

N° 267744
Mme Veuve Rabha B...

Section

Séance du 25 janvier 2008
Lecture du 7 février 2008

CONCLUSIONS

M. Jean-Philippe THIELLAY, Commissaire du Gouvernement

Le régime applicable aux prestations de toute nature dues aux anciens ressortissants de territoires sous souveraineté ou protectorat français et qui ont servi sous le drapeau tricolore est un des domaines qui a donné aux différentes formations de jugement du Conseil d'Etat, et notamment à ses plus solennelles, l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des questions difficiles. C'est ainsi que, par sa décision du 30 novembre 2001, Min. de la Défense c/ Diop, publié aux Grands Arrêts¹, l'Assemblée du contentieux a jugé que ce que l'on appelle la « cristallisation des pensions », c'est à dire leur transformation, à compter du 1^{er} janvier 1961 pour l'essentiel, en indemnités viagères et personnelles, déconnectées des pensions versées aux anciens combattants français, était contraire au principe de non-discrimination posé par l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme et l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel.

Depuis cette décision, le législateur est intervenu à trois reprises sur le sujet, en 2001, 2002 et 2006. En dernier lieu, à la suite du film « *Indigènes* » de Rachid Bouchareb, sorti en septembre 2006, et qui raconte les combats de tirailleurs africains depuis l'Afrique du Nord jusque dans les Vosges pendant la deuxième Guerre mondiale, le Président de la République, après une pétition nationale, a annoncé l'insertion dans la loi de finances pour 2007 de dispositions dont nous vous reparlerons et qui marquent une nouvelle étape de cette longue histoire, il faut le dire, peu glorieuse pour la République.

L'affaire qui vient d'être appelée et qui a été renvoyée devant votre formation de jugement après une inscription au rôle des 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, pose une question inédite relative au sort réservé aux veuves des anciens combattants, avant la dernière modification législative. Elle vous permettra également d'éclairer le rôle que doit jouer le Conseil d'Etat, comme Cour Suprême de l'ordre juridictionnel administratif.

¹ Recueil Lebon p. 605, concl. J. Courtial ; GAJA n°112 ; chron. Guyomar et Collin AJDA 2001 p. 1039



I. M. Omar B..., né au Maroc en 1917, a servi dans l'armée française de 1939 à 1953 et a connu la deuxième Guerre Mondiale et la guerre d'Indochine, au cours desquelles il a manifestement fait preuve de courage. Rayé des cadres en raison d'une blessure reçue en service le 2 avril 1952, M. B... a obtenu une pension mixte correspondant, pour une part, à une pension de retraite et, pour l'autre, à une pension militaire d'invalidité, avec, à la fin de sa vie, un taux de 100 %.

Les pensions mixtes, créées par les articles 59 de la loi du 31 mars 1919 et 47 de la loi du 14 avril 1924, sont aujourd'hui prévues par l'article L. 34 du code des pensions civiles et militaires de retraite de 1964 : il prévoit que les militaires qui bénéficient d'une pension d'invalidité en vertu du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, peuvent en outre bénéficier d'une pension de retraite. L'administration a continué à prendre deux décisions distinctes, d'une part, sur la retraite et, d'autre part, sur l'invalidité, mais ceci est sans influence sur le caractère unique de la pension.

Devenu ressortissant marocain, M. B... a perçu à partir du 1^{er} janvier 1961, en lieu et place de cette pension, l'indemnité viagère annuelle prévue par l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 portant loi de finances pour 1960, qui présentait la double particularité d'être cristallisée dans son montant et de ne pas être réversible au profit du conjoint survivant. M. B... s'est marié, en 1963, et le couple, établi en France, a eu cinq enfants. Après le décès de son mari, en 1980, sa veuve a présenté une demande de réversion qui a été rejetée par le ministre de la Défense par deux décisions du 22 janvier 1981 concernant la part retraite et la part invalidité. La demande a été réitérée dix-neuf ans plus tard, en 2000, Mme B... demandant une pension de réversion, mais aussi le versement des sommes dont son mari avait été privé du fait de la cristallisation. Sa demande a été rejetée à nouveau par des décisions prises les 18 avril et 15 mai 2001. Ces refus étaient fondés sur le caractère non réversible des indemnités viagères. Le 13 juin 2001, l'intéressée a alors saisi le tribunal départemental des pensions militaires du Val d'Oise et le contentieux s'est noué seulement sur la question du droit de Mme B... à bénéficier d'une pension de réversion.

Alors que l'instance était pendante devant cette juridiction, votre assemblée du contentieux a rendu l'arrêt précité Ministre de la Défense c/Diop, du 30 novembre 2001. Mme B... a alors présenté une nouvelle demande de réversion, invoquant le bénéfice de cette jurisprudence, mais le ministre a maintenu son refus².

Dans son jugement rendu le 28 novembre 2002, le tribunal départemental des pensions a scindé le contentieux : il s'est à bon droit estimé incompétent pour connaître de la part retraite, le contentieux des pensions militaires de retraite relevant du tribunal administratif. Mais, s'agissant de la part invalidité, le tribunal a statué, en faisant application des dispositions de l'article 71 de la loi de finances pour 1960 telles qu'elles avaient été

² Cette décision s'est substituée aux précédentes.

modifiées par l'article 132 de la loi de finances pour 2002, et il a rejeté la requête. En appel, la cour régionale des pensions militaires de Versailles a confirmé le raisonnement du tribunal sur ses deux volets. Mme B... se pourvoit régulièrement en cassation.

Précisons que Mme B... a porté le contentieux relatif à la part retraite de l'indemnité devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise dont le président a rejeté la requête pour irrecevabilité ; le Président de la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté, le 9 mars 2007, son appel pour défaut de ministère d'avocat et son ordonnance est devenue définitive³.



