

Paris, le 9 novembre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-276

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 la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics ;

Vu la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ;

Vu le décret n°70-1277 du 23 décembre 1970 portant création d'un régime de retraites complémentaire des assurances sociales en faveur des agents non titulaires de l'Etat et des collectivités publiques ;

Saisi par Monsieur X qui estime que le centre hospitalier de Z n'est pas fondé à lui demander le règlement des cotisations salariales dues à l'IRCANTEC au titre de l'emploi d'infirmier anesthésiste contractuel qu'il a exercé dans cet établissement entre 2007 et 2015, en raison de la prescription de cette créance,

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Y saisi par Monsieur X.

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal administratif de Y en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

I – Rappel des faits et de la procédure

Par courrier du 7 novembre 2017, le Défenseur des droits a été saisi par Monsieur X d'une réclamation concernant la demande de règlement que lui a faite le centre hospitalier de Z d'une somme de 4 606,57 €, représentant la part salariale des cotisations dues à l'IRCANTEC qui auraient dû être précomptée sur ses salaires entre 2007 et 2015.

En effet, Monsieur X, infirmier anesthésiste, a assuré des remplacements au bloc opératoire du centre hospitalier W, entre 2007 et 2015.

Il accomplissait ses fonctions dans le cadre de décisions de recrutement visant le décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Ces décisions fixaient une rémunération nette correspondant au temps de service journalier et précisaient que Monsieur X serait affilié au régime général de la sécurité sociale et bénéficierait du régime de retraite géré par l'Institution de retraite complémentaire des agents non titulaires de l'Etat et des collectivités publiques (IRCANTEC).

Toutefois, en préparant son dossier de retraite, Monsieur X a constaté, à la lecture de son relevé de carrière, qu'aucune cotisation n'avait été versée pour son compte, ni à l'assurance vieillesse du régime général de la sécurité sociale, ni à l'IRCANTEC.

Le centre hospitalier W, devenu le centre hospitalier de Z, a accepté de régulariser la carrière de Monsieur X, en particulier auprès de l'IRCANTEC.

Par courrier du 23 octobre 2017, Monsieur X a été informé qu'à la suite de la réception par l'établissement de la facture de l'IRCANTEC relative aux cotisations patronales et salariales non versées pour la période considérée, un titre de recette allait lui être adressé, d'un montant de 4 606,57 € représentant les cotisations qui auraient dû être prélevées sur son salaire.

Un avis des sommes à payer, émis à l'encontre de Monsieur X le 30 octobre 2017, lui a été adressé ultérieurement par la trésorerie W.

Par lettre du 12 novembre 2017, Monsieur X a contesté devoir cette somme, faisant valoir que les salaires qu'il avait perçus étaient des salaires nets, comme ses différents contrats le mentionnaient, et qu'en tout état de cause, la créance était atteinte par la prescription biennale.

Aucune réponse, si ce n'est une lettre de relance en date du 15 décembre 2017, ne lui a été apportée.

Le 5 janvier 2018, Monsieur X a saisi le tribunal administratif de Y. Il invoque, dans sa requête, l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 instituant une prescription biennale pour le recouvrement des trop-perçus de rémunération des agents publics et considère qu'en application de cette loi, les cotisations pour la retraite incombent en totalité au centre hospitalier de Z.

Par courrier du 25 avril 2018, les services du Défenseur des droits ont fait observer au directeur du centre hospitalier de Z qu'il appartenait à un employeur public de régler auprès des organismes sociaux, en particulier l'IRCANTEC, l'intégralité des cotisations patronales et salariales d'assurance vieillesse, puis de recouvrer auprès de l'agent les cotisations salariales qu'il a avancées pour son compte, mais seulement dans la limite de la prescription applicable à cette catégorie de créance.

Or, le Conseil d'Etat, dans un avis portant sur l'interprétation de l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 susvisée, a analysé les cotisations non précomptées sur les rémunérations d'un agent public comme une rémunération induue, qui ne peut être répétée que dans un délai de deux ans à compter du versement erroné.

Par courrier du 1^{er} juin 2018, le centre hospitalier a indiqué au Défenseur des droits que le trésorier W, comptable public de l'établissement, avait suspendu la prise en charge du mandat de paiement des cotisations au bénéfice de l'IRCANTEC, à l'émission d'un titre de recette à l'encontre de Monsieur X pour un montant de 4 606,57 € représentant la part salariale de ces cotisations.

