



HAL
open science

Appréhension de la convention de délégation de service public par le juge pénal

Sophie Corioland

► **To cite this version:**

Sophie Corioland. Appréhension de la convention de délégation de service public par le juge pénal. AJCT. Actualité juridique Collectivités territoriales, 2019, 04, pp.180-183. halshs-02450981

HAL Id: halshs-02450981

<https://shs.hal.science/halshs-02450981v1>

Submitted on 15 Oct 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Appréhension de la convention de délégation de service public par le juge pénal

Sophie Corioland, Maître de conférences à l'université polytechnique des Hauts-de-France, chercheur à l'IDP (EA 1384)

Depuis l'entrée en vigueur du code pénal le 1^{er} mars 1994, la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée.

L'article 121-2 du code pénal dispose que « les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, [...], des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Toutefois, l'alinéa 2 pose immédiatement une limite à cette responsabilité pour les collectivités territoriales et leurs groupements en cantonnant leur possible mise en cause aux seules « infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ».

En pratique, les collectivités territoriales n'engagent donc pas systématiquement leur responsabilité pénale puisque tout dépend de la nature de l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction s'est produite. Si l'infraction a eu lieu lors de l'accomplissement d'une activité non susceptible de délégation, la responsabilité de la personne publique doit être exclue.

En revanche, si l'infraction a eu lieu lors de l'accomplissement d'une mission déléguable, la responsabilité peut être envisagée. En effet, les collectivités territoriales ont alors le choix :

- soit elles gèrent directement les services publics (c'est ce que l'on nomme la gestion en régie) ;
- soit elles délèguent cette gestion à d'autres personnes publiques ou privées, par le biais de contrats de droit public tels que la concession par exemple.

Cette distinction - qui de prime abord peut surprendre - est la conséquence de l'irresponsabilité pénale de l'Etat. Ainsi, dans la mesure où l'Etat n'engage pas sa responsabilité lorsqu'une infraction est commise (1), il est logique de faire suivre le même sort aux collectivités publiques lorsque ces dernières accomplissent une activité de puissance publique (dite mission régaliennne). Cependant, il faut également admettre qu'à l'inverse, les collectivités territoriales répondent de leurs actes lorsqu'elles accomplissent des missions identiques à celles que mènent des personnes morales de droit privé ou de droit public dans le cadre des délégations de service public (activités non régaliennes), comme le feraient lesdits délégataires.

La difficulté pratique provient de ce que le législateur n'a ni listé ni défini les activités concernées par ces éventuelles délégations. Il incombe donc au juge pénal de faire le tri et de se prononcer au cas par cas pour délimiter « les activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ». Tout d'abord, il conviendra de s'intéresser aux critères retenus par le juge pénal afin de tracer les frontières de cette responsabilité, puis de s'intéresser aux conséquences de ces choix, à l'aune de la jurisprudence récente.

« L'activité susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public »

Pour définir « l'activité susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public », le juge répressif s'est largement inspiré de la définition posée par l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (dans sa version antérieure à 2016). En effet, selon une formule reprise dans différentes décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation :

« 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 celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation » (2).

Une telle appréhension de ce qu'il faut entendre par « activité déléguable » amène le juge pénal à prendre en compte plusieurs éléments : la nature du service, la possibilité de recourir à une délégation de service public et également le mode de rémunération du délégataire lié à l'exploitation du service.

Nature du service délégué

L'activité déléguée doit avoir pour objet la gestion d'un service public. Sur ce point, peu importe la nature du service public, celui-ci pouvant être aussi bien administratif qu'industriel ou commercial. Le professeur Mayaud précise qu'il doit en outre s'agir d'un service public local et que, par exemple, n'en fait pas partie la gestion du domaine privé d'une collectivité territoriale. Dans un tel cas, on le voit bien, le critère de la délégation devient tout simplement inutilisable (3).

Appliquant cette solution, la Cour de cassation a eu l'occasion de retenir que « les biens sectionnaux qui font partie du domaine privé de la commune ne sont pas exploités dans un but d'intérêt général mais dans l'intérêt particulier des ayants droit qui en perçoivent les revenus, ils ne sont pas affectés soit à l'usage du public soit à un service public et leur gestion, qui doit être assurée par une commission syndicale ou la commune elle-même n'est pas déléguable, de sorte que les biens sectionnaux ne sauraient être considérés comme un service public déléguable par convention » (4).