II. Vous annulerez pour un motif de procédure l'arrêt de la cour régionale des pensions qui, tout autant que le tribunal départemental, s'est méprise sur sa compétence et a statué sur des conclusions qu'il ne lui revenait pas de juger. Ce moyen d'ordre public a été communiqué aux parties.

2.1. Comme nous vous l'avons dit, avant sa transformation en indemnité personnelle et viagère, la pension de M. B... était une pension mixte de retraite et d'invalidité. Et, selon une jurisprudence constante depuis la décision de Section du 27 avril 1962, *Ministre des Armées c/Huguet* (p. 282), le contentieux de ces pensions mixtes entre, dans son ensemble, dans la compétence du juge administratif de droit commun, sauf pour les questions relatives à l'existence de l'invalidité, à son origine médicale ou à son degré⁴. Cette solution est justifiée par le fait que les juridictions des pensions n'ont qu'une compétence d'attribution, limitée par l'article 79 du code des pensions militaires d'invalidité aux contestations auxquelles donne lieu l'application des deux premiers livres du code, alors que les pensions mixtes sont prévues, nous vous l'avons dit, par le code des pensions civiles et militaires de retraite.

La jurisprudence précitée et les décisions qui l'ont confirmée, ont été adoptées sur des requêtes formées par des ressortissants français qui n'avaient pas été touchés par la cristallisation et à propos du contentieux du versement de leur pension mixte. Il vous appartient aujourd'hui de transposer ces jurisprudences dans l'hypothèse d'une indemnité viagère prévue par l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 remplaçant une pension mixte et de juger que ces litiges, tout autant que les autres, entrent dans la compétence du juge administratif de droit commun, sauf lorsque sont en cause l'existence de l'invalidité, son origine médicale ou son degré. Nous ne voyons aucun motif s'opposant à ce que vous transposiez ainsi cette solution.

Il en résulte que la cour régionale aurait dû annuler, d'office, pour incompétence, le jugement du tribunal départemental des pensions de Pontoise et que, en s'en abstenant, elle a commis une irrégularité et méconnu l'étendue de ses pouvoirs (25 janvier 1995, *Ministre de*

³ Ces décisions ne sont toutefois pas revêtues de l'autorité de la chose jugée, ce qui permet au présent contentieux de recouvrir l'intégralité de la question de la réversion, sur la part retraite comme sur la part invalidité.

⁴ Voyez en outre 16 juillet 1965, J..., p. 364 ; 25 mai 1970, A..., p. 342 ; section, 21 mai 1971, *Ministre de la défense c/ Marichal*, p. 377, conc. Braibant ; 9/10 SSR, 11 avril 2001, *Le Roux*, p. 188.

l'équipement du logement et des transports c/ Commune de Simiane-Collongue, p. 40 ; 29 juillet 1999, Min. intérieur c/ Mme Lainé, p. 270⁵).

2.2. La question qui se pose alors est la première des deux qui ont justifié le renvoi devant votre formation de jugement et qui peut être formulée ainsi : après annulation d'un arrêt d'une juridiction spécialisée qui s'est à tort jugée compétente pour trancher un litige, que peut faire le Conseil d'Etat ?

La réponse à cette question renvoie à la qualification des pouvoirs dont dispose le Conseil d'Etat, comme Cour Suprême de l'ordre juridictionnel administratif, au regard en particulier des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

2.2.1. Lorsque le Conseil d'Etat, juge de cassation, annule une décision d'une juridiction administrative, spécialisée ou non, statuant en dernier ressort, trois hypothèses se présentent :

- la *cassation avec renvoi*, devant la même juridiction, ou devant une juridiction « de même nature », c'est-à-dire en pratique devant une juridiction du même type, mais différente quant à sa compétence territoriale;

- la *cassation sans renvoi parce qu'il n'y a plus rien à juger*, par exemple si le règlement de l'affaire est devenu impossible (Ass., 23 février 2000, Soc Labor Metal, p. 83⁶ ; Section, 20 octobre 2000, Sté Habib Bank Ltd, p. 433), en cas d'amnistie (16 décembre 1955, X..., p. 594), de non lieu (17 octobre 1962, Z... T p 1086) ou d'incompétence de la juridiction saisie (16 octobre 1985, P..., T p 748) ;

- la *cassation sans renvoi*, le Conseil d'Etat décidant de « régler l'affaire au fond ». Dans le cas de figure qui nous intéresse, le juge de cassation deviendrait juge d'appel et annulerait le jugement du tribunal départemental des pensions, toujours pour incompétence. Mais alors, trois possibilités existent à nouveau :

- la première, opérant en quelque sorte une substitution à l'identique du Conseil d'Etat juge de cassation, à la juridiction spécialisée d'appel, revient à constater que celle-ci ne peut, après annulation de la décision de première instance et évocation, que se borner à constater que la juridiction des pensions n'était pas compétente et à rejeter pour ce motif la requête, sans la rediriger vers son juge ;

⁵ Voyez Fouquet, Massot, Stahl, Guyomar, Le Conseil d'Etat juge de cassation, n°61

⁶ Conc. Seban AJ 2000 p. 404 , chron Guyomar et Collin, RFDA 2000, p. 435

- la deuxième franchit les mêmes étapes, avant de renvoyer à la juridiction compétente, à savoir le tribunal administratif, alors même qu'un tel pouvoir n'est pas reconnu par les textes aux juridictions spécialisées ;
- la troisième se conclut sans renvoi à aucun juge subordonné, c'est-à-dire par un règlement définitif de l'affaire au fond, alors même qu'aucun tribunal administratif n'a jamais examiné la requête.