Ce comptable public a, en effet, observé que l'établissement hospitalier qui régularise les cotisations d'assurance vieillesse a l'obligation d'émettre un ordre de recette à l'encontre de l'agent hospitalier pour la régularisation de la part salariale, ajoutant que le défaut ou l'insuffisance de cotisations sociales ne s'analysait pas comme un trop-perçu de rémunération et qu'en conséquence, la prescription quadriennale prévue par la loi du 31 décembre 1968 trouvait à s'appliquer.

Selon le trésorier W, le délai de la prescription quadriennale ne court qu'à compter de la connaissance par l'IRCANTEC de l'existence de la créance, soit, en l'espèce, à compter de la déclaration rectificative effectuée en 2016.

En raison du recours contentieux formé par Monsieur X, le centre hospitalier de Z a sollicité de l'IRCANTEC, par lettre du 5 avril 2018, un sursis au paiement de la facture que cet organisme lui avait adressée pour la régularisation des cotisations concernant Monsieur X.

II- Analyse juridique

1 – Sur l'obligation d'affiliation d'un agent public contractuel à l'IRCANTEC

L'article 1^{er} du décret n°70-1277 du 23 décembre 1970 portant création d'un régime de retraite complémentaire des assurances sociales en faveur des agents non titulaires de l'Etat et des collectivités publiques prévoit que les agents contractuels de droit public bénéficient, à titre complémentaire du régime général ou du régime agricole des assurances sociales, d'un régime de retraite par répartition, dans les conditions fixées par ce décret.

L'article 3 du même décret, dans sa version en vigueur pendant la période concernée, précisait que ce régime complémentaire s'appliquait à titre obligatoire « *aux administrations, services et établissements publics de l'Etat, des régions, des départements et des communes [...]* ».

Le Conseil d'Etat a maintes fois eu l'occasion de juger que la non-affiliation d'un agent public à un régime obligatoire d'assurance vieillesse engageait la responsabilité de l'employeur public (Conseil d'Etat, 14 novembre 2011, n° 334197 ; 20 décembre 2011, n° 341326).

La haute juridiction administrative a également considéré que cette responsabilité pouvait être engagée dans le délai de la prescription quadriennale, dont le point de départ est fixé à la date à laquelle le créancier a connaissance de l'étendue de son préjudice, à savoir la date à laquelle il a pris sa retraite (Conseil d'Etat, 20 décembre 2011, précité).

En l'espèce, Monsieur X a fait valoir ses droits à la retraite le 1^{er} janvier 2018.

2 – Sur l'obligation pour l'employeur public de régler l'intégralité des cotisations rétroactives

Il appartient à l'employeur public qui n'a pas affilié son agent à l'assurance vieillesse, de régler l'intégralité du préjudice constitué par l'absence d'affiliation, en particulier les cotisations patronales et les cotisations salariales (Conseil d'Etat, 14 novembre 2011, précité).

En outre, statuant dans le cadre de l'obligation de reconstituer les droits sociaux d'un agent public dont l'éviction illégale du service avait été annulée, le Conseil d'État a considéré, par une décision n° 324474 du 23 décembre 2011, publiée au recueil Lebon, que, *«sauf à ce que l'agent ait bénéficié d'une indemnité destinée à réparer le préjudice matériel subi incluant les sommes correspondantes, il incombe à l'administration de prendre à sa charge le versement de la part salariale de ces cotisations, au même titre que de la part patronale»*.

Or, Monsieur X a produit une décision de recrutement qui précise expressément que la rémunération prévue est nette de cotisations sociales.

Il semble donc que les cotisations sociales ont déjà été déduites des rémunérations versées à Monsieur X.

En subordonnant la régularisation de la situation de Monsieur X au regard de l'assurance vieillesse, au règlement, par celui-ci, de la part salariale des cotisations sociales, le centre hospitalier de Z commet une illégalité et prive l'intéressé de la jouissance d'une partie de sa retraite.

3 – Sur la prescription applicable à la restitution de la part salariale des cotisations

Il appartient à l'employeur de recouvrer auprès de l'agent les cotisations salariales lorsqu'il les a avancées pour son compte, mais dans la limite de la prescription applicable à cette catégorie de créance.

