

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*D'UN USAGE DE LA NOTION DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC : LA
DETERMINATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITE PENALE DES
COLLECTIVITES TERRITORIALES*

PHILIPPE RAIMBAULT

Référence de publication : Raimbault, Philippe (2008) D'un usage de la notion de délégation
de service public : la détermination du champ d'application de la responsabilité pénale des
collectivités territoriales. Complément territorial (HS). p. 42-48.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

D'UN USAGE DE LA NOTION DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC : LA DETERMINATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITE PENALE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

Si l'anniversaire d'un dispositif juridique est assez logiquement l'occasion d'en dresser un bilan afin de juger de son efficacité, il peut également fournir l'opportunité de s'intéresser à sa propagation dans le droit positif. En effet, le succès d'un texte se mesure non seulement à la manière dont les acteurs juridiques du secteur concerné le considèrent, mais il s'analyse aussi à l'aune de la diffusion dans d'autres domaines des mécanismes ou notions qu'il institue et de leur reprise dans des réglementations ultérieures.

La notion de délégation de service public a vite essaimé vers le droit pénal, puisqu'elle apparaît dans le nouveau code de 1994, où les collectivités locales 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 ». Quinze années de jurisprudence permettent aujourd'hui d'évaluer le choix de ce critère. Contrairement aux craintes initialement formulées par la doctrine publiciste, le juge pénal l'utilise sans faire preuve d'une grande autonomie dans son interprétation : il se rallie à la définition formulée par le juge administratif et consacrée par la loi Murcef. La notion joue de ce fait bien le rôle de critère réducteur qui lui était assigné. Toutefois, l'imprévisibilité de son maniement permet de s'interroger sur la pertinence de son utilisation en matière pénale, où l'exigence de clarté des normes est fondamentale.

Ainsi, s'agissant de la délégation de service public, le bilan ne saurait être dressé sur la seule base de l'appréciation de la procédure de promotion de la transparence et de lutte contre la corruption instituée par la loi Sapin du 29 janvier 1993. Il doit effectivement prendre en considération l'essaimage de la notion de délégation de service public dans de multiples autres textes, l'expression se retrouvant aujourd'hui dans dix codes, autres que le code général des collectivités territoriales qui l'a initialement accueillie.

À ce titre, la diffusion de la délégation de service public en droit pénal semble particulièrement intéressante. D'une part, parce que l'intégration d'une notion dans ce droit est

toujours symboliquement importante : l'entrée dans le code pénal, véritable parangon de la règle de droit soumis aux strictes exigences de la légalité des délits et des peines, sonne souvent comme une consécration suprême. Aux yeux du profane, elle représente même parfois la véritable existence juridique. D'autre part, parce que cette diffusion s'est ici réalisée très rapidement, la notion étant intégrée à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal le 1^{er} mars 1994, ce qui témoigne d'une volonté de consolider la construction amorcée par la loi Sapin.

Le nouveau code pénal a justement intégré la notion de délégation de service public au sein d'une de ses principales innovations, à savoir l'admission d'une responsabilité pénale des personnes morales, en rupture avec l'adage classique : « *societas delinquere non potest* »¹. La notion n'entre certes pas dans les conditions générales de mise en jeu de cette responsabilité puisque l'article 121-2 dispose simplement que « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Elle est cependant conçue comme un critère réducteur du champ d'application de cette responsabilité en ce qui concerne les collectivités territoriales et leurs groupements, ces derniers n'étant « responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ». Sachant que la responsabilité des personnes morales de droit public n'était initialement

¹ Le mécanisme ne constitue cependant pas une absolue nouveauté puisque, sous l'Ancien Régime, les villes n'ayant pas su empêcher les rébellions risquaient notamment des peines d'amende, de démolition du beffroi ou des remparts, voire de révocation de leurs privilèges (pour d'autres précisions, consulter J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, n° 124, p. 218-221 et n° 143, p. 247). Imposé lors de la Révolution, le principe d'irresponsabilité pénale des personnes morales souffrait en outre déjà quelques tempéraments législatifs – ordonnance du 5 mai 1945 relative à la répression des entreprises de presse coupables de collaboration avec l'ennemi par exemple – et jurisprudentiels puisque quelques décisions avaient admis la responsabilité pénale de personnes morales pour des infractions matérielles, réprimées indépendamment de toute intention et dont l'auteur était désigné par une qualité juridique pouvant être celle d'une personne morale, comme « employeur » ou « propriétaire » (Cass. crim. 7 mars 1918, *D.* 1921, I, p. 217, note Nast – Cass. crim. 6 mars 1958, *D.* 1958, jur., p. 465). Enfin, des dispositions sectorielles avaient également limité l'impunité pénale des personnes morales en droit du travail – J. Mouly, « La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail », *LPA* 6 octobre 1993, n° 120, p. 33 et s. – ou de la concurrence : M.-C. Boutard-Labarde, « Responsabilité pénale des personnes morales et droit de la concurrence », *LPA* 6 octobre 1993, n° 120, p. 31 et s.

pas prévue et s'est vue d'emblée critiquée par la doctrine publiciste², la notion de délégation de service public se trouve donc bien au cœur des problèmes posés par le nouveau dispositif. En tant que condition d'un mécanisme contesté, elle risque effectivement de subir fortement le jeu de l'interprétation juridique, pour réduire ou au contraire favoriser l'implantation de cette responsabilité.

Pourvu du recul de quinze ans de mise en œuvre jurisprudentielle, il est aujourd'hui possible de s'interroger sur la pertinence de cette référence, sur la capacité de la notion de délégation de service public à jouer le rôle de critère réducteur qui lui est assigné par le texte. Or, la réponse à cette question dépend en partie de l'interprétation de la notion par le juge pénal, et notamment de l'autonomie qu'il manifeste ou non à l'égard de son homologue administratif appelé pour sa part à encadrer à titre principal la mise en œuvre des procédures de délégation de service public. Aussi s'avère-t-il nécessaire, pour juger de l'acculturation de la notion en droit pénal, d'établir dans un premier temps le degré d'autonomie dont elle est pourvue en cette matière (I), avant de déterminer si son usage pénal s'avère satisfaisant (II).

I- L'absence d'autonomie de la notion en droit pénal

L'insertion de la notion de délégation de service public au sein du mécanisme de responsabilité des collectivités territoriales et de leurs groupements a initialement suscité quelques craintes, principalement parmi la doctrine publiciste (A), que la jurisprudence a finalement vite apaisées (B).

² Pour preuves des réticences : E. Picard, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application », *Revue des sociétés* 1993, p. 261 et s. – C. Mondou, « Responsabilité pénale des collectivités territoriales », *AJDA* 1993, p. 539 et s. – F. Gartner, « L'extension de la répression pénale aux personnes publiques », *RFDA* 1994, p. 126 et s. – J. Viret, « La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit pénal contemporain », *AJDA* 1995, p. 763 et s. – J. Moreau, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public en droit français », *LPA* 11 décembre 1996, n° 149, p. 41 et s. – J.-C. Bonichot, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *Gaz. Pal.* 10 juin 1999, p. 768 et s. ; F. Meyer, « Réflexions sur la responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière des premières applications jurisprudentielles », *RFDA* 1999, p. 920 et s. – voir cependant *contra*, B. Ferrier, « Une grave lacune de notre démocratie : l'irresponsabilité pénale des personnes administratives », *Revue sc. crim.* 1983, p. 395 et s. ; J. Jorda, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière de la jurisprudence », *Gaz. Pal.* 11-13 février 2001, p. 192 et s.

