

DEMANDE D'AVIS N° B 15-700.04

(Art. L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)

(Art. 706-64 et suiv. du code de procédure pénale)

CONSEIL DE PRUD'HOMME DE GRENOBLE

SÉANCE du LUNDI 4 JANVIER 2016

Conclusions de Monsieur l'avocat général
Patrick BEAU

1 - Rappel des faits et de la procédure suivie :

Par des actions initialement distinctes, huit salariés travaillant pour divers services de l'association pour adultes et jeunes handicapés (APAJH) de l'Isère ont saisi le conseil des prud'hommes de Grenoble en lui demandant notamment de :

- joindre les procédures les concernant ;
- dire et juger que les différents employeurs défendeurs sont tenus de calculer le maintien de salaire en arrêt de maladie prévu par l'article 26 de la convention collective nationale du 15 mars 1966 sur la base des indemnités journalières en leur montant net ;
- ordonner sous astreinte la rectification des bulletins de salaire pour des périodes définies ;
- condamner l'employeur à régler les rappels de salaire allant de 117,50 € à 537,04 € nets.

L'affaire a été plaidée devant le bureau de jugement de la section activités diverses, le 11 mai 2015 et mise en délibéré au 5 octobre 2015. Le jugement avant dire droit qui est à l'origine de la présente procédure a été rendu le 5 octobre 2015.

2 - Le contexte général de la demande :

2-1 La CSG et la CRDS

La contribution sociale généralisée (CSG) a été créée en 1991 pour constituer une source de financement de la protection sociale. Les dernières décennies ont en effet été marquées par une augmentation des dépenses sociales tandis que le niveau des recettes a été progressivement affecté par le vieillissement de la population, la

concurrence internationale, la diminution du niveau général de l'activité et l'augmentation du chômage. La baisse du coût du travail est passée par celle de la part patronale des cotisations sociales. Les cotisations ont cessé d'être les ressources uniques de la protection sociale et de nouvelles sources de financement ont été recherchées et développées. Ainsi, pour l'année 2014, les impôts et taxes affectés¹ ont représenté 29 % du total des recettes.

C'est en 1990 qu'à l'initiative de Michel Rocard, premier ministre, a été proposée au Parlement la création de la CSG² qui a été incluse dans la loi de finances pour 1991 n° 90-1168 du 29 décembre 1990. Initialement, la CSG a été assise sur l'ensemble des revenus des contribuables personnes physiques. Lors de sa création, le taux, fixe et non progressif, fut fixé à 1,1 %. Ultérieurement d'autres prélèvements, au premier rang desquels, en 1996, la contribution au redressement de la dette sociale (CRDS)³, ont été créés pour compléter le financement des dépenses sociales. Certains ont plus spécialement visé les revenus du patrimoine immobilier et financier, les revenus des placements et les revenus des capitaux mobiliers.

En réalité la CSG comporte quatre composantes qui doivent être distinguées. La première qui est seule concernée par l'espèce, est la contribution sociale sur les revenus d'activité et sur les revenus de remplacement (article L. 136-1 et sv du CSS). S'y ajoutent : la contribution sociale sur les produits de placement (article L. 137-7 du CSS), la contribution sociale sur les revenus du patrimoine (article L. 136-6 du CSS) ainsi que la contribution sur les jeux d'argent (art. L. 136-7-1 du CSS). Les assiettes et les taux de ces contributions ont été modifiés et diversifiés. Le produit de la CSG était initialement prévu pour financer la seule caisse nationale des allocations familiales.

Entre 1993 et 2004 des parts des recettes ont été affectées au financement du fonds de solidarité vieillesse (FSV), de la caisse d'amortissement de la dette sociale (CADES), des caisses obligatoires d'assurance-maladie et de la caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA).

La Contribution sociale généralisée sur les revenus d'activité et de remplacement concerne, selon l'article L. 136-1 du CSS :

“1° Les personnes physiques qui sont à la fois considérées comme domiciliées en France pour l'établissement de l'impôt sur le revenu et à la charge, à quelque titre que ce soit, d'un régime obligatoire français d'assurance maladie...”

¹“Les impôts et taxes affectées regroupent l'ensemble des ressources de nature fiscale affectée à des régimes de sécurité sociale et à des organismes appelés « fonds » ou « caisse », qui ont le caractère d'établissements publics administratifs” (Jean Lamarque, Olivier Négrin, Ludovic Ayrault, Manuel de droit fiscal général, Ed. LexisNexis, 3^{ème} édition, 2014)

² Remy Pellet et Anne-Claire Dufour,
JurisCL. Protection Sociale, fasc. 204-15, R

³Nicolas Guillet
JurisCL. Fiscal impôts, fasc. 1066.

Les demandeurs dans la procédure servant de base à la demande d'avis adressée à la Cour correspondent à cette définition des personnes assujetties et ne présentent aucune particularité relative à leur lieu de travail, d'imposition ou d'affiliation sociale.

2-2 L'indemnisation du salarié malade

En cas de maladie, le salarié perçoit, dans les conditions fixées par l'article L. 313-1 du code de la sécurité sociale, les indemnités journalières de la sécurité sociale prévues par l'article L321-1 de ce code.

Pendant la durée de sa maladie et s'il remplit les conditions fixées par l'article L.1226-1⁴ du code du travail, il peut également recevoir de l'employeur un complément pour rapprocher le total des perceptions de remplacement de la rémunération habituelle de son travail. Le salarié perçoit ainsi un pourcentage de la rémunération brute (y compris les indemnités journalières de la Sécurité sociale) qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler, et ce, dans les conditions suivantes⁵ : pendant les trente premiers jours, 90 % de cette rémunération; pendant les trente jours suivants, deux tiers de cette même rémunération. Les durées sont augmentées de dix jours par période entière de cinq ans d'ancienneté en plus de la durée d'une année requise pour pouvoir prétendre à cette indemnisation complémentaire, sans que chacune d'elle puisse dépasser 90 jours.

