



La référence du droit en ligne



**Conseil d'État et Conseil constitutionnel : un dialogue renouvelé par
l'instauration de la QPC**

**(CE, ass., 13/05/2011, Mme M'Rida ; CE, ass., 13/05/2011, Mme
Delannoy et M. Verzele ; CE, ass., 13/05/2011 Mme Lazare)**

Table des matières

Table des matières.....	2
Introduction.....	3
I - Le respect de la compétence du Conseil constitutionnel.....	5
A - La structure du contentieux de la constitutionnalité des lois.....	5
B - L'exigence de l'article 62 de la Constitution.....	6
1 - Des pouvoirs larges au mains du juge constitutionnel.....	6
2 - La nécessité d'assurer la sécurité juridique.....	6
II - L'effectivité de l'office du juge administratif après QPC.....	8
A - La préservation de l'autorité des décisions QPC dans la conduite du procès.....	8
1 - Le relevé d'office.....	8
2 - L'interprétation raisonnée des décisions du Conseil constitutionnel.....	8
B - Une articulation mesurée des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.....	10
1 - La géographie du dialogue des juges.....	10
2 - Les formes de l'articulation.....	10
CE, ass., 13/05/2011, Mme M'Rida.....	12
CE, ass., 13/05/2011, Mme Delannoy et M. Verzele.....	21
CE, ass., 13/05/2011 Mme Lazare.....	25

Introduction

Certaines affaires judiciaires relèvent des sagas. Ce qu'elles nous disent des évolutions de la société et des mœurs est extrêmement révélateur. Face à elles, le droit ne peut rester insensible. Il s'adapte et offre, sur le plan de la stricte technique juridique, des avancées majeures. Les affaires commentées ci-après en témoignent. La question de la « cristallisation » des pensions des anciens militaires français des colonies a longtemps constitué un point de crispation. Le Conseil constitutionnel avait rendu sa première décision QPC sur ce problème. C'est à l'occasion d'un litige subséquent qu'a été rendu l'arrêt CE, Ass, 13 mai 2011, *Mme M'Rida*. Le Conseil d'État a publié, le même jour, deux autres arrêts, respectivement *Mme Delannoy et M. Verzele* (req. n°317808) et *Mme Lazare* (req. n°329290). Ils font suite aux décisions du Conseil constitutionnel, qui avait été saisi de contestations contre la loi du 4 mars 2002. Cette dernière était revenue sur l'arrêt *Perruche* de la Cour de cassation (C.Cass, Ass., 17 novembre 2000. La loi avait posé le principe selon lequel « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »). Ces contestations avaient donné lieu à la deuxième décision QPC.

En 2006, Mme M'Rida avait introduit un recours demandant l'annulation du jugement du tribunal administratif de Poitiers ayant rejeté sa demande d'annulation de la décision du Ministre de la Défense lui refusant l'attribution d'une pension de réversion. Son époux décédé avait servi, entre 1938 et 1953 dans les forces militaires françaises au sein des contingents coloniaux. La « cristallisation » évoque le principe établi par l'article 71 de la Loi de finances pour 1960, selon lequel le montant des pensions versées aux anciens militaires des colonies est bloqué à leur niveau de 1960. Ce procédé créait, de façon évidente, une rupture d'égalité entre les militaires français et ceux des outre-mer, alors même qu'ils avaient exercé les mêmes fonctions (CE, 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense*). Les deux autres décisions relèvent du contentieux de la responsabilité pour faute des établissements hospitaliers publics. À l'origine de l'arrêt *Mme Delannoy* se trouve le recours engagé, en 1999, par les parents d'enfants nés trisomiques. S'agissant de l'arrêt *Mme Lazare*, il s'agissait d'un enfant né atteint de la maladie de Duchenne.

Toute la problématique des arrêts commentés réside dans l'articulation du dialogue des juges et les conséquences que doit tirer le juge administratif des décisions QPC du Conseil constitutionnel. Dans sa toute première décision QPC, ce dernier avait prononcé l'abrogation de la disposition législative litigieuse, mais avait laissé au législateur un délai pour adopter de nouvelles dispositions. Le Conseil d'État pose les règles d'articulation de son contrôle avec celui du Conseil constitutionnel. Il tire ainsi toutes les conséquences de la décision d'inconstitutionnalité, qui complètent la nouvelle architecture du dialogue des juges. L'intérêt de ces affaires avait justifié que soit saisie l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État. Les trois décisions proposent au Conseil d'État un large panel de situations différentes. Dans certaines, le requérant est l'auteur de la QPC, alors que dans d'autres, non. Dans deux d'entre elles, la décision du Conseil constitutionnel intervient en cassation et dans la troisième, en appel. Dans la première décision QPC, le Conseil constitutionnel avait modulé dans le temps les effets de son abrogation contentieuse, mais pas dans la deuxième.

Le cadre que pose le Conseil d'État vise à protéger les prérogatives du Conseil constitutionnel (I), tout en assurant l'effectivité du contrôle du juge administratif (II).

I - Le respect de la compétence du Conseil constitutionnel

Les risques d'ineffectivité sont liés au fait que le juge constitutionnel n'est pas le maître du litige. Il n'intervient, dans le cadre de la QPC, qu'en suivant le chemin d'une question préjudicielle (A). De ce fait, toute la problématique réside dans l'assurance de voir préservée l'autorité de la chose jugée qui s'attache à ses décisions (B).

A - La structure du contentieux de la constitutionnalité des lois

Les arrêts commentés visent à tirer les conséquences des décisions d'inconstitutionnalité, totales ou partielles, prononcées par le Conseil constitutionnel. Cette nécessité résulte directement de l'introduction, par la réforme constitutionnelle de 2008, d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois. L'article 61-1 de la Constitution dispose désormais que : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». Ce mécanisme est appelé Question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Il prend la forme d'une question préjudicielle du juge *a quo* au juge constitutionnel. Les questions résolues par les arrêts commentés sont apparues car ce contrôle intervient alors que la loi est déjà en application. Les situations de conflits sont bien moins prégnantes lorsque le contrôle est réalisé avant la promulgation de la loi, c'est-à-dire, avant son entrée en vigueur, et avant donc qu'elle ne produise des effets. Au contraire, la QPC émerge « *à l'occasion d'une instance* ». La solution dépend bien de la décision du juge constitutionnel, alors que ce dernier ne connaît pas des faits du litige. Son contrôle demeure réalisé *in abstracto* et l'appréciation des faits d'espèce et de la solution au problème posé au juge saisi en première intention demeure dans les mains de ce dernier.

B - L'exigence de l'article 62 de la Constitution

L'article 62 de la Constitution offre de larges pouvoirs et une autorité incontestée aux décisions du Conseil constitutionnel (1). Lorsqu'il les met en œuvre, le Conseil doit demeurer attentif à la préservation de la sécurité juridique (2).

1 - Des pouvoirs larges au mains du juge constitutionnel

C'est l'article 62 de la Constitution qui délimite le pouvoir du Conseil constitutionnel et qui détermine l'étendue de l'autorité qui s'attache à ses décisions. Il dispose à ce titre qu'« Elles (les décisions) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. ». S'agissant plus spécifiquement des pouvoirs du juge constitutionnel dans le cadre de la QPC, il dispose qu'« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. ». La première partie de cet article pose le principe de l'abrogation immédiate. La seconde établit une exception, en laissant le Conseil juge de l'opportunité d'une modulation dans le temps des effets de l'abrogation contentieuse. Le principe est intéressant en ce qu'il limite pour l'avenir uniquement la sortie de vigueur de la disposition législative, en cas d'inconstitutionnalité. Il évoque bel et bien une « abrogation » et non une annulation qui aurait été, elle, rétroactive. La possibilité de moduler dans le temps les effets de sa décision est liée à la nécessité de préserver une certaine sécurité juridique. Que l'on pense à une disposition annulée alors qu'elle régit, par exemple, une attribution pécuniaire, des traitements de fonctionnaires, et c'est l'ensemble des agents publics qui ne sont plus rémunérés du jour au lendemain.