Ce premier élément n'appelle guère de commentaires puisqu'il ne suscite pas de réelles difficultés.

Possibilité de recourir à une délégation de service public

Ensuite, le juge doit vérifier si la collectivité territoriale pouvait effectivement confier à une tierce personne l'activité au cours de laquelle l'infraction a été commise.

Impossibilité prévue par les textes - Dans certains cas, un texte prévoit que l'activité ne peut être déléguée. Le juge doit alors en conclure que la responsabilité pénale de la collectivité ne pourra pas être engagée.

Selon 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 (5), certaines activités ne peuvent pas être déléguées soit parce qu'elles sont exercées pour le compte de l'Etat, soit parce qu'elles sont des prérogatives de puissance publique, comme :

- les missions de police administrative ;
- les activités de police judiciaire, telle la constatation des infractions ;

- ou encore l'organisation des élections, des services de l'état civil ou du service des permis de construire.

Sur cette base, par exemple, les Hauts magistrats ont conclu, dans une décision rendue le 12 décembre 2000, que « l'exécution même du service communal d'animation des classes de découverte [...] qui participe du service de l'enseignement public n'est, par nature, pas susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public » (6). D'autres décisions similaires ont ensuite été rendues concernant l'organisation du transport scolaire (7), l'activité consistant à mettre aux normes les machines destinées à l'enseignement (8) ou très récemment, les activités de fixation d'une taxe ou d'attribution d'un marché public (9).

Possibilité prévue par les textes - A l'inverse, des codifications prévoient, expressément, que certaines activités spécifiques peuvent être déléguées. C'est le cas par exemple du code général des collectivités territoriales qui autorise explicitement la délégation de la gestion du service extérieur des pompes funèbres (CGCT, art. L. 2223-19) ou de celle des crématoriums (art. L. 2223-40). En pareille hypothèse, le raisonnement du juge est simplifié. Il lui suffit de respecter la grille de lecture existante.

En l'absence de texte - C'est donc finalement en l'absence de texte interdisant ou autorisant la délégation que le juge pénal doit véritablement trancher sur le caractère déléguable ou non d'une activité. En effet, le juge doit alors déterminer si l'activité, exercée par la collectivité et à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, aurait pu être déléguée ou non.

Cette détermination effectuée, le raisonnement n'est pas totalement achevé, puisqu'intervient un dernier critère : le mode de rémunération du délégataire.

Prise en compte du mode de rémunération du délégataire

Transfert du risque d'exploitation - A ce stade, le juge doit déterminer comment l'éventuel délégataire aurait été rémunéré si l'activité avait été déléguée. Ce critère est essentiel pour apprécier l'existence ou non d'une délégation de service public en droit administratif. Avant 2016, l'article L. 1411-1 du CGCT faisait en effet du mode de rémunération un élément déterminant de la délégation de pouvoir précisant que cette rémunération devait être « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, le texte définit la délégation comme « un contrat de concession [...], conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix » (10). On signalera pour être complet qu'une nouvelle version de l'article L. 1411-1 est entrée en vigueur au 1^{er} avril 2019 en même temps que le code de la commande publique. La rédaction est une nouvelle fois modifiée sans toutefois apporter de retouches notables aux critères évoqués.

En conséquence, il ressort des différentes formulations que pour qu'il y ait délégation de service public, il faut que le délégataire ne soit pas uniquement rémunéré sur les fonds publics et qu'il assume une partie des risques de l'exploitation.

Exemples - C'est bien le cas, par exemple, lorsque le délégataire fait payer l'utilisateur du service (exploitation d'une salle de spectacle, d'une station de ski, des transports scolaires...).

Diverses décisions ont ainsi admis que constituaient des activités déléguables :

- la réalisation d'un parcours de santé (11) ;
- l'exploitation en régie d'un domaine skiable (12) ;
- la gestion d'un abattoir par un syndicat intercommunal (13) ou par une communauté de communes (14) ;
- la gestion d'un théâtre municipal (15) ;
- l'organisation d'une kermesse (16) ;
- ou encore l'activité de ramassage et de décharge des déchets collectés dans les poubelles publiques (17), pour n'en citer que quelques-unes.

