par une certaine interprétation des dispositions législatives et réglementaires applicables, lorsque cette interprétation est ensuite condamnée par la jurisprudence. Il faut cependant vérifier que cette question appelle toujours la même réponse de principe (négative, dans la perspective d'une substitution de motif et d'une cassation simplement partielle) ou si la réponse peut être influencée par les circonstances de chaque espèce.

Sur ce sujet, pourrait être consulté, dans une situation voisine, concernant aussi l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, l'arrêt 2^e Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-17.928 :

«... l'arrêt rappelle que l'interprétation, fût-elle ultérieurement jugée erronée par la jurisprudence, de dispositions législatives et réglementaires par un organisme de sécurité sociale n'est pas constitutive d'une faute à sa charge dès lors que, comme en l'espèce, cette interprétation n'apparaissait pas totalement injustifiée dans la mesure où, d'une part, cette interprétation, imposée par une circulaire ministérielle, portait sur des sommes versées à l'occasion de la cessation d'activité alors que les dispositions visaient le salaire annuel de référence des douze derniers mois d'activité, d'autre part, devait être prise en compte, selon l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, la moyenne actualisée des salaires mensuels bruts des douze derniers mois, soit pour M. H... ceux de juillet 2001 à juillet 2002, alors que les indemnités dont il demandait la prise en compte ne figuraient que sur le bulletin du solde de tout compte en date du 13 septembre 2002 ;

... de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a exactement déduit que la caisse n'avait pas commis au préjudice de M. H... une faute de nature à engager sa responsabilité... ».

Un arrêt antérieur (2^e Civ., 12 mars 2009, pourvoi n° 08-11.210, *Bull.* 2009, II, n° 72) avait décidé «*que la divergence d'interprétation d'un texte tranchée ultérieurement par la Cour de cassation en faveur de la thèse défendue par les débiteurs des cotisations n'est pas constitutive d'une faute à la charge des organismes de recouvrement susceptible d'engager leur responsabilité à l'égard des cotisants... ».*

Il est possible de noter une différence dans la rédaction de ces deux décisions. La première, qui concerne l'ACAATA, semble empreinte de fait, tandis que la seconde paraît détachée des circonstances de l'espèce et poser une solution de principe, à propos de l'assiette des cotisations, mais qui pourrait être transposable s'agissant de calculer le montant d'une prestation.

En tout état de cause, si une telle réponse de pur droit était envisageable, il n'y aurait pas lieu de provoquer, conformément aux exigences de l'article 1015 du code de procédure civile, les explications contradictoires des parties sur un moyen relevé d'office, dans la mesure où le mémoire en défense de la caisse (p. 10) suggère lui-même le rejet de la demande d'annulation par voie de conséquence pour les raisons précédemment développées.

-V-La possibilité d'une cassation sans renvoi :

Si une cassation devait être prononcée, pourrait-elle l'être sans renvoi ? La question de principe serait certes réglée par l'obligation, qui s'imposerait alors à la seconde cour de renvoi, de prendre en considération le dernier salaire perçu à l'étranger, mais il resterait pour elle à effectuer concrètement le calcul de l'allocation, à moins qu'on estime qu'elle puisse se borner à en fixer les bases (ce qu'un arrêt de cassation sans renvoi pourrait éventuellement faire lui-même). Mais, suivant le type de cassation prononcée (totale ou partielle), il faudrait ou non statuer sur la demande complémentaire de dommages-intérêts, ce qui pourrait donner lieu à un arrêt de cassation partielle avec renvoi seulement partiel, dont il y a des exemples (Com., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-15.491, *Bull.* 2012, IV, n° 96³⁹). C'est ce que demande expressément M. X... (p. 28⁴⁰), ce qui dispense également de soumettre aux parties,

³⁹ «CASSE ET ANNULE, mais seulement en qu'ils décident qu'il appartiendra au juge-commissaire de se prononcer sur l'admission des créances, les arrêts.... rendus le 13 janvier 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi de ce chef ;

Renvoie partiellement la cause et les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée afin qu'après l'expiration du sursis à statuer qu'elle a ordonnée, elle statue sur la régularité de la saisine de la juridiction compétente et l'admission des créances déclarées par...».

⁴⁰ «DIRE n'y avoir lieu à renvoi en ce qui concerne le droit de Monsieur X... de demander que les salaires qu'il a perçus durant la période où il a été affilié à la Caisse des français de l'étranger soient pris en compte dans le calcul de son allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante ;

DIRE que le montant de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante de Monsieur X... doit être calculé conformément aux dispositions de l'article 41-II de la loi n°98-1194 du 23 décembre 1998 en prenant en considération les salaires qu'il a perçus durant la période où il a été affilié à la Caisse des français de l'étranger ;

RENVoyer la cause et les parties devant une autre juridiction pour qu'il soit statué sur

au moyen d'un avis délivré conformément à l'avis 1015 précité, la possibilité d'une cassation sans renvoi. L'on notera que l'arrêt de cassation prononcé par la deuxième chambre civile le 13 janvier 2011 n'a pas procédé ainsi.

le montant de cette allocation et sur les autres points en litige»