

GROUPE DE TRAVAIL 1

« Coproduction public / privé :

la gestion contractuelle des risques opérationnels

Contenu

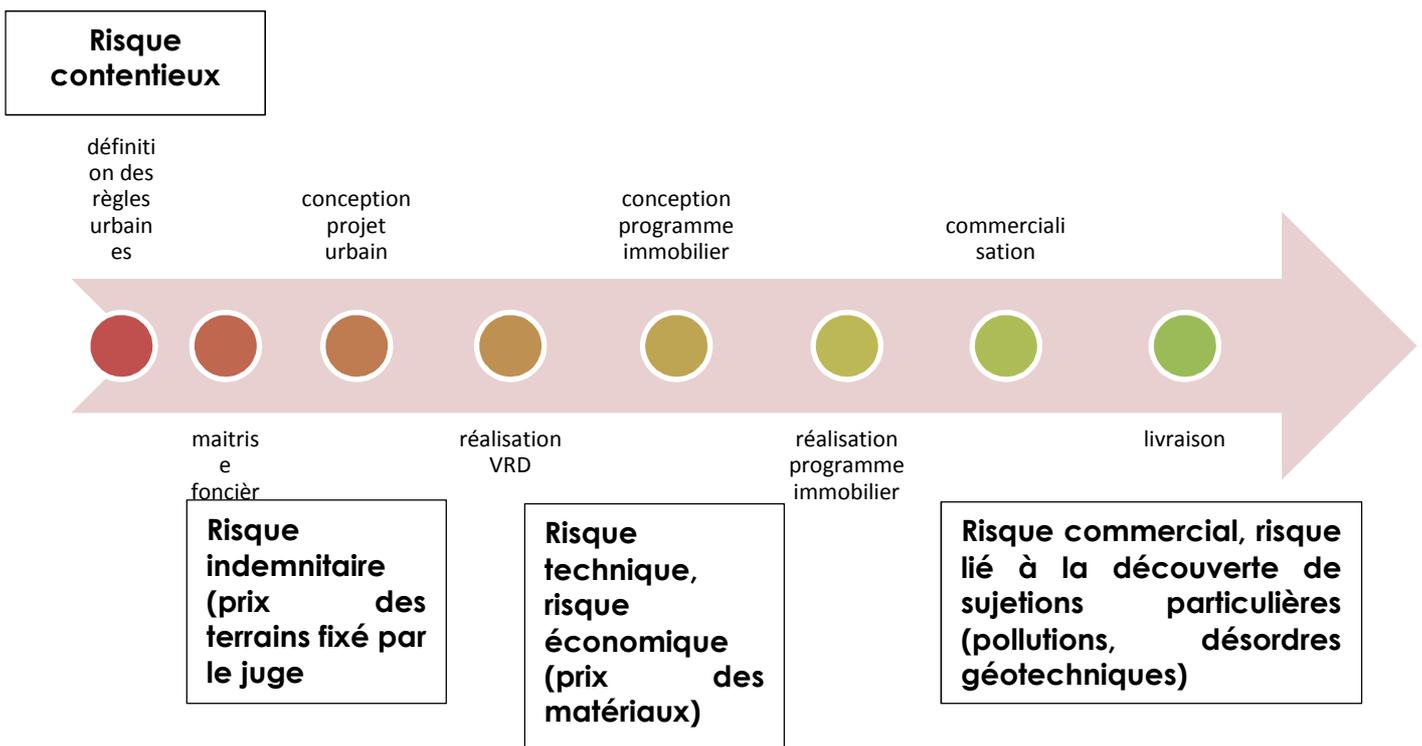
1	PROPOS LIMINAIRE : QU'EST CE QUE LE RISQUE ?	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
2	PILOTER LE RISQUE DANS LE CADRE D'UNE OPERATION D'AMENAGEMENT (ASPECTS JURIDIQUES)	3
2.1	Le paradoxe : l'aménageur est tenu de prendre un risque	3
2.2	Le corollaire : la nécessité d'un dispositif contractuel de maîtrise des risques	5
2.2.1	Maîtriser n'est pas annihiler.....	5
2.2.2	Vers une écriture contractuelle de plus en plus sophistiquée	7
2.3	La maîtrise des risques en cours d'opération	9
3	LE PILOTAGE DU RISQUE PAR LES PROMOTEURS (ASPECTS JURIDIQUES)	11
3.1	Le choix de l'avant-contrat	11
3.2	L'utilisation de la technique de la condition suspensive	12
3.2.1	Rappels.....	12
3.2.2	Les conditions usuelles	13
3.2.3	Les bonnes pratiques contractuelles	13

