https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article4637

La notion d’activité délégable et le juge pénal

- Actualité -

Publication date: mardi 8 avril 2014

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale - Tous droits réservés

En partenariat avec la Revue Lamy des Collectivités Territoriales, retrouvez l'intervention du professeur Yves Mayaud lors de notre colloque consacré aux 20 ans de la loi Sapin.

Le droit pénal n’est pas étranger à la notion de délégation de service public ! Il s’y réfère d’abord dans sa partie spéciale, notamment au titre des atteintes à la probité, par exemple sous forme d’entrave à la liberté d’accès et d’égalité des candidats gouvernant la commande publique, laquelle, dans les termes de l’article 432-14 du Code pénal, peut porter sur un marché public, mais également sur une délégation de service public. D’une manière moins directe, sont souvent visées dans les textes, comme auteurs d’infractions, les personnes « chargées d’une mission de service public », et la jurisprudence en a une interprétation assez large, qui peut aller jusqu’à rejoindre certains délégataires de service public [1].

Mais ce n’est pas ce volet de droit pénal spécial qui aura notre attention, étant trop en rapport avec des réponses particulières et ponctuelles. Nous allons rester sur le terrain du droit pénal général, où la délégation de service public a trouvé depuis la réforme du Code pénal, entrée en vigueur le 1er mars 1994, un nouveau terrain d’élection, celui de la responsabilité pénale des personnes morales. Ce que le droit civil reconnaît depuis longtemps, le droit pénal devait également en convenir, et il est aujourd’hui de règle que « les personnes morales, à l’exclusion de l’État, sont responsables pénalement (…) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Les personnes morales de droit public, exception faite de l’État, engagent donc leur responsabilité au même titre que tout autre groupement pourvu de la personnalité juridique.

Ce principe, cependant, est tempéré par des restrictions sensibles, relatives aux collectivités territoriales. La préoccupation du législateur a été de ménager les structures locales pour ce qu’elles représentent d’institutions publiques et de fonctions exécutives difficilement compatibles avec un contrôle du pouvoir judiciaire. Mais il ne souhaitait pas non plus leur assurer une impunité, qui eût été mal comprise, lorsqu’elles quittent ces fonctions, afin de prendre en charge des activités équivalentes à celles d’une entreprise ou d’une personne morale de droit privé. C’est pourquoi, l’article 121-2 du Code pénal traite de leur responsabilité en termes particuliers : « *les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans*

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

l’exercice d’activités susceptibles de faire l’objet de conventions de délégation de service public ».

La responsabilité pénale des collectivités territoriales n’est donc retenue que pour sanctionner les infractions réalisées dans le cadre de services publics pouvant faire l’objet d’une délégation. Il faut supposer que l’activité est exercée par la collectivité locale elle-même, sous forme de régie, et qu’une infraction est commise dans le cadre de cette activité, par exemple liée à un accident ou à une pollution. Sa responsabilité pénale peut alors être engagée, au même titre qu’elle le serait si l’activité en cause, en relation avec l’infraction, avait été confiée à un délégataire. On ne peut qu’approuver cette solution, qui répond à une préoccupation élémentaire de justice face à des situations identiques : il serait injuste que, pour une même activité, des sociétés privées soient pénalement responsables, là où les collectivités locales, quant à elles, ne le seraient pas. En revanche, pour toutes les activités non susceptibles de délégation, la comparaison n’est plus possible, les collectivités territoriales et leurs groupements se trouvant dans une situation d’exception, ce qui permet d’envisager autrement la question de leur engagement pénal. Telle est la problématique liée aux délégations de service public en rapport avec le droit pénal. Il nous faut la développer, et par une définition des activités susceptibles de délégation (I), et par un recensement des applications qui en sont faites (II).

I – DÉFINITION DE L’ACTIVITÉ DÉLÉGABLE

L’article 121-2 du Code pénal se contente de renvoyer à ce qui peut faire l’objet de conventions de service public, sans donner la moindre définition de ce qu’il faut entendre par là. C’est pourtant sur cet élément essentiel que se joue la responsabilité des collectivités territoriales, et avec elle les prétentions des victimes, tant les espèces peuvent concerner des accidents spectaculaires dans leur ampleur et graves dans leurs effets. Et de fait, les débats sur ce

point ne manquent pas lorsqu'une collectivité est mise en cause, qui a tout intérêt à se retrancher derrière la nature non délégable de l'activité à l'origine de l'infraction commise. C'est dire combien s'imposait une définition accessible, laquelle, sur une dualité de sources (A), relève finalement de critères assez précis (B).