2 - La nécessité d'assurer la sécurité juridique

Le Conseil d'État avait ouvert la voie à cette possibilité de modulation dans son arrêt d'Assemblée du 11 mai 2004, *Association AC !*. Toutefois, les problèmes posés étaient différents. L'arrêt *AC !* a été rendu dans le cadre des recours en excès de pouvoir, pour pallier les inconvénients d'une annulation rétroactive des actes contentieux. Auparavant, les seuls moyens juridiques disponibles pour « sauver » un acte administratif illégal résidaient soit dans une tolérance excessive du juge face à une illégalité soit dans l'adoption d'une loi de validation par le Parlement. On retrouve l'esprit de la première solution dans d'autres décisions telle que la substitution de motif (CE, Sect, 6 février 2004, *Mme Hallal*) ou dans une forme de subjectivisation des vices de forme ou de procédure (CE, Ass, 23 décembre 2011, *Danthy*). Dans le second cas, on peut citer l'exemple de l'annulation par le Tribunal administratif de Paris du contrat de concession destiné à la réalisation du Stade de France, qui avait donné lieu à l'adoption, *in extremis*, de la loi du 11 décembre 1996. Signe de la fragilité du procédé, cette loi a été abrogée par le Conseil constitutionnel...dans le cadre d'une QPC (CC, 11 février 2011, *Alban Sélim B.*).

En Europe, deux systèmes coexistent : soit la disparition de la disposition législative inconstitutionnelle intervient *in futuro (ex nunc)*, comme c'est le cas en France, en Italie ou au Luxembourg ; soit, à l'inverse, elle est annulée rétroactivement (*ab initio* ou *ex tunc*), comme en Allemagne. Le législateur constitutionnel français a opté pour la première solution, plus propice au maintien de la sécurité juridique : l'annulation rétroactive d'une loi qui a déjà produit des effets produit elle-même plus d'effets et se trouve susceptible de remettre en cause un nombre plus important de situations juridiques acquises ou en cours. D'autant que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'a été que tardivement introduit en France, contrairement aux États-Unis où il existe depuis 1803 ou à l'Autriche qui connaît ce contrôle depuis 1920. Le risque d'une introduction tardive, en France, conduit à la remise en cause de certaines dispositions datant de l'adoption du Code civil en 1804 !

C'est cette nécessité de sécurité juridique qui a conduit le législateur constitutionnel à offrir la possibilité au Conseil constitutionnel de moduler lui-même dans le temps les effets de ses décisions. Il se trouve ainsi en position d'établir un délai de maintien « sous respirateur artificiel » de la disposition inconstitutionnelle, le temps pour le Parlement d'adopter une nouvelle loi. C'est exactement la position qu'il a suivie dans l'affaire liée à l'arrêt *Mme M'Rida*. Il appartient au législateur de tirer les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel. Le délai accordé par le ce dernier dispose d'un terme fixe. Si, à cette date, le Parlement n'a pas adopté de nouvelle disposition, l'ancienne disposition disparaît. Mais la préservation du droit des justiciables demeure bien la fonction première de toute institution juridictionnelle. Aussi, afin de préserver l'effet utile de sa décision d'abrogation retardée, le Conseil constitutionnel peut exiger des juges judiciaires et administratifs qu'ils sursoient à statuer « *dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles* ». C'est le chemin suivi dans la QPC mobilisée dans l'affaire *M'Rida*. Le Conseil a par ailleurs exigé du législateur qu'il prévoie une application des nouvelles dispositions aux affaires suspendues.

II - L'effectivité de l'office du juge administratif après QPC

Une fois la QPC rendue, le juge administratif doit assurer un plein effet juridique à la décision du Conseil constitutionnel. Il mobilise à cette fin deux techniques essentielles (A). Le juge administratif se trouve au centre du croisement des instruments juridiques internes et externes. Il doit donc assumer la tâche d'harmoniser les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi (B).

A - La préservation de l'autorité des décisions QPC dans la conduite du procès

Pour réaliser cet objectif, le juge administratif mobilise les techniques du relevé d'office et du moyen d'ordre public (1) et l'interprétation raisonnée des décisions du Conseil constitutionnel (2).

1 - Le relevé d'office

Le relevé d'office est une technique contentieuse à la disposition du juge administratif qui l'autorise à dépasser le cadre posé par les moyens et prétentions des parties. Lorsque, le plus souvent, des principes de haute valeur le commandent, le juge administratif soulève par lui-même des moyens juridiques. Ces moyens sont appelés « moyens d'ordre public » et doivent être soumis aux observations des parties avant que le juge ne statue. Dans le cas présent, le Conseil d'État juge que l'inconstitutionnalité de la loi déclarée par une décision du Conseil constitutionnel constitue un moyen que le juge administratif doit soulever d'office. L'importance que le Conseil d'État attache à ce mécanisme le pousse à préciser (dans sa décision *Mme Lazare* notamment) qu'il peut être mobilisé y compris pour la première fois en cassation. Cette solution n'est pas étonnante. Le juge étant tenu d'appliquer la loi, il vérifie de lui-même que la disposition légale invoquée est toujours en vigueur (CE, sect., 15 juillet 1964, *Sté papeteries Metenett et Sté papeteries Souche*). Il vérifie notamment qu'une disposition législative n'a pas été implicitement abrogée par l'entrée en vigueur d'une loi ou d'une norme supérieure plus récente (CE, Ass, 16 décembre 2005, *Syndicat national des huissiers de justice*). Le fait que la disposition législative ait été déclarée inconstitutionnelle n'est qu'une forme de sortie de vigueur ; aucune raison n'aurait justifié que le juge procédât autrement. Elle mérite cependant d'être soulignée car l'article 23-1 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 dispose que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi ne peut être soulevé d'office par le juge *a quo*. Autrement dit, le juge administratif ni le juge judiciaire ne peuvent, d'eux-mêmes, décider de saisir le Conseil constitutionnel. En revanche, avec la solution de l'arrêt *Mme Lazare*, une fois que le Conseil constitutionnel a statué, la validité constitutionnelle de la loi n'est plus hypothétique. Il existe une certitude, dont le juge doit assurer le plein effet.

2 - L'interprétation raisonnée des décisions du Conseil constitutionnel

Le Conseil d'État emprunte un second chemin visant à assurer la pleine autorité de la décision du Conseil constitutionnel. Il prend en compte non seulement le dispositif de la décision, mais également « les motifs qui en sont le support nécessaire ». C'est en ce sens que l'interprétation du dispositif de la décision du juge constitutionnel est raisonnée. Par les décisions commentées, le Conseil d'État étend à la QPC la solution qu'il avait retenue dans le cadre de la réception des décisions du Conseil constitutionnel rendues au titre du contrôle *a priori* des lois, aux termes de l'article 61 de la Constitution (CE, Ass, 11 mars 1994, *SA La Cinq*). Là où il faisait application implicite du principe, il prend soin désormais d'explicitier l'étendue de cette prise en considération, plus précisément qu'il n'avait pu le faire auparavant (CE, 23 mars 2005, *Ministre de l'économie*). En réalité, le Conseil

s'aligne sans dévier sur l'interprétation ancienne et constante qu'adopte le Conseil constitutionnel de l'article 62 de la Constitution. Il juge depuis 1962 « *que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même* » (CC, 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 de la loi d'orientation agricole*). Cette position est logique et saine. Elle est d'autant plus importante que le Conseil constitutionnel parvient parfois à « sauver » une loi, à la maintenir en vigueur, en se contentant de « neutraliser » les interprétations qui pourraient la rendre contraire à la Constitution. Cette technique des « réserves d'interprétation » est fondamentale dans le contrôle de constitutionnalité de la loi.

B - Une articulation mesurée des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité

L'articulation entre ces deux contrôles est rendue nécessaire par la géographie particulière du dialogue des juges (1). Elle emprunte des formes concrètes et efficaces dans les arrêts commentés (2).

1 - La géographie du dialogue des juges

Si le Conseil d'État se montre attentif à donner plein effet aux décisions du Conseil constitutionnel, il ne cantonne pas son rôle à celui d'un « simple exécutant ». Parce que le contrôle qu'effectue le Conseil constitutionnel est abstrait et ne concerne que la question spécifique de la conformité d'une disposition législative à la Constitution, il se trouve « désincarné » du litige. Il est, de fait, beaucoup moins riche que le contrôle exercé par le juge *a quo*. Ce dernier doit apprécier concrètement les faits et statuer sur tous les autres moyens soulevés devant lui. Notamment, il doit répondre aux griefs tirés de la violation des instruments internationaux. Le Conseil d'État rappelle l'impératif de ce contrôle dans son arrêt *M'Rida* en des termes qui ne souffrent aucune ambiguïté : « *les juridictions administratives et judiciaires, à qui incombe le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit de l'Union européenne ou les engagements internationaux de la France, peuvent déclarer que des dispositions législatives incompatibles avec le droit de l'Union ou ces engagements sont inapplicables au litige qu'elles ont à trancher* ». On sait que depuis la décision *IVG* (CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*), le Conseil constitutionnel confirme la compétence des juges ordinaires pour connaître des moyens d'inconventionnalité soulevés contre une loi. On sait également que le juge administratif assume pleinement cet office depuis la décision *Nicolo* du Conseil d'État (CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*). La complémentarité, sinon la similitude, du corpus des droits fondamentaux protégés par la Constitution et ceux protégés par les instruments internationaux, et particulièrement par la Convention européenne des droits de l'Homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, invite largement les requérants à mobiliser dans le même temps ces différents corpus. Il n'est donc pas rare qu'en plus de la QPC, une disposition législative soit contestée sur le fondement de la Convention européenne ou de la Charte.

La conjonction de ces deux éléments – contrôle de conventionnalité de la loi exercé par le juge administratif et mobilisation simultanée des moyens constitutionnels et conventionnels – conduit à des risques de « chevauchement » du contrôle. Une loi constitutionnelle est-elle nécessairement conforme au traité international ? Cette question rend au juge administratif une marge de manœuvre substantielle. Elle a dû être résolue dans deux des affaires commentées (*M'Rida* et *Mme Delanoy*).

2 - Les formes de l'articulation

L'articulation entre ces deux contrôles est établie par l'arrêt *M'Rida* : « 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 juge administratif préserve le caractère « prioritaire » de la question de constitutionnalité. Ce n'est qu'à la condition que la loi n'ait pas été abrogée qu'il examine, ensuite, sa conventionnalité. Deux raisons, l'une théorique, voire dogmatique, l'autre pragmatique, expliquent cette hiérarchie ou cette chronologie. La première réside dans la préséance accordée à la Constitution. Il s'agit de préserver la hiérarchie des normes. En préservant en premier lieu la conformité de la loi à la Constitution, on s'assure de sa validité dans un cadre normatif purement interne. La seconde raison tient à ce que, du fait des exigences de la procédure et des délais prévus

aux articles 23-3 et 23-4 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, le Conseil d'État doit examiner le bien-fondé de la demande de transmission dans les trois mois et, lorsqu'il transmet la QPC, doit surseoir à statuer dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel. Dans ces conditions, il lui est impossible d'examiner la conventionnalité de la loi avant que le juge constitutionnel n'ait statué.

Le recours au droit de la Convention européenne des droits de l'Homme est, dans l'affaire Mme Delanoy, assez subtil. La décision du Conseil constitutionnel avait partiellement annulé la loi du 4 mars 2002 qui limite la possibilité d'introduire certains recours en responsabilité médicale (litiges « Perruche »). Il avait jugé que la loi ne pouvait être applicable aux recours introduits antérieurement à l'adoption de la loi. Plus précisément, il refusait la rétroactivité de la loi aux « instances en cours ». Le Conseil constitutionnel n'avait pas défini cette notion. Le juge administratif interprète celle-ci au regard du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme – et particulièrement de l'article premier du premier protocole additionnel. C'est bien « pour l'application des stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole » que le Conseil d'État délimite la notion « d'instance en cours ». On trouve dans cette position deux points qui méritent attention. D'une part, le Conseil d'État tente d'assurer une conciliation, à son niveau, entre les différents corpus de droits fondamentaux. En appliquant la décision du Conseil constitutionnel à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme, il assure une cohérence bienvenue et un dialogue constructif des ordres juridiques. D'autre part, il démontre sa capacité à préserver une marge d'appréciation dans l'application des décisions du Conseil constitutionnel.

Dans l'affaire M'Rida, la mobilisation du droit de la Convention européenne est plus franche. L'architecture spécifique du recours avait conduit le juge administratif à distinguer deux périodes : celle antérieure à la date de la demande faite à l'administration, et celle lui étant postérieure. La seconde période entrait dans le champ d'application de la norme dégagée par le Conseil constitutionnel et par les nouvelles dispositions. La première en revanche en était exclue. Le Conseil d'État fait pourtant droit à la demande de la requérante, en fondant ses motifs uniquement sur le droit de la Convention. Il écarte donc l'application de la loi antérieure. Le droit de la Convention complète ainsi le droit constitutionnel, là où ce dernier n'est pas applicable.

CE, ass., 13/05/2011, Mme M'Rida

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 2 juin et 1er septembre 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour Mme Hadda A, demeurant ... ; Mme A demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler le jugement n° 0502427 du 13 décembre 2006 par lequel le tribunal administratif de Poitiers a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la décision du ministre de la défense du 23 mai 2005 rejetant sa demande de réversion de la pension militaire de retraite de son époux décédé le 12 février 1992, au paiement des arrérages en qualité de veuve depuis le mois de juillet 1992 et des arrérages pour son fils El Mustapha en qualité d'orphelin de la date du décès de son père jusqu'à la date de sa majorité, enfin à ce qu'il soit enjoint au ministre de la défense de procéder au versement de la pension de réversion dans un délai d'un mois suivant la date de la décision à intervenir, sous astreinte de 200 euros par jour de retard ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à sa demande ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat, au profit de la SCP Richard, la somme de 3 000 euros en application des articles 37 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 et L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution et, notamment, ses articles 61-1 et 62 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le premier protocole additionnel à cette convention ;

Vu le code des pensions civiles et militaires de retraite ;

Vu la loi n° 59-1454 du 26 décembre 1959 de finances pour 1960 ;

Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002 ;

Vu la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 ;

Vu la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 du Conseil constitutionnel ;

Vu la décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011 du Conseil constitutionnel ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Christian Fournier, Maître des requêtes,
- les observations de la SCP Richard, avocat de Mme A,
- les conclusions de M. Edouard Geffray, rapporteur public,

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Richard, avocat de Mme A ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. A, ressortissant marocain ayant servi dans l'armée française du 14 janvier 1938 au 13 janvier 1953, a été admis par

arrêté du 14 février 1953 au bénéfice d'une pension militaire de retraite, qui a été transformée en indemnité personnelle et viagère en application des dispositions de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 de finances pour 1960 ; qu'il a épousé le 14 juin 1956 Mlle Hadda B, ressortissante marocaine ; que sept enfants sont nés de ce mariage ; que Mme A se pourvoit en cassation contre le jugement du 13 décembre 2006 par lequel le tribunal administratif de Poitiers a rejeté sa demande tendant, en premier lieu, à l'annulation de la décision du ministre de la défense du 23 mai 2005 rejetant sa demande de réversion de la pension militaire de retraite du chef de son époux décédé le 12 février 1992 avec paiement des arrérages depuis le mois de juillet 1992 et sa demande d'arrérages pour son fils El Mustapha, en qualité d'orphelin, de la date du décès de son père jusqu'à la date de sa majorité et, en second lieu, à ce qu'il soit enjoint au ministre de la défense, sous astreinte, de procéder au versement de la pension de réversion ;

Sur le jugement en tant qu'il statue sur le droit à pension de veuve de Mme A :

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution : " Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. " ; qu'aux termes du deuxième alinéa de son article 62 : " Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause " ; qu'enfin, aux termes du troisième alinéa du même article : " Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. " ;

Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 62 de la Constitution qu'une disposition législative déclarée contraire à la Constitution sur le fondement de l'article 61-1 n'est pas annulée rétroactivement mais abrogée pour l'avenir à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ; que, par sa décision n° 2010-108 QPC en date du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel a jugé que " si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration " ;

