

LE LEASING IMMOBILIER

par **Bénédict Foëx**,

avocat, chargé de cours à l'Université de Genève

Sommaire

Introduction

Première partie : Présentation générale

- § 1 : Introduction
- § 2 : Définition
- § 3 : L'opération de leasing immobilier
- § 4 : Types de leasing immobilier
- § 5 : Le droit applicable à l'opération de leasing immobilier

Deuxième partie : Le contrat de leasing immobilier

- § 1 : Introduction
- § 2 : Les parties au contrat
- § 3 : Les obligations des parties
- § 4 : La qualification du contrat
- § 5 : Le droit applicable au contrat
- § 6 : La forme du contrat

Troisième partie : Le leasing immobilier en droits réels

- § 1 : Introduction
- § 2 : Les droits du crédit-bailleur
- § 3 : Les droits du preneur

Conclusion

INTRODUCTION

On le sait, la propriété procure en principe à son titulaire la maîtrise totale et exclusive d'une chose, le *ius fruendi, utendi et abutendi* (cf. art. 641 al. 1 CC). Il n'est cependant pas toujours très rationnel qu'une maîtrise aussi complète soit exercée par une seule personne. Aussi, de tout temps et plus particulièrement en matière immobilière, les parties ont cherché à se répartir les facultés inhérentes à la propriété.

Ainsi, notre droit a prévu que la propriété peut être exercée simultanément par plusieurs personnes, sous la forme de la copropriété (art. 646 ss CC), de la copropriété par étages (art. 712a ss CC) ou de la propriété commune (art. 652 ss CC). Ces trois types de propriété collective ne permettent qu'une répartition de la titularité de la propriété : les propriétaires collectifs exercent chacun un droit de même nature.

En revanche, le Code civil suisse ne permet pas aux parties de diviser la maîtrise conférée par la propriété en des droits présentant une intensité différente. En vertu du principe du *numerus clausus* des droits réels, il n'est par exemple pas possible de constituer une propriété multiple conférant à l'un des propriétaires le droit d'utiliser et de jouir de la chose, l'autre propriétaire ayant la faculté d'en disposer juridiquement : la distinction entre *dominium utile* et *dominium directum*, à laquelle l'on a eu recours dès le Moyen Age, est inconnue du droit suisse actuel (cf. P.-H. STEINAUER, La propriété privée aujourd'hui, in RDS 1981 II 117 ss, 150; A. MEIER-HAYOZ, Das Eigentum, Berner Kommentar, vol. IV.1.1, 5^e éd., Berne 1981, Syst. T., n. 355).

Or, tel est précisément le but auquel tend le leasing immobilier : par cette opération, les parties cherchent à conférer à l'une d'entre elles (le preneur) le droit d'utiliser et de jouir de la chose, l'autre (le crédit-bailleur) conservant le droit d'en disposer juridiquement. En d'autres termes, le crédit-bailleur aurait la propriété formelle de l'objet en cause, le preneur de leasing exerçant quant à lui la propriété économique (cf. par exemple : H.-R. SCHÜPBACH, Le leasing immobilier, in RNRF 1983 p. 193 ss, p. 196).

Une telle division des facultés inhérentes à la propriété n'étant pas compatible avec le *numerus clausus* des droits réels, c'est essentiellement sur le plan des droits personnels que les parties cherchent à aménager leurs relations juridiques : le leasing immobilier peut dès lors être compris comme une répartition inter partes des droits découlant de la propriété.

PREMIERE PARTIE : PRESENTATION GENERALE

§ 1 INTRODUCTION

Apparu en Suisse à la fin des années soixante, le leasing immobilier ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique dans notre droit privé. Il n'a par ailleurs pas connu l'engouement qui s'est développé pour le leasing mobilier : l'on peut estimer qu'à l'heure actuelle, seules quelques centaines de contrats de leasing immobilier sont en vigueur dans notre pays. Partant, les conventions des parties tiennent plutôt du "sur mesure" (cf. M. GIOVANOLI, La jurisprudence suisse en matière de leasing, in Le leasing industriel, commercial et immobilier, Lausanne 1985, p. 27 ss, p. 32), même s'il est vrai que des contrats-types ont été élaborés par certaines sociétés de leasing (cf. M. HESS, Immobilien-Leasing in der Schweiz, thèse, Zurich 1989, p. 23). A cela s'ajoute enfin que l'opération de leasing immobilier peut revêtir plusieurs formes, en fonction notamment des besoins du preneur.

Il n'est en conséquence pas aisé d'aborder le leasing immobilier d'une manière qui ne soit pas purement anecdotique. Toutefois, un certain nombre d'études lui ont été consacrées récemment, qui permettent de systématiser quelque peu la matière.

§ 2 DEFINITION

La définition communément admise du leasing immobilier, qui a été élaborée par l'Association Suisse des Sociétés de Leasing, est la suivante :

"Le leasing immobilier consiste dans la cession à long terme de la jouissance d'immeubles à vocation industrielle ou commerciale, selon un contrat pendant la durée duquel l'objet du leasing s'amortit dans la même proportion que celle autorisée par le fisc, et à l'échéance duquel le preneur de leasing dispose, en règle générale, d'un droit d'emption" (cf. W. LÜEM, La pratique du leasing en Suisse, in Le leasing industriel, commercial et immobilier, Lausanne 1985, p. 13 ss, p. 22).

Cette définition met en évidence certains éléments saillants du leasing immobilier :

- du point de vue du crédit-bailleur, il s'agit avant tout d'une opération de crédit (cf. M. GIOVANOLI, Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique, thèse Lausanne, Paris 1980, p. 21 ss) : le crédit-bailleur laisse au preneur, pour une durée prolongée, l'usage et la jouissance d'un immeuble

dont il conserve la propriété, moyennant le paiement d'une redevance visant à permettre l'amortissement (total ou partiel) de la chose;

- à l'échéance, le preneur a généralement la faculté de se porter acquéreur de la chose, pour la valeur résiduelle de celle-ci : pour le preneur, le leasing est un moyen de financement (GIOVANOLI, Thèse, p. 17 ss);
- partant, le leasing immobilier a en principe pour objet des immeubles "productifs", notamment à vocation industrielle ou commerciale (usines, entrepôts, locaux commerciaux, bureaux, hôtels, etc.; cf. par exemple : SCHÜPBACH, RNR 1983, p. 196) : il s'agit de permettre au preneur de "payer la poule avec les oeufs" (cf. HESS, Thèse, p. 5 [note 1]); s'il n'est pas exclu qu'il porte sur une habitation à usage privé (cf. M. GIOVANOLI, Leasing (crédit-bail), FJS 363, Genève 1984, p. 6), il semble cependant qu'il est rare que tel soit le cas (voir à cet égard les développements de C.R. WULKAN, Der Immobilien-Leasingvertrag nach schweizerischem Privatrecht, thèse, Zurich 1988, p. 28 ss, concernant une forme de leasing d'habitations pratiquée en Suisse de 1969 à 1975).

Bien qu'elle soit intéressante, cette définition ne permet de se faire qu'une idée incomplète du déroulement de l'opération de leasing immobilier. Aussi convient-il de s'y arrêter quelque peu.

§ 3 L'OPERATION DE LEASING IMMOBILIER

Le leasing étant avant tout un instrument de financement, c'est à l'initiative du preneur que le crédit-bailleur fait l'acquisition de l'immeuble en cause (cf. WULKAN, op. cit., p. 67) : le crédit-bailleur est généralement une société financière spécialisée dans le leasing, voire dans le seul leasing immobilier, qui ne dispose pas d'un parc immobilier destiné à être offert aux preneurs.

Il en découle que l'opération de leasing ne se limite pas aux seuls rapports juridiques entre les deux parties au contrat : son déroulement comprend en principe quatre phases (voir par exemple HESS, Thèse, p. 25 ss).

Dans un premier temps, le crédit-bailleur acquiert l'immeuble dont le preneur a besoin. Cet immeuble peut appartenir à un tiers ou au preneur lui-même. Il s'agit généralement d'un bien-fonds, mais il arrive également que le crédit-bailleur se fasse concéder un droit de superficie au sens des art. 675 et 779 ss CC.