Les critères précisés, il convient à présent d'apprécier les conséquences de ces choix au regard de la jurisprudence.

Choix opérés par le juge pénal : constance ou remise en cause ?

Il est notable que le juge pénal a trouvé sa source d'interprétation dans le droit administratif afin de délimiter les contours de la responsabilité pénale des collectivités territoriales.

Critère du mode de rémunération - A l'époque déjà, certains s'étonnaient de la pertinence d'un tel choix de la part d'un juge pénal qui n'y était nullement contraint (18). En effet, cette définition de la délégation de service public, faisant du mode de rémunération du délégataire un trait saillant de la notion, avait initialement été dégagée par le Conseil d'Etat non pas pour distinguer les activités ne mettant pas en oeuvre de prérogatives régaliennes des autres activités, mais pour permettre de distinguer, au sein des contrats administratifs, la délégation de service public du contrat de marché public (19). En conséquence, ce ralliement du juge répressif pouvait réellement surprendre, d'autant qu'il consiste à demander au magistrat de rechercher, dans l'abstrait, comment le prestataire aurait été rémunéré dans l'hypothèse où une délégation aurait été conclue.

En dépit de cela, dans une décision de 2010, la Cour rappelait son attachement à ce critère concernant l'exploitation d'un parc dans une commune. La chambre criminelle soulignait alors qu'« aucun obstacle de droit ou de fait ne permet[tait] d'exclure que ledit parc puisse à l'avenir faire l'objet d'un accès payant ou faire l'objet d'un mode de financement, de gestion ou d'exploitation permettant de générer des recettes pour un éventuel délégataire » (20).

Certaines décisions plus récentes semblent toutefois s'affranchir de cette condition. En témoigne, par exemple, un arrêt rendu par la chambre criminelle, le 28 juin 2016 (21), dans lequel une collectivité territoriale est condamnée pour un accident survenu dans une structure gonflable à l'occasion d'une kermesse. Dans cette affaire, les Hauts magistrats retiennent la culpabilité de la commune sans même s'interroger sur le mode de rémunération qui aurait pu être consenti à l'entreprise en cas de délégation. Les juges font ainsi reposer la responsabilité sur le seul fait qu'une entreprise privée était intervenue partiellement dans la réalisation de l'activité au moyen d'un contrat de prestation de service, ce qui soulignait l'éventualité d'une délégation (22).

Dans la même lignée, un autre arrêt attire l'attention. Dans une décision du 26 juin 2018 (23), la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par une commune contre une décision l'ayant condamnée à 5 000 € d'amende pour usage de l'eau contraire à une limitation ou une suspension administrative. En l'espèce, il était reproché à la commune d'avoir procédé à l'arrosage des espaces verts et sportifs en dépit d'un arrêté préfectoral de restriction de l'eau. Dans son pourvoi, la commune ne contestait pas que l'activité puisse être déléguée. En revanche, elle soulignait une violation des textes par la cour d'appel qui était entrée en voie de condamnation alors que l'activité d'arrosage des espaces verts « ne

peut faire l'objet d'une gestion ou exploitation permettant de générer des recettes pour un éventuel délégataire ». C'est pourtant sans même répondre à cet argument que la Cour écarte le pourvoi, confirmant la responsabilité de la commune.

La lecture de ces décisions amène à s'interroger sur la pérennité du critère choisi par le juge pénal puisque dans les deux cas, ce dernier conclut à la responsabilité de la collectivité en s'affranchissant de son carcan traditionnel (dans lequel il s'est lui-même enfermé) lié à la rémunération du délégataire. Un silence somme toute plutôt opportun puisqu'il était sans doute difficile d'expliquer comment auraient été rémunérés les délégataires et quels étaient les risques liés à l'exploitation du service dans les affaires précitées...

