

L'inconstitutionnalité de la cristallisation des pensions devant le Conseil d'Etat : *dubia in meliorem parti interpretari debent*

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Institut Maurice Hauriou

L'arrêt du Conseil d'Etat d'Assemblée du 13 mai 2011, *M'Rida*, met en lumière les difficultés susceptibles de se présenter devant le juge de droit commun suite à une abrogation différée prononcée par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et à une intervention consécutive du législateur. Il témoigne également de l'articulation qui peut s'opérer entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité.

M. M' Rida, ressortissant marocain ayant servi dans l'armée française en tant que volontaire, s'est vu octroyé par un arrêté du 14 février 1953 une pension militaire de retraite professionnelle. Celle-ci fut cristallisée par l'article 71 de la loi n° 59-1454 du 26 décembre 1959, c'est-à-dire transformée en indemnité viagère, figée dans son montant et ses conditions d'ouverture et non réversible. Cette cristallisation a concerné tous les anciens militaires ressortissants des territoires placés auparavant sous le protectorat ou la tutelle de la France et n'ayant pas fait le choix de la nationalité française. M. M'Rida se maria avec une ressortissante marocaine résidant au Maroc avec laquelle il eut sept enfants, le cadet étant né le 9 juin 1973. Il décède le 12 février 1992 et, douze ans après, le 11 juin 2004, sa veuve sollicite du ministre de la Défense le bénéfice d'une pension de réversion militaire du chef de son époux et du paiement des arrérages depuis juillet 1992. Après une décision de rejet du ministre, le litige est porté devant le tribunal administratif de Poitiers. Mme M'Rida a demandé également au tribunal le paiement des arrérages de son dernier fils, en qualité d'orphelin, à la date du décès de son père et jusqu'à sa majorité. Le tribunal rejeta les demandes par un jugement du 13 décembre 2006. Mme M'Rida se pourvoit en cassation contre ce jugement devant le Conseil d'Etat.

La question de la cristallisation des pensions a fait l'objet de nombreux épisodes jurisprudentiels et législatifs. Dans un arrêt d'Assemblée du 30 novembre 2001, *M. Diop*¹, le Conseil d'Etat a d'abord prononcé l'inconventionnalité de la loi du 26 décembre 1959 au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors que seul le critère tiré de la nationalité fondait la cristallisation. Plusieurs lois sont ensuite intervenues. La loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002 a permis aux ayants cause des bénéficiaires de pension de toucher une pension de réversion mais au taux cristallisé. La loi n° 2002-1576 du 30 décembre

¹ Rec., p. 605. Solution confirmée et étendue aux ayants cause : C.E., 6 février 2002, *Mme Doukouré*, req. n° 216172 ; 28 octobre 2002, *Dame Veuve Mizoumi*, req. n° 241855.

2002 de finances rectificative pour 2002 a procédé à une dé cristallisation partielle des pensions, jugée compatible avec l'article 1^{er} du Premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 de cette convention par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 18 juillet 2006, *Ka*². La loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007 a poursuivi sur la voie de la dé cristallisation. Une QPC portant sur la constitutionnalité de dispositions de la loi de 1981, qui portaient sur les algériens, et des lois de 2002 et de 2006 précédemment citées a été soulevée et transmise au Conseil constitutionnel. Dans la décision du 28 mai 2010, ce dernier a déclaré inconstitutionnelles les dispositions contestées, tout en prononçant une abrogation différée au 1^{er} janvier 2011 en gelant les contentieux en cours devant les juridictions. Il a ensuite laissé au législateur le soin d'intervenir pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée, en lui imposant de prévoir une application de ces nouvelles dispositions au contentieux en cours au moment de la censure. L'article 211 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 a procédé à une dé cristallisation quasi complète des pensions, seul le cas des pensions de réversion n'ayant pas été envisagé.

