

Paris, le 10 mars 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-105

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu l'article 1240 du Code civil ;

Vu les articles L.640-1, L.644-1, L.645-1, L.161-17 et R.641-1 3° du Code de la sécurité sociale ;

Vu l'arrêté du 27 février 1974 modifié portant approbation des statuts de la section professionnelle des médecins relatifs au régime d'assurance vieillesse complémentaire, ensemble les arrêtés qui ont approuvé les modifications apportées aux statuts de ladite section ;

Vu l'arrêté du 28 septembre 2011 portant approbation des modifications apportées aux statuts du régime d'assurance vieillesse complémentaire, du régime invalidité-décès et du régime des prestations supplémentaires de vieillesse de la section professionnelle des médecins ;

Vu l'article 15 des statuts du régime complémentaire d'assurance vieillesse de la caisse autonome de retraite des médecins de France ;

Vu l'article 16 bis des statuts du régime des allocations supplémentaires de vieillesse de la caisse autonome de retraite des médecins de France ;

Saisi par Monsieur X qui estime avoir subi une atteinte à ses droits d'usager du service public de la gestion et de la liquidation de la retraite, et à son droit de propriété,

Décide de présenter les observations suivantes devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z

Jacques TOUBON

Observations présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative au refus d'une caisse de retraite de procéder à la liquidation de la retraite complémentaire et de l'allocation supplémentaire de vieillesse (ASV) de Monsieur X.

Faits

Monsieur X a été affilié à la caisse de retraite en qualité d'ophtalmologiste à compter du 1er avril 1973 et jusqu'à l'année 2007, durant laquelle une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte à son encontre.

Par un jugement du 15 février 2008, le tribunal de grande instance de Y a prononcé la clôture de cette procédure pour insuffisance d'actifs.

Après avoir travaillé quelques mois en qualité de salarié, il s'est réinstallé en libéral avec l'autorisation de son ordre professionnel.

A compter de cette date, il s'est acquitté du paiement de l'intégralité des cotisations dues dans le cadre de sa reprise d'activité.

En réponse à une demande de Monsieur X relative à l'évaluation de ses droits à retraite, qu'il envisageait de faire liquider, la caisse de retraite lui a adressé un courrier en date du 25 novembre 2015 comprenant :

- une évaluation composée exclusivement de la retraite de base, sur 137 trimestres, d'un montant annuel de 5.987,12 euros ;
- une évaluation, fondée sur une durée d'assurance de 167 trimestres, composée de la retraite de base, de la retraite complémentaire et d'une allocation supplémentaire de vieillesse (A.S.V.), d'un montant annuel de 38.007,37 euros.

Le même courrier indiquait que Monsieur X restait redevable de l'arriéré des cotisations non réglées entre les années 1993 et 2007, représentant une somme de 325 427, 21 euros. Cette information était complétée par celle suivant laquelle la liquidation de l'ensemble des droits à retraite sur le fondement de la seconde évaluation proposée, ne pourrait intervenir qu'après règlement de cet arriéré.

A défaut, seule la retraite de base pourrait être liquidée.

Le 1er mars 2016, la caisse de retraite a confirmé cette position.

Par une décision notifiée le 20 mai 2016, la commission de recours amiable a rejeté la contestation de Monsieur X.

Depuis le 1er janvier 2017, Monsieur X perçoit une allocation de retraite de base d'un montant brut mensuel de 563,95 euros.

En réponse à un courrier que Monsieur X lui a adressé le 21 décembre 2016, la caisse de retraite a fait valoir, par lettre du 6 janvier 2017, que la procédure de liquidation judiciaire ouverte en 2007, qui avait été clôturée pour insuffisance d'actifs en 2008, n'avait pas entraîné l'annulation de sa dette de cotisations. Par suite, il ne pouvait prétendre ni au versement de sa retraite complémentaire ni à celui de l'ASV.

Monsieur X a saisi le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z, lequel doit examiner cette affaire lors de son audience du 14 mars 2017.

