

Texte de Joseph Comby et Vincent Renard
publié en annexe du rapport de Jacques Guyard à l'Assemblée nationale
sur la législation du logement et de l'urbanisme (28 mars 1991)

Évaluation du droit de préemption

Après avoir analysé la genèse et les dérives des droits de préemption, cette contribution préconise de distinguer nettement deux droits différents :

D'une part un « droit de préemption » d'utilisation restreinte qui serait réservé aux acquisitions pré-opérationnelles et où le prix pourrait être fixé comme en matière d'expropriation, abstraction faite des plus values induites de l'opération projetée.

D'autre part un simple « droit de préférence » de large utilisation, dont les communes pourraient bénéficier sur la totalité de leur territoire, sans avoir à le motiver mais sans pouvoir non plus en contester le prix de la transaction.

Introduction

L'appropriation publique des sols par les collectivités publiques est depuis longtemps un point fort des débats sur la maîtrise de l'urbanisation.

Moyen à la fois de maîtriser les orientations du développement urbain et de récupérer les plus-values foncières induites par l'urbanisation, cette appropriation publique, par l'État et par les collectivités locales, a suscité une intervention croissante dans les décennies qui ont suivi la deuxième guerre mondiale, d'abord avec l'extension du recours à l'expropriation par la loi n°53-683 du 6 août 1953, pour l'acquisition de terrains nécessaires à la construction, et autorise l'expropriant à céder les terrains, de gré à gré, à une personne privée, puis par la création et le développement progressif de plusieurs droits de préemption, d'abord à l'intérieur des ZUP en 1958, méthode élargie aux zones d'aménagement différées (ZAD) à partir de 1962, dans les zones naturelles classées en "périmètres sensibles" à partir de 1959, enfin dans les zones urbaines des communes dotées d'un POS après 1975.

Nous nous en tiendrons ici à l'exercice du droit de préemption applicable dans les zones urbaines et périurbaines.

Les ZAD originelles et les ZIF de 1975 ont fait l'objet de multiples modifications et adaptations législatives et réglementaires, qui ont correspondu, d'une part à la modification du contexte économique sur les marchés fonciers, au souci de remédier à certains effets pervers qui avaient pu apparaître et, d'autre part, de rester en cohérence avec l'évolution des rapports entre les collectivités locales et l'État.

Le cadre juridique de la préemption a été rationalisé par la loi aménagement du 18 juillet 1985, qui a ordonné les différents droits de préemption en fonction de la situation de la commune au regard de la planification urbaine: pour les communes dotées d'un plan d'occupation des sols, le droit de préemption urbain (DPU) s'applique dans les zones urbaines et les zones d'urbanisation future. Pour les communes qui ne disposent pas d'un POS, les zones d'aménagement différé, modifiées, peuvent toujours être créées mais elles le sont par l'État.

La loi du 23 décembre 1986, dite "loi Méhaignerie", a introduit une modification importante dans le DPU en rendant optionnel un mécanisme dont la loi de 1985 avait prévu qu'il soit créé de plein droit dès lors que la commune était dotée d'un POS opposable aux tiers.

Enfin, la dernière modification d'importance est intervenue sous la forme de la loi du 2 août 1989 qui a étendu, sous certaines conditions précises, la possibilité de créer des Zones d'Aménagement Différé dans les zones naturelles des plans d'occupation des sols (zones NC et ND).

Ce droit de préemption constitue un outil original. Il permet une intervention active sur les marchés fonciers dans un but d'intérêt général, sans avoir recours à l'artillerie lourde de l'expropriation.

Les critiques qui lui sont adressées, si elles sont sérieuses, ne doivent pas conduire à faire passer au second plan la très large majorité des politiques de préemptions menées par des communes pour

atteindre leurs objectifs d'intérêt général. L'objet central de ce rapport sera de réfléchir sur les moyens de parer à des critiques tout en conservant et si possible accentuant leur efficacité dans la poursuite de leurs objectifs.

I. Genèse et rétrospective

A. Des origines (très) lointaines

Le droit de préemption, spécialité française, plonge ses racines lointaines dans le plus ancien fonds de notre droit qui connaissait le "retrait féodal": dans presque toutes les coutumes, le "seigneur du lieu" disposait d'un certain délai (quarante jours dans la coutume de Paris) pour annuler à son profit une vente immobilière en remboursant l'acheteur (sans délai supplémentaire). Cette institution avait une triple fonction:

- elle permettait au détenteur de l'autorité locale de filtrer ses futurs redevables et de s'opposer en particulier à l'arrivée d'un acquéreur qui aurait pu contrecarrer son autorité;
- elle pouvait être l'occasion d'une certaine réorganisation foncière au profit du domaine;
- elle était un bon outil de contrôle fiscal: les droits de mutation (le « quint ») étaient en effet devenus au fil du temps le bénéfice seigneurial le plus productif et la menace du retrait (au prix déclaré) était une mesure dissuasive d'éventuelles fraudes par déclaration sous-évaluée.

Supprimé à la Révolution en même temps que les autres droits seigneuriaux, le droit de retrait allait d'ailleurs être recréé quelques années plus tard sous forme de droit de préemption fiscal comme complément de l'impôt sur les mutations, lui-même recréé au profit de l'État. Et l'on trouve toujours dans notre code des impôts un article 668 qui autorise le fisc à préempter un immeuble en versant au vendeur le prix déclaré, majoré de 20%. Ce dispositif est très rarement utilisé (quelques centaines de fois par an pour l'ensemble du territoire), mais il fournit aux notaires un bon argument pour dissuader leurs clients de pratiquer des dessous de table trop importants.

B. Les ZUP de 1958

L'utilisation du droit de préemption à des fins d'aménagement s'est développée rapidement dans les toutes premières années de la Ve République. Il faut retourner à la problématique de l'époque pour en comprendre la logique.

Le droit de préemption a d'abord été introduit dans le dispositif des ZUP comme un complément et un accompagnement du droit d'expropriation. La pratique des zones d'habitations confiées à des SEM après expropriation des terrains avait été rendue possible depuis 1953. Mais l'ordonnance du 31 décembre 1958 qui crée les ZUP veut changer l'échelle de l'intervention: il s'agit de concentrer les efforts publics d'équipement sur quelques zones bien choisies, de taille significative, et sur plusieurs années. Il n'est donc pas question d'exproprier dès l'origine la totalité des terrains de la ZUP. Le système de la préemption des terrains au fur et à mesure de leur mise en vente mais en les payant à un prix fixé "comme en matière d'expropriation" répondait bien à cet objectif d'action dans la durée.

La durée de vie du droit de préemption initialement fixée à deux ans se révélait d'ailleurs rapidement insuffisante. Dès 1961, cette durée est portée à quatre ans, prolongeable deux ans. Le droit de préemption s'applique donc à l'origine dans un contexte strictement défini, avec un maître d'ouvrage connu et pour la réalisation d'une opération précise dont le périmètre a été délimité dès le départ. Enfin, est-il besoin de préciser qu'il s'agissait d'un droit de préemption exercé par l'État, ou en son nom, la totalité du pouvoir d'urbanisme étant alors de sa compétence ?

C. Les ZAD de 1962

L'idée de sortir le droit de préemption de sa fonction strictement pré-opérationnelle pour en faire un moyen de contrôle du marché foncier et de récupération des plus-values d'urbanisation apparaît peu de temps après. Le comité Rueff-Armand le préconise dès 1960: "on peut également agir avec efficacité sur les prix des terrains en s'inspirant largement de la procédure des ZUP, à condition de l'étendre et de la préciser. Il s'agirait de prévoir la délimitation de vastes zones choisies en raison des perspectives lointaines d'urbanisation" où la puissance publique pourrait soit préempter comme dans les ZUP aux

prix pratiqués avant la création de la zone, soit (on l'a oublié) taxer la plus-value réalisée depuis la dernière transaction.

Les zones d'aménagement différé allaient voir le jour par une loi du 26 juillet 1962 avec une durée de vie d'abord fixée à huit ans, le prix d'acquisition étant fixé, en cas de désaccord, "comme en matière d'expropriation", c'est-à-dire en fonction des possibilités d'utilisation du bien un an avant la création de la zone.

Les créations de ZAD se multiplièrent rapidement. En dix ans, 448.000 hectares allaient être "zadés" dont 124.000 en région parisienne, avec une fréquence d'interventions souvent élevée, puisque, toujours en région parisienne, au cours de cette période, l'AFTRP préemptait 24% des DIA.

En 1971 arrive le terme de vie des premières ZAD. Le Gouvernement propose d'en doubler la durée (seize ans au lieu de huit), le Parlement la fixera à quatorze ans.

D. Les ZIF de 1975

La loi du 31 décembre 1975 qui crée les "zones d'intervention foncière" (ZIF) amorce la décentralisation du droit de préemption au profit des communes en même temps qu'elle consacre une nouvelle conception de ce droit.

L'objectif du nouveau droit utilisable dans les zones urbaines des communes dotées d'un plan d'occupation des sols n'est plus de récupérer des plus-values d'urbanisation (qui, par hypothèse, est déjà réalisée) mais de donner aux communes un outil de gestion opportuniste de leur tissu urbain.

Fondamentalement, la ZIF se présente comme une alternative au système des "emplacements réservés" pour l'implantation d'équipements prévus par les POS: plutôt que de définir par avance et dans le détail la liste des équipements à réaliser et des terrains nécessaires, la préemption permet d'agir de façon plus pragmatique en utilisant de préférence les terrains qui sont mis en vente et en modelant les réalisations sur l'évolution de la situation.

Les préemptions doivent cependant être motivées et correspondre à l'un des cinq objectifs suivants:

- création d'espaces verts
- construction de logements sociaux
- réalisation d'équipements collectifs
- opérations de rénovation ou de restauration
- réserves foncières en vue d'une opération d'urbanisme.

Il n'est plus fait mention d'une date de référence pour apprécier la qualification du terrain et la ZIF n'est plus limitée dans sa durée puisqu'elle ne s'inscrit pas dans la perspective de la préparation ou de l'accompagnement d'une opération particulière. Mais on maintient le principe d'un recours possible au juge pour fixer le prix "comme en matière d'expropriation" en cas de désaccord sur ce prix.

E. Le DPU de 1985, réformé en 1986

Au fil des ans, quatre droits de préemption s'étaient donc progressivement adjoints les uns aux autres et on avait le sentiment qu'ils correspondaient idéalement aux quatre types de zonage du POS:

- les ZAD de l'Etat dans les zones NA d'urbanisation future pour préparer l'acquisition et l'équipement des terrains tout en récupérant les plus-values d'urbanisation;
- les ZIF dans les zones U, déjà urbanisées, pour permettre à la commune de gérer leur évolution en utilisant les opportunités foncières;
- le droit de préemption des SAFER dans les zones agricoles NC pour maintenir l'affectation agricole des terres et empêcher leur contamination par des valeurs non agricoles;
- le droit de préemption du département dans les zones ND de protection des espaces naturels pour ouvrir au public des espaces récréatifs et protéger les paysages.

A partir de 1981, est engagé un réexamen de ces outils à l'occasion des transferts de compétence liés à la décentralisation. La recherche d'une simplification et d'une unification des droits de préemption se

heurté à la multiplicité des bénéficiaires. Pour la ZAD, la logique de la décentralisation veut qu'elle soit confiée à la commune, et la ZIF est déjà de compétence communale. L'unification de ces deux droits à vocation communale s'impose et aboutit à la loi du 18 juillet 1985 sur le droit de préemption urbain (DPU). Dans un souci de rationalisation et de clarification du partage des rôles entre les intervenants, le DPU est limité aux zones U et NA du POS, le reste du territoire communal étant sous la surveillance de la SAFER et éventuellement du département (espace naturel sensible).

Par ailleurs, l'ancien système des ZAD est conservé dans les communes qui ne disposent pas encore d'un plan d'occupation des sols: comme pour le permis de construire, la commune n'acquiert la compétence en matière de droit de préemption qu'à partir du moment où elle a défini la règle du jeu, en adoptant un POS.

La loi du 23 décembre 1986, dans sa volonté de réduire le champ d'application du DPU, se contentera d'inverser la charge de sa création. Alors que dans la loi de 1985, le DPU était créé de plein droit dans les communes importantes qui, par une délibération, pouvaient en réduire le champ d'application, la loi de 1986 prévoit que c'est l'institution elle-même du DPU qui nécessitera une délibération du conseil municipal.

Preuve que les communes étaient déjà très attachées à ce droit de préemption, la plupart des villes, à commencer par la ville de Paris, votèrent l'adoption de ce DPU un peu retouché.

F. Les nouvelles ZAD de 1989

Un autre élément, beaucoup plus déterminant, de la législation de décembre 1986 aura été son action d'assouplissement des règles permettant de changer le zonage des POS, en particulier la possibilité d'une application anticipée des futures règles d'un POS en cours de révision. Cette action législative jointe d'une part à l'affichage d'une volonté politique de "déréglementation" dont on ne faisait pourtant encore que rechercher les voies et moyens, et d'autre part à une forte reprise de la demande sur les marchés immobiliers, a produit dans les secteurs les plus recherchés et, en premier lieu, dans la périphérie de l'agglomération parisienne, une dynamique de hausse rapide du prix de beaucoup d'espaces naturels inconstructibles dont les opérateurs pensaient, à tort ou à raison, pouvoir négocier la constructibilité.

L'annonce d'une révision du schéma directeur allait encore précipiter le mouvement en région Île-de-France: il s'agissait, pour beaucoup d'opérateurs importants, de prendre rapidement des positions foncières et de peser sur les choix avant que n'interviennent de nouvelles règles de droit.

Alors que dans la région, les bonnes terres agricoles valent 40.000 francs l'hectare (quatre francs le mètre carré), prix sur la base duquel avaient pu encore être acquis les terrains nécessaires à l'implantation de Disneyland à Marne-la-Vallée, les valeurs foncières s'élevèrent rapidement. On évoque des ventes fermes à près de cent francs par mètre carré autour de Roissy, des promesses de vente à trois cents francs sur de vastes étendues de terres à betterave et même à huit cents francs, dans la boucle de Montesson, toujours pour des terrains actuellement inconstructibles classés NC au Plan d'Occupation des Sols.

La loi du 4 août 1989, constatant le dérapage et le renoncement des SAFER à traiter un problème qui n'est plus le leur, adopte une position pragmatique même si elle est un peu hétérodoxe: la création de ZAD par l'État dans les zones NC des POS où la pression foncière semble indiquer que les opérateurs ne croient pas eux-mêmes à la pérennité de ce classement, en attendant que le schéma directeur (dont la maîtrise appartient aussi à l'État en région parisienne) prenne position sur l'affectation générale des secteurs en cause.

G. Les retouches de 1991

A la date où est écrit ce rapport, le nouveau projet de "loi d'orientation pour la ville" n'a pas encore été déposé au Parlement et n'a même pas encore fait l'objet d'un avis du Conseil d'État attendu pour le mois d'avril. Cependant, des versions successives du projet ont fait l'objet d'assez larges consultations, la presse les a déjà analysées, plusieurs organismes professionnels ont adopté des prises de position.

La réforme du droit de préemption qui est envisagée reste un aspect secondaire du projet et s'inscrit dans une poursuite de la logique qu'avait introduite la loi du 4 août 1989: action de l'Etat venant se

substituer à une action communale défailante et persistance du doute sur la capacité des zonages de POS à cadrer le droit de préemption.

Les deux principales innovations proposées au vote des parlementaires porteraient d'une part sur la création d'un droit de préemption urbain de second rang, au bénéfice de l'État, dans les communes des douze plus grandes agglomérations qui auraient moins de 20% de logements sociaux dans leur parc de résidences principales et n'auraient pas adopté de programme local de l'habitat: il s'agit donc de donner à l'État le moyen de pallier une volonté communale insuffisante dans une politique de diffusion des programmes de logements sociaux dans l'ensemble des quartiers d'une agglomération.

La seconde modification significative du droit de préemption, proposée aux parlementaires, serait de ne plus prendre en compte le zonage existant des POS pour permettre la création de ZAD, mais de prévoir seulement que le DPU qui pourrait exister sur le même territoire serait alors effacé par la ZAD.

II. Usages actuels de la préemption

A. Un droit en extension

Les surfaces couvertes par un droit de préemption et la fréquence de son utilisation sont mal connues. Aucune étude d'ensemble n'a été menée à ce jour pour tenter d'évaluer les résultats obtenus, au regard des objectifs poursuivis. Seules quelques études ponctuelles et monographies régionales permettent de s'en faire une idée. Nous rassemblerons les principaux éléments qui ressortent de ces études.

Le droit de préemption est un outil d'une grande plasticité, tant dans ses objectifs que dans sa mise en œuvre effective et dans les résultats obtenus. Une fois instauré, il peut ne pas être utilisé du tout, ou au contraire être utilisé très activement, pour poursuivre une large gamme d'objectifs. La loi de 1985 élargit quasiment l'objet pour lequel peut être exercé le droit de préemption (habitat, activités économiques...).

La préemption, que ce soit dans le cadre du DPU ou d'une ZAD, met en jeu plusieurs acteurs: le vendeur, l'acquéreur envisagé, le bénéficiaire du droit de préemption (souvent la commune), l'État (rôle du service des Domaines), et le juge qui fixe le prix lorsque le vendeur refuse la contre-proposition du bénéficiaire.

Ce jeu complexe soulève une série de difficultés soulignées, selon les cas, par les uns ou les autres (motivation de la préemption, délais, délégation, fixation du prix, droit de délaissement, conséquence de la renonciation avant ou après la fixation du prix par le juge).

Sans avoir ici la prétention de traiter de façon exhaustive l'ensemble de ces difficultés, nous indiquerons celles qui nous paraissent actuellement être les plus sérieuses ainsi que les évolutions qui paraissent souhaitables dans la codification des droits de préemption.

Très critiqué, le droit de préemption est en même temps devenu une pratique très largement répandue. Lors du débat sur la loi Méhaignerie rendant optionnelle la création du droit de préemption urbain, certains augures avaient estimé que peu de communes choisiraient de se doter de cet outil. Les faits ont démenti ce pronostic. La plupart des grandes villes qui faisaient un usage actif du droit de préemption ont choisi de le conserver. De nombreuses autres l'ont adopté depuis, notamment à la suite des élections municipales de 1989. Et, comme le montre très clairement l'analyse qui a été faite sur la région Poitou-Charentes, nombreuses sont les communes, petites ou moyennes, qui s'en sont dotées et en font un usage actif.

Cependant, même si le champ géographique dans lequel son application a été rendu possible est très large, son utilisation effective demeure assez rare. Il n'existe aucune statistique d'ensemble sur le sujet, mais on peut estimer qu'en moyenne nationale, le taux de recours à la préemption se situe autour de 1% du volume des transactions soumises au droit de préemption. En effet, beaucoup des communes qui se sont dotées du droit de préemption urbain sur l'ensemble de leurs zones U et NA, ainsi que la loi les y autorise, restent des années sans réaliser aucune préemption, se contentant de prendre connaissance des déclarations d'intention d'aliéner: le DPU n'est alors utilisé que comme un simple instrument d'information sur les ventes immobilières. Quant aux communes qui ont la réputation de faire l'usage le plus actif de ce droit, elles ne l'utilisent que pour environ 5% des DIA qui leur sont

soumises (ce pourcentage serait évidemment beaucoup plus important si on l'exprimait par rapport aux surfaces de terrains mis sur le marché dans le tissu existant).

Mais on remarque que les petites communes aussi utilisent bel et bien cet outil: pour reprendre l'exemple de Poitou-Charentes, les auteurs notent que 20% des préemptions effectuées en 1989 l'ont été par des communes de moins de 2000 habitants. "L'instauration d'un droit de préemption urbain n'est donc pas pour les petites communes la simple marque d'une volonté d'ornementation urbanistique ou un pur effet de mode. Les chiffres montrent bien qu'elles entendent se servir effectivement de la prérogative qu'elles s'accordent".

On ne peut donc traiter de cette question comme on traiterait d'un outil original, récent, dont on n'aurait pas vu les conséquences et qu'on peut envisager d'abroger. Le droit de préemption, en particulier sous la forme du DPU, est maintenant devenu un outil très répandu, largement utilisé dans des contextes très variés, et auquel de nombreuses municipalités sont attachées. Il importe surtout de réfléchir à l'amélioration du dispositif pour qu'il cadre mieux avec les objectifs qu'on lui assigne.

B. Trois usages légaux

Le droit de préemption urbain recouvre trois grandes catégories d'objectifs qui correspondent grossièrement aux trois ,tapes de développement de cet outil: 1958, 1962 et 1975.

1. Assurer la maîtrise foncière d'une future opération publique

L'idée d'assurer à la puissance publique la maîtrise des terrains d'une future opération, sans être obligée de les acheter tous et tout de suite, est à l'origine de l'introduction du droit de préemption dans notre droit de l'urbanisme en 1958. La préemption est alors une mesure d'accompagnement de l'expropriation qui, dans le cas d'opérations relativement importantes et étalées dans le temps, permet tout à la fois de réduire le coût de portage du foncier, de permettre aux propriétaires en place de continuer à utiliser les terrains dont l'acquisition n'est pas encore indispensable (donc de faire l'économie du coût de gestion d'une réserve foncière) et de maintenir les prix à leur niveau initial.

Cet usage du droit de préemption est devenu très minoritaire, même s'il existe toujours. L'extension même donnée aux surfaces "zadées" dès le milieu des années soixante, indique bien qu'il n'était pas question de toutes les aménager, même de façon "différée"; quant à l'extension plus récente des espaces soumis au DPU, elle ne recouvre que rarement un objectif pré-opérationnel.

2. Récupérer les plus-values d'urbanisation

Ce deuxième objectif a très rapidement été ajouté au premier et a été à l'origine de la création d'un certain nombre de "ZAD de protection" autour de zones en cours d'aménagement susceptibles d'engendrer des plus-values dans leur environnement. Mais une certaine confusion a toujours régné dans l'utilisation du droit de préemption à cette fin: le système ne peut vraiment fonctionner que si la collectivité se transforme en marchand de biens, achète les immeubles à leur prix initial et les revend à leur nouvelle valeur. La loi elle-même interdit ce type de fonctionnement puisque, dès la revente, un nouveau prix de référence serait créé qui empêcherait la poursuite de l'expérience.

En définitive, on aboutit seulement à geler le marché pendant un laps de temps plus ou moins long, gel qui s'accompagne dans certains secteurs de banlieue d'une progressive dégradation du tissu urbain dont le renouvellement est bloqué.

3. Saisir une opportunité foncière

Le troisième usage possible du droit de préemption correspond à la philosophie des Zones d'Intervention Foncière de 1975. Il ne s'agit plus de chercher à peser sur le marché mais de mettre la collectivité locale en mesure de saisir les opportunités du marché foncier pour conduire l'aménagement de son territoire. Le pragmatisme l'emporte sur la planification. A l'idée d'une localisation des équipements publics définis a priori lors de l'élaboration du Plan d'Occupation des Sols, sous la forme d'emplacements réservés, succède celle d'une gestion plus souple de l'espace pouvant se modeler en fonction des événements.

Une restriction importante réduit cependant la portée de cette logique: les zones agricoles ou naturelles échappant à ce droit de préemption, celui-ci n'intéresse donc que la gestion par petites touches du tissu urbain existant. En outre, l'obligation qui est faite à la collectivité de motiver sa préemption et, si elle

préempte pour la constitution d'une "réserve foncière", d'en indiquer la destination, interdit de saisir une opportunité pour la constitution de réserves foncières à long terme.

C. Autres usages

On touche là le point le plus sensible du droit de préemption. Derrière une motivation officielle correspondant parfaitement à l'un des objets définis par l'article L.300-1 peut s'abriter (ou même, de plus en plus fréquemment, être dite publiquement) un objectif fort différent, qui peut recouvrir des formes extrêmement variées.

Il serait difficile de faire une analyse complète et précise de toutes les utilisations réelles non prévues par les textes qui peuvent être faites du droit de préemption derrière l'affichage des différents objectifs légaux. L'information en la matière provient de sources officieuses et concordantes. Certains cas, sans doute extrêmes, ont été rapportés dans les médias, mais il est difficile d'en évaluer la fréquence. On peut seulement dresser une typologie des usages para-légaux de la préemption. En-dehors de son utilisation à des fins uniquement informatives, la plupart des cas classiques tournent autour de deux objectifs (qui peuvent être concomitants): sélectionner les catégories de futurs habitants de la commune et faire dépendre de la collectivité le choix de l'opérateur. Ces deux objectifs, qui n'entrent pas à l'évidence dans la vocation du droit de préemption, peuvent se décliner de multiples façons et dépendent l'un et l'autre pour leur mise en œuvre de l'information dont dispose la collectivité sur l'identité de l'acquéreur.

1. La connaissance des transactions

Un certain nombre de maires semblent avoir institué le DPU dans leur commune sans avoir la volonté explicite de faire usage du droit de préemption, mais uniquement dans le but d'être ainsi informé des transactions et des mutations pouvant affecter leur territoire communal.

Il est certain que le DPU n'a pas été institué pour cela. Est-ce pour autant illégitime ? Nous ne le pensons pas, d'autant que le législateur lui-même, par l'article 14 de la loi du 18 juillet 1985, a levé le secret fiscal qui couvre les mutations foncières, au bénéfice des collectivités locales. Mais, en pratique, ce dispositif ne permet qu'une information très tardive nécessitant un recueil d'informations auprès des services fiscaux environ un an après la vente alors que la DIA est au contraire en avance sur l'événement.

Le seul inconvénient du DPU à but uniquement informatif est sans doute d'être socialement trop coûteux relativement à son utilité. Certes, cette utilisation du droit ne coûte rien à la commune elle-même, mais elle représente un renchérissement du coût de la mutation. Il n'est pas considérable mais il serait facile d'en faire l'économie en organisant une circulation plus rapide de l'information en direction des communes. Pourquoi ne pas envisager une communication active (photocopie) de la conservation des hypothèques vers les communes en levant certaines rigidités introduites ultérieurement par les textes d'application de la loi du 18 juillet 1985 et la circulaire (équipement, économie) du 7 juillet 1987 ?

2. Le filtrage des acquéreurs

Il peut s'agir d'exercer un contrôle sur les personnes qui envisagent d'acheter un bien sur le territoire communal (objectif d'homogénéité sociale et électorale, choix des nouveaux habitants). De ce point de vue, la mention de l'identité de l'acquéreur dans la déclaration d'intention d'aliéner, question traitée par ailleurs, joue un rôle crucial et il nous semble qu'elle ne devrait pas figurer dans la DIA. Cette utilisation exorbitante du droit de préemption, permet à une commune de s'opposer à l'arrivée dans la commune de populations jugées indésirables. Contentons-nous de citer une série de cas de figures assez bien connus:

- préemption de terrains pour empêcher la construction d'un foyer de la Sonacotra.
- préemption d'un château pour s'opposer à l'installation d'une secte dans la commune ou d'un terrain pour empêcher la construction d'un lieu de culte.
- préemption de logements lorsque le nom de l'acquéreur semble le désigner comme membre d'une communauté, étrangère dont on veut limiter le nombre dans la commune.

- préemption d'un terrain industriel pour empêcher une implantation insuffisamment productive de taxe professionnelle.

- préemption, dans certaines communes, aux dépens d'organismes HLM, pour empêcher l'édification de logements sociaux, et dans d'autres communes, aux dépens de promoteurs privés pour empêcher l'édification de logements non aidés avec, dans les deux cas, un renforcement de la ségrégation sociale de l'espace dans l'agglomération.

Remarquons que l'ensemble de ces pratiques suppose connue l'identité de l'acquéreur lors du dépôt de la DIA, alors que théoriquement, cette mention est facultative.

On ne peut guère nier qu'il s'agisse dans certains cas de "politique locale de l'habitat", mais il n'est pas évident que cela corresponde à l'intérêt général exigé par le L.210-1, et encore moins à l'objectif de diversité de l'habitat qui figure au premier plan dans le projet de loi d'orientation des villes.

3. Le choix de l'opérateur

Une autre catégorie d'utilisation du droit de préemption s'ordonne autour de la volonté de choisir l'opérateur qui, en achetant un terrain, pourra venir travailler dans la commune. Deux formes de cette politique se rencontrent: il peut s'agir à proprement parler de réserver le territoire communal à des opérateurs amis, tout en les faisant bénéficier de prix de terrains relativement bas grâce à l'action exercée par le droit de préemption sur le marché. Il peut aussi s'agir d'une simple technique de négociation: l'opérateur qui veut surmonter l'obstacle de la préemption doit au préalable négocier la non-préemption.

Une variante de ce qui précède consiste à utiliser la menace du droit de préemption pour imposer un acquéreur ainsi que les conditions éventuelles d'utilisation du terrain. Une telle pratique peut parfaitement correspondre à une saine politique locale de l'habitat, par exemple en effectuant un certain nombre de préemptions permettant de réaliser des logements sociaux correspondant aux besoins de la population. Mais il peut aussi être utilisé pour exercer des pressions directes imposant tel opérateur plutôt que tel autre, indépendamment du programme envisagé.

Il existe aussi le cas de la commune qui se comporte comme un simple marchand de biens et, après préemption, revend à l'acquéreur initial évincé, à un prix supérieur au prix initialement convenu. Une telle pratique contribue certes, dans un premier temps, à alimenter les budgets des communes mais à terme, loin de peser sur les prix, elle contribue à les faire augmenter.

4. Le renforcement du contrôle social

On peut indiquer aussi une pratique sans doute beaucoup plus rare mais dont font état plusieurs témoignages, qui consiste pour une commune à acquérir par la voie du droit de préemption urbain dit "renforcé" un bien immobilier, éventuellement d'importance limitée (chambre de bonne, garage), dans un grand nombre de copropriétés, en particulier les plus importantes, afin d'y exercer une présence tutélaire. Cette forme de "participation" de la municipalité à la vie courante de la commune peut poursuivre des objectifs divers, par exemple la protection d'occupants peu armés face aux entreprises d'opérateurs peu scrupuleux. Elle ne rentre cependant pas de façon évidente dans les objectifs assignés à l'exercice du droit de préemption.

D. Les coûts du droit de préemption

L'instauration et la mise en œuvre du droit de préemption génèrent un ensemble de coûts. Leur appréciation fait l'objet d'opinions fort divergentes. Il est possible de les examiner en distinguant trois types de coûts économiques.

1. Coût de la DIA

Le notaire qui souscrit une déclaration d'intention d'aliéner pour son client réalise un travail qui doit se payer d'une façon ou de l'autre. Il engage aussi sa responsabilité puisque s'il néglige de le faire, la vente peut être annulée et il court alors le risque de voir son client se retourner contre lui. Le notaire doit donc organiser aussi son information. Un droit de préemption peut avoir été institué entre la date du certificat d'urbanisme et la date de la vente. Interrogés, plusieurs notaires évaluent ce coût aux alentours de cinq cents francs par DIA.

2. Coût des délais

A côté du coût direct que constituent la confection et la gestion des DIA, existe ce qu'on pourrait appeler le coût de l'immobilisation provisoire du bien dû à l'allongement du délai de la transaction. Quel est ce délai ? Le délai légal maximum est dans la plupart des cas de deux mois. Certaines collectivités publiques plus diligentes se sont organisées pour répondre rapidement, le plus souvent dans les dix jours, à la majeure partie, voire à la quasi totalité des DIA, celles pour lesquelles il n'y a pas de suite à donner. Mais ces collectivités sont minoritaires. Il semble bien que la plus grande partie des communes se contenteront de ne pas répondre aux DIA qui ne doivent pas donner lieu à préemption, l'absence de réponse valant renonciation à l'issue de la période légale de deux mois.

Peut-on dire pour autant que le délai des transactions soit de ce fait allongé de deux mois ? Pas vraiment, car ce délai est, par ailleurs, mis à profit pour réaliser d'autres démarches nécessaires à la préparation de la transaction, en particulier à la concrétisation du plan de financement. S'il fallait risquer un chiffre, nous dirions que le droit de préemption allonge les transactions qui y sont soumises d'un délai de l'ordre d'un mois. Compte tenu des capitaux en jeu et du taux de l'argent, c'est beaucoup. Mais cet aspect financier est le plus souvent gommé par le fait que l'immeuble continu à être utilisé pendant ce délai.

3. Coût de l'incertitude

Pour les opérateurs, le facteur le plus gênant dans le droit de préemption est, en définitive, l'incertitude qu'il entretient jusqu'au dernier moment sur l'issue d'un montage. Cela est si vrai qu'une pratique sans base légale se développe: celle d'un échange de lettres avec le bénéficiaire du droit de préemption qui y annonce par avance qu'il n'exercera pas ce droit. D'un point de vue purement juridique, cet engagement ne vaut sans doute pas grand chose puisqu'une autorité publique ne peut valablement renoncer à exercer ses prérogatives. En pratique, c'est pourtant une garantie appréciée.

D'où une suggestion souvent exprimée par des professionnels, celle de bloquer en un même acte le certificat d'urbanisme et la DIA afin de gagner du temps. On peut penser que, dans la plupart des cas, ceux où la constructibilité du terrain ne fait pas de doute et où le certificat d'urbanisme n'est qu'une formalité, cette confusion des étapes ne présenterait pas de dommages. Mais le certificat d'urbanisme a justement été créé pour les situations où une erreur d'appréciation de la qualification juridique du terrain aurait pu être commise par l'acquéreur.

Comment l'acheteur et le vendeur pourraient-ils valablement s'entendre sur un prix (le prix qui sera alors porté sur la DIA) si un certificat d'urbanisme n'est pas venu au préalable confirmer le degré de constructibilité du terrain ? Une DIA qui serait jointe à la demande de certificat d'urbanisme ne pourrait donc être qu'une demande de renonciation en blanc à l'exercice du droit de préemption sans que la commune connaisse le prix de la transaction et puisse se prononcer en conséquence.

III. La décision de préempter

L'évolution qui a été retracée montre à quel point la finalité retenue pour l'exercice du droit de préemption s'est transformé dans le temps, et comment l'intention anti-spéculative fortement affirmée dans les zones d'aménagement différé de la première époque (1965-1975) a été progressivement élargie. Les dispositions de la loi de 1985 ont mis en facteur commun un grand nombre de dispositions qui s'appliquent à la fois aux zones d'intervention foncière et aux zones d'aménagement différé.

La motivation - obligatoire - de la décision de préemption résulte aujourd'hui de la combinaison des articles L.210-1 et L.300-1. En vertu de l'article L.210-1, le droit de préemption est exercé "en vue de la réalisation, dans l'intérêt général, des actions ou opérations répondant aux objets définis à l'article L.300-1... ou pour constituer des réserves foncières en vue de permettre la réalisation desdites opérations", et il est précis, que toute décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé.

Les "actions et opérations" visées sont définies de façon extensive par l'article L.300-1:

- mettre en œuvre une politique locale de l'habitat;
- organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques;
- favoriser le développement des loisirs et du tourisme;

- réaliser des équipements collectifs;
- lutter contre l'insalubrité;
- sauvegarder ou mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

Cette liste limitative est donc pratiquement devenue exhaustive, dans la mesure où s'y ajoute la constitution de réserves foncières destinées ... préparer de telles opérations.

La question de la motivation nous paraît être au cœur de la controverse qui se développe actuellement autour de la pratique du droit de préemption: dès lors que pratiquement toute action ou opération d'aménagement peut entrer sous l'une des rubriques précédentes, quelle est la légitimation de l'intervention de cette prérogative particulière ? Le type d'opération effectuée peut-il être laissé de façon discrétionnaire au bénéficiaire du droit de préemption dès lors que celui-ci a indiqué un motif rentrant dans l'une des catégories du L.300-1 ? Que doit-on enfin entendre par "réserves foncières" ?

A. La question des réserves foncières

Les zones d'aménagement différé de la première génération permettaient au bénéficiaire du droit de préemption, en particulier l'État en région parisienne, d'acheter par préemption des terrains mis en vente sans avoir nécessairement à préciser l'usage qui en serait fait dans l'avenir. Cette constitution de réserves foncières non affectées, par opposition aux acquisitions "pré-opérationnelles", faisaient l'objet d'une politique explicite affirmée notamment dans le schéma directeur de 1965, effectivement mise en œuvre par l'AFTRP.

La jurisprudence a progressivement resserré les mailles du filet autour de la notion de réserves foncières, supprimant pratiquement toute perspective à long terme de la constitution de réserves foncières dans la mesure où le mode d'utilisation de cette réserve doit être décidé dès le départ.

La première brèche a été introduite par l'arrêt "Dame Laudon" (Conseil d'État, 6 juin 1969) qui précise que la préemption dans les zones d'aménagement différé peut s'exercer "pour s'opposer à la spéculation foncière dans les zones où sont annoncées des opérations d'urbanisme... dont la réalisation est prévue mais différée dans le temps". De la simple exigence de "l'annonce d'une opération", le juge s'est progressivement rapproché de la simple notion d'acquisition pré-opérationnelle.

On peut citer deux décisions récentes qui illustrent ce point. C'est d'abord l'arrêt Lebouc (Conseil d'État, 25/7/1986, Commune de Saint-Maur): la commune avait décidé de préempter un terrain "en vue de constituer une réserve foncière destinée à recevoir ultérieurement un équipement public". Le Conseil d'État a justifié l'annulation en refusant cette démarche en deux temps et en précisant qu'il fallait "qu'il existe un projet précis et, même si des plans ne sont pas disponibles, qu'il ressorte clairement du dossier qu'il avait été pris en considération et au moins discuté".

On retrouve la même idée dans la décision du Tribunal Administratif de Paris du 22 février 1988 (Kauffmann & Broad c/ Ville de Meudon) qui déclare illégale la préemption effectuée dans la mesure où "la commune n'était pas en mesure d'établir qu'à la date de l'acte contesté, elle avait envisagé, fût-ce à titre prévisionnel, l'exécution d'une opération d'aménagement propre à mettre en œuvre l'objectif invoqué".

Sans prendre ici parti sur l'opportunité d'une politique de réserves foncières ... long terme (encore que l'on puisse penser que la poursuite des acquisitions d'anticipation qui ont été effectuées à la fin des années soixante aurait donné aujourd'hui d'intéressantes marges de liberté dans les choix d'aménagement), il est clair que la jurisprudence en matière de droit de préemption urbain et de zones d'aménagement différé est aujourd'hui contradictoire avec le terme même de réserves foncières, sans qu'il soit nécessaire d'en préciser le terme.

Un choix s'impose donc:

- soit supprimer purement et simplement l'objet "réserves foncières" dans les motivations possibles du droit de préemption;
- soit le conserver en explicitant le fait que l'affectation n'a pas à en être déterminée au jour de la préemption. Cette deuxième hypothèse soulève à l'évidence la question du suivi des biens préemptés ainsi que celle de la mise en œuvre du droit de rétrocession.

Soulignons qu'une telle politique doit être associée à un mode de financement spécifique. Un tel financement avait été mis en place et largement utilisé à la fin des années soixante et au cours des années soixante-dix au niveau du budget de l'État. Cette politique avait été poursuivie, sous forme contractuelle, dans le cadre des "programmes d'action foncière" conclus pour cinq ans entre les collectivités locales et l'État. Elle a été interrompue depuis plusieurs années, et cette interruption soulève le problème du financement de l'action foncière à long terme des communes, notamment dans le cadre du droit de préemption.

B. Le formalisme de la décision de préemption

La décision par laquelle le titulaire décide de préempter doit obéir à un certain nombre de règles formelles qui constituent autant d'obligations légales. On constate fréquemment, en particulier dans les petites communes, que ces règles ne sont suivies que de façon très approximative. C'est d'abord l'obligation de la motivation, prévue à l'article L.210-1 ("la motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision"). Un certain nombre de jugements récents de tribunaux administratifs soulignent que cette formalité substantielle ne doit pas se limiter à paraphraser l'article L.210-1, mais doit expliciter les raisons pour lesquelles le bien préempté est nécessaire à l'opération envisagée. On retrouve ici l'ambiguïté de la motivation "réserves foncières" qui doit être assortie de précisions sur l'opération projetée, ce qui est largement contradictoire avec la finalité des réserves foncières en matière de politique urbaine.

Par réaction contre certains excès rapportés ici ou là dans l'utilisation de la préemption, les tribunaux ont eu tendance à se montrer de plus en plus exigeants pour vérifier les motivations de la préemption. En voulant que son bénéficiaire ne se contente pas de la motiver en citant l'un des objets prévus par la loi, mais en exigeant qu'il précise pour quelle opération le droit de préemption est exercé, voire même qu'il soit en mesure de justifier qu'au moment où la décision de préemption a été prise, le projet d'opération avait déjà été inscrit dans les délibérations du conseil municipal ou dans toute autre décision prise par la commune (financement d'une étude, projet de ZAC, etc.), on aboutit à rendre difficile l'utilisation de la préemption pour des acquisitions d'opportunité (finalité des anciennes ZIF). Comment imaginer sérieusement que, dans les deux mois dont elle dispose pour décider d'acquérir une propriété, qui aurait pu ne jamais être mise en vente, elle ait le temps de monter un projet d'opération adapté ?

C. Que deviennent les biens préemptés ?

La loi indique les motifs qui peuvent être invoqués pour mettre en œuvre le droit de préemption. Il paraît donc aller de soi que le bien acquis doit recevoir une utilisation finale conforme à l'objet indiqué au moment de la décision de préempter.

Trois remarques peuvent cependant être faites:

- La définition très "ouverte" des objectifs de l'article L.300-1 du Code de l'Urbanisme permet au bénéficiaire de n'être guère contraint par le motif indiqué. On indique par exemple parfois la motivation suivante: "politique locale de l'habitat (construction de logements)" ou encore "équipement public de voisinage". La liberté de choix reste donc importante.

- En l'absence d'une jurisprudence ferme sur la question, il semble que le titulaire du droit de préemption puisse utiliser le bien préempté pour un usage autre que celui qui avait été indiqué dans la décision de préemption, dès lors que cet usage rentre lui aussi dans l'une des catégories prévues à l'article L.210-1 (Voir R,p. Min. n°10089, J.O. Débats Assemblée Nationale, 29 février 1988, p.903).

- Si le bien préempté n'a pas été utilisé au terme d'une période de dix ans à l'une des fins prévues par la loi, l'expiration du délai ouvre droit à la mise en œuvre du mécanisme de rétrocession: le vendeur ou, par substitution, l'acquéreur évincé, peut exiger que le bien lui soit rétrocédé. Mais comment être informé de l'utilisation finale du bien? La loi de 1985 a prévu (article L.213-13 du Code de l'Urbanisme) que le titulaire ouvre un registre décrivant l'utilisation des biens préemptés.

Dès lors que l'on souhaite maintenir le principe d'une motivation ferme de la préemption ainsi que le mécanisme de rétrocession, il est nécessaire d'assurer une information fiable et suivie sur l'utilisation des biens préemptés. Pourtant l'existence effective de ce registre constitue une exception, aussi bien

dans les petites communes que dans les grandes villes qui font un usage courant du droit de préemption.

Par ailleurs, il paraîtrait normal, par analogie avec l'expropriation, que le droit de rétrocession soit ouvert dès que le titulaire du droit de préemption revend le bien pour un autre objet que celui qui a été indiqué dans la décision de préemption.

D. L'indication du nom de l'acquéreur dans la DIA

C'est un point difficile sur lequel subsiste une ambiguïté, voire une contradiction: la mention de l'acquéreur envisagé ne figure pas obligatoirement dans la déclaration d'intention d'aliéner un bien soumis au droit de préemption urbain, et pourtant il est nécessaire de connaître cet acquéreur pour pouvoir faire jouer la proposition de rachat prévue à l'article L.213-11 du Code de l'Urbanisme.

Cette question a une grande importance pratique: la préemption est en effet exercée dans un certain nombre de cas en fonction de l'identité de l'acquéreur, dont certaines communes tendent à exiger que le nom figure dans la déclaration d'intention d'aliéner.

La question ne se pose pas pour le droit de préemption des co-indivisaires. Dans ce cas, le Code Civil (art. 815-14) impose au vendeur de notifier aux co-indivisaires les "nom, domicile et profession de la personne qui se propose d'acquérir", ce qui paraît aller de soi, compte tenu des contraintes liées au régime juridique de l'indivision.

Cette même information sur l'acquéreur doit figurer lorsqu'un bien agricole mis en vente est soumis au droit de préemption de la SAFER, ce qui est logique dans la mesure où les SAFER ont pour vocation d'améliorer les structures des exploitations agricoles.

Il en va différemment pour l'exercice du droit de préemption urbain ou celui qui s'exerce dans les zones d'aménagement différé. Avant la loi de 1985, les formulaires correspondant au droit de préemption en ZAD ou en ZIF ne comportaient aucune indication sur l'acquéreur.

Par contre, le modèle de déclaration d'intention d'aliéner, annexé à l'article A.213-1 du Code de l'Urbanisme, comprend une rubrique relative à l'identité de l'acquéreur. Il est précis, que ces renseignements "doivent être obligatoirement fournis si la personne qui se propose d'acquérir l'immeuble l'exige: en effet, en cas de non-utilisation aux fins prévues par les textes du bien acquis par préemption, l'acquéreur évincé par la préemption dispose d'un droit de rachat préférentiel".

Compte tenu du délai de dix ans requis pour faire jouer ce droit et de la définition très large des finalités du droit de préemption, on peut penser que l'acquéreur n'attache pas en général une grande importance à ce que son identité figure dans la DIA. Celle-ci y figure pourtant fréquemment et il semble que, en l'absence d'exigence de la part de l'acquéreur, ce sont les communes bénéficiaires qui l'exigent, en l'absence de toute référence aux textes. Certaines collectivités renvoient systématiquement les DIA qui ne mentionnent pas le nom de l'acquéreur pour "renseignements incomplets".

Des pratiques du même ordre sont observées en cas de changement de l'acquéreur, après purge du droit de préemption, aux conditions initiales. Il paraît pourtant clair qu'il n'y a pas lieu dans cette hypothèse de purger à nouveau le droit de préemption: l'identité de l'acquéreur ne peut, sur le plan des principes juridiques, être rangé parmi les éléments substantiels qui exercent une influence sur la décision de préempter.

Étant donnée la très faible importance pratique de la clause de rachat préférentiel, par l'acquéreur évincé, d'un bien préempté qui n'a pas été utilisé conformément aux fins prévues par les textes, la mention de l'acquéreur paraît devoir être supprimée de la déclaration d'intention d'aliéner.

E. La question des délais

Le bénéficiaire dispose d'un délai de deux mois à dater de la réception de la DIA pour notifier son intention d'exercer son droit de préemption. Ce délai de "purge" apparaît comme un minimum, surtout si l'on sait qu'il s'achève non pas à la prise de décision mais à la réception effective, par le vendeur, de la décision de préemption, l'intervention d'un huissier pouvant alors être nécessaire. Il n'est guère remis en cause. Il en est de même pour le délai de deux mois dont dispose alors le vendeur pour indiquer, le cas échéant, s'il accepte la contre-proposition du bénéficiaire du droit de préemption. Il

serait seulement souhaitable que le titulaire informe le vendeur dès qu'il a pris sa décision de ne pas préempter, sans attendre l'expiration du délai. Mais c'est seulement là affaire de pratique.

Par contre, lorsque le propriétaire refuse la contre-proposition du titulaire du droit de préemption et que celui-ci estime le prix de la D.I.A. exagéré (article R 213-11 du C.U.), il ne dispose plus, depuis le décret n°87-283 du 22 avril 1987 que d'un délai de quinze jours pour saisir le juge en vue de la fixation judiciaire du prix, à peine de déchéance. Le raccourcissement du délai pose un problème sérieux pour obtenir de l'administration fiscale les références de mutations privées (article 14 de la loi du 18 juillet 1985) et rédiger le mémoire. Le retour à un délai de un mois paraîtrait raisonnable.

F. Instabilité du droit et rôle de la jurisprudence

A l'exception des zones d'aménagement différé de la première période (de 1962 à 1971), le droit de préemption a donc été d'une grande instabilité, tant dans les règles de fond que de procédure. La pratique décentralisée a accru le degré d'incertitude engendré sur les marchés par l'existence d'un droit de préemption.

Dans une telle situation d'instabilité des textes, l'intervention accrue du juge peut contribuer à préciser progressivement le cadrage de l'exercice du droit de préemption. Or, malgré la grande complexité et technicité des règles, la jurisprudence est relativement peu abondante et les commentateurs se réfèrent à un petit nombre d'arrêts qui ont effectivement précisé le droit (Dame Laudon, 1969, Lebouc, 1986, Kaufman & Broad, 1988). Comme le soulignent J.-P. Gilli et H. Charles (op. cit.), "le caractère kafkaïen du droit ne semble pas favoriser la production contentieuse, peut-être à raison de l'épaisseur du secret qu'il oppose aux techniciens les plus chevronnés, les détournant de la saisine... On devra recevoir avec prudence les décisions dont nous disposons car, eu égard à l'opacité des textes et aux difficultés de leur application *ratione temporis*, leur portée en la matière ne pourra être tenue pour certaine et pérenne". On peut toutefois noter un certain accroissement du contentieux au cours de ces dernières années en particulier en matière de droit de préemption urbain.

IV. La fixation du prix

A. Logiques institutionnelles

Dans le régime antérieur à la loi du 18 juillet 1985, la fixation du prix était soumise à des régimes différents selon que l'on se trouvait en ZAD ou en ZIF. En ZIF, le prix de référence était la valeur de marché, principe simple et peu contestable. En ZAD, le principe retenu était celui du prix du bien "dans l'usage qu'il avait un an avant la création de la ZAD". Dans les deux cas, ce prix est bien évidemment exclusif de toute indemnité accessoire, notamment de l'indemnité de réemploi, étant donné que le propriétaire déclare son intention de vendre.

Ces régimes de prix obéissaient donc à deux logiques différentes: pour la ZAD, le choix de la date de référence un an avant la création de la ZAD traduit une volonté de peser sur l'évolution des prix fonciers dans les zones en cours d'urbanisation en "arrêtant les pendules" en ce qui concerne la caractérisation du bien, en particulier son caractère de "terrain à bâtir".

La distinction fondamentale en la matière est en effet celle qui sépare le "terrain à bâtir" de toutes les autres catégories de terrain. Cette définition du terrain à bâtir (au sens du régime de l'expropriation - et donc, en ce qui concerne la fixation des prix, de la préemption) est maintenant stabilisée dans le code de l'expropriation: la catégorie "terrain à bâtir" - et l'évaluation correspondante - désigne les terrains qui sont à la fois constructibles juridiquement, et l'évaluation tient compte des possibilités légales et effectives de construire, et constructibles techniquement, c'est-à-dire qu'ils sont desservis par l'ensemble des équipements d'infrastructure " à condition que ces divers réseaux soient situés à proximité immédiate des terrains en cause et soient de dimension adaptée à la capacité de construction de ces terrains".

A l'inverse, la préemption en ZIF, simple moyen pour la commune d'effectuer des acquisitions d'opportunité dans les zones urbaines, s'effectuait au prix du marché.

Si le principe a été conservé pour les ZAD, c'est-à-dire que la date de référence se situe un an avant la publication de l'acte instituant la zone, il a été changé pour le droit de préemption urbain: dans ce cas,

on doit retenir "la date du plus récent des actes rendant public, approuvant ou modifiant le plan d'occupation des sols et délimitant la zone dans laquelle sont situés les biens" (article L.213-14 C.U.).

Ce principe pose un difficile problème pour l'évaluation, compte tenu de la très grande mutabilité des POS. Une grande partie des POS est actuellement en cours de révision ou de modification, et l'abus du recours à des modifications successives, alors que la révision s'imposait, est rarement sanctionné. Dès lors, cette règle devient voisine du recours à la valeur vénale, et l'explicitation de ce fait écarterait peut-être des jeux sur le zonage pour peser sur les prix de préemption.

Il existe certes un garde-fou qui permet d'invoquer l'"intention dolosive" exprimée par le zonage, mais la jurisprudence a donné une interprétation restrictive de cette notion qui doit traduire "une volonté délibérée de dévaloriser des terrains, afin d'en obtenir la cession ou l'expropriation à moindre prix pour la réalisation de l'opération envisagée" (C.A. Rennes, Ch. Expro, 15 janvier 1982, Direction des Services Fiscaux de Loire Atlantique c/ Commune du Pouliguen et Lehued, -Peltier).

En l'état actuel d'instabilité de la planification urbaine, la référence au plus récent des actes affectant le POS ne paraît donc pas remplir correctement sa fonction.

Deux situations doivent être distinguées:

- Si le terrain se trouve dans une zone dont l'usage est à peu près stabilisé, essentiellement les zones urbaines, le recours à la valeur de marché constitue la référence correcte, et le prix indiqué dans la déclaration d'intention d'aliéner paraît en ce cas un indicateur adéquat, sous réserve de quelques précautions.

- Si le terrain est compris dans une zone d'urbanisation future (NA) d'un POS, ou dans une zone NC ou ND couverte par une zone d'aménagement différé issue de la loi du 2 août 1989, la situation est tout à fait différente dès lors que l'on assigne au mécanisme de préemption un objectif de peser sur les prix fonciers.

Pour ce qui concerne le DPU, la référence au "dernier acte POS" paraît insuffisant comme mode de régulation, compte tenu des pratiques en matière de POS. En matière de ZAD dans les zones naturelles des communes dotées d'un POS, il paraîtrait important de réintroduire le mécanisme des "périmètres provisoires" qui permet de stopper le mécanisme d'emballement des marchés fonciers, dont certains "secteurs stratégiques" de la région Ile-de-France mettent en évidence la rapidité de propagation (cette disposition figure dans le projet de "loi d'orientation des villes" actuellement soumis au Parlement).

Cette modification permettrait d'éclaircir le rôle que joue l'évaluation qui est faite par le Service des Domaines, de façon obligatoire lorsque le montant de la transaction dépasse la somme de 200.000 francs. En principe, les Domaines évaluent le prix de marché à partir d'éléments de comparaison fonds sur des transactions effectuées dans le même secteur ou, à défaut, dans des situations comparables.

Ici encore, la grande flexibilité des documents d'urbanisme conduit les opérateurs, dans des situations à forte pression, à anticiper sur les changements de zone, et ces anticipations conduisent à faire apparaître des prix incluant une forte "espérance de constructibilité" sur des terrains classés NC ou ND. Dans le cadre des règles auxquelles ils sont soumis, les Services des Domaines sont alors conduits à évaluer de tels terrains en fonction de transactions comparables, intégrant elles aussi cette "valeur de constructibilité". La plus-value liée à l'anticipation sur le changement du zonage est alors entérinée par les Domaines, rendant ce changement inéluctable.

En résumé, la référence au prix de marché, sans mise en œuvre du mécanisme judiciaire de révision des prix, paraît convenir pour les interventions "ordinaires", par exemple en tissu urbain stabilisé. Tel serait l'objet du "droit de préférence communal".

Par contre, le mécanisme ZAD, resserré comme indiqué précédemment, permettrait "d'arrêter les compteurs" dans les zones en surchauffe, sous réserve de règles spécifiques à préciser pour l'évaluation effectuée par le Service des Domaines et de l'instauration d'un droit de substitution de l'État dans la procédure.

B. Logiques économiques

1. Les aléas de l'évolution judiciaire

Le recours à une décision du juge de l'expropriation pour déterminer le prix auquel sera préempté un bien immobilier présente, dans la pratique, un inconvénient que la seule lecture des textes ne permet pas de déceler: le caractère relativement erratique du jugement rendu. Dans l'organisation actuelle des tribunaux, le juge de l'expropriation, malgré son titre, ne bénéficie d'aucune formation particulière, traite ce type de dossier une partie de son temps seulement, et ne reste généralement pas affecté suffisamment longtemps à cette tâche pour avoir l'occasion d'acquérir une bonne connaissance des marchés fonciers et des mécanismes économiques de formation des prix. Il est donc obligé de s'en remettre à l'expertise du service des domaines et aux prétentions plus ou moins pertinentes de l'avocat du propriétaire qui a lui-même beaucoup de mal à découvrir des éléments de comparaison.

Lorsqu'on se situe dans une hypothèse d'expropriation proprement dite, avec un ensemble de parcelles voisines à acquérir par la collectivité publique pour mener une opération, le rôle du juge est plus simple, il est de veiller à ce que les différents propriétaires soient traités les uns par rapport aux autres avec une certaine équité. Lorsqu'il s'agit d'un droit de préemption sur une ZAD périphérique classique, destinée à maintenir les acquisitions alignées sur les prix fonciers agricoles de référence, il n'y a pas non plus de gros problème pour rendre la justice. Mais, dans les situations de plus en plus nombreuses, où le juge doit se prononcer sur le prix d'un terrain urbain isolé, dont la constructibilité a pu varier plusieurs fois au cours des dernières années et dont l'affectation est, en fait, mal définie, la solution adoptée est aléatoire et la qualité de l'avocat qu'aura pu rémunérer le vendeur y sera pour beaucoup. On rapporte même des exemples de jugements rendus à des prix nettement supérieurs à celui de la DIA qui avait été déposée.

2. Prix de marché ou prix de référence ?

Il existe dans la mécanique du droit de préemption à la française deux séries de dispositifs, deux temps successifs, de nature assez différente. Le premier permet à la collectivité publique bénéficiaire du droit de préemption de bloquer (au moins provisoirement) une vente; le second lui permet d'acheter le bien immobilier dans des conditions particulières.

La première série de règles indique, avec un grand souci de formalisme, dans quels cas, à l'intérieur de quels espaces, dans quelles conditions, en vue de quels objectifs préalablement désignés et en respectant quelles procédures, une collectivité publique va pouvoir stopper une vente qui était sur le point de se conclure entre un vendeur et un acheteur, afin de tenter d'acheter elle-même le bien immobilier. Mais cet achat n'aura lieu que s'il y a simultanément accord du vendeur et de la collectivité. Même si celle-ci est d'accord pour acheter au prix annoncé, rien n'oblige le vendeur à accepter de vendre: il a le droit de renoncer à la vente. Quant à la collectivité, elle peut fort bien bloquer la vente sans véritable intention d'acheter l'immeuble, par exemple en proposant un prix déraisonnablement bas qui, certes, sera révisé par le juge, mais il lui sera alors toujours possible de renoncer à l'acquisition et l'on peut penser que, souvent, à l'issue de ces arbitrages (un peu plus d'un an), l'acheteur aura fait affaire ailleurs.

La logique de la préemption ne peut donc être comprise sans porter une attention particulière à une deuxième série de règles, celles qui permettent de fixer le prix "comme en matière d'expropriation" et laissent chacune des parties libres de se retirer si elle n'est pas d'accord. Comment ce prix est-il déterminé ? Deux opérations successives sont nécessaires: il s'agit d'abord de définir sous quelle qualification (usage et constructibilité) le bien doit être évalué puis de rechercher des exemples de mutations ayant porté sur des biens de qualification identique pour apprécier sa valeur par comparaison. Cette procédure se comprend bien lorsque la préemption s'exerce dans une logique de récupération des plus-values résultant d'un changement de qualification du terrain dans un processus d'urbanisation en cours. Mais elle s'applique aussi à l'estimation d'un bien ayant déjà eu précédemment le même usage et la même qualification que celle pour laquelle il est vendu.

Tout revient alors à ce que, au lieu d'admettre que la valeur du bien n'est autre que celle à laquelle quelqu'un était prêt à l'acheter, on considère qu'il existe un "juste prix" qui doit être recherché ailleurs. Notre droit semble ici influencé par des réminiscences thomistes: il considère que le prix "normal" d'un bien, son "juste prix", est en quelque sorte une qualité intrinsèque de ce bien, qui doit être recherché ailleurs que dans l'existence d'une demande effective. Or, si la notion de prix "normal"

peut, éventuellement, s'appliquer à un bien manufacturé en le définissant comme la somme de ses coûts de production, majoré d'une marge elle aussi normale, s'agissant d'un espace, sa valeur n'a d'autre source ni d'autre justification que l'existence d'un acheteur prêt à payer ce prix.

3. Droit de préemption ou droit de préférence ?

La plupart des attaques dont le droit de préemption est l'objet trouvent leur origine dans la faculté accordée à la collectivité qui en bénéficie de contester le montant de la transaction et d'engager la procédure d'évaluation judiciaire. C'est en effet l'engagement de cette procédure qui permet, de facto, de transformer le droit de préemption en technique de blocage au coup par coup de telle ou telle transaction sans véritable intention d'acquérir le bien. Lorsqu'elle est engagée assez systématiquement (cas de communes peu nombreuses, il est vrai) pendant une longue période, elle peut aboutir à un gel du marché à un niveau artificiellement déprimé, les prix de référence sur lesquels peut s'appuyer l'évaluation du juge étant eux-mêmes des prix artificiels. Le marché foncier d'une commune ne pouvant pas être déconnecté du marché des autres communes de l'agglomération, il s'ensuit qu'aucune vente n'est plus spontanément pratiquée avec des effets négatifs sur le tissu urbain qui cesse d'évoluer en-dehors des interventions publiques.

Inversement, il existe des situations dans lesquelles la récupération des plus-values est pleinement justifiée. Lorsque la collectivité publique est en train d'aménager ou de faire aménager un secteur pour l'ouvrir à l'urbanisation ou pour le transformer profondément, il serait à la fois injuste et antiéconomique que les plus-values induites par les travaux ne soient pas affectées à leur financement et que les acquisitions foncières de la collectivité incorporent les plus-values d'anticipation qui résultent normalement du jeu du marché. Mais alors ce sont toutes les acquisitions du secteur qui doivent être réalisées au profit de la collectivité ou de l'opérateur.

Si dans un quartier donné, le jeu du marché et de ses anticipations amène un acheteur à proposer 300 pour un terrain, c'est donc bien sa valeur. Il n'est pas normal que la collectivité ait la possibilité de le préempter en faisant réviser son prix à 100 et qu'elle ne préempte pas le terrain voisin vendu à 100 puisque, par hypothèse, lui aussi vaut 300 et, si ce n'est pas le vendeur qui bénéficie de la plus-value sous forme de rémunération occulte, c'est l'acheteur autorisé à acheter par abstention de préemption de la collectivité qui incorporera la plus-value dans le prix de sortie de son opération.

Une saine conception de la préemption suppose donc qu'on distingue assez radicalement deux situations selon que la préemption est un outil de drainage des plus-values au profit du financement d'un aménagement en cours ou en projet ou selon qu'elle n'est que l'exercice d'un droit de préférence de la collectivité pour lui permettre d'acheter le terrain qu'elle juge nécessaire à la bonne gestion de son territoire.

Si l'on est dans la première situation, c'est-à-dire dans un secteur où se déroule une opération d'aménagement qui valorise les terrains, il est certain que leur acquisition doit se réaliser non pas au prix du marché, mais à un prix révisé pour en retrancher les plus-values liées à cet aménagement et au changement de qualification juridique des sols; et dès lors, ce sont tous les terrains qui doivent être si possible acquis.

Par contre, lorsqu'on se trouve dans la situation plus banale d'un quartier dans lequel quelques acquisitions peuvent être utiles à la collectivité, il devient illogique qu'en faisant jouer le droit de préemption, on prétende acheter le bien immobilier à un autre prix que celui auquel il aurait sinon été vendu. Il faudrait mieux parler alors d'un simple droit de préférence et non d'un droit de préemption.

Ce droit de préférence pourrait être beaucoup plus facilement accepté et exercé par la collectivité sans qu'il soit nécessaire de l'entourer de toutes les garanties juridiques et restrictions qui ne sont là que parce que le prix peut être fixé "comme en matière d'expropriation".

V. Propositions

A. La place de la préemption parmi les outils d'urbanisme

Le droit de préemption urbain dont disposent aujourd'hui les communes n'est que l'un des éléments d'une boîte à outils qui s'est progressivement enrichie au point de devenir un peu pléthorique, alors

qu'à la fin des années cinquante, lorsque a été inventé le système de la préemption à finalité d'aménagement, les moyens d'action étaient beaucoup plus rudimentaires:

- L'urbanisme réglementaire, c'est-à-dire le pouvoir d'interdire tel ou tel usage du sol, s'est considérablement tendu avec la multiplication des POS qui couvrent aujourd'hui 36% des communes où vivent 80% de la population. Utiliser le droit de préemption pour empêcher une modification d'usage du sol ne se justifie plus, sauf à dire que la commune intègre dans son raisonnement la flexibilité de la règle qu'elle adopte.
- Les techniques de l'urbanisme opérationnel, c'est-à-dire le pouvoir de faire faire, sont maintenant bien rodées, principalement à travers le système de la ZAC, éventuellement du lotissement, ou même accessoirement de l'AFU. Elles permettent des interventions beaucoup plus fines.
- Le financement des équipements est une question dont la solution a fait elle-même de nombreux progrès et le système du programme d'aménagement d'ensemble (PAE) offre en particulier une méthode souple et rationnelle de financement des coûts d'urbanisation induits par les constructions nouvelles. En termes économiques, l'instauration d'un PAE réduit d'autant les plus-values dont peuvent bénéficier les terrains d'un secteur, dans des conditions de clarté bien plus satisfaisantes pour tous (propriétaires, opérateurs et collectivités) que le système de la préemption pour récupération de plus-values.
- Enfin les règles de l'expropriation sont elles-mêmes devenues nettement plus satisfaisantes pour les collectivités publiques depuis que la qualification de "terrain à bâtir" suppose simultanément une constructibilité réglementaire et un raccordement effectif aux réseaux.

Par référence aux exemples étrangers les plus performants, quelques lacunes restent certes à combler, dont la mise en œuvre permettrait de mieux cerner l'usage du droit de préemption:

- imposition insuffisante des terrains urbanisables qui continuent à être imposés à leur valeur agricole;
- absence d'une procédure de remembrement urbain susceptible de mobiliser les sols qu'on décide d'ouvrir à l'urbanisation;
- pratique trop exceptionnelle de l'échange foncier pour maîtriser les terres agricoles de la périphérie;
- absence d'une redevance d'équipement immédiatement acquittée par les propriétaires des terrains desservis.

En toute hypothèse, il est certain que ce n'est pas au droit de préemption qu'on doit vouloir faire jouer tous les rôles.

B. Deux outils pour deux objectifs

Les diverses variantes du droit de préemption (anciennes et nouvelles ZAD, DPU simple et DPU renforcé) se distinguent par leur champ d'intervention et leurs bénéficiaires, mais l'économie du système reste voisine. Il nous semblerait utile de réfléchir à la possibilité de leur substituer deux outils assez différents l'un de l'autre.

D'une part on conserverait le principe de la ZAD, quel qu'en soit par ailleurs le bénéficiaire (collectivité locale ou État) dans tous les cas où l'on est véritablement en présence, comme son nom l'indique, une "zone d'aménagement" dont il s'agit d'acquérir les terrains sans les laisser s'augmenter des plus-values d'anticipation dont le jeu normal du marché les gratifierait. Le droit de préemption traditionnel doit pouvoir continuer à s'appliquer à de telles situations, avec fixation du prix par le juge de l'expropriation. Les rares modifications à prévoir devraient plutôt faciliter l'action de la collectivité: par exemple, certains délais de la procédure sont actuellement insuffisants.

A côté serait créé un droit de préférence communal en remplacement du droit de préemption urbain. Il s'en distinguerait par les points suivants:

- Son champ d'application ne serait plus limité aux seules zones U et NA des POS: la gestion d'un territoire communal forme un tout et il n'y a rien de malsain pour une commune à acquérir des espaces naturels, soit pour y localiser certains aménagements, soit pour les conserver en l'état, ou encore pour les utiliser comme monnaie d'échange avec des propriétaires de terrains périphériques.

- Le champ d'application serait défini géographiquement par délibération du conseil municipal et ne pourrait pas être modifié plus d'une fois par mandat.
- Le DPC s'exercerait au prix annoncé dans la DIA, sans possibilité de révision judiciaire de ce prix.
- La collectivité publique n'aurait plus à justifier sa décision en indiquant la destination finale de son acquisition, évitant ainsi soit le formalisme inutile, soit une décision précipitée. Il deviendrait ainsi possible pour les communes de constituer de véritables réserves foncières, c'est-à-dire un portefeuille de terrains non affectés.
- Le propriétaire déposant une DIA n'aurait plus la possibilité de renoncer à la vente lorsque la commune exercerait son droit de préférence: la DIA vaudrait pleinement offre de vente.
- Il ne serait plus possible de faire mention du nom de l'acheteur sur le formulaire de DIA.

Autant de caractéristiques (indiquées ici sous réserve d'analyses plus poussées) qui ferait de ce "DPC" un outil dont le champ d'application serait le plus large, qui ne pourrait plus être dénoncé comme une atteinte au droit de propriété puisque la seule personne éventuellement lésée serait le futur acquéreur qui, par hypothèse, n'est pas encore propriétaire et qui aurait seulement la peine de chercher une autre propriété à acquérir, et qui permettrait aux communes de bénéficier pleinement des opportunités, par hypothèse imprévisibles, qui se présentent sur le marché.