Dans ce contexte, il est pour le moins malaisé de situer le litige qui a donné lieu à l'arrêt commenté. Il est d'abord nécessaire de distinguer deux périodes en fonction de la date de la demande de pension de réversion faite par la requérante, le 11 juin 2004, à l'origine de l'instance. Après cette date, dans la mesure où cette demande a donné lieu à une instance en cours au moment de la décision du Conseil constitutionnel, la question du droit applicable résulte de la combinaison de la décision du Conseil constitutionnel et de la loi de finances pour 2011. Avant cette date, le litige n'étant pas affecté ni par la décision ni par la loi qui n'ont pas d'effet rétroactif, c'est la conventionnalité des dispositions de la loi de 1959 et de 2002 qui est dénoncée au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1^{er} du premier protocole à la Convention. C'est d'ailleurs seulement ce dernier grief qui est soulevé par la requérante, la décision du Conseil constitutionnel et la loi de finances de 2011 étant intervenues en cours d'instance. Suivant son rapporteur public, à l'instar de ce qui s'est produit dans les arrêts rendu le même jour, *Delannoy et Verzèle*, le Conseil d'Etat précise qu'il « il appartient au juge, saisi d'un litige relatif aux effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, de les remettre en cause en écartant, pour la solution de ce litige, le cas échéant d'office, cette disposition, dans les conditions et limites fixées par le Conseil constitutionnel ou le législateur ». Soulevant d'office le moyen tiré de ce que une disposition applicable au litige avait été déclarée contraire à la Constitution, le Conseil d'Etat ouvre donc deux voies distinctes de résolution du litige en fonction de la période concernée : la période après le 11 juin 2004, couverte par la décision du Conseil constitutionnel et l'intervention consécutive du législateur, et celle avant cette date régie par la question de conventionnalité. Sur le fond, Mme M'Rida obtiendra satisfaction pour le versement d'une pension de réversion du chef de son époux et pour le versement d'une pension d'orphelin à son fils cadet.

² *Rec.*, p. 350.

Sans entrer dans le détail de l'arrêt, celui-ci soulève deux questions qui paraissent devoir être mises en avant. La première a trait aux conséquences à tirer d'une décision de censure du Conseil constitutionnel et de l'intervention du législateur consécutive dans un litige autre que celui qui a donné lieu à la QPC. Elle est en l'espèce délicate dans la mesure où la situation litigieuse, et en particulier le versement d'une pension de réversion à une ressortissante marocaine, n'est pas directement affectée ni par la décision du Conseil constitutionnel, ni par la loi intervenue en conséquence de la décision du Conseil constitutionnel. Il est possible d'identifier ainsi des effets étendus d'une décision de censure du Conseil constitutionnel et d'une intervention du législateur sur les instances en cours (§ I). L'intrusion de la question de constitutionnalité dans le litige principal donne en outre l'occasion au Conseil d'Etat, compte tenu des griefs invoqués par la requérante, d'explicitier l'articulation entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité, ce dernier étant complémentaire par rapport au premier (§ II).

§ I – Les effets étendus d'une décision de censure du Conseil constitutionnel et d'une intervention du législateur sur les instances en cours

Si le moyen tiré de la censure d'une disposition législative doit être soulevé d'office dans un litige en cours dans lequel cette disposition est applicable³, les données contentieuses soulèvent certaines interrogations en l'espèce. En effet, les dispositions de loi applicables dans le litige étaient celles de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 et de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002. Or, dans la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2010, ont été abrogés l'article 26 de la loi du 3 août 1981, concernant les algériens, l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006. Toutefois, les effets de cette censure vont au-delà de la seule situation concernée par le litige principal qui portait sur un ressortissant algérien. Pour le Conseil constitutionnel, l'abrogation de ces dispositions « a pour effet de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ». La censure de l'inconstitutionnalité du dispositif applicable aux algériens emporte des conséquences pour tous les autres ressortissants dans la même situation. Le Conseil constitutionnel considère dans le même sens qu'il résulte des dispositions contestées « une différence de traitement fondée sur la nationalité entre les titulaires de pensions militaires d'invalidité et des retraites du combattant selon qu'ils sont ressortissants algériens ou ressortissants des autres pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France ; que cette différence est injustifiée au regard de l'objet de la loi qui vise à rétablir l'égalité entre les prestations versées aux anciens combattants qu'ils soient français ou étrangers ». Ainsi, comme le

³ Depuis la décision n° 2010-108 QPC, on sait de manière explicite qu'en principe la censure d'une disposition législative bénéficie à l'ensemble des instances en cours au moment de la décision de censure (cons. 5). Ce n'est que si le Conseil constitutionnel en dispose autrement que les instances en cours ne bénéficieront de la censure.

relève D. Katz, « par le jeu combiné de l'imbrication des lois de cristallisation et des inégalités en cascade relevées par le Conseil constitutionnel, c'est donc le régime des pensions de l'ensemble des étrangers qui se trouve affecté par la décision du 28 mai 2010 »⁴. Le glissement de la censure du dispositif applicable aux algériens à la censure de l'ensemble du régime des pensions n'est pas en l'espèce problématique dans une situation d'abrogation différée, dans la mesure où il appartient au législateur d'établir un nouveau régime. Le dispositif applicable à Mme M'Rida était donc affecté par la décision du Conseil constitutionnel au delà de ce que pouvait laisser paraître le seul dispositif de cette décision.

Cette première étape franchie, encore fallait-il établir en quoi la loi spécialement adoptée après la censure du juge constitutionnel était applicable au litige. La loi de finances pour 2011 a prévu dans son article 211 de nouvelles modalités de calcul des pensions en prévoyant, dans son paragraphe VI, leur application aux instances en cours au jour de la décision du Conseil constitutionnel. Cette disposition a également abrogé des dispositions législatives anciennes relatives au droit à une pension de réversion de sorte qu'il n'existait plus de disposition législative relative à cette situation. En s'appuyant sur le renvoi qu'a fait le Conseil constitutionnel au législateur pour fixer un nouveau régime de pension, le Conseil d'Etat considère que si le VI de l'article 211 de la loi « mentionne seulement la révision des pensions », il « doit être regardé comme s'appliquant aussi aux demandes de pension de réversion ». Comme le rapporteur public l'invitait à la faire, le Conseil d'Etat interprète « les dispositions législatives à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel ». La décision du Conseil constitutionnel a une portée générale, la loi doit pouvoir couvrir toutes les situations bénéficiant de la censure y compris les pensions de réversion. La référence à « l'effet utile » de la décision du Conseil constitutionnel pour la solution de l'instance en cours finit de justifier l'extension des effets de la censure et de la portée de la loi à cette instance.

§ II – La complémentarité du contrôle de conventionnalité par rapport au contrôle de constitutionnalité

L'ordre de priorité d'examen des moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité, lorsque ceux-ci sont invoqués simultanément devant le juge, tel qu'il est fixé par les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, tend à faire du moyen d'inconventionnalité un moyen *subsidaire*. Ce n'est qu'en cas d'échec du moyen d'inconstitutionnalité que le moyen d'inconventionnalité pourra révéler son utilité contentieuse. L'arrêt *M'Rida* relève cependant d'une autre configuration. Le moyen exclusif invoqué par la requérante était un moyen tiré de l'inconventionnalité des dispositions de loi applicables dans le litige. L'inconstitutionnalité n'apparaît que de manière accidentelle dans le procès. Elle n'est pas soulevée par la requérante,

⁴ D. Katz, « La décision n° 2010-1 QPC : épilogue ou simple épisode du contentieux de la dé cristallisation ? », *RFDA*, 2010, p. 717.

c'est le juge qui soulève d'office l'inconstitutionnalité qui vient d'être prononcée par le Conseil constitutionnel dans un procès en cours dans lesquelles les dispositions sont applicables. L'inconstitutionnalité est introduite de manière incidente dans un procès en inconstitutionnalité et celle-ci apparaît alors *complémentaire* par rapport à celle-là. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé, rappelant que le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* pouvait *abroger* une disposition législative et que le juge de droit commun dans le cadre du contrôle de conventionnalité pouvait la déclarer *inapplicable* dans le litige, « qu'il appartient, par suite, au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée ». Le moyen d'inconstitutionnalité complète l'inconstitutionnalité pour faire éventuellement droit aux prétentions du requérant qui n'auraient pas été satisfaites par la seule inconstitutionnalité.

Cette articulation harmonieuse s'inscrit toujours dans le caractère *prioritaire* de la QPC. Ce n'est finalement que si le moyen d'inconstitutionnalité ne permet pas d'obtenir entièrement satisfaction au fond que le moyen de conventionnalité pourra le compléter. Complémentaire ou subsidiaire, le moyen d'inconstitutionnalité n'en apparaît pas moins comme utile et pertinent à invoquer à l'appui d'un moyen d'inconstitutionnalité. Il apparaît comme une seconde chance ou une chance complémentaire d'obtenir satisfaction.