A – Sources

C'est à deux sources que puise la définition des activités objet possible de délégation de service public, l'une légale, l'autre jurisprudentielle.

1) La définition légale a été donnée par la loi nÂ° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite « loi MURCEF ») [2].

Elle a été intégrée dans l'article 38 de la loi nÂ° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (dite « loi Sapin ») [3], et elle est pareillement reproduite à l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* (…) ». Cette formule n'est pas restée lettre morte. Très vite elle a été reprise par la Cour de cassation.

2) La définition donnée par la Cour de cassation de l'activité pouvant faire l'objet d'une délégation de service public est la suivante :

« *En vertu des dispositions de l'article 121-2, alinéa 2, du Code pénal, qui satisfont aux exigences de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public toute activité ayant pour objet la gestion d'un tel service lorsque, au regard de la nature de celle-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation* » [4].

On retrouve là, avec quelques précisions en plus, les éléments de la définition légale, ce qui permet de dire que se dessine, peu à peu, une conception harmonieuse de la notion de service public. Cette harmonie est d'autant plus appréciable qu'il ne faut pas perdre de vue que les juridictions répressives sont souveraines dans leurs décisions, et que le principe de l'autonomie du droit pénal peut justifier quelques écarts d'appréciation ou de conception par rapport au droit administratif. La notion de service public délégable a

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

ainsi vocation à s'enrichir d'un volet judiciaire appréciable.
Les critères qui en relèvent sont à même de le démontrer.

B – Critères

Les définitions que nous venons de rappeler sont porteuses d'un bilan plutôt positif.

1) La délégation n'est pas tributaire d'une qualification en ce sens par les intéressés eux-mêmes

Le fait que telle ou telle activité soit désignée par les responsables d'une collectivité territoriale comme susceptible ou non de délégation, n'a aucune incidence. C'est au juge de dire ce qu'il en est, qui est le seul à avoir la maîtrise des qualifications juridiques.

2) La délégation suppose l'existence d'un « contrat » entre la personne publique et le délégataire

Il faut en déduire que sont écartées du domaine de la responsabilité pénale des collectivités territoriales, toutes les activités pour lesquelles ces dernières ne peuvent pas avoir recours à une convention.

3) La délégation doit avoir pour objet un service public local

Par exemple, la jurisprudence administrative ne considère pas comme un service public la gestion du domaine privé d'une collectivité territoriale, ce qui doit en principe se traduire par l'absence de toute responsabilité pénale en ce domaine. La solution est loin de faire l'unanimité, notamment en raison du fait que cette gestion peut être considérée comme « un domaine privilégié pour la commission d'infractions », s'agissant d'activités où le but avoué est la recherche de profits : « On se trouve dans une logique privée. On peut donc avancer qu'il est susceptible d'y avoir un risque plus important de dérapages et donc de commission d'infractions que lorsque la personne publique exécute ses missions de service public » [5].

Mieux encore, cette impunité est à l'opposé des raisons qui ont finalement conduit le législateur à retenir la responsabilité pénale des collectivités territoriales. Nous le savons, ce sont des considérations d'égalité avec le secteur privé qui ont emporté sa conviction en ce sens, et il est surprenant de constater que la gestion du domaine privé, qui participe d'une nature équivalente à celle d'une entreprise ou d'une société privée, soit exclue du droit pénal, contrairement à celle des services publics susceptibles de délégation.