Instruction

Par courrier en date du 21 février 2017, les services du Défenseur des droits ont adressé à la caisse de retraite une note récapitulative reprenant les éléments de fait et de droit conduisant à considérer qu'à défaut, pour la caisse, de liquider les droits à retraite complémentaire et à l'ASV de Monsieur X, les droits de celui-ci en sa qualité d'utilisateur du service de l'assurance vieillesse complémentaire obligatoire, étaient méconnus.

La caisse de retraite était invitée à présenter les éléments qu'elle estimait utiles de porter à la connaissance du Défenseur de droits dans un délai de quinze jours à compter de la réception du courrier.

Par un courrier du 7 mars 2017, le directeur de la caisse de retraite a apporté divers éléments de réponse aux services du Défenseur des droits.

Discussion

Le code de sécurité sociale a prévu l'organisation autonome de l'assurance vieillesse des professions libérales (article L.641-1), laquelle pour les médecins exerçant à titre libéral, a été confiée à la caisse de retraite (article L.640-1).

S'agissant des prestations vieillesse complémentaires, cette caisse gère un régime complémentaire d'assurance vieillesse, et un régime d'allocation supplémentaire de vieillesse (ASV).

En vertu de textes légaux et réglementaires, les règles de ces régimes complémentaires sont fixées par des statuts, propres à la caisse de retraite, approuvés par arrêtés ministériels.

Le refus de la caisse de retraite de liquider la retraite complémentaire et l'ASV, au motif de l'existence d'une dette de cotisations relative à la période comprise entre les années 1993 et 2007, porte atteinte à certains droits de l'utilisateur du service public de l'assurance vieillesse obligatoire.

Tout d'abord, la caisse n'a pas rempli son devoir d'information au sujet des effets que ses statuts faisaient produire à l'existence d'une dette de cotisations, sur les droits de l'assuré en matière de retraite complémentaire et d'ASV.

En outre et en tout état de cause, la portée qu'elle confère à ses statuts est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, et au droit de propriété protégé par l'article 1er du protocole n°1 annexé à la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1°) L'absence d'information relative aux effets sur les droits de l'assuré que les statuts de la caisse de retraite font produire à l'existence d'une dette de cotisations

Les organismes de sécurité sociale, en charge de l'application et de la mise en œuvre d'une réglementation particulièrement complexe, sont tenus par un devoir d'information à l'égard de leurs affiliés/cotisants (Soc. 31 mai 2001, pourvoi n°99-20912, bulletin V n°201).

Par ailleurs, une caisse de sécurité sociale est tenue de réparer le préjudice résultant de sa faute, peu important que cette faute soit ou non grossière et que le préjudice soit ou non anormal (Soc. 12 octobre 1995, pourvoi n°93-18365, bulletin V n°269).

La Cour de cassation juge qu'une caisse de retraite manque à son devoir d'information lorsqu'elle n'avertit pas un ancien combattant d'Afrique du Nord des droits spécifiques dont il peut se prévaloir lors de la liquidation de sa retraite. L'organisme, par conséquent, est condamné à dédommager les conséquences de cette faute (Civ. 2ème, 25 mai 2004, pourvoi n°02-30997, bulletin II, n°234).

La circonstance, invoquée par la caisse de retraite, que le régime mis en œuvre procède de l'application de règles obligatoires, auxquelles les affiliés peuvent avoir accès, ne l'exonère pas de son devoir de les informer, notamment en faisant la lumière sur les dispositions de nature à priver les intéressés de certains avantages vieillesse.

A l'instar des compagnies d'assurance du secteur privé, tenues d'adopter un certain formalisme à l'égard des dispositions de leur police instituant des clauses d'exclusion de garantie, ce en vue de favoriser l'information de leurs assurés, les organismes de retraite doivent, le cas échéant, attirer spécialement l'attention de leurs affiliés sur les dispositions statutaires susceptibles d'affecter sensiblement leurs droits à l'assurance vieillesse. C'est le cas à l'évidence, de la disposition soumettant le principe même de la liquidation de l'avantage de retraite complémentaire, peu important son étendue, au règlement de l'intégralité des cotisations exigibles, sans subsistance d'aucune dette aussi minime soit-elle.