A- Les craintes d'une interprétation pénaliste spécifique de la notion

L'une des principales craintes formulées à la lecture du texte initial par la doctrine de droit public tenait à la possibilité de voir le juge pénal s'émanciper de l'interprétation de la notion retenue en droit administratif et en faire émerger une définition autonome. Il est vrai que le mécanisme même de mise en jeu de la responsabilité des personnes morales de droit public ne faisait pas l'unanimité et que le gouvernement l'avait, dans un premier temps, abandonné suite à l'avis négatif émis par le Conseil d'État³. Réintroduit par le Parlement au nom de l'égalité devant la loi, celui-ci a néanmoins jugé bon d'en exclure l'État et d'en limiter la portée aux « infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public » s'agissant des collectivités territoriales et de leurs groupements. L'idée présidant à l'usage de la notion était donc que les collectivités territoriales devaient encourir la même responsabilité que les personnes morales de droit privé lorsqu'elles géraient en régie des activités pouvant relever du secteur privé concurrentiel et qu'à l'inverse, leur immunité pénale devait être restreinte aux cas où elles agissaient dans le cadre d'activités qui leur sont propres. Reste que l'usage de la notion de délégation de service public pour traduire cette distinction entre les activités des collectivités territoriales était loin de faire l'unanimité parmi la doctrine publiciste. Celle-ci relevait notamment qu'il était étonnant de faire appel à une notion dépourvue – à l'époque – de définition législative et avec laquelle le juge administratif était lui-même encore à peine familier. Par ailleurs et surtout, les critiques exprimaient la peur de voir le juge pénal développer sa propre conception de la délégation de service public et venir ainsi réduire l'autonomie du droit administratif⁴. Il était effectivement concevable que les juridictions répressives, prenant en compte leurs missions spécifiques, s'appuient sur le critère de l'exercice de prérogatives de puissance publique ou même sur un critère organique – consistant à considérer comme susceptible de délégation toute activité pouvant être exercée par une personne privée – pour déterminer le champ d'application des

³ Ce dernier considérait que les personnes publiques « qui sont par nature, et quelle que soit leur activité, dépositaires d'une part de la puissance publique (...) disposent des prérogatives qui y sont attachées » et « ne sauraient être placées sous le contrôle des juridictions répressives sans qu'il soit porté au principe de la séparation des pouvoirs une atteinte particulièrement grave » dans un avis cité lors des débats devant le Sénat (*JO Sénat* 11 mai 1989, p. 624).

⁴ E. Picard considérait notamment que « les solutions adoptées par le juge administratif ne constitueront pour lui qu'une indication, nullement impérative, compte tenu de l'autonomie du droit pénal et de l'indépendance des ordres juridictionnels judiciaire et administratif », in *La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application*, *op. cit.*, p. 285. Envisageant également que le juge pénal manifeste son autonomie : J.-C. Bonichot, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *Gaz. Pal.* 10 juin 1999, p. 768 et s. ; Ch. Maugüe, « Les délégations de service public et le juge administratif », *AJDA* 1996, p. 597 et s.

conventions de délégation de service public. Cette appréhension semblait alors d'autant plus fondée qu'elle pouvait se nourrir d'une autre nouveauté du code pénal, à savoir la suppression de toute question préjudicielle devant les juridictions répressives qui leur confère une plénitude de compétence « pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis⁵ ». Juridiquement justifiables, ces craintes se sont toutefois révélées excessives dans la mesure où le juge pénal n'a guère profité de son autonomie et a préféré privilégier l'unité de l'ordre juridique en se ralliant à l'interprétation publiciste de la notion.

B- Le ralliement de la jurisprudence pénale à l'interprétation publiciste de la notion

S'il est habituel de devoir attendre un peu pour être renseigné par la jurisprudence sur l'application d'un texte, l'usage contentieux assez timide de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public a nécessité des délais plus longs qu'à l'accoutumée. En effet, sur les cent premières condamnations définitives, seules six personnes morales de droit public – trois communes, un syndicat de communes et deux établissements publics – pouvaient être dénombrées⁶, ce qui a retardé la constitution d'un corpus jurisprudentiel significatif. Ce délai a toutefois eu pour avantage de permettre au juge administratif d'affiner sa propre conception de la notion de délégation de service public à l'occasion de ses interventions destinées à faire respecter les obligations procédurales posées par la loi *Sapin*. Il a ainsi pu préciser les critères d'identification de la notion, en mettant en exergue la nécessité d'une rémunération « substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service⁷ » qui reflète en réalité l'existence d'un risque supporté par le cocontractant de l'administration⁸. Ainsi, une certaine inertie contentieuse devant le juge pénal a permis au juge administratif de « décanter » la notion

⁵ Article 111-5 du code pénal, lequel met fin à la jurisprudence plus restrictive du TC 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, *Lebon*, p. 638.

⁶ Ce bilan est opéré par A. Maron, J.-H. Robert, « Cent personnes morales pénalement condamnées », *Pénal* octobre 1998, p. 4 et s. Pour une appréciation du dispositif, voir également C. Ducouloux-Favard, « Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales », *D.* 1998, chron., p. 395 et s.

⁷ CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône c/Commune de Lambesc, *Lebon*, p. 137, où il est précisé que « les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 [...] n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ».

⁸ Explicitant parfaitement la logique de ce critère : C. Bergeal, « Conclusions sur CE 30 juin 1999, SMITOM », *AJDA* 1999, p. 714 et s. – Conclusions sur CE 7 avril 1999, Commune de Guilhaumand-Granges, *AJDA* 1999, p. 517 et s.

et d'inspirer au législateur une définition plus précise. Sa jurisprudence s'est effectivement vue consacrée par l'article 3 de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 qui définit la délégation de service public comme « 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. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». Une fois la loi intervenue, le danger d'une divergence d'interprétation entre les deux ordres de juridiction se faisait moins pressant. Le juge répressif a du reste confirmé ce diagnostic puisqu'il s'est rallié peu après à l'identification de la notion proposée par son homologue administratif, en considérant qu'« 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'exploitation⁹ ».

Si elle implique un accord global sur la notion, la formule témoigne aussi de la différence d'office du juge pénal et du juge administratif, qui conduit le premier à user des critères de manière spécifique. Recherchant si la responsabilité peut être engagée, il doit d'abord s'interroger sur l'existence d'un service public, puis sur la « délégabilité » de celui-ci et enfin sur le critère financier. C'est pourquoi ce dernier élément a beaucoup moins d'importance pour lui que pour le juge administratif – lequel s'interroge non simplement sur la possibilité de la délégation, mais sur son existence pour définir la nature du contrat – et qu'il peut dès lors se contenter de l'apprécier abstraitement. Malgré ces quelques différences méthodologiques, il n'en demeure pas moins une conception commune de la notion par les deux juges. Ainsi, en faisant sienne la définition dégagée par le juge administratif et consacrée par la loi, le juge pénal évite un dédoublement de la notion et une opposition entre juridictions nuisible à la sécurité juridique. De ce point de vue, l'absence d'autonomie de la notion en droit pénal lui semble plutôt favorable puisqu'elle manifeste une relative unanimité des juges sur sa définition, ce qui est de nature à favoriser son implantation dans l'ordre juridique national. Pour autant, l'existence d'une conception commune ne lève pas toutes les réserves manifestées à l'égard de son usage dans la sphère répressive dans la mesure où cette définition ne présente pas toutes les qualités indispensables à une norme pénale.

⁹ Cass. crim. 3 avril 2002, *Bull. crim.* n° 77 ; *D.* 2002, IR, p. 2100 ; *JCP* 2002, I, 155, obs. Véron ; *LPA* 2 août 2002, n° 154, p. 10, note Coffy de Boisdeffre.

II- L'absence de clarté de la notion en droit pénal

Si le rôle de la notion de délégation de service public dans la détermination du champ d'application de la responsabilité des personnes morales de droit public est aujourd'hui bien avéré (A) et permet d'en mieux cerner les contours, il continue néanmoins de susciter quelques interrogations sur son adéquation à l'usage pénal qui est le sien (B).

A- Un critère réducteur effectif

La référence aux « activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public » visait initialement à offrir un critère réducteur pour empêcher une mise en œuvre trop fréquente de la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements. Loin de se révéler sans effet, cette limitation emporte de réelles conséquences pratiques comme le montre parfaitement la cassation intervenue sur ce point dans l'affaire du Drac. Dans cette espèce, l'arrêt condamnant pénalement la commune de Grenoble en raison de l'imprudence commise par une employée municipale lors de l'organisation d'une sortie scolaire est effectivement cassé en raison de l'impossibilité pour la collectivité de déléguer une activité située à la périphérie du service public de l'enseignement¹⁰. En adoptant cette position, la Cour de cassation rejoint l'analyse du Conseil d'État relative à l'impossibilité de déléguer le service public de l'enseignement¹¹ et retient une conception extensive de ce dernier. Ainsi s'explique également l'impossibilité de faire jouer la responsabilité pénale de la région du fait de l'obligation qui lui incombe de mettre les machines affectées à l'enseignement en conformité avec les prescriptions de sécurité du travail¹². Par-delà la sphère éducative, sont aussi considérées comme des activités non déléguables les compétences qui supposent l'exercice de

¹⁰ Cass. crim. 12 décembre 2000, *Bull. crim.* n° 371 ; *Gaz. Pal.* 22-23 décembre 2000, p. 56, note Petit ; *D.* 2001, IR, p. 433 ; *Rev. sc. crim.* 2001, p. 157, obs. Mayaud, p. 372, obs. Bouloc ; *Droit pénal* 2001, comm. 43, obs. Véron.