Enfin, dans des conditions variables, des dispositions contenues notamment dans une convention collective, peuvent organiser ce qu'il est coutume d'appeler le maintien du salaire. On signalera notamment :

- l'article 7, dans sa rédaction résultant de l'avenant du 29 janvier 1974, de l'Accord national du 10 juillet 1970 sur la mensualisation du personnel ouvrier conclu dans la branche de la métallurgie, cité par Soc., 15 décembre 2004, n° 0243033 ;

- l'article 38 de la Convention collective nationale des réseaux de transports urbains de voyageurs du 11 avril 1986, étendue par arrêté du 25 janvier 1993, et article 24 de la convention collective locale du 22 novembre 1989 conclue entre la société lyonnaise de transports et diverses organisations syndicales, cité par Soc., 15 décembre 2004, n° 0313074 ;

- l'article 3 de l'annexe « Mensualisation » à l'avenant « ouvriers » de la Convention collective nationale du caoutchouc du 13 janvier 1971, étendue par arrêté du 12 mai 1971, cité par Soc., 30 mars 2005, n° 04-45.556 ;

- les articles 13.01.2.1 et 13.01.2.4 de la convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951 dite FEHAP, modifiés par avenant n° 2009-01 du 3 avril 2009, cités par Soc., 20 mars 2013, pourvois n° 12-12.696 et n° 12-12.697 ;

⁴Loi n°78-49 du 19 janv.1978

⁵Art. D 1226-1 du CSS

Ou encore, applicable aux salariés qui ont saisi le conseil des prud'hommes de Grenoble :

- l'article 26 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966.

Celui-ci prévoit notamment :

« En cas d'arrêt de travail dû à la maladie, dûment constatée, les salariés comptant 1 an de présence dans l'entreprise recevront, sous déduction des indemnités journalières perçues au titre de la sécurité sociale et d'un régime complémentaire de prévoyance:

- pendant les 3 premiers mois : le salaire net qu'ils auraient perçu normalement sans interruption d'activité ;

- pendant les 3 mois suivants : le demi-salaire net correspondant à leur activité normale.

Les indemnités journalières de sécurité sociale à prendre en considération sont celles que le salarié doit régulièrement percevoir en dehors de tout abattement pour pénalité qu'il peut être appelé à subir de son chef.(...)

A défaut d'applicabilité d'une convention collective un système peut également résulter d'un contrat de travail individuel, des usages, ou encore de l'initiative unilatérale de l'employeur.

En matière d'assiette des cotisations sociales, la situation est particulière en cas de suspension du contrat de travail telle que résultant de la maladie. Dans une telle hypothèse, en effet, le salarié perçoit d'abord les indemnités journalières de sécurité sociale. Il s'agit là de prestations de sécurité sociale qui ne supportent pas elles-mêmes de cotisations sociales (Soc., 21 mai 2002, Bull. 2002, V, n° 166, n°9945454) mais sont, par ailleurs, imposables au titre des revenus des personnes physiques (article 80 quinquies du Code général des impôts)⁶.

En cas de maintien du salaire au profit d'un salarié absent pour cause de maladie, seul peut être déduit de l'assiette des cotisations sociales le montant des indemnités journalières versées par la caisse au salarié directement ou par l'intermédiaire de l'employeur (Soc, 30 oct. 1997, n°9611928). Ces indemnités ne sont donc pas assimilées à une rémunération. En revanche les indemnités journalières sont assujetties à la CSG et à la CRDS.⁷

On sait que, par ailleurs, le forfait social créé en 2008 par l'article 13 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 est une contribution à la charge de l'employeur, portant

⁶ Cf. Bulletin officiel des impôts § 20,80 à 130 16 avr. 2013

⁷ Dans la pratique des organismes de sécurité sociale, avant versement à l'assuré, toutes les indemnités maladie, maternité et accident du travail, quel que soit le régime fiscal de l'assuré, sont réduites de la Contribution au Remboursement de la Dette Sociale (CRDS) et de la Contribution Sociale Généralisée (CSG). Cela résulte, pour les Indemnités journalières maternité de l'article R 331-5 du CSS et de l'arrêté du 30 déc. 1995 ; pour les Indemnités journalières d'accident du travail de l'article R 433-5 du CSS et de l'arrêté du 3 août 1993. Concernant les Indemnités journalières pour maladie, on se reportera aux articles L. 136-2 et L. 136-8 II du même code .

sur les rémunérations ou gains qui sont assujettis à la CSG mais exclus de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, ainsi que le prévoit l'article L. 137-15 du Code de la sécurité sociale.

Lorsque le salarié bénéficie d'un mode de maintien du salaire en cas de maladie, l'employeur peut procéder au versement des indemnités journalières de sécurité sociale dont il demandera le remboursement à la caisse de sécurité sociale⁸. La mise en oeuvre comptable du maintien du salaire en cohérence avec la récupération par l'employeur des indemnités journalières avancées par lui posent des difficultés techniques non négligeables.

S'agissant du montant qu'il aura pu verser au salarié, seules les indemnités journalières seront exclues de l'assiette des cotisations sociales. En effet, l'article R. 242-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que "les cotisations à la charge des employeurs et des salariés ou assimilés au titre de la législation des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales sont calculées, lors de chaque paie, sur l'ensemble des sommes comprises dans ladite paie, telles qu'elles sont définies à l'article L. 242-1, y compris, le cas échéant, la valeur représentative des avantages en nature, mais déduction faite des prestations familiales mentionnées aux articles L. 511-1 et L. 755-11 à L. 755-23".

Sont incluses dans la base des cotisations les allocations complémentaires aux indemnités journalières de sécurité sociale, versées au titre de périodes d'incapacité temporaire de travail consécutive à une maladie, un accident, une maternité, en application du contrat de travail ou d'une convention collective, lorsqu'elles sont destinées à maintenir en tout ou en partie, pendant ces périodes, le salaire d'activité, que ces allocations soient versées directement par l'employeur ou pour son compte par l'intermédiaire d'un tiers (...)

Des suppléments peuvent résulter, par ailleurs, de l'adhésion du salarié, seuls ou de concert avec l'employeur, à un régime complémentaire. Dans une telle hypothèse seule les compléments perçus consécutivement aux cotisations de l'employeur seront intégrés à l'assiette des cotisations sociales (Soc.13 janv. 2000, Bull., V, n° 20 ; n°9717766).

Les indemnités complémentaires des indemnités journalières de sécurité sociale qui peuvent être à la charge de l'employeur ou versées par un tiers agissant pour lui sont également assujetties à la CSG.

Un dispositif conventionnel peut donc mettre en place une procédure dite d'alignement sur paie normale pour assurer au salarié le maintien de sa rémunération lorsqu'il est en situation de percevoir les indemnités journalières de la sécurité sociale. Il a pour but de créer un salaire maintenu qui ne peut se cumuler avec les indemnités journalières. Les conventions précisent souvent aussi que la conjonction des modes indemnitaires ne saurait conduire à une rémunération globale supérieure au salaire habituel. Cette précaution intègre plus particulièrement le fait que les indemnités journalières ne sont pas amputées de cotisations sociales. La chambre sociale a ainsi précisé qu'un salaire maintenu net ne saurait être substitué à des indemnités journalières d'un montant supérieur (Soc., 19 déc. 1990, n°8743705).