Critère de l'activité délégable - Dans d'autres espèces, c'est le caractère « délégable » de l'activité qui n'est pas vérifié par les juges en dépit de décisions de condamnation. Il en est ainsi dans une décision rendue le 24 octobre 2017 (24) dans laquelle un syndicat mixte interrégional d'aménagement des digues du delta du Rhône et de la mer (SYMADREM) est poursuivi pour homicide involontaire pour un accident survenu sur un chemin de halage. Condamné en appel, le SYMADREM forme un pourvoi dans lequel il allègue notamment que les juges du fond n'ont pas démontré que l'activité d'aménagement et d'entretien des digues fluviales était susceptible d'être déléguée. Sans répondre directement au moyen soulevé, la Cour rejette le pourvoi, affirmant simplement que les activités en cause étaient susceptibles d'être déléguées. On ne peut que regretter que les Hauts magistrats n'aient pas jugé utile de casser la décision sur ce point de façon à laisser les parties en débattre devant le juge d'appel. Comme le note le professeur Dreyer, une telle « façon de procéder ne semble guère respectueuse des droits de la défense » (25).

A la lecture de ces quelques décisions, il pourrait être tentant de conclure que le juge pénal est progressivement en train de modifier sa jurisprudence afin d'élargir les possibilités de mise en cause des collectivités publiques. Rien n'est moins sûr. En témoigne une ultime décision rendue le 19 décembre 2018 (26) dans laquelle un syndicat intercommunal à vocation multiple est exonéré de sa responsabilité pénale engagée pour des faits de concussion et de favoritisme. La Cour souligne en effet dans sa décision que « les activités respectives de fixation d'une taxe et d'attribution d'un marché public ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public ». Une décision conforme à la lettre de l'article 121-2 du code pénal, sans doute, mais qui peine à convaincre au vu des infractions dont il était question. L'impunité de la collectivité en pareille circonstance (il s'agissait d'atteintes à la probité !) a de quoi surprendre surtout lorsqu'elle est mise en parallèle avec la possible responsabilité de la personne physique...

Pour conclure, il ressort des quelques espèces précitées que la mise en oeuvre de la responsabilité pénale limitée des collectivités publiques continue en pratique de poser des difficultés. Ces dernières doivent être d'autant plus considérées que les mises en cause des personnes publiques vont croissantes au fil du temps. Il est donc urgent que le législateur intervienne afin de clarifier les conditions d'engagement de la responsabilité des collectivités territoriales et de leurs groupements, pour que conformément au principe de légalité des délits et des peines, chacun puisse apprécier les hypothèses dans lesquelles il peut être amené à répondre de ses agissements devant les juridictions répressives.

Mots clés :

RESPONSABILITE ET ASSURANCE * Responsabilité pénale * Responsabilité des personnes morales * Activité susceptible de délégation de service public

COMMANDE PUBLIQUE ET CONTRAT * Contrat de concession * Concession de service * Délégation de service public * Responsabilité pénale

(1) Pour des justifications et des critiques de cette irresponsabilité, v., par ex., Rép. resp. puiss. publ. Dalloz, V° La

responsabilité pénale des personnes publiques - Infractions non intentionnelles, par S. Corioland.

(2) Crim. 3 avr. 2002, n° 01-83.160 , Bull. crim. n° 77 ; D. 2003. 243 , obs. G. Roujou de Boubée ; RSC 2002. 810, obs. B. Bouloc ; *ibid.* 838, obs. G. Giudicelli-Delage ; *ibid.* 2004. 341, obs. E. Fortis ; Dr. pénal 2002. 95, obs. M. Véron ; LPA 2 août 2002, p. 10, note M.-J. Cofy de Boisdeffre ; Gaz. Pal. 2004. 1. 458, note A. C. ; Crim. 23 mars 2004, n° 03-84.914 ; Crim. 6 avr. 2004, n° 03-82.394 , AJDA 2005. 446 , note P. Le Goff ; AJ pénal 2004. 240, obs. C. Girault ; Gaz. Pal. 2004. 2. 3799, note C. Monnet.

(3) Y. Mayaud, La notion d'activité délégable et le juge pénal, RLCT 2014. 98.

(4) Crim. 3 mai 2012, n° 11-81.203 , Gaz. Pal. 2011, n° 352, p. 11, note E. Dupic ; RLCT 2012. 23, n° 79, note Y. Mayaud.

