

Paris, le 22 septembre 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-231

La Défenseure 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 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux, et culturels adopté le 16 décembre 1966 ;

Vu les articles 12 et 23 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 ;

Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Saisie par Madame X, qui estime avoir subi une atteinte à son droit d'être affiliée aux assurances vieillesse obligatoires ;

- Recommande au secrétaire d'Etat auprès du ministère du Travail, de l'emploi et de l'insertion, en charge des retraites, de réparer le préjudice subi par Madame X, d'une part, en lui versant le montant de la somme dont elle a dû s'acquitter pour atteindre la durée d'assurance requise pour l'obtention d'une pension de retraite à taux plein, d'autre part, en donnant instruction à la CIPAV de lui accorder gratuitement la validation des trimestres et l'inscription des points de retraite de base et complémentaire qu'elle aurait dû acquérir du 2 janvier 1998 au 31 décembre 2005, si elle avait été régulièrement affiliée aux assurances vieillesse obligatoires ;

- Recommande au secrétaire d'Etat auprès du ministère du Travail, de l'emploi et de l'insertion, en charge des retraites, d'instituer un dispositif permettant aux personnes ayant été privées de leur droit d'être affiliées aux assurances vieillesse obligatoires, au titre de l'exercice d'une activité professionnelle à visée de soins non règlementée, de se constituer des droits à retraite de base et complémentaire pour les périodes concernées, dans les conditions de cotisation qui auraient dû leur être appliquées pendant les périodes concernées, assorties de modalités de paiement adaptées à la situation de chaque assuré.

La Défenseure des droits, demande au secrétaire d'Etat auprès du ministère du Travail, de l'emploi et de l'insertion, en charge des retraites, de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON

Recommandations en application de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, épouse Y, d'une réclamation concernant son absence d'affiliation aux régimes d'assurance vieillesse de base et complémentaire, pendant une période de 8 années durant laquelle elle a exercé une activité de naturopathe.

Présentation des faits et instruction de la réclamation

Le 2 janvier 1998, l'intéressée a débuté, à Z, une activité de naturopathe, pour laquelle elle a accompli les formalités légales de déclaration auprès du centre de formalités des entreprises, formalités qui devaient entraîner, de plein droit, son affiliation aux divers régimes d'assurances sociales obligatoires.

Ne recevant pas de notification d'affiliation aux régimes de retraite, Madame X s'est adressée à la caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse (CIPAV) qui, selon l'URSSAF, gérait les régimes dont elle relevait.

La CIPAV a cependant refusé de l'affilier.

Madame X s'est alors tournée vers la caisse nationale d'assurance vieillesse de professions libérales (CNAVPL), laquelle par courrier du 19 mai 1998, lui a répondu : « *À l'examen du questionnaire que vous avez bien voulu nous adresser, nous vous informons que nous ne sommes pas en mesure de vous orienter vers une caisse d'assurance vieillesse. En effet, les diverses professions indépendantes font l'objet d'un classement, chacune relevant d'une caisse déterminée. Or l'activité que vous exercez n'a pas fait l'objet jusqu'à présent d'un tel classement* ».

L'URSSAF de Z, auprès de laquelle Madame X s'est rendue, à diverses reprises, pour solliciter son affiliation aux régimes de retraite, lui a alors systématiquement répondu que faute de reconnaissance de son métier de naturopathe, aucune caisse de retraite ne pouvait « la prendre en charge ».

Par un courrier reçu le 2 février 2007, la CIPAV l'a informée de son affiliation, à compter du 1^{er} janvier 2006, aux régimes d'assurance vieillesse et d'invalidité décès dont elle assure la gestion.

Par courrier du 23 avril 2007, l'intéressée a sollicité de la CIPAV la possibilité de racheter les trimestres écoulés entre le 2 janvier 1998 – date de début de son activité – et le 31 décembre 2005 et s'est vue opposer un refus.

Lorsque Madame X a constitué son dossier afin d'organiser un départ à la retraite à l'âge de 62 ans, elle a constaté que 7 trimestres lui manquaient pour bénéficier du taux plein, bien qu'elle ait travaillé sans interruption du 15 septembre 1975 au 31 octobre 2018.

Elle a formé des demandes de rachat de trimestres auprès des commissions de recours amiable de la CIPAV, de la CARSAT de A et de la caisse du régime social des indépendants de B.

C'est finalement auprès du régime social des indépendants que l'intéressée a pu racheter les 7 trimestres manquants lui permettant de bénéficier du taux plein, moyennant le paiement de la somme de 3.203 euros.

Madame X est retraitée depuis le 1^{er} novembre 2018.