⁸Article R. 323-11 du CSS

Lorsque que le montant des indemnités journalières n'atteint pas celui du salaire net d'activité, un mécanisme d'alignement sur paie normale peut être mis en œuvre. Il a pour but de tenir compte, le cas échéant, de l'avance des indemnités journalières auxquelles l'employeur a pu procéder ainsi que des régularisations subséquentes.

Il a été jugé que, dans un cadre conventionnel, la comparaison entre le salaire et les indemnités journalières doit s'effectuer pour chaque mois concerné (Soc. 10 mai 2001, n° 9846478).

3 - La recevabilité de la demande d'avis :

3-1 - Au regard des règles de forme

En cours de délibéré, le président du bureau de jugement du conseil des prud'hommes de Grenoble a, par un courrier du 7 août 2015, avisé les conseils des parties et le ministère public que la juridiction envisageait de solliciter l'avis de la Cour de Cassation en application des articles L. 441 – 1 et L. 441 – 3 du code de l'organisation judiciaire sur la question formulée comme suit :

« La CSG et la CRDS, définies comme des cotisations sociales, doivent-elles s'appliquer sur les indemnités journalières de sécurité sociale, dans le cadre d'un maintien de salaire net de convention collective ? ».

Seul le conseil des salariés a répondu par une note en délibéré reçue le 9 septembre 2015, à la proposition de formulation d'observations que contenait le courrier du 7 août 2015.

Vidant son délibéré, le 5 octobre 2015, par un jugement avant-dire droit, le conseil des prud'hommes, procédant à la jonction des procédures :

“sollicite l'avis de la Cour de Cassation sur la question de droit”..., posée dans des termes inchangés par rapport à la formulation antérieure.

La décision rendue a été notifiée à chacun des salariés demandeurs, à l'employeur, aux conseils des parties, au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Grenoble, au premier président de la cour d'appel de Grenoble et au procureur général près la dite cour.

Le premier président de la Cour de Cassation a été avisé, le 9 octobre 2015, le dossier de la procédure étant reçu, le 12 octobre 2015.

L'examen de la question posée a été fixé au 4 janvier 2016.

Dans ces conditions, il y a lieu de constater que la procédure suivie et les diligences accomplies par le conseil des prud'hommes de Grenoble satisfont aux exigences des articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile.

3-2 - Au regard des conditions de fond

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire prévoit que :

“Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation.”

Il a été récemment complété comme suit par les dispositions suivantes issues de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 (art. 258) :

« Elles peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. »

Au regard des règles posées par cet article, la question faisant l'objet de la demande d'avis doit, pour être recevable : être posée à l'occasion d'une instance en cours, avoir été évoquée par les parties au litige, être une question de pur droit formulée de façon précise, commander l'issue du litige, être nouvelle, présenter une difficulté sérieuse et se poser dans de nombreux litiges.

3-2-1 Conditions relatives à la nature de la procédure en cours

La question posée l'est bien ici à l'occasion d'un litige pendant devant une juridiction compétente pour le contentieux concerné.

Elle est consécutive à une première interpellation des parties dans la mesure où, selon la décision qui saisit la cour, “à la barre, le Conseil a demandé aux parties (...) si la récente jurisprudence du Conseil d'Etat du 17 avril 2015, en vertu de la question préjudicielle posée à la Cour de Justice des Communautés Européennes concernant la qualification de la CSG et de la CRDS en droit français, trouvait à s'appliquer en la matière ;

Que les parties ont indiqué au Conseil qu'elles n'ont pas d'avis sur la jurisprudence précitée ; (...) ”

La question posée par l'avis a cependant été évoquée par les parties au litige dans la mesure où, à l'initiative de la juridiction et pendant son délibéré, l'opportunité de poser la question et la formulation de celle-ci ont fait l'objet d'une information aux parties et au ministère public qui ont été mis en mesure de formuler leurs observations.

3-2-2 Conditions relatives à la nature de la question

3-2-2-1 La demande d'avis doit porter sur une question de droit

L'avis de la Cour de Cassation ne peut être sollicité qu'à l'occasion d'une demande soulevant une question de droit, au sens de l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire. Il résulte de la décision du conseil des prud'hommes et des pièces du dossier, que les demandeurs ont formé une telle demande.

Sans préjuger du résultat de l'examen des autres conditions de fond de la demande d'avis, on peut considérer que la problématique évoquée dans la question peut être en rapport avec la solution du litige (cf, sur la seconde question, l'avis du 24 février 1995, n° 0940022, Bull. 1995, Avis, n° 1; Avis du 20 octobre 2000, n° 02-00.014, Bull. 2000, Avis, n° 8).

La problématique abordée par la question est-elle de pur droit ?

La notion de pur droit est bien connue de la Cour de cassation lorsqu'elle recourt à l'article 620 du code de procédure civile et concerne la substitution d'un motif pertinent qui ne s'applique qu'à des faits constatés par les juges du fond sans faire appel à d'autres constatations ou appréciations nouvelles.

Le concept de pur droit appliqué à la recevabilité d'une demande d'avis paraît quelque peu différent. En effet, il n'appartient pas ici à la Cour saisie pour avis de substituer un motif de droit à celui qu'a pu utiliser le juge du fond mais de formuler un avis pour la solution d'une problématique juridique censée être nouvelle, soulever une difficulté sérieuse et engager les solutions attendues à de nombreux litiges.

La Cour considère que lorsque la question sur laquelle son avis est sollicité ne répond pas à l'exigence d'être de pur droit et dégagée des éléments de fait de l'espèce, il n'y a pas lieu à avis (Cass. Avis du 5 déc ; 2011, Bull. 2011, Avis n°8, n°1100006 et avis du 11 déc.2011, Bull. 2011, Avis n° 9, n°110007).

L'avis n°8 "concernait une question mélangée de fait et de droit pour relever du pouvoir souverain du juge du fond à apprécier l'intérêt à agir du tiers opposant, d'autre part sur la recevabilité des demandes nouvelles formées par le salarié défendeur à la tierce opposition, question subordonnée à l'appréciation de l'indivisibilité du litige et de ses effets sur la tierce opposition". La Cour de cassation, en disant n'y avoir lieu à avis, a rappelé que pour relever d'une demande d'avis, les questions formulées doivent être de pur droit et dégagées des éléments de fait de l'espèce (cf Rapport annuel 2011).

Précédemment la Cour avait dit n'y avoir lieu à avis en exigeant que la question fût "de pur droit dégagée des éléments de fait de l'espèce" (Avis du 24 janv.1994, Bulletin 1994 AVIS n°1, n° 0930017).

