

Paris, le 23 septembre 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-240

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

Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Saisie par Monsieur X, qui estime avoir subi une atteinte à ses droits d'utilisateur du service public de l'assurance vieillesse,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour de cassation.

Claire HÉDON

Observations devant la Cour de cassation en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation par Monsieur X, relative à la contestation de ses droits liquidés par la Caisse interprofessionnelle de l'assurance vieillesse (ci-après la CIPAV) au titre de ses pensions de retraite.

Faits et instruction de la réclamation

Monsieur X a été affilié à la CIPAV à compter de l'année 1979 et jusqu'en 1995, à raison de l'exercice d'une activité de conseil en gestion.

Il a régulièrement connu des difficultés pour le versement de ses cotisations lesquelles, en définitive, ont intégralement été payées par le biais de procédures de recouvrement diligentées par l'huissier mandaté par la CIPAV.

Au mois de mars 2014, il a sollicité la liquidation de ses pensions de vieillesse avec une date d'effet au 1^{er} juillet 2014, tout en demandant oralement, puis par écrit, l'explication et la rectification de certaines « anomalies » apparaissant sur son dernier relevé de carrière. Outre que les années 1985 et 1986 manquaient à ce relevé, de nombreuses cotisations semblaient ne donner lieu à l'attribution d'aucun point dans le régime de retraite de base.

Il précisait à l'organisme que sa demande était « urgente » dans la mesure où l'absence de rectification de ses droits pourrait remettre en cause sa décision de prendre sa retraite, ou le conduire à opter pour le dispositif de cumul emploi-retraite.

Malgré l'envoi d'une relance par courrier recommandé le 22 avril 2014, il n'a obtenu aucune réponse à ses demandes d'information.

Par courrier du 17 octobre 2014, la CIPAV lui a notifié la liquidation de ses pensions de retraite de base et complémentaire.

Il a constaté qu'un certain nombre de cotisations versées n'avaient pas été prises en compte pour la détermination de ses droits, et qu'il figurait comme non-affilié pendant les années 1985 et 1986, durant lesquelles pourtant il avait poursuivi l'exercice de son activité de conseil.

Ne parvenant pas à obtenir l'explication et la justification de cette situation, Monsieur X, tout en adressant un nouveau courrier de demande d'information, a saisi la commission de recours amiable le 4 novembre 2014 pour contester la détermination de ses droits à retraite de base et complémentaire.

Dans le même temps, après avoir appris oralement d'un agent de la CIPAV que sa situation résultait de pénalités sanctionnant des retards de paiement de cotisations, l'intéressé s'est adressé par lettre recommandée à l'huissier ayant procédé au recouvrement de cotisations pour le compte de la CIPAV, pour obtenir des informations sur les dates des paiements effectués et les modalités de leur imputation sur les comptes des cotisations.

Ce courrier est également resté sans réponse.

Par courrier du 5 août 2015, Monsieur X s'est vu notifier le rejet de son recours par la commission de recours amiable. Celle-ci, considérant que seuls les droits à retraite de base étaient contestés en se référant manifestement par erreur au recours d'un autre affilié, a estimé que les cotisations des années 1982 à 1984, 1987, 1990 à 1995 avaient été réglées

au-delà d'un délai de cinq ans suivant leur date respective d'exigibilité, de sorte que leur paiement ne pouvait conduire à l'attribution d'aucun point pour la détermination de la retraite de base, en application de l'article R.643-10 du code de la sécurité sociale.

Aucune précision n'a été donnée sur les dates et imputations des paiements, ni aucune explication sur la raison de l'absence d'affiliation pendant deux années.

Cette décision de rejet a fait l'objet d'une contestation devant le tribunal des affaires de sécurité sociale saisi, lequel, par un jugement en date du 15 avril 2016, a débouté Monsieur X de ses demandes au seul motif qu'il ne rapportait pas la preuve du paiement des cotisations litigieuses dans le délai de cinq ans suivant leur exigibilité.

C'est dans ces conditions que, tout en interjetant appel de ce jugement, l'intéressé a saisi le Défenseur des droits du litige l'opposant à la CIPAV.

Par un courriel du 17 mars 2017, les services du Défenseur des droits ont sollicité de la CIPAV la communication de divers éléments d'information : un état des incidents de paiement des cotisations, les modalités de l'affectation des cotisations payées et leur impact en termes de valorisation ou non valorisation des périodes.