Elle ne percevait, cependant, aucune pension de retraite, dans les régimes de base et complémentaire, au titre de 8 années d'exercice en libéral de l'activité de naturopathe, précisément pour la période courant du 2 janvier 1998 au 31 décembre 2005.

C'est dans ces conditions que Madame X, estimant que son droit au bénéfice d'une assurance vieillesse avait été méconnu durant cette période, a saisi le Défenseur des droits.

Par un courrier en date du 29 janvier 2021, les services du Défenseur des droits ont adressé au secrétaire d'Etat auprès du ministère du Travail, de l'emploi et de l'insertion, en charge des retraites, une note récapitulant les éléments de fait et de droit en considération desquels ils estimaient que le défaut d'affiliation aux régimes de retraite obligatoires, avant le 1er janvier 2004, des professionnels tels que Madame X exerçant une activité à visée de soins non réglementée, paraissait relever d'un manquement des services de l'État chargés de garantir l'accès des usagers aux assurances sociales obligatoires.

Ce courrier n'a pas reçu de réponse.

Analyse

Le Défenseur des droits, et avant lui le Médiateur de la République dont les missions lui ont été dévolues, a déjà eu à connaître de la situation de personnes qui, exerçant une profession à visée de soins non réglementée, ne parvenaient pas à obtenir leur affiliation aux régimes de retraite. Des échanges ont alors eu lieu avec le ministère en charge de la sécurité sociale et la direction de la sécurité sociale, afin que des textes organisant cette affiliation soient élaborés.

La situation de ces professionnels a été progressivement régularisée. Ainsi, actuellement, un nombre limité d'entre eux est affilié aux régimes de retraite de la CIPAV (ostéopathe, psychologue, psychothérapeute, ergothérapeute, diététicien, chiropracteur), les autres – tels les naturopathes - relevant du régime des indépendants, à présent rattaché au régime général de sécurité sociale.

Il n'en demeure pas moins que, pour la période antérieure à cette régularisation, des professionnels ont été privés de la possibilité de se constituer des droits à la retraite au titre de l'exercice d'une activité indépendante autorisée. Cette activité au demeurant, générerait une affiliation à certains régimes de sécurité sociale et le versement de cotisations en conséquence, ainsi que le paiement d'un impôt.

L'analyse des textes appelés à régir la situation de Madame X, laisse à penser qu'une atteinte a été portée au droit de tout travailleur, salarié et non salarié, d'être assuré contre le risque vieillesse.

Le droit à la sécurité sociale, dont relève l'assurance vieillesse, est notamment garanti par l'article 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux, et culturels adopté le 16 décembre 1966, et par l'article 12 de la Charte sociale européenne révisée de 1996. Cette dernière prévoit en outre, en son article 23, la protection sociale des personnes âgées par le biais, notamment, de « *ressources suffisantes pour leur permettre de mener une existence décente et de participer activement à la vie publique, sociale et culturelle* ».

L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, élève au rang de droit constitutionnellement garanti, celui de bénéficier d'un certain niveau de protection sociale, au titre de laquelle figure, notamment, la garantie d'une assurance vieillesse.

Diverses dispositions du code de la sécurité sociale (CSS), citées dans leur version applicable à l'espèce, assurent la mise en œuvre de cette garantie au profit des travailleurs non-salariés.

L'article L. 111-1 précise, d'une part, que l'organisation de la sécurité sociale garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, d'autre part, que cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés et le rattachement de leurs ayants droit à un (ou plusieurs) régime(s) obligatoire(s).

L'article L. 621-1 CSS prévoit l'institution d'un régime d'assurance vieillesse applicable aux personnes non salariées ou assimilées, et l'article L. 621-3, celle d'une organisation autonome d'assurance vieillesse pour chacun des groupes de professions suivantes : professions artisanales, professions industrielles et commerciales, professions libérales et professions agricoles.

Pour les professions libérales, cette organisation autonome comprend la caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales (CNAVPL), et des caisses dites sections professionnelles (article R. 641-1 CSS dans sa version issue du décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985, applicable jusqu'au 31 décembre 2003). Ces différentes sections, du moins à l'origine, répondent à un besoin de gestion séparée de régimes de retraite distincts selon les métiers exercés en libéral : les professionnels libéraux relèvent de telle ou telle caisse/section, selon qu'ils exercent une activité de médecin, d'architecte, de dentiste, de vétérinaire, d'expert-comptable, etc.

L'article L. 622-3 CSS définit les professions artisanales, l'article L. 622-4 les professions industrielles et commerciales, et l'article L. 622-6 les non-salariés agricoles.

