

RFDA 2002 p.582

Faute personnelle et faute de service : le partage des responsabilités entre l'Etat français et ses agents pour la déportation des Juifs sous l'Occupation**Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 12 avril 2002, M. Papon** 

Sophie Boissard, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Commissaire du gouvernement

1. Entre les mois de juin 1942 et août 1944, environ 1 500 personnes ont été arrêtées dans la région bordelaise, avant d'être conduites à Drancy, le plus souvent après un séjour au camp d'internement de Mérignac. Elles ont ensuite été déportées vers les camps d'extermination de l'Allemagne hitlérienne d'où elles ne sont, à de très rares exceptions près, jamais revenues.

Parmi elles, des femmes, des adolescents, des enfants en bas âge, des malades arrêtés sur leur lit d'hôpital, des vieillards. Si ces hommes, ces femmes et ces enfants ont ainsi été jetés dans des convois et livrés à la barbarie nazie, c'est pour la seule et unique raison qu'ils étaient juifs ou, plus exactement, considérés comme tels en application de la législation antisémite de l'occupant allemand et du Gouvernement de Vichy  (1).

Les événements qui se sont déroulés à Bordeaux sont loin d'être un cas isolé. Entre 1942 et 1944, 76 000 personnes ont été déportées à partir du territoire français dans des circonstances analogues.

A la fin de l'année 1981, se fondant sur les éléments mis à jour par des historiens  (2), des descendants des victimes déportées à partir de Bordeaux ont porté plainte avec constitution de partie civile à l'encontre de trois fonctionnaires français alors en poste à la préfecture ou dans les services de police de la Gironde, qu'ils accusaient d'avoir apporté un concours actif à ces opérations. Etaient ainsi visés M. Maurice Sabatier, préfet de la région Aquitaine entre les mois de mai 1942 et août 1944, M. Maurice Papon, secrétaire général de la préfecture de la Gironde durant la même période et responsable à ce titre du service des questions juives, et M. Norbert Téchoueyres, commissaire de police à Bordeaux jusqu'en novembre 1942. Quelques années auparavant, d'autres actions similaires avaient été engagées à l'encontre de M. René Bousquet, secrétaire général pour la police du Gouvernement de Vichy à compter du mois d'avril 1942 et de M. Jean Leguay, son délégué pour la zone Nord, accusés d'avoir joué un rôle déterminant aux côtés de l'occupant allemand dans l'organisation de l'ensemble des déportations organisées à partir du territoire français.

Après une longue instruction, M. Maurice Papon allait finalement être renvoyé devant la cour d'assises de la Gironde par un arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Bordeaux en date du 18 septembre 1996, pour complicité de crimes contre l'humanité. La chambre d'accusation estimait en effet qu'il existait suffisamment d'éléments à sa charge pour l'accuser d'avoir pris une part active à l'arrestation, à la séquestration et, indirectement, à l'extermination des victimes de huit des onze convois ayant quitté Bordeaux à compter du mois de juillet 1942. Elle parvenait par ailleurs à la conclusion que ces agissements, dirigés contre des personnes choisies exclusivement en raison de leur appartenance à la « race juive » ou à la religion israéliite et s'inscrivant dans le cadre d'un plan concerté pour le compte de l'Allemagne nazie, pouvaient être qualifiés de complicité de crimes contre l'humanité au sens de l'article 6 c) du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945,

ce qui permettait de les faire échapper à la prescription. Cette analyse allait être confirmée par la Cour de cassation par un arrêt en date du 23 janvier 1997 (Cass. crim., 23 janv. 1997, *Papon*, Bull. crim., n° 38 ; D. 1997, Jur. p. 147, note J. Pradel ⁽¹⁾ et J.-P. Delmas Saint Hilaire, D. 1997, Chron. p. 249 ⁽²⁾), au prix, d'ailleurs, d'un relatif infléchissement de sa jurisprudence antérieure en matière de crime contre l'humanité ⁽³⁾.

Comme les autres personnes mises en cause étaient toutes entre-temps décédées, M. Maurice Papon allait se trouver seul à devoir répondre de cette accusation particulièrement grave, et inédite, s'agissant d'un fonctionnaire français, devant une cour d'assises.

Par un arrêt rendu le 2 avril 1998, à l'issue d'un procès particulièrement long, la cour d'assises de la Gironde retenait finalement à la charge de M. Papon l'organisation de quatre convois ayant quitté Bordeaux aux mois de juillet, août, novembre 1942 et janvier 1944 et jugeait, faisant droit sur ce point à l'action des parties civiles, qu'il devait dès lors être regardé comme complice de l'arrestation et de la séquestration de soixante-seize des victimes de ces convois, dont de nombreux mineurs, âgés pour certains de moins d'un an. Elle écartait en revanche toute participation directe à l'organisation des autres convois ayant quitté Bordeaux et écartait également, au bénéfice du doute, toute complicité dans l'assassinat des personnes ainsi déportées, les débats n'ayant pas permis d'établir de façon certaine que M. Papon connaissait le sort qui leur était réservé. Elle le condamnait donc à une peine de dix années de réclusion criminelle, assortie de la déchéance de ses droits civiques, civils et familiaux.

Le lendemain, statuant sur les intérêts civils, elle condamnait M. Papon à verser à l'ensemble des parties civiles, c'est-à-dire tant aux ayants cause des victimes qu'aux différentes organisations s'étant associées à l'action engagée contre M. Papon, une somme globale de 4,72 MF, soit environ 720 000 €, se décomposant en 3,2 MF au titre des frais exposés par elles au cours de l'instance, en application de l'article 375 du code de procédure pénale, et environ 1,6 MF au titre des dommages et intérêts.

Ces deux arrêts sont aujourd'hui devenus définitifs, M. Papon ayant été déchu du pourvoi qu'il avait formé devant la Cour de cassation, faute, pour lui, de s'être conformé à la procédure de mise en l'état.

Ce dernier, excipant de sa qualité de membre du corps préfectoral à la date des faits pour lesquels il a été condamné, a demandé, dès le 28 mai 1998, à ce que ces différentes sommes, dont il soutenait d'ailleurs ne pas pouvoir s'acquitter en totalité, soient prises en charge par l'Etat. Il fondait cette demande sur les dispositions du deuxième alinéa de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui prévoient que : « Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui. ».

Cette demande a été rejetée le 29 juillet 1998 par le ministre de l'Intérieur, autorité dont M. Papon, en tant que préfet honoraire, relevait encore. Ce dernier a donc formé un recours contentieux devant la juridiction administrative afin que l'Etat soit condamné à prendre en charge la totalité des sommes dues aux parties civiles.

Au-delà du strict enjeu financier de ce litige, il entend ainsi démontrer, reprenant une thèse qu'il a vainement développée tout au long de la procédure pénale, qu'en commettant les faits pour lesquels il a été condamné, il se serait en réalité borné à obéir aux ordres qu'il avait reçus, sans jamais prendre d'initiatives personnelles détachables de sa fonction et qu'il n'aurait donc pas à faire seul les frais d'une faute qui s'analyserait comme une faute collective de l'Administration française sous l'Occupation.

2. Avant d'en venir à l'analyse de cette requête, qui soulève des questions particulièrement délicates, tant sur le plan strictement juridique que sur le plan historique, nous voudrions tenter d'en préciser l'enjeu exact afin d'éviter toute méprise sur sa portée réelle, notamment de la part des familles des victimes.

Celles-ci auront sans doute la douloureuse impression que se rouvre aujourd'hui, en leur absence, une procédure qu'elles croyaient définitivement close et que se trouve ainsi anéanti le travail de deuil qu'elles avaient entrepris à la suite du verdict rendu par la cour d'assises il y a quatre ans de cela. Elles considéreront peut-être que M. Papon, loin d'accepter la condamnation prononcée à son encontre, cherche au contraire à en contester le bien-fondé et à se soustraire, au moins sur le plan civil, aux obligations qui sont les siennes à leur égard.

Mais - il nous semble important de le souligner - cette nouvelle procédure ne saurait en aucun cas revenir sur la condamnation pénale prononcée le 2 avril 1998, ni remettre en cause les droits des parties civiles. Le débat ne porte plus aujourd'hui sur la culpabilité pénale de M. Papon ni sur le montant de l'indemnité due aux parties civiles, points sur lesquels la cour d'assises de Bordeaux s'est définitivement et souverainement prononcée.

Ce qui est en cause aujourd'hui, c'est uniquement l'éventuelle part de responsabilité qui incomberait à l'Administration française, prise collectivement, dans les agissements pour lesquels M. Papon a été condamné, part de responsabilité qui justifierait, selon ce dernier, que l'Etat prenne en charge, en son lieu et place, tout ou partie de cette indemnité.