Considérant que, lorsque le Conseil constitutionnel, après avoir abrogé une disposition déclarée inconstitutionnelle, use du pouvoir que lui confèrent les dispositions précitées, soit de déterminer lui-même les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause, soit de décider que le législateur aura à prévoir une application aux instances en cours des dispositions qu'il aura prises pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée, 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 ;

Considérant que, par sa décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002, à l'exception de celles de son paragraphe VII ; qu'il a jugé que : " afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions

précitées prendra effet à compter du 1er janvier 2011 ; afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1er janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision " ;

Considérant que, à la suite de cette décision, l'article 211 de la loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 a défini de nouvelles dispositions pour le calcul des pensions militaires d'invalidité, des pensions civiles et militaires de retraite et des retraites du combattant servies aux ressortissants des 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 et abrogé plusieurs dispositions législatives, notamment celles de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 portant loi de finances pour 1960 ; que, par ailleurs, son paragraphe VI prévoit que " le présent article est applicable aux instances en cours à la date du 28 mai 2010, la révision des pensions prenant effet à compter de la date de réception par l'administration de la demande qui est à l'origine de ces instances " ; qu'enfin, aux termes du XI du même article : " Le présent article entre en vigueur au 1er janvier 2011 " ;

Considérant que, comme il a été dit, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il appartenait au législateur de prévoir une application aux instances en cours à la date de sa décision des dispositions qu'il adopterait en vue de remédier à l'inconstitutionnalité constatée ; que l'article 211 de la loi de finances pour 2011 ne se borne pas à déterminer les règles de calcul des pensions servies aux personnes qu'il mentionne, mais abroge aussi des dispositions qui définissent, notamment, les conditions dans lesquelles est ouvert le droit à une pension de réversion ; qu'ainsi, alors même qu'il mentionne seulement la " révision des pensions ", le paragraphe VI de l'article 211 précité doit être regardé comme s'appliquant aussi aux demandes de pension de réversion ;

Considérant que, pour statuer sur la demande de pension de réversion présentée par Mme A par le jugement attaqué du 13 décembre 2006, le tribunal administratif de Poitiers s'est exclusivement fondé sur les dispositions de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 et sur celles de l'article 71 de la loi de finances pour 1960 ; qu'afin de préserver l'effet utile de la décision précitée du Conseil constitutionnel à la solution de l'instance ouverte par la demande de Mme A, en permettant au juge du fond de remettre en cause, dans les conditions et limites définies par le paragraphe VI de l'article 211 de la loi de finances pour 2011, les effets produits par les dispositions mentionnées ci-dessus, il incombe au juge de cassation, après avoir sursis à statuer comme l'y invitait la décision du Conseil constitutionnel, d'annuler, sans qu'il soit besoin pour lui d'examiner les moyens du pourvoi dont il est saisi, le jugement attaqué ;

Sur le jugement en tant qu'il statue sur la pension d'orphelin du fils de Mme A :

Considérant qu'aux termes de l'article R. 612-1 du code de justice administrative : " Lorsque des conclusions sont entachées d'une irrecevabilité susceptible d'être couverte après l'expiration du délai de recours, la juridiction ne peut les rejeter en relevant d'office cette irrecevabilité qu'après avoir invité leur auteur à les régulariser. (...) La demande de régularisation mentionne qu'à défaut de régularisation, les conclusions pourront être rejetées comme irrecevables dès l'expiration du délai imparti qui, sauf urgence, ne peut être inférieur à quinze jours. La demande de régularisation tient lieu de l'information prévue à l'article R. 611-7 " ;

Considérant qu'eu égard au lien de parenté existant entre Mme A et son fils El Mustapha, le tribunal administratif ne pouvait rejeter comme irrecevables les conclusions que Mme A a présentées aux fins d'obtenir, au bénéfice de son fils, le paiement des arrérages de pension d'orphelin de la date du décès de son père jusqu'à la date de sa majorité, au motif que l'intéressée ne justifiait d'aucun intérêt lui donnant qualité pour agir, sans l'avoir préalablement invitée à régulariser cette demande en la

faisant signer par son fils majeur ; que Mme A est, par suite, fondée à demander l'annulation du jugement attaqué ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Sur le droit à pension de réversion de Mme A :

Sur la période postérieure au 11 juin 2004 :

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les dispositions de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 et celles de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, qui définissaient, à la date de la décision attaquée, les conditions dans lesquelles un droit à pension de réversion était ouvert à la veuve d'un ayant droit étranger, ont été abrogées à compter du 1er janvier 2011, les premières par l'article 211 de la loi de finances pour 2011, les secondes par la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2010 ; qu'en application du VI de l'article 211 de la loi de finances pour 2011, dont la portée a été précisée ci-dessus, il y a lieu d'écartier ces dispositions législatives pour statuer sur le droit à pension de réversion de Mme A à compter de la date de réception de sa demande par l'administration, soit à compter du 11 juin 2004 ;

Considérant, d'une part, que l'article 211 de la loi de finances pour 2011 n'ayant substitué aucune disposition nouvelle à celles qui doivent ainsi être écartées pour définir les conditions dans lesquelles un droit à pension de réversion est ouvert à la veuve d'un ayant droit étranger, il y a lieu de faire application des dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite relatives aux pensions des ayants cause applicables à la date du décès de l'ayant droit ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 47 du code des pensions civiles et militaires de retraite, dans sa rédaction en vigueur le 12 février 1992 : " Sont applicables aux ayants cause des militaires dont les droits se trouvent régis par le présent code les dispositions du chapitre Ier du présent titre, à l'exception de celles visées au premier alinéa, a et b, de l'article L. 39, qui sont remplacées par les dispositions suivantes : / Le droit à pension de veuve est subordonné à la condition : / a) Que depuis la date du mariage jusqu'à celle de la cessation de l'activité du mari, celui-ci ait accompli deux années au moins de services valables pour la retraite, sauf si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage antérieur à ladite cessation, lorsque le mari a obtenu ou pouvait obtenir la pension prévue à l'article L. 6 (1°) (...) " ; qu'aux termes du troisième alinéa de l'article L. 39 du code des pensions civiles et militaires de retraite, rendu applicable aux ayants causes des militaires par l'article L. 47 du même code : " Nonobstant les conditions d'antériorité prévues ci-dessus, le droit à pension de veuve est reconnu : / 1° Si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage ; 2° Ou si le mariage, antérieur ou postérieur à la cessation d'activité, a duré au moins quatre années. " ; qu'il résulte de l'instruction que Mme A remplit les conditions ainsi prévues par le code des pensions civiles et militaires de retraite pour l'obtention d'une pension de veuve ; que sa demande de versement d'une pension de réversion du chef de son mari décédé a été reçue par l'administration le 11 juin 2004 ; qu'elle est donc fondée à demander à bénéficier d'une telle pension à compter de cette date ;

Considérant, d'autre part, que l'article 211 de la loi de finances pour 2011 prévoit de nouvelles règles pour le calcul du montant des pensions des personnes qu'il mentionne ; que ces règles sont applicables pour le calcul de la pension de Mme A ;

Considérant, dès lors, que la décision du ministre du 23 mai 2005 doit être annulée en tant qu'elle refuse à Mme A l'attribution d'une pension de veuve à compter du 11 juin 2004 dans des conditions conformes aux motifs énoncés ci-dessus ;

Sur la période antérieure au 11 juin 2004 :

Considérant que, dans l'exercice du contrôle de conformité des lois à la Constitution qui lui incombe selon la procédure définie à l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a le pouvoir d'abroger les dispositions législatives contraires à la Constitution ; que les juridictions administratives et judiciaires, à qui incombe le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit de l'Union européenne ou les engagements internationaux de la France, peuvent déclarer que des dispositions législatives incompatibles avec le droit de l'Union ou ces engagements sont inapplicables au litige qu'elles ont à trancher ; 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 ;