¹¹ CE avis 16 octobre 1986, *Grands avis du Conseil d'État*, p. 245, comm. Dal Farra. Le Conseil d'État y indique que « les communes ne peuvent confier à des personnes privées que la fourniture et la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public, notamment de la surveillance des élèves ».

¹² Cass. crim. 11 décembre 2001, Région Franche-Comté, *Bull. crim.* n° 65 ; *D.* 2002, IR, p. 620 ; *Droit pénal* 2002, n° 40, note Véron ; *Gaz. Pal.* 3-4 juillet 2002, p. 19, note Petit.

prérogatives de puissance publique comme la police administrative générale¹³ ou spéciale¹⁴. Il en va de même des activités exercées par les collectivités territoriales, au nom et pour le compte de l'État, telles la gestion de l'état civil ou l'organisation des élections, ce qui est d'ailleurs en cohérence avec l'exclusion de la responsabilité pénale de l'État. Enfin, de manière plus générale, la délégation semble exclue chaque fois que la loi confie spécialement à une collectivité locale la responsabilité de services comme la gestion des chambres mortuaires des établissements de santé¹⁵, celle des services d'incendie et de secours¹⁶ ou encore celle des archives¹⁷. C'est du reste pourquoi la Cour de cassation considère que si l'exploitation du service des transports scolaires est susceptible de faire l'objet d'une délégation de service public, il n'en va pas de même de son organisation – qui consiste seulement à définir les itinéraires et les arrêts à desservir¹⁸ – qui est confiée au département par la loi¹⁹. Dès lors, et même si de nombreuses activités sont pour leur part bien susceptibles d'être déléguées²⁰, le critère réducteur joue pleinement son rôle et limite de manière assez importante les hypothèses de responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements. En effet, les quelques domaines déjà identifiés par la jurisprudence comme exclus, tels la police administrative ou l'éducation, sont suffisamment générateurs de dommages pour laisser penser que, même étroitement circonscrite, la restriction peut se révéler quantitativement importante.

Ainsi, le juge pénal vient nourrir la réflexion sur la notion de délégation de service public en contribuant à identifier, en fonction des priorités liées à son office, les activités susceptibles

¹³ CE 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, *Lebon*, p. 595. Sur ce fondement, ne sauraient donc être déléguées ni la constatation des infractions (CE 1^{er} avril 1994, Commune de Menton, *Lebon*, p. 176), ni des missions de surveillance sur la voie publique (CE 29 décembre 1997, Commune d'Ostricourt, *Lebon*, p. 969). Ces jurisprudences procèdent certes du juge administratif et non du juge pénal, mais elles paraissent suffisamment bien établies pour être reprises par ce dernier, sachant (cf. I) qu'il ne fait pas un usage abusif de son autonomie en la matière. Une espèce l'atteste, puisque le juge répressif a déjà refusé d'engager la responsabilité pénale d'une commune du fait de l'usage de ses pouvoirs de police administrative par le maire : CA Amiens 9 mai 2000, *Gaz. Pal.* 9-11 juillet 2000, p. 42, note Petit.

¹⁴ CE 8 mars 1985, Les amis de la Terre, *Lebon*, p. 73.

¹⁵ Articles L. 2223-39 du CGCT.

¹⁶ Articles L. 1424-1 et suivants du CGCT.

¹⁷ Article L. 1421-1 à L. 1421-16 du CGCT.

¹⁸ Cass. crim. 6 avril 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 89 ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 341, obs. Fortis.

¹⁹ Article 29 de la loi du 22 juillet 1983, codifié à l'article L. 213-11 du code de l'éducation.