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

C'est d'ailleurs en ces termes qu'une question incidente de constitutionnalité a été soulevée, à l'occasion du pourvoi formé contre un arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nîmes, en date du 12 janvier 2011, qui dans une information suivie contre une commune des chefs de concussion, faux en écriture publique et usage, avait confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction. La Cour de cassation a refusé de renvoyer ladite question au Conseil constitutionnel, jugeant qu'elle ne présentait pas, à l'évidence, un caractère sérieux, « dès lors que les collectivités territoriales se trouvent dans une situation différente des personnes morales de droit privé, de sorte que l'article 121-2, alinéa 2, du Code pénal, dont l'objet est notamment de soustraire à toute responsabilité pénale les collectivités territoriales dans l'exercice des activités qui leur sont propres, ne crée pas une dérogation injustifiée au principe d'égalité devant la loi » [6]. On s'étonnera de cette motivation, qui relève plus d'une pétition de principe que d'une justification intellectuellement convaincante.

4) La délégation est impossible lorsqu'elle est exclue par nature ou par un texte

Cette condition est importante, pour renvoyer à certaines hypothèses juridiquement incompatibles avec une telle délégation. On peut ici s'inspirer d'une circulaire du ministère de l'Intérieur, en date du 7 août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux [7], qui reprend, sur les points qu'elle aborde, un avis du Conseil d'État du 7 octobre 1986. Trois raisons font qu'une activité ne peut faire l'objet d'une délégation de service public :

– la première est liée au fait que l'activité est exercée pour le compte de l'État : ainsi de la tenue des registres d'état civil, ou encore de l'établissement des listes électorales ;

– la seconde est que l'activité relève de l'exercice d'une prérogative de puissance publique, telles les missions de police, ou l'exercice du droit de préemption ;

– la troisième est l'existence d'une interdiction légale ou réglementaire. Cette exclusion est importante, qui renvoie à tout ce que les textes peuvent contenir de mesures hostiles à la délégation.

Dans toutes ces hypothèses, la responsabilité pénale des collectivités territoriales ne saurait être engagée, faute de correspondre à des activités à même d'être déléguées. Si donc une infraction est commise dans le cadre de leur gestion, elle ne peut se traduire par des poursuites contre la personne morale, le critère de sa responsabilité n'étant pas rempli.

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

5) Le service public délégué peut être aussi bien administratif qu’industriel et commercial

Il en résulte que la nature du service public ne saurait être considérée comme un critère sûr de l’activité délégable, faute de s’attacher exclusivement à l’un ou à l’autre [8].

6) Le statut juridique du délégataire est indifférent

Il n’importe de savoir si la délégation peut être consentie à une personne publique ou à une personne privée. Le fait que l’activité, dans le cadre de laquelle l’infraction a été commise, ne puisse être confiée qu’à une personne de droit public, ne la rend pas d’office insusceptible de délégation, avec les conséquences à en retirer quant à la responsabilité pénale de la collectivité territoriale.

7) La délégation est tributaire de la rémunération du délégataire

C’est là le critère le plus important, pour ne pas dire dominant. Il est issu de la jurisprudence du Conseil d’État, qui considère depuis longtemps que, lorsque la rémunération d’un service est une somme payée par la personne publique, il y a un marché, et non une délégation [9] . Il est donc logique d’en déduire que celle-ci intervient toutes les fois que la rémunération procède différemment, comme le paiement d’une redevance par les usagers, ou encore un paiement par la personne publique en rapport avec les résultats d’exploitation. C’est en ce sens que se situent les définitions qui nous retiennent, l’une et l’autre, autant celle de la loi que de la jurisprudence, faisant état d’une rémunération en fonction des résultats de l’exploitation, du moins pour une part substantielle. Il faut en déduire que si l’activité qui a donné lieu à la commission du délit ne se prête pas à ce type de contrepartie, il ne saurait y avoir délégation envisageable, et donc de responsabilité pénale pesant sur la collectivité territoriale.

Tels sont les principaux éléments permettant d’avoir une idée des contours de la responsabilité pénale des collectivités territoriales. Il faut le reconnaître, le préalable d’une activité susceptible de délégation de service public n’est pas d’une approche évidente, même si la déclinaison des critères issus, tant de la loi, que de la jurisprudence, donnent une apparence de grande solidité et de maîtrise facile. Le droit administratif lui-même ne répond pas toujours avec assurance, et à plus forte raison le droit pénal ne peut que s’en ressentir. Il est temps de passer aux applications...