L'article L.161-17 du code de la sécurité sociale institue les modalités de mise en œuvre du droit à l'information des assurés sur le système de retraite par répartition. Il prévoit notamment l'envoi périodique à titre de renseignement, d'un relevé de la situation individuelle de l'assuré au regard de l'ensemble des droits qu'il s'est constitués dans les régimes légaux obligatoires, ainsi que l'envoi lorsque l'assuré se rapproche de l'âge de la retraite, d'une estimation indicative globale du montant total et du montant de chacune des pensions de retraite dont il pourrait bénéficier.

Ces dispositions ont pour objet de garantir l'information de l'assuré sur ses futurs droits à la retraite en l'état de la réglementation en vigueur, pour lui permettre d'anticiper la situation qui sera la sienne en période de retraite, et de déterminer le moment opportun pour demander la liquidation de ses droits.

L'organisme de retraite méconnaît cette obligation légale d'information et se met en faute s'il induit son affilié en erreur quant à l'existence et/ou l'étendue de ses droits dans le cadre des notifications qu'il lui adresse. L'organisme à ce titre, peut voir sa responsabilité engagée et avoir à réparer le préjudice qui en serait résulté.

Une caisse de retraite ne saurait s'exonérer d'une telle responsabilité en se prévalant de la jurisprudence, applicable à la seule obligation générale d'information dont les organismes de sécurité sociale sont débiteurs envers leurs assurés, selon laquelle cette obligation « *ne leur impose, en l'absence de demande de ceux-ci, ni de prendre l'initiative de les renseigner sur*

leurs droits éventuels, ni de porter à leur connaissance des textes publiés au Journal officiel de la République française » (Civ. 2^{ème}, 28 novembre 2013, pourvoi n°12-24210, bulletin n°227).

En effet on l'a vu, l'article L.161-17 précité met à la charge des caisses de retraite chargées des régimes légalement obligatoires des modalités d'information spécifiques allant bien au-delà de l'obligation générale d'information des organismes de sécurité sociale.

En l'espèce Monsieur X, notamment lorsqu'il a repris son activité en 2008 et les années suivantes jusqu'à sa demande de liquidation des avantages vieillesse, n'a jamais reçu la moindre information relative aux effets que la caisse de retraite attachait à l'arriéré de cotisations antérieur à sa mise en liquidation judiciaire, en terme de droits à retraite complémentaire et à l'ASV.

L'assuré au contraire, a reçu une information lui permettant légitimement de penser que la liquidation de ses différentes retraites (réduites le cas échéant des droits non constitués en raison des cotisations non payées), ne se heurterait à aucune difficulté.

En effet la caisse de retraite lui a régulièrement adressé des courriers qui d'une part attestaient qu'il était à jour de ses cotisations, et d'autre part, contenaient un « *récapitulatif des droits et du montant de retraite correspondant aux cotisations versées jusqu'au 31 décembre 2008* », « *2012* » ou « *2013* », et ainsi de suite jusqu'au 31 décembre 2015, récapitulatif qui mentionnait des droits à retraite complémentaire et à l'ASV, compte tenu des cotisations versées depuis l'affiliation, sans que jamais ne soient mentionnés ni la dette de cotisations constituée avant la mise en liquidation judiciaire, ni le fait que cette dette à défaut de son paiement intégral, empêcherait l'attribution de tout droit à retraite complémentaire et à l'ASV.

Ainsi par exemple, le « *récapitulatif des droits et du montant de retraite* » de Monsieur X, « *correspondant aux cotisations versées jusqu'au 31 décembre 2014* », l'informait que compte tenu des « *cotisations versées* » « *depuis l'affiliation* », et des « *points attribués depuis l'affiliation* », il percevrait un montant annuel de retraite complémentaire de 14.342 euros et un montant annuel d'ASV de 10.692 euros, sans qu'aucune réserve ne soit formulée quant à la jouissance de ces pensions, au titre d'une éventuelle dette de cotisations.