L'adjonction d'une conjonction de coordination paraît évoquer la nécessité d'un cumul de conditions. Il semble cependant que la préoccupation principale rappelée soit bien de préserver le caractère général de l'avis en rejetant toute nécessité de prendre en considération des faits spécifiques et toute présentation qui pourrait faire confondre l'avis avec un arrêt anticipé de la Cour de cassation.

Cette préoccupation s'articule autour de la nécessité de conférer à la question un caractère général propre à guider les solutions particulières de litiges analogues à régler ou prévenir. Si la question rend nécessaire l'analyse d'une situation précise et concrète qui relève fondamentalement du pouvoir souverain du juge du fond, le recours à l'avis ne saurait prospérer.

En l'espèce, la formulation adoptée confère à la question un aspect général sinon abstrait. Cette apparence appelle cependant quelques tempéraments.

En effet, la référence au "cadre du maintien de salaire net de convention collective" est globale mais dissimule en réalité la nécessité pour le juge de se référer pour chacune des situations des salariés concernés, aux clauses spécifiques d'une convention collective déterminée. La formulation d'un avis ne saurait ici couvrir la diversité des clauses des

conventions collectives qui prévoient des modes divers de complément de l'indemnisation en cas de maladie qui est couverte par un système légal et conventionnel assurant, selon les cas, le versement d'indemnités journalières de sécurité sociale voire de compléments par l'employeur.

Si une convention collective peut elle-même être interprétée par la Cour qui peut même désormais être saisie pour avis à cette fin, la question ici posée en termes généraux dissimule la nécessité de l'analyse des cas au regard de la convention collective applicable.

Ce faisant, elle ne peut, à notre sens, être regardée comme étant de pur droit.

3-2-2-2 La question doit être précise

La question est ainsi formulée :

« La CSG et la CRDS, définies comme des cotisations sociales, doivent-elles s'appliquer sur les indemnités journalières de sécurité sociale, dans le cadre d'un maintien de salaire net de convention collective ? ».

Si la question posée telle qu'elle est contenue dans sa première partie, est seulement de savoir si la CSG et la CRDS doivent s'appliquer sur les indemnités journalières de sécurité sociale, la réponse légale est aussi rapide que précise. Il résulte de l'article L. 136-2, II, 7° du code de la sécurité sociale que les indemnités journalières sont clairement prévues comme faisant parties de l'assiette de ces cotisations spécifiques.

La question emploie cependant la formule suivante : "la CSG et la CRDS, définies comme des cotisations sociales..."

Cette formule incise est en réalité imprécise et porteuse de complexité car elle comporte une référence implicite au débat juridique ouvert jadis et ailleurs sur la nature de la CSG et de la CRDS et partiellement abordé par les motifs de la décision.

En effet la nature de la CSG, comme ensuite celle de la CRDS, a fait l'objet de décisions rendues tant par le Conseil Constitutionnel que par le Conseil d'Etat, la Cour de Justice de Luxembourg et, bien évidemment, la Cour de cassation.

3-3 - Le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel juge de manière constante que la contribution sociale généralisée (CSG), la contribution pour le remboursement de la dette sociale (CRDS) et le prélèvement social constituent des impositions et non des cotisations sociales.

Pour le Conseil constitutionnel, la spécificité de la cotisation sociale est que les affiliés obligatoires ont vocation à bénéficier des contreparties servies sous forme de prestations ou autres avantages (Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, considérant n°119).

Quant à la distinction avec les impositions de toute nature, elle a une portée relative aux compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire. En effet c'est de ce dernier que dépend la fixation du taux des cotisations sociales tandis qu'en matière

fiscale, le taux comme l'assiette et le mode du recouvrement sont de la compétence du législateur.⁹

S'agissant de la CSG, le juge de la constitutionnalité a notamment retenu :

- « (...)8. Considérant que sous l'intitulé "Institution d'une contribution sociale généralisée", la loi crée, par son article 127, une contribution sociale sur les revenus d'activité et sur les revenus de remplacement, par son article 132, une contribution sociale sur les revenus du patrimoine et, par son article 133, une contribution sociale sur les produits de placement ;

- 9. Considérant que ces contributions nouvelles entrent dans la catégorie des "impositions de toutes natures" visées à l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement ; que, dès lors, les dispositions des articles 127 à 134 sont au nombre de celles qui peuvent figurer dans un texte de loi de finances en vertu du troisième alinéa de l'article premier de l'ordonnance n°59-2 du 2 janvier 1959 (...)” (Cons. const., 28 décembre 1990, n° 90-285 DC) .

Sur cette base, le juge de la constitutionnalité des lois considère notamment que :

...“ 9 (...) s'il est loisible au législateur de modifier l'assiette de la contribution sociale généralisée afin d'alléger la charge pesant sur les contribuables les plus modestes, c'est à la condition de ne pas provoquer de rupture caractérisée de l'égalité entre ces contribuables”... (Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC).

S'agissant de la CRDS, le Conseil constitutionnel a jugé :

“(...) 25. Considérant, en premier lieu, que relèvent de la catégorie des impositions de toutes natures au sens de l'article 34 de la Constitution la contribution sociale généralisée, la contribution pour le remboursement de la dette sociale, le prélèvement social sur les revenus du patrimoine et les produits de placement ainsi que la contribution additionnelle affectée à la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie ; qu'il s'ensuit que l'inclusion de ces impositions dans le montant des impôts directs pris en compte n'est pas inappropriée à la réalisation de l'objet que s'est fixé le législateur ; (...) » (Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-555 DC).

3-4 - Le Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat, pour ce qui le concerne, fait également prévaloir le caractère fiscal des contributions en cause. Il a ainsi jugé : “(...) qu'ainsi, et alors même que ladite contribution [la contribution sociale généralisée] présente le caractère d'une imposition de toute nature et non celui d'une cotisation de sécurité sociale au sens des dispositions constitutionnelles et législatives nationales et qu'elle peut être regardée comme un impôt direct au sens de l'article L. 199 du livre des procédures fiscales...” (CE, 4 juin 2007, n° 269449).

⁹Cf. Philippe Flores, « La CSG : prélèvement de nature fiscale ou cotisation sociale ? », Recueil Dalloz, 12 juil.2012; n°27 p.1770 .

Il a également jugé que :

« (...) la CRDS assise sur les revenus du patrimoine constitue une imposition de toute nature et non une cotisation de sécurité sociale, dès lors que l'obligation faite par la loi de payer cette contribution reste sans effet sur les droits aux prestations d'assurance maladie des personnes qui s'en acquittent et ne constitue pas une condition d'ouverture des droits aux prestations d'un régime de sécurité sociale ... » (CE, 4 mai 2011, n° 330551 cf. aussi : CE, 11 juin 2014, n° 358301).

