

Paris, le 22 janvier 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-021

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'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 ;

Vu les articles 1240 et 1241 du code civil ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Saisi par Madame X qui estime subir une atteinte à ses droits d'usager du service public de la sécurité sociale ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal judiciaire de Z.

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal judiciaire de Z présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Depuis plusieurs années, des assurés saisissent le Défenseur des droits de réclamations relatives à l'absence de constitution de droits dans le régime de vieillesse de base au titre de leur activité d'artiste auteur.

Les intéressés ont exercé à un moment, dans leur carrière, pour des durées variables selon les cas, une activité artistique ayant entraîné leur affiliation, pour la retraite de base, à la caisse de retraite de l'enseignement, des arts appliqués, des sports et du tourisme (CREA), laquelle a été intégrée, à compter du 1er janvier 2004, à la caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse des architectes, ingénieurs, techniciens et experts (CIPAV).

Ils ont constaté, généralement à l'approche de la liquidation de leur retraite du régime général, qu'ils n'avaient en réalité pas été affiliés, au titre de leur activité artistique, au régime d'assurance vieillesse de base (ex-CREA), mais seulement au régime complémentaire de l'IRCEC.

Il doit être souligné, à ce stade, que la CIPAV depuis 1959, avait formé avec deux autres sections de la caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales (CNAVPL) ainsi qu'avec l'IRCEC, le « groupe Berri », destiné à mutualiser différentes activités pour ses membres, « *en principe pour plus d'efficacité* » (Cour des comptes, Rapport public annuel 2017 – p. 415 in fine).

Toujours est-il que pour leurs périodes d'activité artistique, susceptibles parfois de s'étendre sur de nombreuses années, les ressortissants de la CREA n'ont pas reçu d'appels à cotisations pour le régime de base.

Étant convaincus, à l'époque, d'être régulièrement affiliés à ce régime, à raison notamment de la confusion entretenue par des appels de cotisations reçus, comportant le double entête « IRCEC-CREA » - appels qui ne concernaient en réalité que des cotisations de retraite complémentaire - ils subissent aujourd'hui un préjudice résultant de ce que faute d'avoir cotisé au régime de retraite de base, ils n'y ont aucun droit au titre des périodes d'activité accomplies en qualité d'artiste auteur.

S'agissant, plus particulièrement, de la situation de Madame X, celle-ci, née le 3 février 1955 en Tchécoslovaquie, a débuté en France, en 1983, une activité indépendante de restauratrice de tableaux, pour laquelle elle a accompli dès 1982, les formalités de déclaration obligatoires auprès du centre des formalités des entreprises compétent.

Par précaution, elle s'est rendue dans les locaux de la CREA au mois de mars 1983, visite à l'occasion de laquelle il lui a été confirmé que son activité relevait bien du régime d'assurance vieillesse obligatoire géré par cet organisme.

Celui-ci, à deux reprises, lui a fait parvenir une attestation d'affiliation, puis a appelé à échéances régulières des « *cotisations retraite* » sans plus de précision, sur des documents portant les mentions tant de la CREA que de l'IRCEC.

Madame X s'est toujours acquittée dans les délais du paiement des cotisations appelées, pensant ce faisant, cotiser pour l'ensemble des régimes de retraite obligatoires.

Au moment de préparer son départ à la retraite, qu'elle souhaitait faire intervenir en 2020, elle s'est aperçue que son relevé de situation individuelle, couvrant la période de 1983 à 2017, ne comportait de droit que dans le régime de retraite complémentaire (IRCEC). Aucun trimestre de cotisations, aucun point de retraite, n'était inscrit pour le régime d'assurance vieillesse de base.

À l'issue de recherches et de démarches, l'assurée a constaté que la CREA avait été absorbée par la CIPAV au 1^{er} janvier 2004 en vertu des dispositions du décret 2004-461 du 27 mai 2004. Selon ce même décret, l'IRCEC, qui jusqu'alors n'était « qu'un » régime de retraite complémentaire géré par la CREA, devait acquérir la personnalité morale.

Le 2 août 2018, Madame X, devant la complexité de la situation et l'absence de solution apportée par l'IRCEC et la CIPAV, a saisi les commissions de recours amiable de ces deux organismes.