Dans un second temps, il est procédé à la construction du bâtiment convenu ou, le cas échéant, à des travaux de transformation ou de rénovation du bâtiment existant. La répartition des rôles des parties dans cette phase est variable. Parfois, le preneur conclut les contrats nécessaires à ces travaux en qualité de représentant indirect du crédit-bailleur, ce dernier réglant les factures au moyen de ses propres deniers; d'autres contrats prévoient que le crédit-bailleur sera le maître de l'ouvrage, le preneur dirigeant les travaux en qualité de représentant direct; enfin, il arrive également que les deux parties au contrat de leasing apparaissent en qualité de maître de l'ouvrage (voir HESS, Thèse, p. 30 s. et 194; WULKAN, op. cit., p. 21 ss).

La troisième phase est la plus longue : pendant cinq à vingt ans, voire plus (cf. WULKAN, op. cit., p. 14), le preneur exerce (à ses frais et à ses risques) un droit d'usage et de jouissance étendu sur la chose reçue en leasing. Cette période est dite "irrévocable" (cf. par exemple SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 197), car il est rare que les parties se réservent le droit de résilier le contrat avant son échéance (cf. HESS, Thèse, p. 36 s.; WULKAN, op. cit., p. 63). Pendant toute cette période, le preneur verse à son cocontractant une redevance périodique, qui comprend un élément d'amortissement et des intérêts.

Enfin, à l'issue de la période irrévocable, le preneur a la faculté (plus rarement, l'obligation) de se porter acquéreur du bien-fonds en cause. Parfois, il dispose également de la faculté d'exiger le renouvellement du contrat de leasing. Si aucune de ces deux options n'est levée, la chose est restituée au crédit-bailleur, qui procède alors à la vente de celle-ci (généralement aux risques du preneur de leasing).

On le constate, l'opération de leasing crée entre les parties des rapports juridiques complexes. Dans ses deux premières phases, elle fait en outre intervenir des tiers (le vendeur du bien-fonds, l'entrepreneur, l'architecte, etc.), qui ne sont toutefois pas parties au contrat de leasing : les contrats de vente, d'entreprise et de mandat conclus à cette occasion sont des conventions distinctes du contrat de leasing proprement dit.

§ 4 TYPES DE LEASING IMMOBILIER

Il existe plusieurs types de leasing immobilier. Ainsi, l'on parle de lease-back (ou de "cession-bail") lorsque c'est le preneur lui-même qui est propriétaire de l'immeuble faisant l'objet du contrat et qui transfère la propriété du bien-fonds (ou qui concède un droit de superficie sur celui-ci) au crédit-bailleur. Le lease-back permet ainsi de "financer a posteriori" (SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 198) l'immeuble acquis par le preneur et peut se révéler utile lorsque ce dernier souhaite disposer de liquidités.

Contrairement à son homologue mobilier, le leasing immobilier est en principe un "non-full pay out leasing" : la redevance périodique versée par le preneur ne tend à amortir qu'une quote-part (par exemple, 50%) de la valeur de l'immeuble (WULKAN, op. cit., p. 69); les parties peuvent cependant également convenir que l'immeuble sera entièrement amorti à l'issue de la période irrévocable (full pay out leasing).

Le leasing est dit public si le preneur est une collectivité publique; on le nomme promotionnel si, à l'inverse, la collectivité publique est le crédit-bailleur (GIOVANOLI, FJS, p. 8).

Enfin, l'on rencontre parfois les notions de net lease et gross lease, selon que les obligations du crédit-bailleur se limitent au financement de l'opération et à la cession de l'usage de la chose (net lease) ou qu'il incombe également au crédit-bailleur de conclure en son nom les contrats nécessaires à l'édification ou à la transformation des bâtiments (gross lease); voir à cet égard WULKAN, op. cit., p. 19 s.

§ 5 LE DROIT APPLICABLE A L'OPERATION DE LEASING IMMOBILIER

L'opération de leasing n'est pas appréhendée en tant que telle par notre droit positif. Cela ne signifie cependant pas qu'elle évolue dans le non-droit : il existe quelques règles qui la visent plus ou moins spécifiquement.

Ainsi et en premier lieu, il convient de rappeler l'existence, en droit fiscal, d'une Circulaire de la Conférence des fonctionnaires fiscaux "concernant le traitement fiscal du leasing d'immeubles commerciaux ou industriels", du 8 février 1980 (cf. à cet égard D. YERSIN, Aspects fiscaux du "leasing" financier, in Archives 54/1985 p. 241 ss, p. 256 ss; A. BRUEHWILER, Das Immobilien-Leasing aus steuerlicher Sicht, in L'expert-comptable suisse 1988 p. 235 ss; pour le texte de cette Circulaire, voir SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 214 ss).

D'autres règles de droit public peuvent venir en application. Ainsi, l'opération de leasing peut tomber sous le coup de l'Arrêté fédéral concernant un délai d'interdiction de revente des immeubles non agricoles et la publication des transferts de propriété immobilière, du 6 octobre 1989 (AFU A; RS 211.437.1), notamment en raison de la constitution d'un droit d'emption en faveur du preneur (cf. art. 1 al. 2 lit. a AFU A; sur ces problèmes, voir la Décision du Conservateur du registre foncier de Genève, du 29 mars 1990, citée par A. CARATSCH/C. CONVERS, Arrêtés fédéraux urgents en matière de droit foncier urbain : Résumé de jurisprudence, in RDAF 1990 p. 211 ss, p. 217 ss; Rekurskommission für Grunderwerb ZH, du 11 septembre 1990, in RNRF 1990 p. 269 ss; S. ALADJEM/M. PELLET, L'application à Genève de l'arrêté fédéral urgent instituant un délai d'interdiction de revente des immeubles non agricoles, Genève 1991, pp. 14 et 52).

De même, la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, du 16 décembre 1983 (LFAIE; RS 211.412.41), peut être amenée à intervenir. Ainsi et par exemple, si le preneur est une personne à l'étranger au sens de l'art. 5 LFAIE, l'opération de leasing sera soumise à autorisation (cf. art. 4 al. 1 lit. f et g LFAIE; voir aussi l'art. 1 al. 2 lit. b OFAIE [RS 211.412.411]. Cf. : WULKAN, op. cit., p. 65 s.; J.-C. PERRIG, L'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes à l'étranger, thèse, Lausanne 1990, p. 150 ss; Directives d'interprétation du Département (genevois) de l'économie publique concernant la LFAIE et l'OFAIE, Genève 1990, p. II.3. Voir cependant l'arrêt du Tribunal administratif genevois, cité par PERRIG, op. cit., p. 151). Toutefois, ainsi que le relève WULKAN (op. cit., p. 66), l'immeuble remis en leasing sert fréquemment d'établissement stable au preneur, ce qui constitue un motif d'autorisation si les conditions d'application des art. 8 al. 1 lit. a LFAIE et 3 OFAIE sont réunies.

Enfin, l'on peut signaler que l'opération de leasing peut poser des problèmes de droit comptable. Ainsi, en vertu de l'art. 663b ch. 3 CO, en vigueur depuis le 1er juillet 1992, "le montant global des dettes découlant de contrats de leasing non portées au bilan" doit être indiqué dans l'annexe du bilan du preneur (cf. P. BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, Zurich 1992, p. 250). Sur les obligations de nature comptable imposées par la Commission fédérale des banques aux banques parties à un contrat de leasing, voir deux décisions de la CFB parues in Bulletin CFB 21/1991 p. 9 ss; Bulletin CFB 9/1981 p. 53 ss.

En ce qui concerne le droit applicable au contrat de leasing immobilier et aux droits réels auxquels les parties ont recours, voir infra, pp. 15 ss et 20 ss.