Préambule

Le risque peut être défini, rapidement, comme « un événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation ou la date de sa réalisation ».¹

La réalisation d'une opération d'aménagement ou opération immobilière étant par essence une succession de tâches et de démarches destinées à mettre en œuvre un projet urbain, elle implique nécessairement aussi une succession d'acteurs.

Le schéma ci après décrit la chaîne de valeur de l'aménagement. A chaque étape de la chaîne, un risque existe. Il peut être contentieux, économique, technique...sachant que dans tous les cas il retentit sur le bilan économique de l'opération, au risque de le rendre insoutenable.



¹ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Quadrige, Presse Universitaires de France. p. 782. Des définitions moins lapidaires existent, à tel point que des thèses entières y sont consacrées. Voir par exemple dans le champ juridique, Th. Pez, Le risque dans les contrats administratifs », Bibliothèque de droit public, Tome 274, LGDJ, 2013 – F. Millet, La notion de risque et ses fonctions en droit privé, LGDJ, 2001.

Dans ce schéma simplifié de l'aménagement, chaque acteur ayant appréhendé en amont l'étendue du risque qu'il entend supporter est donc légitime à tenter de le maîtriser de manière la plus avantageuse pour lui.

Pour cela, différentes techniques contractuelles existent, que l'on soit dans un rapport de concédant à concessionnaire ou d'aménageur ou de collectivité à promoteur.

Ces deux situations seront donc analysées dans la présente note afin de décrire au mieux quels sont les outils que chaque acteur pourra mobiliser afin de maîtriser au mieux le risque qu'il entend supporter. A toutes fins utiles, précisons que les développements qui suivent ne visent pas une présentation exhaustive des situations. L'idée directrice est de présenter les principaux outils contractuels de gestion des risques dans les situations les plus courantes.

Ceci étant, il ne faut pas faire porter aux techniques contractuelles plus qu'elles ne peuvent : il est bien évident que plus le maître d'ouvrage sera intervenu en amont par le biais d'études préalables rigoureuses pour caractériser, évaluer les risques liés au projet plus le risque de chaque acteur sera aisément maîtrisable car assumé sur la base d'une connaissance fine du contexte d'intervention.

1 PILOTER LE RISQUE DANS LE CADRE D'UNE OPERATION D'AMENAGEMENT (ASPECTS JURIDIQUES)

1.1 Le paradoxe : l'aménageur est tenu de prendre un risque

L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession définit ce contrat comme suit :

*« Le contrat de concession est un contrat écrit, par lequel une ou plusieurs autorités concédantes confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs, **à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.** »*

Cette définition repose sur quatre éléments :

- Un **formalisme** : un contrat écrit conclu par une plusieurs autorités concédantes avec un ou plusieurs opérateurs.
- Un **objet** : l'exécution de travaux ou la gestion d'un service.

- Une **contrepartie** : le droit d'exploitation de l'ouvrage ou du service ou ce droit assorti d'un prix.
- Un **risque** : le droit d'exploitation suppose le transfert du risque d'exploitation à l'opérateur économique.

Le critère du **risque d'exploitation** est l'élément central de la définition du contrat de concession, puisqu'il permet de distinguer le marché public de la concession. Sur ce point, l'ordonnance du 29 janvier 2016 codifie la jurisprudence européenne antérieure. Elle retient deux éléments de définition du risque :

- Le transfert de risque d'exploitation est la situation dans laquelle le titulaire du contrat n'est pas certain, dans des conditions d'exploitation normales, d'amortir les investissements effectués ou les coûts supportés pour la concession.
- Le transfert implique « une **réelle exposition aux aléas du marché**, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».