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

II – APPLICATIONS JUDICIAIRES DE L’ACTIVITÉ DÉLÉGABLE

La méthode va consister à recenser les différentes activités ayant donné lieu à débat devant les juridictions répressives, afin de les répartir entre celles non susceptibles de délégation (A) et celles, au contraire, qui peuvent être déléguées (B). Les espèces ne sont pas en très grand nombre, et il est plus facile de les répertorier de la sorte, quitte à faire ressortir les critères qui ont été déterminants dans la décision des magistrats.

A – Activités non susceptibles de délégation

Il est possible de faire le recensement suivant.

1) *Missions de police administrative*

Les missions de police administrative incombant au maire ne sont pas des activités susceptibles de faire l’objet de conventions de délégation de service public, et la responsabilité pénale d’une commune ne saurait, dans ce cadre, être engagée du chef d’homicide involontaire [10]. La solution est évidente. Elle ne fait que rejoindre le principe selon lequel une délégation est impossible lorsqu’elle relève de l’exercice d’une prérogative de puissance publique.

Telle est l’hypothèse des missions de police administrative, ce qui interdit, sur le plan pénal, d’envisager la moindre responsabilité des collectivités territoriales, si une infraction a été commise en rapport avec leur exercice.

Mais encore faut-il se situer correctement par rapport aux pouvoirs de police du maire, qui ne vont pas jusqu’à couvrir ce qui rentre

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

dans une délégation de service public industriel et commercial. Un arrêt intéressant de la Chambre criminelle du 9 novembre 1999 permet de le vérifier, qui délimite parfaitement ce qui participe de ces pouvoirs, compte tenu des activités en cause [11] . L'espèce est relative à la mort d'un skieur provoqué par une avalanche. Le directeur des pistes et le chef du secteur où s'était produit l'accident, ainsi que la société d'aménagement touristique au service de laquelle ils travaillaient, furent poursuivis et condamnés pour homicide involontaire, ayant procédé à l'ouverture du domaine, sans avoir, au préalable, déclenché des avalanches pourtant prévisibles, compte tenu d'un risque très fort en ce sens signalé par le bulletin de la station météorologique. L'un des principaux arguments de la défense des condamnés consista à mettre en cause le maire, apparemment resté étranger aux poursuites, et à tenter d'échapper, par ce transfert, à leur propre responsabilité. Il fut soutenu que, n'étant pas délégables, les pouvoirs de police du maire impliquaient que lui seul prît les décisions concernant l'ouverture des pistes, et que le contrat de concession dont la société d'aménagement était titulaire ne pouvait être à l'origine d'un pouvoir propre dévolu à ladite société et à ses représentants, contrairement à ce que traduisaient les condamnations prononcées.

La Cour de cassation n'a pas suivi, pas plus que ne l'avait fait la Cour d'appel de Grenoble dont elle confirme la décision [12]. Il est jugé que « le pouvoir de police du maire en matière de prévention des avalanches, prévu par l'article L. 2212-2, 5Â°, du Code général des collectivités territoriales, n'exclut pas, en cas de méconnaissance des obligations de sécurité prévues par la loi, les règlements ou le contrat, la responsabilité de l'exploitant vis-à-vis de l'usager, dans le cadre d'une délégation de service public industriel et commercial relevant, sur ce point, du droit privé ». Autrement dit, parce que la concession portait sur un service public industriel et commercial, de nature délégable, les décisions relatives à l'ouverture des pistes avaient également été transférées, ce qui, dans les circonstances de l'espèce, justifiait la responsabilité des prévenus. Comme l'a très bien formulé la cour d'appel, « sauf à confondre compétence réglementaire et gestion directe, le fait que la police municipale comprenne la prévention des avalanches et le secours aux victimes n'autorise pas le maire à prendre personnellement la direction quotidienne du service de sécurité du domaine skiable exploité dans un cadre industriel et commercial, mais seulement à prendre en cette matière les arrêtés réglementaires s'imposant à l'exploitant et aux particuliers » [13]. La délégation consentie, en parfaite conformité avec la nature de l'activité concédée, permettait donc d'apprécier favorablement l'action du maire, dans la mesure où il avait apparemment répondu à la partie non délégable de ses pouvoirs, par un comportement jugé à la fois suffisant et respectueux de la concession.