²⁰ La circulaire d'application du 14 mai 1993 et une réponse ministérielle (Rép. min. n° 32824, *JOAN Q* 4 mars 1996, p. 1194) citent au nombre des services dont la gestion peut être déléguée : les transports en commun, les cantines scolaires, le ramassage d'ordures ménagères, la distribution d'eau, la collecte et le traitement des eaux usées, les infrastructures portuaires et aéroportuaires, le stationnement sur parcs, la gestion de la fourrière et des droits de place sur les marchés ou encore l'exploitation de centres de congrès ou de parcs d'exposition. La chambre criminelle a quant à elle admis implicitement, pour l'application de l'article 121-2 du code pénal, que pouvait être déléguée la gestion d'un abattoir intercommunal (Cass. crim. 23 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 200), celle d'un domaine skiable (Cass. crim. 14 mars 2000, *Bull. crim.*, n° 14) ou encore l'exploitation d'un théâtre (Cass. crim. 3 avril 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 77 ; *Droit pénal* 2002, comm. 95, note Véron ; *D.* 2003, somm., p. 243, obs. Roujou de Boubée ; *Gaz. Pal.* 1^{er}-3 février 2004, p. 7, note A.C. ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 341, obs. Fortis).

de faire l'objet d'une telle convention. Encore faut-il déterminer si un tel usage de la notion s'avère pertinent, ce qui consiste à passer de l'analyse de l'effectivité du critère à celle de son efficacité²¹, c'est-à-dire à son adéquation au but poursuivi.

B- Un critère réducteur inadéquat

Une première interrogation sur l'efficacité du recours à la notion de délégation de service public peut naître du fait de la part d'imprévisibilité que recèle l'identification de son champ d'application. Quinze ans de jurisprudence ne suffisent effectivement pas pour proposer une liste exhaustive des activités excluant la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements et de celles qui, à l'inverse, l'autorisent. Or, cette absence de clarté de la notion est ici d'autant plus gênante qu'elle apparaît dans un texte susceptible de générer une responsabilité pénale. De fait, même si la Cour de cassation réfute toute atteinte au principe de légalité²², cette imprécision apparaît néanmoins problématique, notamment au regard de la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil considère en effet depuis longtemps déjà l'exigence de clarté comme un corollaire du principe à valeur constitutionnelle de légalité des délits et des peines²³. Dès lors, l'usage d'une notion au champ d'application aussi imprécis que la délégation de service public n'est peut-être pas des plus pertinents en matière pénale.

Il faut en outre noter que, dans les cas incertains qu'il a eu à trancher, notamment en matière éducative, le juge répressif a eu tendance à se montrer assez restrictif quant au champ des délégations de service public et, par voie de conséquence, de la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements. Or, si cette attitude est conforme à la lettre du texte pénal qui implique une interprétation stricte, il est permis de se demander si la lettre du texte est pour sa part en accord avec l'esprit et l'objet du dispositif, qui visait en partie à substituer la responsabilité des personnes morales à celles des personnes physiques, notamment

²¹ Pour une réflexion stimulante sur la différence entre ces deux concepts en sociologie du droit, se reporter aux entrées « effectivité » et « efficacité », in A.-J. Arnaud, *Dictionnaire de sociologie et de théorie du droit*, LGDJ, 1993.

²² Cass. crim. 3 avril 2002, précité, où la Cour admet la conformité de l'article 121-2 alinéa 2 du code pénal à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

²³ Cons. constit. 19-20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Sécurité et liberté*, considérant 7. Initiée en matière pénale, l'exigence s'est par la suite vue généralisée à toute disposition législative : Cons. constit. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, consid. 10.

en cas d'infractions non intentionnelles²⁴. De ce point de vue, l'efficacité de la référence aux activités susceptibles de convention de délégation de service public en tant que critère réducteur peut presque sembler regrettable, dans la mesure où elle alimente par défaut la pénalisation de l'action des agents publics et des élus, alors qu'elle était censée contribuer à limiter ce phénomène.

Se pose également la question de la pertinence du critère de « délégabilité » du service public au regard de l'objectif d'égalité entre les collectivités territoriales et les personnes morales de droit privé proclamé par le législateur. De ce point de vue, le critère n'est encore pas satisfaisant dans la mesure où l'impossibilité de délégation ne se confond pas toujours avec une impossibilité de participation permanente de personnes privées au service public. Ainsi par exemple, ces dernières peuvent être associées à la gestion des activités périscolaires et encourir la mise en jeu de leur responsabilité pénale alors que tel n'est pas le cas pour une commune qui gérerait ces mêmes activités en régie, le juge les considérant comme insusceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public²⁵.

