

RFDA

RFDA 2009 p. 525

La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites (1)

Note sous l'avis contentieux du Conseil d'État du 16 février 2009, *M^{me} Hoffman Glemane*, req. n° 315499 (2)

Benoît Delaunay, Professeur à l'Université de Poitiers

L'avis contentieux *Hoffman Glemane* du 16 février 2009 (3) résonne comme un écho de l'arrêt *Papon* du 12 avril 2002 (4). Dans cette dernière décision, mettant un terme à une jurisprudence constante depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État avait jugé que les actes et agissements du régime de Vichy dans l'accomplissement de sa politique de persécutions antisémites constituaient une faute de service de nature à engager la responsabilité de l'État. Sept ans plus tard, cette même assemblée, réunie cette fois pour émettre un avis contentieux, reconnaît à nouveau que les actes et agissements de l'État ayant concouru à la déportation de personnes considérées comme juives par le régime de Vichy constituent des fautes engageant sa responsabilité.

Ces deux solutions frappent donc d'emblée par leur similitude et l'on pourrait être tenté de lire l'avis contentieux *Hoffman Glemane* comme une simple confirmation de l'arrêt *Papon*. Il est vrai que l'avis commenté conforte le changement complet de perspective accompli par la Haute assemblée dans ce dernier arrêt sur la question de la valeur des actes émanant du gouvernement de Vichy dont la nullité avait été constatée expressément par l'ordonnance du 9 août 1944, rédigée par René Cassin. Cette constatation étant rétroactive, les actes individuels pris sur la base de tels textes ont longtemps été regardés comme « dépourvus de toute base juridique », le Conseil d'État en tirant la conséquence qu'en l'absence d'un texte législatif déterminant les conditions dans lesquelles les victimes de tels actes pourraient prétendre à réparation, aucune indemnisation ne pouvait être accordée (5). Pour les mêmes raisons, la responsabilité de l'État ne pouvait être engagée par les activités de la milice française constituée en vertu d'une loi de Vichy dont la nullité a été rétroactivement constatée (6). Cette jurisprudence avait fait l'objet de plusieurs critiques, M. Waline s'émouvant par exemple de son caractère « inexplicable » (7). M. Rougevin-Baville mettait, quant à lui, en garde contre une interprétation erronée de cette jurisprudence laquelle n'avait « certainement pas été voulue pour priver de réparation les victimes de mesures prises par les autorités qui étaient en place, fussent-elles illégitimes ou d'agissements imputables à des auxiliaires de ces autorités » (8).

Rompant avec cette logique, l'arrêt *Papon* avait opéré le passage d'un régime d'irresponsabilité à un régime de responsabilité pour faute de l'État. Il trouve dans l'avis *Hoffman Glemane* une assise juridique renforcée. Cet avis n'est toutefois pas seulement confirmatif mais présente un intérêt supplémentaire qui justifie que le Conseil d'État, statuant dans sa formation d'assemblée après instruction de l'affaire par la section du contentieux, ait fait droit à la demande d'avis contentieux formulée par le tribunal administratif de Paris en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative. Saisi par la fille d'un déporté d'une demande d'indemnisation du préjudice causé par l'arrestation de son père, sa déportation et sa mort dans le camp d'Auschwitz, le tribunal administratif de Paris a en effet interrogé le Conseil d'État sur les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État français - et de la Société nationale des chemins de fer (SNCF) - pouvait être engagée et sur le régime de réparation des dommages qui en ont résulté.

Le Conseil d'État admet la recevabilité de la demande d'avis contentieux puisque la question de droit en cause remplit les trois conditions exigées pour une telle demande : elle se présente déjà dans de nombreux litiges (9), elle comporte également, on le comprend, une difficulté sérieuse, elle est enfin nouvelle dans la mesure où elle intéresse le sujet de la

1

réparation du préjudice d'une façon totalement inédite par rapport à l'arrêt *Papon*. Ce dernier n'ignorait certes pas cette question mais celle-ci se posait alors dans un cadre très particulier, celui d'une action récursoire de l'agent contre son administration dont on sait bien qu'elle met en jeu des rapports purement internes à l'administration et que son règlement s'effectue à la lumière de la seule organisation du service. Dans le cadre de l'action récursoire, « la pesée des fautes respectives qu'effectue le juge administratif lui permet de maintenir un équilibre entre la nécessité d'une responsabilité pécuniaire des agents publics à raison de leurs fautes personnelles et les dangers d'une responsabilisation exagérée qui risquerait de conduire à une paralysie de l'action administrative » (10). Rien de tel dans l'affaire *Hoffman Glemane* : il ne s'agit nullement d'identifier les rôles respectifs de l'administration et de l'agent dans l'indemnisation du dommage en examinant la question de la contribution à la dette. Il s'agit plutôt de vérifier si la décision *Papon* est transposable de la contribution vers l'obligation à la dette, mais aussi de décrire la façon dont les préjudices ont pu être, dans la présente espèce, réparés. À ce sujet, comme on le verra, le Conseil d'État affirme que les préjudices individuels ont déjà été réparés de manière forfaitaire et que le préjudice collectif a été réparé grâce à sa reconnaissance solennelle par la Nation.

Trois questions précises étaient posées par le tribunal administratif de Paris au Conseil d'État ; elles peuvent être résumées de la façon suivante. En premier lieu, le caractère imprescriptible des crimes contre l'humanité peut-il être étendu, en l'absence de dispositions législatives expresses en ce sens, aux actions en responsabilité contre l'État à raison des actes ayant concouru à la déportation de personnes d'origine juive pendant l'occupation ? En deuxième lieu, dans l'hypothèse de la prescriptibilité de ces actions, où faut-il fixer le point de départ de la prescription quadriennale des créances sur l'État afin de déterminer si elles sont ou non prescrites ? En troisième et dernier lieu, dans l'hypothèse où la prescription quadriennale n'aurait pas été encore acquise, de quels chefs de préjudice la requérante pourrait-elle obtenir réparation, en son nom propre ou en celui de la victime dont elle est l'ayant droit ; en particulier le principe d'une réparation symbolique peut-il être retenu ? La réponse du Conseil d'État inverse l'ordre et modifie même le contenu des questions posées par le tribunal administratif de Paris. La Haute assemblée affirme en effet d'abord la responsabilité de l'État fondée sur les fautes commises et les préjudices causés par lui, examine ensuite les modalités de la réparation non seulement financière mais aussi symbolique des préjudices individuels et collectifs endurés par les victimes, et considère enfin sans objet la question de la prescription, les préjudices ayant été tous réparés. Le changement opéré dans le traitement des questions par le Conseil d'État n'est pas anodin, ce dernier ayant cherché à la fois prioritairement à réaffirmer le postulat de la responsabilité pour faute de l'État dans la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites et subsidiairement à éluder la question - très complexe - de la prescription.

Disons-le d'emblée : l'avis du Conseil d'État doit être salué en tant qu'il offre une argumentation juridique solide et équilibrée, au visa de nombreux textes et d'une longue énumération des mesures étatiques prises pour compenser les préjudices subis par les victimes de la déportation et leurs ayants droits. Il s'appuie en outre sur des conclusions exceptionnellement denses prononcées par le rapporteur public M. Lenica (11). Enfin, il contribue à résoudre une question qui ne manquait pas de difficultés tant s'y mêlent une dimension historique douloureuse et la nécessité de préserver une application rigoureuse des règles du droit de la responsabilité administrative. Le Conseil d'État était en quelque sorte appelé à « concevoir un droit de la responsabilité de l'État qui rende compte de l'horreur » (12). De cet exercice à peu près impossible à réaliser, le Conseil d'État paraît s'acquitter avec tact et mesure en se faisant, pour l'occasion, historien - ce que d'aucuns ne manqueront pas de discuter.

Toutefois, si la reconnaissance par le Conseil d'État de la responsabilité fondée sur la faute qui incombe à l'État dans la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites se trouve étayée par des arguments indiscutables, l'appréciation de la suffisance de la réparation forfaitaire et symbolique des préjudices par l'État, ainsi d'ailleurs que le silence de l'avis sur la question de la prescription, ouvrent davantage la voie à la discussion. Tout semble se passer comme si d'un côté, l'État était solennellement déclaré responsable de sa faute mais que, de l'autre, l'effectivité de cette reconnaissance se trouvait freinée par l'affirmation que le

préjudice a déjà été réparé, au surplus de manière approximative. En quelque sorte, l'État déclaré responsable n'est plus susceptible d'être constitué débiteur. Le Conseil d'État pouvait-il se prononcer autrement ? Il est difficile de répondre positivement à cette question sauf à considérer qu'une réparation pécuniaire illimitée soixante ans après des faits d'une telle singularité vaudrait davantage que la reconnaissance de la faute de l'État dans pareilles circonstances. Au surplus et une fois encore, l'équilibre de la position trouvée et les innovations qu'elle comporte méritent considération. Il en résulte que le fondement fautif de la responsabilité de l'État devait ainsi presque inévitablement se doubler d'un règlement approximatif de la réparation par l'État.

Le fondement fautif de la responsabilité de l'État

L'avis *Hoffman-Glemane* s'insère dans un ensemble de positions prises par le juge administratif au cours des dernières années, qui ont toutes en commun de présenter le comportement de l'État comme résultant d'illégalités constitutives de fautes de l'État par lesquelles ce dernier a causé des préjudices aux victimes.

Les illégalités, fondement des fautes commises par l'État

Au regard de la jurisprudence administrative de l'immédiate après-guerre, il n'était pas évident que la doctrine puisse écrire un jour « qu'une faute de service soit à l'origine des dommages causés aux infortunées victimes de la politique antisémite du gouvernement de Vichy est une certitude dont il est aisé de convenir » (13). En effet, une telle affirmation procède d'un renversement de perspective opéré par l'arrêt *Papon* et étendu par le présent avis. Ce dernier confirme non seulement que l'État a commis des fautes mais il identifie également lesquelles.

La confirmation des fautes de l'État

On se souvient qu'après les travaux de certains historiens dont Robert Paxton (14), l'arrêt *Papon* a rompu avec la mythologie gaullienne (15) qui a longtemps minoré la responsabilité de l'administration dans la déportation en présentant le régime de Vichy comme un instrument de l'occupant, sans volonté propre, ayant même contribué ici ou là à des actes de Résistance. Cette appréciation se traduisait dans la jurisprudence par le fait qu'une faute commise sous l'autorité directe et au service de l'occupant ne pouvait pas engager la responsabilité de l'État français (16). Aussi, seules des mesures de solidarité nationale, relevant d'un régime original mêlant responsabilité sans faute et régime spécial d'indemnisation, manifestaient alors la reconnaissance de la République. Plus précisément, seul le régime des dommages de guerre pouvait trouver à s'appliquer, lequel nécessitait une intervention du législateur. Posant la question de la combinaison de la réparation accordée par la loi du 20 mai 1946 sur les dommages de guerre avec celle fondée sur une faute de l'administration, le commissaire du gouvernement Célier ne pouvait, en 1948, qu'écarter la faute : « c'est un principe ancien et général de votre jurisprudence, en effet que, lorsque le législateur prévoit expressément les modalités de réparation d'une catégorie déterminée de dommages, ce mode spécial exclut toute indemnité sur la base des principes généraux de la responsabilité de la puissance publique pour faute du service » (17). Le fait de guerre excluait ainsi par nature toute possibilité de prouver une faute (18).

À rebours de cette conception minimaliste, il a été établi dans l'arrêt *Papon* aux conclusions remarquables de M^{me} Boissard que le gouvernement de Vichy s'est lancé de son propre chef, dès 1940, dans une politique d'exclusion et de stigmatisation des juifs et des étrangers. L'histoire a gardé la trace précise des faits : « dès le mois d'octobre 1940, en application de l'ordonnance allemande du 27 septembre 1940 et de l'acte dit loi du 3 octobre 1940 définissant le premier statut des juifs, le délégué général du gouvernement de Vichy dans les territoires occupés prescrivait aux préfets de la zone Nord de recenser les personnes et les biens juifs et de tenir à jour un fichier. Cette politique allait ensuite être amplifiée, notamment en zone Sud, à la suite de l'édition de l'acte dit loi du 2 juin 1941 sur le recensement des juifs. Dans le même temps, avaient lieu sur l'ensemble du territoire et à une très large échelle des arrestations et des internements visant les ressortissants juifs étrangers : au début de 1941, les différents camps d'internement spéciaux placés sous la tutelle du ministère de l'Intérieur accueillaient environ 40 000 personnes. Celles-ci allaient constituer une part importante des victimes des convois organisés par l'occupant nazi. Par ailleurs, s'agissant plus

précisément du déroulement des rafles et des déportations massives qui ont eu lieu à partir de l'été 1942 en zone occupée comme en zone libre, il est maintenant clairement établi que les responsables politiques français, et au premier chef Laval, qui était revenu aux affaires en avril 1942, ont accepté en toute connaissance de cause que les services de police et de gendarmerie français y apportent leurs concours, obtenant en échange de l'occupant allemand, conformément aux accords passés le 2 juillet 1942 entre Bousquet et le chef SS Oberg, de reprendre le contrôle sur ces services sur l'ensemble du territoire, y compris en zone occupée » (19).

La faute de l'État était alors celle d'un régime qui non seulement ne freinait pas l'ennemi mais faisait également preuve d'un certain zèle dans les persécutions antisémites. L'avis *Hoffman-Glemane*, reprenant l'argumentation de l'arrêt *Papon*, relève ainsi que la responsabilité de l'État est engagée « en raison des dommages causés par les agissements qui, ne résultant pas d'une contrainte directe de l'occupant, ont permis ou facilité la déportation à partir de la France de personnes victimes de persécutions antisémites ». Cela revient à dire que les autorités françaises ont pris toute leur part dans l'organisation de la déportation, qu'elles sont fautives et engagent par conséquent la responsabilité de l'État au nom de la continuité de celui-ci (20). L'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine doit alors être lue selon une perspective tout autre que celle qui a longtemps prévalu. Avant 2002, la nullité du régime étant constatée, la responsabilité de l'État ne pouvait être engagée en raison de l'article 3 de l'ordonnance de 1944 qui affirme la nullité des actes qui établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif. Depuis 2002, l'interprétation de cet article est exactement inverse : selon le Conseil d'État, ces dispositions n'ont pas pu avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements des autorités de l'État. « Tout au contraire, relève le présent avis, en sanctionnant l'illégalité manifeste de ces actes (...), les dispositions de l'ordonnance du 9 août 1944 ont nécessairement admis que les agissements d'une exceptionnelle gravité auxquels ces actes ont donné lieu avaient le caractère d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État », qu'il convient d'identifier.

L'identification des fautes de l'État

La faute de service n'ayant jamais été définie dans les textes, la jurisprudence y a vu la faute qui révèle une erreur de l'administrateur dans l'exercice de ses fonctions. Les arrêts sont alors l'occasion pour le juge d'illustrer la multiplicité de ces situations administratives fautives fruits de comportements contestables. Le présent avis prolonge et amplifie la concordance établie par l'arrêt *Papon* entre la reconnaissance politique et la reconnaissance juridique de fautes de l'État.

Ce *continuum* politique et administratif est en effet évident : la reconnaissance juridictionnelle de fautes a, on le sait, été permise par la reconnaissance politique et publique par M. Jacques Chirac, président de la République, en 1995 à l'occasion de la commémoration du 53^e anniversaire de la rafle du Vel'd'Hiv de « fautes commises par l'État » et de la « dette imprescriptible » de la France à l'égard des victimes des persécutions. Toutefois, le discours du président de la République ne précisait pas le contenu de ces fautes commises par l'État (21). A sa suite, l'arrêt *Papon* a identifié un certain nombre de fautes mais on doit reconnaître qu'elles étaient propres au cas précis de l'administration dont dépendait Maurice Papon, membre du corps préfectoral : mise en place depuis la région de Bordeaux d'un camp d'internement, d'un service des questions juives, ordre donné aux divers services administratifs (forces de police et autres) de prêter leur concours aux opérations d'arrestation, d'internement et de convoyage des déportés vers Drancy... Nul ne saurait nier qu'il s'agit là de fautes tant est flagrante l'illégalité de telles mesures notamment au regard du principe de dignité et du principe d'égalité.

L'un des apports de l'avis *Hoffman-Glemane* est non seulement de montrer que l'État est coupable « d'avoir sciemment retourné la marche du service contre une fraction de la population » (22) mais aussi de dresser pour la première fois une liste de ses fautes qui paraît valoir pour tout litige subi par les victimes des persécutions antisémites ayant permis la déportation : arrestations, internements et convoiements à destination de camps de transit,

première étape de la déportation vers les camps de concentration et d'extermination. Ces agissements ne sauraient être vus ni comme des dommages de guerre, ni comme des actes inexistantes sur le terrain de légalité et par voie de conséquence sur celui de la responsabilité. Moins encore, il ne peut s'agir de simples voies de fait dont le contentieux incomberait à la juridiction judiciaire ¹²(23). Sur ce point, l'avis apporte d'ailleurs un éclairage bienvenu qu'on ne pouvait pas trouver explicitement dans les motifs de l'arrêt *Papon* jugeant sur une action récursoire mais qu'on pouvait toutefois deviner implicitement par la reconnaissance qu'il consacrait d'une responsabilité de l'État à raison des actes et agissements illégaux commis par le régime de Vichy : partant, les actes concernés ne pouvaient donc que se rattacher à l'exécution d'un texte législatif ou réglementaire.

Les actes et agissements ont été pris selon le Conseil d'État « en méconnaissance des droits fondamentaux de la personne humaine tels qu'ils sont consacrés par le droit public français ». L'avis ajoute même : « en rupture absolue avec les valeurs et principes notamment de dignité de la personne humaine consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine » ¹³(24). La solennité de telles formules frappe d'emblée le lecteur de l'avis, le Conseil d'État faisant ainsi très clairement apparaître qu'une telle politique d'ostracisme pratiquée par le régime de Vichy ne peut que contredire les principes et les droits que les régimes politiques successifs ne peuvent pas violer.

Il y a donc là une somme d'illégalités lesquelles entraînent, en vertu d'un principe constant du droit de la responsabilité administrative, des fautes de l'administration ¹⁴(25).

L'avis reste cependant muet sur le raisonnement développé par le rapporteur public, qui propose d'arrimer le champ matériel des illégalités susceptibles d'engager la responsabilité de l'État aux crimes prévus par le statut du tribunal militaire international de Nuremberg au motif qu'il s'agit d'une « illégalité contre l'humanité, sombre reflet administratif du crime contre l'humanité » ¹⁵(26). En somme, sa proposition revenait à assimiler les illégalités fautives d'une administration anonyme aux crimes contre l'humanité imputables à des personnes physiques identifiables.

Si l'on croit voir ici une illustration de ce qu'une faute pénale peut être aussi une faute administrative, raisonnement admis par le juge des conflits depuis l'arrêt *Thépaz* ¹⁶(27), l'argumentation du commissaire du gouvernement ne paraît pas décisive. Il est certes exact que l'article 6 c) du statut du tribunal de Nuremberg, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945, réprime « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tous les autres actes inhumains commis contre toutes les populations civiles ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux ». Cependant, comme le relèvent les annotateurs du Conseil d'État, une telle transposition en droit interne ne résiste pas à l'analyse car le tribunal de Nuremberg réprimait pénalement les criminels de guerre et non des personnes morales comme l'administration. *A contrario*, on peut comprendre que la Cour de cassation ait déduit d'un tel texte l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dans plusieurs arrêts importants condamnant individuellement des criminels de guerre. Par exemple, dans sa décision *Barbie* ¹⁷(28), anonymisée non sans maladresse par les services de Légifrance ¹⁸(29), la chambre criminelle juge que le principe d'imprescriptibilité régit en tous leurs aspects, la poursuite et la répression des crimes contre l'humanité. De même, dans sa décision *Touvier* ¹⁹(30), elle juge que l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité s'applique tant à l'action publique qu'à l'action civile pouvant résulter de tels crimes. C'est encore sur le fondement de l'article 6 c) du statut militaire du tribunal de Nuremberg que la cour d'assises de Bordeaux a condamné Maurice Papon pour l'organisation de quatre convois ainsi que pour complicité dans l'arrestation et la séquestration de 73 victimes de ces convois, dont de nombreux mineurs. Toutefois, de telles fautes ont été réprimées devant les juridictions pénales à l'encontre de personnes physiques. La situation est ici tout autre : il s'agit de condamner l'État personne morale devant la juridiction administrative pour les préjudices nés de ses agissements.

Les fautes, fondement des préjudices causés par l'État

Selon le Conseil d'État, les dommages subis par les victimes ont été « exceptionnels et d'une gravité extrême ». On se souvient que 76 000 personnes dont 11 000 enfants ont été

déportés dans les camps et que moins de 3000 d'entre elles en sont revenues. Semblant assimiler dommage et préjudice malgré une distinction établie par la doctrine ¹³¹, l'avis évoque des « préjudices de toute nature causés par les actions de l'État qui ont concouru à la déportation ». S'il est moins disert sur la nature des préjudices subis que sur la manière dont ils ont été réparés - ce qu'on étudiera par la suite - l'avis semble distinguer deux préjudices d'ordres différents. Les premiers, préjudices d'ordre individuel, obéissent à des règles classiques ; le second, préjudice d'ordre collectif, présente une plus grande originalité.

Les préjudices individuels

En application des règles classiques de la réparation, le Conseil d'État établit d'abord l'existence de préjudices individuels. Ceux-ci, matériels (spoliation de biens) ou moraux sont subis par chaque victime et sont réparables en argent. Subis directement par les personnes victimes des crimes contre l'humanité ¹³², ils peuvent être réparés dans le chef des intéressés eux-mêmes mais dans la mesure où peu d'entre eux sont revenus de la déportation, la proportion de requérants victimes directes est faible. S'intéressant au statut des requérants se présentant devant elle, la Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur sous l'Occupation, relève ainsi dans son rapport annuel 2008 que seulement 6 % des demandeurs sont des victimes directes, c'est-à-dire des requérants qui demandent à recevoir une indemnisation consécutive à un préjudice subi soit du fait de la spoliation de leurs biens propres soit du fait de leur internement et/ou de leur déportation. Cependant, on sait que les préjudices peuvent aussi être réparés dans le chef de leurs ayants droits. La transmission du caractère patrimonial du droit à réparation a en effet été admise depuis longtemps par le Conseil d'État pour les préjudices matériels ¹³³. En outre, depuis 2000, le Conseil d'État admet que le droit à réparation de préjudices résultant des souffrances physiques, de la douleur morale et des conditions d'existence subis par la victime décédée puisse être exercé par les héritiers de la victime alors que celle-ci n'avait introduit aucune action en réparation avant son décès ¹³⁴.

On doit naturellement distinguer ces préjudices transmis de ceux subis directement par les conjoints survivants et les enfants des victimes et qui consistent par exemple en des troubles exceptionnels dans les conditions d'existence ou dans la douleur morale d'avoir perdu un proche. La présente affaire est précisément illustrative de cette distinction dans la mesure où la requérante invoquait deux chefs de préjudices distincts. En premier lieu, elle demandait réparation, à hauteur de 200 000 € pour le préjudice subi par son père dont elle est l'ayant-droit pour moitié, à raison des mesures de privation de liberté dont il a été victime, des souffrances provoquées par les conditions de transport au cours de la déportation et de sa mort dans le camp d'Auschwitz. En second lieu, elle demandait réparation, à hauteur de 80 000 €, des préjudices dont elle a été elle-même victime à raison des souffrances morales et psychiques endurées durant et depuis l'Occupation, notamment à la suite du décès de son père.

La question du lien de causalité entre les fautes commises par l'État et les préjudices subis par les victimes ne saurait faire ici débat : comme y invite M. Lenica, sans doute par respect pour les victimes, « nous nous refusons même, à dire vrai, à ouvrir toute forme de discussion sur l'existence d'un lien direct entre la faute que vous reconnaîtriez et le dommage subi par les victimes : la réponse nous semble en effet placée sous le sceau de l'évidence » ¹³⁵. Tel n'est pas le cas de la reconnaissance du préjudice collectif.

Le préjudice collectif

Parallèlement à l'application des règles traditionnelles de la réparation, le Conseil d'État relève de façon très originale un « préjudice collectivement subi » en raison des « souffrances exceptionnelles endurées par les personnes victimes des persécutions antisémites ». La reconnaissance d'un tel préjudice collectif peut sans doute étonner en ce qu'il paraît contrarier la règle exigeant le caractère personnel du préjudice pour ouvrir droit à réparation ¹³⁶. Il est cependant admis depuis longtemps que ce caractère ne s'oppose pas, par exemple, à ce que les associations et les syndicats puissent demander réparation de préjudices qui résultent de l'atteinte à l'intérêt collectif qu'ils ont pour mission de défendre ¹³⁷ : l'association ou le groupement défendent, à titre personnel, ces intérêts collectifs. En outre, comme l'a bien

montré le président Odent, le droit à indemnité appartient à la victime du dommage et c'est à ce seul titre qu'il est personnel  (38) : il n'empêche pas que la nature même du préjudice soit collective.

Cependant, trois problèmes doivent être encore résolus.

D'abord, celui de l'identification de la nature du préjudice collectif. Ce dernier est assurément un préjudice moral mais il n'entre pas facilement dans les deux catégories traditionnelles qui la composent : atteintes à la réputation ou à l'honneur et douleur morale. Il nous paraît alors utile de s'appuyer sur les travaux de M. Séners qui identifie une troisième catégorie de préjudice moral réparable : celle de l'atteinte aux droits fondamentaux  (39). Les illustrations jurisprudentielles de cette hypothèse sont rares bien que connues  (40). L'auteur y range toutefois aussi une décision d'une grande importance pour la présente affaire : la décision du tribunal administratif de Paris reconnaissant un préjudice moral à une association de déportés du fait des actes de collaboration des représentants du régime de Vichy  (41). Le préjudice collectif paraît ainsi résulter d'une atteinte aux droits fondamentaux, laquelle a précédemment été reconnue comme illégale et donc fautive. L'atteinte aux droits fondamentaux se trouve donc placée au coeur de la présente affaire : elle est source de l'illégalité fautive mais constitue également le préjudice lui-même. De la sorte, la faute commise devient en quelque sorte la mesure du préjudice subi.

Ensuite, se pose le problème de l'identification des victimes de ce préjudice collectif. S'agit-il des victimes des persécutions antisémites ? Dans ce cas, on ne peut s'étonner de voir ce préjudice collectif découler immédiatement et automatiquement des préjudices individuels subis par les victimes. S'agit-il, plus largement de toute la communauté juive de France en raison du caractère principalement mémoriel du préjudice concerné ? Le mutisme du Conseil d'État sur cette question s'explique peut-être par la crainte de distinguer, au sein du peuple français, une fraction de la population, ce que lui interdit la Constitution  (42). Peut-être, le « préjudice collectif » reconnu par l'avis est-il le reflet, et même plus encore la conséquence, dans le chef des personnes déportées à la suite de persécutions antisémites ou de leurs ayants droits, de la « faute collective » commise par l'État et reconnue par M. Chirac en 1995. Il est aussi la preuve que, même s'il entend conserver dans cette affaire les cadres d'analyse traditionnels de la responsabilité, le Conseil d'État prend acte que « le contentieux de l'holocauste est parfaitement irréductible au droit commun »  (43). C'est pourquoi ses raisonnements ne peuvent être que « largement inédits dans leur objet, leur portée et leurs effets »  (44).

Enfin, reste la question de l'identification des patrimoines susceptibles de réparer le préjudice. Seuls les préjudices causés par l'État sont ici réparés. L'avis ne se prononce en effet pas sur la question posée par M^{me} Hoffman au tribunal administratif de Paris mais écartée par celui-ci dans la demande d'avis transmise au Conseil d'État quant à la condamnation solidaire de l'État et de la SNCF. Le juge administratif a en effet déjà jugé que la juridiction administrative était incompétente pour connaître des conclusions mettant en cause la responsabilité de la SNCF pour les conditions du transfert forcé d'une famille juive pendant l'occupation car elle était alors une personne privée n'exerçant pas de prérogative de puissance publique  (45). C'est au juge judiciaire que reviendra donc le soin de trancher cette délicate question  (46). Le règlement de la réparation par le seul État, personne morale de droit public, n'en est pas pour autant plus simple, quoique plus approximatif.

Le règlement approximatif de la réparation par l'État

On sait qu'« en matière d'évaluation du préjudice, tout est affaire d'espèce et d'appréciation du juge »  (47). *A fortiori*, dans un domaine aussi compliqué et sensible que celui de la présente affaire, on peut comprendre que le règlement de la réparation par l'État des préjudices qu'il a causés du fait de la déportation ne pouvait pas échapper à une certaine approximation et ce à un double titre : d'abord, sur le terrain des formes forfaitaires et symboliques retenues, ensuite quant à la question de l'éventuelle prescription qui se trouve éludée dans l'avis. En d'autres termes, l'approximation réside tant dans le montant que dans le moment de la réparation.

L'approximation dans le montant de la réparation

Compte tenu, selon les termes mêmes du commissaire du gouvernement, du caractère « incommensurable » du préjudice, la réparation choisie ne pouvait faire appel qu'à des formes s'éloignant de l'orthodoxie de la règle de la réparation intégrale du préjudice. D'ailleurs, conscient de la relativité du travail d'évaluation du préjudice qu'il opère, le Conseil d'État ne recourt pas ici à ses formulations traditionnelles selon lesquelles « il sera fait une juste appréciation du préjudice » mais se borne à affirmer que le préjudice a été réparé « autant qu'il a été possible ». Il s'ensuit que, en l'espèce, le préjudice individuel fait l'objet d'une réparation forfaitaire cependant que le préjudice collectif donne lieu à une réparation symbolique.

La réparation forfaitaire

Le Conseil d'État considère que le préjudice individuel doit être réparé de façon forfaitaire. Cela ne doit pas étonner dès lors que l'on suppose que le préjudice subi est ici d'ordre prioritairement moral et que, quelle que soit la nature de ce dernier, l'indemnité allouée en cette matière présente nécessairement un caractère forfaitaire : il ne peut en être autrement dans la mesure où aucune évaluation précise n'est envisageable. Au surplus, on peut imaginer combien il serait délicat de faire la preuve dans chaque espèce du préjudice subi, sans même envisager les inévitables variations dans les montants alloués d'un tribunal à l'autre, qui ne pourraient, à juste titre, être vécues que très douloureusement par les requérants.

Le caractère forfaitaire de la réparation des préjudices résulte selon l'avis d'un « ensemble de mesures » prises depuis la guerre : pensions, indemnités, aides, dotations, mesures de réparation. L'avis *Hoffman-Glemane* dresse d'ailleurs, pour la première fois, une liste exhaustive de tous ces dispositifs. À la lecture de ceux-ci, on peut formuler plusieurs observations. D'abord, ils ont été mis en place très progressivement dans un souci d'ouverture de plus en plus marqué au fil des années à l'égard des ressortissants étrangers qui ne font l'objet d'un traitement identique aux nationaux que depuis une dizaine d'années (48) ainsi qu'à l'égard des orphelins de déportés qui ont attendu l'an 2000 pour percevoir une mesure d'aide (49). Ensuite, ces dispositifs sont nombreux : le commissaire du gouvernement a dénombré 42 dispositions législatives et réglementaires et 28 modifications depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale (50). Enfin, ils sont marqués par une grande hétérogénéité. Sont ainsi visés dans l'avis des textes de droit interne comme l'ordonnance du 11 mai 1945 réglant la situation des prisonniers de guerre, la loi du 9 septembre 1948 accordant un pécule aux personnes internées ou déportées pour des motifs autres qu'une infraction de droit commun ou encore le décret du 10 septembre 1999 instituant la commission pour l'indemnisation des victimes des spoliations (CIVS) intervenues du fait de législations antisémites en vigueur sous l'Occupation. Sont également visés des textes de droit international comme l'accord franco-allemand du 15 juillet 1960 relatif à l'indemnisation des ressortissants français ayant été l'objet de mesures de persécutions national-socialistes (51) ou encore l'accord franco-américain de Washington conclu le 18 janvier 2001 (52), dans les derniers jours de la présidence de M. Clinton, relatif à l'indemnisation de certaines spoliations bancaires intervenues pendant la Seconde Guerre mondiale. À dire vrai, le Conseil d'État avait déjà inventorié, par le travail du commissaire du gouvernement Austry dans ses conclusions sur l'arrêt *Pelletier* de 2001 (53), un certain nombre de ces dispositifs. Cependant, la liste est désormais complète et de cette complétude, il ressort selon le Conseil d'État que la réparation a été suffisante.

Cependant, en admettant le principe de la réparation forfaitaire, est-il possible de faire ainsi masse de dispositifs aussi épars, ressortissant certains à la réparation, d'autres à l'indemnisation, d'autres encore à des mesures d'aide ? N'y a-t-il pas, par exemple, quelque artifice à faire voisiner l'ordonnance du 20 avril 1945 relative à la tutelle des enfants de déportés et la dotation versée par l'État en 2000 à la Fondation pour la mémoire de la Shoah (54) ? En ce qui concerne cette dernière dotation, on ne peut manquer de s'interroger quant à sa nature juridique : s'il s'agit d'un don, on ne voit pas en quoi il constitue une mesure de réparation, s'il s'agit d'une reconnaissance de responsabilité, pourquoi ne l'avoir pas expressément indiqué ? Il semble s'agir, pour le Conseil d'État, d'une sorte de dispositif « balai » permettant de justifier la fiction selon laquelle tous les préjudices sont pris en compte, y compris pour l'avenir.

Plus encore, peut-on considérer que des mesures d'aide constituent des mesures de réparation ? La simple mention, qui a d'ailleurs demandé un supplément d'instruction - portant à dix mois le délai de réponse du Conseil d'État au tribunal administratif de Paris - que les mesures adoptées par la France sont comparables à celles adoptées par les autres États européens n'est peut-être pas propre à justifier la suffisance d'une réparation. Sans doute le Conseil d'État aurait-il gagné à mieux distinguer dans son avis les dispositifs selon qu'ils relèvent de régimes fondés sur la responsabilité ou sur l'aide. La question n'est d'ailleurs pas inédite et avait précisément été renouvelée par l'arrêt *Pelletier* de 2001, qui avait jugé qu'aucune disposition législative n'interdisait au pouvoir réglementaire de prévoir une mesure d'aide aux orphelins dont les parents avaient été victimes de persécutions antisémites. Un an avant l'arrêt *Papon*, le Conseil d'État continuait ainsi de conclure à l'irresponsabilité de l'État en cette affaire dans un arrêt qui apparaît rétrospectivement comme une occasion manquée (55).

À la lecture de l'avis selon lequel ces mesures, « prises dans leur ensemble, et bien qu'elles aient procédé d'une démarche très graduelle et reposé sur de bases largement forfaitaires », ont permis de réparer les préjudices en question, on peut légitimement se demander en quoi l'addition de mesures disparates suffit à construire un régime propre de réparation des préjudices individuels subis du fait de la déportation. De la même façon qu'« il paraît hasardeux de déduire, *a posteriori*, du rapprochement de ces différents textes le principe selon lequel le gouvernement provisoire puis le législateur auraient entendu formellement exclure toute indemnisation selon les règles du droit commun des autres catégories de dommages causés par l'application des actes du régime de Vichy déclarés nuls à la Libération » (56), le présent avis regroupe des dispositifs qui n'ont en commun que d'avoir concerné à des titres et des degrés très divers les victimes de persécutions et spoliations antisémites. Dans ce cas, ne devrait-on pas ajouter par exemple dans l'avis lui-même l'ordonnance du 12 novembre 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle, dont le Conseil d'État vient de rappeler l'existence dans un arrêt relatif aux conditions de restitution de toiles récupérées après la Seconde Guerre mondiale (57) et dont on sait que certaines ont appartenu à des Juifs ?

Le Conseil d'État considère en l'espèce que les mesures de réparation des préjudices individuels sont suffisantes. Cette appréciation peut être contestée pour plusieurs raisons.

En premier lieu, il peut paraître difficile pour les victimes de s'entendre dire que la réparation des préjudices, implicitement admise dans l'arrêt *Papon*, se trouve écartée dans l'avis *Hoffman* au motif que les mesures graduelles et forfaitaires ont atteint tant sur le plan quantitatif que qualitatif un niveau acceptable d'indemnisation. Sans doute certains requérants pourront-ils être légitimement déçus par les suites financières ainsi réservées à leurs requêtes, peinant à comprendre ce que vaut la reconnaissance d'une responsabilité sans qu'elle soit suivie d'effet en termes de réparation. L'avis du Conseil d'État pourrait en effet laisser penser que l'État considère qu'il en a assez fait en termes de réparation. Conscient de cette éventuelle lecture erronée, le Conseil d'État prend bien soin de préciser que la réparation n'a été réglée qu'« autant qu'il a été possible », rappelant bien le caractère forfaitaire et nécessairement relatif de la réparation.

En deuxième lieu, les systèmes mis en place n'ont pas pu permettre d'indemniser tous les préjudices. Il n'y a ainsi pas de réparation prévue pour la perte d'un frère, d'une soeur ou de grands-parents. On peut, dans ces conditions, s'étonner que l'avis indique avec une telle assurance que ces mesures ont permis de réparer le préjudice « dans le respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ». Sans doute le nombre de dispositifs en présence peut laisser penser que le droit au recours effectif prévu par l'article 13 de la Convention européenne se trouve garanti. Toutefois, il reste que le champ d'application des dispositifs inventoriés dans l'avis ne permet pas de prendre en compte certaines situations préjudiciables. Si elle a intenté son action, c'est probablement que M^{me} Hoffmann-Glemane considérait que son préjudice n'avait pas été réparé par les dispositifs existants.

En troisième lieu, il peut paraître étonnant que l'avis admette comme une modalité de

réparation ce qu'il considérait antérieurement avec force comme ne se rattachant nullement à une question de responsabilité. Ainsi, dans l'arrêt *Pelletier*, il jugeait que le décret de 2000 « ne [modifiait] pas les conditions dans lesquelles les personnes qui s'y croient fondées [pouvaient] engager des actions en responsabilité contre l'État ». L'avis *Hoffman-Glemane* laisse au contraire penser que ce dispositif a constitué un élément de réparation des préjudices. Dans le même ordre d'idées, il est singulier de noter que l'un des premiers dispositifs cités dans l'avis est la loi du 20 mai 1946 portant remise en vigueur, modification et extension de la loi du 24 juin 1919 sur les réparations à accorder aux victimes civiles de la guerre, alors même que cette réparation forfaitaire en excluait apparemment toute autre et surtout qu'elle excluait expressément toute combinaison avec un régime de responsabilité pour faute, pourtant admis ici (58). Autrement dit, le Conseil d'État paraît additionner ici des dispositifs qui, en principe, s'excluent.

En quatrième et dernier lieu, l'existence de dispositifs forfaitaires de réparation ne nous paraît pas interdire aux victimes d'obtenir des compléments d'indemnisation de leur préjudice. On sait en particulier que le Conseil d'État a jugé que la règle du forfait de pension ne faisait pas obstacle à la réparation intégrale des préjudices subis par un agent à la suite d'un accident de service (59). À moins que le juge ne fasse ici qu'appliquer sa jurisprudence traditionnelle relative à la réparation intégrale du préjudice : il faut réparer tout le préjudice mais rien que le préjudice. En particulier, il est interdit de condamner l'administration à payer une somme qu'elle ne doit pas, ce qui est constitutif d'un moyen d'ordre public (60). Les préjudices ayant déjà été réparés, ils ne sont donc plus réparables. Par conséquent, l'avis n'ouvre aucune autre voie d'indemnisation en plus de celles prévues par les textes. Le Conseil d'État ne répond qu'indirectement à cette question en relevant dans le présent avis que la réparation des souffrances de victimes des persécutions antisémites ne peut se borner à des mesures d'ordre financier.

La réparation symbolique

Mesurer et réparer symboliquement le préjudice collectif ne va pas sans certaines difficultés, que ne dissimule d'ailleurs pas le commissaire du gouvernement. Au sujet du préjudice, il note que « son irréductible singularité rend illusoire, selon nous, son évaluation en argent : sa dimension incommensurable abolit le principe de la réparation par équivalence, dissipe l'idée qu'un tel préjudice puisse être annihilé ou simplement éteint par la voie indemnitaire (...). Un tel préjudice ne s'indemnise pas. Il doit se réparer, selon nous, par acte, geste ou parole symbolique des autorités de l'État » (61). On ne peut manquer de relever ce qui peut apparaître comme une singularité résultant de l'avis : en quelque sorte, le préjudice collectif subi du fait des persécutions antisémites s'est trouvé réparé par des dispositifs successifs alors même qu'on n'avait pas eu connaissance de l'existence de ce préjudice. Le préjudice - dont on n'avait nulle conscience précise - se dévoile en même temps qu'on affirme qu'il a déjà été réparé. Une telle reconstitution s'appuie au surplus sur une forme de réparation originale.

En effet, c'est la reconnaissance de la responsabilité de l'État qui constitue une forme de la réparation. Plus précisément, la condamnation de l'administration consiste principalement dans la reconnaissance de la faute de l'État (62) : davantage que la réparation du préjudice, c'est une désapprobation de la conduite de l'administration qui est mise en évidence. Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil d'État s'appuie sur trois grandes étapes de la reconnaissance de la responsabilité de l'État en matière de déportation : une loi du 26 décembre 1964 constatant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, le discours du président de la République française du 16 juillet 1995 à l'occasion de la commémoration de la rafle du Vel d'Hiv des 16 et 17 juillet 1942 et le décret du 26 juillet 2000 reconnaissant d'utilité publique la Fondation pour la mémoire de la Shoah. Ces trois prises de position - auxquelles il nous semble possible d'ajouter l'arrêt *Papon* et le présent avis *Hoffman-Glemane* que le Conseil d'État a sans doute délibérément choisi de ne pas mentionner pour ne pas paraître se placer sur le même terrain que le législateur ou le pouvoir réglementaire - illustrent que la réparation d'un préjudice peut s'effectuer au moyen de la seule reconnaissance solennelle d'une responsabilité. Ce type de réparation symbolique, qui revêt le caractère d'une censure doctrinale de l'attitude administrative, présente nécessairement un caractère approximatif.

Toutefois, au soutien de sa démarche, le juge administratif peut s'appuyer sur des analyses tirées tant du droit interne que du droit international. En droit interne, Ripert avait fait observer dans son ouvrage relatif à La règle morale dans les obligations civiles au sujet des réparations symboliques que, « par la forme de sa demande, la victime déclare elle-même que le préjudice causé ne peut être réparé par le versement d'une indemnité. Elle réclame une satisfaction morale. Cette satisfaction est la peine infligée au défendeur par la condamnation qui est prononcée » (63). Une telle condamnation symbolique se charge d'une signification qui suffit à effacer le préjudice car elle reconnaît qui a raison et qui a tort : elle met en évidence la faute de l'administration. Il n'est ainsi pas rare que le juge administratif condamne symboliquement l'administration pour mieux réprimer sa faute (64). Dans ses conclusions sur la célèbre affaire *Carlier* relative à la décision du directeur général des beaux-arts interdisant au requérant l'accès d'un architecte à des parties de la cathédrale où n'était pourtant célébré aucun office du culte, le commissaire du gouvernement Gazier admettait que « seule une réparation symbolique peut d'une façon adéquate réparer les torts de l'administration » (65). Les annotateurs de l'arrêt *Carlier* ont confirmé ses vues. Selon Marcel Waline, le Conseil d'État « a voulu que l'administration coupable reçoive une leçon dont on se souviendrait dans le service en cause » (66). Quant à Roland Drago, il a apparenté cette condamnation à la conception civiliste qui veut que l'indemnité soit proportionnée à la faute « autant et souvent plus que le préjudice », se demandant si la sanction prononcée n'avait pas davantage un « caractère indemnitaire qu'un caractère exemplaire » (67). De même, dans une affaire précitée proche de celle du présent avis, le tribunal administratif de Paris a par exemple condamné l'État à verser 1 € de dommages et intérêts à une association de déportés en raison du préjudice créé par une faute de service telle qu'identifiée dans l'arrêt *Papon* (68).

Le droit international public n'ignore pas non plus de telles modalités de réparation. Le commissaire du gouvernement en cite une qu'il présente comme « inédite » mais qui nous semble en réalité plus ancienne. Il s'appuie notamment sur les travaux de la Commission du droit international de l'Organisation des Nations unies (ONU) (69), qui a proposé une réparation sous forme de « satisfaction » pouvant consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée. À la vérité, on peut en trouver trace dans des arrêts de la Cour internationale de justice plus anciens que les travaux cités. La satisfaction constitue même le mode de réparation normal lorsqu'il n'y a pas eu de dommage matériel et qu'il y a atteinte aux seuls intérêts moraux ou politiques de l'État ou de l'institution internationale (70). Cette satisfaction peut par exemple prendre la forme d'une reconnaissance par le juge de la violation d'un droit par un État à l'encontre d'un autre, la constatation de la violation de la souveraineté d'un État sur un autre, « constituant en elle-même une satisfaction appropriée » (71). C'est qu'ici la censure morale supplante l'indemnité financière.

L'approximation dans le moment de la réparation

Selon le Conseil d'État, tous les préjudices susmentionnés ont été déjà réparés. Plus exactement et même si le raisonnement juridique peut sembler abstrait au regard des considérations humaines en cause dans le présent avis, le Conseil d'État considère que les actions judiciaires menées ne peuvent plus connaître le succès car le préjudice a été réparé autant qu'il pouvait l'être. Si le Conseil d'État est en droit de traiter la question de la prescription par prétérition, il ne nous semble pas pour autant illégitime de chercher à construire une argumentation sur cette question.

Le traitement par prétérition de la question de la prescription

Le Conseil d'État se borne à conclure son avis par l'indication que ce dernier « rend sans objet les questions relatives à la prescription posées par le tribunal administratif de Paris ». Puisque les préjudices se trouvent indemnisés, il est clair que les victimes n'ont plus de créances sur l'État et que leur éventuelle action en responsabilité contre ce dernier se trouve éteinte. En adoptant un tel raisonnement, le Conseil d'État résout par prétérition la question de la prescription de l'action en réparation qui était pourtant au cœur de la demande du tribunal administratif de Paris.

Juridiquement, le Conseil d'État n'a sans doute pas tort de redresser l'erreur du Tribunal

administratif de Paris, qui faisait découler de la réponse à la question du caractère prescriptible de l'action en réparation toute une série de questions subséquentes alors même que celles-ci pouvaient et peut-être même devaient être résolues prioritairement et indépendamment. En ce sens, l'inversion de l'ordre des questions ne nous paraît pas contestable en lui-même. Sans doute alors, n'étant plus tenu de répondre à la question de la prescription, le Conseil d'État était-il aussi en droit de considérer cette question sans objet. On peut néanmoins regretter que se trouve conséquemment éludée dans le présent avis la question de la prescription de l'action en réparation, et ce pour plusieurs raisons.

En premier lieu, parce que plusieurs dispositifs d'indemnisation peuvent être encore actionnés par les requérants. La rédaction de l'avis ne fait pas clairement apparaître que, si le Conseil d'État considère que l'existence de l'ensemble des dispositifs susmentionnés a assuré une réparation suffisante des préjudices subis, cela ne revient pas à dire que l'exercice de certaines des actions existantes n'est plus possible ; pour dire les choses en peu de mots, certains « guichets » restent encore ouverts. Il demeure ainsi des possibilités d'indemnisation dans la mesure où certains textes n'ont pas institué de délai de forclusion. Tel est par exemple le cas des demandes instruites par la commission d'indemnisation des victimes de spoliations. Chargée d'examiner les demandes individuelles présentées par les victimes directes ou leurs ayants-causes pour la réparation des préjudices consécutifs aux spoliations matérielles, bancaires et d'oeuvres d'art prises tant par l'occupant nazi que par le régime de Vichy, cette commission élabore et propose des mesures de réparation, de restitution ou d'indemnisation, généralement suivies par le gouvernement. Selon son dernier rapport annuel, la Commission a recommandé depuis son existence jusqu'au 31 décembre 2008 des indemnisations à hauteur d'un montant total de près de 410 millions d'euros. Or cette commission, dont la nature juridique demeure imprécise, « n'est pas tenue au respect des strictes règles de droit, qui conduiraient pratiquement au rejet de toute demande du fait de l'expiration des délais de recours » (72). Il en va de même du décret du 13 juillet 2000 instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites, complétée par le décret du 27 juillet 2004 instituant une rente destinée aux orphelins, enfants de la barbarie nazie. Sans doute faut-il rappeler que la prescription n'est pas en cause ici dans la mesure où il semble ne pas s'agir d'un régime classique de responsabilité mais plutôt d'indemnisation ou d'aide.

En deuxième lieu, le silence de l'avis contentieux sur la question de la prescription nous paraît contraster avec d'autres décisions où cette question était envisagée. Ainsi diffère-t-il par exemple de l'arrêt *Papon* relatif à l'action récursoire introduite par Maurice Papon, fonctionnaire de l'État : de façon classique, la créance se prescrivait sous quatre ans, délai qui n'était pas atteint en 2002 puisque le fait générateur de la créance doit consister dans la décision de condamnation passée en force de chose jugée (73), soit en l'espèce dans la décision de la cour d'assises de Bordeaux du 2 avril 1998. Ne répondant pas ici à la question de la prescription, le Conseil d'État laisse cette dernière entière aux tribunaux judiciaires, qui auront par exemple à examiner la question de la responsabilité de la SNCF dans les transports forcés de personnes d'origine juive sous l'occupation. La solution sera attendue car, jusqu'à présent, une telle affaire n'est pas parvenue jusqu'à la Cour de cassation. Il est vrai que, si le juge judiciaire s'est estimé compétent, il a pour l'heure déclaré l'action entreprise éteinte par la prescription trentenaire en refusant d'appliquer à une demande civile l'imprescriptibilité pénale des crimes contre l'humanité (74).

En troisième et dernier lieu, il aurait été intéressant de confronter l'opinion de l'Assemblée du Conseil d'État à celle du rapporteur public qui, incertain d'être suivi, n'avait pas esquivé ce beau débat de la prescription, lui consacrant même de très substantiels développements dans la dernière partie de ses conclusions. Qu'il soit permis ici de comprendre ces dernières - que nous partageons en partie - comme une invitation à prolonger la réflexion sur la prescription dans cette affaire et à traiter cette question par construction.

Le traitement par construction de la question de la prescription

Dès lors que l'on accepte d'envisager la prescription des actes et agissements antisémites commis par l'État sous l'Occupation, deux questions doivent être successivement résolues : en premier lieu, les faits concernés sont-ils prescriptibles ? Si oui, en second lieu, sont-ils

prescrits ?

La première question suppose d'envisager la combinaison de la loi du 26 décembre 1964 par laquelle la France a rétroactivement affirmé l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et la loi du 31 décembre 1968 qui impose à la victime de présenter sa demande de réparation dans les quatre années qui suivent le dommage. La règle d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité ne valant qu'en matière pénale et l'État n'étant pas susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée, on ne voit pas comment il pourrait être ici fait échec à la règle de la prescription quadriennale, qui vaut sauf disposition expresse contraire ⁽⁷⁵⁾ : les faits sont donc prescriptibles. D'autant que, comme le soulignait le commissaire du gouvernement, « appliquée à l'État dont la vocation est permanente, l'imprescriptibilité, c'est l'éternité ». En droit pénal, l'imprescriptibilité s'interrompt avec la mort du criminel, en droit public, la continuité de l'État la prolonge indéfiniment.

Cette conclusion commande la seconde question - celle de savoir si les faits sont prescrits - mais elle ne préjuge pas de sa réponse. Les faits remontant aux années de la Seconde Guerre mondiale, on est bien sûr tenté de conclure à la prescription quadriennale de ceux-ci dès la fin des années 1940. Ce serait oublier cependant que le déclenchement de la prescription dépend du fait générateur du dommage et de la connaissance qu'a le demandeur des conséquences qu'il produit. En d'autres termes, la prescription ne commence à courir qu'à la date où le requérant est en mesure de connaître l'origine du dommage ou l'existence d'une créance en sa faveur. Elle ne peut en revanche pas courir « contre celui qui peut être légitimement regardé comme ignorant l'existence de sa créance » ⁽⁷⁶⁾. Cependant, la question ne se trouve pas résolue mais seulement déplacée : à quel moment le délai commence-t-il à courir ? En aucun cas au moment des faits car, en vertu de l'ordonnance du 9 août 1944, tous les actes pris par le gouvernement de Vichy postérieurement au 16 juin 1940 sont nuls et de nul effet dès lors que cette nullité a été expressément constatée ⁽⁷⁷⁾. Tel est précisément le cas de la législation d'exception discriminant les Juifs. De cette annulation rétroactive, il résultait l'impossibilité de demander réparation ⁽⁷⁸⁾.

Pour contourner la forclusion, M. Lenica avait envisagé plusieurs solutions. Il n'était naturellement pas possible d'instituer un régime dans lequel le juge aurait pu décider, en fonction des circonstances de l'espèce, de prononcer ou d'écarter la prescription, sous peine de créer une rupture d'égalité. Aussi a-t-il envisagé de créer un délai de prescription spécifique en allongeant ce dernier jusqu'au délai trentenaire regardé comme un principe général du droit depuis 2005 par le Conseil d'État, qui l'a déduit des « principes dont s'inspire l'article 2262 du code civil » ⁽⁷⁹⁾. Toutefois, la réforme récente introduite par la loi du 17 juin 2008 ⁽⁸⁰⁾, ignorant d'ailleurs complètement l'arrêt du Conseil d'État, a rendu sans objet une telle éventualité ⁽⁸¹⁾ dans la mesure où elle a supprimé les délais butoir.

Une dernière solution pouvait être envisagée. En considérant que seul l'écoulement du temps a permis d'établir précisément l'identité du débiteur, l'État ayant été pendant très longtemps reconnu comme non responsable, M. Lenica estimait que c'est la publication du présent avis au Journal officiel - possibilité mais non obligation ouverte par l'article R. 113-4 du code de justice administrative - qui pouvait constituer le point de départ du délai de prescription de la créance des victimes, ce dernier s'achevant au 1^{er} janvier 2014 : « nous en tirons la conséquence que, pour ce type de créance si singulière, dont les éléments constitutifs sont si partiellement solidaires, l'année de rattachement pour l'application du régime de prescription doit, par exception aux principes traditionnels, être non pas l'année du fait générateur, mais l'année au cours de laquelle l'identité du débiteur se trouve être révélée » ⁽⁸²⁾. Il est exact que les travaux des historiens n'ont mis au jour que progressivement la responsabilité de l'État. Cette proposition n'est toutefois pas sans faire débat car elle paraît revenir sur une jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle le point de départ de la prescription quadriennale peut être la date à laquelle la victime est susceptible de disposer d'indications suffisantes selon lesquelles le dommage pourrait être imputable à l'administration ⁽⁸³⁾. Or on peut légitimement penser que, depuis l'arrêt *Papon*, les victimes disposaient de ces indications suffisantes. Si cet arrêt était certes relatif, comme on l'a dit, à une action récursoire, l'argument ne saurait suffire car sa motivation paraît dépasser de loin l'action introduite par le secrétaire général de la préfecture de Gironde à l'encontre de son

administration de tutelle : les dispositions de l'ordonnance du 9 août 1944 « ont, en sanctionnant par la nullité l'illégalité manifeste des actes établissant ou appliquant cette discrimination, nécessairement admis que les agissements auxquels ces actes ont donné lieu pouvaient revêtir un caractère fautif » (84). Le délai serait alors déjà écoulé et l'on pourrait considérer l'action comme non seulement prescriptible mais également, en l'espèce, comme prescrite. En sens inverse, on peut naturellement faire valoir que la publicité de l'arrêt *Papon* dans le seul Recueil Lebon et non au Journal officiel n'a pas été suffisante.

En toute hypothèse, sur la question de la prescription, le Conseil d'État n'a pas suivi le raisonnement de son rapporteur public. En préférant déclarer tous les préjudices établis comme ayant été suffisamment réparés, il a construit - implicitement - une prescription de fait des actes et des agissements antisémites. L'impression qui en résulte peut alors paraître contrastée : l'avis apparaît comme excessivement protecteur des deniers publics alors qu'il se fait dans le même temps défenseur et relais de la mémoire collective.

Sans préjuger de la décision que rendra le tribunal administratif de Paris - et bien d'autres juridictions saisies de requêtes analogues - au vu de l'avis contentieux du Conseil d'État qui juridiquement ne le lie pas, on peut raisonnablement penser que la porte grande ouverte par l'arrêt *Papon* semble avoir été refermée par l'avis *Hoffman-Gleman*.

Mots clés :

RESPONSABILITE * Responsabilité pour faute * Occupation * Déportation * Crime contre l'humanité * Imprescriptibilité

(1) V. l'avis et les conclusions de M. Lenica, RFDA 2009. 316 .

(2) V. la note de P. Roche, RFDA 2009. 536 .

(3) CE, ass., 16 févr. 2009, JO 10 mars 2009. 4440 ; AJDA 2009. 589, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2009. 481 ; Dr. adm. avr. 2009, n° 4. 47, note F. Melleray ; RFDA 2009. 316, concl. F. Lenica .

(4) CE, ass., 12 avr. 2002, *Papon*, Lebon 139, concl. S. Boissard ; RFDA 2002. 582, concl. S. Boissard ; AJDA 2002. 423, chron. M. Guyomar et P. Collin ; LPA 28 mai 2002, concl. S. Boissard, note E. Aubin ; D. 2003. 647, note J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; JCP 2002. II. 10161, note C. Moniolle ; Gaz. Pal. 28-30 juill. 2002. 27, note J. Petit ; RD publ. 2002. 1511, note M. Degoffe et p. 1531, note C.-M. Alvès ; RD publ. 2003. 470, note C. Guettier ; RFDC 2003. 513, comm. M. Verpeaux.

(5) CE, ass., 4 janv. 1952, *Epoux Giraud*, Lebon 14.

(6) CE, sect., 25 juill. 1952, *D^{lle} Remise*, Lebon 401. V. toutefois CE 22 févr. 1950, *Duez*, Lebon 118 relatif à un accident causé par un véhicule de la milice française : « quelque fût l'objet de ce groupement, il revêtait le caractère d'un service supplétif de police ; ainsi les fautes commises par ses membres dans l'accomplissement de ce service sont de nature à engager la responsabilité de l'État ».

(7) M. Waline, Un cas inexplicable d'irresponsabilité de l'État, l'arrêt *Epoux Giraud* du 4 janv. 1952, RD publ. 1952. 187.

(8) M. Rougevin-Baville, Irresponsabilité administrative, Rép. resp. puiss. publ., Dalloz, n° 75.

(9) Les juridictions étaient saisies de plus de 400 dossiers similaires.

(10) M. Guyomar et P. Collin, chron. sous CE, ass., 12 avr. 2002, *Papon* , AJDA 2002. 425.

(11) Ces conclusions ont été publiées dans le précédent numéro de la Revue.

(12) F. Lenica, concl. préc.

(13) J.-P. Delmas Saint-Hilaire, note sous CE, ass., 12 avr. 2002, *Papon* ; D. 2003. 648.

(14) R. Paxton, *La France de Vichy 1940-1944*, Seuil, 1973.

(15) Sur ce point, P. Fabre, *Le Conseil d'État et Vichy, le contentieux de l'antisémitisme*, Publications de la Sorbonne, 2001. 300.

(16) CE 12 nov. 1948, *Sieur Quin*, Lebon 427 : « un agissement dommageable, commis sous les ordres et l'autorité des forces d'occupation allemandes ne pouvait entraîner la responsabilité de l'État français ». V. aussi, CE 13 juill. 1951, *Epoux de Persan*, Lebon T. 822 ; CE 12 mai 1954, *Turin de Montmel*, Lebon T. 888 à propos de fautes commises par un maire pour l'exécution de mesures de réquisition ordonnées par les troupes allemandes.

(17) J. Célier, concl. sur CE, ass., 30 janv. 1948, *Tropower*, S. 1948. III. 46.

(18) Toutefois, le juge admet pour les faits de guerre par assimilation, c'est-à-dire ceux commis à l'occasion de la guerre mais autres que les faits de guerre au sens strict, que la victime bénéficie d'une option et puisse réclamer la réparation de ses dommages corporels ou matériels sur le fondement du droit commun de la faute de service. V. CE, ass., 30 janv. 1948, *Tropower*, Lebon 48 ; CE *Fanni*, Lebon. 51 ; S. 1948. III, 45, concl. contraires J. Célier. V. aussi CE, ass., 11 juill. 1947, *Salgues*, Lebon 315.

(19) S. Boissard, concl. sur CE, ass., 12 avr. 2002, *Papon* , RFDA 2002. 590.

(20) TA Paris 27 juin 2002, *Fédération nationale des déportés et internés*, Lebon 537 ; LPA 29 oct. 2002, note E. Aubin. Le jugement affirme qu' « en raison du principe de continuité de l'État, la nature de son régime institutionnel et de ses fluctuations au cours de l'histoire ne saurait interrompre sa permanence ou sa pérennité ; que l'État républicain instauré par la Constitution du 4 octobre 1958 doit assumer la totalité de l'héritage de ses prédécesseurs ».

(21) Il reconnaissait que « la folie criminelle de l'occupant a été secondée par des Français, par l'État français (...). La France, patrie des Lumières et des droits de l'homme, terre d'accueil et d'asile, la France, ce jour-là, accomplissait l'irréparable. Manquant à sa parole, elle livrait ses protégés à leurs bourreaux ».

(22) F. Lenica, concl. préc.

(23) T. confl. 27 juin 1966, *Guigon c/ Ministre des armées*, Lebon 830  ; D. 1968. III, 7, note J.-C. Douence.

(24) Sur cette question v. E. Dreyer, *Droits fondamentaux et dignité*, in D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006. 252.

(25) CE 26 janv. 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Lebon 78 .

(26) F. Lenica, concl. préc.

(27) T. confl. 14 janv. 1935, *Thépaz*, Lebon 224  ; S. 1935, III, 17, note R. Alibert.

(28) Crim. 3 juin 1988, *Barbie*, Bull. crim. n° 246. 637. Sur cette question, v. la contribution du professeur C. Lombois, *Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'Humanité*, *Mélanges André Vitu*, Ed. Cujas, 1989. 367.

(29) « Rejet du pourvoi formé par Barbie J..., se disant X...Klaus, contre un arrêt de la cour d'assises du département du Rhône ».

(30) Crim. 1^{er} juin 1995, *Touvier*, Bull. crim. n° 202. 547.

(31) C. Cormier, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2002.

(32) Le Conseil d'État fait ici implicitement référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel : Cons. const. n° 94-343-344 DC du 27 juill. 1994.

(33) CE, sect., 17 juill. 1950, *Mouret*, Lebon 447 : « le droit à réparation du préjudice subi par la victime est transmis aux héritiers de celle-ci ».

(34) CE, sect., 29 mars 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Consorts Jacquié*, Lebon 147 , concl. contraires D. Chauvaux ; RFDA 2000. 850, concl. D. Chauvaux  ; D. 2000. 563, note A. Bourrel  ; LPA 22 sept. 2000, note M. Fouletier. Il avait été longtemps fait une différence selon que la victime décédée avait ou non, de son vivant, engagé une action en réparation. Dans l'hypothèse positive, les héritiers pouvaient en réclamer le bénéfice ; dans l'hypothèse négative, les préjudices n'étaient pas réparés dans les droits des héritiers.

(35) F. Lenica, concl. préc.

(36) M. Paillet, *La responsabilité administrative*, Dalloz, 1996. 201 ; C. Cormier, préc., 190 s. De même, plus anciennement, R. Chapelard, *Le préjudice indemnisable dans la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, thèse Grenoble. 64.

(37) L. Boré, *L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative*, RFDA 1996. 544 . Une association ne peut pas obtenir réparation de l'atteinte à un intérêt général qui ne lui est pas personnel : CE 12 juill. 1969, *Ville de Saint-Quentin. Fédération départementale des associations de pêche et de pisciculture de la Somme*, Lebon 383 .

(38) R. Odent, *Contentieux administratif, Les Cours du droit*, 1980, fasc. IV. 1526.

(39) F. Séners, *Préjudice réparable*, Rép. resp. puiss. publ. Dalloz

(40) CE, ass., 18 nov. 1949, *Carlier*, Lebon 490 ; CE, sect., 4 nov. 1966, *Ministre de l'Intérieur c/ S^{té} Le Témoignage chrétien*, Lebon 584  ; CE, ass., 18 janv. 1980, *Syndicat CFDT des Postes et Télécommunications du Haut-Rhin*, Lebon 31 .

(41) TA Paris, 27 juin 2002, *Fédération nationale des déportés et internés*, Lebon 537.

(42) Cons. const. 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, 91-290 DC, Rec. Cons. const. 50.

(43) F. Lenica, concl. préc.

(44) *Ibid.*

(45) CE 21 déc. 2007, *Lipietz*, Lebon 540 . La juridiction administrative n'est compétente que « si le dommage se rattache à l'exercice par cette personne morale de droit privé de prérogatives de puissances publique qui lui ont été confiées pour l'exécution de la mission de service public dont elle a été investie ».

(46) Dans son arrêt du 8 juin 2004, *Schaechter* (req. n° 2003-12743) qui n'avait pas fait l'objet d'un recours en cassation, la cour d'appel de Paris avait jugé que les faits étaient prescrits.

(47) B. Stirn et D. Chauvaux, *Évaluation du préjudice*, Rép. resp. puiss. publ., Dalloz, n° 1.

(48) Art. 112 de la loi n° 99-1172 du 30 déc. 1999 portant loi de finances pour 2000 (article L. 293 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre).

(49) Décr. du 13 juill. 2000.

(50) S.-J. Liéber et D. Botteghi, chron. AJDA 2009. 592.

(51) Pris en application de cet accord international, le décret du 29 août 1961 portant répartition de l'indemnisation prévue par ledit accord est légalement intervenu : CE, sect., 13 mars 1964, *Sieur Vassile*, Lebon 179.

(52) Décret du 21 mars 2001 portant publication de l'accord signé entre les gouvernements français et américain.

(53) CE, ass., 6 avr. 2001, *Pelletier et autres*, Lebon 173  ; AJDA 2001. 444, chon. M. Guyomar et P. Collin  ; RFDA 2001. 712, concl. S. Austray .

(54) Cette dotation, abondée par les banques, a permis à la Fondation de disposer à sa création d'un budget de 393 millions d'euros.

(55) D'ailleurs, dans les conclusions qu'il a prononcées dans l'affaire *Pelletier*, le commissaire du gouvernement plaidait en faveur de ce revirement : « l'auteur du décret a bien entendu posé le principe de l'indemnisation par l'État du préjudice causé aux orphelins de déportés en raison de la politique menée en France lors de l'occupation ».

(56) S. Boissard, concl. préc. 591.

(57) CE 27 mars 2009, *M. C.*, req. n° 283240 .

(58) J. Célier, concl. sur CE, ass., 30 janv. 1948, *Tropower* ; S. III. 46, préc.

(59) CE, ass., 4 juill. 2003, *Moya-Caville*, Lebon 323 , concl. D. Chauvaux ; AJDA 2003. 1598, chron. F. Donnat et D. Casas  ; RFDA 2003. 1001, note P. Bon .

(60) CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, Lebon 235, concl. M. Rougevin-Baville  ; AJDA 1971. 274, chron. D. Labetoulle et P. Cabannes ; RD publ. 1972. 234, note M. Waline.

(61) F. Lenica, concl. préc.

(62) Pour des développements sur ce point, v. B. Delaunay, *La faute de l'administration*, LGDJ 2007. 407 s.

(63) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 180.

(64) CE 18 nov. 1949, *Carlier*, Lebon 490. V. aussi F. Séners, concl. sur CE 29 déc. 2004, *M. C.*, AJDA 2005. 444 : « le requérant demandait au juge administratif d'indemniser [le préjudice moral] mais encore, et surtout, d'établir la faute commise par l'administration ».

(65) F. Gazier, concl. sur CE 18 nov. 1949, *Carlier*, RD publ. 1950. 181.

(66) M. Waline, note sous CE 18 nov. 1949, *Carlier*, RD publ. 1950. 178.

(67) R. Drago, note sous CE 18 nov. 1949, *Carlier*, S. 1950. III, 52.

(68) TA Paris 27 juin 2002, *Fédération nationale des déportés et internés*, préc.

(69) Commission du droit international de l'ONU, travaux de la 53^e session, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », article 37. Le rapporteur public cite également à l'appui de sa démonstration un arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de San José qui impose à l'État au titre des mesures tendant à réparer le préjudice résultant d'actes de détention arbitraire et de tortures, une obligation d'enquête,

d'identification et de jugement des coupables, ainsi que de publication au Journal officiel : CIADH 12 sept. 2005, *Gutierrez Soler c/ Colombie*, série C, n° 132, cité in *Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008. 242.

(70) En ce sens, v. D. Carreau, *Droit international*, Pedone, 5^e éd., 2007, n° 1160.

(71) CIJ, affaire du détroit de Corfou, Rec. CIJ 1949. 36.

(72) D. Ruzié, L'indemnisation des victimes des spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'occupation en France, *Mélanges Gérard Cohen-Jonhatan*, Bruylant, 2004. 1362.

(73) Selon une règle classique : CE, sect., 26 avr. 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, concl. J. Chardeau, Lebon 243.

(74) CA Paris 8 juin 2004, *Schaechter*, req. n° 2003-12747.

(75) CE 20 oct. 1943, *Sieur Panhard*, Lebon 227 ; CE, sect., 22 nov. 1963, *URSSAF du Loiret*, Lebon 575, concl. J. Chardeau.

(76) CE 18 févr. 1994, AJDA 1994. 220 📄.

(77) En ce sens, v. P. Chrestia, Brèves observations sur la prescription, AJDA 2006. 2292 📄.

(78) CE 14 juin 1946, *Ganascia*, Lebon 166.

(79) CE, ass., 8 juill. 2005, *Société Aluisse-Lonza-France*, Lebon 311, concl. M. Guyomar ; AJDA 2005. 1829, chron. C. Landais et F. Lenica 📄 ; JCP Adm. 2006. 1014, note D. Kokoroko ; JCP 2006. II. 10001, note F.-G. Trebulle ; LPA 2005, n° 190. 5, note F. Braud et A. Moustardier ; RFDA 2006. 375, note B. Plessix 📄.

(80) V. not. P. Malaurie, La réforme de la prescription civile, JCP 8 avr. 2009, n° 15. 15.

(81) J. Latournerie, La prescription administrative à l'épreuve de la réforme de la prescription en matière civile, RD publ. 2008, n° 6.

(82) F. Lenica, concl. préc.

(83) CE 26 oct. 1983, *Nicolas*, Lebon 426 📄 ; CE 6 déc. 2002, *Commune d'Albestroff*, Lebon T. 664 📄 ; CE 27 juin 2005, *Consorts Rougier*, Lebon T. 1091 📄. La jurisprudence a même forgé en la matière la notion « d'ignorance légitime » : CE 14 févr. 1973, *Commune de Pastricciola*, Lebon 132 📄.

(84) CE, ass., 12 avr. 2002, *Papon*, préc.