Considérant qu'à cette fin, lorsqu'est en litige une décision refusant au requérant l'attribution d'un droit auquel il prétend et qu'est invoquée l'incompatibilité de la disposition sur le fondement de laquelle le refus lui a été opposé avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention, il incombe au juge, en premier lieu, d'examiner si le requérant peut être regardé comme se prévalant d'un bien au sens des stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel et, en second lieu, quand tel est le cas, si la disposition législative critiquée doit être écartée comme portant atteinte à ce bien de façon discriminatoire et, par suite, comme étant incompatible avec les stipulations de l'article 14 de la convention ;

En ce qui concerne le droit à pension de réversion :

Considérant qu'aux termes du I de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 : " A compter du 1er janvier 1961, les pensions, rentes ou allocations viagères imputées sur le budget de l'Etat ou d'établissements publics dont sont titulaires les nationaux des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté, ou ayant été placés sous le protectorat ou la tutelle de la France, seront remplacées, pendant la durée normale de leur jouissance personnelle, par des indemnités annuelles en francs, calculées sur la base des tarifs en vigueur pour lesdites allocations ou pensions, à la date de leur transformation " ; qu'aux termes du I de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 portant loi de finances rectificative pour 2002 : " Les prestations servies en application des articles (...) 71 de la loi de finances pour 1960 (...) sont calculées dans les conditions prévues aux paragraphes suivants. " ; qu'aux termes du VI du même article : " Les prestations servies en application des textes visés au I peuvent faire l'objet, à compter du 1er janvier 2002 et sur demande, d'une réversion. L'application du droit des pensions aux intéressés et la situation de famille sont appréciées à la date d'effet des dispositions visées au I pour chaque Etat concerné " ;

Considérant qu'il résulte de la combinaison des dispositions précitées que le droit à la réversion d'une pension militaire de retraite versée à un ressortissant marocain en application du I de l'article 71 de la loi n° 59-1454 du 26 décembre 1959 s'apprécie au regard de la réglementation en vigueur le 1er janvier 1961, et non au regard de la réglementation applicable à la date du décès de l'ayant droit ; qu'à la date du 1er janvier 1961, l'article L. 64 du code des pensions civiles et militaires de retraite excluait du droit à pension de réversion les veuves dont le mariage avait été célébré postérieurement à la cessation d'activité du conjoint titulaire de la pension, sans tenir compte de ce que des enfants seraient issus du mariage ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. A a cessé son activité dans l'armée française le 13

janvier 1953 et que son mariage avec la requérante a eu lieu le 14 juin 1956 ; que, ce mariage étant postérieur à la radiation des contrôles de l'armée active de son époux décédé, Mme A, sa veuve, ne remplit pas les conditions prévues par les dispositions de l'article L. 64 du code des pensions civiles et militaires de retraite en vigueur le 1er janvier 1961 pour bénéficier d'une pension militaire de réversion ;

Considérant, toutefois, que Mme A soutient que les dispositions du VI de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 sont incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention, en ce qu'elles instaurent une discrimination fondée sur la nationalité en appliquant aux veuves de militaires étrangers les dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite en vigueur à la date d'indépendance de leur pays, quand les veuves de militaires français se voient appliquer les dispositions de ce code en vigueur à la date du décès du militaire ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention : " Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. / Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes " ; qu'aux termes de l'article 14 de cette convention : " La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation " ;

Considérant, d'une part, que le code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que la pension servie à un ayant droit est, en principe, réversible, notamment au profit de sa veuve ; que, ainsi qu'il a été dit, Mme A est, depuis le 12 février 1992, veuve d'un militaire titulaire d'une pension concédée en application de ce code ; que, par suite, si la loi applicable exclut pour elle, sur le seul fondement d'un critère relatif à la nationalité du titulaire de la pension, le bénéfice d'une pension de réversion, Mme A, qui remplit la condition d'être veuve d'un titulaire d'une pension, peut se prévaloir d'un droit patrimonial, qui doit être regardé comme un bien au sens des stipulations précitées de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et peut demander au juge d'écarter l'application des dispositions du VI de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 en invoquant leur incompatibilité avec les stipulations de l'article 14 de la convention ;

Considérant, d'autre part, qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens des stipulations de l'article 14 de la convention, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi ; que les pensions de retraite constituent, pour les militaires et agents publics, une allocation pécuniaire destinée à leur assurer, ou à assurer à leurs ayants cause, des conditions matérielles de vie en rapport avec la dignité des fonctions précédemment exercées par ces militaires et agents ; que la différence de situation existant entre des ayants cause d'anciens militaires et agents publics de la France, selon que ceux-ci ont la nationalité française ou sont ressortissants d'Etats devenus indépendants, ne justifie pas, eu égard à l'objet des pensions de réversion, une différence de traitement ; que cette différence de traitement ne peut être regardée comme reposant sur un critère en rapport avec l'objectif de la loi du 30 décembre 2002 ; que les dispositions du VI de l'article 68 de cette loi étant, de ce fait, incompatibles avec les stipulations précitées de l'article 14 de la convention

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le ministre de la défense devait examiner les droits à pension de Mme A au regard du droit applicable non le 1er janvier 1961, mais à la date du décès de M. A, soit le 12 février 1992 ; qu'à cette date, ainsi qu'il été dit, Mme A remplissait les conditions prévues par le code des pensions civiles et militaires pour l'obtention d'une pension de veuve ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, en l'absence de moyen soulevé par le ministre chargé du budget opposant à l'intéressée la prescription prévue par l'article L. 74 du code des pensions civiles et militaires de retraite, Mme A a droit, pour l'ensemble de la période comprise entre le 12 février 1992, date du décès de son mari, et le 11 juin 2004, à une pension de réversion ;

En ce qui concerne le taux de la pension de réversion :

Considérant qu'aux termes du IV de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 : " Sous les réserves mentionnées au deuxième alinéa du présent IV (...), les dispositions des II et III sont applicables à compter du 1er janvier 1999./ Ce dispositif spécifique s'applique sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée et des contentieux contestant le caractère discriminatoire des textes visés au I, présentés devant les tribunaux avant le 1er novembre 2002 " ;

Considérant qu'il résulte des dispositions du second alinéa du IV précité que, pour la période comprise entre le 1er janvier 1999 et le 11 juin 2004, Mme A, qui n'a engagé aucun contentieux contestant le caractère discriminatoire des dispositions de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2002, le 5 novembre 2003, ne peut prétendre, conformément aux dispositions du premier alinéa du même IV, qu'à une pension calculée en application des dispositions des I et II de l'article 68 ; qu'en revanche, pour la période comprise entre le 12 février 1992 et le 31 décembre 1998, elle peut, contrairement à ce que soutient le ministre, sans qu'y fassent obstacle les dispositions du second alinéa du IV, demander au juge d'écartier l'application des dispositions de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 ; que ces dernières dispositions, qui créent une différence de traitement, en raison de leur seule nationalité, entre les titulaires de pensions, en interdisant toute revalorisation, à compter de la date qu'elles fixent, pour les seules pensions de militaires qui n'ont pas la nationalité française, sans que le critère de nationalité puisse être regardé comme un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi, sont incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que Mme A a ainsi droit, pour cette période, à une pension d'un montant calculé en application des règles de droit commun du code des pensions civiles et militaires de retraite ;

Sur le droit à pension d'orphelin du fils de Mme A :

Considérant que Mme A a présenté des conclusions aux fins d'obtenir le paiement des arrérages au bénéfice de son fils El Mustapha, en qualité d'orphelin, de la date du décès de son père jusqu'à la date de sa majorité ; qu'en réponse à la demande de régularisation qui lui a été adressée par le Conseil d'Etat, M. El Mustapha A a produit un mémoire par lequel il déclare reprendre à son compte les conclusions et moyens développés en son nom par sa mère ;

Considérant qu'il résulte de la combinaison des dispositions précitées de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 et de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 que le droit à la réversion d'une pension militaire de retraite versée à un ressortissant marocain s'apprécie au regard de la situation de famille des intéressés et de la réglementation en vigueur le 1er janvier 1961, et non au regard de la situation de famille et de la réglementation applicable à la date du décès de l'ayant droit ; qu'au 1er janvier 1961, l'article L. 57 du code des pensions civiles et militaires de retraite subordonnait le droit à pension d'orphelin à la condition que la mise à la retraite ou la radiation des cadres du père soit

postérieure, pour les enfants légitimes, au mariage dont ils sont issus ou à leur conception ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. El Mustapha A est né le 9 juin 1973 d'un mariage postérieur à la date de radiation des contrôles de l'armée active de son père ; que, dès lors, M. El Mustapha A ne remplit pas les conditions prévues par les dispositions combinées de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et de l'article L. 57 du code des pensions civiles et militaires de retraite pour bénéficiaire d'une pension militaire d'orphelin ;

Considérant, toutefois, que M. A soutient que les dispositions du VI de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 sont incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention, en ce qu'elles instaurent une discrimination fondée sur la nationalité en appliquant aux orphelins de militaires étrangers les dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite en vigueur à la date d'indépendance de leur pays, alors que les orphelins de militaires français se voient appliquer les dispositions de ce code en vigueur à la date du décès du militaire ;

Considérant, d'une part, que le code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que la pension servie à un ayant droit est, en principe, réversible, notamment au profit de ses orphelins ; que, ainsi qu'il a été dit, M El Mustapha A est, depuis le 12 février 1992, orphelin d'un militaire titulaire d'une pension concédée en application de ce code ; que, par suite, si la loi applicable exclut pour lui, sur le seul fondement d'un critère relatif à la nationalité du titulaire de la pension, le bénéfice d'une pension de réversion, M. A, qui remplit la condition d'être orphelin d'un titulaire d'une pension, peut se prévaloir d'un droit patrimonial qui doit être regardé comme un bien au sens des stipulations précitées de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et peut demander au juge d'écarter l'application des dispositions de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 en invoquant leur incompatibilité avec les stipulations de l'article 14 de la convention ;

Considérant, d'autre part, que les dispositions du VI de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 sont, pour les motifs qui ont été précédemment indiqués, incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention, en ce qu'elles instaurent une discrimination fondée sur la nationalité en prévoyant que la situation de famille des intéressés doit être appréciée au 1er janvier 1961 et en appliquant aux orphelins de militaires étrangers les dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite en vigueur à la date d'indépendance de leur pays, alors que le droit des orphelins de militaires français est apprécié au regard de leur situation à la date du décès de leur père ; que les droits à pension d'orphelin de M. El Mustapha A doivent donc être examinés, au regard de sa situation de famille et du droit applicable non au 1er janvier 1961, mais à la date du décès de M. A, soit le 12 février 1992 ; qu'à cette date, M. El Mustapha A remplissait les conditions prévues par le code des pensions civiles et militaires pour l'obtention d'une pension d'orphelin ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, en l'absence de moyen soulevé par le ministre chargé du budget opposant à l'intéressé la prescription prévue par l'article L. 74 du code des pensions civiles et militaires de retraite, M. El Mustapha A a droit à une pension d'orphelin pour la période comprise entre le 12 février 1992, date du décès de son père, et le 9 juin 1994, date de son vingt-et-unième anniversaire ;

Considérant que, pour cette période, M. El Mustapha A peut, contrairement à ce que soutient le ministre, sans qu'y fassent obstacle les dispositions du second alinéa du IV, demander au juge d'écarter l'application des dispositions de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 ; que, ainsi qu'il a

été dit ci-dessus, ces dispositions sont incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, par suite, M. El Mustapha A a droit à une pension d'un montant calculé en application des règles de droit commun du code des pensions civiles et militaires de retraite ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

Considérant que le contentieux des pensions est un contentieux de pleine juridiction ; qu'il appartient, dès lors, au juge saisi de se prononcer lui-même sur les droits des intéressés, sauf à renvoyer à l'administration compétente, et sous son autorité, le règlement de tel aspect du litige qu'il lui appartient de fixer ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu, sans qu'il soit besoin de prononcer l'astreinte demandée, d'enjoindre aux ministres chargés de la défense et du budget de procéder, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, à la liquidation des pensions de veuve et d'orphelin auxquelles Mme A et M. El Mustapha A ont droit ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 :

Considérant que Mme A a obtenu le bénéfice de l'aide juridictionnelle ; que, par suite, son avocat peut se prévaloir des dispositions des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du 10 juillet 1991 ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros que la SCP Richard demande à ce titre, sous réserve que cette SCP renonce à percevoir la somme correspondant à la part contributive de l'Etat ;

DECIDE :

Article 1er : Le jugement du 13 décembre 2006 du tribunal administratif de Poitiers est annulé.

Article 2 : La décision du ministre de la défense du 23 mai 2005 est annulée.

Article 3 : L'Etat versera à Mme A une pension de réversion du chef de son époux à compter du 12 février 1992 dans les conditions fixées par la présente décision.

Article 4 : L'Etat versera à M. El Mustapha A une pension d'orphelin à compter du 12 février 1992 dans les conditions fixées par la présente décision.

Article 5 : Il est enjoint aux ministres de chargés de la défense et du budget de procéder, dans le délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, à la liquidation de la pension de veuve et de la pension d'orphelin auxquelles Mme A et M. El Mustapha A ont droit.

Article 6 : L'Etat versera à la SCP Richard, avocat de Mme A et de M. El Mustapha A, une somme de 3 000 euros en application du deuxième alinéa de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991, sous réserve que cette SCP renonce à percevoir la somme correspondant à la part contributive de l'Etat.

Article 7 : La présente décision sera notifiée à Mme Hadda A, à M. El Mustapha A, au ministre de la défense et des anciens combattants et au ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, porte-parole du Gouvernement.

CE, ass., 13/05/2011, Mme Delannoy et M. Verzele

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 30 juin 2008 et 30 septembre 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour Mme Anne A, demeurant ... et M. Eric B, demeurant ... ; Mme A et M. B demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'article 2 de l'arrêt n° 06PA00762 du 28 avril 2008 de la cour administrative d'appel de Paris rejetant leur requête tendant à l'annulation du jugement du 24 janvier 2006 du tribunal administratif de Paris en tant que ce jugement rejette leur demande tendant à la condamnation de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) à leur verser des indemnités en réparation des préjudices résultant pour eux et pour leur fils mineur Tony B de l'absence de diagnostic, lors du suivi de la grossesse de Mme A, de la trisomie 21 dont sont atteintes leurs deux filles nées le 8 octobre 1998 ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à leurs conclusions d'appel tendant à la condamnation de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) à leur verser des indemnités ;

3°) de mettre à la charge de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution et, notamment, ses articles 61-1 et 62 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le premier protocole additionnel à cette convention ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu la loi n° 303-2002 du 4 mars 2002 ;

Vu la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-2 QPC en date du 11 juin 2010 ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-108 QPC en date du 25 mars 2011 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Xavier de Lesquen, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de Mme Anne A et de M. Eric B et de Me Foussard, avocat de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris,
- les conclusions de M. Jean-Philippe Thiellay, rapporteur public,

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de Mme Anne A et de M. Eric B et à Me Foussard, avocat de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que Mme A a été suivie pour sa grossesse à l'hôpital Robert Debré à Paris qui dépend de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) ; qu'après la naissance le 8 octobre 1998 de deux jumelles atteintes de trisomie 21, Mme A ainsi que le père des enfants, M. B, ont, le 15 avril 1999, demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris d'ordonner une expertise pour déterminer si la responsabilité de l'AP-HP était engagée au titre d'une insuffisance fautive d'information sur le risque que les deux enfants à naître soient atteints de ce handicap ; qu'après communication, le 9 mars 2000, du rapport de l'expert commis par le juge des référés, ils ont présenté une seconde demande d'expertise qui a été rejetée par une ordonnance du 6 octobre 2000 ; que, le 15 février 2003, ils ont introduit devant le tribunal administratif un recours indemnitaire contre l'AP-HP qui a été rejeté par un jugement du 24 janvier 2006 ; qu'ils se pourvoient en cassation contre l'article 2 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 28 avril 2008, par lequel la cour a rejeté leurs conclusions tendant à l'annulation de ce jugement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, dans sa rédaction résultant de la codification par le 1 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 de dispositions qui figuraient antérieurement aux trois premiers alinéas du I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : " Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance./ La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer./ Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale. " ; qu'aux termes du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005, reprenant en les adaptant des dispositions qui figuraient antérieurement au dernier alinéa du I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 : " Les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, tel qu'il résulte du 1 du présent II sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. " ;

Considérant que Mme A et M. B ont invité les juges du fond à écarter l'application au litige des dispositions de l'article L. 114-5 précité du code de l'action sociale et des familles, au motif qu'ils avaient introduit avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 une instance relative à la réparation des dommages résultant du handicap de leurs enfants et justifiaient ainsi d'une créance indemnitaire que le législateur ne pouvait remettre en cause sans porter atteinte à leur droit au respect de leurs biens garanti par l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que si la cour administrative d'appel a reconnu que les dispositions du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005, rendant l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles applicable aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, étaient incompatibles avec les stipulations de l'article 1er du premier protocole, elle a estimé que Mme A et M. B ne justifiaient pas d'une instance en cours à cette date ; que la cour a, en conséquence, réglé le litige sur le fondement des dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ;

Considérant toutefois qu'en se fondant, pour juger que les intéressés ne justifiaient pas d'une instance en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, sur la durée qui s'était écoulée entre le rejet, le 6 octobre 2000, de leur seconde demande d'expertise et la présentation, le 15 février 2003, de leur recours indemnitaire contre l'AP-HP, alors que ce délai ne pouvait par lui-même, en l'absence de forclusion ou de prescription de l'action en réparation, être regardé, pour

l'application des stipulations de l'article 1er du premier protocole, comme ayant clos l'instance qu'ils avaient engagée par leurs demandes d'expertise formées dans le but d'obtenir la réparation de leurs préjudices, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, Mme A et M. B sont fondés à demander l'annulation de l'article 2 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, par lequel la cour a rejeté leurs conclusions tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Paris du 24 janvier 2006 rejetant leurs conclusions indemnitaires contre l'AP-HP ;

Considérant qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative et de régler l'affaire au fond ;

Sur le régime de responsabilité applicable au litige :

Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : " Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. " ; qu'aux termes du troisième alinéa du même article : " Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. " ;

Considérant que, par le 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005, le législateur a prévu que les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles s'appliqueraient aux instances en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 ; que, ce faisant, il a nécessairement entendu que les mêmes dispositions s'appliquent également à la réparation de dommages dont le fait générateur était antérieur à la date d'entrée en vigueur de cette loi mais qui, à cette date, n'avaient pas encore donné lieu à une action indemnitaire ;

Considérant que, par une décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, publiée au Journal officiel le 12 juin, le Conseil constitutionnel a, sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, déclaré le 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 contraire à la Constitution, au motif qu'il n'existait pas d'intérêt général suffisant pour justifier la remise en cause des droits des personnes ayant, avant le 7 mars 2002, date d'entrée en vigueur du I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice ; que le Conseil constitutionnel a en revanche relevé qu'il existait des motifs d'intérêt général pouvant justifier l'application des règles nouvelles à des instances engagées après le 7 mars 2002 au titre de situations juridiques nées avant cette date ; qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel et des motifs qui en sont le support nécessaire qu'elle n'emporte abrogation, conformément au deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 que dans la mesure où cette disposition rend les règles nouvelles applicables aux instances en cours au 7 mars 2002 ;

Considérant que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, Mme A et M. B avaient engagé le 15 avril 1999 une instance en vue d'obtenir de l'AP-HP la réparation de leur préjudice ainsi que de celui de leurs fils mineur, Tony B qui était toujours en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 ; qu'il résulte dès lors de ce qui précède que les dispositions des trois premiers alinéas du I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002, aujourd'hui codifiés à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, ne sont pas applicables à leur demande tendant à ce que l'AP-HP soit condamnée à leur verser, ainsi qu'à leur fils mineur, des indemnités pour les préjudices résultant de la faute que l'AP-HP aurait commise en leur délivrant une information insuffisante sur le risque, qui s'est réalisé, que les deux enfants à naître soient atteints de trisomie 21 ;

Sur le principe de la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, lors d'une consultation le 2 juin 1998 à l'hôpital Robert Debré, Mme A a évoqué la possibilité de réaliser une amniocentèse destinée à détecter d'éventuelles anomalies génétiques ; que le médecin a toutefois indiqué à l'intéressée, d'une part, que, compte tenu de ce qu'elle était âgée de moins de 38 ans et de ce que les échographies n'avaient pas révélé d'anomalie, sa grossesse ne comportait pas de risques particuliers et, d'autre part, qu'une amniocentèse entraînait des risques accrus de fausse couche dans le cas, qui était le sien, d'une grossesse gémellaire ; que le médecin a proposé un dépistage sérique HT 21 destiné à évaluer le risque de trisomie 21 à Mme A qui l'a accepté et a signé le consentement écrit exigé par les dispositions alors en vigueur de l'article R. 162-16-7 du code de la santé publique ; que le document qu'elle a ainsi signé comportait notamment les mentions suivantes : " Cet examen ... ne permet pas à lui seul d'établir le diagnostic de la trisomie 21. Le résultat de l'examen, exprimé en taux de risque, me sera rendu et expliqué par le médecin qui me l'a prescrit. Si ce risque est considéré comme élevé (par exemple 1/100, 1/50, ...), il me sera proposé un prélèvement de liquide amniotique (amniocentèse) ... Si ce risque est considéré comme faible (par exemple 1/300, 1/500, ...), il n'exclut jamais la possibilité d'une trisomie à la naissance. En l'état actuel, la sensibilité du test ne permet pas de détecter plus de 60% des trisomies 21 " ; que le résultat du test ainsi pratiqué sur Mme A ayant évalué le risque de trisomie 21 à 1/260, celle-ci a été informée qu'elle n'était pas considérée comme appartenant à un groupe à risque ; qu'il est constant que Mme A n'a pas alors demandé que soit pratiquée une amniocentèse et que les échographies ultérieures n'ont pas révélé d'anomalie ;

Considérant que, dans ces conditions, et bien qu'il ne soit pas établi que le résultat numérique du dépistage sérique HT 21 ait été communiqué à Mme A ou que celle-ci ait été informée de ce que ce résultat était proche du seuil de 1/250 à partir duquel la personne est considérée comme appartenant à un groupe à risque, l'AP-HP ne peut être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant manqué à ses obligations d'information et de conseil et commis ainsi une faute de nature à engager sa responsabilité ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge de l'AP-HP qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par Mme A et M. B devant le tribunal administratif, la cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu de mettre à la charge de Mme A et M. B la somme que demande l'AP-HP au titre de ces mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1er : L'article 2 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 28 avril 2008 est annulé.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête de Mme A et de M. B et le surplus des conclusions de la requête qu'ils ont présentée devant la cour administrative d'appel de Paris et tendant à la condamnation de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 3 : Les conclusions de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à Mme Anne A, à M. Eric B, à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et à la caisse primaire d'assurance maladie de Paris. Copie en sera adressée pour information au Premier ministre et au ministre du travail, de l'emploi et de la santé.

CE, ass., 13/05/2011 Mme Lazare

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 29 juin et 28 septembre 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour Mme Viviane A, demeurant ... ; Mme A, agissant en son nom propre et pour le compte de ses enfants mineurs Christelle et Loïc, tous héritiers de M. Alain A, décédé, demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 07PA03630-07PA03717 du 6 octobre 2008 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté la requête de M. et Mme A tendant à l'annulation du jugement du 24 juillet 2007 par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté leur demande tendant à la condamnation du centre hospitalier Cochin à leur verser la somme de 138 925,24 euros en réparation des conséquences dommageables résultant de la myopathie de leur fils Loïc à la suite d'une erreur de diagnostic commise en 1992 ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à leurs conclusions d'appel ;

3°) de mettre à la charge de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution et, notamment, ses articles 61-1 et 62 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le premier protocole additionnel à cette convention ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 ;

Vu la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 ;

Vu la décision n° 329290 du Conseil d'Etat, statuant au contentieux en date du 14 avril 2010 ;

Vu la décision n° 2010-2 QPC du Conseil constitutionnel en date du 11 juin 2010 ;

Vu la décision n° 2010-108 QPC du Conseil constitutionnel en date du 25 mars 2011 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Xavier de Lesquen, Maître des requêtes-rapporteur,
- les observations de la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de Mme A, de la SCP Didier, Pinet, avocat de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et de la SCP Odent, Poulet, avocat de la caisse de prévoyance de la SNCF-antenne de Bordeaux,
- les conclusions de M. Jean-Philippe Thiellay, rapporteur public,

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de Mme A, à la SCP Didier, Pinet, avocat de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et à la SCP Odent, Poulet, avocat de la caisse de prévoyance de la SNCF-antenne de Bordeaux ;

Considérant qu'il résulte des pièces soumises aux juges du fond que Mme A a donné naissance, le 8 décembre 1995, au centre hospitalier Robert-Boulin de Libourne, à un garçon prénommé Loïc qui s'est révélé atteint de la maladie de la myopathie de Duchenne ; que M. et Mme A ont recherché la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) au motif qu'une erreur de diagnostic aurait été commise, en 1992, par le service de laboratoire de biochimie génétique du centre hospitalier Cochin, qui dépend de l'AP-HP, sur le risque encouru par Mme A de transmettre la maladie de la myopathie de Duchenne à un enfant de sexe masculin ; que Mme A, agissant en son nom propre et pour le compte de ses enfants mineurs Christelle et Loïc, héritiers de M. Alain A, décédé, se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 6 octobre 2008 qui, faisant application du régime de responsabilité défini par l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, a rejeté leur requête dirigée contre le jugement du tribunal administratif de Paris du 24 juillet 2007 ayant rejeté leur demande ;

Sur le régime de responsabilité applicable :

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution : " Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. " ; qu'aux termes du deuxième alinéa de son article 62 : " Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause " ; qu'aux termes du troisième alinéa du même article : " Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. " ;

Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 62 de la Constitution qu'une disposition législative déclarée contraire à la Constitution sur le fondement de l'article 61-1 n'est pas annulée rétroactivement mais abrogée pour l'avenir à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ; que par sa décision n° 2010-108 QPC en date du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel a jugé que " si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration " ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, dans sa rédaction résultant de la codification par le 1 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 de dispositions qui figuraient antérieurement aux trois premiers alinéas du I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : " Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance /(...) / Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale. " ; qu'aux termes du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005, reprenant en les adaptant des dispositions qui figuraient antérieurement au dernier alinéa du I de l'article 1er de loi du 4 mars 2002 : " Les dispositions de l'article L. 114-5 du code de

l'action sociale et des familles tel qu'il résulte du 1 du présent II sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. " ; qu'en prévoyant l'application des dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles aux instances en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, le législateur a nécessairement entendu que ces dispositions s'appliquent également à la réparation de dommages dont le fait générateur était antérieur à la date d'entrée en vigueur de cette loi mais qui, à cette date, n'avaient pas encore donné lieu à une action indemnitaire ;

Considérant que, par une décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, publiée au Journal officiel le 12 juin, le Conseil constitutionnel a, sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, déclaré le 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 contraire à la Constitution, au motif qu'il n'existait pas d'intérêt général suffisant pour justifier la remise en cause des droits des personnes ayant, avant le 7 mars 2002, date d'entrée en vigueur du I de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice ; que le Conseil constitutionnel a en revanche relevé qu'il existait des motifs d'intérêt général pouvant justifier l'application des règles nouvelles à des instances engagées après le 7 mars 2002 au titre de situations juridiques nées avant cette date ; qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel et des motifs qui en sont le support nécessaire qu'elle n'emporte abrogation, conformément au deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 que dans la mesure où cette disposition rend les règles nouvelles applicables aux instances en cours au 7 mars 2002 ; que la décision du Conseil Constitutionnel ne définit par ailleurs pas d'autres conditions et limites pour la remise en cause des effets que cette disposition avait produits avant cette date ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les consorts A n'ont engagé une instance en réparation des conséquences dommageables résultant de la myopathie de leur fils Loïc, né en 1995, que postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 ; que la disposition déclarée contraire à la Constitution, relative aux personnes disposant d'une instance en cours au 7 mars 2002 comme il a été dit ci-dessus, ne leur était ainsi pas applicable ; que, par suite, la cour administrative d'appel de Paris a pu, sans commettre d'erreur de droit, leur faire application du régime de responsabilité défini au premier et au troisième alinéas de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ;

Considérant que le moyen tiré de ce que l'application du régime de responsabilité défini au premier et au troisième alinéas de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles aux préjudices résultant de la naissance d'enfants atteints d'un handicap non décelé pendant la grossesse antérieure à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, serait incompatible avec l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est nouveau en cassation et ne peut, par suite, être utilement invoqué pour critiquer le bien fondé de l'arrêt attaqué ;

Sur la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris :

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier soumis aux juges du fond que Mme A, issue d'une famille présentant des antécédents de la myopathie de Duchenne, maladie qui n'atteint que les enfants de sexe masculin, a en 1989, alors qu'elle était enceinte de deux jumeaux, interrompu sa grossesse en raison du risque de handicap ; que des examens ont été pratiqués sur les foetus au laboratoire de biochimie génétique de l'hôpital Cochin ; qu'interrogé en 1992 par Mme A sur les résultats de ces examens, le chef du service du laboratoire a indiqué par lettre du 28 octobre 1992 que, en l'état de l'expérience du laboratoire, les résultats permettaient de dire que les foetus n'étaient pas atteints de la maladie, que Mme A n'était pas conductrice et que l'équipe médicale disposerait bientôt d'autres moyens de détecter et de localiser la mutation du gène et de vérifier son

raisonnement ;

Considérant, en premier lieu, que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le régime de responsabilité défini à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles s'applique à l'ensemble des actes tendant au diagnostic de malformations foetales et, notamment, aux tests et études génétiques effectués avant même la conception sur la foi desquels une grossesse ayant conduit à la naissance d'un enfant porteur d'un handicap non décelé a été engagée ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'après avoir relevé que si le chef du service du laboratoire génétique du centre hospitalier Cochin, saisi de l'interprétation à donner des résultats de l'examen pratiqué en 1989, avait indiqué à Mme A dans son courrier du 28 octobre 1992, qu'elle n'était pas conductrice du gène responsable de la myopathie de Duchenne, la cour a également relevé que cette analyse comportait un double tempérament tiré, d'une part, de ce que le résultat correspondait aux données de la science médicale en 1992, et d'autre part, de ce que d'autres moyens devaient permettre à l'avenir de vérifier l'analyse ; qu'en estimant, au vu de ces constatations, que cet avis ne pouvait, par sa teneur, être considéré comme ayant donné à Mme A des assurances catégoriques que ses grossesses futures ne comporteraient pas le risque de transmission de la maladie génétique de Duchenne, la cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier soumis à son examen ;

Considérant, enfin, qu'eu égard aux précautions formulées dans l'avis du laboratoire génétique du centre hospitalier Cochin et à la circonstance que cet avis n'avait pas été émis à l'occasion d'une grossesse mais avait vocation à éclairer, le cas échéant, l'équipe médicale chargée du suivi d'une future grossesse de Mme A, la cour n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en jugeant que l'interprétation ainsi donnée en 1992, bien que n'étant pas accompagnée d'une information explicite sur la marge d'erreur habituelle qui pouvait, à cette époque, en affecter la fiabilité, n'était pas constitutive d'une faute qui, par son intensité et son évidence, devrait être regardée comme caractérisée au sens du troisième alinéa de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ; que ce motif étant de nature à justifier, à lui seul, le dispositif de l'arrêt de la cour, les moyens soulevés par Mme A à l'encontre des autres motifs de l'arrêt sur le principe de responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris sont inopérants ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que Mme A n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris en date du 6 octobre 2008 ; que doivent être rejetées, par voie de conséquence, les conclusions de Mme A présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'il n'y pas lieu de faire droit aux conclusions présentées au titre de ces mêmes dispositions par l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi présenté par Mme A est rejeté.
 Article 2 : Les conclusions présentées par l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.
 Article 3 : La présente décision sera notifiée à Mme Viviane A, à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et à la caisse de prévoyance de la SNCF.
 Copie en sera adressée pour information au Premier ministre et au ministre du travail, de l'emploi et de la santé.