DEUXIEME PARTIE : LE CONTRAT DE LEASING IMMOBILIER

§ 1 INTRODUCTION

Le contrat de leasing immobilier a pour objet les relations juridiques entre le crédit-bailleur et le preneur. En revanche, il ne régit pas les rapports entre l'une ou l'autre de ces parties et les tiers, tels que le vendeur de l'immeuble en cause ou l'architecte et les entrepreneurs chargés de réaliser les travaux de construction ou de modification du bâtiment.

Par ailleurs, *stricto sensu*, le contrat de leasing vise essentiellement à régler les relations entre les parties pendant les deux dernières phases de l'opération de leasing : même dans les cas de lease-back, l'acquisition de la propriété ou du droit de superficie par le crédit-bailleur fait l'objet d'un contrat distinct (cf. HESS, Thèse, p. 26 s.; WULKAN, op. cit., p. 35).

Il va cependant de soi que rien n'empêche les parties de créer un lien juridique entre les diverses conventions nécessaires à la réalisation de l'opération de leasing immobilier. Ainsi, il n'est pas rare que les contrats passés par le crédit-bailleur ou le preneur avec les tiers soient soumis à la condition suspensive de la conclusion du contrat de leasing (art. 151 ss CO) (cf. HESS, Thèse, p. 27; voir également le mécanisme décrit par SCHÜPBACH, RNR 1983, p. 197).

§ 2 LES PARTIES AU CONTRAT

Ainsi qu'il vient d'être relevé, le contrat de leasing lie deux parties. L'une d'entre elles est le crédit-bailleur, qui finance l'opération en acquérant la propriété de l'immeuble (ou des bâtiments) en cause. Il s'agit en principe d'une personne morale, souvent d'une société spécialisée dans le leasing immobilier; la plupart des sociétés de leasing opérant en Suisse sont membres de l'Association Suisse des Sociétés de Leasing, à Zurich, qui tient notamment d'intéressantes statistiques sur les opérations de leasing (voir par exemple : M. HESS, *Immobilien-Leasing und Formzwang*, in RNR 1991 p. 1 ss, p. 1 s.).

Ces sociétés spécialisées ne sont pas soumises à la surveillance de la Commission fédérale des banques (cf. D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ, *Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz*, Zurich [1991], n. 59 ad art. 4; GIOVANOLI, FJS, p. 28; H.-R. SCHÜPBACH, *Formes nouvelles de relations bailleur-locataire : le leasing immobilier et la propriété locative (Locacasa)*, in 3^e Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1984, p. 9).

L'autre partie au contrat est le preneur, qui exploite le bien financé. Il s'agit généralement d'une personne morale exerçant une activité commerciale ou industrielle, mais il peut également s'agir d'une corporation de droit public. Il est en revanche rare qu'un immeuble soit remis en leasing à une personne physique; cela tient d'une part au fait que le leasing d'immeubles à usage d'habitation n'est en l'état plus pratiqué en Suisse et, d'autre part, au fait qu'en principe seules les sociétés d'une certaine importance présentent des perspectives de solvabilité à long terme suffisantes pour fonder cette forme de financement (voir aussi: WULKAN, op. cit., p. 37).

Enfin, il convient de signaler que lorsque l'importance de l'opération le justifie, une société immobilière est parfois créée, soit pour intervenir en qualité de preneur, soit pour tenir le rôle de crédit-bailleur (cf. GIOVANOLI, Thèse, pp. 16 et 67; HESS, Thèse, p. 42).

§ 3 LES OBLIGATIONS DES PARTIES

Le contenu du contrat de leasing dépend naturellement de ce qui a été convenu entre les parties, de l'objet remis en leasing, de l'importance du financement fourni par le crédit-bailleur, ainsi que d'autres facteurs encore.

Il est toutefois possible de dresser un inventaire des obligations incombant généralement aux parties : c'est ainsi que HESS, après avoir analysé un certain nombre de conventions, a ramené celles-ci à un plus petit dénominateur commun (Thèse, p. 44).

A. Les obligations du crédit-bailleur

La première obligation du crédit-bailleur consiste à acquérir l'immeuble choisi par le preneur et devant être remis en leasing à ce dernier (cf. WULKAN, op. cit., p. 41; P. ENGEL, Contrats de droit suisse, Berne 1992, p. 753). Le contrat de leasing contient donc une promesse de contracter (art. 22 CO; pour ENGEL, op. cit., p. 758, "la validité du contrat de leasing est subordonnée à la condition suspensive ou résolutoire de la conclusion du contrat d'acquisition"). Le crédit-bailleur s'exécute de cette obligation en concluant avec le tiers propriétaire (ou avec le preneur de leasing, dans le cas du lease-back) l'acte authentique nécessaire au transfert de la propriété (ou à la constitution du droit de superficie, le cas échéant).

Il faut toutefois reconnaître que cette construction peut paraître artificielle : en effet, il n'est pas rare que le contrat de leasing soit passé en même temps que le contrat de vente ou le contrat de superficie. L'on peut dès lors se demander si cette clause du contrat doit réellement être qualifiée de promesse de contracter.

La seconde obligation du crédit-bailleur concerne le financement des travaux d'édification, de transformation ou de rénovation du bâtiment dont l'usage sera laissé au preneur de leasing. On l'a souligné, l'étendue de cette obligation varie de cas en cas : elle peut être limitée au paiement des factures, mais il arrive également que le crédit-bailleur s'engage envers le preneur à agir (le cas échéant, aux côtés de celui-ci) en qualité de maître

de l'ouvrage; enfin, une solution intermédiaire est parfois choisie, le crédit-bailleur s'engageant à conseiller le preneur dans la réalisation des travaux.

Le crédit-bailleur s'oblige également à laisser à son cocontractant, pendant toute la durée fixée par les parties, l'usage et la jouissance de la chose remise en leasing : le crédit-bailleur est donc possesseur originaire médiat, le preneur exerçant la possession dérivée immédiate (art. 920 al. 2 CC). Cette obligation impose avant tout au crédit-bailleur un devoir d'abstention : il doit tolérer qu'un tiers, le preneur, use et jouisse de la chose. En revanche, il n'incombe en principe pas au donneur de leasing d'entretenir la chose dans un état approprié à l'usage pour laquelle elle a été remise au preneur : le crédit-bailleur n'est pas un bailleur (cf. art. 256 al. 1 CO).

En revanche, le crédit-bailleur s'engage généralement à conserver la propriété de l'immeuble en cause pendant la période irrévocable ou, à tout le moins, à faire reprendre le contrat par l'acquéreur éventuel (cf. GIOVANOLI, Thèse, p. 400; WULKAN, op. cit., p. 112 [note 8]). Cette obligation implique également que le crédit-bailleur doit s'opposer aux prétentions que des tiers pourraient faire valoir sur la chose (cf. ENGEL, op. cit., p. 754).

Enfin, le contrat de leasing impose à la fin du contrat certaines obligations au crédit-bailleur, qui prendront généralement la forme d'une obligation alternative (art. 72 CO) : le crédit-bailleur promet plusieurs prestations (transférer la propriété de la chose au preneur, rentrer en possession immédiate de celle-ci ou conclure un nouveau contrat), mais n'est tenu d'en exécuter qu'une seule, au choix du preneur. Ces obligations sont donc soumises à la condition (suspensive et potestative) de la décision du preneur. Ainsi et par exemple, l'insertion d'un pacte d'emption dans le contrat de leasing oblige conditionnellement le crédit-bailleur à transférer la propriété de l'immeuble au preneur (cf. P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Tome II, Berne 1990, pp. 99 et 117).

B. Les obligations du preneur de leasing

La première obligation du preneur à l'égard du crédit-bailleur concerne l'objet du contrat. En effet, quelle que soit la formule qu'aient choisie les parties pour procéder aux travaux d'édification ou de transformation du bâtiment, c'est généralement le preneur, ainsi que le note WULKAN (op. cit., p. 41), qui réceptionne l'ouvrage.

Le contrat de leasing prévoit dès lors en principe que le preneur aura l'obligation de procéder aux vérifications (parfois, conjointement avec le crédit-bailleur) incombant à l'acheteur (art. 221 et 201 CO) et au maître de l'ouvrage (art. 367 CO) et qu'il devra en outre signaler immédiatement au crédit-bailleur l'existence d'un défaut.