Le Conseil d'Etat a cependant été amené à préciser sa jurisprudence en matière de qualification de la CSG au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Il a ainsi considéré que :

« (...) alors même que la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que ces mêmes prélèvements [la contribution sociale généralisée et la contribution pour le remboursement de la dette sociale], en tant qu'ils frappaient des salaires et avaient pour objet de financer des régimes de sécurité sociale, entraient dans le champ d'application des règlements communautaires régissant le droit d'assujettir les travailleurs frontaliers à des cotisations sociales, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que ces prélèvements ont le caractère d'impositions de toute nature et non celui de cotisations de sécurité sociale, au sens des dispositions constitutionnelles et législatives nationales ; (...) » (CE, 7 janvier 2004, n° 237395 ; cf. également : CE, 15 juin 2005 n° 258039).

Confronté aux problématiques particulières posées par les règles européennes de coordination des régimes de protection sociale, le Conseil d'Etat a été conduit à faire évoluer sa jurisprudence ainsi qu'il sera précisé plus bas (Conseil d'Etat, 3ème / 8ème SSR, 17 avr.2015, n°365511; Conseil d'Etat, 10ème / 9ème SSR, 27 juil.2015, n°334551).

3-5 - L'approche de la juridiction européenne

Dans son arrêt du 15 février 2000, *Commission c/ France* (C-34/98), la CJCE a jugé que:

« (...) La thèse du gouvernement français, selon laquelle la CRDS, en ce qu'elle serait en réalité à qualifier d'impôt, échapperait au champ d'application du règlement n° 1408/71 et, partant, à l'interdiction du cumul des législations applicables, ne saurait être retenue.

En effet, la circonstance qu'un prélèvement soit qualifié d'impôt par une législation nationale ne signifie pas que, au regard du règlement n°1408/71, ce même prélèvement ne puisse être regardé comme relevant du champ d'application de ce règlement et, partant, soit visé par la règle du non-cumul des législations applicables.

(...) l'élément déterminant aux fins de l'application du règlement n° 1408/71 réside dans le lien que doit présenter la disposition en cause avec les lois qui régissent les branches de sécurité sociale énumérées à l'article 4 du même règlement, lien qui doit être direct et suffisamment pertinent.

(...) la CRDS présente un tel lien direct et suffisamment pertinent avec le régime général de sécurité sociale français pour qu'elle puisse être regardée comme un prélèvement visé par l'interdiction de double cotisation. (...) ».

La CJCE a précisé son approche de la qualification des contributions en cause en jugeant qu'il apparaît que, à supposer même que la partie de la contribution sociale généralisée assise sur les revenus d'activité et les revenus de remplacement doive être considérée comme une cotisation plutôt que comme un financement venant des ressources publiques, le lien entre ladite contribution et l'allocation supplémentaire ne paraît pas suffisamment identifiable pour que cette allocation puisse être qualifiée de prestation à caractère contributif.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier l'exactitude des éléments énoncés aux points 48 à 52 du présent arrêt afin de constater d'une manière conclusive le caractère contributif ou non contributif de la prestation en cause. (...) » (CJCE, arrêt du 16 janvier 2007, José Perez Naranjo c/ CRAM Nord-Picardie, C-265/05).

Ultérieurement, la Cour a retenu dans son arrêt du 3 avril 2008, Derouin c/ Urssaf de Paris – Région parisienne (C-103/06) que :

« (...) 14. M. Derouin conteste devant le tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris le paiement de la CSG et de la CRDS calculées sur ses revenus perçus au Royaume-Uni, au motif que ces contributions constituent non pas des cotisations de sécurité sociale, mais des impôts.

(...) 22. En ce qui concerne (...) l'applicabilité du règlement n°1408/71 à la CSG et à la CRDS, la Cour a jugé que ces contributions entrent dans le champ d'application de ce règlement.(...) »

Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne, par son arrêt du 26 février 2015, se prononçant sur la question dont le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, l'avait saisie à titre préjudiciel, a jugé que les personnes affiliées à un régime de sécurité sociale d'un autre État membre de l'UE ne peuvent pas être soumises aux prélèvements sociaux français sur leurs revenus du patrimoine.

La CJUE a notamment retenu que :

“ (...) Il découle de ce qui précède que l'application des dispositions du règlement n°1408/71 ne saurait être limitée aux revenus que ces personnes tirent de leurs relations de travail, sous peine de créer des disparités dans l'application de l'article 13 de ce règlement en fonction de l'origine des revenus que celles-ci perçoivent.

(...) Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question posée que le règlement n°1408/71 doit être interprété en ce sens que des prélèvements sur les revenus du patrimoine, tels que ceux en cause au principal, présentent, lorsqu'ils participent au financement des régimes obligatoires de sécurité sociale, un lien direct et pertinent avec certaines des branches de sécurité sociale énumérées à l'article 4 du règlement n°1408/71 et relèvent donc du champ d'application de ce règlement, alors même que ces prélèvements sont assis sur les revenus du patrimoine des personnes assujetties, indépendamment de l'exercice par ces dernières de toute activité professionnelle. (...) ”.

Les décisions ultérieures du Conseil d'Etat évoquées plus haut s'inscrivent dans cette ligne.

La motivation du Conseil des prud'hommes de Grenoble se réfère d'ailleurs explicitement à l'arrêt rendu par la haute juridiction administrative, le 17 avril 2015 après la saisine préjudicielle de la CJUE évoquée ci-dessus.

Dans cette affaire, une personne non soumise à l'affiliation à un régime obligatoire français de sécurité sociale demandait à être déchargée des cotisations de contribution sociale généralisée et de contribution au remboursement de la dette sociale qu'il avait acquittées lors de la réalisation de plus-values immobilières.

L'arrêt considère notamment : (...) qu'il résulte de ce qui précède qu'en se bornant à juger, pour écarter le moyen de M. A...tiré de ce qu'il n'avait pas à acquitter la contribution sociale généralisée et la contribution au remboursement de la dette sociale en l'absence d'affiliation à un régime obligatoire français de sécurité sociale, que ces cotisations, dépourvues de tout lien avec l'ouverture d'un droit à une prestation ou à un avantage servi par un régime de sécurité sociale, ont le caractère d'impositions de toute nature et non celui de cotisations de sécurité sociale au sens des dispositions constitutionnelles et législatives nationales, la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit (Conseil d'Etat n°365511, inédit au recueil Lebon).