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

2) Services socio-éducatifs

L'affaire du Drac est ici en cause. Elle a été la première à mettre en évidence les difficultés liées à l'application de la responsabilité pénale des collectivités territoriales. De nombreux enfants avaient trouvé la mort et avaient été blessés à la suite d'un lâcher d'eau par l'EDF dans le lit du Drac, alors qu'ils étaient en classe de découverte sur ce site. Furent poursuivies, non seulement la directrice de l'établissement scolaire de rattachement des victimes, ainsi que l'institutrice qui les avait accompagnées, mais encore la ville de Grenoble, en ce qu'elle avait contribué, par ses services éducatifs, à l'organisation de cette journée. La commune se défendit de cette mise en cause pénale, faisant valoir que l'animation des classes de découverte entrait dans le service public de l'enseignement, et que, en tant que telle, elle n'était pas susceptible de délégation. La réponse n'a pas été facile, en raison d'une divergence entre les juridictions du fond et la Cour de cassation.

- Juridictions du fond

  Le Tribunal de grande instance de Grenoble, puis la Cour d'appel de Grenoble, se sont prononcés pour la responsabilité pénale de la commune, estimant que ses activités socio-éducatives pouvaient faire l'objet d'une délégation de service public. Deux considérations ont appuyé leur décision :

  – d'abord, le fait qu'une mission socio-éducative consistant à offrir aux enfants des écoles d'une commune des activités de découverte de la nature se situe à la « périphérie du service public de l'enseignement stricto sensu », cette mission n'étant que facultative pour la commune ;

  – ensuite, l'absence d'un contrat ayant pour objet la délégation du service public en cause, le critère de la rémunération, aux yeux des juridictions grenobloises, ne pouvant compenser cette inexistence. Sur ce point, nous savons que la loi, puis la

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

Chambre criminelle, auront, quelques mois plus tard, une position radicalement différente, en faisant au contraire du mode rémunératoire un critère déterminant de la délégation du service public.

- Cour de cassation

La Cour de cassation fut saisie d'un pourvoi par la ville de Grenoble, ainsi condamnée en première instance et en appel. Le mémoire reprit les arguments relatifs à la nature des activités déployées, afin qu'il soit jugé qu'elles ne pouvaient faire l'objet d'une délégation de service public. Dans un arrêt très remarqué, la Chambre criminelle lui donna raison :
« *Aux termes du deuxième alinéa de l'article 121-2 du Code pénal, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ; spécialement, l'animation des classes de découverte pendant le temps scolaire constitue une activité du service public de l'enseignement public qui, par sa nature même, n'est pas susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public ; une collectivité territoriale ne peut donc être déclarée responsable pénalement au titre d'infractions commises dans l'exercice d'une telle activité* (…) » [14].

Ainsi, l'exécution d'un service public communal d'animation de classes de découverte pendant le temps scolaire, participe du service de l'enseignement public, et ne peut, de ce fait, être déléguée.

La solution est d'importance, pour mettre les municipalités à l'abri de toutes poursuites pénales dans le cadre de leurs actions socio-éducatives. La Cour de cassation prend le contre-pied de la position des juridictions grenobloises. Elle ne dit mot, ni de la rémunération, ni de son mode opératoire. Comme nous le savons, c'est dans un arrêt ultérieur que ce critère a été intégré par la jurisprudence criminelle. Seule la nature de l'activité socio-éducative est en cause, pour en admettre le caractère éminemment public, en tant que telle non susceptible de délégation. La responsabilité pénale est donc exclue, et la ville de Grenoble a finalement été blanchie de toute participation au drame.

3) Maintenance des équipements affectés à l'enseignement technique

Un an après sa décision sur l'affaire du Drac, la Cour de cassation a eu à nouveau à se prononcer sur des activités en rapport avec le service public de l'enseignement.