L'article L. 622-5 CSS, relatif aux professions libérales, énonce :

« Les professions libérales groupent les personnes exerçant l'une des professions ci-après ou dont la dernière activité professionnelle a consisté dans l'exercice de l'une de ces professions :

1°) médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme, pharmacien, architecte, expert-comptable, vétérinaire ;

2°) notaire, avoué, huissier de justice, commissaire-priseur, syndic ou administrateur et liquidateur judiciaire, agréé, greffier, expert devant les tribunaux, courtier en valeurs, arbitre devant le tribunal de commerce, artiste non mentionné à l'article L. 382-1, ingénieur-conseil, auxiliaire médical, agent général d'assurances ;

3°) et d'une manière générale, toute personne autre que les avocats, exerçant une activité professionnelle non-salariée et qui n'est pas assimilée à une activité salariée pour l'application du livre III du présent code, lorsque cette activité ne relève pas d'une autre organisation autonome en vertu des articles L. 622-3, L. 622-4, L. 622-6 ou d'un décret pris en application de l'article L. 622-7 ».

En effet, l'article L. 622-7 CSS prévoit que *« Des décrets pris après consultation du conseil d'administration de la caisse nationale intéressée classent dans l'un des quatre groupes mentionnés à l'article L. 621-3 *professions artisanales, industrielles et commerciales, libérales et agricoles*, les activités professionnelles non salariées qui ne sont pas énumérées aux articles L. 622-3 à L. 622-6 ».*

À défaut d'un tel décret, l'activité, selon l'article L. 622-5, 3°, est considérée comme faisant partie des professions libérales.

Dans ce dernier cas, il appartenait au pouvoir réglementaire de prendre les dispositions nécessaires afin que la profession concernée soit rattachée à l'une des sections (= caisses) des professions libérales existantes ou, à défaut, que soit créée une section propre à une nouvelle catégorie de profession libérale.

En l'absence de telles dispositions, le professionnel libéral ne pouvait être affilié par aucune des sections professionnelles existantes.

C'est à compter du 1^{er} janvier 2004 seulement, semble-t-il, qu'une disposition a expressément prévu « l'affectation » aux régimes gérés par la CIPAV, « *de toute profession libérale non rattachée à une autre section* » (article R. 641-1-11° CSS).

À cet égard, il convient d'ailleurs de relever que la CIPAV n'a affilié Madame X qu'à compter du 1^{er} janvier 2006, alors qu'elle aurait pu le faire à compter du 1^{er} janvier 2004.

Cela étant, pour la période antérieure, il semblerait que les services de l'État aient omis de prendre les textes réglementaires permettant l'affiliation de certaines professions libérales aux régimes de retraite obligatoires, vraisemblablement au regard du lien qui aurait été établi entre ces professions et la possibilité d'un exercice illégal de la médecine.

En effet, il ressort d'un document de travail du Conseil d'orientation des retraites (COR), issu d'une séance plénière de travail tenue le 8 avril 2009, ayant eu pour objet les problématiques des régimes d'assurance vieillesse des professions libérales, que le défaut de rattachement à une section professionnelle d'un certain nombre de professions libérales, en vue de leur affiliation à un régime de retraite, aurait eu lieu à dessein.

Ce document relève qu'en vertu « de l'article L. 622-5-3°) C.S.S., les activités professionnelles non salariées, non assimilées à une activité salariée, et ne relevant pas des organisations autonomes agricoles, artisanales, industrielles et commerciales sont aussi considérées comme des professions libérales. Dès lors, une profession, qui n'est ni salariée, ni agricole, ni commerciale, ni artisanale et ni libérale au sens de l'article L. 622-5- 1°) et 2 C.S.S., est qualifiée de profession libérale. Mais l'affiliation aux régimes de retraite de l'Organisation autonome d'assurance vieillesse des professions libérales des ressortissants de certaines professions pose problème ou suscite pour le moins des interrogations. Il s'agit, par exemple, de professions telles que acupuncteur non médecin, étio-pathe, fascia-pulsologue, guérisseur, holothérapeute, iridologue, kinésiologue, phytothérapeute, réflexologue, somato-thérapeute, thérapeute, thérapeute manuel, comportementaliste animalier, psychothérapeute équin. L'exercice de ces professions peut être appréhendé comme l'exercice illégal des professions de médecin, d'auxiliaire médical ou de vétérinaire. La question est donc de savoir si les professionnels exerçant ces activités doivent ou non relever d'une caisse de retraite. Actuellement les professions susvisées sont non classées et les professionnels qui les exercent ne peuvent pas, en application d'une lettre ministérielle de 1984, cotiser aux régimes d'assurance vieillesse des professionnels libéraux mais sont couverts pour l'assurance maladie (...).».

Sans qu'il puisse être établi avec certitude qu'il s'agit bien de la lettre ministérielle visée par le document de travail du COR, la circulaire interministérielle n° 44/84 du 29 novembre 1984 relative à la mise en œuvre d'un dispositif d'aide prévu par la loi n° 80-1035 du 22 décembre 1980 modifiant la loi n° 79-10 du 3 janvier 1979 portant diverses mesures en faveur des salariés privés d'emploi créant ou reprenant une entreprise, énonce cependant que :

« 1.3.2. L'aide est ouverte à l'ensemble des activités économiques de caractère agricole, artisanal, industriel et commercial mais aussi à l'exercice de toute profession indépendante non salariée (notamment les professions libérales que l'activité soit exercée à titre individuel ou dans le cadre d'une société civile).

(...)

« Les personnes qui se livrent à des activités qui, quoique tolérées n'en sont pas moins pénalement réprimables ne sauraient bénéficier de cette aide (prédicateurs d'avenir, activités relevant de l'exercice illégal de la médecine) ».

Cependant, un tel lien, à le supposer avéré, ne saurait être considéré comme pouvant valablement fonder l'absence d'affiliation des professions en cause aux régimes de retraite.

Cette circulaire, à supposer qu'elle soit celle à laquelle se réfère le COR, ne paraît pas de nature à pouvoir fonder juridiquement l'absence d'affiliation aux régimes de retraite obligatoires, de personnes exerçant en qualité de travailleur non salarié, une activité à visée de soins ne relevant pas des professions médicales ou paramédicales réglementées.

En effet, une circulaire, dépourvue de valeur normative en vertu d'une jurisprudence constante (Civ. 2ème, 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-30.658, Bull. 2003 II, n° 270 ; Civ. 2ème, 14 mars 2007, pourvoi n° 06-12.139, Bull. 2007, II, n°65 ; Civ. 2ème, 14 janvier 2010, pourvoi n° 09-11.450, Bulletin II, n°8 ; Civ. 2ème, 18 février 2010, pourvoi n° 09-12.206, Bull. II, n°38 ; Civ. 2ème, 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-19.989), ne peut mettre en échec des dispositions légales et/ou réglementaires prévoyant l'affiliation de tout travailleur non salarié aux régimes d'assurance vieillesse obligatoires.

Sur le fond, il convient de s'interroger sur la légitimité dont disposeraient le ministre en charge de la sécurité sociale - ou la direction de la sécurité sociale-, pour déterminer les activités relevant ou non de l'exercice illégal d'une activité médicale ou paramédicale réglementée.

Qui plus est, une appréciation théorique et « de principe » portée sur les professions concernées, ne paraît pas opportune dès lors que les activités à visée de soins ne sont pas illégales en elles-mêmes, mais sont appelées à le devenir lorsque le praticien, sous couvert d'exercer son « art », effectue des actes médicaux ou paramédicaux qui lui sont interdits.

En outre, des organes ou institutions, dont les ordres professionnels, sont spécifiquement chargés de veiller au respect de la réglementation de certaines professions, dont la méconnaissance fait l'objet de sanctions propres. L'exercice illégal de la médecine, notamment, fait l'objet de sanctions pénales particulières, prévues par la loi.

Il n'apparaît ainsi pas possible, en droit, de refuser l'affiliation des membres de ces professions aux régimes d'assurance vieillesse s'agissant de professions non interdites en tant que telles, la seule affiliation n'empêchant pas d'éventuelles poursuites, par ailleurs, en cas d'exercice effectivement illégal de la médecine.

À l'inverse, il faut souligner que l'affiliation d'un usager aux régimes d'assurances vieillesse obligatoires, ne constitue en aucun cas une garantie de la légalité des modalités d'exercice de cette activité. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt ancien, a pu considérer comme inopérant le fait que la profession de magnétiseur soit reconnue et définie par les textes fiscaux, cette mention n'ayant de valeur que dans le domaine fiscal (Crim. 19 juin 1957, Bull.; 505).

Cette solution a d'autant plus de portée en l'espèce, que l'ensemble des personnes exerçant une activité à visée de soins pendant la période litigieuse, à l'instar de Madame X, ont pu être affiliées à un régime d'assurance maladie ainsi que le relève le COR dans son document de travail.

