

Paris, le 14 février 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-066

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 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Saisi par Monsieur X qui conteste le nombre de points de retraite complémentaire retenu par la Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse (Cipav) au titre des années 2011 à 2014 au cours desquelles il relevait du régime de l'auto-entrepreneur,

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

Jacques TOUBON

Observations devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z au titre de l'article 33 de la Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

L'attention du Défenseur des droits a été appelée sur la situation de Monsieur X qui conteste le nombre de points de retraite complémentaire retenu par la Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse (Cipav) au titre des années 2011 à 2014 au cours desquelles il relevait du régime de l'auto-entrepreneur.

1. Rappel des faits

Monsieur X a exercé son activité libérale sous le statut de l'auto-entrepreneur de 2011 à 2014.

Il a constaté que la Cipav ne comptabilisait que 56 points de retraite complémentaire pour l'ensemble de la période.

Considérant que la caisse aurait dû lui attribuer 152 points de retraite complémentaire, il a saisi la commission de recours amiable de la Cipav, qui ne s'est pas prononcée. Il a alors saisi le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Z, ainsi que le Défenseur des droits.

2. Instruction menée par les services du Défenseur des droits

Par courrier du 3 janvier 2018, le Défenseur des droits a adressé à la Cipav une note récapitulant les éléments de fait et de droit susceptibles de le conduire à conclure à l'existence d'une atteinte à un droit d'un usager d'un service public. Le Défenseur a invité la caisse à lui faire part de tout élément qu'elle estimerait utile de porter à sa connaissance avant qu'il n'adopte une décision concernant la situation de Monsieur X.

La Cipav n'a pas répondu à ce courrier.

Il y a lieu de préciser que le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion d'instruire des réclamations identiques, portant sur la comptabilisation, par la Cipav, des points de retraite complémentaire des auto-entrepreneurs.

Au terme du débat contradictoire intervenu dans ces affaires, le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations devant les juridictions ayant été saisies par les usagers (décisions n° 2018-001 et n° 2018-002 du 5 janvier 2018).

De la même façon et la position de la caisse étant dès lors bien connue, le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z dans l'affaire opposant Monsieur X à la Cipav.

Il convient de rappeler que l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits dispose que « *les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. Le Défenseur des droits peut lui-même demander à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions ; dans ce cas, son audition est de droit* ».

Venant préciser la nature de l'intervention du Défenseur des droits, la Cour d'appel de Z a estimé, dans un arrêt du 11 septembre 2014 que, d'une part, aucune disposition de la loi n'impose au Défenseur des droits, qui « *n'a pas [...] la qualité juridique d'intervenant volontaire ou forcé* » d'être présent en personne à l'audience.

La cour a ajouté d'autre part que « *la prohibition de l'alinéa 1 de l'article 33 de la loi organique, au terme de laquelle « le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle », n'a pour effet que de priver ce dernier de la possibilité d'exercer une voie de recours contre une décision juridictionnelle, en lieu et place des parties, et non pas de le priver, y compris pour la première fois en cause d'appel, de la faculté de présenter des observations qui, portées à la connaissance des parties, ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement à ces observations [...]* ».

Dans un arrêt du 28 septembre 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que « *ayant relevé à juste titre que le Défenseur des droits n'avait pas la qualité de partie, la cour d'appel, saisie d'une demande de sa part de présentation de ses observations à l'audience, a exactement décidé qu'elle devait constater le dépôt de ses observations écrites et procéder à son audition* ».

C'est dans le cadre ainsi défini que le Défenseur des droits produit les présentes observations dans l'instance opposant Monsieur X à la Cipav.

3. Analyse juridique

Le régime micro-social prévu à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale (CSS), dont bénéficient les auto-entrepreneurs - devenus micro-entrepreneurs depuis le 1^{er} janvier 2016 - est un régime simplifié de calcul et de règlement des cotisations et contributions sociales obligatoires.