Si l'intéressé ne pouvait ignorer avoir laissé des cotisations impayées au titre de la période ayant précédé la liquidation pour insuffisance d'actifs dont il a fait l'objet en 2008, il pouvait légitimement penser au regard des informations fournies, qu'il recevrait des avantages de retraite complémentaire et d'ASV au prorata des cotisations versées.

Ce n'est que par un courrier de la caisse de retraite du 24 juillet 2015, qui faisait suite au souhait exprimé par Monsieur X de prendre sa retraite en fin d'année 2015, que celui-ci a été avisé de la subsistance de l'arriéré de cotisations constitué entre 1993 et 2007, et de l'obligation de le régler dans son intégralité pour obtenir ses droits à retraite complémentaire et à l'ASV.

Le défaut d'information – voire l'information erronée – délivrée à l'affilié, lui ont fait croire que ses droits à retraite complémentaire et à l'ASV étaient préservés comme sa retraite de base.

Ce manquement à l'obligation de délivrer une information claire et précise à l'assuré, l'a également privé de la possibilité d'organiser un règlement progressif de sa dette à compter de sa reprise d'activité, qui lui aurait permis d'obtenir l'ouverture de ses droits.

Le défaut d'information constaté à l'endroit de la caisse est constitutif d'une faute de nature à engager sa responsabilité sur le fondement des articles L.161-17 du code de la sécurité sociale et 1240 du code civil.

2°) Le refus d'ouverture de droits au titre de l'avantage de retraite complémentaire et de l'ASV méconnaît la jurisprudence de la Cour de cassation, et porte atteinte au droit de propriété

A titre préliminaire, il convient de rappeler les spécificités du régime de retraite complémentaire et d'ASV de la caisse de retraite, spécificités qu'elle partage avec un certain nombre de régimes de retraite de professionnels libéraux.

Selon l'article 15 des statuts du régime complémentaire d'assurance vieillesse de la caisse de retraite, le médecin pour bénéficier de l'ouverture des droits à la retraite complémentaire, doit avoir acquitté ou avoir été exonéré de toutes les cotisations exigibles depuis l'affiliation jusqu'à la date de la retraite.

L'article 16 bis des statuts du régime des allocations supplémentaires de vieillesse (A.S.V.) de la caisse de retraite prévoit pour sa part que « les prestations supplémentaires prévues par les présents statuts ne peuvent être attribuées qu'à la condition que le médecin ne soit pas redevable de plus des deux dernières années de cotisations aux régimes obligatoires gérés par la caisse de retraite ».

Le premier dispositif, qui revient à priver un affilié de l'intégralité de sa pension de retraite complémentaire dès lors que subsiste un arriéré de cotisations, fût-il minime, voire des majorations de retard, pose problème en droit comme en équité.

Il paraît incompatible avec l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Aux termes de ce texte, dont l'application s'étend aux prestations sociales, notamment aux pensions de retraite, « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* ».

Si le droit de propriété ainsi reconnu peut faire l'objet de limitations, les mesures y portant atteinte doivent respecter un juste équilibre entre les considérations d'utilité publique et les droits fondamentaux de la personne.

Comme il sera détaillé plus loin, l'intérêt légitime attaché au recouvrement des contributions sociales ne justifie pas une atteinte disproportionnée aux droits des assurés, telle la privation totale d'une allocation de subsistance venant en contrepartie de cotisations effectivement versées durant des périodes d'activité.

De fait, ce type de réglementation apparaît de plus en plus isolé dans le paysage des régimes de retraite complémentaire français, et il est à souhaiter que le mouvement s'accroisse.

La Cour de cassation s'est prononcée sur les modalités d'application de ces mécanismes.

Elle a tout d'abord semblé vouloir priver d'effet la règle soumettant la liquidation de la retraite complémentaire au paiement de l'intégralité des cotisations, dans un arrêt du 23 novembre 2006 (deuxième Chambre civile, pourvoi n° 05-10911, publié au bulletin n°334). Elle a

énoncé le principe général selon lequel : « *l'absence de règlement intégral des cotisations n'a pas pour conséquence de priver l'assuré de tout droit à pension* ». Elle a jugé dans cette affaire, pour rejeter le pourvoi formé par la caisse de retraite des artisans, que la cour d'appel avait exactement décidé qu'il incombait à cette caisse d'accorder à l'assuré le bénéfice d'une retraite du régime complémentaire calculée sur la base des seules cotisations effectivement réglées par celui-ci.