Le centre hospitalier de Z évoque à cet égard la prescription quadriennale, dont le point de départ serait la prise de connaissance par l'IRCANTEC de l'existence de sa créance, c'est-à-dire en l'espèce la date à laquelle cet organisme a reçu la déclaration rectificative de l'employeur.

Certes, la prescription quadriennale prévue par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 est applicable aux cotisations sociales que doit verser une administration publique (cf., en matière de déchéance quadriennale, Conseil d'Etat, 22 novembre 1963, URSSAF du Loiret, Lebon p. 575), qui se trouve être ainsi débitrice de l'organisme social créancier.

Cependant, lorsque l'administration est elle-même créancière, la prescription quadriennale ne peut lui être opposée par son débiteur.

Le débiteur ne peut opposer à l'administration que la prescription quinquennale de droit commun prévue par l'article 2224 du code civil, sauf si un texte prévoit une prescription spéciale. Ce qui est le cas en matière de rémunération des agents publics.

Ainsi, l'action de l'employeur public pour obtenir la restitution des cotisations salariales qu'il a avancées pour le compte de son agent est enfermée dans les mêmes règles de prescription que l'action en répétition des rémunérations indues prévue par l'article 94 de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011, qui a ajouté à la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 un article 37-1 qui dispose que :

« Les créances résultant de paiements indus effectués par les personnes publiques en matière de rémunération de leurs agents peuvent être répétées dans un délai de deux années à compter du premier jour du mois suivant celui de la date de mise en paiement du versement erroné, y compris lorsque ces créances ont pour origine une décision créatrice de droits irrégulière devenue définitive ».

Or, aux termes de l'article 7-VI du décret du 23 décembre 1970 précité, *« La cotisation à la charge du bénéficiaire est précomptée mensuellement sur les émoluments dus à l'intéressé ».*

Selon le Conseil d'Etat (avis n° 405797 du 31 mars 2017), *« Sauf dispositions spéciales, les règles fixées par l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 sont applicables à l'ensemble des sommes indûment versées par des personnes publiques à leurs agents à titre de rémunération, y compris [...] faute d'avoir été précomptées sur la rémunération, les contributions ou cotisations sociales ».*

Les cotisations d'assurance vieillesse qui n'ont pas été précomptées sur la rémunération de l'agent public constituent donc des rémunérations indues, qui ne peuvent désormais faire l'objet d'une demande de remboursement de la part de l'administration que dans un délai de deux ans à compter du premier jour du mois qui suit leur mise en paiement.

Cette prescription biennale s'est substituée, à compter de la publication de la loi du 28 décembre 2011 précitée, à la prescription quinquennale de droit commun prévue par l'article 2224 du code civil.

En l'espèce, la période de versement des rémunérations constituant l'assiette des cotisations, s'étend de 2007 à 2015.

En application de la règle selon laquelle, lorsqu'une loi a réduit un délai de prescription, celui-ci est applicable à compter de la publication de la loi nouvelle, la prescription biennale est acquise au plus tard le 30 décembre 2013 pour toutes les créances afférentes à la période allant de 2007 au 30 décembre 2011.

Pour ce qui concerne les cotisations salariales afférentes aux rémunérations versées à compter du 1^{er} janvier 2012, la créance du centre hospitalier de Z à l'encontre de Monsieur X est prescrite pour toutes les rémunérations versées avant le 1^{er} novembre 2015.

En effet, dans son avis du 31 mars 2017 précité, le Conseil d'Etat a précisé que *« tant la lettre par laquelle l'administration informe un agent public de son intention de répéter une somme versée indûment qu'un ordre de reversement ou un titre exécutoire interrompent la prescription à la date de leur notification. La preuve de celle-ci incombe à l'administration ».*

Sauf preuve contraire à la charge du centre hospitalier, on peut, en l'espèce, situer la réception de la lettre informant Monsieur X de son intention de lui réclamer la somme de 4 606,57 €, à la date du 12 novembre 2017, date de son recours gracieux.

Dès lors, à la supposer fondée, la créance dont le centre hospitalier de Z a constitué Monsieur X débiteur est prescrite et c'est en toute illégalité qu'il retarde la régularisation des droits à la retraite de Monsieur X, en subordonnant celle-ci au versement par l'intéressé de la part salariale des cotisations d'assurance retraite.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal administratif de Y.

Jacques TOUBON