3-6 - La Cour de cassation

Par un arrêt rendu au seul visa de l'article 62 de la constitution¹⁰, la chambre sociale a cassé le jugement d'un conseil des prud'hommes déniant à la CSG la nature d'une imposition de toute nature soulignée par la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 1990 précitée (Soc., 25 mars 1998, Bull. 1998, V, n° 175, n°9545198).

Ultérieurement, s'agissant du paiement de la CSG sur les salaires versés par une société à des employés résidant en Belgique, faisant application des articles 13, 14 à 17 du Règlement CEE 1408/71 du 14 juin 1971 et de l'article L136-1 du Code de la sécurité sociale, la chambre sociale a jugé que la contribution sociale généralisée instituée par l'article L. 136-1 du Code de la sécurité sociale revêt, du fait de son affectation exclusive au financement des divers régimes de sécurité sociale, la nature d'une cotisation de sécurité sociale, recouvrée, en application de l'article 13 du règlement CEE n° 1408/71 du 14 juin 1971, selon la législation du pays de l'Etat membre dans lequel le salarié exerce son activité, même si celui-ci réside sur le territoire d'un autre Etat membre. Dès lors, les ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne, qui exercent leur activité salariée en France et résident sur le territoire d'un autre Etat membre, sont soumis à la contribution sociale généralisée, sauf s'ils sont affiliés dans un autre Etat en application des articles 14 à 17 du règlement du 14 juin 1971 (Soc, 5 avr. 2001, Bull. 2001, V, n° 125, n°9918886).

La chambre sociale a précisé quelques mois plus tard qu'il résulte des dispositions de l'article L. 136-1 du Code de la sécurité sociale, telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes, qu'en raison de l'affectation sociale de la contribution sociale sur les revenus d'activité et de remplacement créée par ce texte, celle-ci a la nature d'une cotisation sociale, et non d'une imposition, de sorte qu'un ressortissant français résidant en France, mais exerçant une activité salariée en Suisse et affilié au régime de sécurité sociale suisse en application de la Convention

¹⁰ Cf commentaire de Xavier Prétot, Recueil Dalloz 1998 p.388

franco-suisse de sécurité sociale, n'en est pas redevable (Soc., 18 oct. 2001, Bull. 2001, V, n° 327, n° 0012463).

En 2012, la chambre sociale qui statuait en matière de coordination intra-européenne de la protection sociale, a, sur un mode que l'on ne saurait opposer frontalement à la jurisprudence précitée du Conseil Constitutionnel, jugé que si la contribution sociale généralisée entre dans la catégorie des "impositions de toute nature" au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient dès lors au législateur de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement, cette contribution revêt également, du fait de son affectation exclusive au financement de divers régimes de sécurité sociale, la nature d'une cotisation sociale au sens de l'article 13 du Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971. (Soc., 31 mai 2012, Bull. 2012, V, n° 166, n° 1110762 ; cf. La Semaine juridique, édition social, n° 30, 24 juillet 2012, Jurisprudence, n° 1336, p. 37 à 39, note Lydie Dauxerre ("La nature juridique de la CSG : une lueur dans l'obscurité ?").

L'exposé, qui précède, des jurisprudences des divers ordres de juridiction et concernant la qualification de la CSG et de la CRDS, trouve son origine dans l'allusion faite par la question sollicitant l'avis en tant qu'elle paraît poser pour axiome la qualification de la CSG et de la CRDS comme cotisations sociales et vouloir tirer de celle-ci des conséquences de droit efficaces pour la solution du litige.

Or, la portée de la distinction parfois opérée entre les deux qualifications retenues exclusivement ou alternativement est sans rapport avec le contentieux soumis ici à la juridiction prud'homale. En effet, l'éventuelle application de la jurisprudence européenne supposerait que le litige emportât application de la réglementation communautaire. Mais si le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 pose notamment un double principe d'unicité d'affiliation à un régime de sécurité sociale et d'unicité de cotisation, c'est exclusivement pour les personnes qui en relèvent. En l'espèce la demande est formée par des salariés occupés et affiliés en France.

De ce fait la question s'avère en réalité pour le moins imprécise.

Sous une forme qui donne l'apparence de la précision, la question posée dans la demande d'avis du conseil des prud'hommes de Grenoble est en réalité formulée de manière très générale et n'énonce aucune question de droit précise.¹¹

Elle n'est en outre pas pertinente.

3-7 La question constituant la demande n'est pas pertinente.

L'avis sollicité ne saurait être rendu que si la question posée est pertinente, c'est à dire si elle possède un caractère de nouveauté et si la problématique évoquée est juridiquement sérieuse.

3-7-1 La nouveauté

¹¹ Avis du 29 octobre 2007, Bull. 2007, Avis, n° 12, n° 0700014

L'une des fonctions attribuées à la procédure organisée par l'article L. 441-1 du code de procédure pénale est de permettre d'apporter rapidement solution à une difficulté juridique nouvelle engendrant ou pouvant engendrer un contentieux abondant à la charge des juridictions judiciaires.

Une telle situation peut notamment résulter de l'introduction dans le droit positif d'une norme nouvelle révélant rapidement une nécessité d'interprétation. Elle peut aussi résulter, à propos d'un texte qui n'est pas récent, de la survenance d'une décision prise par une juridiction non judiciaire au regard de laquelle une interprétation cohérente est nécessaire ou au moins souhaitable.

En ce qui concerne la CSG comme la CRDS, aucun texte récent n'est venu modifier sensiblement leur régime juridique. Il en est de même pour les indemnités journalières. La récente jurisprudence de la CJUE et celle, subséquente, du Conseil d'Etat qui ont été évoquées plus haut pour souligner le caractère objectivement imprécis de la question formulée ne sont pas en l'espèce constitutives de la nouveauté qui légitimerait la demande d'avis.

La constatation de l'existence de jurisprudences d'égale pertinence, diversifiées voire divergentes, de la part des juridictions du fond, pourrait aussi illustrer une telle nécessité. Sans attendre que la problématique juridique nouvelle soit en mesure d'être résolue par un arrêt de la Cour de cassation, la saisine pour avis pourrait en effet constituer une aide précieuse pour les juges du fond.

Il convient donc de rechercher si la question posée comporte un caractère de nouveauté emportant la nécessité de formuler l'avis sollicité. En effet, même si l'on peut considérer que, dans ce type de procédure, "l'avis se borne à faire état d'une analyse originale, véritable norme provisoire posée comme telle, sur laquelle les tribunaux peuvent faire fond"¹², encore faut-il que son utilité soit démontrée.