Au mois de décembre 2018, faute de décision de ces commissions suite aux recours exercés, l'intéressée a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de Z de diverses demandes à l'encontre de la CIPAV et de l'IRCEC, demandes dont la compétence relève, à présent, du pôle social du tribunal judiciaire de Z.

Ce tribunal examinera le litige lors de son audience du 27 janvier 2020 à 14 heures.

Il convient de préciser, enfin, que Madame X est veuve et mère de trois enfants, et qu'elle bénéficie de la validation de dix années d'assurance vieillesse dans le régime slovaque - au titre de ses d'études et de sa formation de peintre restauratrice de tableaux - période qu'il incombe au régime français de prendre en compte en vertu de la réglementation de l'Union européenne en matière de sécurité sociale.

Instruction

Le Défenseur des droits a eu l'occasion, déjà, de formuler des observations dans le cadre d'un contentieux initié par une réclamante qui souhaitait obtenir réparation de la perte de droits dans le régime de retraite de base, subie à raison du défaut d'appel de cotisations par l'ex-CREA.

La CIPAV dans le cadre de cette procédure, a accepté d'accorder sans prélèvement de cotisations, la validation des 40 trimestres correspondant à la période litigieuse. Par jugement du 20 décembre 2017, le tribunal des affaires de sécurité sociale de A a pris acte de cette mesure individuelle de la CIPAV au profit de l'assurée.

Par ailleurs, dans le cadre d'une démarche générale, visant à faire émerger une solution pour l'ensemble des assurés concernés par le défaut d'appel, par la CREA, des cotisations du régime de retraite de base, le Défenseur des droits a interpellé les pouvoirs publics et, en 2015, a adressé une décision à la Ministre en charge de la sécurité sociale (décision MSP 2015-077).

En réponse, une circulaire interministérielle a été publiée, circulaire n° DSS/5B/3A/2016/308 du 24 novembre 2016, relative à l'extension et à l'adaptation de la procédure de la régularisation de cotisations prescrites d'assurance vieillesse aux artistes auteurs.

Ce texte, applicable à compter du 1er janvier 2017, prévoit un procédé de rachat des cotisations qui, à divers égards, ne répond pas aux exigences d'un rétablissement juste et exhaustif des intéressés dans leur droit d'usagers du service public de la sécurité sociale. L'obstacle majeur à ce rétablissement réside dans le coût, bien trop élevé, du rachat des cotisations non appelées.

Le Défenseur des droits, par conséquent, entend s'adresser de nouveau à la Ministre en charge de la sécurité sociale, afin de porter à sa connaissance les griefs qu'il formule à l'encontre de la circulaire du 24 novembre 2016.

Dernièrement le Défenseur des droits, dans le cadre de l'instruction de réclamations dont il est saisi par d'ex-ressortissants de la CREA, et qui font l'objet d'actions contentieuses, a adressé une note à la CIPAV récapitulant les éléments de fait et de droit en considération desquels il estime que le défaut de réparation du préjudice subi par les intéressés - sous la forme de l'attribution gratuite dans le régime de retraite de base de trimestres de cotisations et de points de retraite selon les revenus réels ou estimés - méconnaît leurs droits d'usagers du service public de la sécurité sociale.

Cette note, adressée le 19 décembre 2019, a fait l'objet d'un courriel de réponse des services de la CIPAV, le 7 janvier 2020.

Aux termes de ce courriel, l'organisme fait état de l'irrecevabilité des actions contentieuses des réclamants - parmi lesquels Madame X – en l'absence selon les cas, de l'exercice d'un recours devant la commission de recours amiable ou de l'existence d'une décision de rejet précédant ce recours.

En outre, il propose d'affilier les réclamants, avec leur accord, au régime d'assurance vieillesse de base, de manière rétroactive sur un délai de 5 ans.

Analyse juridique

Deux observations doivent être formulées à titre liminaire.

En premier lieu, la CIPAV paraît mal fondée lorsqu'elle invoque l'irrecevabilité de l'action contentieuse des anciens ressortissants de la CREA, sur le fondement de l'article R. 142-1 du code de la sécurité sociale.

