http://lamyline.lamy.fr

Rubrique de jurisprudence constitutionnelle

(Sept. 2013 - Févr. 2014)

Ainsi qu'annoncé lors de la dernière chronique (BDEI, n° 47/2013, n° 1644), le Conseil constitutionnel *s'est* prononcé sur une question concernant la constitutionnalité des articles 1er et 3 de la loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 *visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique* (I.).

Par Malik Memlouk

Avocat Associé
SCP Boivin et associés

➔BDEI 1738

La question de la violation du principe de participation et d'information du public a continué de marquer la jurisprudence constitutionnelle en matière d'environnement (II.).

Une décision de non-lieu à renvoi de la Cour de cassation concernant l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal mérite également d'être examinée (III.).

I. – LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LOI N° 2011-835 DU 13 JUILLET 2011

C'est au début de l'année 2011 que la question de l'exploitation des hydrocarbures et gaz de schiste a commencé à susciter une controverse de plus en plus importante au sein des milieux associatifs, de la population et des élus locaux qui se sont très directement tournés vers les pouvoirs publics aux fins de demander l'arrêt des opérations de recherches menées dans plusieurs régions (Sud Est, Ile-de-France, Alsace, etc.) par les différents titulaires de titres miniers.

En réponse à ce mouvement d'opposition, plusieurs actions ont alors été engagées par les pouvoirs publics.

Tout d'abord, le gouvernement a, au mois de février 2011, demandé à tous les industriels détenteurs de permis exclusifs de recherches de suspendre leur activité opérationnelle jusqu'à l'été 2011.

Parallèlement, les Ministres de l'écologie et de l'industrie ont lancé une Mission interministérielle aux fins d'évaluer les enjeux et les risques associés à l'exploration et l'exploitation de ces hydrocarbures.

De leur côté, les parlementaires ont constitué une mission d'information sur les gaz et huile de schiste, dirigée par MM. François-Michel Gonnot et Philippe Martin, dont le rapport a été rendu public le 8 juin 2011[1].

Enfin, à l'initiative du député Christian Jacob, une proposition de loi n° 3301 a été déposée à l'Assemblée nationale, le 31 mars 2011, aux fins d'abroger tous les permis de recherches portant sur des hydrocarbures liquides ou gazeux non conventionnels.

À l'occasion de la discussion de cette dernière proposition, il est apparu que l'objet initial de la loi s'est restreint, au fur et à mesure des discussions, pour aboutir à la seule interdiction du recours à la technique de la fracturation hydraulique de la roche, compte tenu des inquiétudes exprimées par la population qui s'étaient, avant tout, cristallisées autour de l'emploi de cette technique.

Concrètement, cette technique consiste, à partir d'un forage horizontal, à injecter une importante quantité d'eau sous pression qui, combinée à du sable et à des adjuvants chimiques, entraîne la réactivation ou la création d'un réseau de mini-fissures dans la roche. À la suite de cette opération dite de « stimulation » de la roche, l'huile ou le gaz peut alors être récupéré(e).

Aux termes de l'article 1er de la loi adoptée le 13 juillet 2011, l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par des forages suivis de fracturation hydraulique de la roche sont interdites sur le territoire national.

Par ailleurs, l'article 3 de la loi tire toutes les conséquences de cette interdiction en instituant une procédure inédite d'abrogation des permis de recherches pour les permis en cours dont les titulaires

(1) Rapport d'information sur les gaz et huile de schiste - http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3517.asp.

http://lamyline.lamy.fr

décideraient d'avoir recours à l'utilisation de la fracturation hydraulique.

Précisément, dans un délai de deux mois suivant l'adoption de la nouvelle loi, les opérateurs de titres existants devaient fournir à l'administration centrale un rapport précisant les techniques employées ou envisagées dans le cadre de leurs activités de recherches. Si les titulaires des permis ne remettaient pas ce rapport dans le délai requis ou si celui-ci mentionnait le recours, effectif ou éventuel, à des forages suivis de fracturation hydraulique de la roche, les permis exclusifs de recherches devaient alors être abrogés par l'autorité administrative.

La société Schuepbach Energy LLC avait obtenu, par arrêtés ministériels du 1er mars 2010, deux permis exclusifs de recherches de mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux portant respectivement sur une partie des départements de l'Ardèche et du Gard (permis dit de Villeneuve-de-Berg), et sur une partie des départements de la Lozère, du Gard, de l'Hérault et de l'Aveyron (permis dit de Nant).

Dans le rapport déposé, le 12 septembre 2011, en application de l'article 3 de la loi du 13 juillet 2011, cette société avait fait savoir à l'administration qu'elle avait l'intention d'utiliser des forages suivis de fracturation hydraulique de la roche dans le cadre de l'exploration des zones concernées. En conséquence, les Ministres de l'écologie et de l'économie ont prononcé, par un arrêté du 12 octobre 2011, l'abrogation des deux permis en cause.

À l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé à l'encontre de cet arrêté interministériel devant le Tribunal administratif de Cergy Pontoise, la société Schuepbach Energy LLC a contesté la constitutionnalité de la loi du 13 juillet 2011.

D'une part, elle invoquait la violation, par l'article 1er de la loi, du principe d'égalité devant la loi et de la liberté d'entreprendre dans la mesure où la technique en cause n'était pas interdite pour d'autres types d'exploitations minières (géothermie). Elle estimait également que l'article 5 de la Charte de l'environnement avait été méconnu compte tenu du caractère absolu de l'interdiction prononcée.

D'autre part, elle contestait la constitutionnalité des dispositions de l'article 3 de la loi du 13 juillet 2011 en soutenant qu'elles modifiaient une situation légalement acquise par les titulaires des permis en méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. À cet égard, elle considérait que l'abrogation de ses titres miniers portait atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.

Elle invoquait, enfin, à l'encontre des deux dispositions susmentionnées de la loi, la violation de l'article 6 de la Charte de l'environnement, qui prévoit la conciliation de la protection et de la mise en valeur de l'environnement, du développement économique et du progrès social.

Dans une ordonnance du 19 mars 2013, n° 1202504, le Tribunal administratif de Cergy Pontoise a considéré que ces questions n'étaient pas dépourvues de caractère sérieux et les a transmises au Conseil d'État qui, retenant la même analyse, les a, par une décision du 12 juillet 2013, n° 367893, adressées au Conseil constitutionnel.

Dans sa décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, le Conseil constitutionnel rejette l'ensemble des moyens invoqués par la société Schuepbach Energy LLC. La solution retenue par le Conseil constitutionnel en ce qui concerne la violation du principe d'égalité (**A.**) et du droit de propriété (**B.**) mérite une attention toute particulière. Quelques développements peuvent également être consacrés aux autres dispositions constitutionnelles dont la méconnaissance était invoquée (**C.**).

D'emblée, et d'un point de vue procédural, il convient d'observer que le Conseil constitutionnel, saisi de nombreuses demandes d'interventions de la part de collectivités locales, d'associations de défense de l'environnement et de particuliers, a considéré que seules les associations France Nature Environnement et Greenpeace bénéficiaient d'un intérêt spécial au sens de l'article 6 du règlement intérieur du 4 février 2010 *sur la procédure suivie pour les questions prioritaires de constitutionnalité* de nature à justifier une intervention. La décision ne fournit, toutefois, aucune précision sur ce qui permettrait de caractériser l'intérêt spécial en cause.

A. - La violation du principe d'égalité

Dans la foulée de certains parlementaires à l'occasion des travaux préparatoires de la loi, la société Schuepbach Energy LLC avait mis en avant la violation du principe d'égalité par l'article 1er de la loi du 13 juillet 2011 dans la mesure où cette disposition interdit le recours à la fracturation hydraulique pour l'exploitation des huiles et gaz de schiste tandis que ce recours reste autorisé pour l'exploitation d'autres activités minières telles que la géothermie[(2)].

La requérante cherchait ainsi à s'inscrire dans le prolongement des décisions du Conseil constitutionnel concernant la taxe générale sur les activités polluantes (Cons. const., 28 déc. 2000, n° 2000-441 DC, Loi de finances rectificative pour 2000) ou encore la taxe carbone (Cons. const., 29 déc. 2009, n° 2009-599 DC, Loi de finances pour 2010) qui ont censuré le législateur sur le fondement de la violation du principe d'égalité.

Le Conseil constitutionnel rejette ce moyen en se fondant sur deux arguments.

D'une part, il indique que les procédés de forage utilisés en matière de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures diffèrent de ceux appliqués pour la géothermie et qu'en conséquence, en limitant le champ de l'interdiction aux seuls forages destinés à l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux, le législateur a traité différemment des procédés distincts de recherche et d'exploitation de ressources minières.

Précisément, et à la lecture du commentaire de la décision[(3)], le Conseil constitutionnel s'est fondé sur trois séries de considérations pour retenir une telle analyse.

(2) M. Gonnot déclarait ainsi : « *Cela dit, interdire la fracturation hydraulique au nom des principes de précaution et de prévention ne tient pas sur le plan du droit : il est en effet impossible de l'interdire pour les hydrocarbures et de l'autoriser pour la géothermie. Je vous mets donc en garde car un recours au Conseil constitutionnel est possible sur ce seul point* ».

(3) http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013346QPCccc_346qpc.pdf

Tout d'abord, il a estimé qu'en matière d'hydrocarbures et de gaz de schiste et contrairement à la géothermie, il était nécessaire de procéder à une multiplication des forages.

Ensuite, il a considéré que la nature des roches faisant l'objet de la fracturation hydraulique était différente. Ainsi, en matière de géothermie, les roches fracturées sont des roches chaudes tandis qu'en matière de recherche d'hydrocarbures, les roches faisant l'objet de la fracturation sont des roches sédimentaires, ce qui induit des contraintes de compression plus fortes ainsi que le recours à la fracturation horizontale.

Enfin, le fluide utilisé pour la fracturation hydraulique en matière d'hydrocarbures se distingue par la présence de produits chimiques, dénommés « propactants », et ce fluide est injecté dans la roche à une pression supérieure.

Cette analyse concernant la différence entre le recours à la fracturation hydraulique en matière d'hydrocarbures et de gaz de schistes, d'un côté, et de géothermie, de l'autre, n'est pas pleinement convaincante, notamment à la lecture du rapport du 27 novembre 2013 de MM. Jean-Claude Lenoir et Christian Bataille fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques concernant les techniques alternatives à la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures non conventionnels[4].

Ainsi, ce rapport, après avoir rappelé que la technique employée en matière de géothermie profonde bien que, présentant certaines différences avec la stimulation en matière d'hydrocarbures, souligne que les deux techniques reposent sur un principe général identique.

Ainsi, en matière de géothermie comme en matière d'hydrocarbures :

- l'absence de pollution dépend, avant tout, de la qualité de forage et un forage mal réalisé risque de mettre en communication des nappes qui n'ont pas vocation à l'être ;
- le risque sismique est le principal risque ;
- la stimulation hydraulique s'accompagne d'une stimulation chimique (utilisation d'acide chlorhydrique, d'acide fluorhydrique ou de mélanges d'acides organiques).

En pratique, force est, d'ailleurs, de constater qu'il semble quelque peu réducteur d'opposer radicalement du point de vue des risques pour l'environnement les forages pratiqués en matière de géothermie et ceux pratiqués en matière d'hydrocarbures.

Ainsi, en 2006, des travaux de forages géothermiques menés dans la région de Bâle ont provoqué une secousse sismique d'une magnitude de 3,4 sur l'échelle de Richter, à la suite d'une opération d'injection d'eau à haute pression dans la roche. De même, le forage de Soultz-sous-Forêts dans le Haut-Rhin, lequel met d'ailleurs en œuvre une stimulation chimique de la roche, a entrainé un séisme d'une magnitude de 2,9 sur l'échelle de Richter.

En revanche, le rapport de MM. Gonnot et Lenoir précité met en avant le fait que la géothermie est beaucoup mieux acceptée socialement que la fracturation hydraulique en vue de l'exploitation d'hydrocarbures.

> *Il semble quelque peu réducteur d'opposer radicalement du point de vue des risques pour l'environnement les forages pratiqués en matière de géothermie et ceux pratiqués en matière d'hydrocarbures.*

D'autre part, le Conseil constitutionnel précise que le législateur a entendu prévenir les risques que la fracturation hydraulique pour la recherche et l'exploitation des hydrocarbures est susceptible de faire courir à l'environnement sans pour autant faire obstacle au développement de l'exploitation de la ressource géothermique.

En conséquence, le Conseil constitutionnel estime que la différence de traitement entre les deux procédés de fracturation hydraulique de la roche est en rapport direct avec l'objet de la loi.

Sur ce point, il est tout à fait clair, à la lecture des travaux préparatoires du texte, que le législateur a expressément entendu préserver les perspectives de développement de la géothermie profonde.

Il convient, toutefois, d'observer que l'interdiction de toute fracturation hydraulique pour la recherche et l'exploitation d'hydrocarbures risque d'entraîner un impact plus global susceptible d'affecter la géothermie en entravant la recherche en la matière.

Le rapport de MM. Lenoir et Bataille précité indique à cet égard : « *Ces constats militent non pour l'immobilisme, mais au contraire, pour un effort redoublé de recherches sur la connaissance de notre sous-sol. Ces recherches ne serviraient d'ailleurs pas qu'une éventuelle exploration / exploitation des ressources non conventionnelles. Elles permettraient aussi une meilleure connaissance de la ressource en eau, et seraient utiles pour la géothermie ou encore pour la réalisation de dispositifs de stockage d'*énergie ».

À cet égard, ce rapport recommande la mise en place de forages expérimentaux par le biais de financements privés sous un contrôle étroit de l'administration.

Bien plus, il se prononce en faveur d'initiatives en direction d'universités situées dans des pays ayant décidé d'explorer et/ou exploiter leurs ressources non conventionnelles afin que de jeunes Français puissent y effectuer des thèses, des travaux post-doctorat ou des stages en les encourageant ainsi à se livrer à des activités pourtant interdites sur le territoire national.

B. - La violation du droit de propriété

Selon la société Schuepbach Energy LLC, l'article 3 de la loi, en prévoyant l'abrogation des permis exclusifs de recherches, méconnaissait le droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Sur ce point, le Conseil constitutionnel estime que les autorisations de recherche minière accordées dans des périmètres définis et pour une durée limitée par l'autorité administrative ne sauraient être assimilées à des biens objets, pour leurs titulaires, d'un droit

(4) http://www.senat.fr/rap/r13-174/r13-1741.pdf

de propriété et a, en conséquence, écarté toute violation des dispositions précitées.

Selon le commentaire de la décision[5], l'analyse ainsi retenue se situerait dans le prolongement d'une jurisprudence ancienne aux termes de laquelle le Conseil constitutionnel avait refusé de considérer que des autorisations d'exploiter des services de transports publics de personnes soient assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété (Cons. const., 30 déc. 1982, n° 82-150 DC, Loi d'orientation des transports intérieurs).

La portée de la décision du Conseil constitutionnel sur ce point n'est pas sans susciter certaines interrogations.

Précisément, le raisonnement de la société Schuepbach Energy LLC s'articulait autour, d'une part, de l'article 8 du Code minier aux termes duquel en matière de recherches d'hydrocarbures liquides ou gazeux, l'explorateur a le droit de disposer librement des produits extraits et, d'autre part, de l'article 54 du même Code en vertu duquel le titulaire d'un permis de recherches exclusif et lui seul, peut obtenir, pendant la durée de validité de son permis, un permis d'exploitation portant, à l'intérieur du périmètre de ce permis exclusif, sur des substances visées par celui-ci.

Au regard de ces considérations, le rejet des prétentions de la société requérante relative à la violation du droit de propriété peut reposer sur deux séries de fondements : la nature spécifique du permis de recherches, d'un côté, et la nature des titres miniers en général, de l'autre.

En ce qui concerne la nature spécifique du permis de recherches exclusif, il serait possible d'admettre que, par définition, un tel titre qui a, avant tout, pour objet de déterminer la présence de ressources et le caractère exploitable de celles-ci ne confère à son titulaire que des avantages économiques incertains et que, sous cet angle, la violation du droit de propriété qui résulte de son abrogation n'est pas établie.

En ce qui concerne la nature même des titres miniers en général et le fait que ceux-ci ne conféreraient à leurs titulaires aucun droit de propriété, il est possible de se montrer nettement plus réservé.

Certes, comme le souligne M. le Professeur Billet [6], de tels titres ne confèrent que des droits limités dans leurs effets puisque leur mutation doit faire l'objet d'une autorisation ministérielle. En outre, ils peuvent donner lieu à une procédure de déchéance en cas d'inexécution de certaines obligations ou encore en cas d'absence d'exploitation prolongée.

Pour autant, il convient de ne pas perdre de vue que les dispositions du Code minier prévoient, à titre d'exemple, qu'une concession minière crée un droit immobilier distinct de la propriété de la surface.

Par ailleurs, il convient de préciser que, ces dernières années, les réflexions sur la question de la patrimonialité des actes administratifs ont considérablement évolué[7].

À cet égard, et sans explicitement remettre en cause sa décision du 30 décembre 1982 susmentionnée, le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas lui-même considéré, dans une décision du 28 décembre 2000, concernant l'attribution des fréquences UMTS que « *la délivrance de l'autorisation ouvre, pour une période de quinze ans, le droit d'occupation des fréquences ; qu'elle confère ainsi à son bénéficiaire, dès son intervention, un avantage valorisable* ».

Or, plus encore que les titres miniers, les autorisations d'occupation du domaine public sont soumises à un principe général de précarité qui permet leur retrait à tout moment pour motif d'intérêt général.

> *Le Conseil constitutionnel estime que les autorisations de recherche minière accordées dans des périmètres définis et pour une durée limitée par l'autorité administrative ne sauraient être assimilées à des biens objets, pour leurs titulaires, d'un droit de propriété.*

Enfin, et surtout, il est loin d'être acquis que l'analyse retenue par le Conseil constitutionnel puisse être justifiée du point de vue du droit européen.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'entrent dans le champ de l'article 1er du Protocole 1er et que revêtent le caractère de biens présentant une valeur patrimoniale, les autorisations administratives conditionnant l'exercice d'une activité.

Précisément, dans une décision du 7 juillet 1989, la Cour a considéré que le retrait, à la suite d'une procédure fiscale de la licence dont disposait un restaurateur et qui l'autorisait à procéder à la vente de boissons alcooliques, licence dont la loi suédoise affirmait le caractère incessible, entrait bien dans le champ de l'article 1er du Protocole 1er dans la mesure où le maintien de cette licence figurait parmi les conditions principales de la poursuite des activités du requérant et que le retrait de celle-ci avait eu des incidences négatives sur le fonds de commerce ainsi que sur la valeur du restaurant (CEDH, 7 juill. 1989, Tre Traktörer Aktiebolog c/ Suède, Série A, n° 159, p. 18).

Dans un autre arrêt du 18 février 1991, la Cour a estimé que le retrait par le gouvernement suédois du permis d'exploiter une gravière, en application d'une loi nationale relative à la protection de la nature, a porté atteinte au droit des requérants, au respect de leurs biens, y compris les intérêts économiques liés à l'exploitation de la gravière (CEDH, 18 févr. 1991, Fredin c/ Suède, RUDH 1992. 9).

En pratique, et selon la Cour, ce n'est donc pas véritablement l'autorisation administrative elle-même qui constitue un bien, mais les

(5) http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013346QPCccc_346qpc.pdf

(6) Billet Ph., QPC « Gaz de Schiste » : validation de la loi « Jacob », Environnement et développement durable, janv. 2014.

(7) RFDA 2009 n° 1, Dossier sur la patrimonialité des actes administratifs.

intérêts économiques et patrimoniaux qui en découlent très directement.

D'une manière générale, et ainsi que le souligne M. le Professeur Hostiou : « *une créance bénéficie également de la qualification de « bien » dès qu'elle est constituée* » et « *avec le concept d'espérance légitime, le juge européen dispose d'un instrument de nature à lui permettre d'arrimer au système de protection conventionnelle les biens incorporels que sont les créances incertaines* »(8).

Bien plus, la Cour procède à une véritable autonomisation de la notion de biens puisque, aux termes de sa jurisprudence, le droit au respect des biens s'applique même en l'absence de tout titre juridique (CEDH, 19 juin 2002, Oneryildiz c/ Turquie, n° 48939/99).

Sur la base de tels principes, la solution retenue par le Conseil constitutionnel concernant l'absence de toute violation du droit de propriété paraît donc présenter un caractère discutable.

C. -Les autres dispositions constitutionnelles invoquées

Outre la violation du droit de propriété et du principe d'égalité, la société Schuepbach Energy LLC faisait valoir ***une violation de la liberté d'entreprendre*** découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le Conseil constitutionnel écarte le moyen en considérant que la restriction apportée tant à la recherche qu'à l'exploitation des hydrocarbures par l'article 1er de la loi ne revêt pas, en l'état des connaissances et des techniques, un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi.

Sur ce point, le Conseil constitutionnel fait donc application de sa jurisprudence traditionnelle en la matière (Cons. const., 16 janv. 2001, n° 2000-439 DC, Loi relative à l'archéologie préventive).

Ainsi, alors même qu'elle fait observer que l'interdiction prononcée par la loi présente un caractère général et absolu, la décision relève, dans le même temps, que les opérations d'exploitation et de recherches sont soumises à autorisation administrative mettant ainsi en évidence le fait qu'elles s'exercent, non dans un régime de liberté, mais dans un cadre particulièrement strict.

En ce sens, le Conseil constitutionnel paraît considérer que la restriction à la liberté d'entreprendre qui découle de la loi doit être appréciée plus souplement.

Toutefois, dans la mesure où elle se réfère à l'état des connaissances et des techniques, la décision met en évidence le fait que cette appréciation souple est conditionnée par l'absence de technique alternative à la fracturation.

La société requérante invoquait également ***une remise en cause de ses droits acquis*** en application des dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes de laquelle « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Sur ce point, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 3 de la loi impose de nouvelles obligations déclaratives aux titulaires de permis exclusifs de recherches d'hydrocarbures dans un délai de deux mois à compter de la promulgation du texte et que l'article 1er de cette même loi interdit, à compter de son entrée en vigueur, tout recours à la fracturation hydraulique de la roche pour l'exploration des hydrocarbures liquides ou gazeux.

Ainsi, il considère qu'en prévoyant l'abrogation des permis de recherches d'hydrocarbures lorsque leurs titulaires n'ont pas satisfait aux nouvelles obligations déclaratives ou ont mentionné recourir ou envisager de recourir à des forages suivis de fracturation hydraulique de la roche, l'article 3 tire pleinement les conséquences des nouvelles règles introduites par le législateur. En conséquence, il écarte l'existence d'une atteinte à une situation légalement acquise.

Au-delà de l'analyse reposant sur le caractère nouveau des obligations imposées par la loi, le commentaire de la décision met en avant le fait que le titulaire d'un permis qui souhaitait en conserver le bénéfice avait toute latitude pour renoncer à la technique de fracturation hydraulique de la roche et, ainsi, éviter que son permis soit abrogé. En d'autres termes, l'abrogation ne serait pas la conséquence directe de la loi mais la résultante du choix du titulaire du permis de ne pas renoncer à la fracturation hydraulique.

Non dénué de logique, ce raisonnement est toutefois discutable dans la mesure où il n'existe, à l'heure actuelle, aucune autre technique pour l'exploitation des hydrocarbures et gaz de schiste. Au demeurant, et en pratique, certains exploitants qui ont déclaré ne pas recourir à la technique de la fracturation hydraulique ont quand même vu leurs permis de recherches abrogés.

La société Schuepbach Energy LLC avait, enfin, invoqué ***la violation de deux dispositions de la Charte constitutionnelle de l'Environnement*** : le principe de précaution et le principe de promotion du développement durable respectivement prévus par les articles 5 et 6 de ce texte.

> *En d'autres termes, l'abrogation ne serait pas la conséquence directe de la loi mais la résultante du choix du titulaire du permis de ne pas renoncer à la fracturation hydraulique.*

En ce qui concerne ce dernier principe, le Conseil constitutionnel écarte logiquement l'argumentation de la requérante dans la mesure où la méconnaissance d'une telle disposition ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., 23 nov. 2012, n° 2012-283 QPC, M. Antoine de M. Voir également : Memlouk M., BDEI, n° 44/2013, n° 1555).

S'agissant du principe de précaution, le juge constitutionnel estime, sans autre forme de précision, que le moyen est inopérant dans la mesure où l'adoption de la loi semble avoir été expressément fondée sur le principe de prévention ainsi qu'en atteste la rédaction de son article 1er. En conséquence, la question de savoir si l'article 5 de la Charte instaure un droit ou une liberté que la Constitution garantit, sur laquelle le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé, reste encore à trancher.

(8) Hostiou, R., La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme, RFDA 2009, p. 17.

http://lamyline.lamy.fr

II. – LE PRINCIPE DE PARTICIPATION ET D'INFORMATION DU PUBLIC

Quelques décisions du Conseil d'État concernant l'application du principe de participation du public doivent être mentionnées (**A.**).

L'adoption de l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 *relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement*, conséquence directe de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, appelle quelques observations (**B.**).

A. -Les décisions du Conseil d'État concernant la mise en œuvre du principe de participation

Dans une décision du 9 octobre 2013, le Conseil d'État a estimé qu'un arrêté relatif à la délimitation du périmètre de gestion des prélèvements d'eau pour l'irrigation ainsi qu'à la désignation de l'organisme de gestion unique sur ce périmètre ne constituait pas une décision relevant du champ d'application du principe de participation prévu par l'article 7 de la Charte de l'environnement (CE, 9 oct. 2013, n° 370051).

Précisément, et aux termes de l'article L. 211-3-6° du Code de l'environnement, un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles l'autorité administrative peut : « *Délimiter des périmètres à l'intérieur desquels les autorisations de prélèvement d'eau pour l'irrigation sont délivrées à un organisme unique pour le compte de l'ensemble des préleveurs irrigants. Dans les zones de répartition des eaux, l'autorité administrative peut constituer d'office cet organisme. L'organisme unique peut faire participer les préleveurs irrigants dans son périmètre et, le cas échéant, d'autres contributeurs volontaires aux dépenses liées à cette mission. Les critères et les modalités générales de mise en œuvre de cette participation sont fixés par décret en Conseil d'*État ».

C'est sur la base de ces dispositions législatives qu'en application des articles R. 214-31-1 et suivants du même Code, sont octroyées les autorisations uniques de prélèvement délivrées à un organisme unique de gestion collective.

Dans cette affaire, un syndicat de gestion des eaux sollicitait l'annulation d'un arrêté du Préfet du Loiret portant délimitation du périmètre de gestion collective des prélèvements d'eau pour l'irrigation « Montargois « et désignation de l'organisme unique sur ce périmètre de gestion. Dans son recours, le syndicat invoquait la violation, par les dispositions législatives susmentionnées, du principe de participation du public.

Après avoir rappelé que les dispositions en cause visaient à favoriser une gestion plus rationnelle de l'eau, le Conseil d'État indique que les délimitations de périmètres au sein desquels un organisme unique se voit délivrer les autorisations de prélèvement d'eau pour l'irrigation ne sont, en elles-mêmes, susceptibles de n'avoir qu'une incidence indirecte sur l'environnement et écarte, en conséquence, l'application du principe invoqué.

Par ailleurs, ***dans un arrêt du 29 octobre 2013***, le Conseil d'État a précisé, à propos des décisions du Conseil constitutionnel concernant la violation du principe de participation par plusieurs dispositions législatives du Code de l'environnement, que ces décisions n'ont pas entendu remettre en cause les effets que les dispositions déclarées contraires à la Constitution avaient produits avant la date de leur abrogation (CE, 29 oct. 2013, n° 353036).

Précisément, dans cette affaire, une société contestait les dispositions de l'arrêté ministériel du 6 juillet 2011 *relatif aux conditions d'admission des déchets inertes dans les installations relevant des rubriques 2515, 2516 et 2517 de la nomenclature des installations classées*.

Parmi les moyens invoqués à l'encontre de l'arrêté figurait la méconnaissance du principe de participation puisque l'article L. 512-5 du Code de l'environnement, sur le fondement duquel l'arrêté en cause avait été édicté, avait été déclaré invalide par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012.

Toutefois, le Conseil d'État constate que la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel prend effet simplement au 1er janvier 2013 soit postérieurement à l'édiction de l'arrêté attaqué, ce qui le conduit logiquement à écarter le moyen d'illégalité avancé par la requérante. Le Conseil d'État a réaffirmé cette solution dans un arrêt du 4 décembre 2013 (CE, 4 déc. 2013, n° 357839).

B. -L'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013

Dans une précédente chronique (Memlouk M., BDEI n° 44/2013, n° 1555, Rubrique de jurisprudence constitutionnelle (sept. 2012-janv. 2013), ont été examinées les conditions dans lesquelles les dispositions de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 *relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement* ont tiré les conséquences de la jurisprudence constitutionnelle en élargissant le champ d'application de l'article L. 120-1 du Code de l'environnement et revu profondément les modalités de participation du public.

Toutefois, l'article L. 120-1 ainsi révisé disposait d'un champ d'application limité et ne concernait, notamment, ni les décisions des collectivités territoriales, ni les décisions individuelles.

C'est pourquoi, l'article 12 de la loi précitée a autorisé le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les dispositions ayant pour objet de prévoir les conditions et limites de la participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement autres que celles prévues au I de l'article L. 120-1 du Code de l'environnement dans sa rédaction issue de la loi susmentionnée. Tel est, en particulier, l'objet de l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013.

D'une part, cette ordonnance étend l'application du principe de participation aux décisions règlementaires et d'espèce des collectivités territoriales. Trois dispositifs sont ainsi envisagés en fonction de la taille des collectivités concernées.

En premier lieu et pour les collectivités dont la population est supérieure à 10 000 habitants (ou pour les groupements de collectivités dont la population est supérieure à 30 000 habitants), les modalités de participation sont identiques à celles retenues pour les décisions de l'État et de ses établissements publics.

Précisément, le projet de décision accompagné d'une note de présentation doit être mis à la disposition du public par voie électronique et, sur demande, sur support papier dans les préfectures et sous-préfectures.

http://lamyline.lamy.fr

Les observations du public sont transmises par voie électronique ou postale et doivent parvenir à l'autorité administrative concernée dans un délai qui ne doit pas être inférieur à vingt et un jours à compter de la mise à disposition du projet.

Le projet de décision ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai de quatre jours permettant la prise en compte des observations formulées par le public et la rédaction d'une synthèse de ces observations.

La synthèse des observations du public identifiant celles des observations qui ont été prises en compte ainsi que, dans un document séparé, les motifs de la décision doivent être rendus publics par voie électronique au plus tard à la date de publication de la décision et ce pendant une durée minimale de trois mois.

En deuxième lieu, les collectivités territoriales dont la population est inférieure aux seuils ci-dessus mentionnés ont la faculté de recourir à une procédure alternative dans laquelle l'objet de la procédure de participation, ainsi que les lieux et horaires où le projet de décision accompagné de la note de présentation peuvent être consultés et où des observations peuvent être déposées sur un registre, sont portés à la connaissance du public par voie d'affichage en mairie.

Les observations peuvent être formulées dans un délai qui ne peut être inférieur à vingt et un jours à compter du début de l'affichage. Pour les communes disposant d'un site Internet, les informations ci-dessus sont, en principe, mises à disposition du public par voie électronique pendant la même durée.

Le projet de décision ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai de quatre jours sauf en cas d'absence d'observations. Au plus tard à la date de publication de la décision et pendant une durée minimale d'un mois, le maire rend publique, par voie d'affichage, une synthèse des observations du public ou indique, par la même voie, les lieux et horaires où le registre de recueil des observations est tenu à la disposition du public pour la même durée. Pour ces communes, il n'existe pas d'obligations de publier, dans un document séparé, les motifs de la décision.

En troisième et dernier lieu, une procédure très allégée peut être mise en œuvre pour les communes de moins de 2 000 habitants. Ainsi, la participation du public peut être organisée dans le cadre d'une simple réunion publique.

L'objet de la procédure de participation ainsi que les lieu, date et heure de la réunion sont portés à la connaissance du public par voie d'affichage en mairie, dans un délai qui ne peut être inférieur à huit jours avant la date prévue pour la tenue de la réunion. L'affichage précise les lieux et horaires où le projet de décision peut être consulté.

Ce projet ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai qui ne saurait être inférieur à quatre jours à compter de la date de la réunion publique. Ces communes sont donc dispensées de l'obligation de publier une synthèse des observations du public et les motifs de la décision.

Dans la mesure où les communes de moins de 2 000 habitants constituent la très grande majorité des communes françaises, certains auteurs dénoncent, d'ores et déjà, le caractère insuffisant du dispositif ainsi prévu[9] et, notamment, l'absence d'obligation de motivation des décisions.

D'autre part, l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 introduit, dans le Code de l'environnement, un nouvel article L. 120-1-1 qui précise les modalités de participation du public pour les décisions individuelles.

Le dispositif prévu est supplétif et ne joue que lorsqu'aucune procédure de participation n'a été mise en place par des dispositions législatives particulières.

En outre, il ne concerne pas les décisions entraînant un effet indirect ou non significatif sur l'environnement. Cette restriction est parfaitement conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui estime « *qu'en prévoyant que ne doivent être regardées comme ayant une incidence sur l'environnement que les décisions qui ont une incidence directe et significative sur l'environnement, le législateur a fixé au principe de participation du public des limites qui ne méconnaissent pas les exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement* » (Cons. const., 23 nov. 2012, n° 2012-282 QPC, Association France Nature Environnement et autre. Voir également : Memlouk M., BDEI, n° 44/2013, n° 1555).

De même, sont exclues du champ d'application de l'article L. 120-1-1 les décisions de mise en demeure ou de sanction ainsi que les décisions dans lesquelles l'administration ne dispose d'aucune marge d'appréciation. Ces exclusions paraissent, *a priori*, assez logiques. Dans le premier cas, les décisions visées n'ont pas une incidence directe sur l'environnement tandis que, dans le second cas, la participation du public paraît inutile.

Si la procédure de participation instaurée pour les décisions individuelles s'inspire de celle retenue pour les décisions à caractère réglementaire, elle est toutefois nettement moins contraignante.

Précisément, le projet de décision ou, lorsque la décision est prise sur demande, le dossier de demande est mis à la disposition du public par voie électronique. Lorsque le volume du dossier ou les caractéristiques du projet ne permettent pas sa mise à disposition par une telle voie le public est informé, par voie électronique, de l'objet de la procédure de participation et des lieux et horaires où l'intégralité du projet ou du dossier de demande peut être consultée.

Les observations du public, déposées par voie électronique, doivent parvenir à l'autorité publique concernée dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la mise à disposition. Le projet de décision ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai qui, sauf en l'absence d'observations, ne peut être inférieur à trois jours à compter de la date de clôture de la consultation.

Ainsi, outre le raccourcissement des délais, aucune note de présentation lors de l'initiation de la phase de participation du public, ni aucune publication de la synthèse des observations ou du document exposant les motifs de la décision lors de l'adoption définitive de la décision ne sont exigées.

(9) Jamay, F., L'ordonnance du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : l'ambition vaincue par le réalisme, Environnement et développement durable, nov. 2013.

Par ailleurs, des modalités particulières de mise en œuvre du principe de participation sont prévues pour les décisions individuelles émanant de collectivités territoriales dont la population est inférieure à 10 000 habitants ou pour les groupements de collectivités dont la population est inférieure à 30 000 habitants.

Dans ce cas de figure, l'objet de la procédure de participation ainsi que les lieux et horaires où le projet de décision ou, lorsque la décision est prise sur demande, le dossier de demande peut être consulté et où des observations peuvent être déposées sur un registre, sont portés à la connaissance du public par voie d'affichage en mairie. Le délai durant lequel les observations doivent être déposées ne peut être inférieur à quinze jours à compter du début de l'affichage.

Pour les collectivités disposant d'un site Internet, les informations susmentionnées ainsi que, sauf si son volume ou ses caractéristiques ne le permettent pas, le projet de décision ou le dossier de demande sont, en outre, mis à disposition du public par voie électronique pendant la même durée.

Le projet de décision ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai qui n'est pas à trois jours à compter de la date de clôture de la consultation, sauf en cas d'absence d'observations.

L'absence de synthèse des observations, l'absence d'explications sur les motifs de la décision ou encore les délais raccourcis de publication mais également de présentation des observations constituent autant d'éléments qui conduisent une partie de la doctrine à critiquer le mécanisme de participation du public ainsi instauré[10].

Enfin, l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 modifie ou introduit certaines dispositions qui permettent de déroger au principe de participation du public.

Ainsi, l'article L. 120-1-2 prévoit que la procédure de participation ne s'applique pas lorsque l'urgence justifiée par la protection de l'environnement, de la santé publique ou de l'ordre public ne permet pas l'organisation d'une telle procédure. En cas de situation d'urgence pour les motifs ci-dessus identifiés ne rendant pas impossible la participation du public, les délais prévus par les articles L. 120-1 et L. 120-1-1 peuvent être réduits.

De même, l'ordonnance introduit des dispositions qui permettent d'exclure l'application du principe de participation ou d'en aménager les modalités de mise en œuvre en cas d'atteinte aux intérêts mentionnés à l'article L. 124-4 du Code de l'environnement (secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ; secret de la défense nationale ; conduite de la politique extérieure de la France ; etc.).

De surcroît, l'ordonnance modifie les dispositions de l'article L. 120-2 excluant du champ d'application du principe de participation du public certaines catégories de décisions.

Précisément, l'ancienne rédaction de l'article L. 120-2 prévoyait que n'étaient pas soumises à la participation du public, les décisions des personnes publiques ayant une incidence directe et significative sur l'environnement prises conformément à une décision réglementaire ou à un plan, schéma ou programme ou à un autre document de planification ayant donné lieu à participation du public, ou les décisions réglementaires de transposition d'une directive communautaire ayant donné lieu à participation du public.

Désormais, la nouvelle rédaction du texte ne fait plus aucune référence à l'incidence significative et directe des décisions en cause sur l'environnement.

À cet égard, la dispense est conditionnée par le fait que, par leurs dispositions, ces décisions permettent au public d'apprécier l'incidence sur l'environnement des décisions susceptibles d'être prises conformément à celui-ci. En outre, désormais, les décisions réglementaires de transposition d'une directive communautaire ayant donné lieu à participation public ne sont plus dispensées de la procédure de participation.

Par ailleurs, l'article L. 120-2 exclut également du champ du principe de participation, les décisions individuelles prises dans le cadre de lignes directrices par lesquelles l'autorité administrative compétente a défini des critères en vue de l'exercice du pouvoir d'appréciation dont procèdent ces décisions, sous réserve que ces lignes directrices aient été soumises à participation du public dans des conditions conformes à l'article L. 120-1, que leurs énonciations permettent au public d'apprécier l'incidence sur l'environnement des décisions individuelles concernées et qu'il n'y ait pas été dérogé.

III. – LE NON RENVOI D'UNE QUESTION CONCERNANT L'ARTICLE 121-3 ALINÉA 4 DU CODE PÉNAL

Dans une décision du 24 septembre 2013, la chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question concernant les dispositions de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal lesquelles sont susceptibles d'être mises en œuvre par les juridictions pénales en cas d'accident industriel.

Précisément, la question posée concernait l'affaire AZF dans laquelle le directeur de l'usine Grande Paroisse a été condamné par la Cour d'appel de Toulouse à trois ans d'emprisonnement dont deux ans avec sursis et 45 000 € d'amende, pour homicides et blessures involontaires, ainsi que dégradation involontaire par explosion ou incendie. Cette condamnation a été prononcée aux visas de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal et, plus particulièrement, au motif de l'existence de diverses fautes caractérisées qui auraient été commises par le directeur du site.

Dans le cadre de son pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel, ce dernier a mis en cause la constitutionnalité des dispositions susmentionnées et, plus spécifiquement, le principe de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont « *commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ».

Précisément, étaient invoquées à l'encontre de ce texte : la violation du principe de nécessité des incriminations découlant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que de l'article 34 de la Constitution, la méconnaissance du principe de la légalité des délits et des peines et de prévisibilité de la loi pénale,

(10) Jamay, F., L'ordonnance du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public : l'ambition vaincue par le réalisme, précité.

la violation du principe de nécessité d'un élément moral et, enfin, la méconnaissance du principe des droits de la défense.

La Cour de cassation écarte l'ensemble de ces moyens en considérant que la question ne présente ni un caractère nouveau, ni un caractère sérieux.

Sur le premier point, la Cour de cassation ne fournit aucune motivation à sa décision et se borne à souligner que la question ne porte pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application.

Cette analyse peut paraître surprenante car le principe de nécessité des incriminations pénales invoqué par le demandeur au pourvoi n'a, à la différence du principe de nécessité des peines reconnu de longue date (Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes), jamais été formellement consacré par la jurisprudence du Conseil constitutionnel même si son existence semble pouvoir être implicitement déduite de certaines décisions de cette même juridiction (Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure).

Il convient toutefois de souligner qu'à la différence du Conseil d'État qui semble faire preuve d'une certaine souplesse sur ce point[(11)], les décisions de renvoi de la Cour de cassation fondées sur le caractère nouveau de la question soulevée sont particulièrement rares. À titre d'exemple, elle a ainsi admis que constituait une question nouvelle : la question du mariage entre deux personnes du même sexe (Cass. 1ère Civ. 16 nov. 2010, n° 10-40.042) ou encore la question de la non-motivation des arrêts d'assises (Cass. Crim. 19 janv. 2011, n° 10-85.159).

En outre, il n'est pas exclu, en dépit du fait que le requérant avait expressément invoqué le principe de nécessité des incriminations, que l'analyse de la Cour de cassation se soit tout de même fondée sur le principe de nécessité des peines lequel, ainsi qu'il a déjà été indiqué, ne peut être considéré comme présentant un caractère nouveau. Tel est d'ailleurs l'opinion exprimée par un auteur qui, commentant la décision de la Cour de cassation, indique expressément que celle-ci a admis la compatibilité de l'article 121-3 alinéa 4 avec le principe susmentionné[(12)].

Sur le second point, la Cour de cassation dénie tout caractère sérieux à la question posée.

S'agissant, tout d'abord, de la violation du principe de nécessité des incriminations pénales, le demandeur au pourvoi estimait que ce principe découlait des articles 4, 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 34 de la Constitution lesquels interdiraient, y compris au législateur lui-même, de créer des incriminations qui ne répondraient à aucune nécessité perceptible.

À cet égard, il rappelait que l'adoption de la disposition en cause dans le cadre de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels* (dite loi Fauchon) n'avait pas d'autre objet que complaire aux victimes ainsi qu'il ressortait des travaux préparatoires de ce texte et considérait qu'elle avait pour effet d'appréhender des comportements qui auraient uniquement dû relever du champ de la responsabilité civile.

La Cour de cassation écarte sèchement cette analyse en jugeant qu'« *en subordonnant la responsabilité pénale de la personne physique qui n'a pas directement causé le dommage à la commission d'une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que celle-ci ne pouvait ignorer, le législateur, se fondant sur des critères qui ne sont pas, de manière manifeste, inappropriés à l'objet poursuivi, a entendu placer cette personne dans une situation plus favorable que l'auteur direct du dommage dont la responsabilité pénale peut être engagée pour une simple maladresse, imprudence, inattention ou négligence* ».

À cet égard, il convient d'observer que si l'on se réfère à la jurisprudence constitutionnelle concernant le principe de nécessité des peines, le Conseil constitutionnel se borne en la matière à un contrôle restreint (Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire).

> *Il reste toutefois particulièrement regrettable que la Cour de cassation ait choisi d'esquiver le débat concernant l'existence ou non d'un principe constitutionnel de nécessité des incriminations pénales.*

En toute hypothèse, et selon la Cour, la loi Fauchon doit être considérée comme une loi plus douce puisqu'en cas de causalité indirecte, la preuve d'une faute qualifiée est désormais exigée alors qu'auparavant une faute simple était suffisante.

Ainsi, la Haute juridiction estime donc, contrairement au demandeur et pour reprendre les termes de M. le Professeur Mayaud[(13)], que la faute caractérisée a toute « *sa place parmi les défaillances constitutives de la non-intention* ».

Il reste toutefois particulièrement regrettable que la Cour de cassation ait choisi d'esquiver le débat concernant l'existence ou non d'un principe constitutionnel de nécessité des incriminations pénales.

S'agissant du principe de légalité des délits et de prévisibilité de la loi pénale, le demandeur au pourvoi dénonçait le fait que ni la loi, ni la jurisprudence, ne permettraient de saisir ce que constitue une faute caractérisée au sens de l'article 121-3, ce qui expliquerait une extension quasi-illimitée de la faute caractérisée au sens de la jurisprudence.

(11) Ainsi, le Conseil d'État estime qu'est nouvelle la question de la conformité à un principe constitutionnel qui n'a pas été consacrée par le Conseil constitutionnel (CE, 21 sept. 2011, *Gourmelon*, n° 350385).

(12) Mésa R., La conformité de la définition de la faute caractérisée aux principes de nécessité des peines et de clarté des textes pénaux, Gaz. Pal., 31 octobre 2013, p. 9.

(13) Mayaud, Y., Droit pénal Général, Thémis, n° 241.

http://lamyline.lamy.fr

Cette situation conduirait à n'exclure aucun comportement du champ d'application de la loi pénale, la gravité du dommage devenant alors le seul critère d'engagement de la responsabilité.

Cette critique qui ne manquait pas de force est également balayée par la Cour de cassation qui souligne : « *que la disposition critiquée, qui laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive, est rédigée en des termes suffisamment clairs et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire et dans des conditions garantissant tant le respect de la présomption d'innocence que l'intégralité des droits de la défense* ».

Ce faisant, la Cour de cassation écarte d'ailleurs du même coup les violations du principe de nécessité d'un élément moral et du principe des droits de la défense également invoqués par le demandeur au pourvoi.

La solution péremptoire ainsi retenue, alors même que les critiques à l'encontre du caractère imprécis des dispositions de l'article 121-3 sont loin d'être isolées[14], illustre, de manière flagrante, les limites du mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité puisque c'est à la Cour de cassation, dont on peut vraisemblablement supposer qu'elle n'estimait pas opportun l'engagement d'un débat sur la constitutionnalité de la portée de l'article 121-3 et encore moins des solutions jurisprudentielles retenues sur le fondement de cette disposition, qu'il est revenu d'apprécier l'opportunité du renvoi de la question à celui qui était susceptible de la censurer. ■

(14) Salas, D., La folie criminelle à l'ère du risque, Le Monde, 28 décembre 2012 ; Vial, JP., Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! AJCT 2012, p. 199 ; Morvan, P., L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité, Mélanges Pradel, Cujas, 2006.