Les parties conviennent généralement que le preneur fera valoir lui-même les droits découlant de la garantie, quand bien même il n'est pas partie au contrat de vente et qu'il n'est pas toujours partie au contrat d'entreprise. Le preneur exerce ces droits soit en qualité de cessionnaire du crédit-bailleur (cf. WULKAN, op. cit., p. 42 ss), soit en tant que bénéficiaire d'une stipulation pour autrui convenue entre le crédit-bailleur et le vendeur et/ou l'entrepreneur (art. 112 al. 2 CO; SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 205); cette seconde solution mérite la préférence, ne serait-ce qu'en raison de l'incessibilité des actions rédhitoire et minutoire (cf. P. GAUCH, Der Werkvertrag, 3^e éd., Zurich 1984, p. 470 ss; ATF 114 II 239/247, JdT 1989 I 162/169. Voir cependant : H. HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, Berne 1991, p. 289).

La seconde obligation du preneur, qui constitue également son obligation principale, tend au paiement de la redevance. Le preneur doit s'en exécuter à intervalles réguliers (par exemple, tous les trimestres ou une fois l'an) et à l'avance (cf. HESS, Thèse, p. 34). Il importe de souligner que cette obligation du preneur subsiste même si la chose remise en leasing devient totalement ou partiellement inutilisable (HESS, Thèse, p. 35; WULKAN, op. cit., p. 49) : le slogan "pay as you earn", cher aux adeptes du leasing, signifie également "pay even if you don't earn" (cf. M. LÜSCHER/A. SALATHE/M. BAERISWYL, Das Kreditgeschäft der Banken, Bâle 1989, p. 10.10).

Le montant de la redevance est fixé en fonction de la durée du contrat. Elle comprend généralement un élément d'amortissement (dans les limites admises par le fisc), auquel s'ajoutent les intérêts ainsi que la marge de bénéfice du crédit-bailleur.

Il n'est pas rare que le contrat permette au crédit-bailleur d'adapter le montant de la redevance (parfois d'entente avec le preneur en ce qui concerne le montant des amortissements). Les intérêts sont généralement indexés sur le taux des obligations de caisse de 3 ou 5 ans ou sur celui des intérêts hypothécaires (HESS, Thèse, p. 33).

En outre, lorsque l'opération de leasing repose sur un droit de superficie grevant le bien-fonds d'un tiers, le preneur a également l'obligation de verser au crédit-bailleur le montant de la rente du droit de superficie (WULKAN, op. cit., p. 49).

Enfin, à la redevance périodique s'ajoute parfois l'obligation de payer au crédit-bailleur, lors de la conclusion du contrat, une somme forfaitaire généralement calculée en fonction du montant du financement effectué par le crédit-bailleur (WULKAN, op. cit., p. 49).

En ce qui concerne l'utilisation de la chose reçue en leasing, les contrats se réfèrent parfois au droit du bail à loyer (WULKAN, op. cit., p. 50) et prévoient que le preneur a l'obligation d'user de la chose et d'en jouir avec le soin commandé par les circonstances et conformément à sa destination (cf. art. 257f al. 1 CO). Par ailleurs, il est généralement stipulé que le preneur ne peut remettre à bail la chose à un tiers ou changer la destination de celle-ci sans l'autorisation préalable du crédit-bailleur (WULKAN, op. cit., p. 50).

En revanche, contrairement au locataire, le preneur a l'obligation de prendre en charge l'ensemble des frais d'entretien et de réparation de la chose, ainsi que les charges, taxes et assurances la concernant (HESS, Thèse, p. 34 ss). La plupart des contrats prévoient également que la responsabilité découlant des art. 679 CC et 58 CO est à la charge du preneur (HESS, Thèse, p. 34; voir cependant : WULKAN, op. cit., p. 60).

A la fin de la période irrévocable, s'il ne s'est pas engagé à se porter acquéreur de l'immeuble, le preneur a l'obligation de restituer celui-ci au crédit-bailleur.

Mais le contrat réserve en principe également au preneur la faculté d'exercer un droit d'emption ou d'exiger la conclusion d'un nouveau contrat de leasing; dans ce dernier cas, le montant de la redevance est alors fixé en fonction de la valeur résiduelle de l'immeuble (WULKAN, op. cit., p. 62).

N'étant en principe pas intéressé par l'immeuble en tant que tel, le crédit-bailleur, s'il y a restitution de la chose à la fin du contrat, cherchera un tiers acquéreur. Les parties doivent dès lors désigner celle d'entre elles qui supportera le risque de cette réalisation. Généralement, elles conviennent que le découvert sera à la charge du preneur, mais que celui-ci participera en revanche au bénéfice éventuel (cf. WULKAN, op. cit., pp. 93 et 118). L'on peut voir dans cet aspect des relations contractuelles une confirmation de ce que le leasing est une opération qui vise avant tout à financer l'utilisation d'un bien et non pas l'acquisition de celui-ci (WULKAN, op. cit., p. 61).

Enfin, le contrat de leasing prévoit fréquemment qu'en garantie de la bonne exécution de ses obligations, le preneur devra fournir des sûretés à son cocontractant (cf. HESS, Thèse, p. 42 ss.).

§ 4 LA QUALIFICATION DU CONTRAT

A l'évidence, le contrat de leasing immobilier est un contrat générateur d'obligations : il donne naissance à des engagements de nature personnelle. Les actes de disposition nécessaires à l'opération de leasing (transfert de la propriété ou création du droit de superficie par exemple) nécessitent la passation d'actes juridiques distincts.

En outre, le contrat de leasing immobilier est un contrat synallagmatique : les prestations dues par les parties sont dans un rapport d'échange. Il s'agit enfin d'un contrat de durée (cf. WULKAN, op. cit., p. 54) : tant la dette principale du crédit-bailleur (laisser au preneur l'usage et la jouissance de la chose financée) que celle du preneur (payer la redevance) sont des dettes durables, qui s'exécutent dans le temps.

Plus difficile à résoudre est la question de la qualification du leasing immobilier : il donne naissance à un nombre important d'obligations, qui le rapprochent de certains contrats nommés. Il n'est pas possible d'étudier ici la question en détail. L'on se contentera dès lors de rappeler brièvement pourquoi certaines qualifications doivent être rejetées, en renvoyant pour le surplus à l'analyse fouillée effectuée par HESS (Thèse, p. 95 ss).

En premier lieu, l'on peut retenir que le contrat de leasing n'est pas assimilable à une vente immobilière (art. 216 ss CO; cf. WULKAN, op. cit., p. 90 ss) : il n'a pas pour objet le transfert de la propriété, mais la cession limitée dans le temps de l'usage et la jouissance d'un bien immobilier; la redevance versée par le preneur est d'ailleurs calculée non pas en fonction de la valeur de la chose, mais proportionnellement au financement consenti par le crédit-bailleur, lequel ne répond par ailleurs pas des défauts de la chose. Enfin, le preneur peut certes se porter acquéreur de l'immeuble, en exerçant son droit d'emption, mais il ne s'agit en principe là que de l'une des facultés qui lui sont réservées à l'issue de la période irrévocable.

Il ne s'agit pas non plus d'un contrat de bail à loyer (art. 253 ss CO). En effet, contrairement au locataire, le preneur a non seulement l'usage, mais également la jouissance de la chose (si tant est que celle-ci se prête à une telle jouissance). En outre, le crédit-bailleur n'a pas l'obligation de maintenir la chose dans un état approprié (art. 256 al. 1 et 259 ss CO); c'est au contraire au preneur qu'il incombe de prendre en charge l'ensemble des frais relatifs à la chose : le locataire paie un loyer parce que le bailleur lui laisse l'usage de la chose et entretient celle-ci; la redevance versée par le preneur tend au remboursement du capital investi par le crédit-bailleur et reste dès lors due même si la chose ne peut plus être utilisée.

Enfin, les droits et obligations des parties lors des autres phases de l'opération de leasing ne sont pas typiques du bail à loyer; ils constituent l'illustration de ce que les buts poursuivis par les parties à un contrat de leasing et les relations qu'elles entretiennent avec l'immeuble faisant l'objet du contrat sont fondamentalement différents de ceux des parties à un contrat de bail à loyer (voir par exemple : HESS, Thèse, p. 139).

Pour des motifs analogues, l'on peut également retenir que le leasing immobilier n'est pas un contrat de bail à ferme (art. 275 ss CO; cf. HESS, Thèse, p. 153 ss; WULKAN, op. cit., p. 99).

Le leasing mobilier est parfois qualifié de contrat de crédit sui generis, présentant des éléments du contrat de prêt de consommation (art. 312 ss CO) et du transfert de propriété aux fins de sûreté (cf. par exemple : GIOVANOLI, FJS, p. 16) : il a pour objet des choses qui se déprécient rapidement, si bien qu'elles n'ont en principe qu'une valeur résiduelle minime à l'issue de la période irrévocable. Selon cette conception, le crédit-bailleur verrait avant tout dans la propriété (de la chose qu'il remet en leasing) une garantie, qui se déprécie au fur et à mesure que la somme "prêtée" lui est remboursée : la propriété du crédit-bailleur serait un "gage fondant" (cf. GIOVANOLI, La jurisprudence, p. 37).

Toutefois, il est généralement admis que cette qualification ne peut pas être retenue pour le leasing immobilier (cf. HESS, Thèse, p. 180 s.; WULKAN, op. cit., p. 93 ss. Voir cependant : SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 209; ainsi que WULKAN [op. cit., p. 104 s.] et HESS [Thèse, p. 181 ss], en ce qui concerne le lease-back). En effet, les relations juridiques auxquelles le leasing immobilier donne naissance sont trop complexes pour être réduites à un simple contrat de prêt de consommation; au surplus, si cette qualification devait être retenue, l'on ne s'expliquerait pas pourquoi le crédit-bailleur, à la différence du propriétaire fiduciaire, n'a pas l'obligation inconditionnelle de retransférer la propriété de l'immeuble reçu en garantie (qui conserve pourtant en principe une valeur résiduelle importante à l'issue de la période irrévocable) une fois sa mise de fonds remboursée (cf. HESS, Thèse, p. 173 s.).

Enfin, l'on peut également exclure la qualification de contrat de mandat (art. 394 ss CO; cf. HESS, Thèse, pp. 204 et 219). Le contrat de leasing immobilier peut certes contenir des éléments de mandat, particulièrement dans les clauses consacrées aux travaux de construction ou de transformation. Cependant, les obligations principales découlant du contrat de leasing ne sont manifestement pas celles de parties à un contrat de mandat. Une telle qualification aurait par ailleurs pour conséquence que l'art. 404 CO serait applicable au contrat de leasing, ce qui ne paraît ni particulièrement souhaitable, ni conforme à la volonté des parties.

Il résulte de ce qui précède que le contrat de leasing immobilier ne peut guère se couler dans les moules préparés par le législateur. L'on peut en conclure qu'il s'agit d'un contrat innommé (SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 207) et, plus précisément, d'un contrat sui generis (cf. HESS, Thèse, p. 233; WULKAN, op. cit., pp. 102 et 107). Selon la conception que l'on s'en fait (mais également, selon la convention des parties), l'on admettra qu'il se rapproche plutôt d'un contrat d'usage sui generis ou d'un contrat de crédit sui generis.

§ 5 LE DROIT APPLICABLE AU CONTRAT

A. Généralités

Le contrat de leasing immobilier étant un contrat sui generis, il n'est par définition pas réglé en tant que tel par la loi. C'est dès lors avant tout la convention des parties qui réglera leurs relations juridiques (art. 19 al. 1 CO) : "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" (art. 1134 CCFr.).

En outre, les dispositions de la partie générale du Code des obligations sont applicables au contrat de leasing : l'on songe notamment aux règles concernant la formation du contrat ou l'exécution des obligations, mais également aux art. 107 ss CO (cf. WULKAN, op. cit., p. 53 ss) puisque le contrat de leasing est un contrat synallagmatique.

Par ailleurs, les dispositions légales concernant le droit d'emption (cf. art. 683 CC; art. 216 al. 2 CO) seront applicables si le contrat de leasing confère au preneur un tel droit.

Enfin, s'il y a lieu de combler une lacune du contrat, le juge recourra au droit coutumier et, à défaut d'une coutume, il élaborera la règle qu'il établirait s'il était législateur (art. 1 al. 2 CC).

En dernier lieu, l'on peut noter avec ENGEL (op.cit., p. 758) qu'en présence d'un élément d'extranéité pertinent, les parties peuvent choisir le droit applicable au contrat de leasing immobilier (art. 119 al. 2 LDIP) et qu'à défaut d'une telle élection de droit, le contrat de leasing immobilier est soumis à la lex rei sitae (art. 119 al. 1 LDIP. Voir aussi : I. SCHWANDER Die Behandlung der Innominatverträge im internationalen Privatrecht, in Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurich 1988, p. 501 ss, p. 509).

B. Application des règles sur le contrat de bail à loyer ?

Nonobstant la parenté qu'il présente avec le contrat de bail à loyer, le contrat de leasing n'est pas régi par les art. 253 ss CO : les dispositions de la partie spéciale du Code des obligations ne sont en principe pas directement applicables aux contrats sui generis (cf. par exemple : W.R. SCHLUEP, *Innominatverträge*, in *Schweizerisches Privatrecht*, vol. VII/2, Bâle 1979, p. 763 ss, p. 798).

Il n'en demeure pas moins que le juge, agissant *modo legislatoris*, sera parfois tenté de s'inspirer des règles du Code des obligations consacrées au bail à loyer; la doctrine n'hésite d'ailleurs pas à déclarer que certaines d'entre elles sont applicables par analogie au contrat de leasing immobilier (voir à cet égard WULKAN [op. cit., pp. 46 s. et 50], en ce qui concerne les art. 258 et 261 al. 1 anc. CO [cf. les art. 259f et 257f al. 1 et 2 CO]).

Une telle intervention des règles sur le contrat de bail en la matière n'est pas vraiment gênante : effectuée avec doigté, elle respecte la spécificité de la convention passée par les parties.

Par ailleurs, l'on peut se demander si les dispositions légales sur la protection contre les loyers abusifs ne sont pas applicables au contrat de leasing immobilier. En effet, en vertu de l'art. 253b al. 1 CO, les art. 269 ss CO "s'appliquent par analogie aux baux à ferme non agricoles et aux autres contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux".

En d'autres termes, l'application du droit du bail serait ici justifiée non pas par la seule parenté entre les deux contrats, mais en vertu d'une disposition légale dont l'objet est expressément de ramener certains contrats dans le giron du bail à loyer, notamment dans le souci d'éviter des fraudes à la loi.

Or, force est de constater que le leasing immobilier a pour objet la cession à titre onéreux de l'usage de locaux commerciaux; il est d'ailleurs parfois qualifié de contrat de cession d'usage sui generis (cf. WULKAN, op. cit., p. 102).

Mais cela n'est pas suffisant : pour que les art. 269 ss CO soient applicables, le contrat en cause doit viser principalement la cession de l'usage de locaux commerciaux ou d'habitations (art. 253b al. 1 CO).

Il n'est pas aisé de déterminer si le leasing immobilier correspond à cette définition. L'on peut cependant noter que les spécialistes du droit du bail ne mentionnent pas le leasing parmi les contrats visés par l'art. 253b al. 1 CO (cf. par exemple : D. LACHAT/J. MICHELI, *Le nouveau droit du bail*, Lausanne 1990, pp. 55 et 41). En outre, sous l'ancien droit, il était généralement admis que l'AMSL n'était pas applicable au contrat de leasing immobilier (cf. HESS, *Thèse*, p. 146 ss; SCHÜPBACH, *3^e Séminaire*, p. 12; SCHÜPBACH, *RNRF* 1983, p. 203; plus nuancé : WULKAN, *op. cit.*, p. 100 s.).

Ce dernier argument n'est toutefois pas déterminant : en effet, en son art. 2 al. 3, l'AMSL visait les "autres rapports contractuels dont le contenu essentiel réside dans la cession, contre rémunération de l'usage de logements ou de locaux commerciaux". Si l'on s'en tient à la lettre de la loi, l'art. 253b al. 1 CO a donc un champ d'application plus large que la norme qu'il est censé reprendre (voir toutefois l'art. 1 al. 1 OASL).

L'on ne saurait dès lors se dispenser de rechercher si le leasing immobilier vise principalement la cession à titre onéreux de l'usage de l'immeuble sur lequel il porte.

A cet égard, il est difficile de contester que l'un des objets principaux du leasing est la cession de l'usage d'une chose immobilière (voir à cet égard WULKAN, *op. cit.*, pp. 98, 100 et 102) : il s'agit là de l'obligation principale du crédit-bailleur.

Mais simultanément, il faut bien reconnaître que ce serait méconnaître la complexité de l'opération que de réduire le contrat de leasing à un "quasi-bail" : d'une part, la cession de l'usage de la chose y est organisée de façon fort différente, puisque le preneur assume des obligations qui n'incombent pas au locataire; d'autre part, il ne faut pas oublier que le leasing tend également au financement de la chose dont l'usage est cédé : le crédit-bailleur est surtout un bailleur de fonds. On le constate, l'on ne peut mettre l'accent sur la cession d'usage sans risquer de fausser toute l'économie du contrat.

En tout état de cause, l'art. 253b al. 1 CO ne doit pas être appliqué aveuglément : il a pour fonction de garantir que les intérêts protégés par les art. 269 ss CO bénéficient effectivement de cette protection. Dès lors, force est de constater que le leasing doit être laissé de côté par ce "rabatteur" : la ratio des art. 269 ss CO permet de penser que ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer au leasing immobilier (cf. par exemple : HESS, *Thèse*, p. 150 s.); les parties ne recourent d'ailleurs pas au leasing immobilier dans le but d'échapper à ces dispositions impératives.

Enfin, il n'est pas besoin d'insister sur le fait que ces règles ne sont pas adaptées au leasing immobilier : ainsi, il n'est par exemple pas souhaitable que le preneur puisse contester le montant initial de la redevance (art. 270 CO), puisque celle-ci est calculée en fonction des investissements que le crédit-bailleur a été amené à faire à sa demande; de même, l'on ne voit pas pourquoi la redevance ne pourrait être indexée que par référence à l'indice suisse des prix à la consommation (art. 269b CO), alors qu'en fonction notamment du mode de refinancement choisi par le crédit-bailleur, la redevance suit en principe l'évolution des taux hypothécaires ou ceux des obligations de caisse.

L'on peut dès lors conclure en affirmant que les dispositions légales concernant la protection contre les loyers abusifs et d'autres prétentions abusives du bailleur ne sont pas applicables au leasing immobilier. La question méritera cependant d'être réexaminée si le leasing immobilier devait à nouveau être utilisé pour financer des locaux à usage d'habitation (cf. HESS, Thèse, p. 62 [note 82]).

§ 6 LA FORME DU CONTRAT

Il est généralement admis que la validité du contrat de leasing immobilier n'est soumise au respect d'aucune forme particulière (HESS, RNR 1991, p. 18 s.; WULKAN, op. cit., p. 39).

En effet, il résulte par définition du fait que le contrat de leasing est un contrat sui generis qu'aucune disposition légale ne prévoit qu'il doit être passé en une forme spéciale. En outre, étant donné qu'en tant que tel, il n'a pas pour objet le transfert de la propriété immobilière, il ne se justifie pas de lui appliquer, même par analogie, les règles de forme régissant les contrats tendant à ce but (voir par exemple l'art. 657 al. 1 CC).

Cependant, il convient de souligner que certaines clauses usuelles du contrat de leasing immobilier sont soumises à l'observation de la forme authentique (art. 55 Tit. fin. CC).

Ainsi, le crédit-bailleur concède généralement au preneur un droit d'emption (ou, en cas de lease-back, un droit de réméré), dont la validité est soumise, en matière immobilière, à la forme authentique (cf. art. 216 al. 2 CO). Dès lors, à moins que les parties ne passent deux actes distincts, le contrat de leasing sera recouvert de la forme authentique.

De même, il ne faut pas oublier qu'en vertu de l'art. 22 al. 2 CO, la promesse de contracter doit être passée dans la forme exigée pour le contrat principal si, "dans l'intérêt des parties, la loi subordonne la validité du contrat à l'observation d'une certaine forme".

Or, le contrat de leasing contient une promesse de contracter, émanant du crédit-bailleur : celui-ci s'engage envers le preneur à faire l'acquisition de l'immeuble devant être remis en leasing. Dès lors, dans la mesure où l'exécution de cette obligation suppose, dans l'intérêt des parties, la passation d'un contrat en la forme authentique (par exemple : contrat de vente [art. 216 al. 1 CO]; contrat constitutif de droit de superficie distinct et permanent [art. 779a CC]), la validité de la promesse de contracter contenue dans le contrat de leasing est, elle aussi, soumise au respect de la forme authentique.

L'on pourrait même se demander si, lorsque les parties conviennent d'un pacte d'emption (ou de réméré) ou d'une promesse de contracter, le contrat de leasing immobilier ne doit pas être recouvert de la forme authentique. En effet, il n'est pas insoutenable de considérer qu'il constitue un élément subjectivement essentiel, au sens de la jurisprudence récente concernant la forme des actes juridiques (voir par exemple : ATF 113 II 402/404 s., JdT 1988 I 67/68 s.), de ces stipulations.

Tel serait notamment le cas lorsque le preneur peut exercer son droit d'emption (ou de réméré) en payant au crédit-bailleur la valeur résiduelle de l'immeuble à l'issue de la période irrévocable : le lien entre le prix d'achat et la redevance de leasing est alors particulièrement étroit (contra : HESS, RNRF 1991, p. 17).

En tout état de cause, il convient de relever que les parties prennent généralement la précaution de passer le contrat de leasing immobilier en la forme authentique (voir, par exemple : HESS, Thèse, p. 28).

TROISIEME PARTIE : LE LEASING IMMOBILIER EN DROITS REELS

§ 1 INTRODUCTION

On le sait, le leasing mobilier est la source de nombreuses controverses. En effet, même s'il porte généralement sur des biens d'équipement et non de consommation, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'objets qui se déprécient rapidement; à l'issue de la période irrévocable, la chose mobilière remise en vertu d'un contrat de leasing ne conserve en principe qu'une valeur vénale restreinte. Partant, le leasing mobilier se rapproche d'une opération d'aliénation par acomptes, si bien que l'on peut se demander s'il ne convient pas de lui appliquer les art. 226a ss CO (cf. l'art. 226m CO).

Cette ambiguïté du leasing mobilier a également des conséquences en droits réels. Ainsi, l'on peut considérer que le crédit-bailleur perd la propriété du bien financé s'il ne s'en est pas expressément réservé la propriété au moyen d'une inscription au registre des pactes de réserve de propriété (cf. art. 715 CC). En outre, le lease-back se heurte notamment à l'art. 717 CC (sur toutes ces questions, voir par exemple : T.M. RINDERKNECHT, Leasing von Mobilien, thèse, Zurich 1984, pp. 48 ss, 135 ss et 178 ss).

L'on ne retrouve pas ces problèmes en matière immobilière. En effet, la durée de vie économique des immeubles est telle qu'il est difficile de concevoir qu'ils puissent s'amortir totalement. La propriété du crédit-bailleur ne s'apparente dès lors pas à un "gage fondant". Les dispositions sur la vente par acomptes et celles concernant le pacte de réserve de propriété ne sont d'ailleurs pas applicables aux immeubles (cf. art. 226a al. 1 et 217 al. 2 CO; art. 715 al. 1 CC).

Par ailleurs, l'existence du registre foncier permet de clarifier des choses, à un double titre. D'une part, le registre foncier joue le rôle d'un garde-fou : l'on ne peut y porter que les inscriptions (au sens large) prévues par la loi; la tentation des parties de recourir à des constructions à la licéité douteuse s'en trouve réduite. D'autre part, il ne présente pas les lacunes qui affectent la possession en tant qu'instrument de publicité : il est dès lors possible de convenir d'un lease-back en matière immobilière.

On l'aura compris, le leasing immobilier ne pose pas de grands problèmes en droits réels : si les parties veulent que leur convention produise des effets erga omnes, elles n'ont d'autre choix que de respecter les catégories reconnues par la loi.

§ 2 LES DROITS DU CREDIT-BAILLEUR

A. La propriété

En général, le crédit-bailleur acquiert la propriété de l'immeuble qui sera remis en leasing. Cette acquisition est soumise aux règles habituelles du transfert de la propriété immobilière : elle doit reposer sur une cause valable (art. 974 al. 2 CC. Par exemple : contrat de vente passé en la forme authentique; art. 657 al. 1 CC et 216 al. 1 CO), suivie d'une inscription au registre foncier (art. 656 al. 1 CC), à la requête du tiers aliénateur (ou du preneur, dans le cas du lease-back; art. 964 al. 1 CC).

Si ces conditions sont réalisées, l'acquisition du crédit-bailleur est valable. En effet, même si l'on indique parfois que le crédit-bailleur est avant tout intéressé par la garantie que représente l'immeuble, il ne s'agit pas d'un transfert de propriété aux fins de garantie : même dans le lease-back, la propriété n'est pas transférée au crédit-bailleur à la seule fin de garantir le remboursement de son investissement. Le droit du crédit-bailleur est une pleine propriété et non pas une propriété fiduciaire (mixte) ou formelle.

Voudrait-on d'ailleurs qualifier de pactum fiduciae le contrat de vente passé entre le preneur et le crédit-bailleur, qu'il ne s'agirait pas moins d'une cause valable du transfert de la propriété (cf. SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 209. L'éventualité d'une simulation est toutefois réservée; voir à cet égard HESS, Thèse, p. 264).

Dans le même ordre d'idée, l'on peut également souligner que le leasing ne constitue en principe pas une violation de l'interdiction du pacte commissaire (art. 816 al. 2 CC). Il incombe cependant aux parties de veiller à maintenir un certain équilibre dans leur convention, de façon à ce que le crédit-bailleur ne se retrouve pas dans une position (notamment en cas de résiliation anticipée du contrat) équivalant économiquement à une appropriation de l'immeuble (voir également GIOVANOLI, Thèse, p. 396 ss; SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 209).

B. Le droit de superficie

Le leasing immobilier peut également reposer sur un droit de superficie (art. 675 et 779 ss CC). L'objet remis en leasing au preneur n'est alors pas le bien-fonds et ses parties intégrantes, mais les bâtiments construits sur (ou sous) le bien-fonds grevé.

Cette servitude peut être concédée au crédit-bailleur par un tiers ou, dans le cas du lease-back, par le preneur lui-même; dans cette seconde hypothèse, les parties conviennent généralement que le crédit-bailleur sera dispensé de l'obligation de payer la rente du droit de superficie (cf. HESS, Thèse, p. 30).

La constitution de cette servitude nécessite la passation d'un contrat constitutif de servitude (en la forme écrite; cf. art. 732 CC) et l'inscription au registre foncier à la requête du propriétaire grevé (art. 731 al. 1 CC).

Il s'agira le plus souvent d'un droit de superficie distinct et permanent, à savoir d'un droit cessible et transmissible, constitué pour une durée de trente ans au moins ou pour une durée indéterminée (cf. art. 7 al. 2 ORF; sa durée ne pourra toutefois pas

excéder cent ans [cf. art. 779l al. 1 CC]); dans ce cas, le contrat constitutif est soumis à l'observation de la forme authentique (art. 779a CC).

S'il présente ces caractéristiques, le droit de superficie peut être immatriculé comme immeuble au registre foncier (cf. art. 779 al. 3 et 943 al. 1 ch. 2 CC), à la requête de son titulaire (art. 7 al. 1 ORF).

Ainsi immatriculé, le droit de superficie devient un immeuble (art. 655 al. 2 ch. 2 CC). Tout en restant une servitude, il suit le sort juridique des immeubles et peut par exemple être grevé de droits de gage immobiliers (cf. art. 796 al. 1 CC). L'immatriculation facilite donc le refinancement du crédit-bailleur, puisque ce dernier peut grever sa servitude de gages immobiliers; elle permet également de garantir le paiement de la rente du droit de superficie, par l'inscription d'une hypothèque légale en faveur du propriétaire du bien-fonds (art. 779i et 779k CC).

En outre, le titulaire d'un droit de superficie distinct et permanent (même non immatriculé) est ex lege titulaire d'un droit de préemption contre tout acquéreur du bien-fonds grevé (art. 682 al. 2 CC). A l'inverse, le propriétaire grevé est également titulaire d'un droit de préemption légal sur le droit de superficie distinct et permanent (art. 682 al. 2 CC). Ces droits de préemption légaux sont opposables aux tiers sans être annotés au registre foncier; ils ne peuvent d'ailleurs pas faire l'objet d'une annotation (cf. A. MEIER-HAYOZ, Grundeigentum II, Berner Kommentar, vol. IV.1.3, 3^e éd., Berne 1975, n. 37 ad art. 682). En outre, ils subsistent pendant toute la durée du droit de superficie.

§ 3 LES DROITS DU PRENEUR

A. Lorsque le crédit-bailleur est propriétaire du bien-fonds

Lorsque le crédit-bailleur est propriétaire du bien-fonds remis en leasing, le preneur n'est titulaire d'aucun droit réel. En effet, la position juridique que lui confère le contrat de leasing n'est assimilable à aucune des catégories connues de notre *numerus clausus* des droits réels.

Le preneur n'est dès lors pas inscrit au registre foncier, ni en tant que titulaire d'un droit réel limité *sui generis*, ni en tant que propriétaire "économique" de l'immeuble.

En revanche, les parties sont naturellement libres de convenir que le preneur sera mis au bénéfice d'un droit réel venant s'ajouter à sa qualité de créancier du crédit-bailleur. Ainsi, elles pourraient par exemple recourir à l'usufruit (art. 745 ss CC) : cette servitude procure en effet un droit d'usage et de jouissance étendu sur la chose grevée (art. 745 al. 2 et 755 CC); en outre, elle n'est pas cessible (art. 758 al. 1 CC a contrario). Selon SCHÜPBACH (RNRF 1983, p. 206), le preneur est parfois titulaire d'un droit de superficie sur l'immeuble qui lui est remis en leasing.

Il semble toutefois que de telles combinaisons soient rares; l'intention des parties est en général de conférer au preneur des droits de nature personnelle uniquement (cf. WULKAN, op. cit., pp. 114, 115 et 117).

Dès lors, il ne subsiste qu'une solution pour renforcer la position juridique du preneur et rendre celle-ci opposable aux tiers : l'annotation au registre foncier (art. 959 ss CC). Mais ces annotations sont également soumises à un numerus clausus (cf. H. DESCHENAUX, Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, vol. V.II.2, Fribourg 1983, p. 281); or, le leasing immobilier n'est pas du nombre des rapports juridiques susceptibles d'être annotés.

Les parties n'ont dès lors pas la faculté de faire annoter en tant que tels les droits du preneur (cf. SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 212, qui cite en note 58 une décision de l'Autorité de surveillance du registre foncier du Canton du Tessin; HESS, Thèse, p. 270 ss. Plus nuancé : WULKAN, op. cit., pp. 121 s. et 124). En outre, il convient de préciser que même si l'on considère que le crédit-bailleur n'est qu'un propriétaire fiduciaire, il n'est pas possible de faire apparaître (par une inscription, une annotation ou une mention) cette particularité au registre foncier (DESCHENAUX, op. cit., p. 86 [note 6]).

Par ailleurs, à l'intérieur des catégories de droits susceptibles d'être annotés, l'on pourrait être tenté de tirer parti de la parenté qui existe entre le leasing immobilier et le contrat de bail pour préconiser son annotation en tant que bail à loyer (cf. art. 959 al. 1 CC et art. 261b CO). Il semble d'ailleurs que certains contrats de leasing aient été annotés par ce biais au registre foncier (WULKAN, op. cit., p. 100). Mais, on l'a vu, le contrat de leasing n'est précisément pas un contrat de bail; il ne saurait dès lors être annoté en cette qualité au registre foncier (WULKAN, op. cit., pp. 121 et 124).

En revanche, les droits d'emption et de réméré sont susceptibles d'être annotés (art. 683 al. 1 et 959 al. 1 CC). Dès lors, si le contrat de leasing prévoit que le preneur sera titulaire d'un tel

droit, les parties peuvent rendre ce dernier opposable aux tiers, en le faisant annoter au registre foncier (art. 959 al. 2 CC). Il ne faut toutefois pas s'exagérer les avantages que cette annotation procurera au preneur.

En effet, la loi limite à dix ans les effets de cette annotation (art. 683 al. 2 CC). Les parties peuvent certes convenir que le droit lui-même aura une durée supérieure à dix ans, mais il cessera d'être opposable aux tiers une fois la durée légale écoulée. En outre, s'il est vrai que l'annotation peut être renouvelée, encore faut-il préciser que les parties ne peuvent pas s'engager par avance à procéder à un tel renouvellement (STEINAUER, Tome II, p. 105). Enfin, les droits d'emption ou de réméré qui ne peuvent pas être exercés pendant la durée de l'annotation ne sont pas susceptibles d'être annotés (cf. MEIER-HAYOZ, op. cit., n. 42 ad art. 683 et n. 121 ad art. 681).

Ces diverses restrictions ont pour effet que les parties au contrat de leasing immobilier renoncent fréquemment à faire annoter le droit d'emption ou de réméré du preneur (WULKAN, op. cit., p. 115). La période irrévocable du contrat de leasing est en effet souvent supérieure à dix ans; en outre, le preneur n'a généralement la faculté d'exercer son droit qu'à l'issue de cette période irrévocable.

Enfin, il convient de rappeler qu'à cette situation déjà défavorable pour le preneur s'ajouteront de nouveaux obstacles dès l'entrée en vigueur de la "Loi fédérale sur la révision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du code des obligations (vente d'immeubles)" (in FF 1991 III 1537 ss). En effet, cette loi entraînera notamment l'abrogation de l'art. 683 CC, qui sera remplacé par un nouvel art. 216a dans le Code des obligations, selon lequel "les droits de préemption et de réméré peuvent être convenus pour une durée de 25 ans au plus, les droits d'emption pour dix ans au plus, et être annotés au registre foncier".

Ainsi donc, le nouveau droit introduit une durée maximale pour le droit lui-même, qui coïncidera avec celle de l'annotation (cf. P.-H. STEINAUER, Les projets de Lois fédérales sur le droit foncier rural et sur la révision partielle du Code civil (droits réels immobiliers) et du Code des obligations (vente d'immeubles), in BN 1991 p. 173 ss, p. 189).

Cette modification l  gislativ   n'entraînera vraisemblablement pas trop de conséquences négatives pour le lease-back, puisque la durée maximale du droit de réméré (et de son annotation) est fixée à vingt-cinq ans; au contraire, il sera possible dans la plupart des cas non seulement de convenir d'un droit de réméré,

mais d'annoter celui-ci pendant toute la durée de la période irrévocable, puisque la durée des effets de l'annotation est portée à vingt-cinq ans.

En revanche, dans le cas du leasing ordinaire, les parties n'auront même plus la faculté de réserver au preneur un droit d'emption (non annoté) subsistant aussi longtemps que la période irrévocable s'il a été convenu que celle-ci devait durer plus de dix ans.

On le voit, l'introduction de cet art. 216a dans le CO est de nature à poser de nombreux problèmes, qui ne seront pas limités aux seules opérations de leasing : l'on peut en effet penser à d'autres cas dans lesquels il se justifie d'accorder à une partie un droit d'emption d'une durée supérieure à dix ans. L'on ne peut dès lors que regretter que le législateur soit intervenu en la matière, en invoquant la protection d'intérêts que l'art. 27 CC suffisait pourtant à sauvegarder (cf. Message du Conseil fédéral à l'appui des projets de loi fédérale sur le droit foncier rural (LDFR) et de loi fédérale sur la révision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du code des obligations (vente d'immeubles), du 19 octobre 1988, in FF 1988 III 889 ss, p. 1015 s.).

Ainsi donc, le droit d'emption (ou de réméré) ne remplit qu'imparfaitement la fonction qui lui est attribuée dans l'opération de leasing : compenser le fait que le preneur n'est titulaire d'aucun droit réel (WULKAN, op. cit., pp. 112 et 118). Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit, ce renforcement des droits du preneur deviendra même problématique dans la plupart des cas : les parties devront renouveler le droit d'emption et son annotation tous les dix ans.

B. Lorsque le crédit-bailleur est titulaire d'un droit de superficie

Il convient ici de distinguer selon que le droit de superficie grève le bien-fonds d'un tiers ou celui du preneur.

Lorsque l'opération de leasing repose sur un droit de superficie concédé au crédit-bailleur par un tiers, la situation du preneur se rapproche de celle qui vient d'être décrite (supra, A.) : le preneur n'est titulaire d'aucun droit réel et sa position juridique n'est pas susceptible d'être annotée en tant que telle au registre foncier.

Toutefois, le droit d'emption que le preneur tire le cas échéant du contrat de leasing ne porte que sur le droit de superficie. Ainsi, si le preneur lève l'option à l'échéance du contrat, le preneur ne deviendra pas propriétaire du bien-fonds, mais titulaire du droit de superficie.

En outre, il convient de noter que, dans l'hypothèse où le droit de superficie en cause est un droit distinct et permanent, le tiers est titulaire d'un droit de préemption légal (art. 682 al. 2 CC; sauf convention contraire passée en la forme authentique : art. 682 al. 3 CC; cf. l'art. 681b al. 1 du nouveau droit); dès lors, l'exercice d'un droit d'emption constituant un cas de préemption, le tiers aura la faculté de se porter acquéreur de la servitude si le preneur fait valoir son droit d'emption.

En revanche, si le droit de superficie a été constitué par le preneur (lease-back), ce dernier est évidemment inscrit au registre foncier en tant que propriétaire de l'immeuble grevé. En outre, il est de par la loi titulaire d'un droit de préemption ayant pour objet le droit de superficie, s'il s'agit d'un droit distinct et permanent (art. 682 al. 2 CC).

CONCLUSION

Pour le juriste, le leasing peut apparaître comme une opération quelque peu compliquée : ignorant délibérément les catégories consacrées de contrats et de droits réels, il procède à une répartition inhabituelle des droits et obligations des parties, qui se rapproche d'un démembrement de la propriété.

Ainsi que le note SCHÜPBACH (RNRF, p. 200), "il appartient aux économistes de nous convaincre de la réelle utilité du leasing" (voir à cet égard : R. VOLKART, Beiträge zur Theorie und Praxis des Finanzmanagements, 4^e éd., Zurich 1991, p. 125 ss).

En l'état, l'on se bornera à conclure que s'il n'y a pas de raison d'accueillir avec méfiance le leasing immobilier dans notre ordre juridique, il ne se justifie pas non plus de légiférer (contra, en ce qui concerne la possibilité d'annoter le contrat de leasing au registre foncier : SCHÜPBACH, RNRF 1983, p. 213; GIOVANOLI, Thèse, p. 424).

L'on ne voit en effet pas pourquoi l'on refuserait aux parties la liberté de définir leur relation comme elles l'entendent, alors qu'elles ont précisément renoncé aux formules proposées par le législateur. Par ailleurs, l'on peut douter qu'il se justifie de

codifier une construction juridique qui ne compte que quelques centaines de cas d'application en Suisse. L'absence de jurisprudence en droit privé concernant le leasing immobilier semble d'ailleurs démontrer qu'il n'y a pas d'urgence en la matière.