Dans sa version applicable au cas d'espèce, l'article L. 133-6-8 du CSS disposait que « *Par dérogation à l'article L. 131-6-2, les travailleurs indépendants bénéficiant des régimes définis aux articles 50-0 et 102 ter du code général des impôts peuvent opter, sur simple demande, pour que l'ensemble des cotisations et contributions de sécurité sociale dont ils sont redevables soient calculées mensuellement ou trimestriellement en appliquant au montant de leur chiffre d'affaires ou de leurs revenus non commerciaux effectivement réalisés le mois ou le trimestre précédent un taux fixé par décret pour chaque catégorie d'activité mentionnée auxdits articles du code général des impôts de manière à garantir un niveau équivalent entre le taux effectif des cotisations et contributions sociales versées et celui applicable aux mêmes titres aux revenus des travailleurs indépendants [...]* ».

Les professionnels libéraux relevant du régime micro-social règlent l'ensemble de leurs cotisations et contributions sociales auprès de l'Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf).

Le forfait social dont ils s'acquittent auprès de l'Urssaf comprend toutes les cotisations sociales obligatoires en matière de sécurité sociale - maladie-maternité, allocations familiales, CSG-CRDS, retraite de base, retraite complémentaire, invalidité-décès. Il s'agit d'un forfait global, pour l'ensemble des risques, dont le taux est fixé par l'article D. 131-6-1 du CSS.

Il est de ce fait impossible de dissocier, au sein de ce forfait social, les cotisations versées au titre des différents risques.

En ce qui concerne le service des prestations, celui-ci est assuré par les différentes caisses compétentes, selon le risque concerné et la nature de l'activité. La Cipav est ainsi chargée de calculer et de liquider les droits à la retraite des personnes relevant du régime micro-social, de la même manière que pour les professionnels libéraux soumis au régime de droit commun et dont l'activité relève de cette section professionnelle.

Pour déterminer le nombre de points de retraite complémentaire des auto-entrepreneurs, la Cipav, qui soutient que les droits doivent être calculés en fonction des cotisations lui ayant été reversées par l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (Acos), retient un montant de cotisation égal à celui sur la base duquel est déterminée la compensation de l'Etat. Une telle interprétation est pour le moins erronée.

1. Sur l'inapplicabilité des dispositions relatives à la compensation financière de l'Etat dans le cadre du calcul des droits des assurés

Le code de la sécurité sociale prévoit un mécanisme de compensation financière entre les organismes de sécurité sociale et l'Etat, notamment en cas de réduction ou d'exonération de cotisations. L'objectif de la compensation est de couvrir la perte de recette engendrée par la mesure en cause, pour l'organisme ou le régime concerné.

Jusqu'au 1^{er} janvier 2016, le régime micro-social prévu à l'article L. 133-6-8 du CSS était concerné par ce mécanisme de compensation, compte tenu de la spécificité de ce régime tenant à l'existence d'un forfait social englobant l'ensemble des cotisations sociales obligatoires.

En application de l'article L. 133-6-8-2 du CSS, la compensation intervenait dès lors que le montant de chiffre d'affaires déclaré correspondait à un revenu supérieur au montant fixé par l'article D. 131-6-4 du CSS, comme cela est le cas en l'espèce.

Les dispositions des articles L. 131-7 et R. 133-30-10 du CSS, relatives à la compensation de l'Etat, visaient à régler les rapports financiers entre les organismes de sécurité sociale et l'Etat.

Dans sa version en vigueur au moment des faits, l'article L. 131-7 du CSS disposait que :

« Toute mesure de réduction ou d'exonération de cotisations de sécurité sociale, instituée à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n° 94-637 du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale, donne lieu à compensation intégrale aux régimes concernés par le budget de l'Etat pendant toute la durée de son application [...]. »

[...] A compter de la date de publication de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 précitée, tout transfert de charges opéré entre l'Etat et les régimes et organismes mentionnés au 1° donne lieu à compensation intégrale entre lesdits régimes ou organismes et le budget de l'Etat. »

Les modalités de cette compensation financière, pour le régime micro-social, étaient prévues à l'article R. 133-30-10 du CSS :