Nous nous attacherons donc seulement, dans nos conclusions, à tenter de démêler ce qui, parmi les multiples éléments qui ont concouru à l'arrestation et à la déportation des victimes des quatre convois pour lesquels M. Papon a été condamné, doit être mis, sur le plan civil, à la charge exclusive de ce dernier et ce qui, au contraire, est, le cas échéant, imputable à l'action de l'ensemble des services, avant d'examiner, dans un second temps, si la responsabilité de l'Etat républicain peut être engagée à raison de tels faits.

Que l'on ne s'y trompe pas : pas plus qu'il ne s'agit de refaire ici le procès de M. Papon, il ne s'agit de faire le procès du rôle joué par l'Administration française dans la politique de discrimination raciale et de déportation menée durant l'Occupation, tâche qui incombe bien davantage aux historiens qu'aux juges. Il s'agit seulement de déterminer, en ce qui concerne les faits pour lesquels M. Papon a été condamné en 1998, quelle est la part éventuelle de responsabilité de l'Etat français.

Nous sommes consciente que l'analyse à laquelle nous allons nous livrer paraîtra nécessairement froide et aride face à l'immensité des souffrances de celles et de ceux qui ont été jetés dans ces convois et précipités vers la mort.

Les références jurisprudentielles auxquelles nous serons contrainte avoir recours, forgées à partir des péripéties de la vie ordinaire, qui sont le pain quotidien du juge, paraîtront bien dérisoires au regard de l'ampleur et de la singularité des crimes qui ont été commis.

Que les victimes et leur famille soient assurées que, par delà la parole impersonnelle qu'il nous incombe de porter aujourd'hui, nous comprenons et nous respectons leur douleur.

3. A titre liminaire, nous commencerons pas vous rappeler les principes qui s'appliquent en matière de responsabilité pour faute des agents publics.

Selon une distinction qui trouve son origine dans la décision du Tribunal des conflits du 30 juillet 1873 *Pelletier* (Rec. 1^{er} suppl., p. 117, concl. David ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 13^e éd., p. 8), la faute commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions est susceptible de recevoir deux qualifications, qui sont exclusives l'une de l'autre : elle sera considérée comme une faute de service lorsque l'action dommageable, quoique imputable à un agent déterminé, reste néanmoins impersonnelle ou, selon l'expression employée par Laferrière dans ses conclusions sur l'arrêt du Tribunal des conflits du 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol* (Rec. p. 437), lorsqu'elle « révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur mais non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences ». Elle sera à l'inverse considérée comme une faute personnelle lorsqu'elle se détache des fonctions et traduit la défaillance d'un individu, ou, pour reprendre là encore l'expression de Laferrière, lorsqu'elles sont « imputables au fonctionnaire, non à la fonction ».

L'appréciation portée sur la nature de la faute commise par un agent tient donc uniquement au caractère détachable ou non de cette faute par rapport aux fonctions qui sont celles de l'agent. Elle est en revanche indépendante de la qualification que sont susceptibles de recevoir les faits en cause devant le juge pénal, comme l'a jugé le Tribunal des conflits par sa décision du 14 janvier 1935 *Thépaz* (Rec. p. 224 ; Grands arrêts..., 13^e éd., p. 307), revenant sur la position qu'il avait prise jusque-là (T. confl., 16 avr. 1929, *Claire*, Rec. p. 389).

La distinction entre la notion de faute de service et la notion de faute personnelle emporte deux séries de conséquences, qui sont d'ailleurs étroitement liées.

Elle constitue d'abord un critère de répartition de compétence entre les deux ordres de juridiction. Le juge administratif est seul compétent pour se prononcer sur les conséquences dommageables d'une faute de service, puisque celle-ci met en cause, à travers un agent déterminé, le fonctionnement de l'administration. En revanche, c'est au juge civil qu'il appartient de connaître des actions en responsabilité engagées par les victimes à raison d'une faute personnelle.

Elle constitue également un critère d'attribution de la charge de l'indemnité due aux victimes. Lorsqu'il y a faute de service, c'est à l'administration et à elle seule qu'incombe la charge de cette indemnité. A l'inverse, lorsqu'il y a faute personnelle, c'est à l'agent de réparer les conséquences dommageables de son acte sur son propre patrimoine, conformément aux règles de droit commun posées par le code civil.

Mais, tenant compte de la difficulté de déterminer *a priori* si la faute d'un agent revêt le caractère d'une faute de service ou d'une faute personnelle, la jurisprudence a été progressivement conduite à apporter des atténuations à ces principes, allant jusqu'à admettre que les victimes puissent demander directement réparation à une collectivité publique pour l'ensemble des dommages causés par ses agents dans le cadre du service ou avec les moyens du service, et ce, quelle que soit la nature de la faute imputable à ces agents.

Cette jurisprudence s'est d'abord bâtie dans les hypothèses simples où le dommage résultait en réalité de la conjonction de deux fautes distinctes, une faute personnelle et une faute de service (CE, 3 févr. 1911, *Anguet*, Rec. p. 146 ; Grands arrêts..., 13^e éd., p. 141).

Elle a été étendue ensuite aux cas où la faute unique à l'origine du dommage n'était pas dépourvue de tout lien avec le service, soit qu'elle ait été commise à l'occasion du service - c'est le raisonnement initié par l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 26 juillet 1918, *Epoux Lemonnier* (Rec. p. 761, concl. L. Blum ; Grands arrêts..., 13^e éd., p. 204) et développé

ensuite par les décisions du 21 avril 1937 *M^{lle} Quesnel* (Rec. p. 413) et du 25 novembre 1955 *Dame veuve Paumier* (Rec. p. 564) - soit même qu'elle ait été commise en dehors du service mais avec les moyens de celui-ci (CE, 18 nov. 1949, *M^{lle} Mimeur, Defaux et Besthelsemer*, Rec. p. 492).

Mais cette jurisprudence, élaborée pour faciliter l'indemnisation des victimes et limiter les inconvénients de la dualité des ordres de juridiction, risquait de favoriser à terme, au moins sur le plan civil, une irresponsabilité de fait des agents publics à raison des fautes commises par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Il était vraisemblable en effet que, quelle que soit la nature de la faute, la victime préférerait mettre en cause la responsabilité de leur employeur, toujours solvable, devant la juridiction administrative, plutôt que d'engager contre eux une action à l'issue plus aléatoire devant le juge civil.

Soucieux de mettre un terme à cette évolution peu satisfaisante, vous avez jugé, par un arrêt d'Assemblée rendu le 28 juillet 1951 *Laruelle* (Rec. p. 461 ; Grands arrêts..., 13^e éd., p. 454 ; D. 1951, Jur. p. 620, note Nguyen Do ; JCP 1951, II, n° 6532, note J. J. R. ; JCP 1952, II, n° 6734, note Ch. Eisenmann ; RD publ. 1951, p. 1087, note M. Waline ; S. 1952, 3, p. 25, note A. Mathiot ; S. 1953, 3, p. 57, note R. Meurisse), que l'administration, après avoir été condamnée à indemniser la victime des conséquences dommageables d'une faute personnelle imputable à l'un de ses agents, avait la possibilité de se retourner ensuite contre ce dernier et de mettre à sa charge tout ou partie des sommes versées, à raison de la part qu'il avait personnellement prise dans la réalisation du dommage. Vous avez ainsi réaffirmé le principe fondamental selon lequel il appartient à l'agent qui a commis une faute personnelle détachable du service de supporter seul sur le plan financier les conséquences de son acte. L'action ainsi reconnue à l'administration comporte d'ailleurs une coloration quasi disciplinaire (cf., sur ce point, les conclusions prononcées par le Président Kahn sur la décision du Conseil d'Etat, Sect., 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. p. 197). Les litiges auxquels elle peut donner lieu ressortissent à la compétence de la juridiction administrative (T. confl., 26 mai 1954, *Moritz*, Rec. p. 701, concl. Letourneur ; S. 1954, 3, p. 85).

Symétriquement, - et c'est l'hypothèse qui nous intéresse aujourd'hui - un agent condamné par le juge judiciaire à indemniser les victimes d'une faute de service sans que le conflit n'ait été élevé peut engager une action récursoire contre son employeur afin que celui-ci supporte la charge finale de cette indemnisation. Cette règle, qui avait été formulée pour la première fois à l'article 24 de l'acte dit « loi du 14 septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires civils » a été reprise depuis lors par les différents statuts de la fonction publique qui se sont succédé depuis la Libération. Elle a d'ailleurs le caractère d'un principe général du droit applicable même sans texte à l'ensemble des agents publics statutaires ou contractuels ainsi qu'aux collaborateurs occasionnels du service public (cf. CE, Sect., 3 déc. 1948, *Commune de Berre l'Étang*, Rec. p. 457 et 26 avr. 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, Rec. p. 243, concl. J. Chardeau).