Il doit être souligné que la caisse concernée, à la suite de cet arrêt, a modifié ses statuts.

Le principe institué par l'arrêt de 2006 a été complété de deux façons.

Tout d'abord à l'occasion d'une affaire dans laquelle l'assuré avait fait l'objet d'une mise en liquidation judiciaire avec clôture pour insuffisance d'actifs. La caisse a formé un pourvoi reprochant à la cour d'appel d'avoir fait droit à la demande de liquidation de retraite complémentaire malgré l'existence d'une dette de cotisations, en soutenant que la clôture pour insuffisance d'actifs n'entraînait pas l'extinction de la dette mais empêchait seulement au créancier l'exercice individuel de son action, de sorte que cette dette justifiait le refus de liquidation de l'avantage complémentaire.

La Cour de cassation a rejeté cette argumentation, aux motifs que : « *si le jugement de clôture pour insuffisance d'actif n'entraîne pas l'extinction des dettes, il interdit aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, de sorte que l'absence de règlement intégral des cotisations ne prive pas l'assuré ou ses ayants droit de tout droit aux prestations, mais a seulement pour effet d'exclure la période durant laquelle des cotisations n'ont pas été payées, du calcul du montant des prestations*» (Civ. 2ème, 7 avril 2011, pourvoi n°10-18443).

Cet attendu précise bien que l'absence d'extinction de la dette (sans remise en cause de son existence même – ce qui est effectivement le cas s'agissant d'une clôture pour insuffisance d'actif où la créance est connue et les cotisations échues) ne suffit pas pour différer la perception de l'avantage complémentaire. La faculté de recouvrement de la caisse ayant disparu, les cotisations non versées ne sont plus exigibles et la liquidation des droits doit être effectuée dans la limite des cotisations effectivement versées.

La Cour de cassation s'est de nouveau prononcée, par un arrêt en date du 10 octobre 2013, publié (arrêt de la deuxième chambre civile, pourvoi n°12-22096 ; bulletin n°193), à l'occasion d'une affaire dans laquelle le cotisant resté débiteur de cotisations en raison de difficultés d'exercice, n'avait toutefois pas fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire.

Elle a réaffirmé le principe suivant lequel « *l'absence de règlement intégral des cotisations n'a pas pour conséquence de priver l'assuré de tout droit à pension* ».

Puis, la Cour a défini l'hypothèse dans laquelle la règle soumettant le droit au service d'une retraite complémentaire au paiement de l'intégralité des cotisations, était contraire à ce principe et à l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'absence de paiement est opposée à un cotisant se trouvant désormais dans l'impossibilité de s'acquitter des cotisations manquantes.

Il résulte de ces solutions jurisprudentielles, en l'espèce, tout d'abord que la dette de cotisations litigieuse, constituée antérieurement à une procédure de liquidation judiciaire emportant clôture pour insuffisance d'actifs, n'était plus exigible, et ne pouvait donc être opposée à la demande de liquidation de retraite complémentaire de Monsieur X.

A cet égard, la caisse de retraite ne peut comme elle le fait, confondre l'existence d'une dette et son exigibilité, et ignorer leur différence de portée juridique s'agissant de la liquidation des avantages vieillesse litigieux : seule la subsistance d'une dette de cotisations exigible – c'est-à-dire dont le recouvrement peut être poursuivi – peut empêcher cette liquidation.

Cette solution au demeurant, doit être retenue par la simple application de l'article 15 des statuts du régime complémentaire d'assurance vieillesse de la caisse de retraite, lequel exige le règlement des seules cotisations exigibles depuis l'affiliation jusqu'à la date de la retraite

Et indépendamment même des conséquences que peut avoir une clôture pour insuffisance d'actifs sur l'exigibilité de la dette de cotisations, cette exigibilité en toute hypothèse, suppose que la caisse soit en mesure d'établir l'absence de prescription des cotisations impayées, par la production de justificatifs d'actes interruptifs de prescription. A défaut, l'action en recouvrement est prescrite, et la caisse ne peut se prévaloir du défaut de paiement des cotisations pour refuser tout droit aux avantages vieillesse (voir en ce sens : Soc. 15 février 2001, pourvoi n°99-17094).