Ce texte, qui prévoit l'exercice préalable obligatoire d'un recours amiable auprès des commissions prévues à cet effet au sein des organismes de sécurité sociale, sous peine d'irrecevabilité de l'action contentieuse de l'assuré, n'est pas applicable en matière d'engagement de la responsabilité desdits organismes. La jurisprudence est sur ce point établie, et constante (Civ, 2^{ème}, 3 février 2011, pourvoi n° 10-10357 ; publié au bulletin : II, n° 27 ; Civ. 2^{ème}, 7 juillet 2016 pourvoi n° 15-21370 ; Civ. 2^{ème}, 20 juin 2019, pourvoi n° 16-10043).

En toute hypothèse, s'agissant de Madame X, celle-ci justifie avoir saisi la commission de recours amiable (CRA) par l'intermédiaire de son avocat le 2 août 2018.

Par ailleurs, l'exigence invoquée par la CIPAV, d'une décision de rejet de l'organisme précédant la saisine de sa CRA, est pour le moins surprenante si l'on considère la situation rencontrée par les ex-ressortissants de la CREA. Généralement les intéressés, lorsqu'ils s'aperçoivent qu'ils n'ont aucun droit dans le régime de base, pensent qu'une erreur a été commise et en recherchent l'explication, auprès de l'IRCEC, de la caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales (CNAVPL), et de la CIPAV lorsqu'ils ont connaissance de la disparition de la CREA et de son absorption par cette caisse. Ils contactent bien souvent les organismes par téléphone, en se rendant dans leurs locaux ou par email, et n'obtiennent pas – lorsqu'une réponse leur est donnée – une décision de rejet en bonne et due forme des organismes. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que les actions en responsabilité dirigées contre les organismes de sécurité sociales sont exonérées de la phase administrative

amiable, préalable au contentieux : la faute d'un organisme, par principe, ne fait pas l'objet « en propre » d'une décision de sa part.

Les ex-ressortissants de la CREA, lorsqu'ils cherchent des explications à leur situation, sont renvoyés d'un organisme à l'autre, sans jamais être clairement informés de la raison pour laquelle ils n'ont acquis aucun droit dans le régime de retraite de base au titre de leur activité artistique.

La CIPAV ne peut exiger de ces assurés qu'ils obtiennent, de sa part, une décision relative à leur préjudice du chef de l'omission par la CREA, de leur affiliation effective au régime de retraite de base.

En second lieu, et s'agissant du contexte général dans lequel s'inscrivent les contentieux qui nous occupent, il convient de souligner l'absence de définition claire et précise, à tout le moins pour les périodes litigieuses, des activités artistiques qui relevaient, pour les régimes de retraite de base, de la maison des artistes (MDA), ou de l'ancienne CREA.

Si celle-ci était semble-t-il destinée à accueillir les seuls artistes non auteurs, il s'avère qu'en réalité son champ d'affiliés était plus vaste puisqu'elle avait vocation à prendre en charge, par défaut, les droits à retraite de base des artistes ne relevant pas de la MDA, dont le champ se limitait aux artistes-auteurs de la branche des arts graphiques et plastiques, justifiant d'un niveau minimum de revenus artistiques.

Ainsi, il est apparu dans les faits, que la CREA a « formellement » affilié les artistes non auteurs, ainsi que les artistes auteurs dont il était considéré que l'activité ne relevait pas des arts graphiques et plastiques, ou ne leur procurait pas un niveau de revenus permettant une affiliation au régime de retraite géré par la MDA. Cette affiliation formelle n'a cependant pas été suivie d'effectivité, c'est toute la difficulté.

*

Les personnes exerçant une activité professionnelle, quelle qu'elle soit, sont tenues de s'affilier et de cotiser à un régime de sécurité sociale français, dont la législation est d'ordre public. Ces dispositions sont prévues, pour le régime général (dont relèvent les artistes auteurs affiliés à la Maison des artistes), par l'article L.311-2 du code de la sécurité sociale (CSS) et pour le régime des professions libérales, par l'article R.643-1 du CSS.

Pour être en règle avec cette obligation, l'actif qui n'est pas salarié doit lui-même déclarer son activité auprès de l'Urssaf dont il dépend, à charge pour celle-ci de diffuser l'information auprès des différents organismes dont relève l'intéressé, suivant la nature de l'activité exercée.