Ainsi que le montrait le Doyen Vedel dans l'étude très complète qu'il a rédigée sur ce thème dans les *Mélanges Savatier*  (4), cette hypothèse se rencontre fréquemment lorsque la faute imputable à l'agent a donné lieu, comme c'est le cas en l'espèce, à des poursuites pénales : le plus souvent, après avoir reconnu la culpabilité de l'agent sur le plan pénal, l'autorité judiciaire statue directement sur l'action civile, sans que l'Etat prenne, pour des raisons qui se conçoivent aisément, l'initiative d'élever le conflit et de revendiquer, pour lui ou pour la collectivité qui emploie l'agent, la charge de l'indemnisation des parties civiles.

Ce dernier n'a donc d'autre choix, s'il s'y croit fondé, que d'engager *a posteriori* une action contre son employeur afin d'obtenir la requalification de sa faute en faute de service et la prise en charge de la condamnation civile prononcée à son encontre, prise en charge qui peut s'étendre tant aux dommages et intérêts *stricto sensu* qu'à la somme

correspondant au remboursement des frais non compris dans les dépens exposés par la partie civile (CE, 17 mars 1999, *Lalanne-Berdouticq*, Rec. p. 70 )

Cette action, qui s'inscrit dans le cadre des rapports bilatéraux qu'entretient l'agent avec son administration, ressortit elle aussi à la compétence exclusive de la juridiction administrative.

Votre jurisprudence distingue en la matière trois cas de figure :

- Soit la faute pour laquelle l'agent a été condamné au civil a le caractère d'une faute de service, non détachable des fonctions de celui-ci. Vous condamnerez alors l'employeur à prendre en charge la totalité de l'indemnité due aux victimes (cf. *Centre hospitalier de Besançon*, préc. ou CE, 4 nov. 1970, *Ville d'Arcachon*, Rec. p. 634).
- Soit, à l'inverse, cette faute, quels que soient les liens qu'elle entretient avec le service, constitue une faute personnelle. La demande en garantie de l'agent devra alors être rejetée, sans que celui-ci puisse invoquer un quelconque fait du service (CE, 19 févr. 1954, *Consorts Delaprée*, Rec. p. 117, 9 oct. 1974, *Commune de Lusignan*, Rec. p. 477 ou 4 oct. 1990, *Société d'assurances « Le Sou médical » c/ Centre hospitalier général de Gap*, Rec., tables, p. 972).
- Soit enfin, hypothèse intermédiaire, il s'avère que la faute pour laquelle l'agent a été condamné a bien le caractère d'une faute personnelle mais qu'elle a conjugué ses effets avec ceux d'une faute distincte, qui a, quant à elle, le caractère d'une faute de service et qui est de nature à engager la responsabilité de l'administration. Le juge condamnera alors celle-ci à prendre en charge une partie des sommes dues par l'agent à la victime, en tenant compte de la gravité respective de ces deux fautes.

Cette solution a été consacrée par un arrêt d'Assemblée du 28 juillet 1951 *Delville*, (Rec. p. 464 ; Grands arrêts..., 13^e éd., p. 454 ; D. 1951, Jur. p. 620, note Nguyen Do ; JCP 1951, II, n° 6532, note J. J. R. ; JCP 1952, II, n° 6734, note Ch. Eisenmann ; RD publ. 1951, p. 1087, note M. Waline ; S. 1952, 3, p. 25, note A. Mathiot ; S. 1953, 3, p. 57, note R. Meurisse), qui a été rendu le même jour que l'arrêt *Laruelle* précité, et qui en constitue en quelque sorte le pendant. Vous avez ainsi jugé, s'agissant des dommages provoqués par un agent au volant d'un camion de l'Administration, que l'accident était dû d'une part à l'état d'ébriété du chauffeur, constitutif d'une faute personnelle de cet agent, et d'autre part, à l'état des freins du véhicule qui avait été mal entretenu, ce qui révélait l'existence d'une faute de service distincte. L'Etat a donc été condamné à prendre en charge la moitié de l'indemnité due à la victime (cf. aussi, dans une hypothèse très proche, CE, 19 déc. 1969, *Houdayer*, Rec. p. 601).

Ajoutons enfin, pour compléter ce tableau, que, conformément aux dispositions introduites au quatrième alinéa de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 par la loi du 16 décembre 1996, l'administration est également tenue d'accorder sa protection en amont à ceux de ses agents qui font l'objet de poursuites pénales, protection qui prend essentiellement la forme d'une prise en charge des frais exposés par l'agent pour assurer sa défense. Mais cette protection n'est due qu'à la condition expresse que la faute imputable à l'agent ait le caractère d'une faute de service. Elle est exclue dans tous les autres cas, qu'il y ait cumul de fautes ou, *a fortiori*, que la faute commise par l'agent, bien qu'ayant le caractère d'une faute personnelle, ne soit pas dépourvue de tous liens avec le service (CE, 28 déc. 2001, *Valette*, AJDA 2002, p. 359, concl. R. Schwartz  ; à paraître au *Recueil*).

4. Compte tenu du cadre ainsi tracé par votre jurisprudence, vous aurez donc à trancher trois questions successives pour statuer sur la requête formée par M. Papon. Vous devrez en premier lieu déterminer si la faute pour laquelle M.

Papon a été condamné le 2 avril 1998 par le juge pénal a par elle-même, comme il le soutient, le caractère d'une faute de service. Si vous estimez, au contraire, qu'elle revêt le caractère d'une faute personnelle, vous devrez alors apprécier, en deuxième lieu, si elle se double d'une éventuelle faute de service distincte, de nature à atténuer la responsabilité de celui-ci sur le plan civil. Il vous faudra enfin examiner, en troisième et dernier lieu, si cette éventuelle faute de service, commise durant l'Occupation, est ou non de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

4.1 Votre compétence pour connaître directement de cette affaire ne fait aucun doute.

Comme nous venons de vous le rappeler, les actions en garantie formées par un agent public à l'encontre de la collectivité publique qui l'emploie ressortissent, compte tenu de la nature du lien qui l'unit à cette dernière, à la compétence de la juridiction administrative, et ce, quelle que soit la gravité de la faute de service dont il entend voir reconnaître l'existence. Il en va ainsi, nous semble-t-il, même dans l'hypothèse - qui n'est pas à exclure dans la présente espèce - où cette éventuelle faute de service constituerait en réalité une voie de fait (cf., sur ce point, le commentaire de la décision du Tribunal des conflits en date du 8 avril 1935, *Action française*, in *Grands arrêts...*, 13^e éd., p. 311).

A l'intérieur de la juridiction administrative, c'est bien à vous qu'il appartient de statuer en premier et dernier ressort sur ce litige, et non au Tribunal administratif de Paris, qui en était initialement saisi et qui vous a transmis cette affaire en septembre dernier.

En effet, pour régler les problèmes de répartition de compétences à l'intérieur de la juridiction administrative en ce qui concerne les actions en garantie fondées sur le deuxième alinéa de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, il convient de prendre en compte la situation statutaire de l'agent à la date à laquelle il forme sa demande préalable et non sa situation à la date à laquelle ont eu lieu les faits à l'origine du litige (CE, Sect., 28 oct. 1960, *Grima*, Rec. p. 577). Or, conformément aux dispositions figurant désormais au 3^o de l'article R. 311-1 du code de justice administrative doivent être portés directement devant vous les litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 de la Constitution, catégorie qui comprend notamment les préfets. Cette règle de compétence s'étend à l'ensemble des litiges concernant la situation individuelle de ces agents ou de leurs ayants cause, même lorsqu'ils sont nés postérieurement à la sortie du service, comme c'est le cas en l'espèce (CE, 31 oct. 1958, *Car*, Rec. p. 515 ou Sect., 18 déc. 1964, *Dame veuve Vincent*, Rec. p. 652).

Enfin, en dépit de l'ancienneté des faits pour lesquels M. Papon a été condamné, il n'y a pas lieu de faire jouer en l'espèce une quelconque exception de prescription, qui n'est d'ailleurs nullement opposée en défense par le ministre. Cela ne tient pas à la nature des crimes pour lesquels M. Papon a été poursuivi et condamné. En effet, il ne nous semble pas que l'imprescriptibilité qui s'attache aux crimes contre l'humanité, telle qu'elle a été reconnue en droit français par la loi du 26 décembre 1964, et qui s'applique tant à l'action publique qu'à l'action civile (Cass. crim., 1^{er} juin 1995, Bull. crim., n° 202), puisse être étendue, en l'absence de dispositions expresses en ce sens, aux actions tendant à mettre en cause, devant la juridiction administrative, la responsabilité de l'Etat à raison de faits ayant concouru à la commission de tels crimes (5). Cela tient plus simplement au fait que la créance que M. Papon soutient détenir sur l'Etat n'est devenue certaine, liquide, et exigible qu'à la date à laquelle l'autorité judiciaire a déterminé le montant des intérêts civils mis à sa charge, soit le 3 avril 1998 (cf. sur ce point *Centre hospitalier de Besançon*, préc.).

