



PUBLICA-AVOCATS
Avocats au Barreau de Paris
22 rue de la Paix – 75002 Paris
cabinet@publica-avocats.com
Toque: R014

Le 2 avril 2020

NOTE À l'attention de
Monsieur Dominique BUSSEREAU
Ancien Ministre
Président de l'Assemblée des Départements de France
S/C de Monsieur le Préfet Pierre MONZANI, Directeur Général de l'ADF

Relative à :

la responsabilité des départements et des Présidents de conseils départementaux du fait de leur mission d'agrément et de contrôle en matière d'établissements sociaux et médico-sociaux (ESMS), dans le contexte de propagation du COVID-19

1. L'arrivée sur le territoire national de la pandémie de COVID-19 mobilise tous les acteurs publics.

Dans la mesure où « *la politique de santé relève de la responsabilité de l'Etat* »¹, les principales mesures relatives à la lutte contre le COVID-19 ont été édictées par les autorités étatiques. A ce titre, l'arrêté du ministre chargé de la santé du **14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus COVID-19**, et le **décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire** en sont la manifestation la plus évidente.

Il est, en ce sens, logique que le titre Ier de la **loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19** ait eu pour objet principal de **renforcer les pouvoirs réglementaires du Premier Ministre et du Ministre chargé de la santé**.

¹ Alinéa 2 de l'article L. 1411-1 du code de la santé publique

Néanmoins, le Conseil d'Etat a rappelé dans son ordonnance de référé en date du 22 mars 2020 (n°439674) que les Préfets et Maires demeuraient des autorités de police compétentes pour endiguer la pandémie. Dans son paragraphe n°15, il a également rappelé que les pouvoirs de celles-ci s'accompagnent d'une obligation d'agir. Il est admis depuis longtemps que l'inaction de l'autorité de police entraîne un dommage et que, dès lors, la victime est fondée à rechercher la responsabilité de l'administration en raison de cette carence, d'abord sur le fondement de la faute lourde (CE, 23 octobre 1959, n° 40922, *Doublet*) et désormais sur le fondement de la faute simple (CE, 28 novembre 2003, n° 238349, *Commune de Moissy-Cramayel*).

2. Les personnes accueillies en établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes (EHPAD)² constituent une population particulièrement vulnérable. Le drame qui s'est joué à Mougins dans les Alpes-Maritimes, où quinze résidents sont décédés des suites probables du COVID-19, suivi de nombreux autres³, en a été la première triste confirmation.

Ce constat a amené les autorités de l'Etat à mettre en place des mesures spécifiques dans ces établissements comme l'adaptation du plan bleu⁴ et l'édiction de mesures dérogatoires par l'ordonnance n°2020-313 du 25 mars 2020 relative aux adaptations des règles d'organisation et de fonctionnement des établissements sociaux et médico-sociaux.

3. A première vue les Départements ne semblent pas concernés par ces actualités législatives et réglementaires. Pourtant en tant qu'autorité de contrôle de certains établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS), ils ont bien évidemment un rôle à assumer pendant cette période de crise sanitaire, ce qui implique que leur responsabilité pourrait être engagée en cas de carence de leur part.

De plus en plus de citoyens, d'agents publics ou d'usagers expriment leur volonté de soumettre au contrôle du juge, et même du juge pénal, la gestion de la crise par les autorités exécutives en place. Les Départements n'échapperont certainement pas à cette vague contentieuse dans la mesure où ils incarnent l'échelon territorial le plus concerné par la gestion des EHPAD qui sont, par nature, particulièrement exposés et relèvent généralement d'une autorisation et d'un contrôle conjoint du Président du Conseil Départemental et du Directeur général de l'Agence régionale de Santé (ARS)⁵.

4. Seront ainsi envisagés successivement, le risque de voir la responsabilité du Département engagée pour des fautes commises dans le cadre de son pouvoir de contrôle des ESSMS (I) et le risque pénal pesant sur les exécutifs départementaux dans le cadre de la pandémie de COVID-19 (II).



² Article L. 313-12 du code de l'action sociale et des familles

³ 570 morts dues à ce virus ont été constatés à ce jour dans les EHPAD de la région Grand Est

⁴ Article D. 312-160 du code de l'action sociale et des familles

⁵ Article L. 313-3 du code de l'action sociale et des familles

I) La responsabilité pour faute dans le cadre de pouvoirs de contrôle du Président du Conseil départemental sur les EHPAD

A) Le cadre normal du contrôle des EHPAD

5. En application de l'article L. 313-3 du code de l'action sociale et des familles, le Président du Conseil départemental est seul compétent pour autoriser les établissements qui accueillent des personnes âgées lorsque les prestations qu'ils dispensent sont susceptibles d'être prises en charge par l'aide sociale départementale ou lorsque leurs interventions relèvent d'une compétence dévolue par la loi au département.

Il est également compétent, conjointement avec le Directeur général de l'ARS, lorsque les prestations dispensées par ces établissements sont également susceptibles d'être prises en charge par les organismes d'assurance maladie.

6. L'article L. 313-13 du code de l'action sociale et des familles pose le principe selon lequel, l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation de fonctionnement d'un ESSMS, laquelle est également l'autorité chargée du contrôle, que cet établissement se conforme aux obligations issues du code.

Cette mission de contrôle implique de nombreux pouvoirs mais également de nombreuses obligations pour le Président du Conseil départemental. Elle prévoit aussi que ce dernier est informé des dysfonctionnements au sein de l'ESSMS.

7. Ainsi, s'agissant des EHPAD ne relevant que de la compétence départementale, les contrôles sont effectués par les agents départementaux désignés à cette fin par le Président du Conseil départemental.

Lorsque l'établissement relève de la compétence conjointe du Président du Conseil départemental et du Directeur général de l'ARS, les contrôles sont effectués de façon séparée ou conjointe et dans la limite de leurs compétences respectives, par les agents départementaux et par les personnels de l'ARS⁶.

En outre, le Préfet de département peut, à tout moment, diligenter les contrôles des ESSMS. Il informe l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation des résultats de ces contrôles.

Le président du conseil départemental informe sans délai le représentant de l'Etat dans le département de tout événement survenu dans un établissement ou service qu'il autorise, dès lors qu'il est de nature à compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes accueillies.

Enfin, les établissements, services et lieux de vie et d'accueil sont soumis au contrôle des membres de l'inspection générale des affaires sociales.

⁶ Les pharmaciens inspecteurs de santé publique, les médecins inspecteurs de santé publique, les inspecteurs de l'action sanitaire et sociale, les ingénieurs du génie sanitaire, les ingénieurs d'études sanitaires et les techniciens sanitaires et des inspecteurs et des contrôleurs désignés à cet effet par le Directeur général de l'ARS.

8. L'autorité de contrôle (ou l'une d'elles en cas de contrôle conjoint) dispose d'un panel de mesures permettant de faire respecter les prescriptions du code de l'action sociale et des familles en matière d'accueil des résidents dépendants par la structure gestionnaire de l'EHPAD. Ces mesures comprennent un pouvoir d'injonction⁷, d'astreinte⁸, de sanction financière⁹, pouvant aller jusqu'à la désignation d'un administrateur provisoire¹⁰. L'autorité de contrôle dispose en outre d'un pouvoir de suspension ou de cessation de l'activité de l'EHPAD¹¹.

9. L'article L. 331-8-1 du code de l'action sociale et des familles prévoit, par ailleurs, que les ESSMS doivent informer, sans délai, l'autorité de contrôle de tout dysfonctionnement grave dans leur gestion ou leur organisation susceptible d'affecter la prise en charge des usagers, leur accompagnement ou le respect de leurs droits, ainsi que de tout événement ayant pour effet de menacer ou de compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en charge.

Ce signalement fait l'objet d'un formulaire conforme au modèle défini par l'**arrêté du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales**.

10. Cette législation fait donc peser sur le Président du Conseil départemental un certain nombre d'obligations (souvent partagées) pour lesquelles des manquements pourraient être de nature à engager la responsabilité du Département.

∞

B) Le cadre spécial du contrôle pendant la pandémie de COVID-19

11. Dans le cadre de l'habilitation donnée au Gouvernement par la loi du 23 mars 2020, une ordonnance n°2020-313 du 25 mars 2020 relative aux adaptations des règles d'organisation et de fonctionnement des établissements sociaux et médico-sociaux donne la possibilité aux directeurs de ces établissements de mettre en place des mesures spéciales pour lutter contre la propagation du COVID-19.

L'article 1^{er} de cette ordonnance dispose ainsi que :

« I. - Par dérogation aux dispositions du chapitre III du titre 1er du livre III du code de l'action sociale et des familles :
1° Les établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles ainsi que les lieux de vie et d'accueil mentionnés au III du même article peuvent, en veillant à maintenir des conditions de sécurité suffisantes dans le contexte de l'épidémie de covid-19, adapter leurs conditions d'organisation et de fonctionnement et dispenser des prestations non prévues dans leur acte d'autorisation, en dérogeant aux conditions minimales techniques d'organisation et

⁷ I de l'article L. 313-14 du code de l'action sociale et des familles

⁸ II de l'article L. 313-14 du code de l'action sociale et des familles

⁹ III de l'article L. 313-14 du code de l'action sociale et des familles

¹⁰ V de l'article L. 313-14 du code de l'action sociale et des familles

¹¹ Article L. 313-15 et suivants du code de l'action sociale et des familles

de fonctionnement mentionnées au II de l'article L. 312-1 du même code, en recourant à un lieu d'exercice différent ou à une répartition différente des activités et des personnes prises en charge. Ils peuvent aussi déroger aux qualifications de professionnels requis applicables, et, lorsque la structure y est soumise, aux taux d'encadrement prévus par la réglementation, en veillant à maintenir des conditions de sécurité suffisantes dans le contexte de l'épidémie de covid-19 [...] ».

III. - Les adaptations dérogatoires prévues au I sont décidées par le directeur de l'établissement ou du service après consultation du président du conseil de la vie sociale et, lorsque la structure en est dotée, du comité social et économique. Le directeur informe sans délai la ou les autorités de contrôle et de tarification compétentes et, le cas échéant, la commission mentionnée à l'article L. 241-5 du code de l'action sociale et des familles des décisions d'adaptation dérogatoire qu'il a prises. Si la sécurité des personnes n'est plus garantie ou si les adaptations proposées ne répondent pas aux besoins identifiés sur le territoire, l'autorité compétente peut à tout moment s'opposer à leur mise en œuvre ou les adapter ».

12. Cette nouvelle réglementation donne donc au Président du Conseil départemental un pouvoir de contrôle des mesures dérogatoires mises en place dans le cadre de la lutte contre le COVID-19 par le directeur d'un ESSMS relevant d'une autorisation départementale. Bien que l'ordonnance ne précise pas l'identité de « l'autorité compétente » susceptible de s'opposer à ces mesures ou de les adapter, une certaine logique impliquerait la compétence de l'autorité de contrôle qui en a été informée...et donc du Président du Conseil départemental.



C) L'engagement de la responsabilité pour manquement dans le contrôle des ESMMS

13. Traditionnellement, la responsabilité de l'administration assurant le contrôle d'une structure ne peut être recherchée qu'à raison des fautes commises dans l'exercice du contrôle et s'il existe un lien de causalité entre ce manquement et le dommage en question.

La jurisprudence exige généralement qu'une faute lourde soit commise par l'administration dans le cadre de son contrôle d'une activité, par exemple dans le contrôle de la navigation aérienne (CE, 21 novembre 1984, n°49194) ou encore pour le contrôle des carrières (CE, 24 mars 1986, Lebon p.179).

Néanmoins, la responsabilité que le Département encourt en raison de l'insuffisance de contrôle sur les conditions d'accueil des enfants placés au sein de familles d'accueil en vertu de sa compétence « aide sociale à l'enfance » relève de la faute simple (CE, 13 octobre 2003, n° 244419). Il en est de même pour la faute commise par l'État dans le contrôle d'une action de formation professionnelle (CAA Bordeaux, 19 décembre 2002, n° 99BX01932).

Par ailleurs, comme il l'a déjà été évoqué, les carences de l'administration dans le cadre de ses pouvoirs de police sont susceptibles de conduire à la mise en cause de sa

responsabilité sur le fondement de la faute simple, qu'il s'agisse de la police générale¹² ou d'une police spéciale¹³.

14. Ces différentes raisons amènent à penser que les carences du Président du Conseil départemental dans le cadre de sa mission de contrôle des ESSMS, telles que décrites *supra*, sont susceptibles d'engager la responsabilité du Département sur le fondement de la faute simple.

Bien qu'à notre connaissance aucune décision n'ait été rendue s'agissant de la responsabilité d'un département dans le cadre de sa mission de contrôle d'un ESSMS, la doctrine a expressément envisagé cette hypothèse :

« le département doit s'assurer que l'opérateur gestionnaire de l'établissement (public, associatif ou privé), titulaire d'une habilitation majoritairement délivrée pour une longue durée (durée de droit commun fixée à 15 ans : CASF, art. L. 313-1), respecte en continu les droits fondamentaux, l'intégrité physique et morale des publics vulnérables accueillis. A défaut, le département s'expose au risque de voir sa responsabilité civile et pénale encourue, en cas de mise en danger des résidents accueillis ». (Le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux par le département – Christine Teixeira – AJCT 2018. 431).

15. En l'occurrence, les familles de personnes âgées accueillies au sein d'EHPAD décédées des suites du COVID-19 pourraient rechercher outre la responsabilité de l'ESSMS lui-même, celle des autorités de contrôle au sein desquelles figure le Département.

Un tel recours ne serait toutefois fondé que si les requérants parvenaient à prouver, d'une part, une faute du Département dans le contrôle qu'il doit exercer sur l'ESSMS relevant de sa compétence et, d'autre part, que cette carence est directement à l'origine du décès. Les départements doivent donc être particulièrement vigilants quant aux informations qu'ils reçoivent concernant les dysfonctionnements et les mesures impactant les EHPAD relevant de leur compétence en cette période de crise sanitaire. En effet, la carence de l'autorité de contrôle serait d'autant plus facile à démontrer lorsque celle-ci a été informée et qu'elle s'est abstenue d'agir.

∞ ∞

II) La responsabilité pénale

A) L'exclusion de la responsabilité du Département en tant que personne morale

16. L'article 121-2 du code pénal dispose que :

¹² CE, 28 novembre 2003, n° 238349

¹³ CE, 9 novembre 2016, n°393108

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, 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.

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. »

La Cour de cassation estime que sont susceptibles de faire l'objet de telles conventions les activités ayant pour objet la gestion d'un service public lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elles peuvent être confiées, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation (Cass. crim., 6 avril 2004, n°03-82.394).

Or, la jurisprudence administrative est constante en la matière : les pouvoirs de police que détient une collectivité territoriale sont insusceptibles de délégation (CE, 1^{er} avril 1994, n°144152, *Commune de Menton*).

17. Deux éléments amènent à penser que l'activité de contrôle des ESSMS par le Président du Conseil Département est une activité insusceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public au sens de l'article 121-2 du code pénal.

D'une part, le titre de la section du code de l'action sociale et des familles prévoyant les modalités de contrôle des ESSMS est intitulée « contrôle administratif et mesures de police administrative ».

La doctrine d'accorde d'ailleurs sur le fait que le contrôle de ESSMS relève dans son ensemble d'une police administrative spéciale¹⁴.

D'autre part, la lettre même de l'article L. 313-13 du code de l'action sociale et des familles induit que l'activité de contrôle ne peut pas faire l'objet d'une délégation dans la mesure où celle-ci doit être effectuée par « *par les agents départementaux* » désignés à cette fin par le président du Conseil départemental »

18. Par conséquent, les éventuelles carences du président du Conseil départemental dans l'exercice de ses missions de contrôle des EPSMS ne pourraient pas conduire le Département à une condamnation par les juridictions répressives.

Il n'en va pas de même s'agissant des personnes physiques.



¹⁴ M. Borgetto *Le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux*, RDSS 2010 p.403

B) La responsabilité pénale du Président du Conseil départemental

19. L'article 121-3 du code pénal dispose que :

« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.
Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.
Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.
Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.
Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. »

Cet article distingue deux cas :

- la personne physique est l'auteur direct du dommage. Dans ce cas, une simple faute de d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité suffit à retenir sa responsabilité pénale.
- la personne physique est un auteur indirect. Dans ce cas, la faute commise doit présenter des caractéristiques particulières pour engager sa responsabilité pénale. Il s'agira soit d'une violation manifeste d'une obligation particulière de sécurité, soit d'une faute caractérisée.

20. C'est principalement cette deuxième hypothèse que retiendra notre attention dans le cas de décès de personnes âgées accueillies au sein d'un EHPAD.

La faute caractérisée se définit comme « *une défaillance inadmissible [dans une] situation qui mérite une attention soutenue, en raison des dangers ou des risques qu'elle génère* » (Cass. crim., 26 novembre 2013, n°12-86.586).

La Cour de cassation a jugé dans ce cas que « *les élus locaux, sont pénalement responsables des faits non intentionnels qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie* » (Cass. crim., 3 décembre 1997, n° 96-84.841)

Est, par exemple, coupable d'homicide involontaire, le Maire qui, bien qu'ayant été informé de dysfonctionnements d'une aire de jeux à l'origine du décès d'un enfant, s'était abstenu d'y remédier (Cass. crim., 2 décembre 2003, n° 03-83.008).

21. Il est donc clair que pour éviter une condamnation pénale, le Président du Conseil départemental et plus généralement, les élus et agents en situation de responsabilité dans le cadre du contrôle des ESSMS, doivent, en conscience, veiller à agir, en respectant scrupuleusement le cadre que leur impose le code de l'action sociale et des familles et l'ordonnance du 25 mars 2020 n°2020-313.

22. Dans le cas contraire et sous l'appréciation souveraine du juge répressif, les infractions suivantes seraient susceptibles d'être retenues : homicide involontaire¹⁵, mise en danger de la vie d'autrui dans l'hypothèse où il n'y a pas de dommage¹⁶ ou encore l'infraction rare d'entrave aux mesures d'assistance et de l'omission de porter secours¹⁷.

∞ ∞ ∞

23. En conclusion et en synthèse, si les Départements ne semblent pas en première ligne dans la lutte contre la pandémie de COVID-19, il faut rappeler qu'ils demeurent responsables (ou co-responsables) du contrôle de nombreux EHPAD.

A ce titre, il leur appartient d'être particulièrement vigilants sur les informations qui leur seraient transmises par l'EHPAD ou par tout autre canal et d'agir en conséquence.

En effet, l'abstention d'agir en ayant connaissance d'informations relatives à des dysfonctionnements d'un EHPAD est susceptible d'aboutir à l'engagement de la responsabilité civile du Département, voire de la responsabilité pénale de l'exécutif départemental et des agents en charge du contrôle des établissements.

Aussi, il est recommandé de privilégier le travail en collaboration avec les DGARS et Préfets afin de mutualiser l'information et conduire collectivement une réponse adaptée à la lutte contre la pandémie de COVID-19. En effet, ces autorités sont davantage à même de disposer des compétences techniques indispensables lors d'une crise sanitaire d'ampleur.

De façon très opérationnelle, il conviendrait que chaque Président de Conseil départemental désigne au sein de l'administration départementale un cadre de haut niveau, placé directement sous la responsabilité du directeur général des services ou de son DGA en charge du secteur social, pour suivre dans la période de crise actuelle, la situation des EHPAD, des maisons de retraite, mais également de façon plus générale, des établissements sanitaires et médico-sociaux, soumis au contrôle du département. Ce cadre devrait de façon permanente rendre compte au Président, au DGS et au DGA "social", ainsi qu'aux élus siégeant aux conseils d'administration desdits établissements, de la situation de ceux-ci au regard de l'évolution de la pandémie et de ses conséquences

¹⁵ Article 221-6 du code pénal

¹⁶ Article 223-1 du code pénal

¹⁷ Article 223-7 du code pénal

dans les structures concernées, afin que le Président du département, en liaison avec le Directeur Général de l'ARS et le Préfet, puisse prendre, dans la limite de ses compétences, les décisions qui s'imposent.

Bernard de Froment
Avocat spécialisé en droit public

Bernard de Froment