Au delà du manque de précision et de clarté juridique qui nous paraît ici attaché à la formulation de la question, celle-ci concerne objectivement les modalités du maintien de salaire en cas de maladie d'un salarié pouvant bénéficier, outre les indemnités journalières de la sécurité sociale, d'un processus de rémunération complémentaire dit de maintien de salaire. Plus particulièrement la question se poserait du mode de prise en compte de la CSG et de la CRDS appliquées aux indemnités journalières dans le calcul et le paiement de la rémunération complémentaire venant, par les effets de la convention collective, se substituer au salaire habituellement perçu par le salarié.

Tous les revenus de remplacement - dans et hors sécurité sociale - sont inclus dans l'assiette de la CSG et de la CRDS, le champ de cette dernière étant quant à lui étendu à d'autres prestations et indemnités par l'article 14 de l'ordonnance n°96-50 du 24 janvier 1996.

Les indemnités journalières versées par les organismes de sécurité sociale, seules visées par la question posée sont assujetties en application de l'article L 136-2 du CSS.

A notre sens, il n'appartient pas à la Cour de reformuler la question dont le libellé résulte du délibéré de la juridiction du fond. Certes, eu égard aux enjeux qu'une problématique

¹² Rémy Libchaber, La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel, RTD Civ.2003 p.157

nouvelle pourrait représenter sur la charge des juridictions du fond, on pourrait considérer que la Cour n'est pas strictement liée par la formulation adoptée et pourrait mettre en évidence la problématique juridique qui à ses yeux, appellerait son avis. La procédure d'avis a vocation à contribuer à l'efficacité de l'institution judiciaire. Il peut donc être souhaitable qu'elle soit abordée de façon pragmatique.

Cependant, en l'espèce les imperfections de la question prise dans sa pertinence même ne permettent aucunement une lecture extensive qui rende nécessaire la reddition d'un avis par la Cour.

Le mode de calcul du salaire dû dans le cadre d'un dispositif de maintien du salaire peut revêtir une certaine complexité technique. On en trouvera cependant une description claire autant qu'enlevée proposée par Camille Goasguen en 2003¹³.

Les modalités actuelles de prise en compte comptable des règles et pratiques relatives à la matière sont, par ailleurs, parfaitement illustrées par une récente présentation sur le site de Légisocial¹⁴.

La matière a été traitée à plusieurs reprises par la chambre sociale qui a notamment fait évoluer sa jurisprudence par plusieurs arrêts rendus en 2004.

Elle avait ainsi retenu qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 7 incorporé par l'avenant du 29 janvier 1974 à l'accord national du 10 juillet 1979, étendu par arrêté du 8 octobre 1973, et de l'article 16-2 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972, étendue, que le complément de salaire versé par l'employeur au salarié absent pour maladie ou accident doit lui permettre de conserver un salaire net d'activité et en avait déduit que seule la prise en compte du montant net de l'indemnité journalière pour calculer le montant du complément de salaire dû par l'employeur permet de maintenir au salarié ce salaire net d'activité (Soc, 4 juillet 2002 Bull. V n° 233, n°0100708).

La même solution a été adoptée à propos de la convention collective du caoutchouc (Soc., 30 sept. 2003, n° 0244868).

Mais une série d'arrêts rendus le 15 décembre 2004 constituent un revirement de la jurisprudence de la chambre qui juge notamment que:

- Vu l'article 7, dans sa rédaction résultant de l'avenant du 29 janvier 1974, de l'Accord national du 10 juillet 1970 sur la mensualisation du personnel ouvrier conclu dans la branche de la métallurgie ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que le salarié en arrêt de travail pour maladie a droit, dans les cas qu'il prévoit, à la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler ;

Que pour la détermination de cette rémunération, les indemnités ou prestations sont retenues pour leur montant avant précompte des contributions sociales ou impositions de toute nature que la loi met à la charge du salarié ;

¹³ Détermination du salaire à maintenir, Semaine sociale LAMY n°1136 du 22 sept.2003,p.12.

¹⁴ <http://www.legisocial.fr/actualites-sociales/1673-bulletin-de-paie-commente-salarie-en-arret-de-maladie-avec-maintien-100-du-net-strict.html>

Attendu que MM. B., G. et V., salariés de la société R., ont saisi le conseil de prud'hommes en paiement de rappels de salaires et congés payés pour des périodes afférentes à la maladie, par application de l'Accord susvisé ;
Attendu que, pour faire droit aux demandes, le conseil de prud'hommes a énoncé notamment que d'un point de vue arithmétique seule la prise en charge du montant net de l'indemnité journalière permet l'alignement de la rémunération nette du salarié en congé maladie sur la rémunération nette du salarié en activité, conformément aux accords collectifs en vigueur, sans décharger pour autant le salarié de sa contribution fiscale ;
Qu'en statuant ainsi, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé (...)” (Bull. V n° 339, n° 0243033).¹⁵

La chambre considère donc que, sauf dispositions conventionnelles contraires, les indemnités journalières de la sécurité sociale sont à retenir pour leur montant brut, c'est à dire avant tout précompte des contributions sociales dont il faut rappeler que la charge est imputée au salarié par l'effet de la loi.

La solution a été réaffirmée notamment par un arrêt selon lequel il résulte des dispositions de l'article 3 de l'annexe "Mensualisation" à l'avenant "ouvriers" de la convention collective nationale du caoutchouc du 13 janvier 1971, étendue par arrêté du 12 mai 1971, que le salarié en arrêt de travail pour maladie a droit, dans les cas prévus par ce texte, à la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler. Pour la détermination de cette rémunération, les indemnités ou prestations sont retenues pour leur montant avant précompte des contributions sociales et des impositions de toute nature que la loi met à la charge du salarié (Soc.,30 mars 2005, Bull. 2005, V, n°115, n°0445556).

Elle est rappelée dans l'arrêt rendu, le 28 septembre 2005 (n°0447612) en ces termes: " Vu l'article 7 de l'Accord national du 10 juillet 1970 sur la mensualisation du personnel ouvrier de la métallurgie, étendu par arrêté du 8 octobre 1973, dans sa rédaction modifiée résultant de l'avenant du 29 janvier 1974 étendu par arrêté du 15 juillet 1974 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que le salarié en arrêt de travail pour maladie a droit, dans les cas qu'il prévoit, à la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler ; que pour la détermination de cette rémunération, les indemnités ou prestations sont retenues pour leur montant avant précompte des contributions sociales et des impositions de toute nature que la loi met à la charge du salarié ;

Attendu que suite à l'entrée en vigueur de la CSG et de la CRDS applicables à des taux différents tant sur les revenus d'activité que sur les revenus de remplacement, la société Renault percevant directement de la sécurité sociale le montant des indemnités journalières a, pour la mise en oeuvre des dispositions conventionnelles susvisées, pris en compte dans ses calculs le montant de la CSG et de la CRDS ; que M. D. soutenant qu'eu égard au mode de calcul de l'employeur, il n'avait pas été rempli de leurs droits, a saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes d'une demande de rappel de salaires et de congés payés afférents ;

Attendu que pour accueillir la demande de M. D. le conseil de prud'hommes, statuant en matière de référé, a décidé que le complément de salaire versé par l'entreprise doit permettre au salarié de conserver son salaire net d'activité ;

Qu'en statuant ainsi, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, la formation de référé a violé les textes susvisés ;(...)"

¹⁵Voir aussi Soc.15 déc.2004, Bull. 2004, V, n° 0313074

Statuant dans une affaire relative à des dispositions de la convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951 dite FEHAP, modifiés par avenant n° 2009-01 du 3 avril 2009, la chambre sociale a jugé que " pour accueillir leur demande, le conseil de prud'hommes retient que les "jurisprudences" de la Cour de cassation citées par l'employeur s'appliquaient à des textes concernant d'autres conventions collectives et que la convention nationale de 1951 précise que le salarié a droit au maintien de son salaire net entier ;

Qu'en statuant ainsi, alors que pour déterminer la rémunération maintenue au salarié malade, les indemnités journalières versées par la sécurité sociale sont retenues pour leur montant brut avant précompte des contributions sociales et impositions de toute nature que la loi met à la charge du salarié, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ;(...) (Soc, 20mars 2013, n°1212696 et 1212697).

On se doit aussi de relever que la chambre sociale a déjà été amenée à statuer pour l'application de l'article 26 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées. Elle a précisé à cette occasion que "(...)pour déterminer la rémunération maintenue au salarié malade, ces dispositions ne prévoient pas que les indemnités journalières sont retenues pour leur montant après précompte des contributions sociales et des impositions de toute nature que la loi met à la charge du salarié(...)" (Soc.,17 oct. 2007, n°0645085).

On relèvera enfin que, statuant en matière de réparation intégrale du préjudice des victimes d'infractions, la Cour a jugé "que le montant des indemnités journalières servies par la caisse, qui inclut la cotisation sociale généralisée et la cotisation pour le remboursement de la dette sociale, devait être imputé non sur le montant net du salaire mais sur un montant comprenant celui de ces deux prélèvements" (Civ. 2, 29 juin 2009, Bull.II, n°172, n°0817912).

Au bénéfice des observations qui précèdent, la question posée par la demande d'avis ne contient par rapport à la problématique traitée par la Cour en cette matière, aucun élément de nouveauté.

3-7-2 Le sérieux de la question

Il convient de s'interroger ici sur l'originalité et la difficulté juridique particulière de la question énoncée par le conseil des prud'hommes et que l'état actuel du droit ne permettrait pas de résoudre. Prévue pour constituer une mesure de prévention judiciaire, la procédure d'avis a en effet pour ce faire une dimension juridique et une composante matérielle en termes de contentieux réel ou potentiel.

En l'espèce, par sa formulation, la question pourrait appeler, on l'a vu, une réponse aisée et rapide rendant l'avis inutile.

Prise dans sa globalité la problématique juridique soulevée devant le juge du fond est parfaitement identifiable en l'état du droit régissant la matière. La lecture des conclusions déposées par les parties démontre d'ailleurs qu'elle est parfaitement repérée.

L'existence de la jurisprudence rappelée plus haut laisse évidemment les parties libres de leurs demandes et conclusions mais l'avis sollicité ne saurait, dans les conditions qui

viennent d'être caractérisées, constituer un substitut à l'appréciation de la situation par les juges du fond voire à un éventuel arrêt qui viendrait à être un jour recherché auprès de la Cour de cassation dans cette espèce.

Une illustration voire une démonstration du sérieux de la question et de l'opportunité de l'évoquer dans un avis de la Cour pourrait être constituée par l'abondance de décisions sollicitées ou récemment rendues et pouvant comporter des divergences.

Il a été procédé à ce propos à une consultation des parquets généraux afin que ceux-ci recensent auprès des chambres sociales et des conseils de prud'hommes de leurs ressorts les affaires récemment jugées ou pendantes pouvant être en rapport avec la question contenue dans la demande d'avis. Le résultat de cette consultation démontre l'absence de litiges nombreux qui pourraient être concernés par la présente demande d'avis¹⁶.

Enfin, aucune affaire de cette nature n'est actuellement pendante devant la Cour de cassation.

Au bénéfice des observations qui précèdent, on peut considérer que la Cour peut s'arrêter à l'un des obstacles que le contrôle de ces conditions de fond met à l'examen de cette demande d'avis.

Je conclus donc à ce que la Cour de cassation dise n'y avoir lieu à répondre à la demande d'avis du conseil des prud'hommes de Grenoble.

¹⁶ cf tableau des réponses en annexe

Procédure de demande d'avis n°B15-700.04

La fréquence du contentieux lié à la demande d'avis

SYNTHÈSE DES RÉPONSES DES PARQUETS GÉNÉRAUX

Cour	Affaires jugées CA	Affaires pendantes CA	Affaires jugées CPH	Affaires pendantes CPH
Aix-en-Provence	0	0	0	0
Agen	0	0	0	0
Amiens				
Angers	0	0	0	0
Basse-Terre	0	0	0	0
Bastia	0	0	0	0
Besançon	0	0	0	0
Bourges	0	0	0	0
Bordeaux	0	0	0	0
Caen	0	0	0	0
Chambéry	0	0	0	0
Colmar	0	0		
Dijon	0	0	0	0
Douai	0	0		
Fort de France	0	0	0	0
Grenoble	1	0	0	1
Lyon	1 (2002)	0	0	
Metz	0	0	1 (2008)	
Montpellier	0	0		

Nancy	NC			
Nîmes	0	0		
Nouméa	0	0	0	0
Orléans	NC			
Papeete	S.O.	S.O.	S.O.	S.O.
Paris ¹	0	0		
Pau	0	0		
Poitiers	0	0	0	0
Reims	0	0	0	0
Rennes	0	0	0	0
Rouen	0	0	0	0
St-Denis de la Réunion	0	0	0	0
Toulouse	0	0	0	0
Versailles				

¹A défaut de contentieux identiques ,on signale du contentieux en référé concernant la présentation des bulletin de paie et la tardiveté du versement des indemnités journalières par les organismes de sécurité sociale