4.2 Nous pouvons en arriver maintenant à la question centrale du litige, qui se résume en ces termes : quelle est la nature de la faute pour laquelle M. Papon a été condamné par la cour d'assises ?

Par son arrêt du 3 avril 1998, la cour elle-même, devant laquelle ce point, qui commandait sa compétence au civil, était expressément discuté, a pour sa part résolument écarté toute qualification de faute de service. Mais vous n'êtes pas liés par cette appréciation, qui n'est revêtue que de l'autorité relative de chose jugée, puisque le litige dont vous êtes saisi aujourd'hui non seulement repose sur une cause juridique distincte de celui qui était soumis à l'autorité judiciaire, mais, de surcroît ne met pas en cause les mêmes parties (cf., dans un cas analogue, CE, Sect., 16 mars 1962, *Compagnie l'Urbaine et la Seine*, Rec. p. 182).

Pour déterminer si la faute pour laquelle M. Papon a été condamné constitue ou non une faute de service, vous devrez donc, conformément à la ligne tracée par votre jurisprudence, apprécier si cette faute se confond avec les fonctions qui étaient alors les siennes comme secrétaire général de la préfecture de la Gironde ou, si, à l'inverse, quoique accomplie au cours du service et avec les moyens du service, elle s'en détache « en raison de l'intention malicieuse de l'agent ou de son anormale gravité », selon les termes employés par le Doyen Vedel (*in Mélanges Savatier*, préc.).

Ce n'est que dans un second temps qu'il vous faudra, le cas échéant, vous s'interroger sur les conséquences d'une éventuelle requalification en faute de service en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité de l'Etat.

En présence d'une faute commise par un agent dans l'accomplissement même de ses fonctions, comme c'est le cas en l'espèce, vous présumez en règle générale que cette faute a le caractère d'une faute de service. A l'inverse, lorsque la faute a été commise en dehors des fonctions et n'a qu'un lien indirect avec le service, vous partez du postulat inverse. Mais il vous arrive néanmoins de qualifier de faute personnelle une faute commise par un agent en service dans trois hypothèses précisément circonscrites.

a) Sont, en premier lieu, concernées les fautes qui révèlent, de la part de l'agent, des préoccupations d'ordre privé, telles une volonté d'enrichissement personnel (CE, 21 avr. 1937, *M^{lle} Quesnel*, préc.) ou une animosité à l'égard d'un usager du service ou d'un subordonné (T. confl., 5 juin 1947, *Consorts Brun*, Rec. p. 504 ; 12 juin 1961, *Dordet c/ Bareyre*, Rec., tables, p. 1170 ; 14 janv. 1980, *M^{me} Techer*, Rec. p. 504).

b) La qualification de faute personnelle s'étend également, en deuxième lieu, aux fautes qui sont dues à l'inconduite de l'agent, ou, pour reprendre les termes employés par le professeur Chapus, à un « excès de comportement » (Droit administratif général, t. 1, 14^e éd., n° 1526-2) : ainsi, pour un agent proférant au cours de son service des propos grossiers ou injurieux (T. confl., 2 juin 1908, *Girodet*, Rec. p. 597, concl. Tardieu) ou encore, pour l'agent d'un service d'incendie et de secours qui, lors d'une opération de secours, prend le volant d'un véhicule en état d'ébriété et cause un grave accident (CE, 9 oct. 1974, *Commune de Lusignan*, préc.), voire pour un facteur, qui, en butte aux critiques d'un usager, ne parvient pas à se maîtriser et riposte en lui portant des coups (T. confl., 21 déc. 1987, *Kessler*, Rec. p. 456).

c) Elle recouvre, en troisième et dernier lieu, les fautes auxquelles vous reconnaissez une particulière gravité. Même si la notion de faute personnelle est tout à fait indépendante de la qualification que les faits en cause sont susceptibles de recevoir sur le plan pénal, il en ira le plus souvent ainsi lorsque la faute commise par l'agent entre dans la catégorie des crimes et délits intentionnels (voyez, pour un commissaire de police qui, à la Libération, laisse sciemment un homme accusé d'être un collaborateur quitter les locaux de son commissariat sans aucune protection, l'exposant ainsi à la vindicte de ses poursuivants : T. confl., 9 juill. 1953, *Dame veuve Bernadas*, Rec. p. 593, ou encore, pour un membre des forces de l'ordre qui se rend coupable de graves actes de brutalité dans l'exercice de ses fonctions, parmi une jurisprudence abondante, T. confl., 9 juill. 1953, *Delaitre*, Rec. p. 594 ; 19 mai 1954, *Dame Reszsetin*, Rec. p. 704 ; CE, 23 avr. 1975, *Bart*, Rec., tables, p. 1107).

Dans des hypothèses un peu différentes, vous qualifiez également de faute personnelle le comportement d'un praticien hospitalier qui, bien qu'étant de garde, refuse de se rendre au chevet d'un malade dont l'état se dégrade pendant la nuit et qui décède peu après (CE, 4 juill. 1990, *Société d'assurance « Le Sou médical »*, préc.) ou celui d'un chef de service, qui tait pendant plusieurs jours la grave erreur commise par l'un de ses subordonnés sur l'un des patients auxquels il avait prodigué des soins, mettant ainsi en danger la vie de ce patient (CE, 28 déc. 2001, *Valette*, préc.), ou enfin pour un officier qui organise un exercice de tir à balles réelles, exposant ainsi la vie des soldats présents sur le champ de tir (CE, 17 déc. 1999, *Moine*, Rec. p. 425 )

Seule solution en apparence divergente dans cette ligne jurisprudentielle dans l'ensemble très cohérente, la qualification de faute de service retenue par le Tribunal des conflits au profit d'un agent des services de l'Équipement qui avait procédé, à la demande du maire, à la falsification d'un plan de zonage annexé à un plan d'occupation des sols, faits pour lesquels il avait été reconnu coupable de complicité de crime de faux en écriture publique. Pour justifier la solution qu'il retient, le Tribunal des conflits relève que, quelle que soit la gravité de la faute, elle ne saurait être regardée comme une faute personnelle détachable des fonctions, dès lors que l'agent n'était animé par aucun intérêt personnel et a agi dans l'exercice de ses fonctions et avec les moyens du service (T. confl., 19 oct. 1998, *Préfet du Tarn c/ Cour d'appel de Toulouse*, Rec., tables, p. 1164 )

Mais cette décision, qui n'a pas toujours été bien comprise (6), se justifie essentiellement par les circonstances très particulières de l'espèce et ne peut s'analyser à nos yeux comme un véritable infléchissement de la jurisprudence.

Dans la troisième et dernière hypothèse que nous venons d'analyser, la qualification de faute personnelle tient donc à la conjonction de deux facteurs : tout d'abord, l'extrême gravité des conséquences de la faute. Le plus souvent, en effet, dans les précédents que nous avons mentionnés, les agissements de l'agent ont provoqué le décès de la victime ou, tout du moins, de graves lésions corporelles. Ensuite, le caractère inexcusable, au sens moral du terme, du comportement de l'agent, soit parce qu'il se sera montré brutal et violent, soit parce qu'il aura fait preuve d'une très grave imprudence, faisant ainsi courir aux tiers des risques inconsidérés, soit encore parce qu'il aura témoigné d'un grave manque de discernement ou d'une absence totale de conscience professionnelle.

Quelle solution faut-il retenir au cas d'espèce compte tenu de la grille d'analyse ainsi tracée par votre jurisprudence ?

Les faits pour lesquels M. Papon a été condamné ne semblent avoir été inspirés ni par un excès de comportement ni par une quelconque animosité personnelle à l'égard des victimes. Il n'a en particulier jamais été soutenu, au cours des débats devant le juge pénal - et il ne résulte pas davantage de l'instruction - que sa conduite aurait été dictée par des convictions fascistes ou antisémites ou qu'elle s'expliquerait par un tempérament violent ou agressif. Il est donc exclu de se référer en l'espèce à l'une des deux premières hypothèses que nous avons évoquées pour retenir la qualification de faute personnelle.

Reste alors la troisième et dernière hypothèse.