(5) Circ. 7 août 1987, NOR INTB8700232C, JO 20 déc., p. 14863.

(6) Crim. 12 déc. 2000, n° 98-83.969, D. 2001. 433 ; *ibid.* 556, chron. H. Moutouh ; AJFP 2001. 30 ; *ibid.* 31, note S. Petit ; RSC 2001. 156, obs. Y. Mayaud ; *ibid.* 372, obs. B. Bouloc ; JCP 2001. IV. 1281 ; Gaz. Pal. 2000. 2. 2456, note Y. Petit ; Dr. pénal 2001. Comm. 43, obs. M. Véron.

(7) Crim. 6 avr. 2004, n° 03-82.394 , préc.

(8) Crim. 11 déc. 2001, n° 00-87.705 , Bull. crim. n° 265 ; D. 2002. 373 ; RSC 2002. 321, obs. B. Bouloc ; Dr. pénal 2002. 40, obs. M. Véron ; Gaz. Pal. 2002. 2. 947, note Petit.

(9) Crim. 19 déc. 2018, n° 18-81.328 , AJCT 2019. 156, obs. Y. Mayaud ; Gaz. Pal. 2019, n° 5, p. 19, note J.-Y. Maréchal ; JCP 2019. 257, obs. J.-M. Brigant.

(10) Sur cette question, v., not., C. Coupé, Marché de service, concession de service, délégation de service public : quelles différences ?, AJCT 2019. 170 .

(11) TGI Saint-Etienne, 6 mai 1996, n° 1144/96, RFDA 1999. 920, étude F. Meyer .

(12) Crim. 14 mars 2000, n° 99-82.871 , D. 2000. 154 ; RSC 2000. 816, obs. B. Bouloc ; RTD com. 2000. 1023, obs. B. Bouloc .

(13) Crim. 23 mai 2000, n° 99-80.008 , Bull. crim. n° 200 ; D. 2000. 230 .

(14) Crim. 14 déc. 2010, n° 10-80.591 , Dr. pénal 2011. Comm. 32, note M. Véron.

(15) Crim. 3 avr. 2002, n° 01-83.160 , Bull. crim. n° 77 ; D. 2003. 243 , obs. G. Roujou de Boubée ; RSC 2002. 810, obs. B. Bouloc ; *ibid.* 838, obs. G. Giudicelli-Delage ; *ibid.* 2004. 341, obs. E. Fortis ; RTD com. 2002. 734, obs. B. Bouloc .

(16) Crim. 28 juin 2016, n° 15-83.862 , AJDA 2016. 2025 ; D. actu. 29 juill. 2016, obs. D. Goetz ; Dr. pénal 2016, n° 10, p. 28, obs. P. Conte ; Gaz. Pal. 2016, n° 34, p. 47, note E. Dreyer.

(17) Crim. 12 juill. 2016, n° 15-81.924 .

(18) J.-C. Bonichot, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public, Gaz. Pal. 1999. 1. Doctr. 768 ; C. Maugué, Les délégations de service public et le juge administratif, AJDA 1996. 597 ; Y. Mayaud, préc., RLCT 2014. 98.

(19) V., en ce sens, E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. « Manuels », 4^e éd., 2016, n° 1130.

(20) Crim. 7 sept. 2010, n° 10-82.119 , Dr. pénal 2011. Comm. 32.

(21) Crim. 28 juin 2016, n° 15-83.862 , préc.

(22) V. note E. Dreyer, préc.

(23) Crim. 26 juin 2018, n° 17-84.404 , Gaz. Pal. 2018, n° 38, p. 44, note E. Dreyer.

(24) Crim. 24 oct. 2017, n° 16-85.975 , D. 2018. 2259 ; AJ pénal 2018. 151, obs. C. Otero ; AJCT 2018. 108, obs. O. Didriche ; RSC 2017. 738, obs. Y. Mayaud ; Gaz. Pal. 2018, n° 3, p. 45, note E. Dreyer.

(25) E. Dreyer, Responsabilité pénale des collectivités territoriales ou de leurs groupements, note préc.

(26) Crim. 19 déc. 2018, n° 18-81.328 , préc.