Il appartient à l'actif qui est à son compte, pendant l'exercice de son activité, de déclarer les revenus qu'elle lui procure et de régler les cotisations qui, sur la base de ces revenus, seront appelées par les différents organismes de sécurité sociale dont il relève.

En l'occurrence, les artistes concernés ont régulièrement procédé aux formalités de déclarations de leur activité auprès de l'Urssaf, ensuite de quoi ils ont été affiliés et ont cotisé aux différents régimes de sécurité sociale, notamment pour l'assurance vieillesse en réglant des « cotisations de retraite », sans plus de précision, appelées via l'envoi de documents comportant le double entête « IRCEC- CREA ».

Ces personnes, pour la plupart et à l'instar de Madame X, ont reçu une attestation d'affiliation à la CREA.

Dans ces conditions, il apparaît que les assurés ont exécuté l'obligation déclarative de leur activité mise à leur charge - en conséquence de quoi ils devaient, de plein droit, être affiliés aux différents régimes de sécurité sociale – et ont pu légitimement, eu égard aux conditions dans lesquelles ils versaient des cotisations de retraite « IRCEC – CREA », croire qu'ils cotisaient tant pour la retraite de base que pour la retraite complémentaire.

Dans ce contexte, aucune omission ni négligence fautive, ne semble pouvoir être reprochée aux assurés.

Le ministère en charge de la sécurité sociale, dans sa circulaire du 24 novembre 2016, a admis que les cotisations qui auraient dû être appelées par l'organisme de retraite de base, ne l'ont pas été.

La Cour des comptes dans son rapport annuel 2017, a évoqué elle aussi « *la question des quelque 6500 anciens affiliés de la CREA (caisse de retraite de l'enseignement, des arts appliqués, des sports et du tourisme, absorbée le 1er janvier 2004 par la CIPAV pour la partie régime de base), qui n'ont pas été affiliés régulièrement, et pour lesquels il faut également prévoir, en liaison avec la tutelle, une affiliation rétroactive* » (note de bas de page 288, p.426 du rapport annuel).

L'absence d'appel des cotisations par un organisme de sécurité sociale chargé du recouvrement des cotisations afférentes au(x) régime(s) dont il a la charge, constitue une faute de nature à engager sa responsabilité.

La responsabilité pour faute des organismes de sécurité sociale peut être engagée sur le fondement des règles du droit commun de la responsabilité extracontractuelle, fixées aux articles 1240 et suivants du code civil.

Il s'agit, pour les organismes, de répondre non seulement de leur fait, mais également de leur négligence ou de leur imprudence (article 1241 du code civil).

L'engagement de leur responsabilité suppose une faute caractérisée à la charge de l'organisme, à l'origine d'un dommage pour l'usager. (Soc., 12 juillet 1995, Bull. 1995, V, n° 242, pourvoi n° 93-12.196 ; D. 1996, somm. p. 45, obs. X. Prétot ; Dr. soc. 1995, p. 939, obs. X. Prétot ; RJS 1995, n° 1046).

Ainsi, « *La responsabilité de l'organisme est susceptible d'être engagée chaque fois qu'il manque aux obligations qui lui incombent pour l'exécution de ses missions de service public (Soc., 4 mars 1999, pourvoi n° 96-14.752)* » (Rapport annuel 2009 de la cour de cassation, troisième partie : Étude : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Contributions de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale, Les principes directeurs de la jurisprudence en matière de sécurité sociale).

Les caisses des travailleurs « indépendants » quels qu'ils soient, en tant que gestionnaires de régimes d'assurances sociales obligatoires, sont dotées de prérogatives exorbitantes du droit privé : affiliation obligatoire, pouvoir de recouvrement et notamment de recouvrement forcé des cotisations...

Outre la détermination et le service des prestations des régimes dont elles ont la charge, la mission de ces caisses, qui participe de l'exécution d'un service public, couvre différentes fonctions relatives au recouvrement des cotisations.

À ce titre, il résulte de l'article L.642-5 du code de la sécurité sociale que la mission de gestion des régimes d'assurance vieillesse de base et complémentaire, et d'assurance invalidité-décès, comprend le calcul et l'établissement des cotisations dont sont redevables les affiliés des sections professionnelles.