Le 23 mars 2017, la CIPAV a fait savoir qu'au regard du jugement intervenu, ayant débouté l'assuré de ses demandes, elle ne pouvait que confirmer « *les éléments qui ont (avaient) déjà été communiqués pour ce dossier* ».

Aux termes d'un courriel du 24 mars 2018, les services du Défenseur des droits ont indiqué que faute d'être définitif dès lors qu'il faisait l'objet d'un appel, le jugement intervenu ne leur interdisait pas d'instruire la réclamation de Monsieur X.

Par suite, ils sollicitaient la communication : d'éventuels justificatifs de radiation de l'intéressé en 1985 et 1986 et les raisons de cette mesure, des justificatifs des appels de cotisations dont la caisse estimait qu'elles avaient été payées tardivement et enfin, les justificatifs de l'information de l'affilié sur le fait qu'un paiement des cotisations au-delà d'un délai de cinq ans suivant leur date d'exigibilité excluait les périodes correspondantes du calcul de sa pension de retraite de base.

Cette demande est restée sans réponse.

Par courrier du 11 décembre 2018, le Défenseur des droits a adressé à la CIPAV une note récapitulant les éléments de fait et de droit en considération desquels il était susceptible de considérer que les modalités ayant présidé à la détermination des pensions de retraite de Monsieur X, méconnaissaient ses droits d'usager du service public de la sécurité sociale.

La caisse de retraite n'y ayant pas apporté de réponse, le Défenseur des droits a formulé des observations devant la cour d'appel (décision n° 2019-017).

Par un arrêt en date du 5 mars 2021, la cour d'appel a confirmé en toutes ses dispositions le jugement entrepris, et déclaré irrecevable la demande de dommages et intérêts formée en appel par Monsieur X.

Celui-ci a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt (pourvoi n° D 21-16.072).

Discussion

Le Défenseur des droits estime que la règle sanctionnant le retard de paiement des cotisations par une absence totale d'attribution de points, au titre desdites cotisations, dans

le régime de retraite de base, porte atteinte au droit de propriété protégé par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'incompatibilité des dispositions de l'article R.643-10 du code de la sécurité sociale avec la protection du droit de propriété instituée par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La CIPAV, pour considérer que les cotisations payées par Monsieur X au titre des années 1982 à 1984, 1987, 1990 à 1995, ne lui créent pas de droit dans le régime de retraite de base, se fonde sur l'article R.643-10 du code de la sécurité sociale.

Ce texte, qui concerne tous les affiliés aux organismes gérant les retraites des professions libérales citées à l'article R.641-1 du code de la sécurité sociale, dispose :

« Lorsque les cotisations arriérées n'ont pas été acquittées dans le délai de 5 ans suivant la date de leur exigibilité, les périodes correspondantes ne sont pas prises en considération pour le calcul de la pension de retraite ».

Autrement dit, les cotisations payées au-delà du délai visé sont exclues du calcul des droits à la retraite de base du cotisant : elles n'attribuent aucun point.

Pareille mesure paraît porter atteinte au droit de propriété institué par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale.

Cette disposition supranationale, de par son contenu même et la portée que lui attribue la jurisprudence, a incontestablement une incidence sur la marge de manœuvre dont disposent les États signataires de la Convention, en matière de réglementation de la protection sociale.

Elle énonce :

« 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 États 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. »

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, mais seulement pour les personnes remplissant ses conditions (Stec et autres c. Royaume-Uni, 12 avril 2006, Req. 65731/01 et 65900/01, § 54, Andrejeva c. Lettonie, 18 février 2009, Req. 55707/00, § 77, Carson et autres c. Royaume-Uni, 16 mars 2010, Req. 42184/05, § 64, et Stummer c/ Autriche Stummer, 7 juillet 2011, Req. 37452/02 § 82).

Par suite, une réglementation ne peut porter atteinte à cet intérêt patrimonial qu'aux conditions d'être justifiée par un intérêt public ou général légitime, et d'être proportionnée au but poursuivi. Le juste équilibre à préserver n'est pas respecté si l'individu, du fait d'une règle ressortissant du domaine de la protection sociale, supporte une charge spéciale et exorbitante. La Cour européenne des droits de l'homme, procédant à ce contrôle de

proportionnalité, conclut à la violation de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel lorsque l'atteinte portée à l'intérêt patrimonial que constitue une prestation de sécurité sociale, est excessive, lorsqu' « *il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre le but poursuivi et les moyens employés* ». En l'occurrence, à la suite d'une modification de la réglementation nationale ayant pour effet d'augmenter le nombre de jours de cotisations requis pour ouvrir droit à une pension d'invalidité - le but d'intérêt général étant l'économie de deniers publics par une rationalisation du régime des prestations sociales d'invalidité, l'assuré avait été privé de toute prestation d'invalidité alors que, selon la cour, la proportionnalité aurait voulu que l'on réduise l'allocation, « *par exemple grâce à un calcul au prorata du nombre de jours de cotisation existants et manquants* ». La réglementation concernée a donc été jugée incompatible avec l'article 1 du premier Protocole additionnel à la Convention (arrêt Bélané Nagy c/ Hongrie, du 16 décembre 2016, Req. 53080/13, § 115 ets. et arrêt Lengyel c/Hongrie, 18 juillet 2017, Req. 8271/15).

La même Cour considère qu'un État viole l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention lorsqu'il autorise l'organisme national d'assurance chômage à récupérer l'intégralité d'un indu d'allocations de chômage résultant de sa seule erreur, à l'encontre d'une personne de bonne foi, en mauvaise santé et connaissant une situation financière difficile. La Cour européenne juge que les autorités internes de l'État concerné ont ainsi imposé à la requérante une charge individuelle excessive, en violation de la Convention, et ordonne la réparation du préjudice en résultant, à hauteur de l'intégralité de l'indu réclamé (*Cakarevic c. Croatie*, requête n° 48921/13, arrêt du 26 avril 2018).

La Cour de cassation a repris à son compte la jurisprudence européenne sur l'applicabilité aux prestations sociales de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *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. 2^{ème}, 21 décembre 2006, pourvoi n° 04-30.586, publié au bulletin des arrêts de la cour de cassation : n° 364 ; Soc. 19 février 2009, pourvoi n° 07-20.668 : publié au bulletin n° 53).

Par conséquent, si des dispositions du code de la sécurité sociale (ci-après CSS) sont incompatibles avec les exigences découlant de la protection du droit de propriété garantie par ce texte – l'intérêt général légitime servi par la mesure et sa proportionnalité à l'objectif poursuivi - leur application doit être écartée et le litige réglé conformément à ces exigences (Voir par ex. en raison d'une incompatibilité d'un texte issu du CSS avec les dispositions combinées des articles 14 de la Convention et 1^{er} du premier Protocole additionnel à cette Convention : Civ. 2^{ème}, 20 septembre 2018, pourvoi n° 17-21.576, publié : non-application de la disposition limitant à quatre le nombre de trimestres de service national pouvant être retenus comme « réputés cotisés » pour l'accès à la retraite anticipée pour carrière longue, et prise en compte à ce titre, de l'intégralité des trimestres de service national effectués par un objecteur de conscience).

Récemment, la Cour de cassation a pris l'initiative de contrôler la conventionalité d'une règle du régime d'assurance vieillesse des avocats – la clause dite « de stage » - pour vérifier sa compatibilité avec les exigences de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Civ. 2^{ème}, 12 mai 2021, pourvoi n° 19.20.938).

Ce contrôle, qui a conduit à retenir l'incompatibilité de la règle avec la protection offerte par le droit européen, s'est effectué sur le terrain de la proportionnalité de la mesure avec l'objectif poursuivi – l'équilibre financier du régime d'assurance vieillesse des avocats – dont il a été admis qu'il servait un intérêt général et légitime.

La Cour a préalablement défini la portée de la garantie apportée par la disposition conventionnelle : celle-ci « *implique, lorsqu'une personne est assujettie à titre obligatoire à un régime de retraite à caractère essentiellement contributif, un rapport raisonnable de proportionnalité exprimant un juste équilibre entre les exigences de financement du régime de retraite considéré et les droits individuels à pension des cotisants* ».