Dès lors que la notion ne présente pas toutes les garanties en terme de prévisibilité et qu'elle est porteuse de quelques effets pervers au regard des objectifs de politique pénale que le mécanisme de la responsabilité des personnes morales devait satisfaire, il semblait envisageable de modifier la formulation du critère réducteur en choisissant de ne plus recourir à la référence aux conventions de délégation de service public. Son remplacement par une liste de compétences précises susceptibles d'engager la responsabilité pénale – ou à l'inverse par une exclusion, par exemple celle des fonctions participant à l'exercice de la souveraineté nationale²⁶ – aurait peut-être permis de simplifier la mise en œuvre de cette responsabilité. De tels changements sémantiques auraient toutefois pu remettre en débat l'immunité pénale dont bénéficie actuellement l'État, ce qui peut expliquer le choix du *statu quo*. De fait, aucune évolution n'a finalement vu le jour sur ce point, alors même que la suppression par la loi

²⁴ Si l'article 121-2 du code pénal prévoit que : « *La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3* », il n'en demeure pas moins que le mécanisme participe d'une volonté de limiter les poursuites contre les élus et fonctionnaires, en première ligne dans le mouvement de pénalisation de la vie publique. Sur l'articulation parfois difficile entre ces deux responsabilités, se reporter à G. Couturier, « Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques », *Revue des sociétés* 1993, p. 307 et s.

²⁵ Cass. crim. 12 décembre 2000, *précité*.

²⁶ Cette formule fait écho à la justification permettant d'exclure, à titre d'exception, des ressortissants communautaires des emplois publics (l'article 10 de la loi du 26 juillet 2005 précise qu'ils « *n'ont pas accès aux emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques* ») ou de limiter leur éligibilité aux fonctions municipales, en leur interdisant d'accéder aux postes de maire et d'adjoint, ou encore d'être délégué communal aux élections sénatoriales.

n° 2004-204 du 9 mars 2004 du principe de spécialité – qui n'autorisait initialement la mobilisation du mécanisme que « dans les cas prévus par la loi ou le règlement »²⁷ – offrait l'opportunité d'engager une réflexion pour perfectionner la rédaction et/ou étendre le champ d'application personnelle de cette responsabilité²⁸.

Ainsi, en dépit des ambiguïtés qu'elle suscite, le renvoi à la notion de délégation de service public demeure pour l'heure d'actualité en matière de responsabilité pénale des personnes morales. Cette référence témoigne de l'installation de la notion dans le droit national et de sa diffusion au-delà de sa sphère administrative initiale. Mais elle traduit aussi les difficultés qui se font jour lorsque le législateur cherche à imposer – trop ? – rapidement une nouvelle notion de manière transversale. Toute velléité d'extension d'une notion hors de son champ d'application d'origine implique en effet une réflexion préalable sur la possibilité de sa réception et les obstacles que peuvent dresser les spécificités du secteur où l'implantation est envisagée. Les progrès de la légistique sont à ce prix. Dans un contexte d'inflation législative galopante – notamment en matière pénale – une telle invitation à la prudence du législateur n'a guère de chance d'être entendue. La redécouverte de cette vertu est pourtant la seule démarche permettant d'espérer connaître à l'avenir des bilans d'anniversaire plus enthousiastes.

²⁷ Pour un panorama complet des infractions concernées, voir F. Desportes, « Responsabilité pénale des personnes morales », *JCl. pénal*, article 121-2, n° 77-104, p. 14-18. Comme le montre cette étude, le principe de spécialité portait mal son nom tant les infractions imputables aux personnes morales étaient nombreuses.

²⁸ Ce manque d'ambition de la reformulation du mécanisme de responsabilité pénale des personnes morales a déjà été souligné : Ph. Raimbault, « La discrète généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *AJDA* 2004, n° 44, p. 2427 et s. Le constat vaut du reste également à propos des conditions d'engagement de la responsabilité que la réforme laisse inchangées.