La CIPAV, pour se dédouaner des conséquences du défaut d'affiliation de ressortissants de ses propres régimes, ou de celui anciennement géré par la CREA, ou encore du défaut d'appel de cotisations à l'adresse de ces ressortissants, fait régulièrement valoir le caractère portable des cotisations. Elle en déduit qu'il appartient à l'assuré d'établir lui-même le calcul de ses cotisations, et de procéder spontanément à leur paiement.

Cette position, outre qu'elle vide de sa substance une partie de la mission de service public confiée à l'organisme, paraît dangereuse pour l'équilibre financier des régimes concernés. Le calcul des cotisations est extrêmement complexe, et répond à des modalités évolutives eu égard aux fréquentes modifications de la réglementation. On ne peut raisonnablement exiger des usagers de la sécurité sociale qu'ils soient à même de connaître et de mettre en œuvre ces modalités.

Il faut en outre observer que pareille exigence, *in fine*, mettrait en difficulté les régimes gestionnaires tenus à diverses obligations liées aux règles de comptabilité publique. La pratique consistant à faire peser sur les affiliés le calcul de leurs cotisations, constituerait un risque certain pour la sécurité juridique, financière et économique des régimes, au préjudice des usagers et des organismes auxquels il incomberait, de surcroît, de rectifier les inévitables erreurs et/ou omissions de leurs affiliés.

Enfin il faut ajouter, s'agissant plus particulièrement des ressortissants de l'ex-CREA, qu'il leur aurait fallu savoir qu'ils étaient redevables de cotisations de retraite de base à cet organisme, pour calculer et payer ces cotisations. Or, cela a été dit, les appels de cotisations de retraite reçus par ces personnes, compte tenu de leur présentation, leur ont laissé croire qu'elles cotisaient pour l'ensemble de leurs droits à retraite là où, en réalité, elles ne cotisaient que pour le régime complémentaire.

Dans ces conditions, il apparaît que la CREA, en omettant de calculer et d'appeler les cotisations du régime de sécurité sociale dont elle était gestionnaire, a failli dans l'exercice de sa mission et commis une faute à l'égard des ressortissants de ce régime.

La CIPAV a également commis cette faute à l'égard de Madame X, puisqu'elle s'est abstenue d'appeler auprès de celle-ci, devenue ressortissante de son régime de retraite de base à compter du 1^{er} janvier 2004, les cotisations correspondantes.

En vertu des principes de la responsabilité extracontractuelle qui lui sont applicables, la CIPAV, au titre des manquements de l'ex-CREA aux droits de laquelle elle vient, et à celui le cas échéant de ses propres manquements, doit réparer le préjudice qui en résulte, à savoir la perte des droits que les intéressés auraient dû se constituer dans le régime de retraite de base, à raison de l'activité artistique qu'ils ont exercée.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt - non frappé de pourvoi - du 2 février 2017 (arrêt n° 15/07510, Pôle 6 – chambre 12), a retenu au profit d'une ressortissante de l'ex-CREA, la faute de la CIPAV et sa condamnation, à titre de réparation, à valider gratuitement les trimestres correspondants et à reconstituer gratuitement le compte de cotisations de l'intéressée, en considération de ses revenus réels ou estimés.

Cette solution, en permettant la liquidation d'une pension de retraite de base comprenant la valorisation de la période litigieuse sans paiement des cotisations correspondantes, au demeurant généralement prescrites, constitue une juste réparation du préjudice subi.

La proposition adressée par la CIPAV aux services du Défenseur des droits, de procéder à une affiliation de Madame X, rétroactivement, à compter du 1^{er} mai 2015, ne saurait être retenue dès lors qu'elle ne constitue, en aucune manière, une mesure de réparation appropriée du préjudice subi.

Ainsi, au titre des droits attachés à sa qualité d'usager du service public de la sécurité sociale, Madame X doit obtenir la réparation de son préjudice par la validation gratuite comme durée d'assurance cotisée, des trimestres échus sur la période concernée, et par la reconstitution gratuite de son compte de cotisations pour cette même période, sur la base de ses revenus réels ou estimés.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation du pôle social du tribunal judiciaire de Z.

Jacques TOUBON