« [...] Pour l'application des dispositions de l'article L. 131-7 au régime prévu à l'article L. 133-6-8, l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale notifie à l'Etat la différence entre :

a) D'une part, le montant des cotisations et contributions sociales dont les travailleurs indépendants auraient été redevables au cours de l'année civile en application des articles

L. 131-6, L. 136-3, L. 635-1, L. 635-5, L. 642-1, L. 644-1 et L. 644-2 du code de la sécurité sociale et de l'article 14 de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale, et,

b) D'autre part, le montant des cotisations et contributions sociales calculées en application de l'article L. 133-6-8.

Pour l'application des dispositions du présent article aux travailleurs indépendants relevant de l'organisme mentionné au 11° de l'article R. 641-1 du code de la sécurité sociale, est retenue au titre des régimes mentionnés aux articles L. 644-1 et L. 644-2 la plus faible cotisation non nulle dont ils auraient pu être redevables en fonction de leur activité en application des dispositions mentionnées au a du présent article ».

Il convient d'observer que ces dispositions prévoient uniquement le calcul de la compensation financière de l'Etat. Elles ne concernent donc que les rapports financiers entre les organismes de sécurité sociale et l'Etat et ne prévoient en aucun cas les modalités de calcul des prestations devant être versées aux assurés.

Pourtant, la Cipav s'y réfère pour calculer le nombre de points de retraite complémentaire attribués aux auto-entrepreneurs. En effet, la caisse estime que les points de retraite complémentaire des auto-entrepreneurs doivent être calculés en fonction des cotisations lui ayant été reversées en application des dispositions relatives au mécanisme de compensation financière de l'Etat.

L'organisme prend comme référence la « plus faible cotisation non nulle » prévue au dernier alinéa de l'article R. 133-30-10 du CSS, en considérant qu'il s'agit de la plus faible cotisation du régime complémentaire de la Cipav, soit la première classe de cotisation, réduite de 75 %, 50 % ou 25 % en fonction des revenus de l'auto-entrepreneur.

Il apparaît ainsi que la Cipav fait une application erronée du dernier alinéa de l'article R. 133-30-10 du CSS, relatif à la compensation de l'Etat, lequel n'a pas vocation à s'appliquer dans le cadre du calcul réel des droits des assurés.

2. Sur les effets de cette application erronée de l'article R. 133-30-10 du CSS sur les droits des auto-entrepreneurs

Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'interprétation à retenir des dispositions du dernier alinéa de l'article R. 133-30-10 du CSS.

En revanche, il convient de constater que l'application de cet article, tel qu'interprété par la Cipav, a pour effet de minorer les droits des auto-entrepreneurs.

En effet, la caisse retient que la plus faible cotisation non nulle, dont auraient pu être redevables les travailleurs indépendants, est la cotisation de classe 1 (pour les années 2010 à 2012) et de classe A (pour les années 2013 et 2014), après application de la réduction qu'ils auraient été susceptibles de solliciter, en application de l'article 3.12 des statuts de la Cipav, s'ils avaient relevé du régime de droit commun.

Cela revient à appliquer de façon systématique, à l'ensemble des personnes soumises au régime micro-social, une réduction de cotisations qui ne peut, dans le régime de droit commun, être appliquée qu'en cas de demande expresse de l'adhérent, formulée dans un délai précis.

Il convient de préciser qu'un professionnel libéral soumis au régime social de droit commun qui opte pour la réduction de sa cotisation de retraite complémentaire, pour une année donnée, consent à la diminution de ses droits futurs qu'engendre cette réduction. La démarche de l'adhérent vaut donc renonciation aux droits dont il aurait dû bénéficier en cas de paiement de la cotisation dans son entier montant.

Une telle option n'est pas envisageable dans le cadre du régime micro-social puisque l'assuré s'acquitte d'un forfait social auprès de l'Urssaf. Le montant de la cotisation de retraite complémentaire ne peut en aucun cas être isolé et encore moins modifié sur option de l'assuré.

Il n'y a donc pas lieu d'appliquer une quelconque réduction de cotisations, prévue à l'article 3.12 des statuts de la Cipav, puisque l'auto-entrepreneur n'avait aucunement la possibilité de solliciter la réduction du montant de ses cotisations.

3. Sur la conformité du mode de calcul retenu au regard des dispositions de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme

En application de l'article L. 133-6-8 du CSS, le régime micro-social permet de « garantir un niveau équivalent entre le taux effectif des cotisations et contributions sociales versées et celui applicable aux mêmes titres aux revenus des travailleurs indépendants ». Ce « niveau équivalent » ne saurait être garanti en prenant pour référence une cotisation et des droits minorés qui ne s'appliquent qu'aux seuls travailleurs indépendants ayant fait le choix de renoncer partiellement à leurs droits.

En retenant une cotisation réduite, la Cipav prive les auto-entrepreneurs d'une partie des droits pour lesquels ils cotisent en s'acquittant du forfait social, ce qui constitue une atteinte au droit de propriété institué par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Aux termes de ce texte, « 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 ».

Depuis l'arrêt *Gaygusuz contre Autriche* du 16 septembre 1996, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le droit aux prestations sociales, et notamment le droit aux pensions de retraite, constitue un droit patrimonial au sens de l'article 1^{er} du protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dès lors qu'un État contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale ou d'une pension – que leur octroi dépende ou non du versement préalable de cotisations – cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du protocole n°1.

Le mode de calcul retenu par la Cipav, qui a pour effet de priver les auto-entrepreneurs d'une partie des droits pour lesquels ils ont cotisé, porte ainsi atteinte au droit patrimonial des intéressés. Ce mode de calcul est donc contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 1^{er} du protocole n°1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme protège également les espérances légitimes.

En l'espèce, le régime micro-social a toujours été présenté comme un régime simplifié de calcul et de paiement des cotisations ouvrant droit aux mêmes prestations que celles dont bénéficient les travailleurs indépendants classiques. La possibilité offerte à certains assurés d'opter pour le régime micro-social, dans un objectif de simplification de leurs démarches, n'a jamais été associée à un renoncement à leurs droits sociaux ou au niveau des prestations servies.

Bien au contraire, dans l'exposé des motifs de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui a créé le statut de l'auto-entrepreneur, il est précisé que « *Le premier chapitre met en place un régime incitatif et simplifié pour l'auto-entrepreneur qui souhaite mener une activité indépendante* ».

En optant pour ce « régime incitatif », les auto-entrepreneurs ont légitimement pensé que leurs droits à la retraite seraient équivalents à ceux dont bénéficient les travailleurs indépendants classiques. Il ne peut donc en aucun cas être soutenu que le dispositif de l'auto-entrepreneur plaçait les personnes ayant opté pour ce régime en situation de savoir à l'avance qu'elles bénéficieraient de droits minorés au titre de la retraite complémentaire.

Dès lors, en admettant d'une part, que les droits des auto-entrepreneurs doivent être calculés sur la base de l'article R. 133-30-10 du CSS, et d'autre part, que la cotisation la plus faible non nulle soit la cotisation de première classe après application d'une réduction, ce qui ne semble pas être le cas pour les raisons exposées ci-dessus, il conviendrait d'écarter les dispositions litigieuses au motif qu'elles ont fait perdre aux personnes soumises au régime micro-social une espérance légitime d'obtenir des prestations sociales d'un niveau équivalent à celui dont bénéficient les travailleurs indépendants soumis au régime social de droit commun.

Dans cette hypothèse, il y aurait donc lieu de considérer que l'application des dispositions de l'article R. 133-30-10 du CSS, telles qu'interprétées par la Cipav, est contraire à l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

En considération de l'ensemble de ces éléments, le refus de rectifier le nombre de points de retraite complémentaire acquis par Monsieur X constitue une atteinte aux droits d'un usager d'un service public.

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

Jacques TOUBON