La faute commise par M. Papon est indiscutablement, par ses conséquences mêmes, d'une exceptionnelle gravité, comme en témoigne d'ailleurs la qualification - la plus lourde - dont elle a fait l'objet sur le plan pénal. Elle a concouru - faut-il le rappeler - à l'arrestation et à l'internement de plusieurs dizaines de personnes, choisies à raison de leur religion ou de leur « race » pour reprendre la terminologie antisémite qui avait cours sous l'Occupation, et a rendu possible leur déportation à Auschwitz.

Mais, comme nous vous l'avons dit, la gravité intrinsèque de la faute commise par un agent, même portée à un tel degré, ne suffit pas à elle seule à établir que cette faute se détache du service. Il faut encore qu'elle révèle, sur le plan moral, un comportement inexcusable de la part de ce dernier.

En l'espèce, et quelle que soit la difficulté qu'il y a à porter, près de soixante ans après les faits et compte tenu de ce que l'on sait aujourd'hui des desseins de l'occupant nazi, une appréciation objective sur le comportement de M. Papon, il nous semble que tel est bien le cas.

Bien sûr, comme il le soutient devant vous, il n'a pas pris lui-même l'initiative des opérations d'arrestations et de déportations pour lesquelles il a été condamné. Ce sont les forces allemandes d'occupation qui, après avoir indiqué aux autorités françaises en juillet 1942 qu'elles exigeaient la livraison de 40 000 juifs en zone occupée et de 10 000 juifs en zone libre, ont ensuite au cas par cas donné ordre de procéder aux arrestations, défini le calendrier des convois organisés depuis les différents points du territoire français et supervisé la constitution de ces convois. Ainsi, en ce qui concerne le cas particulier du département de la Gironde, qui se trouvait en zone occupée, il apparaît que l'ordre de procéder aux arrestations puis aux déportations est venu à chaque fois du commandant local de la police militaire nazie, la Sipo.

Par ailleurs, M. Papon, qui n'était alors que sous-préfet, n'a pas davantage mis lui-même sur pied l'infrastructure juridique et administrative qui allait permettre la réalisation des sinistres projets nazis à Bordeaux.

Quand il a pris ses fonctions en mai 1942, il a trouvé au sein de la préfecture un service des questions juives qui était doté de sept agents, qui avait commencé à fonctionner dès l'automne 1940 à la suite de l'édiction du premier statut des juifs, et qui disposait notamment d'un fichier des juifs français et étrangers établis dans le département, service qui allait ensuite jouer un rôle actif dans l'organisation des opérations d'arrestation et d'internement.

Par ailleurs, dès le mois d'octobre 1940, à la suite de l'intervention de l'acte dit « loi » du 4 octobre 1940 qui avait donné aux préfets de département le pouvoir d'assigner à résidence et d'interner « les ressortissants étrangers de race juive », avaient été mis en place des camps d'internement spéciaux, placés sous l'autorité des services du ministre de l'Intérieur, dont celui de Mérignac, et il avait déjà été procédé aux premières arrestations.

Mais il n'en reste pas moins que M. Papon, au niveau de responsabilité intermédiaire qui était alors le sien, a joué personnellement un rôle déterminant dans l'organisation des quatre convois qui sont partis de Bordeaux aux mois de juillet, août et novembre 1942 et au mois de janvier 1944.

Il a d'abord, dès son arrivée, accepté de son plein gré de prendre la tutelle des questions juives, ce qui n'entraînait nullement dans les attributions normales de son poste de secrétaire général. Il a ensuite employé toute sa compétence et son efficacité à faciliter le déroulement des opérations d'arrestation et de déportation ordonnées par les nazis.

Ainsi, dès les premiers jours du mois de juillet 1942, alors que se prépare le premier convoi de masse organisé à partir de Bordeaux, il prend l'initiative de transmettre le fichier des personnes internées à Mérignac aux autorités militaires allemandes, sans même attendre que Jean Leguay, qui coordonnait alors l'intervention des forces de police française en zone occupée, ne lui en ait donné l'ordre exprès. En août 1942, alors que les autorités allemandes exigent la livraison des enfants des personnes déportées dans le premier convoi, afin de les envoyer à leur tour à Drancy, il met tout en oeuvre pour retrouver la trace de ces enfants qui avaient pourtant été confiés à des familles d'accueil et dont le benjamin avait moins de deux ans.

Par ailleurs, il ne semble à aucun moment avoir entrepris des démarches particulières pour tenter de faire libérer les personnes qui pouvaient l'être, conformément aux accords passés entre les autorités de Vichy et l'occupant allemand, notamment les juifs de nationalité française. Enfin, à chaque évasion, il a scrupuleusement informé les autorités allemandes, s'efforçant ainsi de faciliter l'arrestation des fugitifs.

Il fait valoir aujourd'hui devant vous que son attitude s'expliquerait d'une part par les menaces dont il aurait été l'objet de la part des autorités militaires allemandes et d'autre part par les ordres pressants qu'il aurait reçus de ses supérieurs hiérarchiques, et notamment du préfet régional. Mais les éléments du dossier pénal ne permettent pas d'accréditer cette thèse. Au contraire, M. Papon, qui avait l'entière confiance du préfet Sabatier avec lequel il avait déjà travaillé auparavant, semble avoir bénéficié d'une autonomie réelle dans l'accomplissement des tâches qui lui étaient confiées.

Nous pensons pour notre part que l'on pouvait attendre de M. Papon, compte tenu de la force de caractère que chacun s'accorde à lui reconnaître, que, confronté à des ordres aussi manifestement illégaux et contraires aux droits de l'homme les plus fondamentaux, il fasse tout ce qui était alors en son pouvoir, si ce n'est pour les contrecarrer, tout du moins pour en limiter les effets.

Placés devant le même dilemme, certains de ses collègues ont demandé à rejoindre un poste moins exposé. D'autres ont tenté de gagner du temps ou d'alerter les victimes. D'autres encore ont choisi de s'opposer franchement aux ordres de l'ennemi, en restant à leur poste, s'ils le pouvaient, ou en se réfugiant dans la clandestinité. Il n'est pas évident de porter rétrospectivement un jugement objectif sur la valeur relative de ces choix individuels. Dans une France en guerre, occupée et engagée, par ses dirigeants de fait, dans la voie de la collaboration, la marge de manoeuvre était étroite, les risques importants. Chacun se demande aujourd'hui avec angoisse comment il aurait agi dans de telles circonstances, jusqu'où il aurait eu la faiblesse de se compromettre, à quel moment il aurait eu la lucidité et le courage de dire non.

Mais M. Papon ne semble pour sa part avoir exploré aucune de ces voies. Se comportant en pur technicien, il a apporté sans états d'âme son concours actif et efficace à une entreprise criminelle, en refusant de s'interroger sur les conséquences de ses actes.

Cela rend à nos yeux son comportement inexcusable et confère à la faute pour laquelle il a été condamné un caractère personnel.

4.3 Mais vous ne pouvez vous en tenir à ce seul constat. Conformément à la ligne tracée par votre décision d'Assemblée du 28 juillet 1951 *Deville*, il vous appartient encore de rechercher, à titre subsidiaire, si la faute personnelle commise par M. Papon n'a pas conjugué ses effets avec une faute distincte, qui serait quant à elle imputable, non à une ou plusieurs personnes déterminées, mais au service pris au sens collectif du terme, et d'apprécier, dans cette hypothèse, si cette seconde faute est pour sa part de nature à justifier la condamnation de l'État à prendre en charge une partie des indemnités dues par M. Papon aux victimes.

Nous sommes pour notre part convaincue que d'autres fautes que celles imputables aux seuls agissements de M. Papon ont concouru à la réalisation du dommage qu'il a été condamné à réparer.

Comme nous vous l'avons indiqué, les opérations d'arrestation puis de déportation ont été menées en grande partie sur la base d'un fichier établi et tenu à jour, depuis la fin de l'année 1940, par le service des questions juives mis en place

au sein de la préfecture de la Gironde. Par ailleurs, l'infrastructure carcérale ayant permis le regroupement et l'internement des victimes des différents convois a été mise en place, sur le fondement de l'acte dit loi du 4 octobre 1940, au cours de la même période. Parmi ces victimes, plusieurs d'entre elles ont d'ailleurs été arrêtées et détenues bien avant l'été 1942, à l'initiative des forces de police française.

Tous ces actes - mise en place d'un service des questions juives, recensement des personnes « de race juive », création de camps d'internements spéciaux - présentaient sans doute lors de leur édicition l'apparence formelle de la plus parfaite légalité.

Mais ils étaient en réalité entachés d'une illégalité manifeste et l'une des premières initiatives du Gouvernement provisoire de la République française à la Libération a été d'en tirer immédiatement les conséquences. Ainsi, l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine a constaté à son article 3 la nullité de tous les actes contraires aux principes républicains pris sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et en particulier les actes qui « établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif ». Cette déclaration de nullité revenait également à reconnaître le caractère fautif de ces actes, en vertu du principe cardinal en droit administratif selon lequel toute illégalité est nécessairement fautive (CE, Sect., 26 janv. 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. p. 78).

La même analyse vaut, *a fortiori*, pour toutes les mesures individuelles qui ont été prises sur leur fondement, notamment pour les arrestations et internements arbitraires de ressortissants français et étrangers à raison de leur confession religieuse ou de leur appartenance à la « race juive ».

On pourrait certes tenter de soutenir que ces différentes fautes doivent être regardées, à l'instar de la faute commise par M. Papon lui-même, comme des fautes personnelles imputables aux responsables politiques et administratifs qui ont élaboré ces mesures antisémites et aux différents agents qui ont ensuite accepté de les mettre en oeuvre.

Mais nous pensons qu'une telle lecture des événements ne serait pas conforme à la réalité historique : il y a bien eu durant la Seconde Guerre mondiale, entre le mois de juin 1940 et le mois d'août 1944, non pas seulement une collection de fautes personnelles imputables à des personnes précisément identifiées, mais également une faute collective des différents services administratifs qui ont participé à cette politique et c'est cette faute collective qui a rendu possibles les agissements pour lesquels M. Papon a été condamné, c'est-à-dire l'arrestation puis la déportation de personnes choisies à raison de leur seule appartenance réelle ou supposée à une minorité religieuse.

4.4 Cette faute engage-t-elle par elle-même la responsabilité de l'Etat français ?

Cette question soulève une double difficulté. La première tient à la nécessité d'apprécier le rôle exact joué par l'occupant allemand dans cette politique. La seconde tient aux doutes que l'on peut avoir quant à l'existence d'une continuité juridique entre le Gouvernement de Vichy et l'Etat républicain.

Le rôle joué par l'occupant allemand, tout d'abord.

Vous avez en effet jugé à plusieurs reprises dans l'immédiate après-guerre qu'une faute commise par un agent ou par un collaborateur occasionnel du service public sous l'autorité directe et au service des autorités allemandes durant l'occupation n'était pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat français (voyez CE, 12 nov. 1948, *Quin*, Rec. p. 427, s'agissant d'un accident causé par le conducteur d'un camion réquisitionné par l'occupant, ou encore CE, 13 juill.

1951, *Epoux de Persan*, Rec., tables, p. 822 et 12 mai 1954, *Turin de Montmel*, Rec., tables, p. 888, à propos de fautes commises par un maire pour l'exécution de mesures de réquisition ordonnées par les troupes allemandes) (7).

L'initiative des opérations de déportation, qui ont eu lieu à partir du territoire français à compter du mois de mars 1942 et, en ce qui concerne la région bordelaise, à compter du mois de juillet 1942, appartient incontestablement aux seules autorités allemandes. Ces opérations ont été conçues et mises en oeuvre sous l'autorité directe de l'occupant, en exécution du plan qui avait été arrêté en janvier 1942 lors de la conférence de Wannsee, au cours de laquelle les dirigeants de l'Allemagne hitlérienne avaient décidé de s'engager dans une politique d'extermination systématique des juifs.

Mais il serait inexact d'en déduire que l'ensemble des actes et agissements que nous vous avons décrits, et qui ont rendu possibles les opérations de déportation menées à partir du territoire français, en particulier le recensement systématique des juifs résidant sur le territoire français, ainsi que l'internement des ressortissants étrangers dans des camps spéciaux, engage la seule responsabilité de l'occupant.

Les travaux menés au cours des trois dernières décennies par les historiens, à la suite de Robert Paxton (8), ont permis d'établir que le Gouvernement de Vichy s'était lancé de son propre chef dès le mois d'octobre 1940 dans une politique d'exclusion et de stigmatisation des juifs français et étrangers. Cette politique a été menée, avec l'assentiment de l'occupant, en zone libre comme en zone occupée.

Ainsi, 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 (9). Cette politique allait ensuite être amplifiée, notamment en zone Sud, à la suite de l'édiction 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 l'année 1941, les différents camps d'internement spéciaux placés sous la tutelle du ministère de l'Intérieur accueillaient environ 40 000 personnes (10). 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 leur 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. On estime aujourd'hui qu'environ 80 % des personnes déportées à partir du territoire français ont été arrêtées par des forces de police ou de gendarmerie française et non par les 3 000 hommes qui constituaient en tout et pour tout l'effectif de police allemand présent sur le sol français (11)

Dans un discours prononcé le 16 juillet 1995 à l'occasion de la commémoration des grandes rafles des 16 et 17 juillet 1942, le Président de la République a d'ailleurs solennellement reconnu que : « La folie criminelle de l'occupant [avait] été secondée par les Français, par l'Etat français. » et qu'une « faute collective » avait ainsi été commise.

Il est donc conforme à la vérité historique de reconnaître que les fautes de service qui ont concouru, indépendamment des agissements imputables à M. Papon, à l'arrestation et à la déportation des victimes des différents convois organisés à partir de Bordeaux durant l'été 1942, en novembre 1942 et en janvier 1944 engagent la responsabilité propre de l'administration française et ne peuvent être mises uniquement au compte de l'occupant allemand.

4.5 Il reste alors à déterminer - il s'agit là de l'ultime obstacle à surmonter - si l'Etat républicain peut être condamné à indemniser les conséquences des fautes de service commises par l'administration française sous l'égide du Gouvernement de Vichy, en application d'actes qui ont été déclarés nuls à la Libération.

Dans son état actuel, tel qu'il a été fixé par deux arrêts rendus respectivement en Assemblée et en Section les 4 janvier et 25 juillet 1952, *Epoux Giraud et M^{lle} Remise* (Rec. p. 14 et p. 401), votre jurisprudence semble exclure tout engagement de la responsabilité pour faute de l'Etat à raison de tels actes.

En effet, dans ces deux affaires, alors que vous étiez saisis d'actions en responsabilité pour faute engagées, d'une part, par des personnes ayant été assignées à résidence en vertu d'une loi du Gouvernement de Vichy du 15 octobre 1941, qui avait été déclarée nulle postérieurement à l'ordonnance du 9 août 1944, et, d'autre part, par une personne blessée par un membre de la Milice française, force de police supplétive dont l'acte constitutif avait été déclaré nul par cette ordonnance, vous avez jugé qu'en raison précisément de la nullité s'attachant à ces actes et, par voie de conséquence, à leurs effets, leurs victimes n'étaient pas fondées, sauf disposition législative spéciale, à demander à la puissance publique de les indemniser pour les dommages qu'elles avaient subis.

Ces deux décisions correspondent à un revirement de jurisprudence radical : dans l'immédiate après-guerre, en effet, vous aviez accepté à plusieurs reprises de faire droit aux actions en responsabilité engagées contre l'Etat par les victimes de telles mesures (voyez, notamment CE, Ass., 30 janv. 1948, *Toprower*, Rec. p. 48 ; concl. contraires Céliér, S. 1948, 3, p. 48, s'agissant de l'indemnisation du préjudice subi par une personne qui avait été internée au camp de Gurs dans les Basses-Pyrénées, en application de l'acte dit « loi » du 4 octobre 1940, ou CE, Sect., 22 févr. 1950, *Dame Duez*, Rec. p. 118, à propos de l'indemnisation des dommages causés par les agissements de membres de la Milice).

Cette jurisprudence, à l'égard de laquelle des esprits éclairés, et notamment le président Odent ou le professeur Waline, ont marqué leurs plus expresses réserves  (12), ne peut trouver que deux explications.

Soit vous avez estimé, vous fondant implicitement sur l'article 1^{er} de l'ordonnance du 9 août 1944 qui dispose que la forme du gouvernement de la France est et demeure la République et que celle-ci n'a, en droit, jamais cessé d'exister, que l'Etat républicain ne pouvait être tenu pour responsable des agissements d'un régime illégitime comme l'était le régime de Vichy.

Soit vous avez considéré, de façon plus terre à terre, en rapprochant l'ordonnance du 9 août 1944 des différents textes, ordonnances du gouvernement provisoire ou lois, organisant des régimes spéciaux de réparation au profit de certaines des victimes des agissements illégaux du régime de Vichy et de l'occupant que le législateur avait ainsi entendu exclure toute autre forme d'indemnisation de cette catégorie de dommages. Mais aucune de ces deux explications ne nous paraît véritablement convaincante.

Bien sûr, il existe, sur le plan politique et institutionnel, une altérité radicale entre l'Etat républicain tel qu'il s'est incarné sous la III^e République puis sous la XIV^e République et la parenthèse autoritaire qu'a représentée, dans

l'histoire récente de notre pays, le régime de Vichy.

