

N° 366494 (QPC)

- Mme B...

- Association Roc Paradet

3^e et 8^e sous-sections réunies

Séance du 24 avril 2013

Lecture du 22 mai 2013

CONCLUSIONS

Vincent Daumas, rapporteur public

Cubières-sur-Cinoble est une toute petite commune (moins d'une centaine d'habitants) située dans le département de l'Aude, en limite du département des Pyrénées-Orientales. Une délibération de son conseil municipal du 29 avril 2009 a autorisé son maire à conclure un bail avec la société Enerpôle, dans le cadre d'un projet d'implantation de plusieurs éoliennes sur des parcelles appartenant à la commune – parcelles dont il est constant, notons-le d'emblée, qu'elles relèvent de son domaine privé. Cette délibération a été attaquée devant le tribunal administratif de Montpellier par un membre du conseil municipal, Mme Erin B..., et par une association locale, l'association Roc Paradet.

Devant le tribunal administratif, les requérants ont soutenu, entre autres, que la délibération litigieuse méconnaissait les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 2241-1 du code général des collectivités territoriales. Cet article prévoit, en son premier alinéa, que le conseil municipal délibère sur la gestion des biens et les opérations immobilières effectuées par la commune. Son troisième alinéa ajoute que, dans les communes de plus de 2 000 habitants, « toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers » donne lieu à une délibération du conseil municipal qui doit être motivée et intervenir « au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'Etat », c'est-à-dire, aujourd'hui, le service France Domaine qui est rattaché à la direction générale des finances publiques.

Le tribunal administratif a jugé, vous vous en doutez, que les requérants ne pouvaient utilement se prévaloir de ces dispositions, dès lors que Cubières-sur-Cinoble compte moins de 2 000 habitants. Et après avoir écarté les autres moyens soulevés, il a rejeté les conclusions à fin d'annulation présentées par Mme B... et l'association Roc Paradet. Ceux-ci, qui ne manquent pas de suite dans les idées, ont toutefois fait appel et, devant la cour administrative d'appel de Marseille, ont soulevé une question prioritaire de constitutionnalité critiquant les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 2241-1 du CGCT au regard des principes constitutionnels d'égalité et de protection de la propriété des personnes publiques, en tant que ces dispositions législatives ne s'appliquent pas aux communes de moins de 2 000 habitants. Ils faisaient valoir que l'exigence d'une délibération motivée et d'un avis préalable du service des domaines constituent des garanties tendant à assurer la protection de la propriété des communes et qu'au regard de cet objectif, les communes de moins de 2 000 habitants ne se trouvent pas dans une situation différente de celles dont la population est supérieure.

La cour administrative d'appel de Marseille vous transmet cette QPC.

1. Avant de l'examiner à l'aune des conditions posées par les dispositions de l'article 23-4 de l'ordonnance (n° 58-1067) du 7 novembre 1958, disons juste un mot de la question de la compétence de la juridiction administrative pour connaître du litige qui donne lieu à la QPC.

Nous ne sommes pas persuadé que, lorsqu'une QPC vous est transmise par une juridiction, vous deviez vérifier que celle-ci n'a pas méconnu les règles de répartition des contentieux entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire¹. Compte tenu du caractère prioritaire de la QPC et de la brièveté des délais dans lesquels cette procédure est enfermée, vous pourriez sur ce point, nous semble-t-il, faire confiance à l'appréciation du juge qui vous transmet la QPC. A tout le moins, si vous deviez exercer un contrôle sur ce point, il ne pourrait s'agir que d'un contrôle sommaire, effectué en l'état de l'instruction – comme l'est votre vérification du critère de l'applicabilité au litige de la disposition législative contestée.

Quoiqu'il en soit, en l'espèce, cette compétence ne nous paraît pas faire de doute. Le Tribunal des conflits juge que la contestation par une personne privée de l'acte, notamment une délibération, par lequel une commune initie avec cette personne une relation contractuelle dont l'objet est la valorisation du domaine privé de la commune et qui n'affecte ni le périmètre ni la consistance de ce domaine ne met en cause que des rapports de droit privé et relève, à ce titre, de la compétence du juge judiciaire (TC 22 novembre 2010, SARL Brasserie du Théâtre c/ commune de Reims, n° 3764, au Recueil). Cette jurisprudence exclut de la compétence du juge judiciaire à l'égard des actes de gestion du domaine privé des personnes publiques les recours introduits contre de tels actes par des tiers, ainsi que vous l'avez confirmé tout à fait expressément (CE 21 janvier 2011, M. K..., n° 330653, aux tables du Recueil). Tel est le cas en l'occurrence.

2. Cette précision apportée, nous croyons que la première des conditions posées par les dispositions de l'article 23-4 de l'ordonnance (n° 58-1067) du 7 novembre 1958, la condition d'applicabilité au litige de la disposition législative contestée, n'est pas remplie.

Certes, vous ne jugez pas inapplicable au litige, au sens et pour l'application de ces dispositions, une disposition législative qui se trouve critiquée, précisément, en tant qu'elle ne s'applique pas à la situation de l'auteur de la QPC, autrement dit en tant que son champ d'application n'est pas assez étendu (CE 14 avril 2010, Mme L... et M. L..., n° 336753, au Recueil). Mais il faut tout de même, pour qu'une disposition soit regardée comme applicable au litige, que sa contestation ne soit pas inopérante au regard de ce litige (CE 19 janvier 2011, EARL Schmittseppel, n° 343389, aux tables du Recueil). En l'espèce, il nous semble que cette contestation est inopérante.

Si l'on fait l'hypothèse, pour les besoins de la cause, que le Conseil constitutionnel juge, comme l'espèrent les requérants, que les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 2241-1 du CGCT doivent s'appliquer aussi aux petites communes, et donc aussi à Cubières-sur-Cinoble, restent qu'elles n'exigent une délibération motivée du conseil municipal prise au vu de l'avis du service des domaines que lorsqu'est en cause une « cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers ». Or à la lecture de la délibération du 29 avril 2009 qui constitue l'objet du litige, il nous semble très clair, contrairement à ce que

¹ A la différence du cas où la QPC vous est directement soumise (CE 31 mai 2012, fédération nationale du portage salarial, n° 356833, inédite au Recueil).

soutiennent les requérants, que celle-ci n'autorise pas le maire à conclure un bail conférant au preneur des droits réels.

Revenons un instant sur cette délibération. Elle rappelle que le conseil municipal a approuvé dans son principe un « projet éolien » qui, pour pouvoir se concrétiser, doit donner lieu à la signature d'un premier bail de cinq ans avec la société Enerpôle, au terme duquel, si le projet est viable, interviendra un bail emphytéotique de vingt ans. On comprend mieux le contenu du projet à la lecture du document intitulé « protocole d'accord éolien », lequel constitue la convention que la délibération autorise le maire à conclure. Cette convention comporte deux parties distinctes. La première porte sur la mise à disposition de trois parcelles communales pendant une durée maximale de cinq ans destinée à permettre à la société d'étudier la faisabilité du projet. La société est autorisée, à cette fin, à accéder aux parcelles pour y effectuer toutes les mesures nécessaires. Il est prévu qu'elle puisse y installer, à titre provisoire, un ou plusieurs mâts pour procéder à ces mesures. La seconde partie de la convention se présente comme une « promesse synallagmatique de bail ». Elle décrit les conditions dans lesquelles, si la société décide la poursuite du projet au terme de la phase d'étude, un bail emphytéotique de 20 ans sera conclu afin de permettre l'implantation des éoliennes sur les parcelles en cause.

Ainsi la convention en question ne confère à la société, en elle-même, aucun droit réel sur les parcelles communales. Leur mise à disposition pour une durée maximale de cinq ans est tout à fait limitée dans son objet. Et quant à la promesse de conclure un bail emphytéotique, à supposer qu'il s'agisse bien d'une promesse – point sur lequel nous allons revenir – il ne s'agirait, comme son nom l'indique, que d'une promesse. La commune pourrait toujours refuser de conclure ce bail – même si elle risque, dans ce cas, une action en dommages-intérêts de la société bénéficiaire de la promesse. A lire strictement les termes du troisième alinéa de l'article L. 2241-1 du CGCT, on est enclin à considérer que la délibération litigieuse y échappe en tout état de cause puisqu'elle n'a ni pour objet ni pour effet d'autoriser le maire à conclure un contrat comportant cession d'immeuble ou de droits réels immobiliers².

Reste à savoir si une lecture stricte de ces dispositions s'impose. Votre jurisprudence n'a pas tranché cette question. Ce n'est pas étonnant : vous n'avez que rarement appliqué les dispositions en cause, qui sont relativement récentes puisqu'elles remontent à la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, laquelle les avait initialement codifiées au I de l'article L. 311-8 rétabli dans le code des communes³. Pour notre part, eu égard à l'objet de ces dispositions, qui tendent à protéger le patrimoine communal, nous hésiterions à affirmer qu'elles ne s'appliquent pas à l'hypothèse de la conclusion, par la commune, d'une promesse de vente d'un bien immobilier ou d'une promesse de bail comportant cession d'un droit réel sur un tel bien.

Compte tenu de cette hésitation sur l'interprétation qu'il faut donner de la disposition législative critiquée, et si vous considériez que la délibération litigieuse autorise le maire à conclure une promesse de consentir un bail emphytéotique sur les parcelles de la commune, nous vous proposerions de regarder la condition d'applicabilité au litige comme remplie

² La Cour de cassation juge que le pacte de préférence constitue une créance personnelle (Cass. 3^e civ., 24 mars 1999, n° 96-16.040, Bull. civ. 1999 III n° 80 ; Cass. com., 13 février 2007, société L'Oxer de Deauville, n° 05-17.296, Bull. 2007 IV n° 38).

³ Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, article 11.

(voyez en ce sens CE 14 avril 2010, Union des familles en Europe, n° 323830, au Recueil, jugeant qu'une disposition susceptible d'être interprétée comme régissant la situation à l'origine du litige doit être regardée comme applicable à ce litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958).

Toutefois il nous semble, à lire le « protocole d'accord éolien » que le conseil municipal de Cubières-sur-Cinoble a autorisé son maire à conclure, qu'il ne comporte pas une véritable promesse de bail emphytéotique mais une simple clause de rendez-vous. Les paragraphes que cette convention consacre à l'achèvement de la phase d'étude du projet (partie III-3) prévoient en effet que la société doit signifier par écrit à la commune sa décision de poursuivre le projet en procédant à la construction des éoliennes. La société doit alors lui décrire précisément les emprises au sol nécessaires pendant les travaux puis tout le temps de l'exploitation, y compris les différentes servitudes à créer. La société doit enfin réitérer à ce moment son engagement de conclure le bail emphytéotique dont le « projet » est décrit dans la seconde partie de la convention. La convention précise encore que, « si le projet définitif ne respecte pas les contraintes énoncées en annexe II, le présent contrat est résilié de plein droit ». Vous ne disposez pas au dossier de cette annexe II, mais on déduit de l'exposé des motifs de la convention qu'il s'agit d'une liste de contraintes formulées par la commune auxquelles elle a voulu soumettre le projet⁴. La convention précise encore, de manière tout à fait expresse, que l'engagement de la société et celui de la commune de conclure le « projet de bail emphytéotique » décrit dans sa seconde partie ne sont convenus que « sous réserve d'un accord sur le projet définitif ».

Nous pensons donc que la délibération à l'origine du litige autorise seulement le maire à conclure une convention portant sur la mise à disposition des trois parcelles pendant une durée maximale de cinq ans, pour étude de la faisabilité du projet d'implantation d'éoliennes, mise à disposition qui ne comporte la cession d'aucun droit réel sur les parcelles. Pour le reste, le « protocole d'accord éolien » que le maire est autorisé à conclure nous paraît seulement refléter l'intention de la commune et de la société de préciser l'étape contractuelle suivante, tout en se ménageant l'une et l'autre toutes les portes de sortie nécessaires. Le protocole d'accord en cause, malgré les termes de « promesse de bail » qu'il emploie, ne nous semble pas pouvoir être regardé comme comportant l'engagement de la commune de conclure ensuite un bail emphytéotique.

Si vous nous suivez dans cette lecture de la délibération litigieuse, qui est d'ailleurs celle qu'a faite le tribunal administratif, vous en déduirez que les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 2241-1 du CGCT ne sont pas applicables au litige, même au sens et pour l'application de la procédure de QPC. Mais vous estimerez peut-être que c'est aller trop loin dans le fond du litige, alors que vous ne disposez pas de l'entier dossier soumis à la cour administrative d'appel de Marseille et que les requérants, dans leur requête d'appel, contestent cette lecture de la délibération. Si vous doutiez de la portée exacte de cette délibération, ce doute devrait bien sûr bénéficier aux auteurs de la QPC et vous seriez alors conduits à regarder la disposition législative contestée comme applicable au litige. Dans cette hypothèse, nous examinons rapidement les deux autres conditions auxquelles est soumis le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel.

⁴ On peut penser que ces « contraintes » sont directement en lien avec les termes d'une délibération du 19 décembre 2008 qui figure au dossier, par laquelle le conseil municipal approuve le « projet éolien, sous réserve [qu'il] n'engendre pas des nuisances aux habitants et que la commune n'ait pas à s'engager financièrement pour sa réalisation ».

3. Il y a une difficulté sur la deuxième de ces conditions.

Nous vous l'avons dit, les dispositions contestées sont issues de la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public. Or le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, s'est prononcé sur cette loi avant sa promulgation (décision n° 95-361 DC du 2 février 1995). Il l'a fait en peu de mots, que voici relatés *in extenso* : « 1. Considérant que le Conseil constitutionnel a été saisi par le Premier ministre de la loi relative aux marchés publics et délégations de service public ; que le Premier ministre n'invoque à l'encontre de ce texte aucun grief particulier ; / 2. Considérant qu'il ne ressort pas de l'examen des dispositions du texte déféré que ces dernières méconnaissent une règle ou un principe de valeur constitutionnelle, / Décide : / Article premier : / La loi relative aux marchés publics et délégations de service public est déclarée conforme à la Constitution ».

C'est la première fois, à notre connaissance, que vous rencontrez la question de la portée qu'il convient de donner à une déclaration de conformité portant sur une loi tout entière, après un examen global de ses dispositions au terme duquel le Conseil constitutionnel, sans être saisi d'aucun grief, juge qu'elles ne méconnaissent aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle. Nous sommes d'avis que, lorsque se trouve contestée par le biais d'une QPC une disposition quelconque d'une telle loi, la deuxième condition à laquelle est subordonné son renvoi au Conseil constitutionnel n'est en principe pas remplie. Nous voyons trois arguments à l'appui de cette position.

Tout d'abord, la lettre de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Même si le Conseil constitutionnel procède à un examen global et non motivé d'une loi qu'il saisit dans sa totalité, il n'en reste pas moins que la loi a « déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel », de sorte que la condition posée au 2° de l'article 23-2 de l'ordonnance n'est, littéralement, pas remplie.

Relevons ensuite, au-delà de la lettre même des dispositions de l'ordonnance de 1958, que la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la notion de disposition déjà déclarée conforme à la Constitution, au sens de la procédure de QPC, est orientée en ce sens. Alors que vous l'aviez saisi d'une QPC portant sur un article du code de procédure pénale issu, parmi de nombreux autres, d'un même article de loi dont il n'avait examiné, dans ses motifs, que certaines dispositions, tout en déclarant l'ensemble de cet article de loi, dans son dispositif, conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel a jugé que l'ensemble des dispositions introduites dans le code de procédure pénale par cet article de loi avaient été déclarées conformes (CE 19 mai 2010, section française de l'Observatoire international des prisons, n° 323930, inédite au Recueil ; Cons. Const., 2 juillet 2010, décision n° 2010-9 QPC). Vous en avez tiré les conséquences en jugeant, par analogie, que des dispositions reprises à l'identique d'un article de loi dont le Conseil constitutionnel a expressément examiné un alinéa dans ses motifs, pour écarter la critique d'inconstitutionnalité, doivent être regardées, lorsque le dispositif de sa décision comporte une "clause balai" indiquant que les dispositions de la loi autres que celles censurées ne sont pas contraires à la Constitution, comme ayant déjà été déclarées conformes (CE 13 juillet 2011, syndicat professionnel des radios et télévisions indépendantes, SARL 100 % radio et autres, n° 347030, au Recueil).

Dernier argument, mais non le moindre : nous ne voyons pas comment vous pourriez juger le contraire de ce que nous proposons, sauf à dénier toute autorité à la décision du Conseil constitutionnel...

Précisons, pour votre complète information, que les dispositions contestées, comme toutes celles de la loi du 8 février 1995, figurent dans le tableau intitulé « Répertoire des dispositions déclarées conformes à la Constitution » mis en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel.

Si vous hésitez à nous suivre pour estimer que la disposition contestée n'est pas applicable au litige, nous vous invitons donc à juger qu'elle a déjà été déclarée conforme à la Constitution, dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. Nous n'apercevons aucun changement des circonstances de droit ou de fait qui justifierait que ce dernier soit à nouveau saisi de la question – et les parties ne présentent aucune argumentation sur ce point. Dans ces conditions, nous croyons que la deuxième condition à laquelle est subordonné le renvoi au Conseil constitutionnel n'est pas remplie.

4. Quant à la troisième, si la question posée n'est pas nouvelle, on peut nous semble-t-il la regarder comme sérieuse.

Le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du principe de protection de la propriété des personnes publiques sur le double fondement de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du principe d'égalité : voyez sa décision n° 207-DC du 26 juin 1986 dite « Privatisations », par laquelle il juge que « la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur » (cons. 58). A cette occasion, il a interprété les dispositions qui lui étaient déférées « comme imposant au Gouvernement de prendre par voie d'ordonnance des dispositions selon lesquelles l'évaluation de la valeur des entreprises à transférer sera faite par des experts compétents totalement indépendants des acquéreurs éventuels ; qu'elle sera conduite selon les méthodes objectives couramment pratiquées en matière de cession totale ou partielle d'actifs de sociétés ; (...) que, de même, l'ordonnance devra interdire le transfert dans le cas où le prix proposé par les acquéreurs ne serait pas supérieur ou au moins égal à cette évaluation » (cons. 61). Le Conseil constitutionnel a donc fait des conditions d'évaluation de la valeur des entreprises transférées au secteur privé une garantie essentielle du respect du principe de protection de la propriété des personnes publiques.

Plus récemment, saisi de la loi relative aux contrats de partenariat, dont les dispositions prévoyaient que les cocontractants de la personne publique pouvaient être autorisés par cette dernière à consentir des baux sur son domaine privé, y compris des baux comportant la constitution de droits réels sur ce domaine, le Conseil constitutionnel a ajouté que ce principe faisait obstacle à ce que « des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine » (décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, cons. 25). Et pour écarter le grief tiré de la méconnaissance de la protection due à la propriété des personnes publiques, il a relevé, parmi d'autres éléments, la circonstance que la possibilité donnée à la personne publique d'autoriser son cocontractant à consentir des baux n'avait « pas pour effet de déroger aux dispositions en vigueur qui imposent la consultation de l'autorité compétente de l'Etat

pour l'évaluation des propriétés des personnes publiques préalablement à toute opération immobilière telle que la passation de baux, accords amiables et conventions quelconques ayant pour effet la prise en location » (cons. 27).

Compte tenu de ces précédents, l'argumentation présentée à l'appui du caractère sérieux de la QPC ne nous paraît pas dénuée de pertinence. Certes, si était seule invoquée la protection de la propriété des personnes publiques, nous hésiterions à vous proposer de regarder la question comme sérieuse. Il faut relever en effet que les garanties prévues par le troisième alinéa de l'article L. 2241-1 du CGCT sont somme toute légères, d'autant plus que, selon la dernière phrase de cet alinéa, l'avis du service des domaines est « réputé donné » à l'issue d'un délai d'un mois à compter de sa saisine. Toutefois, les auteurs de la QPC soulèvent aussi une atteinte au principe d'égalité, en faisant valoir que le seuil de population de 2 000 habitants utilisé par ces dispositions pour définir le champ d'application des garanties qu'elles prévoient n'est pas en rapport avec l'objectif de protection de la propriété des communes poursuivi par le législateur. Ils soulignent, notamment, que les communes les plus petites sont pour la plupart dépourvues de services compétents pour évaluer la valeur vénale de biens immobiliers et qu'il n'y a pas de rapport direct entre la population d'une commune et l'importance de son patrimoine immobilier. Nous avouons peiner, au regard de cette argumentation, à justifier la différence de traitement prévue par le législateur.

Dès lors, si vous ne vous arrêtez ni sur la première, ni sur la deuxième des conditions posées par les dispositions de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, nous vous proposerions de regarder la question posée comme sérieuse.

Mais par les motifs qui précèdent nous concluons à ce que vous refusiez le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel.