

INTRODUCTION

par **Jean-Marie PONTIER**

Professeur à Paris I - Panthéon Sorbonne



« TRAVAILLEZ, TRAVAILLEZ, PRENEZ DE LA PEINE »

Un nouvel automne est là, avec ses senteurs, ses couleurs parfois somptueuses, ses relents de nostalgie de quelque chose qui s'est envolé, qui a disparu et ne reviendra pas parce que, malgré tous les rêves et les supputations (parfois ingénieuses) pour remonter le temps, celui-ci est irréversible, le vieillissement (l'entropie, en termes philosophiques et/ou scientifiques) concerne toutes choses, l'univers tout entier est soumis à l'usure, et pas seulement les être vivants.

A l'automne les feuilles tombent mais en revanche, si l'on regarde du côté des normes, et d'abord des lois, on s'aperçoit, si l'on peut s'autoriser cette mauvaise image, que l'arbre législatif, loin de perdre ses feuilles, développe constamment de nouvelles branches. On serait presque tenté de plaindre ce pauvre législateur qui ne prend plus le temps de respirer, de se reposer, même l'été, et qui consacre consciencieusement son temps à voter de nouvelles lois pour notre bien – on ne dira pas, et on espère que le législateur ne le pense pas, que ces lois sont faites pour notre plus grand bonheur, car les dirigeants qui veulent le bonheur de leur peuple sont suspects et parviennent, dans cette tâche, à faire leur malheur.

Il ne faut pas voir dans la formule retenue pour ce titre, et tirée d'une des fables les plus célèbres, une quelconque ironie, ni une allusion à quelque invitation à travailler plus, mais, plus simplement, le constat, d'abord d'une réalité humaine (même si nous sommes entrés – mais pour une petite minorité de l'humanité – dans ce qu'un sociologue a appelé l'ère des loisirs), ensuite de ce

que l'on peut observer dans le monde des normes juridiques, plus particulièrement dans celui de la loi.

Le législateur ne chôme pas, serait-on tenté de dire, selon une formule un peu familière. Le président de la République a convoqué le Parlement en session extraordinaire à compter du 1^{er} juillet 2009 par un décret du 23 juin. Notons que par décret du 29 juillet le président de la République a convoqué le Parlement pour une nouvelle session extraordinaire à compter du 14 septembre 2009, avec un « menu » aussi copieux que pour la précédente session extraordinaire.

La production législative de la session extraordinaire de l'été 2009 est étonnante ou remarquable, selon les points de vue, et ce n'est pas de sitôt que le productivisme législatif va baisser.

Entre les deux mois de juillet et d'août, le Parlement a adopté les lois suivantes : loi n° 2009-832 du 7 juillet modifiant le mode de scrutin de l'élection de l'Assemblée de Corse et certaines dispositions relatives au fonctionnement de la collectivité territoriale de Corse ; loi n° 2009-833 du 7 juillet portant création d'une première année commune aux études de santé et facilitant la réorganisation des étudiants (notons qu'il s'agit de l'une des rares lois n'appelant pas de décret d'application) ; loi n° 2009-879 du 21 juillet portant réforme de l'hôpital ; loi n° 2009-888 du 22 juillet, de développement et de modernisation des services touristiques ; loi n° 2009-928 du 29 juillet, relative à la programmation militaire ; loi n° 2009-966 du 3 août, prorogeant le mandat des membres du Conseil économique, social et environnemental ; loi n° 2009-969 du 3 août, relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte ; loi n° 2009-970, du 3 août, relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et portant ratification d'ordonnances ; loi n° 2009-972, du 3 août, relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique ; loi n° 2009-967, du 3 août, de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement ; loi n° 2009-971 du 3 août, relative à la gendarmerie nationale ; loi n° 2009-973, du 10 août, de règlement des comptes et rapport de gestion pour l'année 2008 ; loi n° 2009-974, du 10 août, sur le repos dominical.

Un terme revient, certes pas dans toutes les lois, mais dans beaucoup, c'est le terme *moderne* ou celui de *modernisation*. Les pouvoirs publics veulent moderniser, on ne conçoit pas qu'il puisse en être autrement. Ceci appellerait une réflexion approfondie. Contentons-nous de deux formules, un peu à l'emporte-pièce. On se souvient d'abord de Rimbaud, qui écrit : « Il faut être absolument moderne ! » (*Une saison en enfer*), la question étant de savoir ce que veut dire « être moderne ». On peut également rappeler la formule d'O. Wilde : « Rien n'est plus dangereux que d'être trop moderne ; on risque de devenir soudain ultra démodé » (*Phrases et philosophies*).

Ces lois votées au cours de l'été n'ont pas donné lieu aux mêmes échos dans les médias, chacun pouvant apprécier à sa guise l'importance respective de ces lois, et le bruit médiatique, conditionné par de tous autres facteurs que l'importance objective d'une disposition, ne permettant évidemment pas de se faire une idée de ces dispositions.

Il ne saurait être question de présenter toutes ces lois, quelle que soit leur importance intrinsèque (on pense, par exemple, à la loi sur le « Grenelle de l'environnement »), car cela exigerait, même en survolant les textes, un volume entier, d'autant que certaines de ces lois sont extrêmement longues, et

comportent plus d'une centaine d'articles (pour la loi relative à la gendarmerie, qui présente, parmi d'autres traits, l'originalité d'être la première depuis 1798, je me permets de renvoyer au commentaire que j'en ai fait au JCP A du 5 octobre). Trois lois vont faire l'objet de quelques observations.

TRAVAILLER LE DIMANCHE ?

Du repos dominical

L'une des lois qui a le plus fait parler d'elle est certainement la loi sur le travail le dimanche, à moins que l'on ne préfère parler de la loi sur le repos dominical. Deux avis avaient été rendus, en février 2007 et décembre 2007, par le Conseil économique, social et environnemental. Le Conseil relevait, dans ces avis, deux types de demandes qui avaient émergé ces dernières années. La première est liée aux nouveaux temps de loisirs et de congés payés. Par exemple les statistiques montrent que, sur Paris, la fréquentation touristique est constante tout au long de l'année, et que certaines zones particulièrement visitées ne sont néanmoins pas classées en périmètre de fréquentation touristique permettant aux commerces dans ces zones d'être ouverts le dimanche pour l'accueil de cette population majoritairement étrangère. La seconde observation du Conseil économique, social et environnemental tient aux évolutions des modes de vie et de déplacements dans certaines régions qui rendent nécessaire l'adaptation des modes de consommation : ce constat concerne les zones urbaines denses où la population ne vit pas où elle travaille et où elle concentre ses achats en fin de semaine par la fréquentation, notamment, de centres commerciaux de périphérie.

Le texte ici en question, la loi du 10 août 2009, a pour origine une proposition de loi déposée par un député, M. R. Mallié, proposition de loi « réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires ». Ainsi, la proposition se présente-t-elle comme une exception à un principe que l'on réaffirme.

Il y aurait beaucoup à méditer sur cette méthode qui consiste à adopter un texte pour prévoir des dérogations à un principe que l'on proclame au début du texte, avec la double interprétation que l'on peut en faire : qu'est-ce qui est le plus important, la réaffirmation du principe ou les dérogations que l'on apporte à ce dernier ? Il faut se souvenir que, par exemple, et dans un domaine beaucoup plus douloureux et un contexte plus dramatique, la loi du 17 janvier 1975 commence par réaffirmer le droit à la vie avant de reconnaître la possibilité d'y déroger dans certaines conditions par ce que le texte appelle « interruption volontaire de grossesse » (IVG).

Quoi qu'il en soit, si l'on remonte aux origines de la disposition fixant le jour du dimanche comme jour de repos – en faisant abstraction bien entendu des temps durant lesquels la vie sociale était réglée par l'Église, avec non seulement le repos du dimanche mais également de nombreux jours fériés – le repos hebdomadaire dominical s'est imposé avec la loi du 13 juillet 1906, qui instituait ce jour de repos en faveur des employés et des ouvriers, et il n'est pas

nécessaire, tant il est connu, de revenir sur le contexte économique et social de l'époque qui a justifié l'intervention du législateur. Plus tard, ce principe a été inscrit dans le code du travail, ce dernier disposant qu'il est interdit d'occuper plus de six jours par semaine un même salarié, le repos devant avoir une durée minimale de 24 heures consécutives auxquelles s'ajoutent les 11 heures de repos quotidien, et ce repos devant être donné le dimanche.

Une proposition de loi

L'auteur de la proposition de loi déclarait qu'il n'était pas question de remettre en cause le principe du repos le dimanche, ni d'étendre le travail du dimanche à l'ensemble du territoire national en augmentant le nombre des dimanches où les salariés peuvent travailler. « Pour autant, déclaraient les auteurs du texte, il est aujourd'hui nécessaire de régler les situations les plus urgentes et de cibler tous nos efforts sur celle-ci. Il y a urgence car personne ne souhaite, dans la conjoncture actuelle, un été ponctué de fermetures de commerces et de licenciements portant sur plusieurs milliers d'emplois. Tout doit être fait en cette période de crise pour sauvegarder l'emploi ». La proposition présente donc l'aménagement au principe du repos dominical comme un moyen de sauver des emplois, l'argument principal qui est évoqué, c'est l'argument économique.

Cet argument s'appuie, au surplus, sur une diversité de situations déjà existante, diversité qui ressemble à une incohérence. Dans les zones touristiques, en effet, certains magasins pouvaient, avant le vote de la loi, être légalement ouverts le dimanche, alors que d'autres ne le pouvaient pas : on a donné, au Parlement, l'exemple du magasin qui vend des lunettes de soleil et qui peut ouvrir le dimanche parce que son activité est considérée comme « de loisir », tandis que le magasin qui vend des lunettes de vue ne pouvait, en droit, faire travailler ses salariés le dimanche ; un autre exemple est celui des magasins de vêtements, ceux qui sont « créateurs de mode » pouvant ouvrir, s'ils se trouvent dans une rue touristique, ce qui obligeait les autorités administratives à vérifier, boutique par boutique, si le magasin était ou non créateur de mode, avec, dans une même rue, des magasins pouvant ouvrir et d'autres ne le pouvant pas, ce qui est évidemment strictement incompréhensible pour le touriste moyen.

Les préoccupations poursuivies

L'idée de la proposition de loi a été double. En premier lieu, elle a voulu permettre, dans les zones touristiques et thermales, à tous types de commerces, et non plus uniquement à ceux qui mettent « à la disposition du public des biens et services destinés à faciliter son accueil ou ses activités de détente ou de loisirs d'ordre sportif, récréatif ou culturel » d'employer de salariés le dimanche. En second lieu, elle définit des périmètres d'usage de consommation exceptionnel (des PUCE ...).

Ces PUCE – décidément le législateur comme l'administration aime beaucoup les acronymes – doivent être caractérisés par des circonstances locales particulières (le juge administratif connaît bien cette notion, mais la notion

jurisprudentielle de circonstances particulières est évidemment différente de la notion législative, il y a, juridiquement, plusieurs sortes de circonstances particulières) marquées par des usages de consommation de fin de semaine : c'est dans les lieux où l'on a l'habitude de consommer le samedi et le dimanche (à vrai dire il y en a beaucoup ...) sur les sites où il existe un flux de clientèle importants ces jours-là que le préfet pourrait, sur demande du conseil municipal, délimiter un PUCE. L'usage de consommation de fin de semaine peut également exister dans une zone frontalière lorsque cet afflux de clientèle n'est pas constaté en France mais chez nos voisins et, dans ce cas aussi, le préfet peut, sur demande du conseil municipal, délimiter un PUCE.

La proposition précisait que les périmètres en question, et donc les dérogations au repos dominical des commerces situés au sein de ces périmètres, ne pourraient être mis en place que dans les unités urbaines, telles qu'elles sont définies par l'INSEE, de plus d'un million d'habitants (soit, concrètement, trois agglomérations, celles de Paris, Aix-Marseille et Lille, en ce qui concerne l'agglomération lyonnaise il n'existe pas, paraît-il, d'usage de consommation les samedi et le dimanche).

De telles zones ne peuvent être établies par les préfets que sur proposition des conseils municipaux concernés, les entreprises situées dans ces zones pouvant ensuite demander une dérogation au préfet s'il y a accord avec les partenaires sociaux sur les contreparties pour les salariés. A défaut d'accord un référendum peut être organisé, les contreparties étant nécessairement un doublement de salaire et un repos compensateur. C'est par cet aspect « matériel » que commence la loi. L'article 1^{er} modifie l'article L. 3132-27 du code du travail qui est ainsi rédigé : « Chaque salarié privé de repos dominical perçoit une rémunération au moins égale au double de la rémunération normalement due pour une durée équivalente, ainsi qu'un repos compensateur équivalent en temps ».

Il faut également préserver la liberté de ceux qui ne veulent pas travailler le dimanche. C'est pourquoi l'idée de la loi est celle du volontariat des salariés, prenant la forme d'un accord explicite. L'employeur ne peut refuser d'embaucher une personne qui refuse de travailler le dimanche et ce « droit de refus » a pour conséquence l'illégalité de toute sanction ou de toute mesure discriminatoire contre un salarié qui en userait. Certains se sont cependant montrés sceptiques sur ces garanties, faisant valoir que le salarié qui refuse de travailler le dimanche peut être soumis à toutes sortes de pressions, et il est difficile de faire la preuve de ces dernières.

La loi adoptée

Le texte de la proposition de loi a donné lieu à de très longues discussions au Parlement, sans compter le débat extérieur à ce dernier. La loi reprend les idées de la proposition de loi, mais avec un certain nombre de modifications. Ainsi, dans les branches couvrant des commerces ou services de détail et dans les commerces ou services de détail, où des dérogations administratives au repos dominical sont applicables, les organisations professionnelles ou l'employeur, d'une part, les organisations syndicales représentatives, d'autre part, engagent des négociations en vue de la signature d'un accord relatif aux contreparties

accordées aux salariés privés de repos dominical lorsque la branche ou l'entreprise n'est pas déjà couverte par un accord.

Des compléments et précisions ont également été apportés à la détermination des communes dans lesquelles des dérogations sont possibles, de la procédure, des périmètres des unités urbaines concernées. En premier lieu, aux communes d'intérêt touristique ou thermales le législateur a ajouté les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente. Dans ces communes les établissements de vente au détail peuvent, de droit, « donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel », la liste des communes et le périmètre étant fixés par le préfet sur proposition de l'autorité administrative et après avis du comité départemental du tourisme, des syndicats d'employeurs et de salariés intéressés, ainsi que des communautés d'agglomération et des communautés de communes, lorsqu'elles existent.

En deuxième lieu, dans les unités urbaines de plus d'un million d'habitants, le repos hebdomadaire peut être donné, après autorisation administrative, par roulement, pour tout ou partie du personnel, dans les établissements de vente au détail qui « mettent à disposition des biens et des services dans un périmètre d'usage de consommation exceptionnel caractérisé par des habitudes de consommation dominicale, l'importance de la clientèle concernée et l'éloignement de celle-ci de ce périmètre ».

En troisième lieu, la liste et le périmètre des unités urbaines sont établis par le préfet de région sur la base des résultats du recensement de la population. Sur demande du conseil municipal, au vu de circonstances particulières et d'usages de consommation dominicale ou de la proximité immédiate d'une zone frontalière où il existe un usage de consommation dominicale, compte tenu de la concurrence produite par cet usage, le préfet délimite le périmètre d'usage de consommation exceptionnel au sein des unités urbaines, après consultation de l'organe délibérant de la communauté de communes, de la communauté d'agglomération ou de la communauté urbaine, lorsqu'elles existent, sur le territoire desquelles est situé ce périmètre. Le préfet statue après avoir recueilli l'avis du conseil municipal de la ou des communes n'ayant pas formulé une telle demande et n'appartenant pas à une communauté de communes, une communauté d'agglomération ou une communauté urbaine dont la consultation est prévue par les dispositions précédentes, lorsque le périmètre sollicité appartient en tout ou en partie à un ensemble commercial, au sens de l'article L. 752-3 du code de commerce, situé sur leur territoire.

Naturellement la loi s'étend longuement sur les garanties données aux salariés en précisant les points soulevés par la proposition. Soulignons simplement que à défaut d'accord collectif applicable l'employeur demande chaque année à tout salarié qui travaille le dimanche s'il souhaite bénéficier d'une priorité pour occuper ou reprendre un emploi ressortissant à sa catégorie professionnelle ou un emploi équivalent ne comportant pas de travail le dimanche dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise. L'employeur l'informe également, à cette occasion, de sa faculté de ne plus travailler le dimanche s'il ne le souhaite plus. En pareil cas, le refus du salarié prend effet trois mois après sa notification écrite à l'employeur. Par ailleurs, et toujours en cas d'absence d'accord collectif, le salarié privé de repos dominical conserve la faculté de refuser de travailler trois dimanches de son choix par

année civile, il doit seulement en informer préalablement son employeur en respectant un délai d'un mois.

La décision du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi, il a écarté le grief tiré de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. S'agissant de l'extension de la dérogation à tous les commerces situés dans les communes et zones touristiques, il a estimé que le législateur avait entendu mettre fin aux difficultés d'application du critère des « établissements de vente au détail qui mettent à la disposition du public des biens et des services destinés à faciliter son accueil ou ses activités de détente ou de loisirs d'ordre sportif, récréatif ou culturel », qu'en transformant cette dérogation en une dérogation de droit, le législateur n'avait fait que tirer les conséquences de cette modification et, qu'ainsi, le législateur avait fait usage de son pouvoir d'appréciation sans priver de garanties légales les exigences constitutionnelles résultant des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946.

Le Conseil constitutionnel a également estimé qu'en utilisant les termes d' « unités urbaines » le législateur s'était référé à une notion préexistante, définie par l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) et que, « s'il appartient aux autorités chargées de mettre en œuvre ce nouveau dispositif d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, les situations de fait correspondant aux conditions d'« habitudes de consommation dominicale » ainsi que d'« importance de la clientèle concernée » et d'« éloignement de celle-ci du périmètre », ces notions ne revêtent pas un caractère équivoque et sont suffisamment précises pour garantir contre le risque d'arbitraire ».

Relevons également qu'en ce qui concerne le grief selon lequel une disposition de la loi aurait méconnu tant le principe d'égalité entre salariés que le principe d'égalité entre collectivités territoriales, le Conseil constitutionnel déclare que, d'une part, les salariés travaillant le dimanche dans des zones ou communes touristiques en vertu d'une dérogation de plein droit liée aux caractéristiques des activités touristiques de celles-ci sont, au regard de l'objet de la loi, dans une situation différente de celle des salariés travaillant dans les « périmètres d'usage de consommation exceptionnel » et que, par suite, le législateur pouvait prévoir, pour ces derniers, une majoration légale de la rémunération en l'absence d'accord collectif ; d'autre part, la différence de traitement qui en résulte entre les dérogations de droit, pour lesquelles les salariés, compte tenu de la nature de leur activité, ne bénéficient que de garanties conventionnelles et les dérogations individuelles et temporaires pour lesquelles, compte tenu de leur caractère exceptionnel, les salariés bénéficient de garanties légales, est en rapport direct avec l'objet de la loi.

Quant à la méconnaissance du principe d'égalité entre les collectivités territoriales dont aurait fait preuve le législateur en prévoyant que le préfet de Paris a la possibilité de faire de cette ville une commune touristique, ou de délimiter en son sein des zones touristiques sans proposition ou consultation du maire ou du conseil de Paris, le Conseil constitutionnel répond, conformément à une jurisprudence classique qui remonte à 1982, que la ville de Paris, soumise à un régime particulier en raison de sa qualité de siège des pouvoirs publics,

constitue à elle seule une catégorie de collectivités territoriales. Toutefois, a ajouté le juge constitutionnel, au regard de la procédure de classement d'une commune ou d'une zone touristique au sens du code du travail aucune différence de situation ne justifie que le pouvoir de proposition, qui appartient dans la législation en vigueur au conseil de Paris, ne soit pas confié au maire de Paris comme dans l'ensemble des autres communes.

La circulaire du 31 août 2009

Un décret (très court) pris le 21 septembre 2009 apporte certaines précisions réglementaires notamment en ce qui concerne les conditions d'autorisations octroyées aux établissements situés dans les PUCE, la définition des communes d'intérêt touristique, ou encore les conditions d'autorisation d'extension.

La circulaire d'application du 31 août 2009 prise par le ministre du travail des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville insiste sur le fait que la loi laisse aux élus locaux toute autorité pour juger de la réalité économique et sociale sur le territoire des communes concernées par une fréquentation de fin de semaine importante. C'est en effet aux seuls élus locaux que revient désormais l'initiative de demander au préfet le classement de tout ou partie d'un territoire dès lors que les critères prévus par le législateur leur semblent remplis. Cette mesure est présentée comme étant favorable aux libertés locales en même temps que constituant une simplification et une clarification de règles antérieures particulièrement complexes qui avaient conduit à une multiplication des difficultés de mise en œuvre et à de nombreux contentieux.

La circulaire déclare : « Il importe de souligner que pour autant il n'y a donc aucun classement automatique et aucune dérogation individuelle ou collective ne peut être accordée par l'État si l'initiative n'est pas prise par les maires, les conseils municipaux et, après avis, selon les situations, des conseils d'agglomération, de communautés urbaines ou de communautés de communes. La liberté communale est totalement respectée et l'appréciation des besoins locaux d'une population laissée à l'initiative de ses représentants ». Quant au périmètre d'usage de consommation exceptionnel à l'intérieur duquel les commerces pourront solliciter des dérogations au repos dominical, la circulaire déclare que « cette délimitation répond à des critères objectifs », et la circulaire consacre un long développement à ce périmètre.

Pour les contreparties au travail dominical, il convient, selon la circulaire, de distinguer deux types de situations.

D'une part, lorsque le travail dominical constitue une dérogation de plein droit et découle de facteurs structurels tels que les caractéristiques de l'activité (restaurants, hôpitaux, pompes à essence, cinéma) ou la zone dans laquelle se situe le commerce, tout emploi est susceptible d'impliquer de travailler le dimanche. Dans ce cas, la loi incite les partenaires sociaux à engager des négociations en vue de la conclusion d'un accord relatif aux contreparties accordées aux salariés privés du repos dominical.

D'autre part, lorsqu'une autorisation administrative temporaire et individuelle conditionne l'emploi de salariés le dimanche, le travail dominical

revêt un caractère exceptionnel. Ces contreparties sont normalement fixées par accord collectif. A défaut d'un tel accord, l'employeur qui sollicite la dérogation au repos dominical peut proposer des contreparties aux salariés, celles-ci doivent être approuvées par référendum par le personnel concerné. A défaut d'accord, ces contreparties sont celles fixées par la loi et citées plus haut.

La circulaire déclare : « Il était de la responsabilité du législateur de faire évoluer le droit pour conserver l'équilibre entre le respect du principe du repos dominical et le caractère exceptionnel des dérogations qui peuvent lui être apportées pour répondre à l'évolution des modes de consommation à la demande sociale, comme il l'a régulièrement fait depuis 1906. La loi du 10 août 2009 permet de régler les difficultés posées par des dispositions qui se sont révélées en décalage avec les évolutions économiques et sociétales, tout en réaffirmant le principe du repos dominical. En outre, elle encadre les dérogations au repos dominical par la création de nouvelles garanties au profit des salariés, y compris dans les situations où le code du travail ne prévoyait aucun dispositif particulier ».

SE DÉFENDRE CONTRE L'ENNEMI

La plupart des citoyens français sont d'accord pour qu'existe une défense que l'on qualifie, depuis plusieurs décennies, de « défense nationale » pour bien montrer, ce qui est peu contestable (il suffit de voir le nombre de morts civiles dans les guerres et les conflits de tous ordres depuis la seconde guerre mondiale) que ce n'est pas seulement l'armée qui est concernée, mais bien toute la nation. Régulièrement le Parlement adopte des lois de programmation militaire qui engagent la France, en matière de défense, sur plusieurs années. On ne peut donc dire que ces lois soient secondaires puisqu'elles affectent le citoyen dans sa contribution financière, et qu'elles peuvent avoir également des effets sur sa vie, ou celle de ses enfants.

La loi du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense a été adoptée dans une relative discrétion, non point que les pouvoirs publics ou le Parlement aient recherché un tel objectif – le texte a été en discussions pendant de longs mois – mais parce que les médias ne s'y sont pas intéressés, la discussion étant probablement trop sérieuse pour eux.

Cette loi est la onzième loi de programmation militaire, la précédente étant venue à échéance fin 2008. Le chapitre 1^{er} détermine les objectifs de la politique de défense, plus particulièrement de la programmation militaire. Afin de différencier clairement les dispositions normatives de celles qui ont un caractère programmatique, l'article 1^{er} précise que ce chapitre fixe les objectifs de la politique de défense et de la programmation financière qui lui est associée. L'article 2 porte approbation du rapport annexé, qui fixe les orientations relatives à la politique de défense et aux moyens qui lui sont consacrés pour la période 2009-2014.

Le rapport sur les orientations de la politique de défense

Le rapport annexé présente d'abord la « politique de défense dans la stratégie de sécurité nationale de la France », ensuite la programmation militaire 2009-2014, puis la transformation de la défense, en quatrième lieu l'industrie de défense, en cinquième lieu « l'adhésion de la Nation, condition de l'efficacité de la stratégie de sécurité nationale », enfin les ressources. Il ne peut évidemment être question de commenter, même sommairement, ces dispositions, fort longues. Quelques remarques relatives à la politique de défense suffiront et donneront peut-être envie au lecteur d'aller lire ce rapport sur lequel est fondé la politique de défense de la France pour les années qui viennent.

Le rapport commence par faire le constat de ce qui peut apparaître comme des évidences, mais qu'il faut cependant rappeler. La politique de défense de notre pays doit s'adapter aux changements dus à la mondialisation avec la modification des rapports de force, la transformation des échanges économiques, l'accélération de la circulation de l'information et de la connaissance. « Le monde n'est pas nécessairement devenu plus dangereux qu'autrefois, mais il est plus instable, plus imprévisible et les évolutions de notre environnement peuvent être brutales ». Pour la France, le rapport identifie quatre zones géographiques qui peuvent jouer un rôle critique pour la sécurité dans les années à venir : l'arc de crise s'étendant de l'Atlantique à l'ouest de l'Afrique jusqu'à l'océan indien, le continent européen, l'Afrique sub-saharienne, l'Asie enfin, vers laquelle se déplace progressivement le centre de gravité stratégique de la planète.

Par rapport à la décennie précédente, la politique de défense doit prendre en compte plusieurs infléchissements : en premier lieu, la France, son territoire et sa population, sont directement exposés à des menaces à caractère militaire ou quasi militaire (en particulier le terrorisme, le développement de missiles balistiques de longue portée par de nouvelles puissances, les conséquences des crises dans les zones d'intérêt stratégique) ; en deuxième lieu, les moyens de l'information, de l'anticipation (pour qui sait lire les signes ...) et de la prévention des crises n'ont jamais été aussi développés ; en troisième lieu, le risque d'implication de notre pays et des pays européens dans une guerre interétatique ne peut être entièrement exclu à un horizon d'une quinzaine d'années ; enfin, les sollicitations des armées françaises sur les théâtres d'opérations extérieurs en vue d'opérations de stabilisation demeureront nombreuses et conduiront à des déploiements dans des environnements exigeants.

Dans ce contexte, affirme le rapport, « la défense devra assurer la sécurité de la Nation face aux risques d'agression armée, le respect de nos engagements internationaux en matière de défense, la contribution de la France au maintien de la paix et de la sécurité internationales, la participation à la protection de la population sur le territoire, en appui des dispositifs de sécurité intérieure et de sécurité civile, et à l'étranger ».

Naturellement, ce que le rapport appelle « l'ambition européenne et internationale de la France » est au cœur de la vocation de la France dans le monde. Il déclare que l'Union européenne « doit s'affirmer comme un acteur majeur de la gestion des crises et de la sécurité internationale », ce qui, il faut bien le dire, ressemble aujourd'hui beaucoup plus à un vœu qu'à une réalité. L'Union européenne s'est fixé un certain nombre d'objectifs pour les prochaines années, notamment une capacité d'intervention globale de 60 000 hommes,

déployables pendant un an sur un théâtre éloigné. L'accent doit être mis, également, sur le renforcement de l'industrie de défense européenne.

La politique de défense repose encore sur « la rénovation de relation transatlantique » (notamment la rénovation de l'OTAN avec le rapprochement, déjà entamé, avec la structure de commandement de l'OTAN, dans le respect de l'indépendance complète des forces nucléaires, la liberté d'appréciation des autorités françaises, la liberté permanente de décision), le multilatéralisme (ce qui implique notamment, du point de vue de la France, une réforme du Conseil de sécurité des Nations unies, un soutien aux organisations régionales de sécurité).

Cinq grandes fonctions stratégiques sont arrêtées : connaissance et anticipation, prévention, dissuasion, protection, intervention, la combinaison de ces différentes fonctions devant pouvoir évoluer en s'adaptant aux modifications de l'environnement stratégique. La dissuasion nucléaire demeure un fondement essentiel de la stratégie nationale, elle est la garantie ultime de la sécurité et de l'indépendance de la France, elle a pour fonction d'empêcher une agression d'origine étatique contre les intérêts vitaux du pays, d'où qu'elle vienne et quelle qu'en soit la forme.

Enfin la politique de défense et de sécurité se décline pour chaque fonction stratégique en objectifs et en contrats opérationnels. Ces derniers « orientent l'organisation et dimensionnent les capacités que les armées doivent pouvoir mettre en œuvre ».

Les adaptations de la politique de défense

Relevons d'abord la diminution des effectifs, qui n'a pas commencé avec la présente loi de programmation, mais qui se poursuit : le plafond d'emplois exprimé, selon la terminologie barbare désormais en vigueur, en « équivalents temps plein travaillé » (ETPT) doit passer de plus de 314 000 actuellement à 276 000 en 2014.

Le chapitre II tire les conséquences des orientations du Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale sur l'organisation des pouvoirs publics en matière de défense et de sécurité nationale. L'organisation actuelle de la défense repose sur l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense, dont les dispositions sont codifiées, depuis 2004, dans le code de la défense. Selon les pouvoirs publics, cette organisation, « produit d'un contexte historique et stratégique issu de la seconde guerre mondiale », ce qui n'est guère contestable, doit désormais être adaptée, afin de répondre aux exigences actuelles.

Cette adaptation peut être résumée notamment par les termes de restructuration et de réorganisation des services et des fonctions. Les armées doivent être regroupées, à l'horizon 2013 (ce qui est très proche) sur quatre vingt cinq à quatre vingt dix bases de défense. Cela nécessite un plan d'aménagement important dans le domaine immobilier et une cession des emprises devenues inutiles. Tout ceci aura inéluctablement des incidences sur l'emploi local. C'est pourquoi les pouvoirs publics ont cherché à mettre en place des outils adaptés pour l'aide à la création d'emplois dans le secteur privé.

La Société financière régionale pour l'emploi et le développement (SOFRED) doit voir son statut évoluer. La SOFRED, filiale à 100% de GIAT Industries, a été créée en 1993 pour les besoins de reconversion des sites de production du groupe et de ses personnels. L'accompagnement des plans de restructuration du groupe est en voie d'achèvement, l'activité de la société au profit de GIAT Industries se limitant désormais à gérer des encours de prêts, dont les derniers remboursements arriveront à échéance en 2014-2015. Les pouvoirs publics ont estimé nécessaire de transformer la SOFRED en société nationale de droit privé, indépendante de GIAT Industries, et dont l'État continuerait à détenir 100 % du capital. La société a dès lors vocation, selon le gouvernement, « à devenir, pour le compte du ministère de la défense, l'outil financier appuyant l'action des sociétés de conversion au profit de la réindustrialisation, soit en direct, soit en partenariat ». Il est notamment prévu que la société intervienne sous forme de prêts participatifs rémunérés.

S'agissant des emprises devenues inutiles, elles doivent être mises en vente par les services de France Domaine avec le concours de la Société de valorisation financière et immobilière (SOVAFIM) et les services compétents du ministère de la défense. Jusqu'à la fin de 2014, et par dérogation aux dispositions de l'article L. 3211-1 du code général de la propriété des personnes publiques, les immeubles affectés au ministère de la défense pourront être cédés sans qu'ils aient à être reconnus comme définitivement inutiles à l'État. Une disposition de la loi permet la cession d'emprises militaires avant leur dépollution (l'article L. 3211-1 du CGPPP tel que résultant de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pouvant être interprété comme conditionnant la vente d'un bien immobilier à la réalisation préalable de l'opération de dépollution).

Un autre aspect intéressant est l'ouverture du capital de certaines entreprises du secteur de la défense. L'ex-DCN (direction des chantiers navals) devenue DCNS (le S ajouté signifiant « systèmes et services ») et la Société nationale des poudres et explosifs (SNPE) sont très dépendantes du marché domestique ce qui, associé à l'augmentation des coûts et au développement des nouveaux systèmes et à l'exacerbation de la concurrence à l'exportation, rend nécessaire « une consolidation du paysage industriel européen, qui demeure surcapacitaire dans certains segments de marché et souffre d'un trop grand morcellement ».

Selon les autorités publiques, l'appartenance de DCNS SA et de SNPE SA au secteur public limite leur capacité à participer à des recompositions industrielles. La loi comporte des dispositions « visant à lever les obstacles d'ordre législatif qui empêchent ces deux acteurs de saisir toutes les opportunités de consolidation industrielle qui pourraient se présenter à plus ou moins brève échéance au plan national ou européen, et qui sont indispensables pour pérenniser notre base industrielle et technologique de défense ». Derrière cette formulation alambiquée et quelque peu hypocrite ce qui est prévu c'est une privatisation partielle de la société.

La question du secret de la défense nationale

D'autres dispositions, qui ont attiré un peu plus l'attention, au moins de certaines personnes, et qui sont effectivement importantes, ont trait au secret de

la défense nationale. Dans son avis n° 374.120 du 5 avril 2007 le Conseil d'État avait estimé que afin de concilier « les objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, il apparaît indispensable que le législateur complète les règles de procédure applicables ».

Le Conseil d'État relevait, dans son avis, que le législateur n'a édicté aucune règle s'agissant de l'entrée dans les lieux où peut intervenir l'autorité judiciaire et où peuvent se trouver des informations couvertes par le secret de la défense nationale, que le juge d'instruction (tant qu'il existe, demain son successeur puisque, ainsi que l'on sait, il doit disparaître) ne tient pas du code de procédure pénale qualité pour connaître de tels secrets et « qu'il lui incombe quand il envisage de pénétrer dans une telle zone (protégée en vertu des dispositions de l'article 413-7 du code pénal), de respecter la nécessité impérieuse d'éviter toute compromission du secret de la défense nationale, compromission qui pourrait résulter du seul fait de sa présence dans cette zone », et le Conseil d'État estimait par conséquent qu'il était indispensable « que le législateur (...) fixe précisément les conditions dans lesquelles peuvent être saisis et mis sous scellés sans risque de divulgation à des personnes non qualifiées de secrets protégés, des documents dont l'autorité judiciaire ne peut savoir s'ils sont ou non utiles à son instruction ».

Le Conseil d'État estimait que les prérogatives de la Commission consultative du secret de la défense nationale – qui est une autorité administrative indépendante créée par la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 pour répondre aux demandes des juridictions françaises demandant la déclassification et la communication d'éléments classifiés (on renvoie sur ce point à l'étude faite par le CRA à la demande du Sénat sur ces autorités et au rapport du sénateur) pourraient être utilement étendues afin de lui permettre d'intervenir lors de la découverte de documents classifiés, notamment en zone protégée.

Le législateur a entendu répondre à ces préconisations, les appréciations que l'on peut porter sur ces dispositions pouvant varier, et encore que il faudra attendre les décrets d'application pour que l'on puisse se faire une idée plus précise de ce que ces dispositions impliquent.

Quoi qu'il en soit, la loi complète le code de procédure pénale par un article 56-4 destiné à permettre les perquisitions nécessaires à l'autorité judiciaire dans sa recherche de la manifestation de la vérité, tout en assurant la protection du secret de la défense nationale. Selon le gouvernement, ces dispositions sont directement inspirées des textes existants pour les médecins, avocats, notaires ou avoués, destinés à protéger les droits de la défense, le secret professionnel et médical, ou encore le secret des sources d'information des journalistes, tout en assurant un déroulement optimal des investigations judiciaires, et avec une spécificité liée à l'introduction de la notion de lieux classifiés.

Selon l'exposé des motifs du projet de loi : « L'objectif poursuivi par le texte est à la fois d'éviter les atteintes au secret de la défense nationale résultant d'une prise de connaissance d'éléments classifiés par un magistrat ou par un enquêteur, qui n'ont pas qualité pour en connaître (...) tout en assurant un déroulement régulier de la perquisition qui permet la saisie et le placement sous scellés des éléments classifiés intéressant l'affaire en cours ».

L'article 14 de la loi a, en ce sens, modifié le code de la défense, dans le but de renforcer les prérogatives de la Commission consultative du secret de la

défense nationale et celles de son président. Il faut distinguer trois hypothèses. La première est celles dans laquelle la perquisition doit se dérouler dans un lieu susceptibles d'abriter des éléments classifiés, précisément identifié et déclaré à la Commission consultative du secret de la défense nationale (tel peut être le cas, par exemple, de certains locaux d'entreprises privées intervenant dans le domaine de la recherche ou de la défense. La deuxième est celle dans laquelle la perquisition est envisagée dans un lieu « neutre », dans lequel rien ne permet au magistrat de penser qu'il peut abriter des éléments classifiés, mais dans lequel sont découverts incidemment de tels éléments. Dans ce cas, il est prévu que les enquêteurs avisent immédiatement le magistrat en charge du dossier, qui doit être présent sur les lieux et suivre la même procédure que celle prévue

SE SOIGNER, ÊTRE SOIGNÉ, OÙ ET COMMENT ?

Remarques générales

Une (nouvelle) loi concernant l'hôpital, mais également, plus généralement, la santé, son organisation territoriale, ainsi que sa dénomination l'indique, a été adoptée cet été, la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 « portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires ». Il y avait eu une loi sur les droits des malades, en 2002, aujourd'hui c'est une loi plus large portant sur l'hôpital, mais aussi les patients – terme significatif, s'il en est, puisque le terme patient vient du latin *pateo, pates, patere*, qui signifie, au sens propre, « supporter » – et l'on comprend que celui qui est hospitalisé, ou même qui doit « simplement » se faire soigner, doit effectivement supporter beaucoup de choses, et pas seulement son problème de santé (auquel, d'ailleurs, peuvent s'ajouter d'autres problèmes de santé contractés à l'hôpital, d'où les dispositions de la loi de 2002 sur les maladies que l'on qualifie aujourd'hui, d'un nom savant, de maladies nosocomiales, et qui furent, en d'autres temps, qualifiées d'« hospitalite » parce qu'elles avaient été contractées à l'hôpital.

Il est impossible ici de rendre compte, même de manière cursive, de cette loi qui comporte 135 articles et qui porte sur de très nombreux aspects de la politique de santé. D'ailleurs les commentaires, dont certains sont déjà parus, risquent d'être eux aussi très prolifiques. On se borne ici à quelques observations sur certains points de la loi, en en omettant d'autres qui auraient mérité d'être traités : cela vaut, notamment, pour tout ce qui concerne la prévention, préoccupation essentielle, s'il en est, et qui fait l'objet de tout un titre de la loi, le titre III, avec des dispositions relatives, entre autres, à la protection des jeunes contre les pratiques à risque, à l'éducation thérapeutique, à la lutte contre le cancer. Citons aussi les nombreuses dispositions, qui appellent des commentaires à part, sur l'accessibilité aux soins (le titre II de la loi est intitulé : « Accès de tous à des soins de qualité ») et sur l'organisation des professions de santé.

Comme il se doit, lorsque l'on commence à faire une loi en ce domaine, on rappelle au préalable que notre système de santé est remarquable, qu'il offre une qualité et une sécurité que l'on retrouve rarement ailleurs. Ceci dit, « en raison d'une coordination insuffisante de l'ensemble des acteurs et d'une inégale répartition des professionnels de santé sur le territoire, l'accès aux soins devient une question croissante pour nos concitoyens. Ce système présente aujourd'hui

des limites et des fragilités, alors que se profile le double défi du vieillissement de la population et de la spécialisation croissante des soins ».

Économie générale de la réforme

Le projet de loi (devenu la loi précitée) intitulé « hôpital, patients, santé, territoires » se donnait pour ambition d'engager une modernisation de notre système de santé, en plaçant l'accessibilité des soins au premier rang de ses priorités, notamment par une meilleure coordination des parcours de soins. Ce qui est recherché ce sont des modifications d'organisation à la fois dans le secteur sanitaire, hospitalier et ambulatoire, et dans le secteur médico-social.

Il est apparu, depuis d'ailleurs bien des années, qu'une gestion transversale par un acteur unique au plan régional, était nécessaire, d'où la réforme, qualifiée, selon un terme passé dans la langue mais très laid, d'« organisationnelle », avec les agences régionales de santé (ARS). L'exposé des motifs déclare et, sur ce point, on le suit volontiers, que « la mise en œuvre d'un tel projet exigera une volonté sans faille, une mise en œuvre déterminée, et une grande pédagogie ». Il n'est pas certain du tout que ces trois conditions seront réunies.

Le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi et s'est prononcé par sa décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009. Des griefs étaient formulés à l'encontre de huit articles, ils ont tous été rejetés, aucun des articles n'a été censuré, le Conseil ne formulant que deux réserves d'interprétation. Le Conseil a notamment rejeté le grief dirigé contre la participation des établissements de santé privés à l'accomplissement de missions de service public et a rappelé qu'il appartiendra à l'ARS de veiller, en définissant les modalités de cette participation et en la coordonnant avec l'activité des établissements publics de santé, à ce que soit assuré l'exercice continu des missions du service public hospitalier pris dans son ensemble.

Modernisation des établissements de santé

Un premier titre de la loi porte sur la modernisation des établissements de santé. Le texte rappelle que, quels que soient leurs statuts, tous les établissements de santé peuvent prétendre assurer le service public de santé. A vrai dire cela n'a rien de nouveau. Dès le début du vingtième siècle (CE 8 novembre 1935, *Dame Philipponeau*) le Conseil d'État admet que l'activité consistant à apporter des soins aux malades dans des établissements spécialisés constitue un service public. Cependant, le juge ne distinguait pas vraiment, à cette date, entre l'activité d'assistance et l'activité de soins, il faut attendre deux décisions du Tribunal des conflits de 1957 (TC 25 mars 1957, *Chilloux* et *Isaad Slimane*) pour que la notion de service public soit clairement affirmée à propos de l'activité d'un hôpital.

Il paraissait assez logique, depuis la célèbre décision du Conseil d'État du 13 mai 1938 *Caisse primaire Aide et protection* (qui ne porte évidemment pas sur la santé), que des personnes privées puissent être considérées comme participant à ce service public de santé. Cela est consacré explicitement avec la loi portant réforme hospitalière du 31 décembre 1970. Ainsi que l'écrivait à

l'époque A. de Laubadère : « La grande nouveauté de la loi du 31 décembre 1970 réside dans son ampleur et son invitation faite au secteur privé de s'intégrer dans le service public hospitalier qui ne concernait auparavant que le public ».

Cependant, les établissements privés ne se trouvent pas dans la même situation que les établissements publics, et le législateur, prudemment, rappelle que la possibilité de confier des missions de service public aux établissements de santé privés ne sera mise en œuvre qu'en cas de carence (ce qui est, soit dit en passant la réplique inverse de la situation en matière d'intervention des collectivités territoriales en matière économique, l'initiative appartenant, ici, d'abord aux personnes privées), dans les zones dites de « sous-densité » d'offre de soins. Ces missions sont alors identifiées dans le contrat d'objectifs et de moyens conclu entre l'établissement et l'agence régionale de santé.

Le législateur a voulu « moderniser » le statut des établissements de santé, le titre 1^{er} de la loi est d'ailleurs : « Modernisation des établissements de santé ». Mais que veut dire moderniser ? On peut mettre beaucoup de choses sous un tel intitulé. Comme il se doit, le thème de la « gouvernance » (un terme à la mode parmi d'autres) est revenu régulièrement (un rapport parlementaire affirmait que le titre I du projet de loi « rénove la gouvernance hospitalière »). La loi donne une nouvelle rédaction à un certain nombre d'articles du code de la santé publique, notamment les articles L. 6111-1 et suivants de ce code.

L'article L. 6111-1 donne une définition des missions de ces établissements de santé en déclarant que ces établissements, publics, privés et privé d'intérêt collectif « assurent (...) le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes. Ils délivrent les soins avec hébergement, sous forme ambulatoire ou à domicile, le domicile pouvant s'entendre du lieu de résidence ou d'un établissement avec hébergement relevant du code de l'action sociale et des familles. Ils participent à la coordination des soins en relation avec les membres des professions de santé exerçant en pratique de ville et les établissements et services médico-sociaux, dans le cadre défini par l'agence régionale de santé en concertation avec les conseils généraux pour les compétences qui les concernent. Ils participent à la mise en œuvre de la politique de santé publique et des dispositifs de vigilance destinés à garantir la sécurité sanitaire. Ils mènent, en leur sein, une réflexion sur l'éthique liée à l'accueil et la prise en charge médicale ».

Ces dispositions peuvent paraître fort longues, elles sont peu de choses au regard des débats qui ont eu lieu au Parlement, elles ne sont, malgré l'importance d'un certain nombre d'affirmations, qu'un écho assourdi de débats fondamentaux sur ce que doit être une politique de santé publique, sur les relations entre le secteur public et le secteur privé, c'est-à-dire sur les relations entre les établissements de santé publics et les établissements de santé privé, débats, également, entre les premiers et la médecine libérale, l'articulation entre l'hôpital et les pratiques de ville, la tarification des soins, le rôle des agences régionales de santé, le rôle des différentes collectivités territoriales, etc. D'innombrables questions touchant à la santé, mais aussi à la répartition des pouvoirs et des rôles, sans compter le point le plus sensible, celui du financement de la santé, qui a lui-même de nombreuses composantes, s'entremêlent, s'entrechoquent, se superposent.

Établissements de santé : le statut

L'une des questions sous-jacentes à la formulation des dispositions de la loi, et qui n'apparaît évidemment pas en tant que telle, est celle du statut des établissements publics de santé. La question semble au profane anodine, voire superfétatoire, la réponse paraît être une « lapalissade » : un établissement public de santé n'est-il pas, par définition, un établissement public ? Comme n'importe quel juriste peut s'en douter, la question est autrement plus compliquée, elle est de savoir si ces établissements publics de santé peuvent être des établissements publics à caractère industriel et commercial, avec toutes les conséquences qui en découlent.

Depuis plusieurs années certains gestionnaires de ces établissements publics, notamment les plus importants d'entre eux, les centres hospitaliers universitaires (CHU), demandent à ce que leurs établissements puissent être des établissements publics à caractère industriel et commercial, faisant valoir que l'application des règles de droit public, notamment en matière de commande de matériels médicaux et chirurgicaux, les placent en position d'infériorité par rapport aux établissements privés correspondants.

Les pouvoirs publics se sont toujours refusés, jusqu'à présent, à reconnaître une telle possibilité, une telle transformation susciterait, à coup sûr, ce que l'on appelle en France une « levée de boucliers », c'est-à-dire une opposition violente à un tel changement, dont il n'est pas question ici, tant le problème mérite d'être abordé sous ses différents angles, de discuter le bien-fondé ou le mal fondé. L'article L. 6141-1 du code de la santé, tel qu'il résulte de la loi du 21 juillet 2009 déclare, dans son alinéa 1 : « Les établissements publics de santé sont des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière. Ils sont soumis au contrôle de l'État (...). Leur objet principal n'est ni industriel ni commercial ».

Un autre débat, sous-jacent lui aussi, est celui du partage du pouvoir au sein de l'établissement hospitalier, tout au moins lorsqu'il s'agit d'un établissement public. En d'autres termes, quelle doit être la répartition des pouvoirs entre les administratifs, les gestionnaires (tout particulièrement le directeur de l'établissement) et les médecins ? C'est là une question délicate et, depuis longtemps, à l'intérieur des établissements, les médecins – pris au sens large du terme – estiment devoir décider seuls en invoquant l'argument puissant, *a priori* irréfutable, de la santé des patients dont eux seuls sont juges, sont en mesure de dire les dispositions qu'il convient de prendre et les actes à poser pour la préserver. C'est ce que le projet de loi appelle la « chaîne de décision ». Mais les directeurs d'établissements ont également quelques bonnes raisons de revendiquer le pouvoir, pour lutter contre les « féodalités » (et ce que cela implique) qui se constituent à l'hôpital.

L'une des préoccupations a été de favoriser les coopérations entre les établissements de santé. A cette fin il est créé par la loi une nouvelle institution, les « communautés hospitalières de territoire » (CHT), le terme de communauté n'étant pas sans évoquer d'autres communautés, dans le domaine des structures territoriales, et le rapprochement n'étant pas entièrement fortuit. Ces communautés hospitalières de territoire connaissent deux modalités, la communauté hospitalière de territoire « fédérative », dans laquelle l'un des établissements préexistant se voit déléguer des compétences par les autres

établissements et assure ainsi le rôle d'établissement siège, la CHT définissant une stratégie commune et mutualise les compétences, et la communauté hospitalière de territoire « intégrée », dans laquelle les établissements préexistants confient à la CHT l'ensemble de leurs compétences et deviennent les différents sites de la communauté hospitalière de territoire intégrée, tout en conservant des institutions consultatives.

Les groupements de coopération sanitaire (GCS), qui existaient déjà, constituent un mode de coopération entre établissements de santé publics et privés et permettent également des coopérations avec les professionnels de santé libéraux, les centres de santé, ainsi que d'autres organismes ou le secteur médico-social. Cette coopération consiste notamment en une mutualisation des moyens ou l'exercice en commun d'une activité autorisée sur un ou plusieurs territoires de santé, et à l'échelle d'une ou de plusieurs régions. La loi simplifie les règles applicables à ces GCS et en distingue deux sortes, les GCS de mise en commun de moyens, qui permet d'organiser, de réaliser ou de gérer des moyens au nom et pour le compte de ses membres, et le GCS autorisé à exercer en son nom une ou plusieurs activités de soins, qualifié dans ce cas d'établissement de santé.

L'organisation territoriale du système de santé : les ARS

La loi crée des « agences régionales de santé » (ARS) qui sont destinées à renforcer et à rendre plus efficace ce que le projet de loi appelle le « pilotage territorial de notre système de santé » (ce terme de « pilotage », fréquemment employé, et qui n'a pas toujours un sens très précis, en disant long sur l'importance des véhicules dans notre environnement et nos manières de faire, voire de penser).

Ces ARS doivent permettre de mieux adapter les politiques de santé aux besoins et aux spécificités de chaque territoire, de simplifier le système de santé en réunissant, au niveau régional, des institutions de l'État (les agences régionales de l'hospitalisation, auxquelles elles se substituent, et qui disparaissent, les services déconcentrés de l'État que sont les pôles « santé » et « médico-social » des directions régionales et départementales des affaires sanitaires et sociales, DRASS et DDASS) et des institutions de l'assurance maladie (unions régionales des caisses d'assurance maladie, URCAM ; groupements régionaux de santé publique, GRSP ; missions régionales de santé, MRS ; la partie « sanitaire » des caisses régionales d'assurance maladie (CRAM)).

Les ARS sont donc conçues comme devant couvrir l'ensemble du champ de la santé en surmontant les cloisonnements sectoriels et en garantissant une conduite plus cohérente et plus efficace des politiques de santé sur un territoire. Les ARS ont pour mission de définir et de mettre en œuvre la politique régionale de santé, dans le respect des objectifs nationaux, afin de répondre aux besoins de santé de la population et de veiller à une gestion efficiente du système de santé. Les ARS disposent d'un statut d'établissement public avec un directeur général et un conseil de surveillance.

Le directeur général doit prendre toutes les décisions relevant des missions de l'agence, il arrête, en particulier, le projet régional de santé et a autorité sur les services de l'agence dont il décide l'organisation et le fonctionnement. Le

directeur général est nommé en conseil des ministres, pour asseoir son autorité et il a un mandat, assorti d'une lettre de mission précisant ses objectifs. Le conseil de surveillance, présidé par le représentant de l'État, est chargé d'émettre un avis annuel sur les résultats de l'action de l'agence et d'en approuver le compte financier, il est composé de représentants de l'État, de représentants de l'assurance maladie, d'élus des collectivités locales, de personnalités qualifiées et de représentants des usagers. Une autre structure est créée, la conférence régionale de santé, présentée comme une « instance de démocratie sanitaire, lieu privilégié de la concertation ».

En vue d'assurer une coordination des actions des différentes ARS, et notamment de garantir la cohérence des instructions données à ces dernières, la loi institue un comité de coordination des ARS, qui réunit des représentants de l'État et de ses établissements publics, dont la CNSA (la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, créée par la loi du 30 juin 2004 et dont les missions ont été renforcées par la loi du 11 février 2005, est un établissement public qui a pour objet de financer les aides en faveur des personnes âgées dépendantes et des personnes handicapées, de garantir l'égalité de traitement sur tout le territoire, d'assurer une mission d'expertise, d'information et d'animation), ainsi que des représentants des organismes nationaux d'assurance maladie membres de l'UNCAM (l'Union nationale des caisses d'assurance maladie, UNCAM, regroupe, depuis la loi de 2004 précitée, les trois régimes d'assurance maladie, le régime général, le régime agricole et le régime social des indépendants). Par ailleurs un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens est signé entre chaque agence et les ministres chargés de la tutelle.

Les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel ont fait valoir, devant ce dernier, que les pouvoirs conférés à l'ARS limitaient l'autonomie des établissements de santé en méconnaissant les exigences constitutionnelles en matière de liberté contractuelle, en particulier pour la signature du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens avec l'ARS. Le Conseil constitutionnel a répondu qu'aucune exigence constitutionnelle ne garantit l'autonomie de gestion des établissements publics de santé et « qu'en outre, les pouvoirs de l'agence régionale de santé ne portent, par eux-mêmes, aucune atteinte à la liberté de contracter de ces établissements ».

Organisation territoriale : le projet régional de santé

Le projet régional de santé poursuit deux objectifs essentiels : simplifier et clarifier la situation actuelle, où coexistent de nombreux plans, schémas et programmes sectoriels qui ne sont pas assez articulés entre eux ; assurer la transversalité de la politique conduite par l'ARS, en donnant une lisibilité à son action, et donner un cadre pour fédérer les initiatives et les acteurs. Ce projet est constitué de trois éléments : un plan stratégique régional de santé, qui fixe les orientations et les objectifs ; des schémas régionaux de mise en œuvre en matière de prévention, d'organisation de soins et d'organisation médico-sociale ; le cas échéant, de programmes déclinant les modalités d'application, notamment financières, de ces schémas. Le projet est arrêté par le directeur de l'ARS après concertation préalable avec les différents acteurs concernés par sa mise en œuvre et après avis du représentant de l'État dans la région.

Différents schémas régionaux sont prévus (sur la notion juridique de schéma je renvoie à l'ouvrage *Cartes, schémas et décentralisation*, sous la dir. de J.-M. Pontier, PUAM 2000). Le schéma régional de prévention comporte des dispositions relatives à la prévention, à la promotion de la santé et à la sécurité sanitaire et organise l'observation des « risques émergents » et la gestion des événements qu'ils peuvent provoquer. Le schéma régional d'organisation des soins englobe désormais l'ensemble de l'offre de soins hospitalière et ambulatoire et détermine les zones géographiques de l'accès aux soins de premier et de second recours. Le schéma régional de l'organisation médico-sociale permet de définir la politique conduite par l'agence pour répondre aux besoins de prise en charge et d'accompagnement des personnes handicapées ou en perte d'autonomie.

Le directeur général de l'ARS peut créer des « territoires de santé ». Dans chacun de ces territoires, il peut mettre en place une « conférence de territoire » qui, rassemblant des représentants des différentes catégories d'acteurs du système de santé du territoire concerné, organise la concertation et l'action conjuguée de ces acteurs pour établir un diagnostic partagé sur les enjeux sanitaires du territoire et faire des propositions sur l'élaboration, la mise en œuvre et l'évaluation du projet régional de santé.

La mise en œuvre du projet régional de santé peut faire l'objet de contrats locaux de santé conclus notamment avec les collectivités territoriales. Ces contrats locaux de santé portent sur la promotion de la santé, la prévention, les politiques de soin et l'accompagnement médico-social.

Outre les lois votées qui n'ont pas été évoquées, d'autres, importantes, sont en préparation, qu'il s'agisse, par exemple – et ce ne sont que quelques exemples – du projet de loi sur le Défenseur des droits, prévu par la réforme constitutionnelle, de celui sur la sécurité intérieure, de celui sur la piraterie, de celui sur la poste, de celui sur la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (qui a, si l'on peut dire, fait déjà couler beaucoup d'encre et soulevé un débat passionné, qui présente la particularité d'être « transversal » car il passe à l'intérieur de chaque camp politique), de celui, très sensible naturellement, de la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés et de la répartition des sièges, ou encore de celui, moins sensible (sauf pour les avoués) sur la fusion des professions d'avocat et d'avoué près les cours d'appel, sans compter les lois sur la réorganisation locale qui prendront probablement beaucoup de temps avant d'être votées. Nous aurons l'occasion de revenir, dans les prochains numéros, sur certains de ces textes lorsqu'ils auront été adoptés.



RENCONTRES CRA-CAA .. LA PREEMPTION

Le président de la Cour administrative d'appel de Marseille, J. Léger, prêche toujours une oreille bienveillante aux demandes du CRA et, grâce à la disponibilité dont il accepte de faire preuve, ainsi que les autres membres de la Cour, il se tient régulièrement une rencontre au cours de laquelle sont présentés des exposés et des commentaires de certains arrêts rendus par la Cour.

L'habitude a été prise de faire ces rencontres avec une chambre de la Cour, différente d'une année sur l'autre, la chambre proposant, avec l'accord du président de la Cour, un thème qui a donné lieu à un contentieux particulièrement intéressant.

Le thème qui avait été retenu, et sur lequel portent les contributions qui suivent, est le thème de la préemption, qui a donné lieu à des évolutions jurisprudentielles mais également à l'intervention du législateur. La préemption est un mode d'intervention des pouvoirs publics qui mérite d'être analysée en raison de ses particularités et des questions, plus nombreuses qu'on ne pourrait le penser, qu'elle soulève.

LE DROIT DE PRÉEMPTION DES PERSONNES PUBLIQUES

par Jean-Marie PONTIER

Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

La dialectique des rapports entre les personnes privées et la puissance publique peut prendre des formes extrêmement variées. Elle tourne toujours autour des prérogatives que l'on reconnaît, ou que l'on veut refuser, à l'État, quintessence de toutes les personnes publiques et de la puissance publique, tout au moins dans un pays comme la France. Le domaine de l'urbanisme se prête, depuis plus longtemps qu'on ne le pense, à l'exercice de prérogatives de puissance publique. La manifestation par excellence de cette puissance est le droit d'exproprier, qui est l'une des atteintes les plus fortes que l'on puisse relever à la propriété privée, quelles que soient, par ailleurs, les garanties, réelles (dans notre pays du moins), dont l'exercice de ce droit est entouré.

Il existe d'autres manifestations de la puissance publique, et le droit de priorité que constitue la préemption en est une. En latin *emere* signifie d'abord prendre, ensuite acheter, le terme *emptio* désignant l'achat. C'est bien de cela qu'il s'agit dans l'exercice du droit de préemption. Celui-ci consiste à la fois à prendre et à acheter dans la mesure où il s'applique uniquement dans l'hypothèse où un bien est mis en vente – et c'est là une différence essentielle par rapport au droit de l'expropriation – le prix payé étant celui fixé par le vendeur, et dans la mesure aussi où ce dernier ne peut faire autrement que céder son bien à la personne qui exerce son droit de préemption.

Le droit de préemption est d'abord une technique du droit privé, plus précisément dans un domaine bien particulier – car sinon on pourrait s'étonner de la reconnaissance par le droit privé d'une telle prérogative au profit d'une autre personne privée – dans le domaine des baux ruraux, dont on sait qu'ils ont inspiré à plusieurs titres le droit public.

Le droit de préemption des personnes publiques paraît être un instrument d'intervention plus acceptable, plus « doux » que l'expropriation. Car, fera-t-on valoir, qu'importe en définitive au vendeur quel est l'acheteur puisque, en tout état de cause, d'une part le propriétaire du bien voulait se dessaisir de celui-ci et, d'autre part, il retire de la vente le prix qu'il avait fixé. Il a tout lieu, en d'autres termes, d'être satisfait. Peut-être est-ce parce que le droit de préemption heurte moins le droit de propriété que l'expropriation que les auteurs s'y sont moins intéressés qu'à cette dernière.

Cependant, les choses sont peut-être moins simples qu'elles ne paraissent, le droit de préemption soulève de nombreuses questions dont la réponse n'est pas toujours évidente. Par ailleurs, et contrairement à ce que pourraient laisser supposer les ouvrages qui la traitent, la préemption n'est pas une technique d'intervention secondaire, accessoire, exceptionnelle, le nombre non négligeable de jugements et d'arrêts qui y sont relatifs en témoigne.

L'objet de ces lignes n'est pas d'examiner de manière exhaustive les problèmes soulevés par le droit de préemption, mais de présenter quelques facettes de ce droit à travers, d'abord et principalement, le droit de préemption urbain, ensuite à travers les autres expressions de ce droit.

I – LE DROIT DE PRÉEMPTION URBAIN

Le principal domaine d'application du droit de préemption – peut-être faudrait-il parler *des* domaines car, même s'ils sont proches, ce sont deux champs différents du droit de préemption que l'on peut relever, le droit de préemption urbain et le droit de préemption dans les zones d'aménagement différé – est celui de l'urbanisme dans lequel le législateur l'a institué pour des raisons évidentes (encore que cette « évidence » soit discutable) liées à la spéculation foncière et à la nécessité pour les collectivités publiques de disposer d'immeubles à des fins d'intérêt général.

On objectera, avec quelques bonnes raisons, que le droit de préemption aurait moins lieu d'être si les collectivités publiques avaient été plus prévoyantes et avaient constitué des réserves foncières en des temps où les terres n'avaient pas la valeur qu'elles ont aujourd'hui. Quelle que soit la valeur de l'objection, on ne refera pas l'histoire, les collectivités publiques, notamment les communes, n'ont pas su prévoir le développement urbain, les problèmes posés par la circulation des véhicules, etc., ce qui explique ces procédés que sont l'expropriation et la préemption.

1 – L'appréciation des règles générales applicables au droit de préemption

Aux termes des articles L. 210-1 et suivants et R. 211-1 et suivants du code de l'urbanisme, un droit de préemption peut être exercé par la commune en vue de la réalisation, dans l'intérêt général, des actions ou opérations répondant aux objets définis à l'article L. 300-1 du même code, à l'exception de ceux visant à sauvegarder ou à mettre en valeur les espaces naturels, ou pour constituer des réserves foncières en vue de permettre la réalisation desdites actions ou opérations d'aménagement.

L'exercice du droit de préemption doit donc répondre à plusieurs exigences qui ont été précisées par le juge, le Conseil d'État ayant, par ailleurs, rendu un avis sur les modifications qu'il était souhaitable d'apporter à la préemption.

A – Les exigences posées par la loi

Un droit strictement encadré

En premier lieu, l'exercice du droit de préemption doit avoir l'un des objets suivants : mettre en œuvre une politique locale de l'habitat ; organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques ; réaliser des équipements collectifs ; lutter contre l'insalubrité ; permettre la restructuration urbaine ; sauvegarder ou mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti ; permettre le renouvellement urbain ; constituer des réserves foncières.

En deuxième lieu, le droit de préemption doit mentionner précisément l'objet pour lequel le droit est exercé, c'est-à-dire non seulement viser une des opérations ou actions d'aménagement citées ci-avant, mais en détailler le but poursuivi. Toutefois, dans les cas où il doit permettre la constitution de réserves foncières dans le cadre d'une zone d'aménagement différé, ou permettre la mise en œuvre d'un programme local de l'habitat, la décision de préemption peut alors ne se référer qu'aux motivations générales mentionnées dans l'acte créant la zone ou ne viser que les actions définies par la délibération municipale pour appliquer le programme local de l'habitat.

L'obligation de mentionner l'objet du droit de préemption a le caractère d'une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité la décision considérée.

En troisième lieu, le droit de préemption doit faire l'objet d'un avis du Service des Domaines sur le prix du bien qui doit être préempté dès lors que le montant de ce dernier excède 75 000 euros. Cet avis est un avis obligatoire, qui ne lie donc pas la commune.

Celle-ci a deux possibilités. Elle peut procéder « librement à l'acquisition » du bien préempté quand le service des domaines n'a pas répondu dans le délai d'un mois (article R. 213-21, alinéa 3 du code de l'urbanisme). Elle peut également décider d'acquérir l'immeuble préempté à un prix supérieur à l'évaluation domaniale, à condition que l'organe délibérant de la collectivité prenne au préalable une décision motivée qui doit être « notifiée par le ou les commissaires de la République au directeur des services fiscaux du ou des départements de la situation des biens », selon la formule de l'article 10 du décret n° 86-455 du 14 mars 1986 fixant les modalités de la consultation du Service des Domaines.

En quatrième lieu, le droit de préemption doit être exercé dans les deux mois à compter de la réception de la déclaration préalable d'aliéner faite par le propriétaire du bien. L'absence de décision de la commune à l'expiration de ce délai vaut renonciation à l'exercice de son droit et le propriétaire du bien peut réaliser la vente de ce dernier au prix indiqué dans sa déclaration (articles L. 213-2 et L. 213-8 du code de l'urbanisme).

En cinquième lieu, le droit de préemption doit faire l'objet d'un accord sur le prix du bien par le propriétaire, lequel peut, sinon, retirer son offre de vente.

En sixième lieu, la partie qui souhaitait acquérir le bien et qui entend contester la préemption, doit le faire dans les deux mois de la notification au propriétaire du bien de la décision de préempter. Elle doit pouvoir prouver l'illégalité de l'acte de préemption.

Lorsque un bien n'est que partiellement soumis au droit de préemption, le titulaire de ce droit ne peut exercer ce dernier que sur la partie préemptable, et non sur la totalité du bien. En effet, seul le propriétaire du bien partiellement préempté a le droit de demander l'acquisition de ce dernier dans sa totalité (article L. 213-2-1 du code de l'urbanisme, créé par l'article 21 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, dite loi SRU).

Utilisation du bien acquis par la collectivité

Le bien acquis par préemption doit ultérieurement être utilisé en vue de la réalisation de l'objet poursuivi et mentionné dans l'acte de préemption. Cette utilisation peut être directe par la commune (ou éventuellement son délégataire) ou se faire par cession du bien. Dans cette dernière hypothèse, il importe peu que le prix demandé pour le transfert de propriété soit supérieur au prix versé lors de la préemption. Il doit également être précisé que toute utilisation ou toute aliénation du bien préempté « au profit d'une personne privée autre qu'une société d'économie mixte (...) ou qu'une société d'habitations à loyer modéré doit faire l'objet d'une délibération motivée du conseil municipal ou, le cas échéant, d'une décision motivée du délégataire du droit de préemption » (article L. 213-11 du code de l'urbanisme).

Par ailleurs, dans le cas où la commune « décide d'utiliser ou d'aliéner à d'autres fins » (que celles définies dans la décision de préemption) le bien

préempté, elle « doit en informer les anciens propriétaires ou leurs ayants cause universels ou à titre universel afin de leur en proposer l'acquisition en priorité. A défaut d'accord amiable, le prix est fixé par la juridiction compétente en matière d'expropriation » (article L. 213-11 précité). En cas de renonciation des intéressés au rachat du bien, aucune disposition n'interdit à la collectivité locale de revendre le bien à prix tel qu'il constitue une plus-value. Ces obligations d'information et de proposition de rachat s'appliquent pour les biens préemptés depuis plus de cinq ans aux termes de l'article 19 II de la loi SRU (dix auparavant).

B – Précisions jurisprudentielles

De tels procédés mettent évidemment en échec la liberté contractuelle, puisque le vendeur ne cède pas son bien à l'acquéreur de son choix, et qu'il doit subir un acquéreur représenté par la collectivité publique, que cela lui plaise ou non.

Personnes bénéficiaires

L'une des interrogations que l'on peut avoir, à partir du moment où ce droit est reconnu – et tel est le cas en droit français – est de savoir quelles personnes en sont bénéficiaires. Cela ne fait aucun doute pour l'État, on a vu que des communes s'étaient vu reconnaître un tel droit, mais le premier peut-il restreindre le droit de préemption des secondes sans porter atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution ?

Le Conseil constitutionnel a été amené à répondre à cette question, notamment dans l'examen de la loi instituant le droit au logement. Ayant rappelé que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources, ainsi que la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété.

Sur le fondement de ces dispositions, déclare le Conseil, « il appartient au législateur de déterminer les cas dans lesquels le droit de préemption est susceptible ou non d'être exercé ainsi que les catégories de personnes et notamment les collectivités territoriales qui peuvent être titulaires de l'exercice de ce droit ; (...) en revanche la fixation des modalités de mise en œuvre des principes posés par la loi relève de la compétence du pouvoir réglementaire » (CC 90-274 29 mai 1990).

Notification

Il résulte des dispositions de l'article R. 213-8 du code de l'urbanisme que la décision de préemption doit, lorsque l'aliénation est envisagée sous la forme d'une vente de gré à gré, être notifiée au propriétaire vendeur. Dans un arrêt de 2006 (CE 30 juin 2006, *Commune de Mane*, Rec. T. p. 1100, concl. C. Devys), le Conseil d'État a jugé que le notaire signataire de la déclaration d'intention d'aliéner devait être nécessairement regardé comme le mandataire du propriétaire vendeur du bien préempté.

Dans le prolongement de cette jurisprudence le juge a considéré que la notification d'une décision de préemption au notaire ayant signé la déclaration d'intention d'aliéner était de nature à faire courir le délai de recours contentieux alors que ce notaire n'était pas, en réalité, le véritable mandataire des

propriétaires vendeurs du bien (CAA Paris 18 juin 2009, *Commune de Cachan*, req. n° 07PA01798, *AJDA* 27 juill. 2009, p. 1437, note B. Bachini).

De même, le maire d'une commune ayant exercé le droit de préemption sur un immeuble mis en vente par une SCI et pour lequel celle-ci avec conclu avec une autre société civile immobilière, la Société civile immobilière du Marais, une promesse de vente, cette dernière intente un recours. Le président du tribunal administratif rejette, par ordonnance, la demande pour irrecevabilité, en raison de la tardiveté dont elle aurait été entachée du fait de la date de la notification de ladite décision au notaire du vendeur regardé comme étant aussi en l'espèce le mandataire de l'acquéreur.

En appel la cour considère que la SCI du Marais n'a jamais reçu elle-même notification de la décision de préemption avec mention des voies et délais de recours, qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le notaire ait été mandaté par la SCI du Marais, « que l'existence d'un tel mandat, qui ne se présume pas, ne saurait se déduire des circonstances que les deux sociétés ont le même gérant », que l'identité de la SCI du Marais figurait sur la déclaration d'intention d'aliéner. Il s'ensuit que c'est à tort que le président du tribunal administratif a considéré le recours comme irrecevable (CAA Paris 3 juillet 2009, *Société civile immobilière du Marais*, req. n° 07PA05024).

Ajoutons que dans le cas d'adjudication judiciaire le délai de trente jours dont dispose le titulaire du droit de préemption pour notifier sa décision au notaire ou au greffier du tribunal doit être calculé en fonction de la date de réception de la notification et non de l'expédition de celle-ci (CE 17 décembre 2008, *Office d'habitation du Gers*, req. n° 304840).

Délai d'intervention

Aux termes de l'article L. 213-2 du code de l'urbanisme toute aliénation visée à l'article L. 213-1 est subordonnée, à peine de nullité, à une déclaration préalable faite par le propriétaire à la mairie de la commune où se trouve situé le bien. Cette déclaration, dont le maire transmet copie aux services fiscaux, comporte obligatoirement l'indication du prix ou sa mise à prix. Le silence du titulaire du droit de préemption pendant deux mois à compter de la réception de la déclaration d'intention d'aliéner vaut renonciation à l'exercice du droit de préemption.

Une personne avait conclu une promesse de vente d'un immeuble avec une société. Par décision du 19 juin 2002 l'office public d'aménagement et de construction (OPOAC) du Val-de-Marne, délégataire du droit de préemption de la commune de Vincennes, avait exercé ce droit sur l'immeuble en question sur le fondement d'une première déclaration d'intention d'aliéner envoyée le 19 avril 2002. En raison d'une erreur portant sur la surface habitable du bien, le notaire de la propriétaire avait adressé, le 22 août 2002, une seconde déclaration d'intention d'aliéner modifiant sur ce point sa première déclaration. A la suite d'une nouvelle déclaration d'intention d'aliéner adressée le 10 octobre 2002 à la commune à la demande de cette dernière, l'OPAC du Val-de-Marne avait pris, le 9 décembre 2002, une nouvelle décision de préemption. La société bénéficiaire de la promesse de vente ayant saisi le tribunal administratif, celui-ci avait annulé la décision du 9 décembre 2002. En appel, la cour avait annulé ce jugement et rejeté la demande de la société. Celle-ci s'est pourvue en cassation.

Le Conseil d'État a considéré qu'il résultait des dispositions L. 213-1 et L. 213-2 du code de l'urbanisme que le titulaire du droit de préemption disposait pour exercer ce droit d'un délai de deux mois qui court à compter de la réception de la

déclaration d'intention d'aliéner. Ce délai, « qui constitue une garantie pour le propriétaire qui doit savoir dans les délais les plus brefs s'il peut disposer librement de son bien, ne peut être prorogé par la demande de précisions complémentaires que si la déclaration initiale était incomplète ou entachée d'une erreur substantielle portant sur la consistance du bien objet de la vente, son prix ou les conditions de son aliénation » et, dans ce cas, le délai de deux mois court à compter de la réception par l'administration d'une déclaration complète ou rectifiée.

Le Conseil d'État considère qu'en jugeant que la déclaration d'intention d'aliéner établie le 8 octobre 2002 à la demande de la commune ouvrait au bénéficiaire de l'OPAC du Val-de-Marne un nouveau délai pour exercer le droit de préemption délégué par la commune, sans rechercher si la déclaration d'intention d'aliéner du 22 août 2002 était incomplète ou entachée d'une irrégularité substantielle, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit. Le Conseil d'État considère que la déclaration d'intention d'aliéner du 22 août 2002 n'était ni incomplète, ni entachée d'une irrégularité substantielle et spécifiait à l'inverse qu'elle rectifiait l'erreur de superficie précédemment commise, le délai de deux mois dont disposait l'OPAC pour exercer son droit de préemption avait commencé à courir à compter de la réception de cette déclaration en mairie, soit le 23 août 2002, la décision de préemption prise le 9 décembre 2002 était donc illégale (CE 24 juillet 2009, *Société FINADEV*, req. n° 316158).

Motivation

Par les sujétions qu'elles imposent aux personnes qu'elles concernent directement, les décisions faisant application d'un droit de préemption régi par le titre I du livre II du code de l'urbanisme doivent, par application de la loi du 11 juillet 1979, être motivées. Mais ni les dispositions du décret du 13 septembre 1983, qui instituent seulement au profit de certaines personnes publiques un droit d'être prioritairement informées des intentions de la SNCF d'aliéner des dépendances de son domaine privé, et non un droit de préemption, ni aucun texte, n'imposent de motiver la décision par laquelle une commune, en réponse à cette information, déclare son intention de se porter acquéreur (CE 2 octobre 2006, *Commune de Magny-en-Vexin*, req. n° 278446).

L'objet de la préemption

L'une des questions qui reviennent le plus souvent devant le juge est celle de l'objet de la préemption, les requérants contestant la légalité de l'objet poursuivi.

Dans une décision du 6 février 2006, *Commune de Lamotte-Beuvron*, le Conseil d'État s'est prononcé sur l'objet pouvant être poursuivi par la collectivité. Dans cette affaire la commune de Lamotte-Beuvron avait décidé d'exercer son droit de préemption sur un bien appartenant à une société civile immobilière (SCI). Le conseil municipal avait, par délibération, créé un budget annexe et autorisé le maire à acheter le bien en cause et à le donner à bail avec promesse d'achat à une société, « Porcelaine de Sologne ». Le tribunal administratif avait rejeté les recours formés contre les décisions, la cour administrative d'appel a annulé les jugements du tribunal administratif, tout en rejetant les conclusions à fin d'indemnités et d'injonction présentées par les intéressés. La commune de Lamotte-Beuvron s'est pourvue en cassation contre cet arrêt.

Le Conseil d'État a jugé qu'il résultait de la combinaison de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme et de l'article L. 300-1 du même code qu'une décision de

préemption était légalement justifiée dès lors que l'action ou l'opération la fondant était engagée dans l'intérêt général et répondait à l'un des objets définis à l'article L. 300-1, « alors même que, eu égard à cet objet, elle ne s'accompagne d'aucune mesure d'organisation ni d'aucune réalisation d'équipement ». Par suite, en jugeant que l'acquisition du bien litigieux par voie de préemption en vue de sa revente à la société « Porcelaine de Limoges » ne visait pas à la réalisation d'une opération d'aménagement au sens des dispositions de l'article L. 300-1, alors que cette activité tendait à permettre l'extension de l'activité d'une entreprise conformément aux prévisions du même article, la cour a entaché son arrêt d'une erreur de droit.

Le Conseil d'État, statuant au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, relève que la décision de préemption litigieuse a été motivée par le projet de permettre l'extension de la société « Porcelaine de Limoges », « importante entreprise de la commune ayant des projets de développement », la motivation faisant « apparaître avec une précision suffisante l'objet de la décision contestée ». Le fait que la décision attaquée mentionne en tant que propriétaire du bien une personne qui est en fait le gérant de la société propriétaire dudit bien est sans influence sur la légalité de la décision litigieuse, « dès lors que cette erreur est insusceptible de créer quelque ambiguïté quant à l'identification du bien préempté, dont la localisation et les coordonnées cadastrales sont indiquées par ailleurs dans la décision ». Le juge relève encore que la décision vise à assurer le maintien de la société « Porcelaine de Limoges » qui emploie 10 % de la population active de la commune, et à permettre à cette entreprise de développer son activité, ce motif répondant à l'objet prévu à l'article L. 300-1 précité.

L'habitat insalubre

Un objet indiqué par la loi a donné lieu à un contentieux, celui d'habitat insalubre. Le Conseil d'État a précisé dans un arrêt du 6 mai 2009 les conditions dans lesquelles une collectivité titulaire du droit de préemption urbain peut exercer ce droit pour lutter contre l'habitat insalubre. Il a considéré qu'il résultait des dispositions des articles L. 210-1 et L. 300-1 du code de l'urbanisme que « les collectivités titulaires du droit de préemption urbain peuvent légalement exercer ce droit, d'une part, si elles justifient, à la date à laquelle elles l'exercent, de la réalité d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement répondant aux objets mentionnés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, alors même que les caractéristiques précises de ce projet n'auraient pas été définies à cette date et, d'autre part, si elles font apparaître la nature de ce projet dans la décision de préemption ».

Et, si la lutte contre l'habitat insalubre entre dans les objets de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme et peut, en conséquence, justifier l'exercice du droit de préemption urbain, « la démolition d'un bâtiment, sa dépollution ou la volonté de restructurer des parcelles ne sauraient constituer, à elles seules, dès lors qu'elles ne s'inscrivent pas dans un projet plus global relevant de l'article L. 300-1, l'une des actions ou opérations d'aménagement mentionnées par les dispositions précitées » (CE 6 mai 2009, *Commune du Plessis-Trévisé*, req. n° 311167).

La notion de « projet réel »

Le Conseil d'État a assoupli sa jurisprudence en ce qui concerne l'appréciation de l'existence d'un projet réel motivant la décision de préemption et, notamment, il a admis la motivation par référence – habituellement sanctionnée

par le juge –, par exemple dans le cas d'une référence dans la décision de préemption à un programme local de l'habitat (CE 30 janvier 2008, *Ville de Paris*). Cependant, si l'autorité investie du pouvoir de préemption n'a pas pu définir les caractéristiques précises du projet à la date de la préemption, elle doit néanmoins en faire apparaître la nature dans la décision.

Ainsi, ne commet pas une erreur de droit, la cour administrative d'appel qui juge qu'une décision de préemption ne satisfait pas aux exigences légales après avoir relevé que ladite décision se bornait à faire référence à un projet de restructuration d'un quartier que la commune avait décidé – selon les termes utilisés par la commune – de « réinvestir progressivement », compte tenu de « la présence d'équipements publics structurants et d'équipements commerciaux et d'équipements commerciaux, appelés à être renforcés à court et moyen terme » selon « une problématique générale de prévention sociale et de mutation des activités et équipements destinés aux habitants » (CE 7 juillet 2008, *Établissement foncier de la région Nord-Pas-de-Calais*, req. n° 300836).

La notion de projet d'opération suffisamment précis

La notion de projet d'opération d'aménagement suffisamment précis a donné lieu à des décisions du juge. Dans une affaire où, en exerçant son droit de préemption, un maire avait fait obstacle à l'acquisition par des particuliers d'un bien, en première instance le tribunal administratif avait annulé la décision du maire ainsi que la délibération par laquelle la commune avait décidé d'acquérir ce bien à l'amiable et autorisé le maire à signer la vente, et avait enjoint au maire de proposer aux requérants d'acquérir le bien à un prix visant à rétablir autant que possible les conditions de la transaction à laquelle l'exercice du droit de préemption avait fait obstacle. La commune ayant interjeté appel, la cour fait droit à la demande de la commune.

La cour considère que « pour justifier la préemption litigieuse, la commune de Dugny a motivé sa décision par la nécessité d'améliorer et sécuriser la desserte du quartier résidentiel de la Comète tout en améliorant sensiblement celle des locaux d'activités enclavés le long du chemin de Saint-Ladre par la restructuration du carrefour de la rue de l'Extension et de l'avenue du maréchal Leclerc ; (...) il ressort des pièces du dossier que, bien que n'ayant fait l'objet ni d'une décision spécifique ni d'études précises, cette restructuration, destinée, conformément aux dispositions de l'article L. 300-1 (...), à favoriser le maintien, l'extension ou l'accueil d'activités économiques, avait, antérieurement à la décision attaquée, été envisagée par la commune, qui l'avait inscrite au rapport de présentation de son plan d'occupation des sols en date du 24 janvier 1998 et qui avait, notamment, acheté, dans le but de la réaliser, des parcelles voisines donnant sur la rue de l'Extension ; (...) ainsi, la commune doit être regardée comme ayant eu, à la date de la décision de préemption, un projet d'opération d'aménagement suffisamment précis pour justifier cette décision ».

Limitations

Bien que cela puisse paraître évident (mais il y a peu d'évidence en droit), une commune ne peut exercer son pouvoir de préemption en vue d'empêcher la réalisation du projet de l'acquéreur évincé, car on serait alors dans un cas de détournement de pouvoir (hypothèse que l'on voit en matière de préemption, comme le montre la décision du Conseil d'État du 15 mai 2006 dans laquelle une commune a voulu utiliser le droit de préemption pour empêcher l'installation sur son territoire d'un centre d'hébergement pour personnes sans domicile fixe (CE

15 mai 2006, *Commune de Fayet*, Rec. p. 250, AJDA 2006, p. 2240, note B. Jorion).

Le juge s'est prononcé sur la préemption d'un terrain situé partiellement sur le territoire d'une autre commune. Un tribunal administratif a jugé que « si aucune disposition légale ou réglementaire, non plus qu'aucun principe général du droit n'interdit à une commune d'acquérir des biens situés sur le territoire d'une autre commune, il ressort des dispositions (...) du code de l'urbanisme qu'elle ne peut légalement instituer le droit de préemption urbain que sur tout ou partie de certaines zones délimitées par un plan d'occupation des sols rendu public ou d'un plan local d'urbanisme approuvé qui la couvre ; (...) elle ne peut, par voie de conséquence, sauf à recevoir délégation à cet effet dans les conditions prévues à l'article L. 213-3 du code de l'urbanisme, exercer le droit de préemption urbain sur le territoire d'une autre commune ». Lorsque la décision de préemption porte en partie sur des parcelles situées sur le territoire d'une autre commune, elle est entachée d'incompétence en tant qu'elle porte sur ces dernières (TA Amiens 16 octobre 2007, *M. Liebel*, req. n° 0502557).

Selon le juge, il résulte de l'article L. 211-1 du code de l'urbanisme que le droit de préemption d'une commune dotée d'un plan d'occupation des sols ou d'un plan local d'urbanisme ne peut s'exercer que dans les zones urbaines et dans les zones d'urbanisation future délimitées par ce plan dans lesquelles elle a institué un droit de préemption urbain. Si l'article L. 213-2-1 de ce même code permet à la commune, lorsque la réalisation d'une opération d'aménagement le justifie, d'exercer son droit de préemption urbain sur la fraction de l'unité foncière mise en vente qui est comprise dans une zone soumise à ce droit, et précise qu'en ce cas le propriétaire peut exiger de la commune qu'elle se porte acquéreur de l'ensemble de cette unité foncière, il n'autorise pas la commune à préempter ceux des éléments d'un ensemble immobilier faisant l'objet d'une déclaration d'intention d'aliéner unique qui sont situés dans une zone où le droit de préemption ne peut pas s'exercer. Dès lors, le droit de préemption ne peut s'exercer sur un bien faisant l'objet d'une adjudication forcée dans les éléments sont situés pour partie dans une telle zone (CE 21 mai 2008, *Société E.P.M.-Executive project et Management*, req. n° 310951).

C – L'étude du Conseil d'État sur le droit de préemption

L'étude du Conseil d'État sur le droit de préemption comporte un certain nombre de propositions, assez nombreuses, pour améliorer le droit de préemption. Ces propositions sont les suivantes.

1° Une première série de propositions concerne les droits de préemption et les autres instruments d'urbanisme. Il conviendrait, selon l'étude : de fixer la date de référence pour l'appréciation de l'usage légal et effectif des immeubles en ZAD à un an avant l'entrée en vigueur de l'acte créant la zone et de reconnaître aux propriétaires de biens situés en ZAD un véritable droit de délaissement ; mieux circonscrire les zones où la DUP réserves foncières peut être utilisée, ainsi que les motifs de recours ; faciliter la rétrocession des biens expropriés dans le cadre des ZUP réserves foncières ; affirmer la primauté des ZAD sur les zones de préemption en espaces naturels sensibles, lorsqu'elles sont compatibles avec les orientations du SCOT ; organiser, par la voie d'un accord entre la commune (ou l'EPCI) et le département, ou, à défaut, par arbitrage de l'État dans le respect du SCOT, l'articulation géographique des zones de DPU et du droit de préemption en ENS ; faire primer le droit de préemption en espaces naturels sensibles lorsqu'il est exercé concomitamment au DPU.

2° Quant au champ d'application du droit de préemption urbain, il conviendrait : de distinguer un droit de préemption renforcé et un droit de préemption simple ; de permettre l'exercice du droit de préemption urbain lors de la cession d'une proportion majoritaire de parts de SCI (évaluation dans un délai de cinq ans et suppression en cas d'ineffectivité) ; de mettre en place un groupe de réflexion *ad hoc* sur le traitement de la monoactivité commerciale en centre-ville.

3° Quant à la procédure de préemption, les propositions sont de : achever le rapprochement procédural du droit de préemption urbain et du droit de priorité (dont le décret d'application des dispositions de l'article L. 240-1 doit être pris sans délai) ; subordonner la mention de l'identité de l'acquéreur dans la DIA à son accord exprès et permettre au vendeur ou à son notaire de ne délivrer cette information qu'après la vente ; formaliser la procédure de transmission des DIA entre la commune, guichet unique, et les délégataires du droit de préemption ; assurer une meilleure transparence des délégations du droit de préemption urbain tant entre les personnes publiques qu'au sein de chacune d'elles (rôles respectifs du conseil d'administration et du directeur des établissements publics) ; mieux coordonner l'action des services chargés de la délivrance des permis de construire et ceux qui traitent les DIA.

4° S'agissant de l'information de la collectivité, il conviendrait : d'enrichir le formulaire de DIA de rubriques relatives à l'état du bien (dépollution nécessaire par ex.) et aux clauses particulières que le vendeur souhaite insérer dans le contrat de vente ; de reconnaître aux parties à la transaction la possibilité de solliciter une expertise auprès du juge de l'expropriation.

5° Des recommandations concernent la transparence des prix : prévoir la communication de l'avis du service des Domaines au vendeur dès sa transmission à la collectivité titulaire du DPU ; mettre en place une base de données des prix fonciers, accessible aux parties prenantes à la procédure de préemption ; prévoir que la décision de préemption doit indiquer les raisons pour lesquelles la collectivité préemptrice s'écarte de l'avis du service des Domaines, le cas échéant ; prévoir la possibilité qu'un accord entre la collectivité préemptrice et le propriétaire vendeur puisse intervenir à tout moment à un prix autre que celui figurant dans la DIA ou dans la contre-proposition de la collectivité.

6° sur le paiement du prix, il est suggéré : de reporter le transfert de propriété du bien préempté à la date de paiement du prix ; de limiter à trois mois le délai imparti à la collectivité pour s'acquitter du paiement du prix.

7° D'autres recommandations concernent la renonciation ou l'annulation : prévoir que la renonciation de la collectivité à poursuivre la procédure de préemption qu'elle a engagée ouvre droit, au profit du vendeur, au versement automatique d'une indemnité d'immobilisation ; reconnaître au vendeur qui a cédé un bien à un prix inférieur à celui qui figurait dans la DIA initiale un droit à indemnisation correspondant au différentiel de prix, sous réserve que le prix de vente effectif corresponde à la valeur vénale du bien ; permettre au propriétaire de céder le bien à un prix égal ou supérieur à celui figurant dans la DIA initiale ou fixé par le juge.

2 – L'étendue du contrôle du juge et les améliorations possibles

Une précision a été apportée sur l'intérêt à agir du vendeur dont le bien a été préempté. Selon le juge, « toute décision de préemption d'un bien apporte une

limitation au droit de propriété du vendeur et affecte à ce titre les intérêts de celui-ci qui a, dès lors, intérêt à en demander l'annulation pour excès de pouvoir ; (...) cet intérêt existe aussi bien lorsque le prix fixé par le juge de l'expropriation est inférieur à celui figurant dans la déclaration d'intention d'aliéner que dans le cas où la préemption s'est faite à ce dernier prix ; (...) la circonstance que le transfert de propriété a eu lieu à la date à laquelle le vendeur introduit un recours pour excès de pouvoir contre la décision ne fait pas disparaître l'atteinte portée à ses intérêts et est, dès lors, sans effet sur son intérêt à agir » (CE 21 mai 2008, *Commune de Houilles*, req. n° 296156).

A – Les juges qui interviennent

Les contestations à l'encontre d'une décision de préemption sont portées comme les autres devant le juge de première instance avec appel possible et recours en cassation devant le Conseil d'État.

Le contrôle de cassation

Le droit de préemption a fourni au Conseil d'État l'occasion de préciser l'étendue du contrôle de cassation dans un cas précis. Une commune, la commune de Barcarès, a demandé au Conseil d'État de casser l'arrêt par lequel une cour administrative d'appel avait rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement par lequel le tribunal administratif de Montpellier avait annulé, à la demande d'une personne privée, la Société d'études, promotions, réalisations immobilières (SEPRIM) l'arrêté du maire décidant de faire usage de son droit de préemption sur un certain nombre de parcelles.

Lorsqu'il est saisi d'un pourvoi dirigé contre une décision juridictionnelle reposant sur plusieurs motifs dont l'un est erroné, le juge de cassation, à qui il n'appartient pas de rechercher si la juridiction aurait pris la même décision en se fondant uniquement sur les autres motifs, doit, hormis le cas où ce motif erroné présenterait un caractère surabondant, accueillir le pourvoi. Il en va cependant autrement lorsque la décision juridictionnelle attaquée prononce l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif, dans la mesure où l'un quelconque des moyens retenus par le juge du fond peut suffire alors à justifier son dispositif d'annulation.

En pareille hypothèse – et sous réserve du cas où la décision qui lui est déferée aurait été rendue dans des conditions irrégulières – il appartient au juge de cassation, si l'un des moyens reconnus comme fondés par cette décision en justifie légalement le dispositif, de rejeter le pourvoi. Toutefois, en raison de l'autorité de chose jugée qui s'attache aux motifs constituant le soutien nécessaire du dispositif de la décision juridictionnelle déferée, le juge de cassation ne saurait, sauf à méconnaître son office, prononcer de rejet sans avoir, au préalable, censuré celui ou ceux de ces motifs qui étaient erronés. Eu égard à l'objet des dispositions de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, cette règle trouve en particulier à s'appliquer lorsque la pluralité des motifs du juge du fond découle de l'obligation qui lui est faite de se prononcer sur l'ensemble des moyens susceptibles de fonder l'annulation.

Pour confirmer le jugement du TA de Montpellier qui, à la demande de la société SEPRIM, avait annulé la décision du maire de Barcarès de préempter un ensemble immobilier appartenant à la société France Télécom, la cour administrative d'appel de Marseille avait retenu, d'une part, que le maire était incompétent dès lors que la délibération par laquelle le conseil municipal lui avait

délégué le pouvoir d'exercer le droit de préemption de la commune n'était pas devenue exécutoire à la date de la décision de préemption, faute d'avoir été publiée dans un recueil d'actes administratifs et, d'autre part, qu'il n'existait aucun projet préalable de la commune sur l'ensemble immobilier objet de la décision de préemption.

Selon le Conseil d'État, le premier de ces motifs repose sur un moyen, distinct de celui qui était débattu devant elle quant à la compétence du maire, qu'elle a relevé d'office sans avoir au préalable informé les parties, contrairement aux prescriptions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative et qu'ainsi l'arrêt a été rendu au terme d'une procédure irrégulière. Dans ces conditions, et alors même que le second motif ne serait entaché, ni d'erreur de droit, ni de dénaturation et aurait pu, dès lors, suffire à justifier le dispositif de l'arrêt attaqué, la commune requérante est, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, fondée à en demander l'annulation.

Réglant l'affaire sur le fond, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le Conseil d'État, ayant rappelé que pour annuler la décision du maire de Barcarès le tribunal administratif de Montpellier s'était fondé sur deux moyens tirés, l'un de l'incompétence du maire pour prendre la décision de préemption en l'absence de caractère exécutoire de la délibération, l'autre de ce qu'il n'existait pas de projet suffisamment défini justifiant le recours au droit de préemption, a déclaré que pour l'application des dispositions de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, il appartient au juge d'appel, saisi d'un jugement par lequel un tribunal administratif a prononcé l'annulation d'un acte intervenu en matière d'urbanisme en retenant plusieurs moyens, de se prononcer sur le bien-fondé de tous les moyens d'annulation retenus au soutien de leur décision par les premiers juges et d'apprécier si l'un au moins de ces moyens justifie la solution de l'annulation. Dans un tel cas le juge d'appel n'a pas à examiner les autres moyens de première instance. Dans le cas où le juge d'appel estime, à l'inverse, qu'aucun des moyens retenus par le tribunal administratif n'est fondé, le juge d'appel, saisi par l'effet dévolutif des autres moyens de première instance, examine ces moyens. Il lui appartient de les écarter si aucun d'entre eux n'est fondé et, à l'inverse, de se prononcer, si un ou plusieurs d'entre eux lui paraissent fondés, sur l'ensemble de ceux qu'il estime de nature à confirmer, par d'autres motifs, l'annulation prononcée par les premiers juges.

Par ailleurs, d'une part, il n'est pas contesté que la délibération déléguant au maire de Barcarès l'exercice du droit de préemption a été affichée et transmise au représentant de l'État et si la décision attaquée est datée du même jour, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'elle aurait été signée avant l'accomplissement des formalités rendant exécutoire la délibération sur le fondement de laquelle elle a été prise. Ainsi, c'est à tort que les premiers juges ont estimé que, en l'absence de caractère exécutoire de cette délibération, le maire était incompétent pour prendre la décision de préemption en cause.

D'autre part, il résulte des dispositions de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme que les communes ne peuvent décider d'exercer leur droit de préemption urbain que si elles justifient de l'existence à la date à laquelle elles exercent ce droit, d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement suffisamment précis et certain.

En l'espèce, la décision du maire de préempter l'ensemble immobilier en cause (d'une superficie de plus de douze hectares) était motivée par « la mise en œuvre par la commune de sa politique d'aménagement » concernant « la

réalisation ou l'extension de divers équipements à vocation publique sur ces terrains notamment » et faisait état, à ce titre, de la présence d'une piscine, de la volonté de réaliser des travaux d'extension du port, ainsi qu'une maison des associations, une bibliothèque municipale et un restaurant communal, et d'assurer l'accueil des services de gendarmerie et d'autres renforts saisonniers durant la période estivale. La décision du maire mentionnait, enfin, « la possibilité de poursuivre une politique de l'habitat sur une partie des terrains ».

Toutefois, déclare le juge, il ne ressort pas du dossier que l'existence, à la date de la décision attaquée, de projets d'action ou d'aménagement suffisamment précis et certains pour justifier la décision de préemption d'un ensemble immobilier d'une telle superficie pourrait être tenue pour établie et, qu'ainsi, l'absence de tels projets est de nature à entacher d'illégalité la décision de préemption (CE Sect. 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, req. n° 257877).

Dans une autre affaire, un conseil municipal avait, à la suite d'une proposition formulée par la SNCF, décidé d'acquérir un ensemble de parcelles situées sur le territoire de la commune et qui constituaient l'assiette d'une ligne ayant fait l'objet d'un déclassement, et avait autorisé le maire à signer tous les documents se rapportant à cette acquisition et, notamment, la promesse de vente. Le tribunal administratif a rejeté la demande d'un requérant qui s'estimait titulaire d'un bail consenti par la SNCF sur les mêmes parcelles. La cour d'appel a annulé le jugement du tribunal, et la commune s'est pourvue en cassation.

La commune soutenait devant la cour administrative d'appel que la délibération attaquée, s'étant bornée à confirmer une délibération antérieure qui ne procédait pas à la mise en œuvre du droit de préemption, n'avait pas à être motivée. La cour n'ayant pas répondu à ce moyen qui n'était pas non inopérant, l'arrêt est cassé. Faisant application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le Conseil d'État examine d'abord l'article 11 du décret du 13 septembre 1983 relatif au domaine confié à la SNCF et selon lequel les biens immobiliers qui dépendent du domaine privé dont elles assurent la gestion et qui ne sont pas affectés à la poursuite de ses missions, peuvent être aliénés ou échangés par elle et à son profit.

Lorsque la SNCF envisage d'aliéner ou d'échanger un de ses biens, elle en avise le préfet et demande au directeur des services fiscaux de formuler un avis sur la valeur vénale du bien concerné. S'il s'agit d'un projet d'aliénation, elle en informe le président du conseil régional, le président du conseil général et le maire de la commune où est situé le bien.

Ces autorités disposent d'un délai de deux mois pour faire connaître si la région, le département ou la commune ont l'intention de se porter acquéreur de l'immeuble. Selon l'article 11-2 du même décret, la SNCF notifie au président du conseil régional, au président du conseil général ou au maire qui a fait connaître l'intention de la collectivité locale qu'il représente, de se porter acquéreur, le prix auquel elle envisage d'aliéner l'immeuble ou, si elle entend recourir à l'adjudication publique, la mise à prix.

Selon l'article 11-3 de la même disposition, en cas d'aliénation amiable au profit d'une collectivité locale, l'organe délibérant de celle-ci dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification prévue à l'article 11-2 pour autoriser l'acquisition. L'acte constatant le transfert de propriété doit être passé dans un délai de trois mois courant à compter de la délibération autorisant l'acquisition. Enfin, aux termes de l'article 11-4 du même décret, en cas d'inobservation de l'un des délais prévus aux articles 11 et 11-3, la SNCF est libérée de toute obligation à l'égard de la région, du département ou de la commune.

Selon le juge administratif, si, par les sujétions qu'elles imposent aux personnes qu'elles concernent directement, les décisions faisant application d'un droit de préemption régi par le titre I du livre II du code de l'urbanisme doivent, par application de la loi du 11 juillet 1979, être motivées, ni les dispositions du décret du 13 septembre 1983, qui instituent seulement au profit de certaines personnes publiques un droit d'être prioritairement informées des intentions de la SNCF d'aliéner des dépendances de son domaine privé, et non un droit de préemption, ni aucun autre texte, n'imposent de motiver la décision par laquelle une commune, en réponse à cette information, déclare son intention de se porter acquéreur.

Par ailleurs, en se fondant, pour justifier l'opportunité de procéder à une telle acquisition, sur des projets d'aménagements touristiques et de passage d'une conduite d'eau sur ces terrains, dont la réalité ressort des pièces du dossier, le conseil municipal n'a entaché son appréciation d'aucune erreur manifeste. Le requérant n'est donc pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Versailles a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la délibération par laquelle le conseil municipal de la commune de Magny-en-Vexin a décidé d'acquérir un ensemble de parcelles appartenant à la SNCF (CE 2 octobre 2006, *Commune de Magny-en-Vexin*, req. n° 278446).

Le droit de préemption devant le juge des référés

La question de l'exercice du droit de préemption s'est également posée devant le juge de l'urgence, avec l'appréciation des conditions de l'intervention de ce dernier, et de l'étendue de ses pouvoirs.

L'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de cet acte porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Et « eu égard à l'objet d'une décision de préemption et à ses effets vis-à-vis de l'acquéreur évincé, la condition d'urgence doit en principe être constatée lorsque celui-ci demande la suspension d'une telle décision ; (...) il peut toutefois en aller autrement au cas où le titulaire du droit de préemption justifie de circonstances particulières, tenant par exemple à l'intérêt s'attachant à la réalisation rapide du projet qui a donné lieu à l'exercice du droit de préemption ».

Dans l'affaire considérée, la commune faisait état du besoin de réaliser des travaux de consolidation et d'aménagement des berges de la rivière voisine des terrains préemptés et de son intention d'y accueillir une manifestation sportive annuelle et de construire des logements sociaux pour se conformer aux obligations légales pesant sur elle en la matière. Cependant, estime le juge, « elle n'établit pas la nécessité dans laquelle elle se trouve de réaliser immédiatement les projets qui ont motivé l'exercice du droit de préemption (...) dès lors, la condition d'urgence énoncée à l'article L. 521-1 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie à l'égard des consorts, acquéreurs évincés » (CE 18 juillet 2006, req. n° 291569, *Mme X, M. B. et Mme C*).

S'agissant de l'intervention du juge des référés, et de ses pouvoirs, la mesure de suspension que le juge des référés peut prononcer sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative à l'égard d'une décision de préemption peut consister, selon les cas, non seulement à faire obstacle à la prise de possession du bien par la collectivité publique titulaire du droit de préemption mais également, si le transfert de propriété a été opéré à la

date à laquelle il statue, à empêcher cette collectivité de faire usage de certaines des prérogatives qui s'attachent au droit de propriété de nature à éviter que l'usage ou la disposition qu'elle fera de ce bien jusqu'à ce qu'il soit statué sur la litige au fond rendent irréversible la décision de préemption, sous réserve cependant qu'à cette date la collectivité n'en ait pas disposé – par exemple par la revente du bien à un tiers – de telle sorte que ces mesures seraient également devenues sans objet.

Par suite, si le transfert à la commune de l'ensemble des biens qu'elle avait préempté par une délibération de son conseil municipal doit, comme elle le soutient, être regardé comme étant intervenu à la suite de la conclusion d'un acte authentique de vente et du paiement de la somme due, cette circonstance n'a pas pour effet de priver d'objet les conclusions des requérants tendant à la suspension de cette délibération dès lors que qu'il n'est pas établi, ni allégué, que la commune ne serait plus propriétaire de l'ensemble immobilier litigieux.

Le juge applique, en l'espèce, l'article L. 213-2 du code de l'urbanisme selon lequel : « Toute aliénation est subordonnée, à peine de nullité, à une déclaration préalable par le propriétaire à la mairie de la commune où se trouve situé le bien. (...) Le silence du titulaire du droit de préemption pendant deux mois à compter de la réception de la déclaration vaut renonciation à l'exercice du droit de préemption (...) ». Aux termes de l'article R. 213-6 du code de l'urbanisme : « Dès réception de la déclaration, le maire en transmet copie au directeur des services fiscaux en lui précisant si cette transmission vaut demande d'avis (...) ».

L'article R. 213-21 du même code ajoute que : « Le titulaire du droit de préemption doit recueillir l'avis du service des domaines sur le prix de l'immeuble dont il envisage de faire l'acquisition dès lors que le prix ou l'estimation figurant dans la déclaration d'intention d'aliéner ou que le prix que le titulaire envisage de proposer excède le montant fixé par l'arrêté du ministre des finances prévu à l'article 3 du décret du 5 juin 1940 modifié » et que « L'avis du service des domaines doit être formulé dans un délai d'un mois à compter de la date de la date de réception de la demande d'avis. Passé ce délai, il peut être procédé librement à l'acquisition ».

Il ressort de ces dispositions que la consultation dans les conditions prévues par les dispositions précitées du service des domaines constitue, lorsqu'elle est requise, une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité la décision de préemption.

Le juge des procédures d'urgence peut également être amené à apprécier la légalité d'une décision de préemption. Une affaire a permis de préciser un point intéressant. Une commune avait décidé d'exercer son droit de préemption sur des biens immobiliers constituant un ensemble hôtelier dont une société, la société Pierre et Vacances, s'était portée acquéreur. Saisi par ladite société, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble avait ordonné la suspension des décisions de préemption. La commune s'est pourvue en cassation contre l'ordonnance.

Le juge des référés avait estimé que la commune ne pouvait préempter l'immeuble pour poursuivre l'activité hôtelière dès lors que la société s'était portée acquéreur du fonds de commerce permettant cette activité. Or la cession du fonds de commerce à Pierre et Vacances était intervenue postérieurement à la décision de préemption.

Le Conseil d'État considère que le juge des référés a méconnu le principe selon lequel la légalité d'une décision de préemption, comme de toute décision administrative, doit s'apprécier à la date de cette décision (CE 15 décembre

2004, *Commune de Saint-Hilaire-la-Gravelle*, Rec. p. 825) et a donc commis une erreur de droit. Le commissaire du gouvernement (qui, à cette date, ne s'appelait pas encore rapporteur public) faisait remarquer que même si le juge des référés avait entendu se fonder sur la circonstance que la commune n'était pas propriétaire du fonds de commerce pour estimer illégal le motif tiré de la poursuite de l'activité, un tel raisonnement devrait être censuré car, une fois devenue propriétaire, la commune, bien que non titulaire du fonds, aurait été pourvue de prérogatives lui permettant d'assurer la poursuite de l'activité et pourrait, en particulier, refuser le renouvellement du bail à l'échéance de celui-ci sur le fondement des articles L. 145-14 et L. 145-26 du code de commerce, en acquittant l'indemnité d'éviction. « Ainsi donc, la dissociation entre propriété des murs et propriété du fonds ne ferait pas par elle-même obstacle à la préemption pour le motif invoqué par la commune » (L. Derepas).

Mais le plus intéressant, dans cette affaire, est la question soulevée par le second moyen retenu par le juge des référés, et qui a été sanctionné par le Conseil d'État. La question était de savoir si une collectivité territoriale peut légalement justifier la préemption par un projet entrant dans le champ de l'article L. 300-1, dans le cas où l'acquéreur initial envisagerait de développer un projet similaire à celui de la collectivité. Le juge des référés avait répondu par la négative. Le commissaire du gouvernement estimait que rien dans les textes, ne l'interdisait. C'est ce que décide le Conseil d'État, selon lequel « la circonstance que l'acquéreur évincé exercerait une activité conforme à l'objectif poursuivi par la décision de préemption est sans incidence sur la légalité de la décision attaquée » (CE 3 décembre 2007, *Commune de Saint-Bon-Tarentaise*, AJDA 2008, p. 261, concl. L. Derepas).

B – Les droits des personnes affectées par l'exercice du droit de préemption

On se bornera à citer, sans le développer, le droit de délaissement qui est prévu, en cas de préemption – mais ce n'est évidemment ni le seul, ni même le premier domaine dans lequel joue le droit de délaissement –, ce droit de délaissement, qui consiste dans la possibilité pour la personne dont le bien doit être préempté d'exiger de l'administration, soit qu'elle acquière le bien, soit qu'elle signifie l'abandon du projet, auquel cas le droit de préemption tombe, une réparation pouvant être par ailleurs éventuellement obtenue.

La principale question qui se pose dans le cas d'une préemption est celle de l'indemnisation de l'acquéreur évincé. Lorsque la décision de préemption est légale il n'y a pas, en principe, de difficulté, puisque c'est le juge de l'expropriation qui fixe le montant de l'indemnisation. En revanche, la question se pose en cas d'annulation, par le juge, de la décision de préemption, car il faut apprécier le préjudice subi. Plusieurs affaires ont donné l'occasion au juge de préciser les conditions de cette indemnisation.

Conséquences de l'illégalité de la préemption

Dans une décision de 2003, le Conseil d'État avait déclaré que l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir de l'acte par lequel le titulaire du droit de préemption décidait d'exercer ce droit emportait pour conséquence que ce titulaire devait être regardé comme n'ayant jamais décidé de préempter.

L'annulation implique ainsi nécessairement, « sauf atteinte excessive à l'intérêt général appréciée au regard de l'ensemble des intérêts en présence »,

précise le juge, que le titulaire du droit de préemption, s'il n'a pas entre-temps cédé le bien illégalement préempté, prenne toute mesure afin de mettre fin aux effets de la décision annulée.

A ce titre, déclarait le juge, et en l'absence de transaction, il est loisible à la collectivité publique concernée de conclure avec l'acquéreur évincé en vue de déterminer les conditions de la cession du bien ou de la renonciation de ce dernier à tout droit sur ce bien et, le cas échéant, de réparer les préjudices que la décision de préemption illégale a pu lui causer, il appartient au titulaire du droit de préemption de proposer à l'acquéreur évincé puis, à défaut, au propriétaire initial d'acquiescer le bien « à un prix visant à rétablir autant que possible, et sans enrichissement sans cause de l'une quelconque des parties les conditions de la transaction à laquelle l'exercice du droit de préemption a fait obstacle » (CE sect. 26 février 2003, *Bour*, Rec. p. 59 ; *AJDA* 2003 p. 729, chron. F. Donnat et D. Casas ; *AJDA* 2004 p. 211, obs. A. Lévy ; *BJDU* 2003/2 p. 106, concl. P. Fombeur, obs. J.-C. B.).

Dans une décision de 2008 l'expression « enrichissement sans cause » est remplacée par celle d'« enrichissement injustifié », probablement pour éviter la confusion avec l'enrichissement sans cause dans le contentieux de la responsabilité (CE sect. 31 décembre 2008, *Aires et Claudio Pereira Dos Santos Maia*, *AJDA* 2009 p. 946, note E. Carpentier).

Détermination du préjudice

Les jurisprudences *Commune de Fayet* – car il y en a plusieurs, l'affaire s'étant étalée sur plusieurs années avec des allers-retours – ont permis d'apporter des précisions importantes sur la réparation du préjudice.

Une commune renonce à la préemption d'un immeuble appartenant à une société, la compagnie financière Fideicom après que le juge de l'expropriation eut fixé le prix du bien à 266 785,09 € (cette précision dans le prix, qui peut paraître curieuse, tient simplement à la conversion en euros d'une somme qui, à la date d'intervention du juge de l'expropriation, en 1997, était évidemment en francs, soit la somme de 1 750 000 F), somme qui figurait dans la promesse de vente initiale. La société ayant vendu, après la renonciation, l'immeuble au prix de 102 903,09 € (675 000 F) a saisi le juge administratif pour obtenir réparation du préjudice subi en raison de la décision de préemption qu'elle estimait illégale.

Par un arrêt du 12 février 2004, la cour administrative d'appel de Douai a jugé illégale la décision de préemption, en se fondant sur l'absence de véritable projet d'aménagement, la décision de préemption ayant eu pour seul objet, selon la cour, de faire obstacle à l'installation d'un centre d'hébergement pour les personnes sans domicile fixe et la cour a condamné la commune à réparer le préjudice subi par la société. Le Conseil d'État, saisi d'un recours en cassation par la commune, a, par une décision du 15 mai 2006, rejeté le pourvoi en tant qu'il portait sur le principe de la responsabilité de la ville à raison de cette décision de préemption illégale, mais il a annulé l'arrêt de la cour en tant qu'il évaluait le préjudice indemnisable,

Par cette même décision du 15 mai 2006 *Commune de Fayet*, le Conseil d'État a fixé les règles de détermination du préjudice. Le propriétaire du bien en cause peut, si la décision de préemption est entachée d'illégalité, obtenir réparation du préjudice que lui a causé de façon directe et certaine cette illégalité. Il faut alors distinguer deux sortes de préjudices.

Lorsque le propriétaire a cédé le bien après renonciation de la collectivité, son préjudice résulte, en premier lieu, dès lors que les termes de la promesse de

vente initiale laissent apparaître que la réalisation de cette vente était probable, de la différence entre le prix figurant dans cet acte et la valeur vénale du bien à la date de la renonciation. Pour l'évaluation de ce préjudice, le prix de vente effectif peut être regardé comme exprimant cette valeur vénale si un délai raisonnable sépare la vente de la renonciation, eu égard aux diligences effectuées par le vendeur, et sous réserve que ce prix de vente ne s'écarte pas anormalement de cette valeur vénale.

Mais le propriétaire placé dans cette situation subit un autre préjudice qui résulte, lorsque la vente initiale était suffisamment probable, de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de disposer du prix figurant dans la promesse de vente entre la date de cession prévue par cet acte et la date de vente effective, dès lors que cette dernière a eu lieu dans un délai raisonnable après la renonciation de la collectivité. En revanche, lorsque la vente a eu lieu dans un délai ne correspondant pas aux diligences attendues d'un propriétaire désireux de vendre rapidement son bien, quelles qu'en soient les raisons, le terme à prendre en compte pour l'évaluation de ce préjudice doit être fixé à la date de la décision de renonciation. Le Conseil d'État a renvoyé l'affaire à la cour qui avait rendu l'arrêt. Un nouvel arrêt ayant été rendu par la cour a fait l'objet d'un nouveau pourvoi.

Le Conseil d'État déclare, mettant fin à cette longue procédure, que « l'immeuble litigieux, isolé par rapport aux voies de communication existantes, n'a jamais été exploité conformément à sa destination initiale d'hôtel ; qu'il a été muré en 1991 ; que mis en vente cette année-là, il n'a trouvé acquéreur qu'en 1995 ; que si la compagnie foncière Fideicom n'a pas proposé à la commune de Fayet d'acquérir l'immeuble, cette abstention n'est pas de nature à remettre en cause la réalité de ses diligences, puisque cette société pouvait légitimement penser que la commune avait renoncé à acquérir le bien à la suite de l'abandon du projet ayant motivé la décision de préemption ; qu'ainsi, eu égard aux conditions particulières du marché immobilier local et aux caractéristiques hôtelières de l'immeuble en cause, le délai de deux ans séparant la renonciation à l'exercice du droit de préemption du droit de la vente effective peut être regardé comme raisonnable ; que, pour les mêmes raisons, le prix de vente final ne s'écarte pas de manière anormale de la valeur vénale du bien à la date de la renonciation à l'exercice de la préemption » (CE 8 octobre 2008, *Commune de Fayet*, req. n° 301743).

Le prix de référence

Dans la décision du 31 décembre 2008 *Aires et Claudio Pereira Dos Santos Maia*, le juge fixe le prix de référence auquel la collectivité est tenue de proposer la cession du bien à l'acquéreur évincé : « le prix auquel est tenue, le cas échéant, de proposer la cession du bien à l'acquéreur évincé doit, sur la base du prix mentionné dans la déclaration d'intention d'aliéner adressée au titulaire du droit de préemption, d'une part, et s'il y a lieu, être majoré du coût des travaux indispensables à la conservation du bien que la collectivité a supporté et de la variation de la valeur vénale du bien consécutive aux travaux utiles d'amélioration ou de démolition réalisés par la collectivité publique à la suite de la préemption litigieuse et, d'autre part, en cas de dégradation du bien, être diminué des dépenses que l'acquéreur devrait exposer pour remettre le bien dans l'état dans lequel il se trouvait initialement ».

En revanche, ajoute le juge, « il n'y a pas lieu de tenir compte, dans la fixation de ce prix, des facteurs étrangers à la consistance et à l'état du bien qui ont

modifié sa valeur vénale, notamment la modification des règles d'urbanisme qui lui sont applicables et les évolutions du marché immobilier postérieures à la décision de préemption ».

II – LES AUTRES APPLICATIONS DU DROIT DE PRÉEMPTION

En dehors du droit de préemption urbain, il existe d'autres applications de ce droit, voulues par le législateur, certaines récentes, dont les unes sont proches du droit de préemption urbain, et dont d'autres, beaucoup plus rares il est vrai, n'ont aucun rapport avec ce dernier. On ne parlera pas, en raison de ses particularités notables, et bien qu'il ne s'agisse en aucune manière de quelque chose de négligeable, du droit de préemption qui existe au profit de l'administration fiscale. Celle-ci peut, sur le fondement de l'article L. 18 du Livre des procédures fiscales, préempter au profit du Trésor les immeubles, droits immobiliers, fonds de commerce en versant aux ayants droit une somme égale à celle du prix stipulé majoré d'un dixième.

1 – Les applications du droit de préemption liées à l'aménagement urbain et à l'environnement

Deux applications peuvent être citées ici, dont la première, qui est la plus récente, n'a pas donné lieu, de ce fait, et au moment où ces lignes sont écrites, à un contentieux.

A – Le droit de préemption des locaux commerciaux

Afin de maintenir les petits commerces de proximité en centre ville, souvent menacés par des activités de service plus rapidement rentables, les communes ont souhaité pouvoir préempter les locaux commerciaux. Il en va de même dans les grandes villes, où des maires ont souhaité une certaine mixité dans certains quartiers ayant développé des activités centrées sur un seul secteur (on parle aujourd'hui de « monoactivités sectorielles ». L'article 58 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises dite « loi Dutreil », a introduit un droit de préemption au profit des communes, codifié aux articles L. 214-1 et s. du code de l'urbanisme. Ce droit de préemption permet aux maires de préempter des locaux commerciaux, des fonds artisanaux et des fonds de commerce.

L'applicabilité de la loi a donné lieu à un contentieux, avant qu'intervienne le décret d'application dont il est question ci-après. Dans une affaire de 2008 – mais portant sur un état du droit antérieur au décret de 2007 – le juge relève d'abord que les articles L. 214-1 et L. 214-2 du code de l'urbanisme, issus de la loi précitée du 2 août 2005, ont pour objet d'ouvrir aux communes la possibilité de se doter d'un droit de préemption des fonds artisanaux, fonds de commerce et baux commerciaux en vue de préserver, dans un périmètre de sauvegarde qu'elles délimitent par une délibération motivée, la diversité de l'activité commerciale et artisanale de proximité. Il considère que l'application des dispositions de l'article L. 214-1 « n'était pas manifestement impossible, en l'absence du décret prévu à l'article L. 214-3, en tant qu'elles permettent au conseil municipal de délimiter un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité », en revanche « il en va différemment des autres dispositions de cet article et de celles de l'article L. 214-2 relatives à l'exercice du

droit de préemption et au droit de rétrocession qui en est inséparable, dès lors que ce dispositif est entièrement nouveau, qui se distingue des droits de préemption existants (...) ne peut être mis en œuvre sans qu'aient été apportées par voie réglementaire les précisions nécessaires à son application, notamment sur les modalités de la rétrocession du bien préempté » (CE 21 mars 2008, *Société Megaron*, req. n° 310173).

Le décret n° 2007-1827 du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux, longtemps attendu et réclamé (ce délai de deux et demi presque n'étant effectivement guère raisonnable) met en œuvre les principes énoncés par la loi du 2 août 2005 et insère dans le titre Ier du livre II du code de l'urbanisme (partie réglementaire), un chapitre IV intitulé « Droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux ».

Selon l'article R. 214-1 du code de l'urbanisme résultant de ce décret, lorsqu'une commune envisage d'instituer le droit de préemption sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux prévu par l'article L. 214-1 du même code, le maire soumet pour avis le projet de délibération du conseil municipal à la chambre de commerce et d'industrie et à la chambre des métiers et de l'artisanat dans le ressort desquelles se trouve la commune. Le projet de délibération est accompagné du projet de plan délimitant le périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et d'un rapport analysant la situation du commerce et de l'artisanat de proximité à l'intérieur de ce périmètre et les menaces pesant sur la diversité commerciale et artisanale. En l'absence d'observations de la chambre de commerce et d'industrie et de la chambre des métiers et de l'artisanat dans les deux mois de leur saisine, l'avis de l'organisme consulaire est réputé favorable.

Le droit de préemption institué en application de l'article L. 214-1 peut s'exercer sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce ou les baux commerciaux lorsqu'ils sont aliénés à titre onéreux, à l'exception de ceux qui sont compris dans la cession d'une ou de plusieurs activités prévues à l'article L. 626-1 du code de commerce ou dans le plan de cession arrêté en application de l'article L. 631-22 ou des articles L. 642-1 à L. 642-17 du code de commerce. La déclaration préalable prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 214-1 est établie dans les formes prescrites par un arrêté du ministre chargé de l'urbanisme et du ministre chargé de la justice. La déclaration (en quatre exemplaires) est adressée, par pli recommandé avec demande d'avis de réception, au maire de la commune où est situé le fonds ou l'immeuble dont dépendent les locaux loués, ou déposée en mairie contre récépissé.

Dans un délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration préalable, le titulaire du droit de préemption notifie au cédant soit sa décision d'acquiescer aux prix et conditions indiqués dans la déclaration préalable, soit son offre d'acquiescer aux prix et conditions fixés par l'autorité judiciaire saisie dans les conditions prévues à l'article R. 214-6, soit sa décision de renoncer à l'exercice du droit de préemption. Il notifie sa décision au cédant par pli recommandé avec demande d'avis de réception ou par remise contre décharge au domicile ou au siège social du cédant. Lorsque le cédant est lié par un contrat de bail, une copie de cette notification est adressée au bailleur. Le silence gardé par le titulaire du droit de préemption au terme du délai fixé vaut renonciation à l'exercice de son droit.

En cas de désaccord sur le prix ou les conditions indiquées dans la déclaration préalable, le titulaire du droit de préemption qui veut acquérir saisit dans le délai fixé à l'article R. 214-5 la juridiction compétente en matière d'expropriation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au secrétariat de cette juridiction, accompagnée d'une copie en double exemplaire de son mémoire. Copie de la lettre de saisine et du mémoire est simultanément notifiée au cédant et, le cas échéant, au bailleur.

En cas de cession d'un fonds artisanal, d'un fonds de commerce ou d'un bail commercial par voie d'adjudication, le commissaire-priseur judiciaire, le greffier de la juridiction ou le notaire chargé de procéder à la vente, selon la nature de l'adjudication, procède à la déclaration préalable prévue à l'article L. 214-1. Cette déclaration est établie dans les formes prescrites à l'article R. 214-4 et indique la date et les modalités de la vente. Elle est adressée au maire trente jours au moins avant la date fixée pour la vente par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le titulaire du droit de préemption dispose d'un délai de trente jours à compter de l'adjudication pour notifier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au greffier ou au notaire sa décision de se substituer à l'adjudicataire. Copie de cette décision est annexée au jugement ou à l'acte de l'adjudication et publiée au bureau des hypothèques en même temps que celui-ci. La substitution ne peut intervenir qu'au prix et aux conditions de la dernière enchère ou de la surenchère. Le greffier, le notaire ou le rédacteur de l'acte, selon les cas, informe l'adjudicataire évincé de l'acquisition réalisée par voie de préemption.

En cas de cession de gré à gré d'un fonds artisanal, d'un fonds de commerce ou d'un bail commercial autorisée par le juge-commissaire en application de l'article L. 642-19 du code de commerce, le liquidateur procède, avant la signature de cet acte, à la déclaration préalable prévue à l'article L. 214-1 dans les formes prévues à l'article R. 214-7. Le titulaire du droit de préemption peut exercer son droit dans les conditions prévues à l'article R. 214-7. En cas d'acquisition par voie de préemption, le liquidateur en informe l'acquéreur évincé.

En cas d'acquisition du fonds ou bail par le titulaire du droit de préemption, l'acte constatant la cession est dressé dans un délai de trois mois suivant la notification de l'accord sur le prix et les conditions indiquées dans la déclaration préalable ou de la décision judiciaire devenue définitive fixant le prix et les conditions de la cession ou suivant la date de l'acte ou du jugement d'adjudication. Le prix est payé au moment de l'établissement de l'acte constatant la cession, sous réserve de l'application des dispositions des articles L. 141-12 et suivants du code de commerce. L'action en nullité prévue à l'article L. 214-1 s'exerce devant le tribunal de grande instance du lieu de situation du fonds ou de l'immeuble dont dépendent les locaux loués.

Le cahier des charges de rétrocession mentionné à l'article L. 214-2 est approuvé par délibération du conseil municipal. Il comporte les clauses permettant d'assurer le respect des objectifs de diversité de l'activité commerciale ou artisanale.

Avant toute décision de rétrocession du fonds artisanal, du fonds de commerce ou du bail commercial, le maire publie, par voie d'affichage en mairie pendant une durée de quinze jours, un avis de rétrocession. Cet avis comporte un appel à candidatures, la description du fonds ou du bail, le prix proposé et mentionne que le cahier des charges peut être consulté en mairie. Lorsque la rétrocession porte sur un bail commercial, l'avis précise que la rétrocession est subordonnée à

l'accord préalable du bailleur. Il indique le délai dans lequel les candidatures doivent être présentées. Les personnes candidates à la rétrocession justifient de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou, lorsqu'elles sont établies dans un autre État membre de l'Union européenne, d'un titre équivalent leur conférant ou leur reconnaissant la qualité de commerçant ou d'artisan.

En cas de rétrocession d'un bail commercial, le maire recueille l'accord préalable du bailleur sur le projet d'acte accompagné du cahier des charges qu'il lui a transmis par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Si le bailleur entend s'opposer au projet de rétrocession, il saisit, en la forme du référé, le président du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble dont dépendent les lieux loués pour faire valider son opposition à la rétrocession. A défaut d'avoir notifié à la commune, dans le délai de deux mois suivant la réception du projet d'acte, la saisine motivée de la juridiction, le bailleur est réputé avoir donné son accord à la rétrocession. Le délai d'un an imparti à la commune pour procéder à la rétrocession est suspendu à compter de la notification du projet d'acte au bailleur jusqu'au recueil de l'accord du bailleur ou, à défaut d'accord, pendant la durée de la procédure jusqu'à l'intervention d'une décision juridictionnelle devenue définitive. La cession ne peut intervenir avant le terme de cette procédure, sauf accord exprès du bailleur.

La rétrocession est autorisée par délibération du conseil municipal indiquant les conditions de la rétrocession et les raisons du choix du cessionnaire. Dans le mois suivant l'acte de rétrocession, le maire procède à l'affichage en mairie, pendant une durée de quinze jours, d'un avis comportant la désignation sommaire du fonds ou du bail rétrocédé, le nom et la qualité du cessionnaire, ainsi que les conditions financières de l'opération. Si la rétrocession n'est pas intervenue à l'expiration du délai d'un an à compter de la prise d'effet de l'acquisition par le titulaire du droit de préemption, l'acquéreur évincé, dans le cas où son identité a été mentionnée dans la déclaration préalable mentionnée à l'article R. 214-4, bénéficie d'un droit de priorité d'acquisition.

B – Le droit de préemption dans les espaces naturels sensibles

Le code de l'urbanisme prévoit également un droit de préemption dans les espaces naturels sensibles. L'article L. 142-1 dudit code, dans sa rédaction en vigueur au moment de l'affaire considérée, déclarait : « Afin de préserver la qualité des sites, des paysages et des milieux naturels, et selon les principes posés à l'article L. 110, le département est compétent pour élaborer et mettre en œuvre une politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des espaces naturels sensibles, boisés ou non ».

Pour la mise en œuvre de cette politique, le département peut, selon l'article L. 142-2 du même code, instituer une taxe départementale des espaces naturels sensibles qui doit lui permettre, notamment, d'acquérir des terrains, d'aménager et d'entretenir tout espace naturel et de participer aux acquisitions du Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres et d'autres collectivités publiques. En vertu de l'article L. 142-3, le conseil général peut créer des zones de préemption.

Le droit de préemption dont dispose le département à l'intérieur de celles-ci porte sur des terrains ou des droits sociaux donnant vocation à l'attribution de terrains, un terrain portant une construction pouvant « à titre exceptionnel » donner lieu à l'exercice du droit de préemption à la condition qu'il soit de

dimension suffisante pour justifier son ouverture au public et qu'il soit nécessaire à la mise en œuvre de la politique des espaces naturels sensibles. Selon l'article L. 142-10, enfin, les terrains acquis, notamment par la voie de la préemption, « doivent être aménagés pour être ouverts au public, sauf exception justifiée par la fragilité du milieu naturel. Cet aménagement doit être compatible avec la sauvegarde des sites, des paysages et des milieux naturels ».

Finalité de la préemption

Ces dispositions ont donné lieu à très peu de jurisprudence, on trouve cependant quelques applications intéressantes. La finalité étant de préserver la qualité des sites, des paysages et des milieux naturels, le Conseil d'État a annulé des décisions de préemption dont l'objectif était de « préserver l'agriculture pour maintenir un équilibre économique » (CE 16 juin 1995, *Préfet des Yvelines*, Rec. T. p. 1083, RDP 1996, p. 603, obs. J.-P. Lebreton), ou de soumettre les parcelles concernées à la gestion d'une société de chasse (CE 29 juin 1992, *Grimaud*, Rec. p. 275). Un tribunal administratif a, de la même manière, annulé une délibération du conseil général du Doubs ayant institué une zone de préemption dans toutes les zones naturelles définies par les plans d'occupation des sols (POS) à l'exception des zones NA et sur tout le territoire des communes non dotées d'un tel document à l'exclusion de la zone d'habitation (TA Besançon, 31 décembre 1992, « SAFER de Franche-Comté », *Petites affiches*, 29 décembre 1993, n° 156, p. 4, concl. L. Lainé).

Une autre affaire intéressante a été rendue par le Conseil d'État en ce même domaine. Le conseil général des Côtes d'Armor avait institué le long d'un cours d'eau non domanial une zone de préemption de 20 kilomètres de long sur 800 mètres de large par endroits, en se fondant sur les articles L. 142-1 et L. 142-3 du code de l'urbanisme précités. Selon le Conseil d'État, pour instituer sur le fondement de l'article L. 142-3 du code de l'urbanisme une zone de préemption d'une telle longueur et d'une telle largeur, le conseil général s'est principalement fondé, « non sur l'intérêt que l'institution d'une telle zone pourrait présenter pour la préservation de la qualité de ce site mais sur ce qu'elle permettrait de rétablir, pour les promeneurs et les pêcheurs, un accès aux berges de cette rivière qui était rendu difficile par le refus de certains des nouveaux propriétaires d'anciens moulins de permettre le passage du public sur leur propriété ; (...) en instituant à ces fins une zone de préemption le conseil général a fait une inexacte application des dispositions précitées du code de l'urbanisme » (CE 22 février 2002, *Association des riverains pour la gestion et la sauvegarde du bassin hydrographique du Trieux, du Leff et de leur milieu vivant c/ Époux Bigot*, Rev. dr. immob. 2002, p. 265, note P. Soler-Couteaux).

Nature du droit de préemption

Une autre application récente concerne le juge des référés. Par un arrêt de 2006 la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion a enjoint au propriétaire d'un terrain situé dans une zone de préemption au titre des espaces naturels sensibles de la commune, de signer l'acte de vente de ce terrain au profit de Mme A, et précisé qu'à défaut de signature dans un délai de deux mois suivant la signification de l'arrêt, celui-ci vaudrait vente. A la suite d'un courrier lui transmettant cet arrêt, le département a exprimé sa volonté de préempter le terrain et demandé l'envoi d'une déclaration d'intention d'aliéner. Celle-ci reçue, le dixième vice-président du conseil général a exercé le droit de préemption du département sur ce terrain. Le juge des référés du tribunal administratif de

Saint-Denis de la Réunion a rejeté la demande de suspension de cet arrêté. Mme A s'est pourvue en cassation contre l'ordonnance de référé.

Le Conseil d'État considère que si le troisième alinéa de l'article L. 142-3 du code de l'urbanisme permet au département d'acquérir par préemption la propriété de ou la jouissance de terrains situés dans une zone d'espaces naturels sensibles préalablement délimitée et faisant l'objet d'une aliénation, « ce droit ne saurait être regardé comme un droit concurrent du droit de propriété » au sens de l'article précité. Ainsi, en jugeant que le droit de préemption prévu par cet article doit être regardé comme un droit réel susceptible de concurrencer le droit de propriété et en en déduisant que la cession du terrain en cause résultant de l'arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion n'était pas opposable au département, faute de publication de cette vente au bureau des hypothèques, le juge des référés a commis une erreur de droit (CE 5 juin 2009, *Mme Marie-José A*, req. n° 322336).

2 – Le droit de préemption en matière de patrimoine

Le droit de préemption a un champ d'application relativement large, plusieurs domaines peuvent en faire l'objet. Ainsi, en matière d'œuvres d'art, une loi de 1921 avait donné à l'État la possibilité d'« exercer, sur toute vente publique d'œuvres d'art un droit de préemption par l'effet duquel il se trouvera subrogé à l'adjudicataire ». Un décret du 19 juillet 2001 donne une liste des œuvres sur lesquelles peut porter la préemption, et cette liste est étendue puisque l'on y trouve les objets archéologiques ayant plus de cent ans d'âge, les peintures, aquarelles gouaches, pastels, dessins, estampes, affiches, œuvres cinématographiques, productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture, tapisseries, photographies, livres, bijoux, etc., sans condition d'ancienneté ou de valeur pour tous ces objets. Dans ce domaine des œuvres d'art, au départ seul l'État disposait du droit de préemption, mais progressivement l'idée s'est imposée que les collectivités locales devaient pouvoir, elles aussi, pouvoir recourir à la préemption, ce qui a été consacré en 1987.

L'exercice du droit de préemption en matière d'œuvres d'art a soulevé, entre autres, des questions de compétence entre les ordres juridictionnels. Dans l'affaire des *Époux Saint Arroman*, le Tribunal des conflits a déclaré que la vente d'une œuvre d'art réalisée entre particuliers par la voie d'enchères publiques constituait un contrat de droit privé et que les contestations qui s'y rapportent relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires, et il n'en va pas autrement quand, par l'effet du droit de préemption institué par l'article 37 de la loi du 31 décembre 1921, l'État se trouve subrogé à l'adjudicataire et exerce par suite les droits de celui-ci. En l'espèce, à l'issue de l'adjudication d'un tableau mis en vente aux enchères publiques par les *Époux Saint Arroman*, le droit de préemption a été exercé par la Réunion des musées nationaux au nom de l'État. Par la suite, les *Époux Saint Arroman* ont assigné la Réunion des musées nationaux et on appelé en cause le ministre des affaires culturelles, afin de voir prononcer la nullité de la vente, motif pris d'une erreur sur la substance de la chose vendue tenant au fait que les demandeurs auraient ignoré, lors de l'adjudication, que le tableau litigieux pouvait être attribué au peintre Poussin. Le juge administratif estime que l'action judiciaire ainsi exercée ne met pas en question la décision administrative de préemption, dont la régularité n'était nullement contestée, qu'elle tend seulement à faire constater, s'il échet, la nullité d'un contrat civil dans lequel l'État ne peut prétendre exercer par subrogation

que les droits d'une partie privée, qu'ainsi le litige présente seulement à juger une question de droit privé, échappant comme telle à la compétence de la juridiction administrative.

En dehors des œuvres d'art, le droit de préemption a été prévu dans des domaines concernant le patrimoine. L'article L. 212-32 du code du patrimoine institue un droit de préemption sur les archives privées vendues au cours de ventes publiques si cela est nécessaire à la protection du patrimoine d'archives. Lorsque le bien a été adjugé, l'État peut se subroger au dernier enchérisseur, il acquiert le bien au prix atteint à l'issue de l'enchère. Le projet de loi relatif aux archives étend le droit de préemption de l'État aux ventes de gré à gré effectuées lorsque les documents proposés à la vente aux enchères n'ont pas été adjugés, conformément à l'article L. 321-9 du code de commerce.

Les archives ont donné lieu à une affaire curieuse dans laquelle la préemption ne joue qu'un rôle second, mais intéressante dans la mesure où, et l'on va comprendre pourquoi, c'était un particulier qui demandait à l'autorité administrative d'exercer le droit de préemption, ce qui peut paraître une situation assez particulière ;

Le requérant avait mis en vente à l'hôtel des ventes de La Rochelle des documents. L'État, par l'intermédiaire du ministère de la défense, a estimé que ces documents ressortissaient par nature aux archives publiques et étaient imprescriptibles, et il a revendiqué un certain nombre de lots mis en vente par l'intéressé. Le tribunal administratif de Poitiers, après expertise, a reconnu la qualité d'archives publiques aux documents revendiqués par le ministre de la défense et a enjoint à la personne qui avait mis en vente ces documents de les restituer au ministère dans le délai de deux mois.

Le possesseur des documents a demandé à la cour administrative d'appel d'ordonner le sursis à exécution du jugement qui a reconnu la qualité d'archives publiques à l'ensemble des documents revendiqués par l'État et lui a enjoint de restituer lesdits documents. Il a également demandé à la cour, et c'est en cela que l'affaire se rattache à la préemption, d'ordonner l'exercice du droit de préemption de l'État pour l'appréhension des archives de la famille dont il mettait en vente les documents ou, à titre subsidiaire, de condamner l'État à lui verser la somme de 3 millions d'euros en réparation du préjudice né de la dépossession de ces archives.

La cour, ayant rappelé les articles L. 211-1 et suivants du code du patrimoine sur la définition des archives publiques, va se situer sur un autre terrain. Elle considère que la juridiction administrative ne peut être saisie d'un litige relatif à la délimitation du domaine public de l'État (dont font partie les archives publiques, lorsqu'elles sont qualifiées comme telles) que par la voie d'un recours formé contre une décision de l'autorité chargée de la conservation de ce domaine mais que cette autorité n'est pas recevable, en revanche, à demander elle-même au tribunal administratif de se prononcer sur les limites du domaine public. La demande présentée par le ministre de la défense n'était, dès lors, pas recevable (CAA Bordeaux 15 juillet 2009, *M. François X*, req. n° 09BX00120). Il se pourrait, d'ailleurs, que cette affaire ne soit pas terminée, et qu'elle ait une suite, soit administrative, soit contentieuse.



LE CHAMP D'APPLICATION ET LES MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT DE PRÉEMPTION DANS LES ESPACES NATURELS SENSIBLES

A propos des arrêts de la Cour administrative d'appel de Marseille :

- Département de l'Hérault, du 20 décembre 2007, n° 07MA01480

- Mme Myriam Maury, du 22 novembre 2007, n° 05MA02556

par Anne-Laure DEBONO

*ATER Université de Nice Sophia Antipolis
Doctorante au Centre de Recherches Administratives*

Le droit de préemption dans les espaces naturels sensibles (ENS)¹ est, à l'instar du droit de préemption urbain (DPU), du droit de préemption dans les zones d'aménagement différé (ZAD)², ainsi que du droit de préemption sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux³, un outil permettant à la personne publique d'acquérir prioritairement, à l'occasion de certaines aliénations, les biens fonciers indispensables à la réalisation de ses politiques d'aménagement, d'urbanisme ou d'environnement.

Le régime du droit de préemption dans les ENS n'en demeure pas moins caractérisé par un certain nombre de spécificités, tenant en particulier au fait que la mise en œuvre de cette prérogative est subordonnée à la poursuite de finalités plus étroites⁴ que celles assignées aux autres droits de préemption, à savoir la réalisation d'une politique de protection des espaces naturels. A cet égard, on peut également analyser le dispositif de préemption dans lesdits espaces naturels comme tendant à l'instauration de procédures particulières en matière de protection de l'environnement⁵. Précisément, cette mesure spécifique constitue l'un des instruments au service d'« une politique de protection, de gestion et

¹ Le régime des espaces naturels sensibles figure aux articles L. 142-1 et s. et R. 142-1 et s. du Code de l'urbanisme.

² Les articles régissant le droit de préemption urbain et le droit de préemption dans les zones d'aménagement différé sont codifiés aux articles L.210-1 et s., R.211-1 et s. et A.211-1 et s. à 214-1 du Code de l'urbanisme.

³ La loi Dutreil du 2 août 2005 a reconnu une nouvelle possibilité d'intervention aux communes, en ce sens qu'elle leur permet de préempter des fonds de commerce et des baux commerciaux afin d'assurer une certaine mixité sociale. Ainsi, l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme dispose que «Le conseil municipal peut, par délibération motivée, délimiter un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité, à l'intérieur duquel sont soumises au droit de préemption institué par le présent chapitre les cessions de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux ».

⁴ Il s'agit, aux termes de l'article L. 142-1, de préserver la qualité des sites, des paysages, des milieux naturels et des champs naturels d'expansion des crues et d'assurer la sauvegarde des habitats naturels.

⁵ R. CRISTINI, « Protection des espaces naturels », *J.-Cl. Collectivités territoriales*, fasc. 1172 ; C. CANS, « Typologie des procédures de protection des milieux naturels », fasc. 530. On rejoint ici l'évolution générale du dispositif législatif et réglementaire applicable au DPU, plusieurs réformes ayant conduit à « environnementaliser » le droit de préemption : ainsi la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels a autorisé la mise en place du DPU autour des installations soumises à un plan de prévention des risques technologiques ou dans les zones de rétention temporaire des eaux et dans les zones de mobilité d'un cours d'eau.

d'ouverture au public des ENS boisés ou non (...) [aux fins] de préserver la qualité des sites, des paysages et milieux naturels »⁶. La collectivité départementale a, en effet, en dehors de la possibilité d'instituer des zones de préemption, la faculté de procéder au classement d' « espaces boisés » au sein des espaces naturels sensibles, ce qui a pour conséquence notamment d'interdire l'implantation de constructions ; elle peut encore, mais l'énumération n'est pas exhaustive⁷, mettre en place des « zones de protection des sites et paysages », au sein desquelles il est possible d'imposer des mesures pouvant aller jusqu'à l'interdiction de construire. A cela, il faut ajouter, qu'en ce domaine, le législateur a conféré au département les moyens financiers nécessaires à la mise en œuvre de sa politique, au travers de l'instauration de la taxe départementale des ENS⁸.

Le régime du droit de préemption dans les ENS résulte de la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985, relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement et du décret n° 86-516 du 14 mars 1986 ; jusqu'à cette date, c'est la procédure des « périmètres sensibles » qui s'appliquait et qui, depuis les années 1960, constituait le dispositif de sauvegarde des espaces naturels à l'échelle départementale, à l'intérieur de périmètres délimités par l'État. Désormais, le transfert des compétences de l'État au département permet à ce dernier de définir les zones de préemption, soit en accord avec le conseil municipal concerné, quand la commune est dotée d'un PLU, dans le cas contraire, après accord du préfet. Récemment, la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité confie au Conservatoire du Littoral, lorsque celui-ci est territorialement compétent, l'initiative d'instituer ces périmètres de protection en cas de carence des départements. Les finalités assignées au droit de préemption dans les ENS ont été également récemment élargies, cet outil pouvant être mis en œuvre pour sauvegarder « les espaces agricoles et naturels périurbains »⁹.

On le voit, les évolutions législatives successives ont permis une décentralisation de la procédure et un élargissement du champ géographique de la procédure de préemption.

Les deux arrêts dont il s'agit de proposer une analyse aujourd'hui concernent deux requêtes, l'une émanant du propriétaire dont le terrain a fait l'objet d'une décision de préemption, l'autre étant introduite par le titulaire du droit de préemption au titre des espaces naturels sensibles, à savoir le département.

Dans la première affaire, en date du 22 novembre 2007, *Département de l'Hérault*, la requérante demandait l'annulation du jugement du TA de Montpellier, en ce que ce dernier avait rejeté sa demande tendant à l'annulation des décisions du maire¹⁰ du 8 octobre 1999, ce dernier décidant d'exercer son

⁶ L. 142-1 du Code de l'urbanisme

⁷ M. PRIEUR, « Les mesures complémentaires de protection des ENS », *Rev. jur. env.*, 2/1997, p. 171.

⁸ Sur le régime de la taxe départementale des ENS, voir les articles L. 142-2, L. 142-12 et R.142-1 du Code de l'urbanisme.

⁹ L. 143-1 du Code de l'urbanisme.

¹⁰ Il faut savoir à cet égard que si, en principe, la décision de préemption doit être prise par le conseil général, aux termes de l'article L. 142-3 alinéa 3, celui-ci peut déléguer ce droit à la commission permanente (L. 3211-2 du CGCT), au président du conseil général (L. 3221-12 du CGCT), au Conservatoire du littoral lorsque celui-ci est territorialement compétent, à l'établissement public chargé d'un parc national ou d'un parc régional, à l'État, à une collectivité

droit de préemption au titre des espaces naturels sensibles. La requérante soulevait divers moyens de légalité externe en vue d'obtenir l'annulation de la décision litigieuse : elle invoquait, en premier lieu, un premier moyen tiré de la méconnaissance, par le maire, de l'obligation de notifier la décision de la commune aux propriétaires, avant l'expiration du délai de trois mois courant à compter de la date de réception ou de la décharge de la déclaration d'intention d'aliéner, lorsque ni le conseil général, ni le Conservatoire du littoral, mettent en œuvre le droit de préemption. Or, selon la Cour, il ressort des pièces du dossier que le maire a bien notifié ses décisions aux propriétaires avant l'expiration du délai imparti. Le premier moyen ne soulevait pas de difficultés particulières et nous n'y reviendrons pas par la suite. Plus intéressante est l'invocation, en second lieu, de la méconnaissance de l'obligation de motivation ; mais, en l'espèce, la Cour rejette encore le moyen. Sur le plan de la légalité interne, la requérante fait grief à l'arrêt d'avoir considéré que la commune pouvait exercer le droit de préemption indépendamment du fait que les parcelles concernées se trouvaient situées sur une zone ND du POS. La Cour ne donnera pas, une nouvelle fois, sur ce point, satisfaction à la requête.

Dans la seconde affaire, le département de l'Hérault fait appel du jugement par lequel le Tribunal administratif de Montpellier a annulé la décision du département d'exercer le droit de préemption au titre des ENS sur une parcelle où est implanté un « mazet » aménagé en maison d'habitation. Il soulève un moyen de légalité interne, précisément tiré de l'erreur de droit, à savoir la méconnaissance de l'article L. 142-3 qui permet, à titre exceptionnel, d'exercer le droit de préemption sur les parcelles bâties lorsque la dimension du terrain est suffisante pour justifier son ouverture au public et qu'il est nécessaire à la protection des espaces naturels sensibles. Mais, pour la Cour, les conditions permettant de déroger au principe d'interdiction de préempter sur les parcelles bâties ne sont pas remplies en l'espèce.

Ces deux décisions nous permettent, à l'occasion du contrôle de la légalité par le juge des décisions de préemption, de nous pencher sur le domaine d'application et les modalités d'exercice du droit de préemption par le département, au titre de la politique de protection des espaces naturels sensibles. Dans une première partie, nous nous intéresserons au champ d'application de la procédure de préemption et, dans un second temps, à l'objet que doit poursuivre la décision d'exercer cette prérogative.

territoriale, un établissement public foncier « au sens de l'article L. 324-1 du Code de l'urbanisme », ou à l'agence des espaces verts de la région d'Ile de France (L. 142-3 alinéa 9). Par ailleurs si, dans le délai de deux mois le département n'exerce pas son droit de préemption ou décide d'y renoncer (L. 142-3 et R. 142-11), différentes personnes publiques peuvent se substituer à celui-ci, à savoir, le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres ou, dans l'hypothèse où ce dernier n'exercerait pas son droit de substitution, la commune sur le territoire de laquelle se trouve le bien ; aux termes de l'article 41 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, lorsque la zone de préemption se trouve située sur le territoire d'un parc national, d'un parc national, d'un parc naturel régional ou d'une réserve naturelle dont la gestion leur est confiée, l'établissement public chargé des parcs peut également se substituer au département et, le cas échéant, au Conservatoire du littoral, si ces derniers n'exercent pas le droit de préemption.

I - LE CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCÉDURE DE PRÉEMPTION DANS LES ENS

Les deux arrêts commentés posent des questions relatives à la détermination du champ d'application de la décision de préemption ; d'une part, l'affaire *département de l'Hérault*, soulevait la problématique du champ d'application matériel de la procédure, précisément, celle des biens soumis au droit de préemption ; d'autre part, l'affaire *Mme Maury* conduit à envisager le champ d'application de la procédure au regard des règles définies dans les PLU, en particulier le zonage.

A - Le champ d'application matériel de la procédure de préemption

L'étude du champ d'application matériel du droit de préemption implique de s'intéresser aux aliénations et aux biens soumis à préemption dans le cadre du dispositif de protection des espaces naturels sensibles. A cet égard, si la détermination des aliénations incluses dans le champ du droit de préemption se fait par référence à l'article L. 142-3 du Code qui en donne la liste¹¹, la question des biens concernés est plus délicate à résoudre.

En principe, le droit de préemption dans les ENS ne peut porter sur des terrains non bâtis. Le champ d'application de la procédure est donc plus étroit que celui des autres droits de préemption¹² ; en effet, dans une décision du 21 février 1969, *Dame Huet*¹³, le Conseil d'État a posé un principe d'exclusion du droit de préemption sur les parcelles bâties¹⁴. C'est-à-dire que, selon la haute juridiction, la notion de « terrain », employée par le législateur, doit être interprétée comme ne visant que les terrains ne comportant aucune construction, même abandonnée¹⁵.

Cependant, une exception est prévue à l'article 123-3, alinéa 4, lequel dispose que : « A titre exceptionnel, l'existence d'une construction ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de préemption dès lors que le terrain est de dimension suffisante pour justifier son ouverture au public et qu'il est, par sa localisation, nécessaire à la mise en œuvre de la politique des ENS du département ». C'est sur le fondement de cette disposition que, dans la seconde affaire, le département demandait l'annulation du jugement du Tribunal administratif de Montpellier ayant conclu à l'illégalité de sa décision de préempter un terrain sur lequel est implanté un « mazet » aménagé en maison d'habitation.

¹¹ Il s'agit de n'importe quelle mutation à titre onéreux, même non volontaire, le caractère volontaire de l'aliénation ayant été supprimé par la loi du 27 février 2002.

¹² L'article L. 142-3 alinéa 3 précise que « le département dispose d'un droit de préemption sur tout terrain ou ensemble de droits sociaux donnant vocation à l'attribution en propriété ou en jouissance de terrains qui font l'objet d'une aliénation, à titre onéreux sous quelque forme que ce soit ».

¹³ CE, 21 février 1969, *Dame Huet*, *Rec.*, p. 116, *AJDA* 1969, p. 298.

¹⁴ En revanche, l'article L. 142-3 ne s'oppose pas, par lui-même, à ce que des constructions soient comprises dans ces zones lors de la délimitation de ces dernières : CAA Bordeaux, 26 mars 1998, *Assoc. de défense de la Corniche basque et a.*, *Dr. adm.* 1995, n° 474, obs. C. M. ; *BJDU* n° 4/1995, p. 320, concl. Maugüe.

¹⁵ Dans un premier temps, c'est une interprétation plus large de la notion de terrain qui prévalait et qui ressortait d'une circulaire en date du 15 mai 1978 (*BOME*, n° 17, texte n° 570, cité par R. HOSTIOU et J.-F. STUILLLOU, *op. cit.*, n° 401, p. 228) : cette dernière estimait que la vente d'un terrain comportant une construction abandonnée ou un bâtiment destiné à une activité de chasse était soumise au droit de préemption.

A la lecture de L'article L. 142-3, alinéa 4, il semble que cette exception, compte tenu des termes mêmes employés par le législateur, ainsi que de la double condition à laquelle il est fait mention, ne soit « appelée à jouer que dans des cas particuliers où des propriétés occuperaient une place stratégique, tant pour l'ouverture au public d'un espace naturel, que de sa préservation »¹⁶. De plus, à la lumière de la jurisprudence existante en la matière, il apparaît que le juge administratif fait preuve de rigueur quant à la mise en œuvre de ces conditions légales cumulatives, veillant ainsi à ce que le titulaire du droit de préemption justifie à deux points de vue l'intérêt que présente la parcelle : celui-ci prend en considération la pertinence de la décision, tant au regard de la taille du terrain, que de la mise en œuvre d'une politique de protection des espaces sensibles. A titre d'exemple, la Cour administrative d'appel de Lyon a jugé qu'une commune ne pouvait légalement préempter une parcelle d'environ 2000 m² sur laquelle était implantée une maison et une piscine, dès lors que celle-ci ne s'insérait pas dans une zone déjà ouverte au public et que la commune n'avait pas suffisamment démontré l'intérêt de sa décision au regard de la protection des espaces naturels sensibles¹⁷. De même, la Cour administrative d'appel de Marseille, dans un arrêt du 24 novembre 2005, a pu considérer qu'une décision de préemption d'un terrain bâti était illégale, car la commune n'établissait pas « que la parcelle concernée, d'une superficie de 252 m², [était] indispensable pour mettre en œuvre une telle protection et ne [justifiait] pas que son aliénation menacerait des espaces protégés ou contrarierait la politique de préservation de la qualité des sites, des paysages et des milieux naturels (...) ; qu'en outre, alors que la parcelle ne [s'insérait] pas dans une zone déjà ouverte au public, sa faible dimension ne [pouvait] justifier qu'il soit dérogé, à titre exceptionnel ainsi que l'exige l'article L.142-3 du code de l'urbanisme, au principe d'exclusion du droit de préemption sur les parcelles bâties ». En revanche, la Cour administrative d'appel de Paris a admis la légalité de la préemption d'un terrain situé en bordure d'un parc naturel régional comportant quatre constructions désaffectées dans un état de délabrement, eu égard à la superficie de 28.052 m² dudit terrain et de l'intérêt qui s'attachait « en l'espèce à la restauration et à la préservation future de la qualité du paysage, lesquelles figurent au nombre des objectifs assignés à la politique des ENS des départements »¹⁸.

C'est donc logiquement, au regard de ces précédentes décisions, que la Cour, dans la présente affaire, se fondant à la fois sur la faible superficie du terrain et le fait que le département « n'établit pas que la parcelle concernée d'une superficie de 2656 m² (...) serait indispensable pour mettre en œuvre une telle protection et ne justifie pas que son aliénation menacerait des espaces protégés ou contrarierait la politique de préservation de la qualité des sites, des paysages et des milieux naturels », considère la préemption illégale. En outre, pour justifier le fait qu'il ne puisse être dérogé à la règle d'exclusion de la préemption sur les terrains bâtis, la Cour relève que, de par sa localisation, l'aliénation de la parcelle –ne s'insérant pas dans une zone ouverte au public, mais étant au contraire isolée des autres parcelles déjà acquises par le département et située à l'extrémité de la zone de préemption– ne pouvait compromettre d'éventuels aménagements.

¹⁶ R. HOSTIOU et J.-F. STUILLLOU, *ibid.*

¹⁷ CAA Lyon, 18 janvier 1995, *Commune des Pennes Mirabeau, Rec.*, p. 1062 et 1083 ; *BJDU* 7/1995, p. 77, obs. F. QUENCEZ ; *RFDA* 1995, p. 862.

¹⁸ CAA Paris, 14 juin 2001, *Départ. Des Yvelines, Dr. Env.* 2001, n° 94, p. 267, obs. R. Romi.

La détermination de l'étendue de la procédure de préemption peut également être envisagée en termes de champ d'application géographique des parcelles qui en font l'objet.

B - L'étendue géographique du droit de préemption

Lorsque l'on évoque le champ géographique du droit de préemption, on pense d'abord à la mise en œuvre de la prérogative dans l'hypothèse où les limites cadastrales de la parcelle, qui en est au moins partiellement l'objet, ne correspondraient pas à celles du périmètre de la zone de préemption. Il en est notamment ainsi lorsque la propriété n'est que partiellement incluse dans le champ du périmètre géographique de la zone de préemption. Dans une telle hypothèse, on admet, depuis la loi précitée du 27 février 2002, harmonisant le régime du droit de préemption dans les ENS avec les autres droits de préemption, la possibilité, pour le préempteur, d'exercer son droit sur la fraction de l'unité foncière comprise dans la zone de préemption, à condition que la mise en œuvre de la politique de protection des ENS le justifie¹⁹.

L'un des arrêts commenté montre également que l'on peut se questionner en termes d'articulation du zonage élaboré au titre des documents de planification locaux avec les périmètres délimités par le département, dans le cadre de sa politique de protection des espaces naturels sensibles. Dans la première affaire, la requérante faisait grief au jugement d'avoir estimé à tort que le titulaire du droit de préemption avait pu exercer sa prérogative, indépendamment du fait que les parcelles concernées avaient été classées en zone ND. Il faut savoir, à ce sujet, que les zones ND des POS, aujourd'hui remplacées par les zones naturelles et forestières concernaient, aux termes de l'ancien article R. 123-18 I 2, les espaces à protéger en raison d'une part, de l'existence de risques ou de nuisances et, d'autre part, de la qualité des sites, des milieux naturels et des paysages ». Aujourd'hui, sous l'empire de l'art R. 123-8²⁰, les PLU peuvent toujours classer en ZN les sites, milieux naturels et paysages de qualité, à l'exclusion des zones de risques et nuisances qui font l'objet d'un classement spécifique. Il est également possible d'intégrer dans ces ZN les terrains supports d'une exploitation forestière ou les espaces ayant le « caractère d'espace naturel », c'est-à-dire des espaces « simplement »²¹ naturels, ne présentant pas d'intérêt esthétique, historique ou écologique particulier. En ce qui concerne les effets d'un classement en zone ND – et cette conséquence est maintenue s'agissant des ZN des PLU – lesdites zones sont frappées d'une servitude *non aedificandi*²². Or, pour la requérante, le droit de préemption ne pourrait s'exercer sur des terrains classés en zone inconstructible. Le classement d'une parcelle en zone ND et l'inclusion de la dite parcelle au sein d'une zone de préemption seraient deux procédures exclusives l'une de l'autre ; mais, pour la Cour, « la circonstance que les parcelles préemptées soient situées dans une zone classée

¹⁹ L. 142-3, alinéa 5.

²⁰ « Peuvent être classés en zone naturelle et forestière (N) les secteurs de la commune équipés ou non à protéger soit en raison de la qualité des sites, des milieux naturels, des paysages et de leur intérêt notamment du point de vue esthétique, historique et écologique, soit de l'existence d'une exploitation forestière, soit de leur caractère d'espace naturel ».

²¹ H. JACQUOT et F. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Précis Dalloz, n° 217, pp. 248-249.

²² Il est toutefois possible – et cette possibilité existait déjà dans l'ancien régime – de prévoir au sein de ces zones des « secteurs d'accueil », c'est-à-dire des périmètres à l'intérieur desquels pourront être transférées et regroupées les possibilités de construire résultant de l'application du coefficient d'occupation des sols (à l'exclusion des parties de la zone présentant un intérêt pour le développement des exploitations agricoles et forestières).

inconstructible par le POS de la commune ne fait pas obstacle à l'exercice par le maire du droit de préemption ». A cet égard, on peut s'interroger sur le raisonnement suivi par le juge pour admettre l'exercice simultané de ces deux prérogatives. Deux hypothèses semblent envisageables.

On peut, en premier lieu, estimer que le juge a répondu par l'affirmative, en se fondant sur l'existence d'une compatibilité entre les deux dispositifs. Rappelons, à cet effet, que l'article L 110 qui ouvre le Code de l'urbanisme impose une règle générale d'harmonisation des politiques relatives à l'utilisation du sol à toutes les collectivités publiques²³ ; cet article s'impose notamment, ainsi que les relèvent les commentateurs de l'article²⁴, aux mesures prises par le département en matière d'espaces naturels sensibles. Cependant, le juge administratif apprécie cette exigence de manière assez souple, surtout lorsqu'il s'agit d'apprécier la compatibilité de dispositifs pouvant être mis en œuvre par la même collectivité publique, même lorsque ceux-ci ne poursuivent pas la même finalité²⁵ ; or, en l'espèce, il y a bien lieu de vérifier le respect de cette obligation par la commune, cette même collectivité étant à la fois à l'origine de l'élaboration du zonage et, en l'espèce, substituée au département pour exercer le droit de préemption. Ainsi, si l'on s'intéresse à la compatibilité entre les deux dispositifs, on peut considérer que la création d'une zone de préemption, comme la délimitation d'une zone ND, ont pour objet la préservation d'espaces de qualité. Les finalités poursuivies par le zonage ND et la décision de préemption sont donc compatibles. Par ailleurs, s'agissant des effets consécutifs à la création d'une zone ND, les possibilités d'urbanisation sont inexistantes, en dehors de l'hypothèse de la création de secteurs d'accueil. La situation est quelque peu différente en matière de délimitation des espaces naturels, l'idée étant de « protéger des espaces naturels en vue de leur ouverture au public »²⁶. Par conséquent, les terrains préemptés doivent être aménagés pour être ouverts au public²⁷, sauf exception justifiée par la fragilité du milieu. Là encore, il n'y a donc pas, de manière générale, incompatibilité sur le plan des conséquences attachées à l'exercice du droit de préemption ou du classement ND sur les perspectives d'urbanisme, lesquelles demeurent, en toute hypothèse, limitées, voire exclues. Ces éléments apparaissent de nature à admettre le chevauchement entre une zone ND et un périmètre de préemption.

En second lieu, on peut estimer que la Cour n'a pas procédé à une telle analyse en se fondant, justement, sur l'absence d'obligation de compatibilité entre la politique de protection du département et les POS ou les PLU²⁸, ainsi qu'a que l'a affirmé la Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans un arrêt en

²³ « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. (...) ».

²⁴ Code de l'urbanisme, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, commentaire sous l'article L. 110.

²⁵ Le Conseil d'État considère qu'il est satisfait à l'obligation de coordination édictée par l'article L. 110 lorsqu'une même parcelle est située pour partie en zone d'exercice du DPU et pour partie en zone de préemption des espaces naturels. Ainsi, le Conseil d'État (3 juillet 1998, *Dépt des Yvelines*) admet sur la même parcelle l'existence d'un droit de préemption au profit de l'État pour réaliser une opération d'aménagement et d'un droit de préemption au profit du département pour assurer la protection des ENS.

²⁶ CE, 16 juin 1995, *Préfet des Yvelines, Rec.*, p. 1083 ; *BJDU* 3/1995, p. 261 ; *RFDA* 1995, n° 21, p. 210 ; *RDP* 1996, n° 2, p. 603.

²⁷ L'article L. 142-10 indique que « seuls des équipements légers d'accueil du public ou nécessaires à la gestion courante des terrains ou à leur mise en valeur à des fins culturelles ou scientifiques peuvent être admis sur des terrains acquis en application des dispositions du présent chapitre, à l'exclusion de tout mode d'occupation du sol de nature à compromettre la conservation ou la protection de ces terrains en tant qu'espaces naturels ».

²⁸ R. HOSTIOU et J.-F. STUILLON, *op. cit.*, n° 332, p. 201. De fait, le moyen est rejeté par le juge.

date du 25 mars 1998 Il en résulte que le moyen tiré de l'incompatibilité de la zone de préemption avec les dispositions d'un POS ne peut être accueilli par le juge²⁹. Cette solution est ainsi à rapprocher de celles consacrant l'absence d'obligation de compatibilité entre les documents d'urbanisme et le droit de préemption dans les ZAD : le juge considère en effet qu'une ZAD peut être instituée, alors même que les dispositions du POS en vigueur au moment de sa création seraient de nature à faire obstacle à la réalisation immédiate des objectifs en vue desquels elle a été instaurée : par exemple, le Conseil d'État a considéré que le classement de terrains en « espace boisé » ou en zone ND par le POS ne fait pas obstacle à leur inclusion dans une ZAD³⁰. Si, en l'espèce, cette superposition ne devrait pas soulever de problème particulier eu égard aux finalités poursuivies par l'instauration d'une zone ND ou d'un périmètre de préemption, il n'en est pas toujours ainsi, comme on vient de le montrer. Si cette solution peut apparaître logique au regard du principe de l'indépendance des législations, l'absence de consécration d'une obligation de compatibilité entre le droit de préemption dans les ZAD et les ENS au regard des dispositions des PLU peut être critiquée³¹.

Les moyens soulevés dans les arrêts commentés invitaient le juge encore à examiner l'objet que doit poursuivre la décision de préemption.

II - L'OBJET DE LA DÉCISION DE PRÉEMPTION

Le droit de préemption dans les ENS, comme les autres droits définis dans le Code, ne peut être exercé que pour un objectif d'intérêt général prédéterminé par le législateur. A cet égard, la décision Mme *Maury* nous rappelle que le juge vérifie que la décision de préemption ne poursuit pas des motifs étrangers à ceux qu'assignent au droit de préemption les articles L. 142-1 et suivant du Code de l'urbanisme ; il s'assure également du respect de l'obligation de motivation de l'objet en vue duquel est exercée la décision de préemption.

A - La nature de l'objet de la décision de préemption

Pour procéder à la détermination du contenu de l'objectif poursuivi par le titulaire du droit de préemption, il convient de se tourner vers les considérations d'intérêt général susceptibles de justifier la décision relative à l'instauration même du périmètre de préemption. La collectivité ayant pu légalement instituer le droit de préemption pour répondre à certains objectifs, la mise en œuvre du droit de préemption devra, logiquement, se réaliser en vue de la satisfaction de l'objet spécifique de l'acte de création, tel que précisé aux termes de l'article L. 142-1, à savoir : la mise en œuvre d'une « politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des ENS boisés ou non ». C'est que les finalités du droit de préemption dans les ENS sont très différentes de celles que doit poursuivre la mise en œuvre du DPU ou du droit de préemption dans les ZAC, à savoir, aux termes de l'article L. 210-1 combiné à l'article L. 142-1³² du Code de l'urbanisme,

²⁹ CAA Bordeaux, 25 mars 1998, *Assoc. de défense des habitants de la corniche basque et a, BJDU* 4/1998, p. 307.

³⁰ CE, 8 juin 1994, *Commune de Mitry-Mory, Rec.*, tables, p. 1240.

³¹ La loi a écarté toute possibilité de conflit entre le DPU et le droit de préemption dans les ZAD, l'existence d'une telle zone excluant l'institution du DPU par la commune.

³² L'article L. 142-1 indique que le périmètre de préemption peut être institué en vue de « la sauvegarde des habitats naturels » et la préservation « des champs naturels d'expansion des

les objectifs généraux de l'aménagement tels que définis à l'article L. 300-1 ; de fait, le contentieux de la décision de préemption dans les ENS échappe largement aux critiques formulées à l'encontre de l'utilisation qui est faite de cette prérogative, la diversité du champ assigné à la mise en œuvre des droit de préemption urbain et dans les ZAD étant parfois à l'origine d'abus³³. Il n'en demeure pas moins que les objectifs pour lesquels le droit de préemption dans les ENS peut être mis en œuvre sont formulés en des termes relativement généraux. De fait, le contrôle exercé par le juge sur la régularité de la décision de préemption prend toute son importance : en dépit de cette rédaction imprécise, le contrôle du contenu du projet invoqué par le titulaire du droit de préemption montre que le juge vérifie que le projet qui motive la décision de préemption correspond bien aux deux objectifs visés par l'article L. 142-1. D'une part, l'institution de la zone doit avoir pour but de permettre la mise en œuvre d'actions de préservation de « sites, paysages et milieux naturels » ; d'autre part, elle doit envisager « leur ouverture au public ». Ces deux objectifs sont, en effet, cumulatifs³⁴, étant étendu qu'il existe une hiérarchisation entre eux, tel que cela résulte d'une décision du Conseil d'État, dans un arrêt du 22 février 2002, *Association de riverains pour la gestion et la sauvegarde du bassin hydrographique du Trieux, du Leffe et de leur milieu vivant*³⁵ : alors que, jusque là, il semblait que le Conseil d'État considérait que l'importance respective de ces objectifs était indifférente et que, par exemple, objectif d'ouverture au public puisse être privilégié, il distingue en l'espèce l'objectif principal qui est d'ordre environnemental et les objectifs secondaires qui permettent d'atteindre le principal qui est exclusivement d'ordre environnemental.

Au-delà de la vérification opérée par le juge qui conduit ce dernier à vérifier si la décision est fondée sur des motifs conformes aux exigences légales, celui-ci examine l'expression formelle des motifs.

B - L'exigence de motivation

On ne saurait manquer de rappeler la garantie importante, que constitue, pour celui qui demande l'annulation de l'acte, le contrôle, par le juge administratif, des

crues ». Il faut désormais ajouter à ces diverses finalités la sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité (Loi n° 2005-882 du 2 août 2005) et le maintien dans les lieux des locataires en cas de vente d'un immeuble à usage d'habitation (Loi n° 2006-685, 13 juin 2006).

³³ Une abondante doctrine le souligne ; voir, par exemple : A. GIVAUDAN, « les dérapages mal contrôlés du droit de préemption urbain », *JCP N* 1986, p.339 ; R. HOSTIOU, « le droit de préemption urbain et le juge administratif. Variations sur le thème de la déviance dans l'application de la règle de droit », *Justices* n° 2, 1995, p.127 ; J. MORAND-DEVILLIER, « Les excès du droit de préemption », *Dr. et patrimoine* 1993, p.44. S. PERIGNON, « Pathologie du droit de préemption urbain », *Rép. Defrénois* 1991, p. 341.

³⁴ Ce principe n'a toutefois pas une portée absolue car, en vertu de l'article L. 142-10, le département peut préempter une parcelle alors même qu'il n'envisagerait pas de l'ouvrir au public pour des raisons tenant « à la fragilité du milieu », ou encore, comme l'a affirmé récemment le Conseil d'État, « pour des raisons de sécurité ou de limitation des risques d'atteinte au milieu naturel » : voir CE, 7 juin 2006, *Départ. du Var, Rec.*, p. 287 ; BJDU 4/2006, p. 277, concl. C. DEVYS, obs. J.-C. B.

³⁵ CE, 8 février 2002, *Association de riverains pour la gestion et la sauvegarde du bassin hydrographique du Trieux, du Leffe et de leur milieu vivant, Rec.*, p. 60 ; BJDU 2/2002, p. 126, concl. F. LAMY ; AJDA 2002, p. 645, note C. CHEVILLEY-HIVER ; RDI 2002, p. 196, obs. Y. JEGOUZO ; *Constr.-Urb.* 2002, comm. n° 125, obs. P. BENOIT-CATTIN ; *Dr. Env.* 2002, n° 102, p. 246, étude P. LE LOUARN.

raisons de fait et de droit invoqués par l'administration à l'appui de sa décision. Or, aucune règle n'impose que les décisions par lesquelles le département décide de l'instauration du périmètre de préemption soient motivées, c'est-à-dire indiquent les raisons de fait et de droit justifiant l'édition de l'acte. Par ailleurs, la délibération du département présente le caractère d'une « décision intermédiaire », ni individuelle, ni réglementaire, eu égard au fait qu'« elle se borne à rendre applicables sur le périmètre qu'elle délimite, les dispositions relatives aux zones de préemption au titre des ENS »³⁶. Par conséquent, une telle décision ne saurait être soumise aux dispositions de la loi de 1979 relative à la motivation des actes administratifs, n'entrant pas dans le champ d'application de la loi, cette dernière ne visant que les décisions individuelles défavorables et que celles dérogeant aux règles générales fixées par la loi et le règlement. Il en est différemment de la décision de recourir au droit de préemption, laquelle entre dans le champ d'application de la loi du 10 juillet 1979. La Cour administrative d'appel de Marseille, dans une décision en date du 31 mai 2001, *Commune d'EYGALIERES*, a en effet précisé « que l'acte par lequel le titulaire du droit de préemption institué par l'article L.142-1 précité du code de l'urbanisme décide d'exercer ce droit impose des sujétions aux personnes physiques ou morales directement concernées ; que, dès lors, il est au nombre des décisions qui, en l'absence de dispositions législatives particulières donnant un autre fondement à l'obligation de motivation, doivent être motivées en vertu des dispositions précitées de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 ».

S'agissant du contenu de l'obligation de motivation, le juge admet que ladite règle est respectée lorsque la « motivation, alors même qu'elle ne figurait pas dans le texte de la décision de préemption [mais dans un document joint à la décision] elle-même, permettait de connaître et, le cas échéant, de contester les motifs de l'opération »³⁷; en conséquence, le fait que le maire, dans la décision commentée, fasse référence « à un rapport, annexé aux deux décisions, relatif à l'aménagement de ladite zone et comprenant une note de présentation (...) ainsi que des cartes, des plans, un projet et un descriptif financiers de l'aménagement des terrains concernés », n'est pas de nature à entacher d'illégalité la décision.

Mais, pour que l'obligation soit satisfaite, il faut que les raisons pour lesquelles la personne publique souhaite préempter soit exposées de manière précise et circonstanciée, afin de permettre aux intéressés de connaître les motifs de la décision de préemption : elle ne saurait se contenter de paraphraser le texte de l'article L. 142-1 ou même, se contenter d'une formulation générale³⁸. En l'espèce, dans l'arrêt *Mme Maury*, la Cour a considéré que cette exigence était satisfaite, le maire ayant « précisé les objectifs de la commune et les raisons qui l'ont conduite à exercer le droit de préemption » et mentionne « en outre, les textes sur lesquels elle se fonde ».

³⁶ CE, 16 juin 1995, *Assoc. de défense des habitants de la corniche basque et a.*, *Rec.*, p. 1082 ; *RDJ* 1996, n° 2, p. 601 ; *BJDU* 4/1995, p. 320, concl. MAUGÛE.

³⁷ CE, 31 mars 1989, *Société d'ingénierie et de développement économique et Ville d'Arcueil*, n° 88113.

³⁸ Dans l'arrêt précité, *Commune d'Eygalières*, le juge administratif affirme que « la délibération en litige, par laquelle le conseil municipal d'Eygalières a décidé, par délégation du département des Bouches-du-Rhône, de préempter un terrain appartenant à M. et Mme Z..., a été prise "pour préserver le patrimoine et le site des Alpilles" ; qu'en se bornant à cette dernière mention, sans indiquer en quoi cette acquisition s'inscrivait dans la politique élaborée par le département en application des dispositions précitées de l'article L.142-1 du code de l'urbanisme, le conseil municipal n'a pas suffisamment motivé sa décision qui est ainsi entachée d'illégalité »

Si la mise en œuvre du droit de préemption au service d'une protection des espaces sensibles, eu égard à la finalité spécifique qui lui est ainsi assignée, est de nature à limiter les dérives dans l'usage du droit de préemption, le juge administratif remplit en ce domaine une fonction importante en recherchant un équilibre entre la préservation des possibilités d'action des collectivités publiques, dans le cadre de leur politique d'action foncière, et le droit de propriété auquel l'usage de cette prérogative porte nécessairement atteinte. L'analyse qui peut ainsi être formulée à l'égard du contrôle effectué par le juge ne résulte pas d'évolutions récentes de la jurisprudence : au contraire, le juge a toujours manifesté son souhait d'exercer un contrôle rigoureux sur la régularité de la décision de préemption³⁹. C'est justement cette constance qu'il faut saluer, dans un domaine où le dispositif législatif et réglementaire se caractérise davantage une volonté de faciliter la mise en œuvre des politiques publiques d'appropriation foncière, comme en témoigne l'élargissement continu du champ géographique ou des finalités du droit de préemption⁴⁰.



³⁹ R. VANDERMEEREN, « Le contrôle, par le juge administratif, de la motivation et des motifs des décisions de préemption en matière d'urbanisme », *LPA* 20 juillet 1992, n° 87, p. 3.

⁴⁰ R. HOSTIOU et J.-F. STUILLON, *op. cit.*, n° 8, pp. 5-7.

LE CONTRÔLE DE LA MOTIVATION ET DES MOTIFS DES DÉCISIONS DE PRÉEMPTION : L'ASSOUPPLISSEMENT NÉCESSAIRE ET LA TENTATION DE LA NÉCESSITÉ

CAA Marseille, 11 janvier 2007, *Commune de Fuveau*, req. n° 03MA01951
CAA Marseille, 16 mai 2007, *SCI La Chaudane et autres*, req n° 04MA02229

par Ted GINSBURGER

Assistant de justice

Doctorant au Centre de Recherches Administratives

Le droit de préemption tient sa légitimité de la définition de son objet. Aussi n'est-il pas étonnant que celui-ci soit aussi strictement encadré, que cela soit par la loi ou la jurisprudence. Toutefois, l'augmentation massive du contentieux et la proportion très importante des annulations poussent à s'interroger sur l'opportunité d'un assouplissement. En effet, ainsi que le remarquait en avril 2008 Jean-Pierre Duport, Président du groupe de travail du Conseil d'État sur le droit de préemption, le contentieux de la préemption « a pratiquement quadruplé en dix ans ». En outre, le taux d'annulation est de 40 % en première instance, pour un taux moyen tous contentieux confondus de 25 %¹. Cet important taux d'annulation, qui concerne essentiellement le droit de préemption urbain, ne semble pas, ainsi que le souligne le Conseil d'État dans un récent rapport, trouver son origine principale dans une augmentation du nombre des mutations immobilières ou du recours au droit de préemption. Au sein de ce contentieux abondant et « pathologique », deux points de « fragilité contentieuse » sont mis en avant par le Conseil d'État : « la motivation formelle des décisions et la justification de l'usage du droit de préemption »². Ainsi le défaut ou l'insuffisance de la motivation sont à l'origine d'environ 44 % des annulations, et l'absence de projet de nature à justifier l'usage du droit de préemption à l'origine d'environ 22 %.³ Les deux arrêts soumis à notre étude se situent au sein de cette problématique et nous amèneront à nous interroger sur la question de l'assouplissement du contrôle de la motivation et des motifs des décisions de préemption.

Le premier arrêt à été rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille le 11 janvier 2007 sur requête de la commune de Fuveau. Par une décision en date du 26 septembre 2002, le Maire de cette commune a exercé le droit de préemption urbain au profit de la commune sur une propriété bâtie de 1501 m² appartenant à l'association cultuelle Fraternité sacerdotale Saint-Pie X et à l'égard de laquelle, M. et Mme Fiori s'étaient portés acquéreurs. La décision de préemption était motivée par référence à une délibération du Conseil municipal

¹ Jean-Pierre Duport, « Permettre aux communes d'avoir une politique de préemption dynamique en évitant la censure du juge conseiller d'État en service extraordinaire », *AJDA*, 2008, p. 731.

² Conseil d'État, *Le droit de préemption*, *Doc. fr.*, 2008, p. 40 à 42.

³ *Ibid* n° 2.

qui rappelait les objectifs que doit atteindre la commune pour respecter l'article 55 de la loi du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbain en ce qui concerne le nombre de logements locatifs sociaux. M. et Mme Fiori ont obtenu du tribunal administratif de Marseille l'annulation de ladite décision du fait de l'insuffisance de sa motivation. La commune va interjeter appel et c'est ainsi que se présentait l'affaire devant la Cour administrative d'appel de Marseille. Pour déterminer le caractère suffisant de la motivation deux questions se posaient, à savoir celle de la possibilité d'une telle motivation par référence et le cas échéant celle du caractère réel et précis des projets définis par les délibérations en cause. Selon la Cour administrative d'appel, les délibérations en question ne définissaient pas le cadre précis d'un programme local de l'habitat, au sens de l'article L. 302-8 du code de la construction et de l'habitation. Ainsi en se bornant à se référer aux dispositions de ces deux délibérations et à énoncer que le droit de préemption exercé l'était « en raison de l'intérêt que présente un tel bien situé en zone urbaine dans le cadre du programme triennal en matière de logements sociaux », le maire de Fuveau a insuffisamment motivé sa décision, qui est par conséquent entachée d'un vice de forme substantiel.

L'arrêt *SCI La Chaudane*, a quant à lui été rendu le 16 mai 2007. Dans cette affaire, étaient en cause, deux délibérations du 18 juillet 2002. La première confirmait l'intention de la commune d'exercer le droit de préemption, se référant à une délibération en date du 23 juin 2001. La seconde énonçait de manière assez précise la motivation de l'acquisition, à savoir favoriser le développement du loisir et du tourisme et maintenir l'activité économique sur la commune dans le but d'y installer une structure de loisir pouvant accueillir 80 personnes à l'année. La SCI La Chaudane demandait l'annulation de ces décisions. L'affaire posait une pluralité de problèmes qui seront développés au cours de ce commentaire, on peut dans une première approche mettre en avant les trois principaux. Il fallait tout d'abord s'interroger sur le fait de savoir si la décision de préemption pouvait trouver sa motivation dans une autre délibération postérieure du même jour ; ensuite, de manière générale si le projet envisagé était suffisamment précis et certain ; enfin si l'opération envisagée pouvait permettre d'atteindre l'objectif annoncé, alors qu'une société exerce déjà une activité semblable. La Cour administrative d'appel de Marseille a considéré que les deux délibérations bien que distinctes forment en réalité une seule décision et qu'elles répondent aux exigences de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme. Par ailleurs, l'objet de l'opération envisagée entre bien dans le cadre des dispositions de l'article L. 300-1 et est suffisamment effectif. Ensuite, eu égard à la différence d'ampleur entre l'activité exercée par la SARL « Autrement Loisir et Voyages » et le projet envisagé, la décision de la commune n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation. Enfin il n'y a pas en l'espèce de détournement de pouvoir, ce sur quoi nous reviendrons.

L'insuffisance de motivation apparaît intimement liée à celle des motifs, et bien qu'ainsi que le remarque Roland Vandermeeren, cette relation n'est pas absolue, le plus souvent les deux formes d'illégalité sont présentes simultanément. Nous nous emploierons néanmoins à séparer leurs études, ces deux éléments n'apparaissant pas relever des mêmes enjeux. Le premier relève de l'expression des intentions du titulaire du droit de préemption, et le second de

l'existence même d'un projet réel⁴. Par ailleurs, le juge sur ce dernier point, s'il contrôle la réalité du projet et jusqu'à récemment son caractère précis, se refuse néanmoins, en théorie à contrôler sa nécessité. Toutefois, si au travers des arrêts qui nous sont soumis et de la jurisprudence récente, on peut déceler un assouplissement du contrôle de la motivation (I) et des motifs des décisions de préemption (II), on peut aussi entrevoir la tentation de l'examen de la nécessité de l'opération (III).

I – L'ASSOULISSEMENT DES EXIGENCES DE MOTIVATION AU TRAVERS DE LA PRISE EN COMPTE DE PLUSIEURS DÉLIBÉRATIONS.

L'obligation de motivation résulte de la lettre de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme selon lequel toute décision de préemption « doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé ». Alors même que cet article suffit à fonder une telle obligation⁵, on peut simplement remarquer qu'en l'absence d'une telle prescription, l'obligation de motivation pourrait néanmoins s'imposer à ces décisions du fait de leur caractère de décision individuelle défavorable, entrant par là-même dans le champ d'application de la loi du 11 juillet 1979, relative à la motivation des décisions administratives. Cela est confirmé par la jurisprudence du Conseil d'État relative aux zones d'aménagement différé (ZAD) créées avant la loi du 18 juillet 1985. En effet, alors même que l'article L. 210-1 ne s'applique pas à ces zones, une motivation est nécessaire en vertu de la loi du 11 juillet 1979⁶. On a même pu observer un jugement du tribunal administratif donner pour base à l'exigence de motivation à la fois l'article précité du code de l'urbanisme et l'article 3 de la loi de 1979⁷. L'absence de motivation a le caractère d'une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité la décision. L'arrêt du Conseil d'État du 29 juin 1992, *Ville de Grand Quevilly*⁸, précise cette obligation : la collectivité doit décrire la nature exacte et concrète de l'action ou de l'opération d'aménagement dont la réalisation est prévue.

En droit de la préemption, le principe classique est que la motivation ne peut jamais être postérieure à la décision et doit reposer sur un projet tangible. L'arrêt *SCI La Chaudane* apporte en la matière une précision intéressante. Il s'agissait donc de deux délibérations du 18 juillet 2001, la première confirmant l'intention de préempter et la seconde qui, énonçant la motivation de l'acquisition, ne précisait pas que celle-ci s'exerçait dans le cadre du droit de préemption. Selon la Cour, les deux délibérations sont complémentaires et forment un tout, répondant aux exigences de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme, la seconde comportant les considérations de fait et de droit constituant le fondement de la décision. Ainsi, la motivation peut résulter de la combinaison de deux délibérations distinctes et successives et ceci, alors même que les deux délibérations sont devenues exécutoires à des dates différentes.

⁴ R. Vandermeeren, « Le contentieux des droits de préemption d'urbanisme : excès de recours ou excès d'illégalités ? », *AJDA* 2008, p. 734.

⁵ CE, 16 décembre 1994, *Beckert, Lebon T.*, p. 1242.

⁶ CE, 30 juillet 1997, *Commune de Montreuil-sous-Bois, Rec.*, p. 309, confirmé par CE, 13 octobre 2003, *Commune d'Altkrich, BJD* 5/2003 p. 378.

⁷ TA Paris 22 mai 1989, *D.-D.*, *JCP N* 1989, p. 253, note R. Vandermeeren.

⁸ CE, 29 juin 1992, *Ville de Grand Quevilly, Rec.*, p. 276.

Dans les deux affaires se posait par ailleurs le problème de la motivation par référence à un acte antérieur à la décision de préemption, à savoir une délibération du conseil municipal. Le problème était réglé de manière assez simple dans l'affaire *SCI La Chaudane* : les requérants faisaient valoir que la délibération de préemption était motivée par référence à une délibération du 23 juin 2001, de plus d'un an antérieure, qui était illégale et non motivée, moyen logiquement inopérant dans la mesure où, ainsi que nous venons de le voir, il résultait de la combinaison des deux délibérations du 18 juillet 2002 une motivation suffisante, sans qu'il soit même nécessaire de se référer à la première délibération. En matière de motivation par référence, le principe a été posé par la jurisprudence : une motivation peut se faire par référence à un acte administratif antérieur, mais ce dernier doit alors être annexé à la décision de préemption⁹, position encore récemment confirmée dans une réponse ministérielle du 21 mars 2006, sur la question de la référence à une délibération antérieure¹⁰. Le développement des systèmes de motivation par référence est décrit par certains auteurs comme un premier type de solution permettant l'assouplissement des règles applicables à la motivation et aux motifs des décisions de préemption¹¹. Ainsi, le législateur est venu consacrer un certain nombre de ces possibilités en modifiant l'article L. 210-1. Dans l'affaire *Commune de Fuveau*, la commune se prévalait de cette possibilité et mettait en avant le renvoi à deux délibérations des 16 avril 2002 et 18 septembre 2002. Il fallait donc s'interroger sur le fait de savoir si cela correspondait à une des possibilités consacrées par l'article en question.

La loi d'orientation pour la ville n° 91-662 du 13 juillet 1991 a modifié l'article L. 210-1 du code. Il est maintenant prévu à l'alinéa 2 que « lorsque le droit de préemption est exercé à des fins de réserve foncière dans le cadre d'une zone d'aménagement différé, la décision peut se référer aux motivations générales mentionnées dans l'acte créant la zone ». Cette première hypothèse était à écarter, la délibération en question n'étant pas relative à une ZAD. La loi du 13 juin 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain (SRU) a quant à elle consacré une telle possibilité de renvoi à une délibération antérieure qui a défini le cadre des interventions de la commune pour mener un programme local de l'habitat ou a délimité des périmètres dans lesquels elle décide d'intervenir pour les aménager et améliorer leur qualité urbaine. On peut tout d'abord exclure ici, la seconde hypothèse, les délibérations ne définissant aucun périmètre d'intervention. Enfin on peut exclure tout autant la référence à une délibération définissant un plan local de l'habitat (PLH), dans la mesure où les délibérations en question, qui se bornaient simplement à rappeler les objectifs que devait atteindre la commune pour respecter l'article 55 de la loi SRU en matière de logements locatifs sociaux, ne définissaient pas le cadre précis d'un programme local de l'habitat. Toutefois, la Cour administrative d'appel de Marseille ne conclut pas explicitement à l'impossibilité de motivation par référence en l'espèce, mais à l'imprécision de la motivation de la décision de préemption, qui se bornait à se référer à ces délibérations. En effet, en consacrant certains cas de motivation par référence, la loi SRU ne nous semble pas écarter pour autant la jurisprudence antérieure qui consacre de manière plus générale une telle possibilité. On en

⁹ CE, 31 mai 1989, *Société d'ingénierie et de développement économique et ville d'Arcueil*, Rec T., p. 992.

¹⁰ Rep. min. n° 56619, *JOAN Q* 21 mars 2006, p. 3129-3130.

¹¹ *Ibid* n° 4.

revient donc à une analyse classique du caractère suffisant de la motivation. Ainsi, reprenant le raisonnement de Roland Vandermeeren citant à cet effet votre arrêt : « la possibilité d'une motivation par référence ne suffit pas à supprimer les risques contentieux. En effet cette possibilité implique à la fois que l'acte préexistant soit suffisamment motivé ».¹² On peut rapidement remarquer que même en présence d'une délibération antérieure arrêtant un PLH, il n'est pas obligatoire que la décision de préemption pour réaliser des logements sociaux se réfère expressément à cette délibération, dans la mesure où la motivation de la décision de préemption est en elle-même suffisante.¹³ On peut aussi noter que la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement a ajouté une troisième possibilité : en l'absence de PLH la motivation par renvoi est possible par rapport à la délibération qui a défini le cadre des actions qu'elle entend mettre en œuvre pour mener à bien un programme de construction de logements locatifs sociaux. Une telle possibilité n'était, en tout état de cause, pas applicable en l'espèce dans la mesure où les délibérations ne définissaient pas un cadre d'action mais se limitaient à un rappel des objectifs de l'article 55 de la loi SRU. Ainsi, il semble bien, comme le remarque le Conseil d'État dans son rapport sur le droit de préemption, que les dispositions relatives à la motivation par référence « aient moins pour effet d'alléger l'obligation de motivation que de la reporter de la décision de préemption à l'acte de référence ».¹⁴

Pour compléter ces développements il apparaît intéressant de mettre en avant deux éléments. Tout d'abord les possibilités consacrées par l'article L. 210-1 de motivation par renvoi ne valent que dans la mesure où l'acte antérieur a lui-même été annexé à la décision de préemption notifiée. La jurisprudence *Société d'ingénierie et de développement économique et ville d'Arcueil* de 1989¹⁵ ne semble en effet pas avoir été remise en cause. Toutefois la jurisprudence semble privilégier, à l'instar de la Cour administrative d'appel dans l'affaire *Commune de Fuveau*, la question de la motivation même de l'acte antérieur.¹⁶ Enfin et surtout, le Conseil d'État a récemment admis que dans les hypothèses de motivation par référence consacrées par l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme, la collectivité publique n'avait pas à justifier à la date de la décision de préemption d'un projet suffisamment précis et certain, dans la mesure où la décision poursuit bien un objet conforme aux finalités énoncées dans l'article L. 300-1.¹⁷ Cette jurisprudence ne nous semble pas applicable dans l'affaire *Commune de Fuveau*, puisque ainsi que nous l'avons vu, nous ne nous trouvons dans aucun des cas de renvoi prévu par l'article L. 210-1. Du reste, la jurisprudence relative à l'objet en vue duquel a été prise la décision de préemption va apporter une réponse plus générale et amener à une réflexion plus large.

II – LE CONTRÔLE DES MOTIFS DE LA DÉCISION : VERS UN SIMPLE CONTRÔLE DE LA RÉALITÉ DU PROJET ?

En application de l'article L. 210-1, l'exercice des droits de préemption doit être justifié, soit par la réalisation d'une action ou d'une opération

¹² *Ibid* n° 4.

¹³ CE 30 janvier 2008, *Ville de Paris*, AJDA 2008 p.281 : *réalisation de 15 logements sociaux et 241 m² d'activités*.

¹⁴ Conseil d'État, *Le droit de préemption*, Doc. fr., 2008, p. 44.

¹⁵ *Ibid* n° 9.

¹⁶ Pour un autre exemple : CAA Bordeaux, 22 mai 2003, *JCP NI* n° 11, 12 mars 2004, p. 1132.

¹⁷ CE, 3 décembre 2007, *Commune d'Archères*, req. n° 305974.

d'aménagement répondant aux objectifs définis à l'article L. 300-1, soit par la création d'une réserve foncière en vue de réaliser ce type d'action ou d'opération. L'article L 210-1 exclut la sauvegarde et la mise en valeur des espaces naturels. Il résulte de ces dispositions que le droit de préemption dans les ZAD et le droit de préemption urbain peuvent avoir pour objet la mise en œuvre d'une politique locale de l'habitat, le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, le développement des loisirs et du tourisme, la réalisation des équipements collectifs, la lutte contre l'insalubrité, la restructuration urbaine, la sauvegarde et la mise en valeur du patrimoine bâti ou non bâti et des espaces naturels. Sur l'analyse de l'objet de l'exercice de ce droit, le juge va se contenter de vérifier que le projet en vue duquel est exercé le droit de préemption est bien une action d'aménagement au sens de l'article L. 300-1. Le juge n'apprécie pas en principe la nécessité de l'opération¹⁸. Nous reviendrons néanmoins sur ce point. La jurisprudence pour affiner cette analyse a créé une condition. Il faut que le projet envisagé soit « réel » et « précis ». Cette condition a été posée par un arrêt *Lebouc* du Conseil d'État du 25 juillet 1986¹⁹, pour l'exercice du droit de préemption dans les zones d'intervention foncière (ZIF). Cette jurisprudence tendait à éviter l'exercice de pressions et un certain nombre de déviations et abus destinés à évincer les acquéreurs indésirables.

La question ne pose que peu de problème dans l'arrêt *SCI La Chaudane*, le projet entrant bien dans le cadre des objets définis par l'article L. 300-1, à savoir le développement du tourisme et le maintien de l'activité économique sur la commune. Le projet était par ailleurs suffisamment réel et précis, puisqu'il s'agissait de l'installation d'une structure pouvant accueillir 80 personnes à l'année permettant la création d'une dizaine d'emplois permanents. La Cour souligne par ailleurs l'effectivité du projet, du fait que la commune a déjà pris l'attache d'une association afin d'assurer la réalisation. Le projet est donc bien réel et précis. Cela posait plus de difficultés dans l'arrêt *Commune de Fuveau*. La motivation de ce dernier arrêt montre bien le lien existant entre la question de l'objet de l'acquisition envisagée et celle de la motivation, l'insuffisance de motivation coïncidant en règle générale avec l'absence de précision du projet. Ainsi, les deux délibérations en cause se bornaient simplement à rappeler les objectifs que doit atteindre la commune en matière de logements locatifs sociaux. On ne pouvait donc logiquement pas déduire de leur examen l'existence d'un projet qui soit suffisamment précis ou certain, c'est-à-dire en l'espèce, l'existence d'une définition du cadre précis d'un programme local de l'habitat.

Pour palier à la rigueur d'une telle jurisprudence, certains auteurs préconisaient l'assouplissement de la jurisprudence *Lebour*. Certaines évolutions jurisprudentielles vont dans ce sens et amènent à s'interroger sur le fait de savoir si la solution adoptée dans l'arrêt *Commune de Fuveau* serait aujourd'hui la même. En effet, dans un arrêt *Commune de Meung-sur-Loire* du 7 mars 2008²⁰, le Conseil d'État a admis que les collectivités peuvent exercer le droit de préemption « si elles justifient à la date à laquelle elles l'exercent, de la réalité d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement répondant aux objets mentionnés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, alors même que les

¹⁸ CAA Douai, 15 décembre 2005, « Communauté urbaine d'Arras », *JCP Construction urbanisme*, 158, G. Godfrin.

¹⁹ CE, *Lebouc*, 25 juillet 1986, *Rec.*, p. 218.

²⁰ CE 7 mars 2008, *Commune de Meung-sur-Loire*, *AJDA* 2008, p. 556.

caractéristiques précises de ce projet n'auraient pas été définies à cette date, et, d'autre part si elles font apparaître la nature de ce projet dans la décision de préemption. ». La commune peut donc préempter dans la mesure où elle justifie de la réalité d'un projet correspondant aux objets de l'article L. 300-1, mais n'a plus à définir précisément son projet. Elle peut le faire ultérieurement, ce qui correspond bien au fait que le droit de préemption urbain est utilisé le plus souvent « à rebours » : « c'est la mise en vente du bien qui cristallise l'intention de la collectivité de l'acquérir à des fins d'intérêt général, et non l'existence d'un projet prédéfini ». ²¹ Selon l'analyse de Loïck Benoit, au regard de l'arrêt *Commune de Meung-sur-Loire*, l'action ou l'opération d'aménagement doit être définie seulement par sa finalité, en l'occurrence légale, et non plus par sa consistance. Il en déduit alors notamment que les motivations stéréotypées avec un simple renvoi aux objectifs énoncés dans l'article L. 300-1, si souvent censuré, seraient désormais possibles ²². Si l'on souscrit à cette analyse, alors il est probable que la décision de la Cour dans l'affaire *Commune de Fuveau* ne serait plus aujourd'hui la même, d'autant que la jurisprudence a récemment admis qu'il n'est pas obligatoire que la décision de préemption pour réaliser des logements sociaux se réfère expressément au programme local de l'habitat. ²³ La commune de Fuveau n'aurait donc alors qu'à se prévaloir de la mise en œuvre d'une politique locale de l'habitat (L. 300-1) pour pouvoir préempter, ce qui va à l'encontre d'une jurisprudence désormais classique (CE 23 mars 1994, *Commune d'Aubervilliers* ²⁴ ; CAA Paris (1^{er} ch.) 1^{er} octobre 2003, *Commune de Fontenay-aux Roses* ²⁵).

On peut toutefois s'interroger sur une interprétation aussi catégorique. En effet, dans l'arrêt de 2008 *Commune de Meung-sur-Loire*, la réalité du projet était établie du fait que la commune menait dans le secteur concerné une politique de réaménagement et de revitalisation engagée depuis une délibération du 23 octobre 1986 et que la délibération visait à acquérir et à aménager une grange située dans cet îlot en vue d'accueillir un artisan, un commerçant ou une association exerçant une activité économique. On est loin d'une simple motivation par référence et si la précision du projet fait défaut, la réalité de celui-ci est démontrée par un ensemble de circonstances et notamment l'existence de cette politique de réaménagement. On peut s'interroger sur les complexités que peut amener une telle jurisprudence. Les choses pourraient néanmoins sembler relativement claires dans notre affaire. Ainsi la réalité du projet ne peut par exemple prendre appui sur la réalité de l'existence d'un programme local de l'habitat, qui n'est pas défini. On en revient finalement à une solution relativement classique et à la lettre de l'article L. 210-1 tel que modifié par la loi SRU qui consacre la possibilité reconnue de motivation par référence à la délibération arrêtant le programme local de l'habitat. Cette solution apparaît par ailleurs cohérente au regard de la jurisprudence *Commune d'Archères*, déjà évoquée sur la possibilité d'absence de précision du projet, dans la mesure où il y a renvoi, par exemple à la délibération arrêtant le PLH, et que l'opération poursuit un objet conforme à ceux énoncés à l'article L. 300-1.

²¹ Conseil d'État, *Le droit de préemption*, Doc. fr., 2008, p. 58.

²² Loïck Benoit, « Motivation et droit de préemption urbain », *JCP administrations et collectivités territoriales*, 2 juin 2008, p. 44.

²³ *Ibid* n° 13.

²⁴ CE 23 mars 1994, *Commune d'Aubervilliers*, Rec., p. 1129.

²⁵ CAA Paris (1^{er} ch.) 1^{er} octobre 2003, *Commune de Fontenay-aux Roses*, *BJDU* 2/2004, p. 157.

Le simple contrôle par le juge de la réalité de l'opération ne semble pas impliquer celui de la nécessité de l'opération, qui du fait du caractère restreint du contrôle des décisions de préempter, est interdit. Pourtant, l'analyse de la jurisprudence peut parfois amener à émettre des doutes sur une telle abstention.

III – LE CONTRÔLE DE LA NÉCESSITÉ DE L'OPÉRATION : INTERDIT MAIS SI PRÉSENT.

A l'instar de la décision de création d'une zone de préemption, la décision de préempter fait l'objet de la part du juge d'un contrôle restreint, incluant l'erreur manifeste d'appréciation. En effet le juge se refuse à contrôler la nécessité d'une décision de préemption, et va se contenter de vérifier que la décision de préemption est justifiée par une action ou opération d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme²⁶. Ainsi, le contrôle exercé par le juge est moindre par rapport à celui applicable, en matière d'expropriation, à une déclaration d'utilité publique pour lequel s'applique la théorie du bilan et le contrôle de la nécessité de l'opération, notamment au regard de la possibilité que l'expropriant soit propriétaire de terrains qui lui permettraient de réaliser la même opération dans des conditions équivalentes²⁷. Un tel contrôle n'est pas admis en matière de préemption, le juge se bornant donc à vérifier la précision et la réalité du projet envisagé par l'administration, selon les termes utilisés dans la jurisprudence *Lebouc*.²⁸ Toutefois, alors que le juge s'interdit en principe de contrôler la nécessité de l'opération, certaines jurisprudences, au rang desquelles il nous semble possible de placer l'arrêt *SCI La Chaudane*, laissent planer un doute quant à cette abstention. Toute décision de préemption est susceptible d'être annulée pour erreur manifeste d'appréciation ou pour détournement de pouvoir. Au travers du contrôle de ces deux moyens d'illégalité, on peut être amené à s'interroger sur l'existence en filigrane d'un contrôle de la nécessité de la décision de préemption.

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a lieu, ainsi que cela a été précédemment évoqué, tant sur la décision de création d'une zone de préemption, que sur la décision même de préemption. Ainsi, la création d'une ZAD « hors de proportion avec les besoins qu'impliquait, dans un avenir prévisible, la réalisation des projets communaux »²⁹ est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. La Cour administrative d'appel de Marseille, dans l'arrêt *SCI La Chaudane*, contrôle l'erreur manifeste d'appréciation, pour la rejeter en l'espèce. Ainsi selon la Cour, « eu égard à la différence d'ampleur entre l'activité existante exercée par la SARL Autrement loisir & voyages et le projet susmentionné, la décision de la commune d'Aiguines de privilégier ce dernier n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ». Le projet étant défini conformément aux dispositions de l'article L. 300-1, il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation dans la mesure où la SARL Autrement loisir & voyages n'était pas en mesure d'arriver à un tel résultat. De là à dire que l'opération était nécessaire pour arriver à un tel résultat il n'y a qu'un pas, que la Cour ne franchit pas, restant ainsi sur le fait, pour reprendre les termes du commissaire du gouvernement, M. Cherrier, que « la nouvelle activité envisagée n'est donc pas

²⁶ CAA Douai, 15 décembre 2005, *Communauté urbaine d'Arras*, *JCP Construction urbanisme*, 158, G. Godfrin.

²⁷ CE 3 avril 1987, *Métayer*, *Juris-DataI* n° 1997-043506.

²⁸ *Ibid* n° 18.

²⁹ CE 17 juillet 1982, G. de V., *Dr. Adm.*, comm. 318.

tout-à-fait comparable à celle qui était précédemment exercée ». Nous restons donc à la porte du contrôle de la nécessité. C'est pourtant là où on l'attend le moins dans l'arrêt *SCI La Chaudane* que l'on va peut être pouvoir croiser sa silhouette.

Il y a par exemple détournement de pouvoir, quand le but réel de la préemption, est d'empêcher la réalisation d'un projet déterminé ou de faire obstacle à l'acquisition d'un bien par une personne extérieure à la commune³⁰, ou encore quand le véritable motif est de faire pression sur le propriétaire du bien afin qu'il consente à la cession amiable d'une autre propriété et qu'il renonce à des actions contentieuses.³¹ Ainsi, au travers de ces exemples il ne semble pas que l'on se trouve à aucun moment en face d'un contrôle de la nécessité. Un certain trouble peut néanmoins naître à la lecture des conclusions de M. Cherrier sur l'arrêt *SCI La Chaudane*. On peut y lire que les sociétés appelantes soutenaient que les délibérations contestées sont entachées de détournement de pouvoir en ce qu'elles ont pour but de favoriser les intérêts de l'association UCPA, avec laquelle des contacts très avancés ont été pris pour installer un centre d'accueil sportif. Toutefois, ainsi que le développe M. Cherrier, l'autorité administrative ne commet pas d'illégalité si, au travers d'une décision ayant pour effet de favoriser des intérêts privés, elle entend poursuivre un but d'intérêt général, ce qui est le cas en l'espèce puisque le projet envisagé peut, compte tenu de ses avantages économiques en particulier en terme d'emploi, être regardé comme tendant à la satisfaction de l'intérêt général. Certes l'intérêt général n'est pas identifiable à la nécessité et la nature même du détournement de pouvoir pousse nécessairement à une telle analyse. M. Cherrier précise alors qu'il ne lui semble pas établi qu'à l'époque des délibérations en litige, l'exploitant du centre de vacances existant apparaissait comme étant en mesure de garantir des perspectives de développement équivalentes à celle du projet négocié avec ladite association. L'analyse semble aller au delà de la simple décision de préemption, et nous flirtons ici avec le contrôle de la nécessité d'une telle opération au regard des perspectives de développement attendues, notamment en terme de création d'emplois. Ainsi, et alors même que la Cour se borne sans plus d'explications à rejeter le moyen, peut-on s'interroger sur le fait de savoir si le détournement de pouvoir ne peut être écarté aussi facilement que dans la mesure où l'opération est nécessaire au développement économique sur la commune et à terme à la création d'emplois.



³⁰ CE, 1 février 1993, *Epx Guillec, Rec.*, p. 22.

³¹ CE, 30 juillet 1997, *Commune de Montrouge c/ Parmentier, BPIM I5/97 inf 315*.

ANNULLATION D'UNE DÉCISION DE PRÉEMPTION : LES POUVOIRS DU JUGE

**CAA Marseille, 28 avril 2008, Commune de Venelles, req. n° 08MA01667
CAA Marseille, 4 octobre 2007, SCI Les Palmiers, req n° 07MA02348**

par Olivier MANENTI

Assistant de justice

Doctorant au Centre de Recherches Administratives

L'enjeu des deux affaires jugées par la Cour administrative d'appel de Marseille, l'arrêt *SCI Les Palmiers* du 4 octobre 2007 et l'ordonnance *Commune de Venelles* du 28 avril 2008, porte sur les pouvoirs du juge administratif dans le cadre spécifique de l'exécution de ses décisions prononçant l'annulation d'une décision de préemption. L'apport de ces deux décisions est de clarifier l'exécution des décisions juridictionnelles d'annulation d'une décision de préemption après transfert de propriété à la collectivité publique, alors que cette dernière étant toujours propriétaire du bien illégalement préempté.

En effet, « l'étude du droit de préemption et de son contentieux serait incomplète si elle n'abordait pas la question de l'effet de l'annulation des décisions de préemption »⁷².

Comme toute décision de justice, faut-il encore le noter, les décisions d'annulation des juridictions administratives doivent être exécutées. Il relève des bases même de l'État de droit que toutes les décisions de justice soient obligatoires et exécutoires et que celles rendues au fond soient, aussi, revêtues de l'autorité de la chose jugée.

L'annulation d'un acte administratif a des effets rétroactifs en ce que les conséquences créées par la décision annulée doivent être effacées (CE 1925 Rodières⁷³), l'administration est alors tenue d'effacer tous les effets de l'exécution de l'acte. Le principe demeure, même si la jurisprudence *AC !* est venue l'atténuer en confiant au juge de l'annulation des pouvoirs de modulation dans le temps des annulations⁷⁴.

Dans la première espèce, la Cour administrative de Marseille avait à connaître de la demande d'une société civile immobilière agissant en qualité d'acquéreur évincé et lui demandant de fixer un délai d'exécution sous astreinte de son arrêt d'annulation d'une décision de préemption de la commune de Sanary-sur-Mer.

Il est important de préciser dès à présent que l'acquéreur évincé avait demandé devant les juridictions judiciaires la résolution de la vente, intervenue

⁷² Rolland VANDERMEEREN, « Le contentieux des droits de préemption d'urbanisme : excès de recours ou excès d'illégalité », *AJDA* 2008, p. 734. Pour une étude d'ensemble du droit de préemption voir l'étude de la section du rapport et des études du Conseil d'État du 6 décembre 2007, EDCE *Le droit de préemption*, La Documentation française, 2008.

⁷³ *Rec.*, p. 1065, selon le principe général posé par cet arrêt, « les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus ».

⁷⁴ CE Ass. 11 mai 2004, *Association AC !*, *RFDA* 2004, 454, concl. Devys ; *AJDA* 2004, p. 1049, *comm. Bonichot*, p. 1183 note Landais et Lenica ; *Drt. Adm.* 2004, note Lombard ; *JCP A* 2004, p. 1662, note Bigot.

par acte notarié entre la commune et les propriétaires initiaux, successive à l'exercice du droit de préemption par la collectivité territoriale. Les juridictions de l'ordre judiciaire déboutèrent l'acquéreur évincé de son action ; l'affaire était montée jusque devant la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi de la SCI contre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence confirmant le jugement du TGI qui rejetait les prétentions de l'acquéreur évincé.

En parallèle des procédures intentées devant le juge judiciaire, la SCI les Palmiers avait saisi le juge administratif d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision de préemption.

Par arrêt du 19 octobre 2006, la Cour administrative d'appel de Marseille confirme le jugement du Tribunal administratif annulant la décision de préemption de la commune. Cette dernière n'exécutant pas l'arrêt, l'acquéreur évincé demande par lettre l'exécution de l'arrêt d'annulation devenu définitif.

S'ensuit la procédure informelle de l'article R.921-5 du code de justice administrative, c'est à dire l'accomplissement de toutes les diligences utiles : lettre du Président de la CAA informant le titulaire du droit de préemption de la demande d'exécution de l'arrêt d'annulation et lui demandant de faire connaître les raisons retardant la non exécution de l'arrêt⁷⁵.

En application des articles L.911-4 et R.921-6 du même code, le président de la Cour décide par ordonnance de l'ouverture d'une procédure juridictionnelle pour l'exécution de l'arrêt.

La question qui se posait en l'espèce : dans le cadre de la procédure d'exécution de ses décisions de justice, le juge administratif peut-il enjoindre à la commune propriétaire d'un bien illégalement préempté de vendre ce bien à l'acquéreur évincé alors même que le juge judiciaire a reconnu le droit de propriété de la collectivité sur le bien préempté ?

En d'autres termes, le droit de propriété reconnu par le juge judiciaire que détient la commune sur un bien dont la décision de préemption a été annulée, peut-il faire obstacle à l'exécution de l'arrêt d'annulation de la décision de préemption ?

Dans son arrêt du 4 octobre 2007, la Cour administrative d'appel de Marseille, après avoir rappelé dans un considérant de principe qui reprend clairement l'état actuel de la jurisprudence en la matière, précise que *le fait que le droit de propriété du titulaire du droit de préemption sur le bien préempté ait été consacré devant les juridictions judiciaires ne peut à lui seul justifier que l'exécution de l'arrêt d'annulation porterait une atteinte excessive à l'intérêt général.*

Et, afin que la commune exécute l'arrêt d'annulation, la Cour, pour les motifs susvisés, enjoint alors à la commune de proposer à l'acquéreur évincé d'acquérir le bien préempté au prix fixé dans la déclaration d'intention d'aliéner dans les deux mois à compter de la notification, sous astreinte de 300 euros par jour de retard passé ce délai.

Dans la deuxième espèce, la cour administrative de Marseille, par arrêt du 25 novembre 2004, avait annulé la décision de préemption prise par le maire adjoint de la commune de Venelles.

⁷⁵ Réponse de la commune justifiant l'impossibilité de l'exécution et se prévalant en outre d'une décision du juge judiciaire consacrant de manière négative son droit de propriété sur l'immeuble préempté.

Par suite, l'acquéreur évincé saisi le juge judiciaire en annulation de la vente entre le propriétaire initial et la commune.

La commune demande alors à la Cour sur fondement de l'article L 911-4 du CJA que l'exécution de l'arrêt d'annulation emporte l'impossibilité pour l'acquéreur évincé d'agir en annulation du transfert de propriété réalisé au profit de la commune.

Un mois plus tard, la commune introduit une requête en sollicitation d'ouverture de la procédure juridictionnelle afin d'exécution de l'arrêt d'annulation de sa propre décision de préemption, et par application de l'article R.921-6 du CJA, le président de la Cour prend une ordonnance d'ouverture juridictionnelle afin de prescrire mesure d'exécution de l'arrêt d'annulation.

Outre la question de savoir si la commune avait intérêt à agir pour demander l'exécution d'un arrêt dans lequel elle est la partie perdante, la Cour devait apprécier si le juge de l'exécution peut enjoindre à l'acquéreur évincé de ne pas exercer une action en annulation du transfert de propriété.

Par ordonnance du 28 avril 2008, le président de la 1^{ère} chambre rejette la requête du titulaire du droit de préemption au motif que ses conclusions sont manifestement irrecevables en ce qu'elles tendent à ce que « le juge administratif se prononce sur le sens de la décision qui devra être prise par le juge judiciaire ». En d'autres termes, *il ne ressort pas des compétences du juge administratif, pour faire exécuter son arrêt d'annulation de la décision de préemption, d'interdire à l'acquéreur évincé de saisir le juge judiciaire d'un recours en annulation de la vente entre le propriétaire initial et le titulaire du droit de préemption.*

Les faits des deux espèces amènent à concentrer l'analyse aux effets de l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision de préemption alors qu'était intervenu le transfert de propriété du bien préempté au profit de la collectivité publique.

En effet, dans les deux cas, le titulaire du droit de préemption est devenu propriétaire du bien préempté et ce dernier n'a pas fait l'objet d'une cession ultérieure de la part de la collectivité publique. L'étude ne porte alors que sur le domaine, déjà large, de l'exécution des décisions juridictionnelles d'annulation d'une décision de préemption après transfert de propriété à la collectivité publique, cette dernière étant toujours propriétaire du bien illégalement préempté.

Dans le cas où aucun transfert de propriété n'est intervenu entre le propriétaire initial et le titulaire du droit de préemption, l'annulation de la décision de préemption la prive de toute existence et place les parties dans la même situation que si le titulaire du droit de préemption avait renoncé au bénéfice de son droit. La commune ne pouvant être considérée comme acquéreur de l'immeuble, le vendeur peut alors vendre son bien à l'acquéreur évincé ou à un tiers dans les conditions fixées par l'article L.213-8 du code de l'urbanisme⁷⁶.

⁷⁶ Cour de cass. 3^{ème} c.civ., 25 mai 2005 et 22 juin 2005 (deux affaires), *AJDI* 2005 p.939, obs. F. Cohet-Cordey : la promesse de vente avec clause suspensive liée à la renonciation de la commune à son droit de préemption conclue entre l'acquéreur évincé et le propriétaire du bien reste valable, par conséquence le juge judiciaire ne peut prononcer la vente forcée du bien entre la commune et le propriétaire.

Ainsi, et malgré l'imbrication de plusieurs procédures qu'appelle la matière, la situation est claire : suite à son arrêt d'annulation de la décision de préemption, et alors que la collectivité ayant préempté est propriétaire du bien, il est demandé à la Cour administrative d'appel de Marseille de le faire exécuter en application de l'article L.911-4 du CJA, c'est-à-dire d'user de son pouvoir d'injonction éventuellement accompagnée d'astreinte.

Or ce qui pose problème c'est que si le juge administratif est exclusivement compétent pour connaître de la légalité de la décision de préemption (exercice par excellence de prérogatives de puissances publiques), il revient au juge judiciaire d'apprécier de la régularité du contrat de vente qui s'ensuit entre la collectivité territoriale et le propriétaire initial. En effet, dans l'état actuel du droit, l'annulation prononcée par le juge administratif n'a aucune incidence sur le transfert de propriété entre le propriétaire initial et le titulaire du droit de préemption puisque ce contrat s'analyse comme un contrat de droit privé, et le contentieux de la nullité de ce contrat relève de la compétence du juge judiciaire⁷⁷.

Le risque de ce que les conséquences d'une annulation d'un acte administratif sortent de la compétence du juge qui l'a prononcée, est de voir alors l'annulation dépourvue de tout effet, en d'autres termes de voir un acte illégal (la décision de préemption) produire encore des effets alors qu'il a été annulé par le juge administratif. Ce qui a pour conséquence non seulement de porter atteinte de manière générale à l'autorité de la chose jugée des décisions de justice, mais, et ce qui est d'autant plus grave, de minimiser l'autorité absolue de chose jugée dont bénéficient les annulations prononcées suite à un recours pour excès de pouvoir. Or si les annulations juridictionnelles par la voie du recours pour excès de pouvoir sont revêtues de l'autorité absolue c'est que, de part sa nature, le recours pour excès de pouvoir a pour objectif d'assurer le rétablissement et la sauvegarde de la légalité, recours que le Professeur Chapus qualifie d'ailleurs « d'utilité publique »⁷⁸.

Cependant, le juge administratif retrouve une influence dans le cadre de ses pouvoirs d'injonction qu'il intervienne en tant que « juge de l'exécution » de ses arrêts d'annulation (article L911-4 CJA) ou au titre des articles L.911-1 et 2 CJA (injonction demandée par le requérant dans ses conclusions au fond).

C'est à l'occasion de l'annulation d'une décision de préemption d'un terrain tant au titre du droit de préemption urbain qu'au titre de la protection des espaces naturels sensibles que le Conseil d'État, dans l'arrêt *Bour* n° 231558 du 26 février 2003, a fixé clairement les pouvoirs d'injonction du juge administratif suite à l'annulation d'une décision de préemption :

« Considérant que, lorsque que le juge administratif est saisi, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, de conclusions tendant à ce qu'il prescrive les mesures qu'implique nécessairement l'annulation de la décision de préemption, il lui appartient, après avoir le cas échéant mis en cause la ou les parties à la vente initialement projetée qui n'étaient pas présentes à l'instance et après avoir vérifié, au regard

⁷⁷ TC 10 mai 1993, *Dr. Adm.* 1993, n° 334, pour un arrêt rappelant cette règle voir CE 26 novembre 2001, *Commune de la Teste-de-Buch* n° 222211, *Const.-Urb.* 2002, n° 40, obs. Ph. Benoit-Cattin.

⁷⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008, n° 251 et s.

de l'ensemble des intérêts en présence, que le rétablissement de la situation initiale ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général, de prescrire à l'auteur de la décision annulée de prendre les mesures ci-dessus définies, dans la limite des conclusions dont il est saisi »⁷⁹.

Mais le risque ici est de voir le juge administratif empiéter sur les compétences du juge judiciaire soit en ce que le requérant lui demande d'exercer des compétences appartenant au juge judiciaire (deuxième espèce), soit en ce que le juge administratif pour l'exécution de sa décision risque de porter atteinte à l'autorité de chose jugée au judiciaire (première espèce).

La question est au cœur même de la protection des libertés par le juge⁸⁰ et du respect de la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels.

En effet, alors que le futur acquéreur s'apprêtait à acheter le bien, la commune exerce son droit de préemption. Certes, compte tenu des formalités⁸¹ (comme par exemple l'inscription sur les plans d'urbanisme des zones sur lesquelles le pouvoir de préemption est susceptible d'être exercé l'obligation pour le propriétaire d'adresser une DIA qui en découle), le futur acquéreur a connaissance de l'épée de Damoclès pesant sur le bien, d'autant plus s'il est un professionnel ; mais cela n'enlève en rien son caractère frustrant à l'opération de préemption, certes faite dans l'intérêt général. Bien entendu, compte tenu de son caractère l'exercice d'un tel droit est bien encadré par les normes législatives et réglementaires sous le contrôle rigoureux du juge administratif et, subsidiairement, du juge européen des droits de l'homme⁸². Mais l'acquéreur évincé peut être d'autant plus frustré lorsque la décision de préemption étant jugée illégale, il se retrouve dans l'obligation de continuer son combat au contentieux pour en obtenir l'exécution. Frustrations et sentiment d'injustice d'autant plus grands lorsque la personne publique utilise son pouvoir de préemption pour une tout autre cause que celles définies par le code de l'urbanisme, notamment quand la préemption est réalisée « en considération de l'acquéreur »⁸³.

De quelles voies dispose-t-il alors pour faire respecter les effets de la décision d'annulation de la préemption ?

⁷⁹ Arrêt très commenté, *BJDU* 2003, p. 106, concl. P. Flombeau, obs. J.-C. Bonichot ; *JCP A* 2003, n° 16, 1382, obs. C. Broyelle, n° 41, 1900, note P. Billet ; *Constr.-Urb.* 2003, n° 138, note P. Benoit-Cattin ; *Dr. Adm.* 2003, comm. 43, note A. Laquière ; *AJDA* 2003, p.732, chron. F. Donnat- D. Casas ; *Gaz. Pal.* 2003, 17 sept. 2003, p. 7 ; *RDI* 2003, p. 377 et 379, note P. Soler-Couteaux, *Defrénois* 2003, p. 1336, note J.-P. Meng.

⁸⁰ Le Conseil constitutionnel a rappelé que « le pouvoir de préemption des collectivités publiques [...] touche aux conditions d'exercice du droit de propriété », n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 SRU. Certes, à la différence de l'expropriation, le droit de préemption ne touche qu'à la liberté dont dispose le vendeur pour choisir son co-contractant.

⁸¹ D'ailleurs, le Conseil d'État du fait des « limitations de portée générale introduite par la législation » n'en fait pas une liberté fondamentale protégée au titre du référé liberté puisqu'il considère que l'exercice du droit de préemption alors qu'existe une clause résolutoire dans la promesse de vente entre l'acquéreur évincé et le propriétaire originaire, n'est pas une atteinte grave à la liberté de disposition de son bien ou à l'économie du contrat légalement conclu, CE Ord. 12 novembre 2001 *Commune de Montreuil-Bellay, Rec.*, p. 551.

⁸² Sur ce point, voir EDCE du 6 décembre 2007, *Le droit de préemption, La Documentation française*, 2008, p. 48 à 51.

⁸³ Voir la liste dressée par le Conseil d'État dans son étude, *Le droit de préemption, EDCE, op.cit.*, pp. 29 à 33.

Quelles sont les frontières dans lesquelles le juge administratif pourra alors exercer son pouvoir en tant que juge de l'exécution de ses décisions juridictionnelles ? La dualité des ordres de juridiction n'entraîne-t-elle pas ici un risque d'une atteinte à l'autorité de la chose jugée tant au judiciaire qu'à l'administratif voire même un risque quant à la sécurité juridique des relations contractuelles entre le propriétaire initial et l'acquéreur potentiel ? L'annulation d'une décision de préemption est-elle réellement revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée ?

Il reviendra alors au juge administratif dans le cadre de l'exercice de ses compétences de juge de l'exécution de ses décisions juridictionnelles d'annulation des décisions de préemption la mission délicate que les effets de l'annulation soient respecter, non tant pour défendre l'intérêt de l'acquéreur évincé partie gagnante au fond que pour faire respecter les effets de l'annulation d'une décision illégale (I), tout en s'assurant qu'il ne sort pas de ses compétences juridictionnelles (II).

I - LA PORTÉE DE L'ANNULATION JURIDICTIONNELLE D'UNE DÉCISION DE PRÉEMPTION

Si l'arrêt de la CAA de Marseille du 4 octobre 2007 fait une application de la jurisprudence *Bour* et de ses suites en les rappelant dans un considérant de principe (A), il a le mérite de préciser l'une des facettes les plus ambiguës des exceptions à l'exécution d'un arrêt d'annulation d'une décision de préemption : l'atteinte excessive à l'intérêt général (B).

A - Les effets de la décision juridictionnelle d'annulation d'une décision de préemption

L'arrêt *Bour* a fixé « un ensemble de directives précises destinées à guider, à la fois l'attitudes de la collectivité publique et l'appréciation du juge administratif de l'exécution »⁸⁴.

Ont qualité pour demander l'exécution de l'annulation d'une préemption les parties à la vente à laquelle le droit de préemption a fait obstacle (acquéreur évincé, propriétaire originaire), mais pas un tiers à la vente⁸⁵.

Sauf, à notre sens, et c'est suivre un principe du contentieux administratif, si le tiers en question a qualité pour former tierce opposition contre l'arrêt d'annulation cet intérêt lui donnant qualité pour agir⁸⁶. En effet, s'agissant des intervenants à la demande d'annulation, le juge administratif a une conception plus large de leur intérêt à agir⁸⁷, ainsi accepte-t-il celui des contribuables locaux⁸⁸. Ainsi, un tiers qui aurait qualité pour former tierce opposition à l'arrêt

⁸⁴ Rolland VANDERMEEREN, « Le contentieux des droits de préemption d'urbanisme : excès de recours ou excès d'illégalité », *AJDA* 2008 p. 734.

⁸⁵ CE 28 avril 2004, n° 249430 *Union européenne pour la création des mosquées* : refus de reconnaître qualité à agir pour le locataire du bien préempté, *Constr.- Urb.* 6/2004 comm. 128 P. Cornille ; *JCP A* 32/2004, 1537, comm. Ph. Billet.

⁸⁶ Sur l'ensemble de la question sur les interventions, voir R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008, n° 879 et s.

⁸⁷ Sur ce point, l'arrêt *Bour* du Conseil d'État est significatif puisque, dans un premier temps, il relève l'irrecevabilité des conclusions de cassation de l'un des intervenants régulièrement intervenus en défense, pour ensuite lorsqu'il se saisit après annulation de l'arrêt de la CAA de l'examen au fond de l'affaire (article L821-2 CJA) lui donner intérêt à agir au stade de l'appel.

⁸⁸ CAA Nancy, 1^{er} octobre 1998 *Commune de Jeumont c/ Comité de défense du contribuable de Jeumont* : la décision de préemption engageant les finances publiques.

d'annulation d'une décision de préemption, aurait intérêt à agir pour demander l'exécution de cet arrêt s'il a un intérêt légitime, personnel, certain et direct à ce que le juge enjoigne à l'administration de respecter l'annulation de la décision de préemption. Or les conditions de l'intérêt à agir se retrouvent réunies lorsque le tiers a qualité pour former tierce opposition. Ce qui expliquerait d'ailleurs que le juge dans le cadre de ses pouvoirs d'injonction soit amené à mettre en cause qui doit apprécier l'ensemble des intérêts en présence, est amené à mettre en cause les parties intéressées non présentes à l'instance.

Mais bien souvent les personnes ayant intérêt à former tierce opposition sont les seules parties à la vente initiale, seules elles auront alors qualité pour demander l'exécution de la décision d'annulation⁸⁹.

Quelles sont les mesures nécessairement impliquées par l'annulation d'une décision de préemption ?

Classiquement, l'annulation d'un acte administratif a des effets rétroactifs en ce que les conséquences créées par la décision annulée doivent être effacées (CE 1925, *Rodières*⁹⁰). L'administration est alors tenue d'effacer tous les effets de l'exécution de l'acte.

Ce qui, rapporté à l'annulation de la décision de préemption, emporte que le titulaire de ce droit « *doit être regardé comme n'ayant jamais décidé de préempter* ». Il appartient au titulaire du droit de préemption donc, « *sauf atteinte excessive à l'intérêt général appréciée au regard de l'ensemble des intérêts en présence [...] et s'il n'a pas entre temps cédé le bien illégalement préempté, de prendre toute mesure afin de mettre fin aux effets de la décision annulée* ». Et le Conseil d'État de préciser qu'au titre de ces mesures utiles, il appartient au titulaire du droit de préemption dont la décision a été annulée et avant toute autre mesure « *de s'abstenir de revendre à un tiers le bien illégalement préempté ; qu'il doit en outre proposer à l'acquéreur évincé puis, le cas échéant, au propriétaire initial d'acquérir le bien, et ce, à un prix visant à rétablir autant que possible et sans enrichissement sans cause de l'une quelconque des parties les conditions de la transaction à laquelle l'exercice du droit de préemption a fait obstacle* » (Conseil d'État *Bour*, n° 231558 du 26 février 2003).

Il faut noter que la décision de préempter illégale étant une faute, l'acquéreur évincé, comme le vendeur d'ailleurs, a en tout état de cause la possibilité de demander réparation du préjudice subi sur le fondement de la responsabilité pour faute⁹¹, sauf si l'illégalité de la préemption n'est entachée que d'un vice de légalité externe et qu'elle repose sur un motif légal⁹². Le préjudice consistant alors pour l'acquéreur évincé dans les dépenses engagées pour réaliser le projet et/ le manque à gagner de ne pas l'avoir réalisé⁹³.

⁸⁹ Concl. Ch. Devys sous CE 28 avril 2004, n° 249430, *Union européenne pour la création des mosquées*, *BJDU* 4/2004, p.308.

⁹⁰ *Rec.*, p.1065, selon le principe général posé par cet arrêt, « les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus ».

⁹¹ CE 28 juillet 1999, n° 183804, *BJDU* 5/1999 ; voir aussi P. Benoit-Cattin obs. sous TA de Montpellier 23 janvier 2001 *Constr. Et Urb.*, 2001 n° 129.

⁹² CE 27 juin 2005, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 260562, jurisprudence constante et non limitée au droit de préemption.

⁹³ CE 15 mai 2006, *Commune de Fayet*, n° 266495, concl. J.-H. Stahl « Comment indemniser le préjudice causé par une préemption illégale ? » *BJDU* 4/2006 p. 267.

Quelles sont par voie de conséquence les mesures que pourra enjoindre le juge administratif au titulaire du droit de préemption ?

Le juge de l'exécution peut alors enjoindre au titulaire du droit de préemption de prendre au titre des mesures nécessaires pour l'application de l'annulation de la décision de préemption, outre celle de s'abstenir de vendre le bien illégalement préempté, celle de proposer à l'acquéreur évincé en priorité, et le cas échéant au propriétaire initial, d'acquérir le bien. Encore faut-il que le juge soit saisi de conclusions en ce sens de la part de la personne souhaitant se voir proposer le bien⁹⁴, ce qui montre qu'il ne peut pas exercer ses pouvoirs d'injonction d'office.

Sur le plan procédural, il ressort des termes même de l'arrêt *Bour* que l'annulation de la décision de préemption implique nécessairement au titulaire du droit de préemption de prendre les mesures susvisées. De ce fait, le requérant ayant intérêt à agir pourra soulever, dès la saisine du juge de l'annulation à l'encontre d'une décision de préemption, des conclusions à fin d'injonction sur le fondement de l'article L.911-1 du CJA puisque le titulaire du droit de préemption dont la décision est susceptible d'être annulée, se retrouvera, compte tenu de l'autorité de chose jugée attachée à la portée de l'annulation de la décision de préemption, en situation de compétence liée.

De même, il ressort de l'arrêt *Bour* que le juge est tenu de mettre en cause d'office la ou les parties en cause à la vente initialement projetée. On retrouve la logique de bilan au regard de l'ensemble des intérêts (particuliers et général). Mais à la différence du titulaire du droit de préemption qui peut rencontrer des difficultés, certes pas insurmontables, pour découvrir l'identité du ou des acquéreurs initiaux du fait qu'il n'est pas obligatoire de les indiquer sur la DIA⁹⁵, le juge dispose pour cela de ses pouvoirs d'instruction.

Cependant la mise en œuvre par le juge administratif des injonctions afin que le titulaire du droit de préemption prenne les mesures utiles (dont celle qu'il propose à l'acquéreur évincé d'acquérir le bien) est subordonnée à la condition, selon les termes même de l'arrêt que cela ne porte pas « une atteinte excessive à l'intérêt général apprécié au regard de l'ensemble des intérêts en présence ».

B - L'atteinte au droit de propriété de la personne publique par l'exécution de l'arrêt d'annulation n'est pas « une atteinte excessive à l'intérêt général appréciée au regard de l'ensemble des intérêts en présence » justifiant que la commune n'exécute pas l'arrêt d'annulation.

Aux termes de la jurisprudence *Bour*, les exceptions à l'exécution de l'arrêt d'annulation et aux obligations qui s'imposent alors au titulaire du droit de préemption sont strictes : inexécution soit pour atteinte excessive à l'intérêt général soit que le bien préempté a déjà été revendu.

Ces deux exceptions sont strictes, et la commune, pour éviter de proposer le bien à l'acquéreur évincé, ne peut pas se prévaloir par exemple de la caducité de la promesse de vente entre le propriétaire initial et l'acquéreur évincé car cela reviendrait à permettre à un tiers de se prévaloir d'une clause d'un contrat auquel il est étranger⁹⁶.

⁹⁴ CE 6 septembre 2006, *France Télécom*, n° 289822.

⁹⁵ CE 6 janvier 1995, *Époux Fitoussi*, n° 123371.

⁹⁶ CAA Paris, 23 novembre 2006, *Société Avi*, concl. B.Bachini, *AJDA* 2007 p.210.

La limite fondée sur le fait que le bien ait déjà été revendu s'explique en ce que le contrat de revente du bien préempté s'analyse comme un contrat de droit privé. Dans ce cas, cela reviendrait pour le juge administratif lors de l'exercice de ses pouvoirs d'exécution (et plus généralement d'injonction) à apprécier la validité d'un contrat de droit privé. Il se heurterait alors à la compétence du juge judiciaire. Réserve est toutefois faite dans le cas où le bien a été classé dans le domaine public, le juge administratif retrouverait alors sa compétence pour apprécier la validité des contrats liés à l'utilisation du bien préempté, le contentieux se rattachant au droit de la domanialité publique (sous réserve bien entendu des compétences du juge de l'expropriation).

Pour la CAA de Marseille, l'atteinte au droit de propriété par l'exécution de l'arrêt prononçant l'annulation de la décision de préemption que la commune détient sur le bien préempté illégalement, n'est pas pour le juge d'exécution une atteinte excessive à l'intérêt général justifiant l'inexécution. Ainsi, la reconnaissance du droit de propriété, même faite par le juge judiciaire, ne peut pas aller à l'encontre de l'exécution d'un arrêt d'annulation. En d'autres termes, le droit de propriété de la personne publique sur un bien irrégulièrement préempté ne fait pas obstacle à ce que le juge lui enjoigne de proposer à l'acquéreur évincé d'acquiescer le bien.

La notion d'atteinte excessive à l'intérêt général avait déjà été utilisée dans le contentieux des ouvrages publics irrégulièrement implantés, c'est-à-dire celui de la démolition de l'ouvrage public irrégulièrement implanté sur une propriété privée. A cette occasion, pour justifier que l'implantation d'une ligne électrique aérienne n'entraînait pas une atteinte excessive à l'intérêt général, le Conseil d'État s'était attaché à faire un bilan entre d'une part « les inconvénients de l'ouvrage » et d'autre part « les conséquences de la démolition pour l'intérêt général »⁹⁷.

De même, le Conseil d'État fait-il une appréciation des effets de l'annulation au regard des intérêts en présence dans sa jurisprudence AC ! sur la modulation des effets de l'annulation dans le temps ; à la double différence importante que dans le cadre de cette jurisprudence, il contrôle au surplus les inconvénients d'une limitation dans le temps des effets de l'annulation au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif et qu'il peut le faire d'office⁹⁸. C'est là une différence fondamentale d'avec les pouvoirs que détient le juge administratif de moduler les effets de l'annulation dans le temps en application de la jurisprudence AC ! (la question sera abordée ultérieurement).

Ainsi la seule hypothèse envisageable d'atteinte excessive à l'intérêt général serait celle où un équipement public ou une opération d'urbanisation sera achevée ou avancée sur le bien illégalement préempté⁹⁹.

D'ailleurs, le CE dans *31 janvier 2007 SARL Maia*¹⁰⁰, alors que la décision de préemption a été annulée, rejette la demande faite au juge par l'acquéreur évincé d'enjoindre à la collectivité publique (en l'espèce un Établissement public d'aménagement) de lui céder le bien illégalement préempté au motif qu'une voie publique avait été réalisée sur le bien préempté et que la suppression de cette voie apporterait une atteinte excessive à l'intérêt général.

⁹⁷ CE 29 janvier 2003 *Syndicat gaz et électricité Alpes-Maritimes contre Cune de Clans*, *op. cit.*

⁹⁸ CE Ass. 11 mai 2004, *Association AC !*, *op. cit.*

⁹⁹ Jacqueline Morand-Devillier, « Le droit de préemption : transparence et cohérence », *BJDU* 6/2006, p.402.

¹⁰⁰ CE 31 janvier 2007, *SARL Maia*, nos 277715, 277716, concl. Ch. Devys, *BJDU* 2/2007, p. 136.

Dans le cas précis des deux espèces, il y a eu transfert de propriété au titulaire de droit de préemption. Ce transfert n'a pas été suivi d'une cession à un tiers du bien préempté.

Ainsi, le titulaire du droit de préemption dont la décision a été annulée doit proposer une transaction avec l'acquéreur évincé et en cas de refus de celui-ci avec le propriétaire initial. L'objectif de cette proposition est la restitution du bien à un prix « visant à rétablir autant que possible et sans enrichissement sans cause d'une des parties les conditions de la transaction à laquelle l'exercice du droit de préemption a fait obstacle ».

Cette dernière condition quant au prix a évolué avec un arrêt du CE 29 décembre 2004 *SCI Desjardins KB*¹⁰¹ au terme duquel si à la suite de l'annulation d'une décision de préemption il appartient à l'administration de proposer à l'acquéreur évincé d'acquiescer en priorité le bien préempté, « le prix auquel la proposition est faite doit tenir compte des modifications apportées au bien après la préemption ».

Au sens des modifications, la jurisprudence entend par exemple tous travaux ou amélioration. C'est pourquoi suite à l'annulation, la collectivité doit-elle cesser tous travaux ou modification.

C'est ce qui explique que la CAA de Marseille, dans son arrêt du 4 octobre 2007, lorsqu'elle a eu à connaître de l'affaire au fond, ait vérifié que la consistance du bien n'avait pas été modifiée depuis que la commune était devenue propriétaire du bien.

Ce qui lui permis alors de retenir comme prix de la proposition d'acquisition du bien préempté illégalement celui indiqué dans la DIA.

Mais une telle « indépendance auto encadrée » du juge dans l'appréciation des conditions d'exécution de ses arrêts d'annulation d'une décision de préemption est limitée par la compétence du juge judiciaire sur le contrat conclu entre le titulaire du droit de préemption et le propriétaire initial.

II - LE POUVOIR LIMITÉ DU JUGE DE L'EXÉCUTION DE SES DÉCISIONS D'ANNULATION DES DÉCISIONS DE PRÉEMPTION

L'ordonnance de la Cour administrative de Marseille du 28 avril 2008 vient préciser la limite des compétences du juge administratif dans l'exercice de ses pouvoirs d'exécution de ses arrêts d'annulation d'une décision de préemption en ce que l'exercice de ses compétences ne peut pas l'amener à « empiéter » sur les compétences du juge judiciaire (A). Cette répartition des compétences entre les deux ordres de compétence juridictionnelle n'est pas pour autant source de sécurité pour l'acquéreur évincé bénéficiaire d'une décision d'annulation (B).

A - Les pouvoirs limités de part la répartition des compétences entre le juge administratif et judiciaire.

Il est rappelé qu'aux termes de l'arrêt *Bour* si le bien préempté a été revendu l'exécution de l'annulation de la décision de préemption n'impose pas au juge d'ordonner des mesures qui tendraient à la remise en cause de la revente du bien.

¹⁰¹ CE 29 décembre 2004, *SCI Desjardins KB*, *BJDU* 2005, p. 130, concl. Ch. Devys ; *JCP A* 13/2005, 1158, comm. Ph. Billet.

Par l'ordonnance du 28 avril 2008, la CAA de Marseille énonce clairement sa position : est irrecevable au titre de l'exécution d'un arrêt d'annulation de décision de préemption de demander au juge administratif à ce qu'il déclare le recours devant le juge judiciaire de l'acquéreur évincé comme impossible.

En d'autres termes, le titulaire du droit de préemption dont la décision a été annulée, ne peut demander, afin de faire exécuter l'arrêt d'annulation devenu définitif que le juge administratif compétent prononce une injonction qui conduirait à rendre la demande d'annulation du transfert de propriété devant le juge judiciaire par l'acquéreur évincé irrecevable.

La porte est donc clairement fermée, car cela amènerait le juge administratif à se prononcer non seulement sur la validité du contrat passé entre la titulaire du droit de préemption et le propriétaire initial, mais, et c'est surtout l'apport de l'ordonnance, les conclusions de la commune amèneraient le juge administratif à apprécier les conditions de recevabilité de l'action contentieuse portée devant le juge judiciaire.

Ce qui précise l'état actuel de la jurisprudence sur la répartition des compétences entre les juges judiciaires et administratifs quant au contentieux de la préemption. Il est en effet constant que le contrat de transfert de propriété issu de l'exercice du droit de préemption étant un contrat de droit privé, seul le juge judiciaire est compétent pour en prononcer l'annulation, le juge administratif étant lui compétent pour prononcer l'annulation des décisions de préemption.

Pour autant, la CAA de Lyon, dans un arrêt de 1998 avait jugé que le bénéficiaire d'une promesse de vente d'un bien illégalement préempté pouvait demander au juge administratif qu'il enjoigne à la personne publique de saisir le juge judiciaire en vue de faire prononcer la nullité de la vente. Mais le juge est revenu sur cette position puisque, au titre de l'article L.911-1 du CJA, la CAA de Bordeaux a considéré qu'il n'appartenait pas au juge d'enjoindre à la commune de saisir le juge judiciaire en exercice de l'action en nullité de la vente passée entre le vendeur et la commune¹⁰².

Comme les décisions refusant d'enjoindre, sur requête de l'acquéreur évincé, le titulaire du droit de préemption à saisir le juge judiciaire, cette position de la Cour peut facilement s'analyser comme la volonté du juge administratif de ne pas interférer sur les compétences du juge judiciaire.

Ainsi, comme il a été soulevé ci-dessus, le juge administratif ne peut prescrire à l'auteur de la décision de préemption illégale que de proposer à l'acquéreur évincé ledit bien, en aucun cas cette jurisprudence ne prévoit que le juge enjoigne au titulaire du droit de préemption de saisir le juge judiciaire du contrat.

L'annulation de la décision de préemption est sans effet sur la légalité de la décision de revente car cette dernière relève d'un litige distinct. En effet, les décisions par lesquelles la commune préempte puis revend le bien préempté sont deux décisions distinctes ; de ce fait l'annulation de la première n'entraîne pas l'annulation de l'autre¹⁰³.

Dans la lignée de *Cne de La-Teste-de-Buch*, l'arrêt du CE du 17 mai 2006 *Commune de Jonquières*¹⁰⁴ précise que l'annulation de la décision de préemption

¹⁰² CAA Bordeaux 21 avril 2005, *Cne Ledat*.

¹⁰³ CE 26 novembre 2001, *Commune de La-Teste-de-Buch*, *Rec.*, p. 583.

¹⁰⁴ « Considérant que l'annulation pour excès de pouvoir de la délibération d'un conseil municipal décidant la préemption d'un bien n'a pas pour effet de mettre fin au droit de propriété de la commune sur ce bien, mais implique seulement que celle-ci prenne toute mesure pour mettre fin aux effets de la décision annulée, par exemple en proposant à l'acquéreur évincé puis, le cas

n'a pas pour effet de mettre fin au droit de propriété de la commune sur le bien préempté¹⁰⁵. Ainsi, pour faire annuler le titre de propriété, l'acquéreur évincé comme le propriétaire originaire doit saisir le juge judiciaire pour faire constater la nullité de la vente. Comme rappelé ci-dessus, du fait qu'il y a eu transaction entraînant transfert de propriété entre le propriétaire initial et la commune, cette dernière est toujours propriétaire du bien préempté illégalement malgré l'annulation de la décision de préemption. L'annulation par le juge administratif de la décision de préemption ne peut avoir aucun effet sur le contrat entre le propriétaire initial et le titulaire du droit de préemption, ce contrat étant un contrat de droit civil. Le juge administratif ne fait que définir les obligations qui pèsent sur les personnes publiques. Par voie de conséquence il est tout à fait possible pour la commune de conclure une transaction avec l'acquéreur évincé impliquant que ce dernier renonce à tout droit sur le bien, le contrat est alors de droit privé (sous réserve que le bien n'ait pas été classé dans le domaine public). La décision de conclure la transaction restant un acte détachable du contrat elle peut faire l'objet d'un référé suspension, mais ce dernier est irrecevable si le contrat a été conclu car dans ce cas la décision a été entièrement exécutée et le juge administratif devient incompétent pour se prononcer sur un contrat de droit privé¹⁰⁶.

Pour autant, dans le contentieux de la vente des biens du domaine privé, le juge administratif a considéré que l'annulation de la délibération municipale autorisant la cession du domaine privé de la commune est susceptible d'entraîner la nullité du contrat de vente et il ordonne à l'administration de saisir le juge du contrat afin d'en obtenir la nullité pour que la collectivité puisse délibérer de nouveau¹⁰⁷. Mais cette jurisprudence ne se justifie que dans le sens où elle a pour objectif de faire revenir dans le domaine privé de la commune le bien vendu afin que la collectivité puisse délibérer à nouveau sur la cession du bien¹⁰⁸.

Cependant, l'acquéreur évincé ne pourra retrouver ses droits et demander au juge judiciaire l'exécution de la vente forcée à son profit que s'il a conclu une promesse de vente sans condition ou contenant une clause suspensive de non-préemption puisque la clause résolutoire rend caduque la promesse de vente (la condition de résolution s'étend réalisée, les parties sont réputées ne plus vouloir consentir à la vente)¹⁰⁹.

Comme le relève le Conseil d'État dans son étude sur le droit de préemption du 6 décembre 2007, « les préemptions illégales peuvent déboucher sur des situations juridiques complexes » pour lesquelles le référé suspension ne suffit pas¹¹⁰. Pour pallier aux difficultés soulevées, il propose alors « d'unifier au sein de la juridiction administrative le contentieux des décisions de préemption et des contrats directement connexes à ces décisions »¹¹¹.

échéant, à l'ancien propriétaire du bien préempté d'acquiescer ce bien » CE 17 mai 2006, *commune de Jonquières* n° 281509.

¹⁰⁵ Cette solution s'explique par le fait qu'en raison de l'accord sur la chose et sur le prix (immédiat dès la préemption ou différé après fixation du prix par le JJ) le transfert de propriété est opéré de plein droit à la date de l'exercice du droit de préemption (si prix DIA acceptée) ou après acceptation du prix fixé par JJ, ce indépendamment de l'acte authentique.

¹⁰⁶ CE du 17 mai 2006, *Commune de Jonquières*, n° 281509, comm. Billet, *JCP A* 30/2006, 1174.

¹⁰⁷ CE 1994 *Époux Lopez*, *Rec.*, p. 430 ; *RFDA* 1994 p. 1090, concl.R. Schwartz, note D. Pouyaud.

¹⁰⁸ J.-F. Struillou, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir dans le contentieux de la préemption », *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, p. 545.

¹⁰⁹ C. Cass. 3^{ème} civ., 22 juin 2005, *SARL Sud Immobilier c/ Lasmarrigues*.

¹¹⁰ CE *Le droit de préemption*, *op.cit.*, p. 47.

¹¹¹ *Ibidem.*, p. 71.

B - Une lisibilité procédurale risquée pour la sécurité juridique des parties

En l'état actuel de la jurisprudence, pour récupérer le bien dont il a été illégalement écarté, l'acquéreur évincé dispose de deux actions : soit devant le juge judiciaire via une action en nullité du contrat translatif de propriété entre le propriétaire originaire et le titulaire du droit de préemption ou en exécution forcée de la vente soit devant le juge administratif via un recours en excès de pouvoir contre la décision d'exercer le droit de préemption¹¹². Et bien souvent, il cumule les deux car dans tous les cas, la jurisprudence lui donne la possibilité de se voir à nouveau proposer le bien¹¹³.

Pourtant des risques de contradictions peuvent apparaître entre le juge administratif et le juge judiciaire, même si « le juge judiciaire a tendance à systématiquement déduire de l'annulation d'une décision de préemption une annulation de la vente entre le propriétaire originaire et le titulaire du droit de préemption »¹¹⁴. Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt du 20 novembre 2002 *Commune de Courseulles-sur-Mer* a estimé que le contrat de vente conclu en exécution d'une décision de préemption irrégulière est entaché de nullité relative¹¹⁵ ; les personnes ayant intérêt à son annulation sont alors les parties au contrat (propriétaire initial et titulaire du droit de préemption) mais aussi l'acquéreur évincé. Ainsi, la cour de cassation a-t-elle estimé que l'annulation d'une décision de préemption étant rétroactive, la commune est censée avoir renoncé à préempter¹¹⁶.

Or qui dit annulation, dit restitution de la chose et du prix. Cependant, l'objectif de la jurisprudence du juge administratif en matière d'exécution des arrêts d'annulation des décisions de préemption n'est pas un retour à la situation antérieure (ce qui l'obligerait à prononcer nullité de la vente or il n'en a pas la compétence), mais de permettre à l'acquéreur évincé par une préemption illégale de retrouver la possibilité d'acquérir à nouveau le bien.

Y aurait-il alors un risque de litispendance ?

Aux termes de l'article 100 du NCPC « Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office », c'est la litispendance.

Mais cela est évité par le juge administratif car la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire se fait en fonction de l'objet des litiges¹¹⁷. De plus le juge administratif est seul compétent pour se prononcer sur l'exécution de ses arrêts d'annulation¹¹⁸. Pour certains auteurs, la complexité n'est qu'apparente à la condition que le titulaire du droit de préemption respecte

¹¹² TC 10 mai 1993, *Miette et SNC Oliver contre Innocenti et Ville de Nice*, *Dr. Adm.* 1993, n° 334.

¹¹³ P. Cornille « Quel ordre, judiciaire ou administratif, est-il le plus pertinent de saisir afin d'obtenir l'exécution des conséquences de l'annulation d'une décision de préemption ? », comm. sous CE 6 septembre 2006, *France Télécom*, *Constr.-Urb.*, 2006, comm. 252.

¹¹⁴ *BJDU* 2/2003, p. 106, concl. Pascale Flombeur sur l'arrêt M. et Mme Bour.

¹¹⁵ De même, Cour de cassation 25 mai 2005, *Commune de Kienheim* : l'annulation de la décision de préemption conduit à considérer qu'elle n'est jamais intervenue et en conséquence, ne permet pas d'obtenir réalisation judiciaire de la vente de l'immeuble en cause.

¹¹⁶ C.cass. civ. 3^{ème} n° 03-20473, note Meng, *Deffrénois* 21/2005 p.1078.

¹¹⁷ S. Pérignon, « L'exécution de la décision juridictionnelle annulant une décision de préemption », *AJDA* 2007, p. 155.

¹¹⁸ Voir en ce sens, CE 6 septembre 2006, *France Télécom*, n° 289822

les bases de la préemption : avoir un projet répondant aux canons de la matière et formuler une réponse explicite et motivée au vendeur¹¹⁹.

Pour autant le fait que de nombreuses promesses de vente soient conclues sous condition suspensive de non-exercice du droit de préemption « créée une incertitude qui nuit à la fluidité et à la sécurité des transactions »¹²⁰, d'autant plus que la procédure de préemption du fait du recours en annulation peut être longue. D'ailleurs, la Cour EDH a été amenée à condamner l'Italie sur la longueur de la procédure de préemption¹²¹.

De plus, si l'acquéreur évincé, comme le propriétaire initial, souhaite se voir proposer le bien illégalement préempter, encore faut-il que le juge soit saisi de conclusions soit accessoires au recours en annulation (L.911-1 du CJA) soit au titre de l'exécution de la décision juridictionnelle d'annulation (L.911-4 et R.911-6 du CJA)¹²², ce qui montre que le juge ne peut pas exercer ses pouvoirs d'injonction d'office. C'est là une différence fondamentale d'avec les pouvoirs que détient le juge administratif de moduler les effets de l'annulation dans le temps en application de la jurisprudence *AC !*

Serait-ce à dire que la jurisprudence *AC !* ne s'appliquerait pas au contentieux de l'annulation des décisions de préemption ?

Aux termes de la jurisprudence *AC !* le juge administratif peut, sous réserve de conditions exigeantes et de manière exceptionnelle, priver d'effet rétroactif l'annulation de l'acte ce qui a pour effet de rendre définitif les actes pris en application de l'acte annulé et/ou que l'annulation prendra effet à une date ultérieure¹²³.

D'abord, il semble difficile d'appliquer cette jurisprudence en ce que priver du caractère rétroactif l'annulation de la décision de préemption reviendrait pour le juge administratif de se prononcer sur la validité du contrat passé entre le titulaire du droit de préemption et le propriétaire initial¹²⁴.

Ensuite, les pouvoirs que le juge détient d'office au titre de la jurisprudence *AC !* ne doivent pas se confondre avec ceux qu'il détient au titre de ses pouvoirs d'injonction.

Les premiers sont entendus comme la prise en compte par le juge administratif de l'effet de sa décision d'annulation sur les situations juridiques qu'aurait créée l'application de l'acte annulé. Les seconds s'entendent comme les pouvoirs que détient le juge pour faire exécuter sa décision d'annulation et donner toute exécutoire à sa décision de justice afin de prévenir toute atteinte par l'administration à l'autorité de la chose jugée.

Certes les seconds pourront être demandés par les requérants au titre de l'application des premiers. Certes les raisons, plus ou moins profondes, de ces pouvoirs se retrouvent dans des motifs d'intérêt général et dans le souci

¹¹⁹ *JCP A* 2003, n° 41, 1900, note P. Billet, p. 1306.

¹²⁰ EDCE, *Le droit de préemption, op.cit.*, p. 47.

¹²¹ CEDH 5 janvier 2000, *Beyeler*, n° 33202/96 « le caractère permanent du droit de préemption de l'administration [qui] soumettait le droit du vendeur à une limitation constante et entraînerait une incertitude permanente sur la situation juridique du bien », voir plus généralement EDCE, *Le droit de préemption, op. cit.*, pp. 48-51 ; F. Haumont, « La cour européenne des droits de l'homme et le droit de préemption », *AJDA* 2008, p. 747.

¹²² CE 6 septembre 2006, *France Télécom*, n° 289822.

¹²³ Pour une appréciation d'ensemble, voir F. Dieu, « Les modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », *AJDA* 2006, p. 2428.

¹²⁴ Pour les conséquences relatives à la conclusion d'un bail emphytéotique, voir Jacqueline Morand-Devillier, « Le droit de préemption : transparence et cohérence », *op. cit.*, p. 407.

d'assurer la sécurité juridique (bien qu'ici la sécurité juridique se confonde un peu avec le principe de confiance légitime).

Mais, l'office du juge n'est pas le même en ce qu'au titre de ses pouvoirs de modulation de l'annulation il agit sur l'acte lui-même alors qu'au titre de ses pouvoirs d'injonction il ordonne directement à l'administration (avec possibilité d'astreinte). Ainsi, au titre de ses pouvoirs de modulation il reste juge de la légalité, alors qu'il est juge de l'exécution au titre de ses pouvoirs d'injonction. Même si depuis la décision *Vassilikiotis* du 29 juin 2001 qualifiée de « véritable guide de l'exécution de la chose jugée »¹²⁵, les pouvoirs d'injonction du juge administratif au titre de l'exécution de la chose jugée sort du cadre des dispositions des articles L911-1 et L.911-2 du CJA¹²⁶, l'office n'est pas le même.

Pour pallier à toute atteinte à la sécurité juridique des transactions, le juge administratif pourrait-il exercer dans ses arrêts d'annulation des décisions de préemption ses pouvoirs d'obliger indirectement l'administration à prendre des mesures transitoires lors de l'édiction de mesures nouvelles¹²⁷ ?

Une telle jurisprudence pourrait difficilement trouver à s'appliquer dans le contentieux de la préemption. Serait concerné éventuellement le cas où le bien illégalement préempté serait en passe d'être classé dans le domaine public, opération qui aboutirait à ce qu'il devienne inaliénable, mais à la condition fondamentale que la personne publique ait proposé le bien à l'acquéreur évincé et le cas échéant au propriétaire initial. Dans le cas contraire, l'acquéreur évincé pourra certes saisir le juge de l'exécution sur le fondement de l'article L.911-4 et R.911-6 CJA, mais aussi celui de l'annulation pour contester l'illégalité de la décision de classement, avec introduction d'un référé suspension¹²⁸, voire même de tenter une action devant le juge du référé liberté en ce que cette décision de classement prise à la suite d'une décision illégale violerait les droits qu'il détient de l'autorité de la chose jugée. La compétence du juge serait moins limitée par celle du juge judiciaire.



¹²⁵ F. Dieu, « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », *AJDA* 2006, p. 2428.

¹²⁶ *AJDA* 2001, p. 1051, chron. M. Guyomar et P. Collin.

¹²⁷ CE 24 mars 2006, *KPMG*, concl. Aguila, note F. Moderne *RFDA* 2006 p. 463 ; concl. Aguila, note Terneyre, *BJCP* 2006 p. 173 ; *AJDA* 2006, p. 841, trib. Mathieu, p. 1028, chron. Landais et Lenica.

¹²⁸ CE 23 juin 2006, *Société Actilor*, n° 289549, concl. Ch. Devys, *BJDU* 5/2006, p. 358 : au titre des pouvoirs de juge du référé suspension, le juge peut interdire au titulaire du droit de préemption de disposer du bien et aussi de tout ce qui pourrait le conduire « à en user dans des conditions qui rendraient irréversible cette décision ».

ACTUALITES DU CRA

M. Manoch NAMDECH a soutenu sa thèse sur « *Le contrôle des actes administratifs des collectivités territoriales en Thaïlande* » le Samedi 26 septembre 2009 en Salle des Actes.

Il a été admis au grade de Docteur en Droit avec la *mention très honorable et les félicitations unanimes du jury*.

Mme Patcha JITMAHUEMA-KONGMESOMBAT soutiendra sa thèse sur « *Les recours devant les juridictions administratives en Thaïlande* » le Samedi 17 octobre 2009 en Salle du Conseil n° 2 à partir de 9 heures.

La Table Ronde du CRA sur « *Les transformations du contentieux administratif en Europe* » aura lieu le Vendredi 23 octobre 2009 de 9 h à 18 h et le Samedi 24 octobre 2009 de 9 h à 13 h en Salle des Actes.



TABLE DES MATIÈRES

● Introduction

par Jean-Marie PONTIER 3

● Le droit de préemption des personnes publiques

par Jean-Marie PONTIER 25

● Le champ d'application et les modalités d'exercice du droit de préemption dans les espaces naturels sensibles

par Anne-Laure DEBONO 51

● Le contrôle de la motivation et des motifs des décisions de préemption : l'assouplissement nécessaire et la tentation de la nécessité

par Ted GINSBURGER 63

● Annulation d'une décision de préemption : les pouvoirs du juge

par Olivier MANENTI..... 73

● Actualités du CRA 89

● Table des matières..... 90