C'est sur ces trois dernières hypothèses que nous centrerons notre propos : la cassation sans renvoi, ni règlement de l'affaire au fond, correspond à des cas de figure bien particuliers, et la cassation avec renvoi devant la même juridiction ou une juridiction « de même nature » n'est pas possible. Vous avez jugé qu'une juridiction spécialisée est unique en son genre (voyez à propos des juridictions disciplinaires d'un ordre professionnel : 6 octobre 1982, L..., 40888, T. p. 716) et les dispositions du décret du 20 février 1959 relatif aux juridictions des pensions qui organisent (art. 17), après cassation d'un arrêt de cour, le renvoi vers une autre cour régionale, ne nous sont ici d'aucun secours. Lorsque vous cassez une décision des juges du fond qui auraient dû rendre un jugement d'incompétence et qui ne l'ont pas fait, vous ne leur renvoyez pas l'affaire parce que vous estimez inutile qu'ils prennent eux-mêmes le jugement d'incompétence en question. Dans la jurisprudence P... précitée du 16 octobre 1985, fichée sur cette absence de renvoi, vous avez appliqué cette solution dans un cas où une commission départementale des handicapés avait statué à tort sur un litige relevant de la compétence du tribunal administratif. Certes, nous relevons qu'en l'espèce, vous n'avez pas renvoyé l'affaire au tribunal administratif mais cette décision est antérieure à la loi du 31 décembre 1987 : si cette loi n'a pas modifié le rôle du Conseil d'Etat comme juge d'appel, elle a tout de même modifié le paysage dans lequel cette compétence est exercée. La portée de la décision P... doit, dans cette mesure, être relativisée.

Les trois hypothèses principales (rejet pour incompétence du juge spécialisé ; renvoi au tribunal administratif ; règlement de l'affaire) posent quelques difficultés théoriques différentes mais qui éclairent la question du rôle du Conseil d'Etat comme Cour Suprême.

2.2.2. Avant de vous proposer de retenir la troisième de ces possibilités, nous voudrions saisir cette occasion pour remettre en perspective la notion de « cour suprême » de l'ordre administratif, expression qui figure dans une note de Marcel Waline au Dalloz à propos de l'arrêt Sudre du 3 avril 1936, sur le règlement de juges ⁷ et que le Pr. Delvolvé discute dans la dernière livraison de la revue Pouvoirs⁸. Cette idée n'est bien évidemment pas récente, mais nous croyons qu'elle joue un rôle déterminant, dans la réflexion en cours sur la

⁷ L'expression est de M. Waline (note Dalloz, 1936. 3. 57 ; RDP 1950.971) et on la retrouve sous la plume de Thierry Tuot dans une note sur la première application de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987 (section, 28 juillet 1989, Dépt des Hauts de Seine). L'auteur relève une « évolution marquée du Conseil d'Etat vers une fonction de Cour suprême investie essentiellement d'une fonction de régulation du droit par sa politique jurisprudentielle » (RFDA nov déc 1989, p. 920).

⁸ « Le Conseil d'Etat, Cour suprême de l'ordre administratif », in Pouvoirs n°123

modernisation de la juridiction administrative dans son ensemble et, surtout, qu'elle a profondément évolué au cours des vingt dernières années.

L'expression qui figure à l'article L. 111-1 du code de justice administrative selon laquelle « le Conseil d'Etat est la juridiction administrative suprême », recouvre plusieurs fonctions, juridictionnelles, jurisprudentielles et institutionnelles, qui contribuent à ce que le président Odent suivi par d'autres auteurs, ont qualifié de « rôle régulateur » du Conseil d'Etat⁹.

Point n'est besoin d'insister sur les deux premières missions, auxquelles se rattachent notamment vos compétences comme juge de cassation, le recours dans l'intérêt de la loi ou encore les avis de l'article L. 113-1.

La fonction institutionnelle est plus nouvelle, dans la mesure où elle a accompagné la croissance de l'ordre juridictionnel administratif et la complexification de certaines règles de compétence. J. Rivero le notait dès 1954, après la création des tribunaux administratifs : cette fonction n'avait jusqu'alors pas lieu d'être, « pour la simple raison que, pour l'essentiel, le Conseil d'Etat était seul à assumer l'interprétation et l'élaboration du droit administratif ». Parmi les questions qu'une autorité régulatrice doit traiter, celles relatives aux questions de compétences sont parmi les plus importantes et la multiplication des juridictions administratives est bien évidemment un facteur de difficultés potentielles. Comme l'écrit le Pr. Delvolvé à propos des juridictions administratives dans leur ensemble, « c'est leur multiplicité qui soulève des problèmes de régulation. Ceux-ci peuvent naître d'abord de leurs compétences respectives » (in, « Juger l'administration, administrer la justice - Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle », Dalloz 2007). Mais, poursuit-il, ces problèmes trouvent leur solution par l'intervention du Conseil d'Etat et grâce à ses fonctions de cour suprême : « s'il peut aussi régler des questions en dehors des procédures habituelles, c'est parce que ses pouvoirs dépassent ceux dont il dispose dans les procédures habituelles. Au-delà d'elles, il détient des pouvoirs généraux qu'il peut exercer pour « réguler » l'ordre à la tête duquel il se trouve ».

A titre d'exemple, on peut citer le décret du 22 février 1972 sur le règlement des questions de compétence, préfigurateur des évolutions ultérieures, et notamment du décret du 19 avril 2002 qui a introduit l'article R. 351-3 du CJA, ou encore le règlement de juges, créé par les arrêts de Section du 15 janvier 1932, Rambaud (p. 61) et Dame Veuve R... (n° 10101). Sur ces affaires, le Commissaire du Gouvernement Rouchon-Mazerat¹⁰ avait proposé la solution retenue en invoquant les « pouvoirs généraux du Conseil d'Etat », formule que l'on retrouve plus récemment sous une forme plus moderne, qui évoque les « pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif dont le Conseil d'Etat est investi » (10 nov 1999, Soc coop agricole de Brienon, p. 351 ; 28 juillet 2000, Demir, p. 357 ; RFDA 2000 p.

⁹ Odent, Les cours du droit, fasc III, p. 757 ; Delvolvé, « Conseil d'Etat, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif » (in Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle, Dalloz 2007 p. 259) ; J. Rivero, « Le Conseil d'Etat, cour régulatrice », D. 1954, chron. 1957

¹⁰ Ses conclusions sont au Sirey 1932.3.83

1157). Plus récemment encore, la section du contentieux s'est appuyée sur ces mêmes pouvoirs pour estimer que, dans l'hypothèse où la cour des comptes ne peut statuer elle-même, en raison du principe d'impartialité, elle devait vous renvoyer l'affaire pour que le Conseil d'Etat « donne à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions qui avaient été présentées à la cour » (section, 17 octobre 2003, D... c/ Département de l'Essonne p. 409).

2.2.3. Venons-en aux trois hypothèses que nous évoquions qui posent des difficultés moins lourdes.

a. Nous écarterons rapidement la première qui reviendrait à rejeter purement et simplement la requête comme portée devant un juge incompétent. Il nous semble qu'il découle naturellement de ce qui précède qu'une Cour Suprême, quand bien même, après annulation en cassation de la décision d'appel, elle se substitue aux juges du fond, n'est pas prisonnière des pouvoirs de ces juges. Ce n'est pas parce que les juridictions spécialisées ne disposent pas du pouvoir de renvoyer une requête vers le juge administratif de droit commun que le Conseil d'Etat, après avoir fait jouer l'article L. 821-2, doit se l'interdire. En amont comme en aval de l'article L. 821-2 du code, le Conseil d'Etat continue à jouer son rôle de juge suprême.

b. La deuxième hypothèse, le renvoi au tribunal administratif, est peut-être celle à laquelle on pense le plus immédiatement. Ceci suppose, déjà, un effort : le mécanisme de renvoi au juge compétent, bien connu au sein de la juridiction administrative générale et qui implique que, lorsqu'un tribunal administratif a été saisi par erreur de conclusions entrant dans la compétence d'une juridiction spécialisée, il lui renvoie l'affaire¹¹, n'existe pas dans l'autre sens, lorsqu'une juridiction spécialisée devrait transmettre à un tribunal administratif. Ce sont au demeurant les derniers cas de jugements d'incompétence au sein de la juridiction administrative et les dernières hypothèses où des règlements de juges sont encore possibles (voyez le commentaire du président Chabanol sur l'article R. 351-3, Code de justice administrative commenté, éd. Le Moniteur, 3^{ème} éd, p. 365).

Ainsi, dans une telle hypothèse, vous vous substitueriez à la cour régionale des pensions pour annuler le jugement du tribunal, puis vous constateriez l'incompétence de cette juridiction spécialisée pour renvoyer l'affaire au tribunal administratif. Cela ne nous paraît pas inconcevable sur un plan théorique et quelques arguments d'opportunité peuvent même militer en faveur d'une telle solution.

Au plan théorique, lorsque vous cassez et que vous faites application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, vous vous retrouvez dans la situation du juge du

¹¹ Auquel cas, le Conseil d'Etat doit transmettre depuis un décret du 22 février 1972 devenu l'article R. 75 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et figurant désormais aux articles R. 351-1 et 3 du code de justice administrative: 20 février 1974, Abdelkalek Boudjemaa Ben Rabh, Tp 1118, n°93456 ; 9 janvier 1974, CHR de Besançon, p. 13, 88228 ; 23 juillet 1974, Fourcade, 94440, Tp. 1118

fond, mais c'est bien le Conseil d'Etat qui se prononce, en vertu des dispositions à lui applicables. La substitution n'est donc que théorique et rien n'empêche que, dans ce rôle, vous fassiez application des règles relatives au règlement des questions de compétences. Vous avez accepté le principe de ce raisonnement dans une décision de Section du 30 mars 1973, Mme d'HL., p. 272 : statuant en appel, vous avez annulé pour incompétence un jugement de TA qui avait à tort statué sur un litige relevant de la compétence d'une juridiction administrative spécialisée, dans le cas d'espèce une commission d'arrondissement des dommages de guerre, puis, après avoir relevé que cette dernière, comme le TA, relevaient de votre compétence d'appel, vous avez jugé que « le Conseil d'Etat peut en sa qualité de juge d'appel soit prononcer le renvoi de l'affaire vers la juridiction des dommages de guerre compétente, soit évoquer et statuer immédiatement ». Ce qui a été admis, en appel, de la juridiction généraliste vers la juridiction spécialisée, nous paraît également possible après cassation, dans le sens inverse.

En l'espèce, vous pourriez être sensibles au fait que l'affaire de la pension mixte de M. B... n'a jamais été examinée dans son ensemble par le tribunal administratif. Le renvoi au tribunal permettrait aux parties de discuter du droit de Mme B... à une pension de réversion, avec le cas échéant la possibilité de se pourvoir ensuite en cassation, puisque la voie de l'appel est, en l'état des textes, fermée (articles R. 222-13 et R. 811-1, 3° du code de justice administrative). Il pourrait être opportun de laisser au débat contentieux le soin, sinon de s'épanouir, du moins de se présenter devant ses premiers juges.

Vous pourriez aussi relever que les conditions de représentation des parties ne sont pas exactement les mêmes devant la juridiction des pensions et devant le juge administratif de droit commun, pour en déduire que la requête devrait réintégrer sa « filière juridictionnelle naturelle » : si l'affaire est renvoyée à un tribunal administratif en effet, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire en première instance (article R. 431-3 4° du code de justice administrative), mais le pourvoi en cassation doit être présenté par un avocat aux conseils (article R. 821-3 du même code) ; alors que, si vous gardez l'affaire pour la régler définitivement, Mme B... n'aura jamais eu recours à un tel ministère, le pourvoi en cassation à l'encontre des décisions des juridictions de pensions en étant dispensé.

Il resterait aussi à admettre que l'article L. 821-2 du code de justice administrative vous laisse la possibilité d'un tel renvoi au tribunal administratif : il faudrait, pour ce faire, admettre que les termes « régler l'affaire au fond » autorisent le Conseil d'Etat à orienter l'affaire vers le juge qui assurera ce règlement. Nous estimons pour notre part que cette solution est possible, le règlement de l'affaire au fond pouvant supposer au préalable que le juge suprême attribue l'affaire au juge effectivement compétent. Et nous relevons que vous faites d'ores et déjà une application large de ces termes, lorsque, par exemple, vous « réglez au fond » une demande de référé ou lorsque vous ordonnez une mesure d'instruction après avoir cassé.

Il nous semble qu'un tel renvoi pourrait même s'imposer, notamment lorsque le dossier ne serait pas en état d'être jugé. Vous pourriez sans doute prononcer une mesure d'instruction pour le compléter avant le règlement au fond. Mais le renvoi au tribunal

compétent serait, à nos yeux, la solution la plus naturelle et il faut laisser cette possibilité ouverte.

b. La dernière possibilité, le règlement définitif de l'affaire au fond, ne pose pas non plus de grandes difficultés théoriques.

Comme nous vous l'avons dit, dans la décision du 30 mars 1973 d'Hespe, vous avez admis, comme juge d'appel, le principe d'un tel règlement au fond, au nom des conséquences de l'évocation. Vous avez également raisonné ainsi lorsque, saisis en cassation d'une décision du conseil supérieur de l'éducation statuant en matière disciplinaire et annulant un arrêté d'un recteur d'académie, vous avez cassé pour incompétence et, alors que le contentieux relevait en principe d'un tribunal administratif, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la contestation soumise à tort audit conseil supérieur (30 mars 2000, Min. de l'éducation nationale c/ W..., T. p. 11201, n° 135499). Le Commissaire du Gouvernement Anne Roul avait invité les sous-sections réunies à transposer la jurisprudence d'HL... à la cassation, et à dépasser l'inconvénient « de permettre que vous vous substituiez à la filière juridictionnelle normalement compétente, alors que celle-ci n'a jamais été saisie ». La circonstance qu'aucun juge de première instance n'avait été saisi, et donc que les parties avaient été privées de la possibilité de faire appel, ne vous a pas non plus arrêtés. Dans le cas de Mme B..., nous vous rappelons au demeurant qu'elle ne pourrait, en tout état de cause, pas non plus faire appel.

Dans plusieurs décisions, vous avez réglé l'affaire au fond, alors même que les premiers juges avaient, à tort, décliné leur compétence (voyez, 1/6 SSR, 9 décembre 2005, G..., p. 560, n° 273327, pour une cassation de la commission centrale d'aide sociale, et 6/1 SSR, 6 juin 2007, Garnier, 287176, à mentionner aux Tables, avec les conclusions contraires de Y. Aguila, pour un contentieux dirigé contre une décision de l'administration pénitentiaire). Le même raisonnement nous paraît transposable à l'hypothèse inverse, où les juges du fond ont, à tort, reconnu leur compétence.

Au total, après annulation de l'arrêt de la Cour Régionale des Pensions et du jugement du tribunal départemental et application de l'article L. 821-2 précité, il nous semble que vous disposez de la liberté, soit d'attribuer le jugement de l'affaire à la juridiction administrative compétente, soit d'évoquer et de statuer immédiatement.

C'est ce dernier cas de figure que nous vous proposons ici : l'affaire est en état d'être jugée ; elle est relativement ancienne, et c'est l'occasion d'y mettre un terme définitif. De plus, cela vous donnera l'occasion de trancher une nouvelle question délicate en matière de pensions de réversion que nous allons examiner maintenant.



III. Si vous nous avez suivi, vous examinerez donc la demande de Mme B... tendant à l'annulation des décisions du ministre lui refusant le bénéfice d'une pension de réversion.

La requérante soutient que le dispositif applicable en matière de pensions de réversion aux veuves de militaires de nationalité marocaine est contraire au principe constitutionnel d'égalité et au principe de non-discrimination posé par l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

3.1. Nous pensons nécessaire de vous rappeler à ce stade les traits principaux de ce régime, de manière chronologique, en quatre étapes.

- 1^{ère} étape, l'ouverture des droits à pensions : Les militaires ressortissants des anciens territoires sous souveraineté ou sous protectorat français, quelle que soit leur nationalité, se sont vu reconnaître par l'Etat le droit aux mêmes pensions que leurs frères d'armes français, avec les mêmes conditions de réversion pour leurs ayants-droit.

- 2^{ème} étape, de 1961 au 1^{er} janvier 2002 : Les lois dites « de cristallisation »¹² ont transformé ces pensions en indemnités viagères, au montant déconnecté de celui des pensions versées aux Français, et personnelles, donc non réversibles, à compter du 1^{er} janvier 1961 s'agissant du Maroc.

- 3^{ème} étape, de 2002 à 2007 : Tirant les conséquences de la décision Diop, le législateur, avec l'article 132 de la loi du 28 décembre 2001, loi de finances pour 2002, a substitué pour l'essentiel un critère de résidence à celui de la nationalité et a posé le principe de l'équivalence du niveau des pensions, compte tenu de coefficients représentatifs des différences de pouvoirs d'achat. La section du contentieux a jugé ce dispositif conforme à l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme et à l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel, le 18 juillet 2006 (avis Ka, p.350, avec les conclusions de L. Vallée, n° 286122 et la décision Gisti du même jour, p. 353, n° 274 664).

La loi a aussi reconnu un droit à réversion, mais seulement pour les pensions d'invalidité, à condition que le mariage ait été antérieur à la date de la transformation de la pension en indemnité viagère (c'est l'objet du IV de l'article 132). Les travaux parlementaires ne nous apprennent rien sur l'introduction de cette mention, déterminante pour notre affaire. Nous sommes enclins à penser que le Gouvernement de l'époque a cherché, par ce biais, à éviter quelques millions d'euros de dépenses supplémentaires, et aussi à éviter des fraudes permises par des états-civils plus ou moins bien tenus.

Ce dispositif a lui même été entièrement remplacé par celui prévu à l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, loi de finances rectificative pour 2002 : les conjoints survivants ont droit à une prestation de réversion revalorisée, quelle que soit la nature de la pension d'origine, invalidité ou retraite, mais toujours sous réserve de la condition d'antériorité du mariage par rapport à la date de transformation de la pension en indemnité. C'est le VI de l'article 68.

¹² Cette expression désigne en réalité l'article 170 de la loi de finances pour 1959, pour les ressortissants des pays d'Indochine ; l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959, loi de finances pour 1960, pour les autres Etats, sauf l'Algérie qui a fait l'objet de mesures particulières, par l'article 26 de la loi de finances pour 1981.

Cette subtilité, opposée à Mme B... mariée en 1963, trois ans trop tard donc, a largement échappé aux commentateurs de la loi, mais pas au président Jean-Louis Rey, dans un percutant article intitulé « Les veuves des indigènes » publié à l'AJDA 2006 p. 2289.

- Enfin, 4^{ème} et dernière étape, depuis le 1^{er} janvier 2007 après la loi « Indigènes » : l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006, loi de finances pour 2007, ouvre le droit à la réversion, à compter du 1^{er} janvier 2007, sans condition d'antériorité du mariage. Son IV dispose que le VI de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 n'est plus applicable en ce qu'il concerne « les pensions servies aux conjoints survivants des pensionnés militaires d'invalidité ».

3.2. La première question à laquelle il convient de répondre porte sur le régime applicable à Mme B..., veuve depuis le 6 octobre 1980. Vous avez jugé que, si les droits à pension de réversion naissent au moment du décès du pensionné, le juge des pensions, qui est un juge de plein contentieux (25 février 1998, ministre de l'Industrie c/Mme Vergnes, n° 148519, T p. 1091), lorsqu'il est saisi d'une demande dirigée contre une décision refusant une pension, est tenu de rechercher d'office - au nom du champ d'application de la loi - si les dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date de son jugement sont susceptibles de créer des droits au profit de l'intéressé (30 juillet 2003, Mme K..., T p. 885, n° 226 304).

En application de ce principe, vous avez communiqué aux parties un moyen d'ordre public tiré de ce que la règle posée au VI de l'article 68 de la loi de finances rectificative, c'est-à-dire le critère de l'antériorité du mariage, avait été abrogée par la loi de finances pour 2007, et donc que les demandes de pensions de réversion sont désormais soumises aux règles fixées par le code des pensions militaires d'invalidité, selon le droit commun¹³. Mme B... a acquiescé et le ministre a précisé qu'il allait « très prochainement » verser une pension de veuve au titre de l'invalidité de son époux, à compter du 1^{er} janvier 2007.

De fait, nous estimons que les dispositions du IV de l'article 100 de la loi de finances initiale pour 2007 visent bien les conjoints survivants de tous les anciens combattants qui ont été titulaires d'une pension d'invalidité, que ceux-ci soient décédés avant la cristallisation ou après. Une lecture très restrictive du texte pourrait conduire à limiter son application aux conjoints survivants de bénéficiaires d'une vraie pension, et non d'une indemnité viagère. Mais cette lecture reviendrait à exclure tous les conjoints survivants d'un ancien militaire décédé entre 1961 et 2007. Cela ne nous paraît pas possible au vu des intentions du législateur¹⁴ et nous vous invitons à considérer que les « pensionnés militaires d'invalidité » visés par le texte sont à la fois ceux qui bénéficiaient d'une pension et ceux qui ont touché l'indemnité viagère qui l'a remplacée.

¹³ En vertu de l'article L. 43. du code des pensions civiles et militaires de retraite, le droit n'est ouvert que si le mariage est antérieur au fait générateur de l'invalidité pensionnée. Mais les quatre derniers alinéas de cet article prévoient des exceptions à cette règle d'antériorité, notamment si, comme en l'espèce, les conjoints ont eu des enfants.

¹⁴ Le ministre délégué aux anciens combattants a déclaré, après le vote de l'amendement gouvernemental à l'origine du texte : « Désormais, tous les anciens combattants, qu'ils soient de nationalité française ou étrangère, ainsi que leurs veuves, auront les mêmes droits » (Assemblée nationale, 15 novembre 2006, 2^{ème} séance).

3.3. Ceci posé, vous pourrez donc répondre à la requête de Mme B... en distinguant trois périodes.

a. En ce qui concerne la période postérieure au 1^{er} janvier 2007, vous pourrez juger que Mme B... est fondée à demander à bénéficier d'une pension sur le fondement de l'article L. 43 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre ; vous annulerez la décision du ministre lui refusant cette pension à compter de cette date et vous renverrez l'intéressée devant le ministre pour qu'il soit procédé à la liquidation. Le ministre a indiqué qu'il allait donner satisfaction à cette demande mais ceci ne nous paraît pas suffisant pour que vous prononciez un non-lieu à statuer sur cette partie des conclusions

b. Le plus délicat concerne la situation antérieure à la loi de 2006, pour la période pendant laquelle la condition d'antériorité du mariage par rapport à la cristallisation était encore applicable.

- De 1980, date du décès de M. B..., à 2002, aucune réversion n'était possible du fait de la rédaction de la loi et aucune mesure rétroactive n'est venue changer cette situation.

- En ce qui concerne la période postérieure au 1^{er} janvier 2002, les dispositions du VI de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 font obstacle à ce qu'une pension de réversion soit versée à Mme B... dès lors qu'elle ne remplit pas la condition relative à la situation de famille à la date du 1^{er} janvier 1961, puisqu'elle a épousé M. B... le 15 août 1963. La contestation porte sur cette période 2002-2007.

Mme B... invoque le principe constitutionnel d'égalité, mais il n'entre pas dans la compétence du Conseil d'Etat de vérifier la constitutionnalité d'une loi.

Elle invoque également l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui prohibe toute discrimination fondée notamment sur l'origine nationale¹⁵, combiné avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention qui stipule que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens (...) ». Et c'est seulement par cette articulation avec ce droit au respect de ses biens que l'invocation de l'article 14 est opérante (CEDH, 23 juillet 1968, Affaire linguistique belge et jurisprudence constante de la CEDH).

La question posée est donc la suivante : Mme B... jouissait-elle, du vivant de son mari, d'un droit à un bien dont elle aurait été privée après sa mort, par le VI de l'article 68 de la loi de finances rectificatives pour 2002, pour un motif inconstitutionnel ?

Une pension est un bien au sens de la convention, ce qui a été jugé explicitement par l'Assemblée du contentieux dans l'affaire Diop pour une pension militaire de retraite, ou pour

¹⁵ « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) l'origine nationale (...) ».

une pension d'invalidité, par une décision Tahar H... du 7 juillet 2004 (T p 696). Le Conseil d'Etat a étendu cette qualification aux pensions de réversion auxquelles peuvent prétendre les veuves (6 février 2002, Min. de l'Economie c/B H..., p. 26 ; 6 février 2002, Ministre de l'Economie c/ DO..., T p 828, n° 216172). Ces décisions sont intervenues à propos de pensions de réversion attribuées avant la cristallisation, dont il était évident qu'elle avait porté atteinte à un bien en transformant les perspectives patrimoniales des intéressés. Il reste à vérifier que la qualification de bien peut, de la même manière, être retenue à propos de la situation de l'épouse d'un bénéficiaire de l'indemnité viagère et personnelle cristallisée. Vous ne l'avez jamais jugé.

La Cour européenne des droits de l'homme a retenu une interprétation extensive de la notion de biens, en utilisant également le concept d'« espérance légitime » (CEDH, 29 nov 1991, Pine Valley c/Irlande) qui a peu à peu recouvert, notamment, des créances, constituées par exemple par le versement indu d'une imposition (CEDH, 16 avril 2002, SA Dangeville c/France), ou des projets appuyés sur des décisions créatrices de droit. Mais, et c'est déterminant pour Mme B..., la cour a aussi jugé que cette espérance légitime devait s'appuyer sur une base suffisante en droit interne, par exemple une jurisprudence constante des tribunaux nationaux, de nature à établir que les requérants disposaient d'une manière suffisamment sûre d'une créance immédiatement exigible. La cour ne retient pas l'existence d'une espérance légitime lorsqu'il n'est pas possible de considérer que le requérant possède une telle créance. L'espérance légitime, en soi, n'est donc pas constitutive d'un intérêt patrimonial (CEDH, 6 octobre 2005, DR... c/France).

Dans une affaire Kopecky c/Slovaquie du 28 septembre 2004 (n° 44912/98), la Cour, en Grande Chambre, a estimé que l'existence d'une controverse sur le sens à donner à des dispositions de droit interne ne suffit pas à établir une espérance légitime. La cour a notamment rappelé qu'elle « n'envisage pas l'existence d'une « contestation réelle » ou d'une « prétention défendable » comme un critère permettant de juger de l'existence d'une « espérance légitime » protégée par l'article 1^{er} du protocole n°1 »¹⁶.

Ainsi, Mme B..., qui a épousé, en 1963, une personne titulaire d'une indemnité non réversible, ne peut être regardée, au vu de ces jurisprudences, comme ayant été privée par les modifications législatives intervenues en 2002 d'un bien, d'une créance ou d'un droit patrimonial. Si Mme B... avait été mariée au moment du vote de la loi de cristallisation, il en irait différemment, dès lors que cette loi avait effectivement changé la nature de son espérance.

Pour admettre que Mme B... peut utilement invoquer l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme et l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, il nous semble que vous devriez adopter une lecture constructive des règles applicables et deux pistes peuvent être esquissées pour ce faire.

¹⁶ Voir Frédéric Sudre, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Thémis, 4^{ème} éd 2007 p. 663.

- La première reviendrait à partir de l'idée que M. B... a été, en 1961, privé d'un droit à un bien, ce qui nous paraît certain, compte tenu de la jurisprudence Diop ; qu'il a conservé, entre 1961 à la date de son mariage, un droit à faire reconnaître ultérieurement l'inconventionnalité de la cristallisation et qu'il a transmis ce droit, une fois marié, à son épouse. Mais pour donner satisfaction à Mme B..., il faut faire un pas de plus puisque ce n'est pas la cristallisation qui pose problème mais l'impossibilité, du fait du choix du législateur en 2002, de bénéficier d'une réversion, lorsque le mariage a été célébré après le 1^{er} janvier 1961. Ce raisonnement nous a paru trop fragile et indirect pour que nous vous le propositions.

- Pour avancer dans la deuxième piste, il faudrait considérer que la loi de finances pour 2002, et sa modification ultérieure par la loi de finances rectificative, ont eu pour objet non d'intervenir sur une législation ancienne et imparfaite, mais d'instaurer de nouveaux droits, en imposant à certains bénéficiaires potentiels des conditions discriminatoires. En effet, la cour européenne juge que « dès lors qu'un Etat met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale – que l'octroi de cette prestation 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 pour les personnes remplissant ses conditions ». Cette précision a été apportée par un arrêt de Grande Chambre du 6 juillet 2005, *Stec et autres c/Royaume Uni*, intervenant après un arrêt GZ... c/Autriche du 16 septembre 1996 (au Recueil des arrêts 996-IV).

Mais, depuis votre décision Diop, il n'aura échappé à personne que les interventions du législateur n'ont pas eu pour but d'instaurer de nouvelles prestations. Au contraire, quel que soit le mode de rédaction qui a été retenu, elles ont eu pour objet, poussivement pourrait-on dire, d'apporter les corrections nécessaires à l'anomalie de la cristallisation, notamment au regard de la convention européenne des droits de l'homme. La loi de finances pour 2002 et la loi de finances rectificative n'ont, en réalité, pas changé la situation des veuves ayant épousé leur mari après la cristallisation ; elles ont en revanche considérablement changé le sort des veuves qui ont été, en même temps que leur mari, frappées de plein fouet par la cristallisation.

Ce motif nous paraît imparable au regard de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme. Si vous nous suivez, vous jugerez que Mme B... ne peut utilement invoquer, s'agissant de la période antérieure au 1^{er} janvier 2007, le bénéfice de l'article 14 de la convention combiné avec l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel.

3.4. Si vous ne nous suiviez pas et si vous estimiez que Mme B... était titulaire d'une créance et d'un bien, vous devriez alors vous prononcer sur la compatibilité avec l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme des dispositions du VI de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002.

Pour la cour européenne, vous savez qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est, au sens de ces stipulations, discriminatoire, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables. La cour, comme le juge administratif français du reste, vérifie si, n'eût été la condition litigieuse, les intéressés auraient eu un droit à percevoir la prestation en cause. Et il ne fait guère de doute que tel est le cas en l'espèce : si

Mme B... avait épousé, en 1963, un ancien militaire français, elle aurait eu droit à une pension de réversion. En tant qu'elles établissent une différence de traitement dans l'attribution des pensions de réversion entre les ayants-droit d'anciens agents publics de la France selon qu'ils ont ou non la nationalité française, nous n'avons guère de doute sur l'inconventionnalité des dispositions dérogoires du VI de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002.

La circonstance que la discrimination touche non le bénéficiaire de la pension, mais son ayant-droit, en raison de leur nationalité, est sans incidence sur l'existence d'un traitement discriminatoire : vous l'avez déjà explicitement jugé dans la décision précitée du 6 février 2002 Min. de l'Economie c/ DO..... Enfin, une telle règle nous semble excéder la marge d'appréciation laissée par la convention aux autorités nationales. Aucune considération tirée de la qualité défailante de l'état civil dans certains pays ou de risques de fraude ne nous paraît justifier une discrimination aussi large.

Ainsi, pour Mme B..., dans ce cas de figure, vous écarteriez l'application de la règle relative à l'appréciation de la situation de famille à la date du 1^{er} janvier 1961, vous annuleriez les décisions du ministre et lui reconnâtriez le droit à la pension de réversion à compter du 1^{er} janvier 2002. Mais telle n'est pas notre proposition.

Pour conclure, nous voudrions dire qu'il pourrait paraître curieux qu'un requérant arrive à convaincre du caractère discriminatoire d'une disposition législative, sans que l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme lui permette d'arriver à ses fins. Le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité, étudiés par M. Dutheil de Lamothe dans les « Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle (p.315 et sq) ont une portée largement identique et, pour reprendre l'expression du Pr. de Béchillon¹⁷, « les normes de référence du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité des lois au fond sont à peu près les mêmes ». Mais, force est de constater que, malheureusement pour elle, Mme B... se trouve en quelque sorte dans un hiatus qui distingue encore ces deux contrôles. Cela s'explique en l'espèce, à nos yeux, par la nature particulière de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme, qui suppose une articulation avec un droit protégé par elle, droit que la requérante ne peut utilement invoquer, comme nous avons essayé de vous le démontrer.

Par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour régionale des pensions de Versailles du 6 mai 2004 et du jugement du tribunal des pensions du Val d'Oise du 28 novembre 2002 ;

- à l'annulation des décisions du ministre de la Défense en tant qu'elles refusent à Mme B..., à compter du 1^{er} janvier 2007, une pension du chef de l'indemnité viagère annuelle dont était titulaire son époux ;

¹⁷ D. de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) » RFDA 1998.225

- à ce que Mme B... soit renvoyée devant le ministre de la Défense pour qu'il soit procédé à la liquidation de cette pension ;

- au rejet du surplus de la demande présentée par Mme B... devant le tribunal départemental des pensions du Val d'Oise.