Si le risque d'exercice illégal de la médecine n'a pas fait obstacle à l'affiliation des intéressés à l'assurance maladie, il ne peut valablement fonder un refus d'affiliation à l'assurance vieillesse, l'un et l'autre régimes poursuivant un même objectif d'assurance sociale, ainsi qu'il résulte de l'article L. 111-1 précité.

Au vu de ces éléments, il apparaît qu'il peut être reproché à l'État de ne pas avoir pris les dispositions réglementaires permettant à Madame X de bénéficier des régimes obligatoires d'assurance vieillesse prévus par la loi.

Depuis l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 27 novembre 1964 (Ministre des finances et des affaires économiques c/ Dame veuve Renard, requête numéro 59068, rec. p. 590), rendu précisément au sujet d'une carence de l'État en matière de réglementation d'un régime d'assurance vieillesse, il est de jurisprudence constante que la responsabilité de l'État peut être engagée du fait de l'absence d'adoption des mesures d'application nécessaires à l'entrée en vigueur d'un texte législatif.

Dans ce cadre, « *les préjudices qui résultent du retard mis à prendre, au-delà d'un délai raisonnable, un décret nécessaire à l'application d'une loi sont, en principe, de nature à ouvrir droit à réparation* » (Conseil d'Etat, 22 octobre 2014, Société Métropole Télévision, req. n° 361464).

En l'espèce, les dispositions des articles L. 621-1 CSS et suivants, en vigueur depuis le 21 décembre 1985, ont institué au profit de toutes les personnes non salariées ou assimilées, un régime d'assurance vieillesse. Or, ce n'est qu'avec le décret n° 2004-460 du 27 mai 2004, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004, que les personnes non salariées n'entrant pas dans les catégories des artisans, commerçants et travailleurs agricoles, et non rattachés à une section spécifique de profession libérale, ont pu être affiliées aux assurances vieillesse obligatoires en devenant ressortissants des régimes gérés par la CIPAV.

L'État a manifestement tardé à prendre les mesures nécessaires à l'application effective des dispositions des articles L. 621-1 CSS et suivants, instituant au profit de toutes les personnes non salariées ou assimilées, un régime d'assurance vieillesse de base.

Cette carence a eu pour effet également de priver les intéressés d'une assurance vieillesse complémentaire, le régime correspondant étant, pour les travailleurs non-salariés, géré par l'organisme auquel ils sont affiliés pour la retraite de base, en considération de l'activité exercée.

*

Au terme de cette analyse, aucune considération d'ordre juridique ou d'une autre nature, ne semble pouvoir fonder le défaut d'affiliation aux régimes de retraite obligatoires, avant le 1^{er} janvier 2004, des professionnels exerçant une activité à visée de soins non règlementée.

À défaut d'un tel fondement, les services de l'État doivent procéder à l'indemnisation du préjudice subi par Madame X, du chef de l'impossibilité qui lui a été faite d'être affiliée aux régimes d'assurance vieillesse obligatoires, du 2 janvier 1998 au 31 décembre 2005.

Il appartient en outre aux services de l'État de mettre en œuvre des mesures permettant aux usagers connaissant une situation identique à celle de Madame X, de se constituer des droits à retraite dans des conditions semblables à celles qu'ils auraient dû connaître s'ils avaient bénéficié, « en temps utile », d'une affiliation à l'assurance vieillesse.

En considération de ces éléments, la Défenseure des droits :

- recommande au secrétaire d'Etat auprès du ministère du Travail, de l'emploi et de l'insertion, en charge des retraites, de réparer le préjudice subi par Madame X, d'une part, en lui versant le montant de la somme dont elle a dû s'acquitter pour atteindre la durée d'assurance requise pour l'obtention d'une pension de retraite à taux plein, et d'autre part, en donnant instruction à la CIPAV de lui accorder gratuitement la validation des trimestres et l'inscription des points de retraite de base et complémentaire qu'elle aurait dû acquérir du 2 janvier 1998 au 31 décembre 2005, si elle avait été régulièrement affiliée aux assurances vieillesse obligatoires ;

- recommande au secrétaire d'Etat auprès du ministère du Travail, de l'emploi et de l'insertion, en charge des retraites, d'instituer un dispositif permettant aux personnes ayant été privées

de leur droit d'être affiliées aux assurances vieillesse obligatoires, au titre de l'exercice d'une activité professionnelle à visée de soins non règlementée, de se constituer des droits à retraite de base et complémentaire pour les périodes concernées, dans les conditions de cotisation qui auraient dû leur être appliquées pendant les périodes concernées, assorties de modalités de paiement adaptées à la situation de chaque assuré.

- demande au secrétaire d'Etat auprès du ministère du Travail, de l'emploi et de l'insertion, en charge des retraites, de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON