

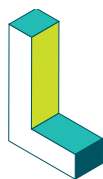
LE PROTOCOLE FONCIER : USAGES ET QUALIFICATION JURIDIQUE



GARY CONTIN



ISABELLE ARNOLD



Le protocole est connu dans la pratique commerciale où on le retrouve pour constater soit les bases d'une opération complexe, encore à l'état de projet que les parties se proposent de réaliser, soit un contrat préparatoire à la conclusion d'un contrat important ou d'un groupe de contrat⁽¹⁾.

Le protocole foncier peut donc être défini comme un contrat préparatoire à la réalisation d'une opération immobilière.

Le protocole traduit l'intention des parties de vendre et d'acheter mais aucune d'elle ne donne son consentement à l'opération, il n'y a pas de manifestation de leur décision. Cela se traduit par la stipulation d'obligations, traditionnellement analysées comme des obligations de faire et de ne pas faire (le futur vendeur s'engage à ne pas vendre le bien à une autre personne que son cocontractant).

Le protocole foncier se rencontre sous diverses dénominations : Accord cadre foncier – Protocole foncier d'accord – Protocole général d'accord – Protocole de cession – Protocole foncier – Protocole dans le cadre d'un projet de construction – Protocole de réservation de charge foncière, etc. ...

L'hétérogénéité des qualifications se retrouve également dans le contenu des protocoles. En effet, c'est le projet qui guidera son contenu. En conséquence, on peut dénombrer autant de types de protocoles que de projets qu'ils visent à concrétiser. Malgré l'absence d'homogénéité, les contrats traduisent la volonté des parties qui le signent d'entériner leurs accords en vue de parvenir, en cas réalisation

des conditions et obligations de chacun, à la signature d'un acte définitif.

En fonction des opérations, les raisons de leur conclusion diffèrent (I) ainsi que la période à laquelle ils seront signés (II).

I

POURQUOI SIGNER UN PROTOCOLE FONCIER ?

La pratique des protocoles foncier s'est d'abord développée dès la fin des années 1990 autour de deux axes : engager une démarche partenariale autour d'un projet d'aménagement global en phase amont et fixer les principes des cessions à intervenir lorsque la



FOCUS

OBLIGATIONS DE FAIRE ET DE NE PAS FAIRE

La réforme du droit des contrats ayant abandonné cette distinction et la sanction y attachée^[5], il nous semble que les obligations contenues ne doivent pas laisser entrevoir un engagement ferme d'acheter ou de vendre au risque de se voir opposer l'exécution forcée – ce qui n'est pas l'esprit du protocole. Au-delà, il pourrait être opportun de déroger aux dispositions de l'article 1217 du Code civil afin de prévoir expressément que l'inexécution des obligations mises à la charges du cocontractant ne pourra être sanctionnée que par l'allocation de dommages et intérêts.

situation foncière ne permet pas de consentir des promesses de vente. Ce fut notamment le cas lorsque le foncier d'assiette d'opérations d'aménagement projetées par des collectivités publiques appartenait au domaine public d'autres personnes publiques et/ou nécessitait, préalablement à leur déclassement, des opérations de reconstitution d'équipements affectés à des activités de service public ou de libérations. Par la suite, cette pratique s'est développée en phase aval entre collectivités publiques et opérateurs privés, lors de la commercialisation de charges foncières en ZAC ou hors ZAC.

Les protocoles fonciers conclus en amont de l'engagement d'une opération d'aménagement

Le recours au protocole foncier s'inscrit dans ce cadre dans une démarche partenariale entre collectivités publiques. Il s'agit le plus souvent de collectivités locales (communes, métropoles, départements, régions) qui portent des projets urbains et des grands propriétaires fonciers.

A partir de la fin des années 1990, cette pratique s'est couramment répandue, notamment à Paris et dans les grandes métropoles. Des protocoles fonciers ont ainsi été conclus entre les grands propriétaires fonciers tels que l'Etat-SNCF et RFF^[2] pour les besoins de la réalisation de vastes opérations d'aménagement comme, par exemple, la ZAC Paris-Rive Gauche dans le XIII^{ème} arrondissement, dont la création remonte au début des années 1990, la ZAC Clichy Batignolles dans le XVII^{ème} arrondissement, secteurs dont les terrains d'assiette étaient majoritairement composés d'emprises ferroviaires. La Ville de Paris et la SNCF/RFF ont ainsi conclu des protocoles fonciers ayant

pour objet de définir les conditions de libération et de cession d'emprises ferroviaires encore affectées au service public ferroviaire et les modalités de reconstitution de ces emprises préalablement à la vente au profit de la Ville de Paris ou de son aménageur. La durée de ces protocoles est généralement longue, compte tenu du fait que les libérations du foncier se réalisent progressivement au rythme de reconstitutions préalables sur d'autres sites.

S'agissant d'opérations d'aménagement conduites hors procédures (projets urbains réalisés dans le cadre de lotissements), on constate que le recours au protocole s'est également généralisé. C'est ainsi que la Ville de Paris, SNCF, RFF et la SNEF/EFA, filiale d'aménagement de la SNCF, concluent aujourd'hui systématiquement des protocoles fonciers sur le territoire parisien pour réaliser les grandes opérations d'aménagements dont le groupe ferroviaire a pris l'initiative pour valoriser un foncier devenu inutile. C'est le cas, notamment, de l'aménagement de nombreux secteurs, tels Chapelle International, Sausure, Charolais Rotonde et prochainement le secteur de Gare de Lyon Daumesnil.

Même si à l'origine, le recours au protocole foncier avait vocation à marquer l'accord des parties sur les conditions futures d'un engagement de vendre et d'acheter, puisque le foncier portait le plus souvent sur des dépendances du domaine public, la possibilité aujourd'hui admise de s'engager à vendre sous conditions de déclassement n'a pas remis en cause cette pratique du protocole^[3]. En effet, puisque ces opérations ont vocation à s'étendre sur des durées encore assez longues, il demeure toujours opportun de prévoir et organiser les conditions préalables à la réalisation des opérations de cession et de fixer d'ores et déjà les grands équilibres économiques de l'opération.

LE PROTOCOLE FONCIER EST, SELON LA FORMULE CONSACRÉE, CONSTITUTIF D'OBLIGATIONS DE FAIRE RÉCIPROQUES.

Les protocoles fonciers conclus en phase aval avec les opérateurs privés

Depuis les années 2000, les aménageurs et collectivités prennent conscience de l'importance d'intégrer les promoteurs à la phase de conception d'une opération de construction. On retrouve alors un pool d'opérateurs qui seront consultés tout au long de la phase préalable à l'opération sur la base des thématiques et du cadre définis aux termes du

protocole. Les thèmes développés sont, par exemple, la définition du projet de construction, son intégration dans une démarche de qualité environnementale, le développement de l'emploi local ou encore les stratégies de commercialisation.

DÉFINITION

PROTOCOLE FONCIER :
Contrat préparatoire à la réalisation d'une opération immobilière.

Ces protocoles se bornent à définir une méthodologie à adopter en vue de parvenir à la définition des programmes de construction qui seront développés sur le foncier dont l'identification viendra dans un second temps.

De plus en plus, les protocoles fonciers ont un double objet : (i) organiser les relations entre aménageur et promoteur en vue de mettre en oeuvre une réflexion commune et globale sur le montage de l'opération et (ii) réserver au profit du promoteur les droits de construire nécessaires au développement de son futur programme de construction et figer les principales charges et conditions de la promesse. Cette réservation s'accompagne d'un versement au profit de l'aménageur qui prend la forme d'un dépôt de garantie destiné à couvrir les éventuelles pénalités contractuelles venant sanctionner le non-respect des obligations mises à la charge du promoteur aux termes du protocole.

Ce type de protocole intervient alors que la phase de conception du projet est déjà engagée – il s'agit de contractualiser avec un opérateur et de définir l'objet et les conditions principales de la cession à venir sans que l'acte ne constitue une promesse de vente. Initialement, les aménageurs et collectivités utilisaient ces protocoles pour surmonter le défaut de maîtrise foncière des terrains ou l'absence de déclassement préalable.

Comme le relèvent Isabelle Baraud-Serfaty et Flore Trautmann, toute la difficulté de ces protocoles est de baliser les règles du jeu alors que certains éléments essentiels de la cession ne sont pas définis^[4]. La principale contrainte tient à la détermination des conditions financières de la cession qui évolueront nécessairement avec la définition précise de la programmation alors que le promoteur souhaitera limiter au maximum son risque aux termes du protocole.

II

QUAND SIGNER UN PROTOCOLE FONCIER ?

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le protocole foncier est, selon la formule consacrée, constitutifs d'obligations de faire réciproques. Chacun des cocontractants souscrit les obligations permettant de parvenir, le cas échéant, à la signature d'un acte de cession. Du côté du futur vendeur, celui-ci s'oblige à ne pas vendre les biens à un tiers et réserve le foncier au profit du futur acquéreur. Cette mobilisation du foncier au profit d'un opérateur déterminé nous amène à nous interroger sur la temporalité de signature de ces protocoles.

En effet, la volonté d'intégrer l'opérateur aux réflexions sur la programmation, les innovations et les enjeux de l'opération à l'échelle du lot, rend nécessaire la conclusion de pro-

LA DIFFICULTÉ DANS CES PROTOCOLES FONCIERS, C'EST LA CONTRACTUALISATION DES CHARGES ET CONDITIONS DES PROMESSES OU ACTES DE VENTE À VENIR.

protocole très tôt dans le phasage opérationnel à un moment où le vendeur n'a pas nécessairement la maîtrise foncière des terrains. A l'organisation de cette réflexion s'ajoute la contractualisation des éléments essentiels de la cession tels que la détermination de la chose, du prix et des conditions financières. Il en résulte que pour des dossiers dans lesquels des promesses auraient été signées six mois à un an avant le dépôt de la demande de permis de construire, des protocoles sont régularisés parfois plusieurs années (dix ans pour certains) avant le lancement effectif du programme de construction.

La difficulté dans ces protocoles fonciers, c'est la contractualisation des charges et conditions des promesses ou actes de vente à venir, le risque étant de se retrouver au jour de la signature de l'acte de vente à appliquer des clauses qui sont devenues économiquement non-viables ou opérationnellement obsolètes.

Par ailleurs, le contenu de ces protocoles est devenu tellement complet qu'il est difficile de les qualifier juridiquement. Ne serait-on pas face à des promesses (ne valant pas vente) qui ne disent pas leur nom ? L'acte fixe les charges et conditions de la vente à intervenir alors que chacune des parties se réserve la faculté de donner son consentement à la vente – c'est une promesse ne valant pas vente.

Alors, pourquoi signer un protocole assimilable à une promesse de vente à un moment où aucune des parties n'est en mesure de s'engager définitivement, pas même le vendeur ? Ces protocoles, dont la durée est particulièrement longue, doivent être réservés à l'organisation des pourparlers en vue de parvenir à la signature d'une promesse de vente (unilatérale ou synallagmatique) – le risque étant de s'enfermer dans des dispositions dont l'application pourra être rendue impossible.

Le protocole foncier tel que nous le connaissons aujourd'hui doit être réservé aux cas où l'aménageur ou la collectivité n'a pas la maîtrise foncière des terrains au moment où la signature d'une promesse de vente aurait été envisageable. ♦

[1] Vocabulaire juridique – Gérard CORNU Ed. 2011 p. 817

[2] Devenu SNCF Réseau

[3] Du fait de l'impossibilité de consentir des promesses de vente sous conditions suspensives de déclassement pour certaines personnes publiques, il était nécessaire de recourir à la forme du protocole, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui avec l'introduction de l'article L. 3112-4 du Code général de la propriété des personnes publiques par l'ordonnance du 19 avril 2017 qui le permet pour toute personne publique.

[4] La Revue Foncière – Aménagement urbain – Janvier - Février 2016 p. 13

[5] L'ancien article 1142 du Code civil indiquait que « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

RÉSUMÉ

Diverses raisons amènent à la conclusion de protocoles fonciers : fixation des grands objectifs en amont des opérations d'aménagement, organisation d'une réflexion commune ou encore contractualisation des conditions des cessions au profit d'opérateurs. La multiplication des protocoles fonciers amène à nous interroger sur quand et pourquoi y recourir.