L'ouverture des droits à retraite complémentaire et à l'ASV au profit de Monsieur X, paraît encore devoir s'imposer en vertu de la solution jurisprudentielle instituée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 10 octobre 2013, au regard de l'impossibilité manifeste pour Monsieur X, en 2015 et encore aujourd'hui, de s'acquitter du paiement des cotisations non versées représentant, avec les majorations de retard, une somme de 325 427, 21 euros.

Enfin il apparaît, au-delà même de cette hypothèse retenue par la cour régulatrice, de l'incapacité de paiement de l'arriéré de cotisations par l'assuré, que la réglementation litigieuse est incompatible avec l'article 1er du premier protocole additionnel à la CEDH, dès lors que l'objectif qu'elle poursuit peut être atteint par d'autres procédés qui ne portent pas atteinte au droit de propriété.

Dans un arrêt du 28 novembre 2013 (pourvoi n°12-27029) la Cour de cassation, pour considérer que la condition de règlement intégral des cotisations prévue par les statuts d'une caisse pour l'ouverture des droits à retraite complémentaire, ne portait pas en lui-même atteinte au droit de propriété, protégé par l'article 1er du premier protocole additionnel de la CEDH, a énoncé :

« Mais attendu que l'arrêt, par motifs propres et adoptés, énonce que selon l'article 10 des statuts relatifs au régime de retraite complémentaire de la caisse W, pour bénéficier de la retraite complémentaire, les affiliés doivent avoir versé toutes les cotisations exigibles et avoir l'âge prévu par les articles 11 et 12 ; que ne constitue pas une atteinte au droit de propriété le régime de retraite complémentaire de la caisse W, fondé sur la solidarité entre générations, les pensions de retraite reçues par les retraités étant directement financées par les cotisations sociales prélevées sur les revenus des actifs, lesquels ne peuvent pas s'en déclarer propriétaires ; (...) ».

Cette motivation, qui semble non conforme à la jurisprudence de la CEDH et diffère de l'approche précédemment manifestée par la Cour de cassation à l'égard des régimes de retraite complémentaire en cause, ne paraît pas de nature à pouvoir valablement écarter l'atteinte aux biens résultant de la réglementation litigieuse.

En premier lieu, contrairement à ce que semble dire cet arrêt, l'atteinte au droit de propriété, tel que celui-ci est envisagé par le droit européen, ne repose nullement sur le fait que les assurés seraient propriétaires des cotisations qu'ils versent pour la constitution des droits à retraite. Il s'agit d'un régime d'assurance, contributif, dans lequel nul ne saurait se prétendre propriétaire de ses cotisations.

L'atteinte résulte de ce que les assurés sont privés de l'intégralité des droits qu'ils se sont constitués, en cotisant durant des périodes d'activité.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, les prestations sociales constituent des droits patrimoniaux au sens de l'article 1er du Protocole n°1 de la Convention, de sorte qu'elles doivent être allouées sans discrimination au sens de l'article 14 (arrêt Gaygusuz c Autriche du 16 septembre 1996 ; arrêt Carson et autres c. Royaume-Uni du 16 mars 2010).

Parmi ces prestations sociales figurent bien les pensions de retraite (CEDH, 12 avril 2006, STEC et autres c/ RU, n°6572/01 et 65900/01).

La Cour de cassation a elle-même admis, dans des arrêts faisant office de doctrine officielle dès lors qu'ils ont été publiés, que les prestations sociales même non contributives, engendraient un intérêt patrimonial bénéficiant de la protection de l'article 1er du premier protocole additionnel : *« dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, que l'octroi de celle-ci dépende ou non du versement préalable des cotisations, cette législation engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 »* (Civ. 2ème, 21 décembre 2006, pourvoi n°04-30586, publié au bulletin des arrêts de la cour de cassation : n°364 ; Soc. 19 février 2009, pourvoi n°07-20668: publié au bulletin n°53).