Mais, en droit et en fait, il n'en existe pas moins une continuité entre ces différentes périodes de l'histoire de notre pays. La République a conservé à son service les agents qui avaient servi sous Vichy, à l'exception de ceux, bien sûr, qui ont fait l'objet de mesures d'épuration. Elle s'est appuyée sur les mêmes structures, notamment au niveau territorial. Elle a même repris à son compte une large part du *corpus* normatif élaboré par le Gouvernement de Vichy, après avoir, il est vrai, constaté la nullité des actes contraires aux principes fondamentaux qui la fondent.

Au nom même de cette continuité, nous pensons que l'Etat républicain ne peut échapper à l'héritage de Vichy. Il est tenu d'assumer toutes les conséquences de l'action présente et passée de ses services, même lorsque ces services, agissant sous la tutelle d'autorités illégitimes, ont commis de graves illégalités.

Toute autre solution serait, comme le notait le professeur Waline dans la note critique qu'il a consacrée à l'arrêt *Epoux Giraud* ⁽¹³⁾, particulièrement choquante à l'égard des victimes de ces actes qui ont droit à une juste réparation, tant pour les fautes personnelles qui ont été commises, que pour les fautes de service.

La mise en place de régimes spéciaux d'indemnisation ne nous paraît pas constituer une justification plus satisfaisante.

Bien sûr, comme le rappelait notre collègue Stéphane Austry dans ses conclusions sur votre arrêt d'Assemblée rendu du 6 avril 2001 *Pelletier*, à paraître au *Recueil* (RFDA 2001, p. 712, préc.), dès l'automne 1944, ont été institués un certain nombre de régimes d'indemnisation, fonctionnant le plus souvent sur une base forfaitaire, au profit des victimes des agissements du régime de Vichy : c'est le cas en particulier des ordonnances du 14 novembre 1944 et du 21 avril 1945 qui ont permis de dédommager les personnes victimes de spoliations, de la loi du 20 mai 1946 sur les dommages de guerre ou de la loi du 20 septembre 1948 sur les déportés et internés politiques.

Mais, en l'absence de dispositions expresses en ce sens dans l'ordonnance du 9 août 1944, il nous 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 de droit commun des autres catégories de dommages causés par l'application des actes du régime de Vichy déclarés nuls à la Libération.

Nous pensons en réalité, suivant en cela l'analyse de Stéphane Austry, que la jurisprudence *Epoux Giraud* et *M^{lle} Remise* est essentiellement une jurisprudence conjoncturelle, dictée par le souhait, près de huit ans après la Libération, de tourner la page sur une période douloureuse de notre histoire collective.

Il nous semble que son maintien ne se justifie plus aujourd'hui et contribue au contraire à brouiller les responsabilités des uns et des autres dans les événements tragiques qui ont eu lieu sous l'Occupation.

Nous vous proposerons donc de l'abandonner et d'admettre, revenant à la ligne tracée par les arrêts *Toprower* et *Dame Duez*, que la responsabilité de l'Etat peut être engagée à raison des dommages qu'ont causés ses propres services en appliquant les actes illégaux du Gouvernement de Vichy, dès lors que ces dommages ne sont pas couverts par ailleurs par un régime particulier d'indemnisation, réserve qui ne saurait d'ailleurs jouer que dans le cas d'une action directe des victimes ou de leurs ayants droit.

5. Si vous nous avez suivie jusqu'ici dans notre analyse, quelle conséquence faut-il en tirer au cas de l'espèce ?

Comme nous vous l'avons dit, il nous semble que le dommage à raison duquel M. Papon a été condamné en matière civile par la cour d'assises de la Gironde le 3 avril 1998 résulte en réalité de la conjonction de deux fautes distinctes : une faute personnelle, qui, quoique commise par M. Papon dans l'exercice de ses fonctions, engage sa seule responsabilité, et une faute de service, qui engage, quant à elle, la responsabilité de l'Etat.

Il reste maintenant à apprécier, en application de la jurisprudence *Delville*, la gravité respective de ces deux fautes afin de déterminer quelle est la somme qui doit être prise en charge par l'Etat, et, *a contrario*, quelle est la somme qui doit rester à la charge exclusive et définitive de M. Papon.

Etablir une telle hiérarchie des fautes n'est pas évidemment tâche aisée, et vous pourriez être tentés, comme vous l'avez fait dans l'affaire *Delville* puis dans l'affaire *Houdayer*, qui sont à notre connaissance les deux seuls cas où vous avez été confrontés à un tel cumul de fautes, de vous en tenir par défaut à un partage égal de la charge de l'indemnisation.

Ce n'est pourtant pas la solution que nous vous proposerons de retenir en l'espèce. Il nous semble en effet que les deux fautes ne peuvent pas être mises sur le même plan.

Si l'on prend en compte l'ensemble des opérations d'arrestations et de déportations menées à partir de la région bordelaise entre les mois de juillet 1942 et d'août 1944, la part prise par les services administratifs dans leur ensemble - service préfectoraux, services de police, responsables du camp de Mérignac - est sans doute beaucoup plus lourde que celle prise par M. Papon à titre individuel.

Mais la perspective s'inverse si l'on s'en tient aux seuls faits pour lesquels M. Papon a été condamné, et sur la base desquels a été calculé le montant de l'indemnité due aux parties civiles, c'est-à-dire l'organisation des quatre convois qui ont quitté Bordeaux durant l'été 1942, en novembre 1942 et en janvier 1944, et plus précisément, l'arrestation et la séquestration de certaines des victimes de ces convois, notamment des enfants.

Il nous semble que, s'agissant de ces seuls dommages, il y a lieu au contraire de considérer que M. Papon porte, à raison de l'extrême gravité de la faute qu'il a commise dans ces circonstances particulières, une responsabilité prépondérante dans leur mise en oeuvre.

Au bénéfice de cette analyse et sachant que l'indemnité globale que M. Papon a été condamné à verser aux parties civiles se monte à environ 720 000 €, nous vous proposerons de ne mettre à la charge de l'Etat qu'une somme de 200 000 € et de laisser, par conséquent, le surplus à la charge de M. Papon.

Avant de conclure, nous voudrions, afin d'éviter tout malentendu, faire une dernière remarque. D'aucuns pourront laisser entendre que nous vous proposons d'alléger la condamnation prononcée par la cour d'assises de Bordeaux en matière civile à l'encontre de M. Papon. Mais il ne s'agit pas de cela. Il s'agit uniquement de reconnaître que l'administration française porte collectivement une part de responsabilité dans les très graves fautes qui ont été commises à Bordeaux entre les mois de juillet 1942 et août 1944 et de condamner pour cette raison l'Etat à prendre à sa charge une partie de l'indemnité due aux victimes. Dans cette affaire, les motifs de la décision que vous allez rendre importent bien plus que son dispositif.

Par ces motifs nous concluons à la condamnation de l'Etat à verser une somme de 200 000 € sur le fondement de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 et au rejet du surplus des conclusions de la requête de M. Papon.

Annexe

Conseil d'Etat, Assemblée, 12 avril 2002

M. Papon

Requête par laquelle M. Maurice Papon demande la condamnation de l'Etat à le garantir et à le relever de la somme de 4 720 000 F (719 559 €) mise à sa charge au titre des condamnations civiles pécuniaires prononcées à son encontre, le 3 avril 1998, par la cour d'assises de la Gironde ;

Vu les autres pièces du dossier ; Vu l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental ; Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment son article 11 ; Vu le code de justice administrative;

Considérant que M. Papon, qui a occupé de juin 1942 à août 1944 les fonctions de secrétaire général de la préfecture de la Gironde, a été condamné le 2 avril 1998 par la cour d'assises de ce département à la peine de dix ans de réclusion criminelle pour complicité de crimes contre l'humanité assortie d'une interdiction pendant dix ans des droits civiques, civils et de famille ; que cette condamnation est intervenue en raison du concours actif apporté par l'intéressé à l'arrestation et à l'internement de plusieurs dizaines de personnes d'origine juive, dont de nombreux enfants, qui, le plus souvent après un regroupement au camp de Mérignac, ont été acheminées au cours des mois de juillet, août et octobre 1942 et janvier 1944 en quatre convois de Bordeaux à Drancy avant d'être déportées au camp d'Auschwitz où elles ont trouvé la mort ; que la cour d'assises de la Gironde, statuant le 3 avril 1998 sur les intérêts civils, a condamné M. Papon à payer aux parties civiles, d'une part, les dommages et intérêts demandés par elles, d'autre part, les frais exposés par elles au cours du procès et non compris dans les dépens; que M. Papon demande, après le refus du ministre de l'intérieur de faire droit à la démarche qu'il a engagée auprès de lui, que l'Etat soit condamné à le garantir et à le relever de la somme de 4 720 000 F (719 559 €) mise à sa charge au titre de ces condamnations ;

Sur le fondement de l'action engagée :

Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui » ; que pour l'application de ces dispositions, il y a lieu - quel que soit par ailleurs le fondement sur lequel la responsabilité du fonctionnaire a été engagée vis-à-vis de la victime du dommage - de distinguer trois cas ; que, dans le premier, où le dommage pour lequel l'agent a été condamné civilement trouve son origine exclusive dans une faute de service, l'administration est tenue de couvrir intégralement l'intéressé des condamnations civiles prononcées contre lui ; que, dans le deuxième, où le dommage provient exclusivement d'une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions, l'agent qui l'a commise ne peut au contraire, quel que soit le lien entre cette faute et le service, obtenir la garantie de l'administration ; que, dans le troisième, où une faute personnelle a, dans la réalisation du dommage, conjugué ses effets avec ceux d'une faute de service distincte, l'administration n'est tenue de couvrir l'agent que pour la part imputable à cette faute de service ; qu'il appartient dans cette dernière hypothèse au juge administratif, saisi d'un contentieux opposant le fonctionnaire à son administration, de régler la contribution finale de l'un et de l'autre à la charge des réparations compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives ;

Sur l'existence d'une faute personnelle :

Considérant que l'appréciation portée par la cour d'assises de la Gironde sur le caractère personnel de la faute commise par M. Papon, dans un litige opposant M. Papon aux parties civiles et portant sur une cause distincte, ne s'impose pas au juge administratif statuant dans le cadre, rappelé ci-dessus, des rapports entre l'agent et le service ;

Considérant qu'il ressort des faits constatés par le juge pénal, dont la décision est au contraire revêtue sur ce point de l'autorité de la chose jugée, que M. Papon, alors qu'il était secrétaire général de la préfecture de la Gironde entre 1942 et 1944, a prêté son concours actif à l'arrestation et à l'internement de 76 personnes d'origine juive qui ont été ensuite déportées à Auschwitz où elles ont trouvé la mort ; que si l'intéressé soutient qu'il a obéi à des ordres reçus de ses supérieurs hiérarchiques ou agi sous la contrainte des forces d'occupation allemandes, il résulte de l'instruction que M. Papon a accepté, en premier lieu, que soit placé sous son autorité directe le service des questions juives de la préfecture de la Gironde alors que ce rattachement ne découlait pas de la nature des fonctions occupées par le secrétaire général ; qu'il a veillé, en deuxième lieu, de sa propre initiative et en devançant les instructions venues de ses supérieurs, à mettre en oeuvre avec le maximum d'efficacité et de rapidité les opérations nécessaires à la recherche, à l'arrestation et à l'internement des personnes en cause ; qu'il s'est enfin attaché personnellement à donner l'ampleur la plus grande possible aux quatre convois qui ont été retenus à sa charge par la cour d'assises de la Gironde, sur les 11 qui sont partis de ce département entre juillet 1942 et juin 1944, en faisant notamment en sorte que les enfants placés dans des familles d'accueil à la suite de la déportation de leurs parents ne puissent en être exclus ; qu'un tel comportement, qui ne peut s'expliquer par la seule pression exercée sur l'intéressé par l'occupant allemand, revêt, eu égard à la gravité exceptionnelle des faits et de leurs conséquences, un caractère inexcusable et constitue par là-même une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions ; que la circonstance, invoquée par M. Papon, que les faits reprochés ont été commis dans le cadre du service ou ne sont pas dépourvus de tout lien avec le service est sans influence sur leur caractère de faute personnelle pour l'application des dispositions précitées de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 ;

Sur l'existence d'une faute de service :

Considérant que si la déportation entre 1942 et 1944 des personnes d'origine juive arrêtées puis internées en Gironde dans les conditions rappelées ci-dessus a été organisée à la demande et sous l'autorité des forces d'occupation allemandes, la mise en place du camp d'internement de Mérignac et le pouvoir donné au préfet, dès octobre 1940, d'y interner les ressortissants étrangers « de race juive », l'existence même d'un service des questions juives au sein de la préfecture, chargé notamment d'établir et de tenir à jour un fichier recensant les personnes « de race juive » ou de confession israélite, l'ordre donné aux forces de police de prêter leur concours aux opérations d'arrestation et d'internement des personnes figurant dans ce fichier et aux responsables administratifs d'apporter leur assistance à l'organisation des convois vers Drancy - tous actes ou agissements de l'administration française qui ne résultaient pas directement d'une contrainte de l'occupant - ont permis et facilité, indépendamment de l'action de M. Papon, les opérations qui ont été le prélude à la déportation ;

Considérant que si l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental constate expressément la nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'Etat français » qui « établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif », ces dispositions ne sauraient avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l'administration française dans l'application de ces actes, entre le 16 juin 1940 et le

rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental ; que, tout au contraire, les dispositions précitées de l'ordonnance 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 ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la faute de service analysée ci-dessus engage, contrairement à ce que soutient le ministre de l'intérieur, la responsabilité de l'Etat ; qu'il incombe par suite à ce dernier de prendre à sa charge, en application du deuxième alinéa de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, une partie des condamnations prononcées, appréciée en fonction de la mesure qu'a prise la faute de service dans la réalisation du dommage réparé par la cour d'assises de la Gironde ;

Sur la répartition finale de la charge :

Considérant qu'il sera fait une juste appréciation, dans les circonstances de l'espèce, des parts respectives qui peuvent être attribuées aux fautes analysées ci-dessus en condamnant l'Etat à prendre à sa charge la moitié du montant total des condamnations civiles prononcées à l'encontre du requérant le 3 avril 1998 par la cour d'assises de la Gironde ;... [condamnation de l'Etat à prendre à sa charge la moitié du montant total des condamnations civiles ; rejet du surplus des conclusions]

(M. Donnat, *rapporteur* ; M^{me} Boissard, *commissaire du gouvernement* ; SCP Boré, Xavier et Boré, *avocat*)

Mots clés :

RESPONSABILITE * Responsabilité des agents publics * Faute de service * Faute personnelle

(1) Cf., pour la zone occupée, l'ordonnance du chef de l'administration militaire en France du 27 septembre 1940 relative aux mesures contre les juifs et, pour la zone non occupée, la loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs, ultérieurement remplacée par la loi du 2 juin 1941.

(2) Eléments dont il est notamment rendu compte dans l'ouvrage de S. Klarsfeld, *Vichy-Auschwitz, le rôle de Vichy dans la solution finale - De la question juive en France 1942*, 1^{er} vol., Fayard, 1983.

(3) La Cour de cassation jugeait en effet pour la première fois que l'article 6 du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg n'impose pas que le complice de crimes contre l'humanité ait adhéré à la politique d'hégémonie idéologique des auteurs principaux du crime ou qu'il ait appartenu à l'une des organisations déclarées criminelles par ce tribunal.

(4) L'obligation de l'administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour faute de service, *Mélanges Savatier*, p. 921 et s., Dalloz, 1965.

(5) Nous nous écartons en cela de l'analyse faite par notre collègue S. Austry dans les conclusions qu'il a prononcées sur l'affaire *Pelletier* (Ass., 6 avr. 2001, *Pelletier et autres*, concl. RFDA 2001, p. 712  ; chron. M. Guyomar et P.

Collin, AJDA 2001, p. 444 )

(6) Cf. notamment la note d'O. Gohin, D.1999, Jur. p. 127 .

(7) Cette jurisprudence a toutefois été appliquée de façon relativement sélective. Ainsi, il a été jugé que la responsabilité d'un organisme public français, en l'occurrence une chambre de commerce, se trouvait engagée à raison de l'accident de la circulation causé par l'un de ses agents au cours de son service, alors même que ce dernier accomplissait une mission imposée par les autorités allemandes (CE, Sect., 19 mai 1950, *Chambre de commerce de Bayonne*, Rec. p. 303).

(8) La France de Vichy 1940-1944, Seuil, 1973 (1^{re} éd.).

(9) Circ. du 27 octobre 1940.

(10) Cf. J.-P. Azéma et F. Bédarida (sous la dir. de), La France des années noires, t.2, De l'Occupation à la Libération, Le Seuil, coll. Points, p.161.

(11) *Ibid.*, p. 176.

(12) Cf. la note critique du professeur Waline sur l'arrêt *Epoux Giraud in RD publ.* 1952, p. 151 et les développements consacrés à ces deux affaires par le président Odent dans son Cours de contentieux administratif, p.1338 ; cf. aussi M. Rougevin-Baville Irresponsabilité de la puissance publique, Rép. Dalloz, v° *Responsabilité de la puissance publique*, n° 75.

(13) *Op. cit.*