La Cour a ainsi considéré que la « clause de stage » litigieuse, en vertu de laquelle l'assuré assujetti au régime d'assurance vieillesse des avocats qui ne justifie pas d'une durée d'assurance d'au moins soixante trimestres (15 ans) n'a pas droit à une pension de retraite proportionnelle à sa durée d'assurance au régime des avocats, méconnaissait l'exigence conventionnelle d'un rapport raisonnable de proportionnalité, en énonçant : « *en ne prévoyant le versement à l'assuré qui ne justifie pas d'une durée d'assurance de soixante trimestres, durée significative au regard de la durée d'une carrière professionnelle, que d'une fraction de l'allocation aux vieux travailleurs salariés, manifestation disproportionnée au regard du montant des cotisations mises à sa charge au cours de la période de constitution des droits, la "clause de stage", si elle contribue à l'équilibre financier du régime de retraite concerné, porte une atteinte excessive au droit fondamental garanti en considération du but qu'elle poursuit, et ne ménage pas un juste équilibre entre les intérêts en présence* ».

En l'espèce, l'atteinte portée par l'article R.643-10 du CSS au droit individuel à pension du cotisant paraît de même nature.

Ce texte signifie, en pratique, que les cotisations payées au-delà d'un délai de cinq ans suivant leur date d'exigibilité, n'attribuent aucun point pour le calcul de la pension de retraite de base.

Cette règle, dont il résulte que le paiement de cotisations ne crée pas de droit individuel à pension - il s'effectue à perte, en quelque sorte - constitue une sanction excessive du retard de paiement, incompatible avec la protection du droit de propriété instituée par le droit européen.

Elle rompt l'équilibre économique nécessaire, dans un régime contributif, entre l'effort contributif et le droit qui en résulte.

Interpellée à plusieurs reprises par les services du Défenseur des droits sur le caractère confiscatoire d'une telle règle – notamment pour susciter une réflexion en vue de son abrogation - la Direction de la sécurité sociale l'a justifiée par le délai de prise en compte des cotisations dans le cadre des opérations financières de compensation inter-régimes.

Outre que ce délai est en réalité dépourvu de toute incidence sur la trésorerie des caisses, dès lors que la compensation s'opère sur des éléments fictifs et non réels, l'existence d'une éventuelle contrainte technique, en toute hypothèse, ne saurait justifier une atteinte aux droits de l'usager, telle que sa contribution ne lui ouvre pas de droits.

La mise en œuvre de la compensation inter-régimes est une opération participant de la gestion financière des organismes de sécurité sociale, qui intéresse exclusivement les services en charge des opérations de compensation. Elle ne constitue pas un intérêt public ou général légitime, susceptible de justifier une ingérence dans le droit de propriété. S'il était admis qu'elle relève de l'intérêt général, la privation intégrale pour le calcul de la pension, des droits normalement attachés au paiement de cotisations, n'apparaîtrait toutefois pas proportionnée à l'objectif poursuivi de simplification des opérations de compensation.

Dans le cadre de la procédure contentieuse, de nouvelles justifications ont été apportées à l'article R643-10 du CSS, qui ont été retenues par la Cour d'appel pour considérer que la

disposition n'était pas contraire à la protection du droit de propriété. Celles-ci méritent d'être examinées.

En premier lieu, il ressort de l'arrêt que le versement de l'intégralité des cotisations était un préalable légal à l'ouverture des droits à pension de retraite. Si ce principe, prévu à l'article 3.16 des statuts de la CIPAV, est applicable au régime de retraite complémentaire, il ne l'est pas, en revanche, à la liquidation des droits à pension dans le régime de retraite de base, qui est celui en cause en l'espèce.

En outre, le principe de l'article 3.16 - disposition intégrée dans la partie III des statuts, « régime complémentaire de retraite » - concerne les seules cotisations de retraite complémentaire, non celles dues au titre de la retraite de base. L'article 3.2 des statuts, lui aussi intégré dans la partie relative au régime de retraite complémentaire, énonce en effet que « Pour l'application des statuts du présent régime, il faut entendre par : - "cotisation" : la cotisation due au titre du régime de retraite complémentaire (...) ».

Ainsi, la liquidation de la retraite de base ne peut être empêchée au motif de la subsistance d'une dette de cotisations et, à supposer que des cotisations du régime de base restent dues au moment de la demande de liquidation des droits, cette dette ne pourrait avoir pour effet d'empêcher la liquidation dans aucun des régimes d'assurance vieillesse gérés par la CIPAV.

La subsistance d'une dette de cotisations dans le régime de base a pour conséquence, en revanche, de réduire les droits de l'affilié dans ce régime, puisqu'aucun point ne sera inscrit au compte de cotisations du régime de base, au titre des périodes pour lesquelles les cotisations n'ont pas été versées. Le montant de la pension sera réduit à due proportion des cotisations non réglées.

Les motifs de l'arrêt énonçant que le règlement intégral des cotisations est un préalable légal à la liquidation des droits à pension ne paraissent pas de nature à justifier l'atteinte au droit de propriété portée par les dispositions de l'article R.643-10 du CSS, qui concernent pour leur part le sort de cotisations effectivement payées.

De la même manière, si les juges d'appel ont relevé que le délai de 5 ans de l'article R.643-10, était supérieur au délai de grâce maximal susceptible d'être octroyé à un débiteur par le juge civil, le problème que pose l'article R.643-10 ne tient pas à la durée du délai qu'il comporte, mais à l'excessive radicalité de la sanction qui s'applique à l'expiration de ce délai, constitutive d'une véritable déchéance de droit.

Enfin la Cour d'appel, pour justifier cette sanction, s'est référée à l'équilibre financier du régime de retraite, fondé sur un système par répartition dans lequel les cotisations des actifs permettent de payer les pensions de retraite. Elle a relevé qu'il était « de l'intérêt public, général et légitime que les cotisations soient versées à leur date d'exigibilité, ou régularisées dans un délai limité, afin que le système social de répartition puisse fonctionner au mieux ». Certes, l'équilibre financier des régimes de retraite constitue un objectif d'intérêt général susceptible, sur le principe, de justifier une ingérence dans la constitution ou la jouissance du droit à pension.

L'ingérence, en l'occurrence, repose sur le texte réglementaire qui, par dérogation au principe normalement applicable dans un régime contributif, n'attache aucun droit aux cotisations payées.

Une telle atteinte à l'intérêt patrimonial que constitue le droit individuel à pension, dans un régime contributif, paraît toutefois excessive et ne « ménage pas un juste équilibre entre les intérêts en présence », pour reprendre les termes de l'arrêt du 12 mai 2021.

La préservation de l'équilibre financier des régimes de retraite de base des professionnels libéraux, ne semble pas rendre nécessaire une telle sanction du paiement tardif des cotisations.

À ce titre, il convient de relever que les artisans et commerçants, ressortissants du régime des indépendants, qui souhaitent partir à la retraite, ont la possibilité de régler leurs cotisations arriérées afin de compléter leurs droits à pension, sans délai.

L'article R. 643-10 du CSS ne leur est pas applicable, et ils ne connaissent pas l'équivalent d'une telle règle, qui rendrait non attributives de droits les cotisations payées tardivement.

Le régime de retraite de base des indépendants, aujourd'hui intégré au régime général, est pourtant lui aussi contraint de maintenir son équilibre financier, dans le cadre d'un système par répartition.

Par ailleurs, il convient de souligner que le retard de paiement des cotisations est d'ores et déjà sanctionné par l'application de majorations et pénalités, auxquelles s'ajoutent, le cas échéant, des frais de recouvrement.

Dans ces conditions, il apparaît difficile de justifier qu'un retard dans le paiement de la contribution, même important, conduise à la perte pure et simple du droit qui y est normalement attaché.

La règle de l'article R.643-10 du code de la sécurité sociale paraît ainsi présenter un caractère confiscatoire et ne peut, dès lors, répondre à l'exigence du droit conventionnel européen, d'un « *juste équilibre entre les intérêts en présence* ».

Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'application de l'article R.643-10 du CSS, qui en privant les cotisants des droits qui sont normalement attachés à leur contribution à un régime d'assurance vieillesse, porte une atteinte excessive au droit fondamental protégé, au regard de l'objectif poursuivi, paraît devoir être écartée.

En conséquence, les contributions effectives à l'assurance vieillesse de base, paraissent devoir être prises en compte pour le calcul des droits, le retard pris à les payer étant « suffisamment » sanctionné par l'application au cotisant de pénalités/majorations de retard d'autant plus élevées que le retard est important, et, en cas de recouvrement forcé, par l'obligation de payer les frais d'huissier.

Telles sont les observations que j'entends soumettre à l'appréciation de la Cour de cassation.

Claire HÉDON