L'élève d'un lycée technique avait été victime d'un accident, après

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

que la manche de sa blouse eut été happée par une fraiseuse en rotation sur laquelle il était occupé à usiner une pièce. Afin d'engager la responsabilité pénale de la région dont le lycée dépendait, la cour d'appel retint que, n'impliquant pas l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mise en conformité de la machine, qui lui incombait en application des dispositions de l'article 14, II, ancien de la loi nÂ° 83-663 du 22 juillet 1983, reprises à l'article L. 214-6 du Code de l'éducation, pouvait faire l'objet d'une convention de délégation de service public, la collectivité territoriale conservant quant à elle la maîtrise d'ouvrage. Mais la Chambre criminelle a censuré cette manière d'appréhender la question, jugeant au contraire que : « *l'obligation incombant à la région de mettre les machines affectées à l'enseignement en conformité avec les prescriptions légales et réglementaires relatives à la sécurité des équipements du travail participe du service de l'enseignement public, et n'est pas, dès lors, en raison de sa nature même, susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public* » [15].

La Haute juridiction consacre ainsi une conception très large des activités ne pouvant faire l'objet d'une délégation, parce que participant du service public de l'enseignement. Sa jurisprudence ne peut que satisfaire les collectivités territoriales, dont les actions dans le domaine éducatif sont nombreuses et risquées. La commission d'un délit non intentionnel (homicide involontaire, violences involontaires, risques causés à autrui…) n'est jamais à exclure, mais le préalable de l'activité ne permet pas, du moins dans les conditions que nous venons de retracer, d'engager pour autant leur responsabilité.

4) « Organisation » de transports scolaires

Les transports scolaires font partie des activités les plus souvent déléguées. Mais ce n'est pas sans quelques nuances d'importance. La matière est en effet très fine, tout ce qui est relatif à ces transports n'étant pas d'emblée ouvert à la délégation. En témoigne une espèce intéressante, qui a donné lieu à un arrêt instructif de la Cour de cassation.

Un département avait confié, par convention, à une société privée, l'exécution du service public des transports scolaires dans les secteurs ruraux de la circonscription. Un accident se produisit, entraînant la mort de plusieurs personnes, lié à un point de ramassage à proximité d'un stop, sans aucun aménagement, notamment sous forme d'abri ou d'aire de stationnement. Des poursuites furent exercées du chef d'homicides involontaires contre le département en tant que personne morale, qui aboutirent à sa condamnation. Il lui fut reproché, par l'intermédiaire du président du conseil général, d'avoir maintenu un point de ramassage à cet endroit, considéré pourtant comme dangereux, alors qu'une autre possibilité existait à proximité, présentant toutes les garanties de sécurité. Le

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

département se pourvut en cassation, contestant le principe de sa condamnation. Il obtint gain de cause, sur le fondement d'une subtile distinction.

La Chambre criminelle distingua entre l'organisation du transport scolaire, auquel était rattaché l'aménagement de la voirie départementale, et l'exploitation dudit transport, relative, quant à elle, à la prise en charge et au déplacement des enfants scolarisés. Autant l'exploitation relevait d'un service pouvant être délégué, ce qui avait d'ailleurs été le cas en l'espèce, autant l'organisation, pour sa part, n'était pas susceptible de faire l'objet d'une délégation de service public, pour relever légalement de la compétence du département. Or les défaillances mises à la charge de la collectivité territoriale étaient des insuffisances d'organisation, et non d'exploitation, ce qui, pour être ainsi rattachées à des activités non délégables, ne pouvait que conduire à rejeter sa responsabilité. La Haute juridiction a donc cassé l'arrêt de condamnation, disant que le département condamné n'était pas susceptible de poursuites pénales [16].

B – Activités susceptibles de délégation

Le bilan est le suivant.

1) « Exploitation » de transports scolaires

Il s'agit de rebondir sur la distinction entre l'« organisation » et l'« exploitation » des transports scolaires. Nous venons de le voir, autant l'organisation des transports incombe à la collectivité territoriale, sans délégation possible, et donc sans responsabilité pénale, autant, au contraire, ce qui participe de leur exploitation est à même d'être délégué, et par conséquent est compatible avec une telle responsabilité. La Cour de cassation est très explicite : « si l'exploitation du service des transports scolaires est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public, il n'en va pas de même de son organisation, qui est confiée au département en application de l'article 29 de la loi du 22 juillet 1983, devenu l'article L. 213-11 du Code de l'éducation, et qui comprend notamment la détermination des itinéraires à suivre et des points d'arrêt à desservir » [17].

À supposer que, dans le cadre de transports scolaires assurés par une collectivité, un délit soit commis, il est indispensable, pour se déterminer sur la possibilité d'engager ou non des poursuites contre la personne morale elle-même, de rattacher l'infraction à ce qui participe, soit de l'organisation, soit de l'exploitation : s'il s'agit d'une défaillance d'organisation, la responsabilité pénale ne peut être mise en jeu ; s'il s'agit, au contraire, d'une défaillance d'exploitation, ladite responsabilité est tout à fait possible.

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

2) Exploitation d'un domaine skiable

Des poursuites ont été exercées contre une commune de montagne des chefs d'homicide et blessures involontaires, à la suite d'une avalanche. Il a été jugé que :
« *Selon l'article 121-2 du Code pénal, les collectivités territoriales et leurs groupements sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants, dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ; viole ce texte la cour d'appel qui, sur la procédure ouverte à la suite d'une avalanche qui a enseveli des skieurs pratiquant le ski de fond, relaxe la commune, exploitant son domaine skiable en régie, poursuivie pour n'avoir pas fermé la piste malgré le risque d'avalanche existant, aux prétendus motifs que la fermeture de la piste de ski relève du pouvoir de police qui ne peut faire l'objet de la part du maire d'une convention de délégation de service public, alors que le pouvoir de police du maire en matière de prévention des avalanches, prévu par l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, n'exclut pas, en cas de méconnaissance des obligations de sécurité fixées, la responsabilité de l'exploitant à l'égard de l'usager* » [18].

Cette espèce est intéressante, qui est dans le prolongement de ce que nous avons déjà illustré au titre des missions de police administrative, et en ce qu'elle permet de séparer ce qui relève en propre de l'exploitation d'un domaine skiable, avec la possibilité d'une délégation à ce titre, et ce qui continue à s'inscrire dans le pouvoir de police du maire, quant à lui non susceptible de délégation. Parce que la première ne peut se concevoir sans les obligations de sécurité qui lui sont inhérentes, la responsabilité pénale de la commune peut être engagée dans l'hypothèse d'une défaillance sur ce plan, mais il n'en résulte pas que le maire soit pour autant dépouillé des pouvoirs de prévention qu'il tient directement de la loi.

3) Exploitation d’un théâtre

Est encore susceptible de délégation l’activité ayant pour objet l’exploitation en régie d’un théâtre, et peut donc être engagée la responsabilité pénale d’une commune, qui a confié à une société extérieure les travaux de mise en conformité de l’installation électrique, au cours desquels un salarié a fait une chute mortelle d’environ dix mètres, alors qu’il intervenait sur un boîtier de dérivation située sous le plafond. La commune et la société intervenante ont été reconnues coupables d’homicide involontaire, faute d’avoir établi un plan de prévention écrit, comme les y obligeait l’arrêté du 9 mars 1993 pris pour l’application de l’article R. 237-8 du Code du travail, et alors que leurs représentants avaient procédé de manière superficielle à l’inspection commune préalable du chantier, sans chercher à localiser le boîtier de dérivation sur lequel une intervention était nécessaire.

L’espèce est à l’origine d’une définition pour la première fois plus précise de l’activité susceptible de délégation de service public, qui s’inspire ouvertement des dispositions de la loi MURCEF, avec une référence explicite au mode de rémunération [19].

4) Entretien du réseau électrique d’un office HLM

A été retenue la responsabilité pénale d’une commune, ainsi que d’un office HLM, du fait de l’électrocution d’un enfant qui jouait dans une flaque d’eau, au pied d’un lampadaire sans circuit de protection par raccordement à la terre [20].