Il ne semble guère contestable que l'intérêt patrimonial doit d'autant plus être protégé, qu'il est né d'une contribution prélevée sur le revenu d'activité de l'assuré.

Le motif par lequel la Cour de cassation a jugé compatible avec le droit de propriété tel qu'il est protégé par le droit européen, le principe même de la condition d'un règlement intégral des cotisations pour l'ouverture des droits à retraite complémentaire, paraît donc infondé tant au regard de sa propre jurisprudence, publiée, jamais démentie, qu'à celui des solutions retenues par la Cour européenne des droits de l'homme.

Qui plus est, il apparaît que l'objectif poursuivi par la réglementation litigieuse, pourrait être servi par des procédés qui ne portent pas atteinte au droit de propriété de l'assuré.

Cet objectif, selon les organismes qui mettent en œuvre la condition critiquée, tient au principe de la répartition et à la solidarité intergénérationnelle étroite sur lesquels reposent les régimes et en conséquence desquels les cotisations acquittées par les actifs, permettent le financement des prestations dues aux retraités. L'économie, l'équilibre budgétaire des régimes justifieraient que la liquidation des droits soit subordonnée à l'acquittement préalable de l'intégralité des cotisations, condition prévue aux statuts relatifs à la retraite complémentaire et à l'ASV.

A cette justification, l'on peut objecter qu'il existe à l'inverse un grave déséquilibre, certes favorable aux organismes, si les cotisations versées par des actifs, le cas échéant pendant de longues périodes d'activité, ne se transforment jamais en droit à prestations au profit des intéressés en raison de dettes de cotisations.

En outre, il apparaît que le calcul des prestations de retraite complémentaire et d'ASV s'effectue en lien étroit avec les cotisations versées. Par conséquent l'on ne voit pas en quoi le versement de prestations à hauteur des cotisations effectivement versées par chacun des affiliés, serait susceptible de déséquilibrer les régimes concernés.

Enfin, à supposer que ce procédé d'attribution de droits en considération des cotisations effectivement versées par l'affilié, se heurte à un obstacle ici ignoré, il pourrait être envisagé par les régimes concernés de liquider les droits, et de prélever sur les premières échéances de prestations, par un système de compensation, les cotisations restées exigibles.

Les dispositions statutaires qui fondent le refus de liquidation des avantages vieillesse opposé par la caisse de retraite, en ce qu'elles portent au droit de propriété une atteinte non proportionnée à l'objectif d'équilibre budgétaire du régime de retraite des médecins libéraux, ne sont pas compatibles avec l'article 1^{er} du premier Protocole annexé à la CEDH.

Cette incompatibilité doit conduire le juge national à écarter leur application (voir en ce sens : Civ. 2^{ème}, 28 mai 2009, pourvoi n°08-13939, Bulletin 2009, II, n°135), et à condamner la caisse de retraite à procéder à la liquidation des avantages concernés en procédant à leur détermination par un calcul effectué sur la base des cotisations versées par l'assuré.

C'est en ce sens qu'a statué la Cour de cassation, lorsqu'elle a jugé que des avantages vieillesse complémentaires devaient être liquidés nonobstant l'existence de dispositions statutaires semblables à celles de la caisse de retraite (Civ. 2^{ème}, 23 novembre 2006, bulletin n°334 ; Civ. 2^{ème}, 7 avril 2011, pourvoi n°10-18443).

Monsieur X doit donc bénéficier de droits à la retraite complémentaire et à l'A.S.V., calculés au prorata des cotisations versées.

Ce calcul peut aisément être mis en œuvre par la caisse de retraite, puisqu'il lui suffit de reprendre le contenu des notifications de droits à retraite qu'elle a adressées à Monsieur X, ces notifications ayant été établies sur la base des cotisations versées.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter et souhaite soumettre à l'appréciation du Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z.

Jacques TOUBON