Sans transfert du risque d'exploitation, le contrat sera considéré comme un marché public, privant ainsi la collectivité de son pouvoir de négociation, élément important lorsqu'on est en opération d'aménagement².

Toutefois, aucune définition n'est donnée de ce qu'on doit entendre exactement par « transfert de risque ».

La directive européenne de 2014 précise uniquement que « *le risque d'exploitation devrait trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle* »³ se bornant à préciser qu'il doit s'agir du risque d'exposition aux aléas du marché qui peut être lié à la demande, à l'offre ou aux deux⁴.

Ces précisions restent toutefois moins fournies que celle dégagées par la jurisprudence qui considère que le risque peut être issu de :

- La concurrence de la part d'autres opérateurs.
- L'inadéquation entre l'offre et la demande de services.
- L'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, l'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes.
- La responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service.

En revanche, la Cour de justice mais également la directive considèrent que ne sont pas qualifiables de risques dès lors qu'ils sont inhérents à tous contrats qu'il soit marché public ou concession les événements liés:

² Ce propos doit toutefois être atténué avec la possibilité de recourir à la procédure de dialogue compétitif lorsque la concession est au risque de la collectivité, donnant ainsi la possibilité aux parties de négocier les termes du traité de concession.

³ Considérant 20 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014

⁴ Article 5

- à une mauvaise gestion,
- à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique,
- à la force majeure,

Le juge, aussi bien européen qu'interne, n'a pas fixé de répartition mathématique ou de pourcentage au-delà duquel on pourrait considérer qu'il n'y a pas de transfert du risque.

Le transfert du risque s'apprécie donc au regard de l'ensemble des clauses du contrat de concession et de la structure du bilan de l'opération d'aménagement.

Ainsi, l'existence d'un risque d'exploitation devra ressortir :

- de l'existence de recettes non symboliques,
- de l'importance des participations publiques, le concessionnaire devant supporter un risque de perte qui ne doit pas être intégralement recouvert par le concédant sous forme de participation.
- en concession d'aménagement, du sort des biens invendus à l'expiration du contrat ou encore du sort du *boni*,
- ...

- En conclusion, si un traité de concession ne prévoit pas un transfert du risque de l'opération au concessionnaire, ce contrat sera susceptible d'être requalifié en marché public. L'aménageur est donc ici situé dans une situation a priori paradoxale où il doit chercher à supporter un risque économique lié à l'opération alors que l'on pourrait penser que le comportement d'un opérateur économique avisé est de chercher à éviter la prise de risque (affirmation qui peut toutefois se discuter puisque précisément la prise de risque engendre aussi la rémunération !). Quoiqu'il en soit, c'est précisément parce qu'il est tenu de supporter un risque que l'aménageur va chercher, par le biais de la négociation contractuelle, de le maîtriser au plus juste.

1.2 Le corollaire : la nécessité d'un dispositif contractuel de maîtrise des risques

1.2.1 Maîtriser n'est pas annihiler

Pour rappel, la jurisprudence de la CJUE a précisé que la qualification en concession n'était pas subordonnée au transfert de la totalité du risque économique de l'opération prévue par le contrat mais au **transfert d'une part significative de ce risque**⁵.

⁵ CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha c/ Eurawasser*

Cette appréciation demeure toujours valide aujourd'hui même si les termes utilisés ont évolué.

Dès lors, pour que le contrat soit qualifié de contrat de concession, le concessionnaire devra assumer **un risque d'exploitation**. En ce sens, il n'est pas nécessaire que l'ensemble du risque soit transmis au concessionnaire. La limite résidera toutefois dans le fait que le concessionnaire doit être **réellement** exposé aux aléas du marché et qu'une incertitude doit peser sur le concessionnaire.

Néanmoins, cela ne signifie pas que ce risque d'exploitation ne puisse pas faire l'objet de dispositions contractuelles permettant de le maîtriser.

Le risque supporté par l'aménageur sera plus ou moins encadré selon la rédaction du contrat. Dans ce cas, pour border son risque, le concessionnaire cherchera à introduire dans le contrat des clauses de réexamen.

Cette pratique, répandue, a pu être contestée par des négociateurs – juristes ou avocats de collectivités – au cours des discussions préalables à la conclusion de concessions d'aménagement au motif qu'elle reviendrait finalement à anéantir le risque réputé être assumé par l'aménageur.

L'objection peut être repoussée. En effet, la jurisprudence, puis les textes européens et nationaux relatifs aux concessions, ont validé la possibilité de telles clauses **à la condition, évidente, qu'elles ne conduisent pas in fine à anéantir le risque économique qui doit être supporté par le concessionnaire**.

- On peut à ce titre citer l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes⁶ qui a jugé notamment :

*« Considérant que l'existence d'un risque significatif assumé par l'aménageur doit s'apprécier au regard de l'ensemble des stipulations du contrat s'agissant du mode de rémunération retenu, de l'importance des apports et subventions des collectivités publiques, du sort des biens non commercialisés en fin de contrat et des garanties consenties par la personne publique contractante. (...) Que la garantie d'emprunt que peut accorder la commune à la SET, accordée « dans le respect des limites en vigueur » et **l'existence de clauses prévoyant un réexamen périodique des conditions du contrat en cours de l'exécution de celui-ci n'ont pas davantage pour effet de neutraliser le risque économique supporté par le concessionnaire.** »*

- Cette position du juge administratif a été confirmée par les dispositions du décret du 1^{er} février 2016 portant application de l'ordonnance du 29 janvier 2016 sur les concessions.

⁶ CAA Nantes, 2 février 2015, Sarl les Farfadets et autres, n° 13NT02139

L'article 36 dudit décret dispose en effet :

«Le contrat de concession peut être modifié dans les cas suivants :
1° Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ; (...) »

Le législateur a donc introduit un mécanisme permettant au concessionnaire de maîtriser son risque d'exploitation, à la condition que celui-ci ne soit pas annihilé.

1.2.2 Vers une écriture contractuelle de plus en plus sophistiquée

Dans la plupart du temps, le risque supporté par l'aménageur dans une opération d'aménagement sera lié principalement à la commercialisation des terrains. Ainsi, le risque sera plus ou moins important en fonction de l'attractivité du territoire mais également en fonction de facteurs extérieurs à l'opération tels que le revenu moyen des ménages sur le secteur, l'existence d'autres produits concurrentiels à proximité ou encore des contraintes techniques inhérentes au terrain d'assiette.

Les risques que l'aménageur est susceptible d'assumer pourront en effet être liés à l'existence d'aléas relatifs au site. Ces aléas auront plus ou moins été balisés en fonction du degré de précision des études préalables qui auront été menées. Ainsi, l'aménageur pourra être amené à supporter divers risques liés à la viabilisation, à l'état des sols et des sous-sols, à l'archéologie préventive, à la démolition de certains bâtiments, aux procédures d'acquisitions foncières, etc...

Le degré de précisions de ces études préalables est donc primordial. En effet, en fonction des études qui auront été menées en amont et qui auront permis de définir le projet urbain, l'aménageur sera en mesure de définir le niveau d'acceptation du risque qu'il entend supporter au regard des aléas qui auront été révélés.

Il est donc important de faire en sorte que chacun de ces aléas identifiés soient autant d'occasion de réécrire le contrat. Ces dispositions contractuelles - nommées clauses de réexamen, clauses de rendez-vous, de revoyure etc...- permettent ainsi aux parties de prévoir qu'elles se reverront en temps utiles afin de rediscuter des conditions de poursuite du contrat, l'avenant n'étant finalement qu'une possibilité parmi d'autres. Les parties pourront en effet conclure à une poursuite du contrat sans passer d'avenant ou bien à une résiliation à l'amiable dudit contrat.

Il sera donc vivement conseillé d'inclure, dans les traités de concessions, une grille d'événements (ou parfois nommée « grille des risques ») qui listera, de manière la plus

exhaustive possible, les principaux événements créant un aléa sur la poursuite de l'opération et justifiant que les parties se revoient pour discuter de la poursuite du contrat.

A titre d'exemple, la trame de concession utilisée dans le Réseau SCET propose la clause suivante :

Exemple de clause réexamen :

Il est rappelé que le risque économique supporté par l'Aménageur au titre de la présente concession d'aménagement s'entend comme celui résultant du dossier remis lors de la consultation, du programme de l'opération tel qu'il est défini à l'article 1 ci-dessus, ainsi que des éléments juridiques et financiers connus au jour de la passation du présent contrat. En conséquence, les parties ont convenu de préciser ci-après les événements, dont la survenance implique nécessairement un réexamen concerté des conditions d'exécution du contrat dans l'objectif d'en assurer le maintien. A la survenance de l'un de ces événements, les parties se rencontreront à l'initiative de la plus diligente d'entre elles. A cette occasion, elles analyseront ensemble les conséquences de l'évènement concerné sur les conditions financières d'exécution du contrat. A défaut d'un accord intervenant lors de cette rencontre, une période de trois mois sera laissée aux parties pour définir conjointement les conditions du maintien du contrat. Après que les parties aient vérifié l'impossibilité de mettre en œuvre une autre solution (modification du programme permettant un rééquilibrage du bilan d'aménagement, révision des conditions de cession des terrains aménagés...,) cette analyse conjointe pourra conduire à prévoir l'augmentation de la participation de la collectivité à l'opération d'aménagement, par voie d'avenant, sous réserve du respect des dispositions de l'article 55 de l'ordonnance 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et de l'article 36 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concessions.

Grilles des événements justifiant un réexamen par les parties des conditions d'exécution du contrat

Evènement	Observations

- Ces clauses de réexamen sont à distinguer de celles issues de l'article 36 du décret du 1^{er} février 2016. Cet article indique que :

*« le contrat de concession peut être modifié dans les cas suivants :
1° Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».*

Ces clauses de réexamen auxquelles l'article 36 fait référence diffèrent de celles couramment utilisées dans la mesure où non seulement elles permettent de maîtriser le

risque mais encore font bénéficier les avenants en résultant d'une présomption de légalité. En raison de cette portée considérable, elles doivent prévoir des **options claires, précises et non équivoques** incluses dans le traité.

Il est à noter que l'article 36 du décret tel que reproduit en partie ci-dessus, ne fixe pas de plafond de valeur pour ces avenants résultant de clauses de réexamen. Dès lors, contrairement à ce qui était en vigueur auparavant (*où l'avenant ne pouvait avoir comme objet la modification substantielle d'un élément essentiel du contrat*) il semble que l'avenant, dès lors qu'il résulte de dispositions claires, précises et non équivoques, pourra être accepté sans qu'il y ait à contrôler le caractère substantiel de la modification apportée au contrat.

Doit être rappelé qu'il ressort du décret que les événements qui ne seraient pas clairement listés et décrits comme pouvant donner lieu à un avenant ne pourront bénéficier de la présomption de légalité. Dans ce cas, la régularité de l'avenant devra être analysée au regard des autres dispositions du décret régissant les avenants⁷.

Il en résulte que la rédaction de ces clauses sera le fruit de la mobilisation d'une ingénierie contractuelle relativement sophistiquée.

Un autre point doit être mentionné : en souhaitant introduire des clauses de réexamen visant à créer une présomption de légalité sur les avenants, l'aménageur prendrait le risque d'une négociation ardue et potentiellement plus longue sur ces clauses, notamment si elles visent à rendre automatique une augmentation de la participation. Nul doute dans ce cas, que la proposition d'introduire de telles clauses dans le contrat reviendra à créer un point de fixation objet de l'attention des négociateurs de la collectivité, en raison du risque ainsi créé pour les finances publiques !

1.3 La maîtrise des risques en cours d'opération

Les clauses de réexamen telles qu'étudiées ci-dessus ne sont pas exclusives d'autres procédés mis en œuvre par les aménageurs qui cherchent à maîtriser le risque économique.

- L'aménageur peut également maîtriser le risque économique d'une opération par le biais de cessions anticipées de terrains lorsque le traité prévoit qu'il sera bénéficiaire de la déclaration d'utilité publique dans le cadre d'une procédure d'expropriation.

⁷ Les modifications résultent-elles de travaux ou services supplémentaires ?

Les modifications sont-elles substantielles ?

Un nouveau concessionnaire doit être désigné ?

Les modifications résultent de circonstances imprévues ?

En effet, une fois l'ordonnance d'expropriation prise par le juge judiciaire et dès lors que la DUP a été prononcée au bénéfice de l'aménageur⁸, celui-ci peut s'engager sur la signature de promesses de vente alors qu'une procédure pour fixation judiciaire des indemnités est engagée.

Conformément aux dispositions de l'article L.220-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique :

« Le transfert de propriété des immeubles ou de droits réels immobiliers faisant l'objet d'une procédure d'expropriation est opéré, à défaut de cession amiable, par voie d'ordonnance du juge de l'expropriation. »

L'article L.222-1 du même code dispose toutefois :

« L'ordonnance envoie l'expropriant en possession, sous réserve qu'il ait procédé au paiement de l'indemnité ou, en cas d'obstacle au paiement ou de refus de le recevoir, à la consignation de l'indemnité ou qu'il ait obtenu l'acceptation ou la validation de l'offre d'un local de remplacement. »

Le mécanisme qui est décrit consiste donc à préparer l'aliénation du bien en question avant même que la collectivité ne soit entrée en possession du bien, c'est-à-dire, avant même qu'elle ne se soit acquittée de l'indemnité d'expropriation.

Contractuellement, cela implique que l'aménageur et le bénéficiaire de la promesse de vente définissent ensemble tout un ensemble de conditions liées à la mise en œuvre concrète de la vente, induisant une écriture contractuelle également assez sophistiquée.

■ Ainsi, devront être rédigées des clauses conditionnant la réitération de la vente à leur survenance⁹.

A titre d'exemple, un aménageur pourra promettre la vente d'un immeuble à un opérateur privé en arguant de son acquisition prochaine par voie d'expropriation (*et plus précisément du versement de l'indemnité d'expropriation à l'expropriant*) en contrepartie de laquelle l'opérateur acceptera une réitération de la vente à une date fixée sous les conditions suspensives suivantes :

- Paiement de l'indemnité d'expropriation et entrée en possession du terrain par l'aménageur,
- Démolition du bâtiment existant,
- Terrain libre d'occupation,
- Absence de pollution ou existence de pollution rendant le bien propre à la destination projetée,

⁸ Et que celle-ci est purgée de tout recours.

⁹ cf infra sur les conditions suspensives

- En cas de pollution, exigence d'une dépollution afin de permettre la destination projetée avec éventuellement un plafond de prise en charge de la pollution par l'acquéreur (montant faisant l'objet d'une négociation entre les parties),
- Obtention d'un permis de construire purgé de tout recours,
- etc.

Dans cette hypothèse, les risques liés à l'acquisition de ce terrain sont maîtrisés pour l'opérateur privé qui aura défini en amont toutes les conditions devant être levées pour qu'il soit tenu de réitérer la vente.

En l'absence de réitération de la vente quand bien même l'ensemble des conditions seraient levées, il sera alors tenu de verser une indemnité résultant de l'immobilisation du bien.

- La question de la détermination du prix demeure toutefois majeure dans un tel mécanisme puisqu'il implique que l'aménageur s'engage sur un prix alors même qu'il ne sait pas encore le montant de l'indemnité d'expropriation qui sera fixée par le juge judiciaire.

Cette gestion du risque ne pourra toutefois se faire sans une définition très en amont d'une stratégie foncière permettant d'estimer au plus juste le coût du foncier pour chaque parcelle de l'opération d'aménagement.

Cette estimation au plus juste du prix de cession permettra également une gestion efficace du risque lié au phasage de commercialisation des terrains.

2 LE PILOTAGE DU RISQUE PAR LES PROMOTEURS (ASPECTS JURIDIQUES)

Au même titre que l'aménageur, le promoteur est confronté à toute une série de risques lorsqu'il acquiert un terrain.

Or, comme tout opérateur, le promoteur sera tenté de transférer le risque de la vente sur le vendeur, au même titre que ce dernier sera pour sa part tenté de rejeter totalement ce risque.

En réalité, l'intérêt des deux parties étant *in fine* la concrétisation de la vente, il en ressort que les parties tendront naturellement vers un équilibre contractuel par le biais d'une négociation intégrative et non distributive. Il peut être intéressant de rappeler les techniques contractuelles à la disposition des parties, à la recherche de cet équilibre.

2.1 Le choix de l'avant-contrat

Il n'est pas inutile de rappeler la distinction entre les types de promesses.

Ainsi, une promesse synallagmatique de vente engagera chacune des parties dans une obligation de vendre et une obligation d'acheter, garantissant ainsi un certain équilibre contractuel.

A contrario, une promesse unilatérale de vente mettra à mal cet équilibre dans la mesure où seul le vendeur sera engagé contractuellement à vendre sans garantie de la part de l'acquéreur d'acheter. Pour autant, la solution de la PUV s'avère intéressante pour le candidat acquéreur (opérateur) en ce qu'elle permet de bloquer durant un certain temps le terrain, le temps par exemple de réaliser des études sur les conditions de réalisation d'un projet sur le foncier concerné. Les **Contrats de Partenariats Opérateurs conclus entre Eiffage Aménagement Aménagement et RFF s'inscrivent clairement dans cette logique.**¹⁰

On perçoit ainsi facilement que le choix de l'une ou l'autre impacte de façon très différente la question de l'allocation du risque.

2.2 L'utilisation de la technique de la condition suspensive

Comme dit précédemment, l'objectif de chacun des opérateurs est de trouver le point d'équilibre entre la formation de l'accord et la maîtrise de son risque. En matière d'aménagement et d'immobilier, ce point d'équilibre est trouvé par la mobilisation d'une technique contractuelle qui n'a rien d'innovante mais qui demeure centrale : la technique de la condition suspensive.

2.2.1 Rappels

L'article 1304 du code civil dispose que :

*« L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.
La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.
Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. »*

La condition suspensive est donc la condition qui va subordonner la réalisation de la vente à la réalisation, ou la non réalisation, d'un événement futur.

¹⁰ Voir : <http://www.reseunationalamenageurs.logement.gouv.fr/landy-sud-saint-denis-a23.html>

Celle-ci ne doit pas être potestative, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas dépendre de la seule volonté du débiteur de la promesse.

La rédaction de ces conditions constitue un moment essentiel. La pratique démontre que ce sont ces clauses qui, matériellement, prennent le plus de place dans les promesses de vente et qui font l'objet des plus âpres négociations, peut-être même, aussi étonnant que cela puisse paraître, plus que le prix lui-même !

2.2.2 Les conditions usuelles

Lors d'une vente de terrain entre promoteur et aménageur (ou collectivité), certaines conditions suspensives sont systématiquement incluses dans l'avant-contrat, eu égard à la nature même du bien mis en vente.

Ainsi, on retrouvera tout un nombre de conditions suspensives dites « usuelles » qu'il conviendra d'inclure dans le corps de la promesse.

Ces conditions usuelles qui ne sont bien entendu pas exhaustives sont les suivantes :

- Agrément du concédant (dans le cas d'une vente par un concessionnaire)
- Signature du Cahier des Charges de Cession de Terrain (CCCT), en ZAC
- Purge du droit de préemption
- Absence de pollution ou connaissance de l'ampleur et de la nature de la pollution
- Protection de l'emprunteur immobilier (*en cas de souscription d'un ou plusieurs prêts*)
- L'obtention d'un permis de construire purgé de tout recours
- Evolution des règles du document d'urbanisme au besoin
- Obtention de la propriété du bien en cas de procédure d'expropriation

Une fois les conditions suspensives arrêtées et établies, la vente sera donc subordonnée à la réalisation de l'ensemble de ces conditions.

2.2.3 Les bonnes pratiques contractuelles

- La question du délai

A titre liminaire, rappelons la nécessité que ces conditions soient également balisées dans le temps afin que le vendeur ne soit pas engagé comme promettant pour une durée indéterminée et que la réitération ne soit pas subordonnée au sort d'un débat concernant le point de savoir si la condition peut être considérée comme levée ou non.

- La question des conséquences de la réalisation ou de la non réalisation de la condition

Un autre sujet attire l'attention : celui de la nécessité d'intégrer dans la rédaction de la condition ce que l'on pourrait nommer l' « intelligence contractuelle ». Dit autrement, la réalité de l'aménagement démontre qu'une condition suspensive « sèche », c'est-à-dire fixant un délai impératif au terme duquel la vente ne pourra être formalisée, n'est souhaitable pour aucune des deux parties. En effet, comme cela l'a été rappelé plusieurs fois dans la présente note, l'intérêt des parties réside dans une concrétisation *in fine* de la vente. Dès lors, il sera toujours préféré à la rédaction d'une condition suspensive dite « sèche », une condition suspensive permettant d'atténuer son caractère automatique et laissant la possibilité aux parties de rediscuter les conditions de la vente quand bien même l'événement de la condition n'aurait pas été réalisé au terme du délai fixé. Ainsi, au terme d'une négociation menée en bonne intelligence concrétisée dans une rédaction adaptée, il sera préférable de prévoir, en cas de survenance d'aléa ou de non réalisation d'un événement, la possibilité de continuer les relations contractuelles, et ce, même une fois passé le délai de réalisation de la condition suspensive.

Cette position rejoint la pratique des clauses de réexamen qui sont incluses dans les traités de concession et permet ainsi de maîtriser le risque juridique dans les relations aménageur / promoteur.

- Focus sur une condition particulière : la condition relative à la pré commercialisation

Il est fréquent que les promoteurs, sollicitent du vendeur du terrain la condition suspensive relative à l'obtention d'un certain niveau de pré commercialisation.

Cette demande est légitime pour l'acquéreur dans la mesure où elle lui est imposée le plus souvent par les organismes financeurs.

Toutefois, cette condition de pré-commercialisation, échappe à tout contrôle du vendeur et fait donc peser sur lui un risque qu'il doit absolument tenter de maîtriser. En effet, d'une part la pré-commercialisation sera plus ou moins aisée en fonction du territoire (*zone tendue ou non*), d'autre part, le vendeur pourra avoir certaines difficultés à apprécier sa réalisation en termes de seuil de pré-commercialisation (*définir un pourcentage de vente sur la totalité du programme ou sur un lot ?*) et de délai. En réalité, en l'acceptant, le vendeur se met dans la position de celui qui n'a plus qu'à « croiser les doigts » pour que l'acquéreur obtienne le niveau de commercialisation souhaité ; sachant qu'à défaut d'obtention la promesse sera caduque, sans aucune possibilité d'indemnisation du promettant vendeur !

Pour autant, l'on sait que le refus pur et simple d'entendre la demande du financeur peut conduire à une situation encore pire : l'absence d'accord.

Pour résoudre ce qui peut s'apparenter à la quadrature du cercle, une solution peut être le recours à une autre technique, à savoir le dédit.

Si le recours à une clause de dédit est par principe à exclure dans les promesses de vente car elles font peser sur le vendeur un risque trop important, elle peut toutefois être utilisée pour encadrer le risque lié à une condition de pré-commercialisation à condition d'être aménagée. Dans cette hypothèse, la clause de dédit devra être limitée dans un temps relativement court (*pas de clause de dédit qui irait au-delà de 6 mois par exemple*) et elle devra également faire l'objet d'une contrepartie financière pour celui qui en bénéficie, ; En d'autres termes, cette clause pourra permettre au bénéficiaire de la promesse de sortir de cet engagement si les conditions de pré-commercialisation n'ont pas été remplies dans le délai imparti, moyennant pour lui le versement d'une somme qui aura été définie en amont.

Dans cette hypothèse, et uniquement dans cette hypothèse, la clause de dédit pourra donc être une alternative à la condition suspensive de pré-commercialisation.

Dès lors, il conviendra qu'elle soit limitée dans le temps et qu'elle soit payante. Sur ce dernier aspect, les parties pourront négocier sur le point de savoir si la clause est payante uniquement lorsque son bénéficiaire l'actionne ou bien si sa seule mention dans la promesse justifie le paiement d'une somme de la part du futur acquéreur.

Mais, en toutes hypothèses, en raison de son impact, la rédaction de cette clause devra faire l'objet de la plus grande vigilance.

Elsa Leherissey
Consultante juridique
Service Montages Juridiques Opérationnels
SCET

Laurent Le Corre
Responsable du service Montages
Juridiques Opérationnels
SCET