Aucun écrit n’établissait en l’espèce la répartition des tâches entre l’office et la municipalité, si bien que la propriété de la voirie et des réseaux pouvait être considérée comme n’ayant pas été rétrocédée à la commune selon la procédure administrative applicable, et que l’installation restait la propriété de l’office HLM. Mais la commune était titulaire de l’abonnement auprès d’EDF, et payait à ce titre les fournitures d’énergie. Il en a été déduit que le maire aurait dû se préoccuper de l’entretien du matériel, et que, faute de l’avoir fait, il n’avait pas accompli les diligences normales, compte tenu des compétences et des moyens dont il disposait, ce manque d’initiative étant également imputable à la commune elle-même. Il ne fait aucun doute que l’activité en cause était susceptible de délégation de service public, ce qui n’était pas contesté, et c’est sur ce fondement implicite que la responsabilité pénale a pu jouer, en pesant, non seulement sur le maire, mais encore sur la collectivité.

La responsabilité pénale des personnes morales est l’une des principales nouveautés de la réforme entrée en vigueur le 1er mars 1994. Appliquée aux collectivités territoriales, elle est plutôt modeste,

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

ce que l’on doit à une approche étroite des activités susceptibles de délégation de service public. -

– **L'intervention du professeur Yves Mayaud en format PDF (extraits de la Revue Lamy des Collectivités Territoriales)**

– **Le sommaire de la Revue Lamy des Collectivités Territoriales de février 2014**

[1] Doit être regardée comme chargée d’une mission de service public, au sens de l’article 432-12 du Code pénal, toute personne chargée, directement ou indirectement, d’accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l’intérêt général, peu important qu’elle ne disposât d’aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique (dirigeant de fait d’une association chargée de la gestion de mesures de protection judiciaire) : Cass. crim., 30 janv. 2013, nÂ° 11-89.224 ; Dalloz Actualité, 13 mars 2013, obs. Le Drevo D.

[2] JO 12 déc., p. 19703.

[3] JO 30 janv., p. 1588.

[4] Cass. crim., 3 avr. 2002, nÂ° 01-83.160, Bull. crim., nÂ° 77 ; Cass. crim., 6 avr. 2004, nÂ° 03-82.394, Bull. crim., nÂ° 89.

[5] Planque J.-Cl., La détermination de la personne morale pénalement responsable, L’Harmattan, 2003, p. 211.

[6] Cass. crim., 16 nov. 2011, nÂ° 11-81.203, RLCT 2012/79, nÂ° 2191, obs. Mayaud Y.

[7] Circ. 7 août 1987, NOR : INTB8700232C, JO 20 déc., p. 14863.

[8] Planque J.-Cl., op. cit., p. 190.

[9] Auby J.-B. et Maugüé C., Les contrats de délégation de service public, JCP G 1994, I, nÂ° 3743.

[10] CA Amiens, 9 mai 2000, Gaz. Pal. 2000, 2, p. 1413, note Petit S.
La notion d’activité délégable et le juge pénal

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale

[11] Cass. crim., 9 nov. 1999, nÂ° 98-81.746, Bull. crim., nÂ° 252 ; Rev. sc. crim. 2000, p. 389, obs. Mayaud Y., p. 600, obs. Bouloc B., et p. 851, obs. Giudicelli-Delage G.

[12] CA Grenoble, 25 févr. 1998, Bull. inf. C. cass. 1999, nÂ° 141 ; JCP G 1998, IV, nÂ° 3537 ; Gaz. Pal. 1998, 1, som., p. 183. - Confirmation de TGI Grenoble, 15 mai 1997, Gaz. Pal. 1997, 2, som., p. 339.

[13] CA Grenoble, 25 févr. 1998, préc.

[14] Cass. crim., 12 déc. 2000, nÂ° 98-83.969, Bull. crim., nÂ° 371.

[15] Cass. crim., 11 déc. 2001, nÂ° 00-87.705, Bull. crim., nÂ° 265.

[16] Cass. crim., 6 avr. 2004, nÂ° 03-82.394, Bull. crim., nÂ° 89

[17] Cass. crim., 6 avr. 2004, nÂ° 03-82.394, Bull. crim., nÂ° 89.

[18] Cass. crim., 14 mars 2000, nÂ° 99-82.871, Bull. crim., nÂ° 114.

[19] Cass. crim., 3 avr. 2002, nÂ° 01-83.160, Bull. crim., nÂ° 77.

[20] TGI Narbonne, 12 mars 1999, Gaz. Pal. 1999, 1, p. 405, note Petit S.

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale