



Chapitre d'actes

2011

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Le leasing immobilier : un contrat pluriel

---

Marchand, Sylvain

### How to cite

MARCHAND, Sylvain. Le leasing immobilier : un contrat pluriel. In: Droit de superficie et leasing immobilier : deux alternatives au transfert de propriété. Foëx, Bénédict (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2011. p. 113–130. (Collection genevoise. Droit de la propriété)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:45160>

# LE LEASING IMMOBILIER

## Un contrat pluriel

SYLVAIN MARCHAND

### I. Introduction : rien à signaler à l'horizon paisible de la liberté contractuelle

Dans une conception classique de la répartition des pouvoirs, le législateur ordonne, le juge applique, le juriste explique<sup>1</sup>. Lorsque le législateur n'a rien ordonné, et le juge peu appliqué, le juriste n'a pas grand-chose à expliquer. C'est la situation d'un juriste qui s'interroge sur le leasing immobilier : la législation est totalement absente en la matière, sauf dans le domaine fiscal. La jurisprudence a rendu peu d'arrêts topiques sur ce contrat<sup>2</sup>. La doctrine se contente souvent d'indiquer que le contrat de leasing immobilier est un contrat *sui generis*, et considère dans l'ensemble qu'aucune règle impérative du droit privé suisse ne lui est applicable<sup>3</sup>. Pour l'essentiel, il convient donc de s'en remettre à la *lex contractus*.

Cette approche libérale du contrat de leasing immobilier nous convient tout à fait. Il est néanmoins difficile, à la réflexion, de ne pas signaler dans la

---

<sup>1</sup> ENGEL traité des obligations en droit suisse, 2<sup>ème</sup> éd. Berne 1997, p. 3.

<sup>2</sup> Les arrêts ou décisions suivants ont été rendus en rapport avec le contrat de leasing immobilier : ATF 132 (2006) III 549-555 (sur la question de la forme); Tribunal administratif, Berne, BVR 1999 p. 193-205 (traitement fiscal d'un contrat de Sale and Leaseback); Chambre civile, Tessin, REP 1999 p. 196-198 (incompétence de la Commission de conciliation des baux et loyers); Cour de justice Genève, SJ 1997 p. 237 (incompétence du Tribunal des baux et loyers); CFB Bulletin 21 (1991) p. 9-18 (traitement d'un immeuble donné en leasing dans la comptabilité de la banque); Commission de préavis AFU, RDAF 1990 p. 217-220 (leasing apparenté à une opération d'acquisition soumise à autorisation).

<sup>3</sup> HESS, Immobilien Leasing in der Schweiz, Thèse, Zurich 1989, p. 233; WULKAN, der Immobilien-Leasingvertrag nach schweizerischen Privatrecht, Thèse, Zurich 1988, p. 102 et 107; SCHUPBACH, RNRF 1983, p. 207; FOEX, Le leasing immobilier, 7<sup>ème</sup> séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1992, p. 15; METZLER SCHMUKI, Die Immobilienleasing – Frage der Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des Mietrechts, PJA 2005, p. 579. ch. 2.2.

mer calme de la liberté contractuelle l'existence de quelques récifs sur lesquels un contrat leasing immobilier pourrait un jour s'échouer.

## II. Essai de définition et typologie des contrats de leasing immobilier

### a. Définition par rapport au leasing mobilier

Le contrat de leasing immobilier est souvent appréhendé par référence au leasing mobilier, beaucoup plus courant en pratique, et qui fait l'objet de règles spécifiques<sup>4</sup>. Cette analogie est pourtant trompeuse : les économies intrinsèques du leasing immobilier et du leasing mobilier sont fondamentalement différentes.

La caractéristique du leasing mobilier est en effet la perte de valeur de la chose mobilière, qui s'épuise dans la durée du contrat. Au terme de la durée convenue, la valeur résiduelle de la chose est nulle, ou minime, ce qui permet au preneur de leasing d'acquérir la chose pour un prix négligeable. Tel n'est pas le cas dans le domaine du leasing immobilier. Le bien-fonds donné en leasing garde sa valeur, ou voit sa valeur augmentée, avec l'écoulement du temps. Certes les bâtiments construits sur le bien-fonds peuvent se dégrader, mais l'augmentation de la valeur du sol en zone urbaine compense souvent amplement la perte de valeur du bâtiment<sup>5</sup>.

### b. Définition par rapport aux obligations des parties

Dès lors qu'une définition du leasing immobilier par référence au leasing mobilier n'est pas satisfaisante, il faut se rabattre sur la méthode traditionnelle de qualification des contrats, c'est-à-dire l'examen des obligations principales des parties.

- *Cession d'usage*. La cession par le donneur de leasing de l'usage de l'immeuble au preneur de leasing est certes un élément essentiel du contrat de leasing. Il ne suffit cependant pas à le caractériser, car cet aspect du contrat de leasing ne le distingue pas d'un contrat de bail.

---

<sup>4</sup> Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC), RS221.214.1. Le contrat de leasing mobilier y est soumis aux conditions de l'article 1 al. 2 let. a de la loi.

<sup>5</sup> Même analyse : METZLER SCHMUCKI, op.cit., PJA 2005, p. 579. ch. 2.1.

- *Cession d'usage et de jouissance.* Le contrat de leasing comprend souvent le droit du preneur d'exploiter l'immeuble, ce qui le distingue d'un bail à loyer. En revanche cet aspect des droits et obligations des parties ne permet pas de caractériser le contrat de leasing immobilier d'un contrat de bail à ferme, ou d'un contrat constitutif d'un usufruit immobilier.
- *Paiement d'un loyer ou d'une redevance.* L'obligation principale du preneur est le paiement d'un loyer ou d'une redevance au donneur de leasing. Les termes de redevances ou loyers sont utilisés indifféremment par la pratique, sans que ce choix ne puisse avoir de conséquences sur la qualification du contrat. Là encore, ce paiement ne permet pas de distinguer le contrat de leasing immobilier d'un autre contrat à titre onéreux.
- *Droit d'emption.* Les contrats de leasing immobilier prévoient souvent qu'au terme de la durée prévue, le preneur de leasing a le choix d'acquérir (ou de racheter dans le cas des contrats de *Sale and Leaseback*) l'immeuble, à un prix déterminé à l'avance et tenant compte du paiement des redevances. Ce droit d'emption (droit d'achat) ou de réméré (droit de rachat) n'est cependant pas un élément nécessaire du contrat de leasing. La loi type d'Unidroit<sup>6</sup> en matière de leasing n'indique le droit d'emption que comme une possibilité<sup>7</sup>. Il en est de même de la Convention Unidroit du 28 mai 1988<sup>8</sup>: « *This Convention applies whether or not the lessee has or subsequently acquires the option to buy the equipment or to hold it on lease for a further period.* »<sup>9</sup>. Enfin le Tribunal fédéral a indiqué que le droit d'option n'était pas un élément essentiel du contrat, et que le contrat de leasing restait valable malgré la nullité formelle du droit d'emption convenu par les parties<sup>10</sup>.
- *L'obligation du donneur de leasing d'acheter l'immeuble pour en transférer l'usage.* En règle générale, le donneur de leasing n'est pas initialement propriétaire de l'immeuble, mais l'acquiert à la demande du preneur pour le lui remettre en leasing. Cette circonstance ne suffit cependant pas à distinguer le contrat de leasing du contrat de bail. Rien n'interdit en effet à un bailleur classique d'acheter un immeuble pour le louer. Dans les cas de location sur plan, il arrive même que le contrat de bail soit conclu avant que le bailleur n'ait acquis l'immeuble ou le droit de superficie. Le simple fait qu'une partie ait acquis un immeuble pour le mettre à la disposition de l'autre ne suffit donc pas à justifier l'exclusion des règles applicables au contrat de bail.

<sup>6</sup> Loi type d'Unidroit sur la location et la location-financement adoptée le 13 novembre 2008 ; disponible sur le site d'Unidroit : <http://www.unidroit.org/french/modellaws/2008leasing/main.htm>.

<sup>7</sup> Article 2 de la loi type.

<sup>8</sup> Unidroit Convention on International Financial Leasing du 28 mai 1988, disponible sur le site d'Unidroit <http://www.unidroit.org/english/conventions/1988leasing/main.htm>. La convention n'est pas en vigueur en Suisse.

<sup>9</sup> Art. 1 ch. 3 de la Convention.

<sup>10</sup> ATF 132 III 549.

Dès lors que l'analyse des obligations des parties ne donne pas de résultat satisfaisant pour définir le contrat de leasing, et notamment pour le distinguer d'un contrat de bail, une définition du contrat de leasing et de sa spécificité peut passer par le but économique recherché par les parties.

### c. Définition par rapport au but économique recherché par les parties

Le but économique recherché par les parties à un contrat de leasing varie selon les circonstances. Le contrat peut être essentiellement dans l'esprit des parties :

- *Une opération d'acquisition progressive de l'immeuble par le preneur.* Tel est le cas des contrats de leasing simple avec un droit d'emption en faveur du preneur<sup>11</sup>. Le but principal du contrat est à terme l'acquisition de l'immeuble par le preneur. L'immeuble est acquis auprès d'un tiers par le donneur de leasing, puis mis à la disposition du preneur pendant une certaine durée, moyennant paiement de redevances. Au terme de cette durée, le preneur dispose d'un droit d'emption à un prix prédéterminé tenant compte des redevances déjà payées<sup>12</sup>. Le paiement des redevances comprend donc une part de rachat progressif de l'immeuble. La pratique de ce type de leasing s'est beaucoup développée en Espagne et au Portugal pour l'acquisition de résidences secondaires. L'idée selon laquelle un contrat de leasing peut avoir pour but un « *rachat progressif* » de l'immeuble a parfois été retenue par l'administration suisse<sup>13</sup>. La doctrine voit également dans ce type de contrat le financement d'une acquisition<sup>14</sup>.
- *Un transfert d'usage de l'immeuble au preneur.* Dans certains cas, le contrat de leasing ne comprend pas de droit d'emption, ou le prix du droit d'emption est le prix du marché à la date de l'exercice du droit, sans tenir compte des redevances payées par le preneur pendant la durée du contrat. Le but principal des parties dans un tel cas n'est donc pas l'acquisition de l'immeuble par le

---

<sup>11</sup> Annexe, Schéma 1.

<sup>12</sup> Selon que les redevances payées couvrent la totalité ou une partie seulement de l'immeuble, on distingue le « full pay out leasing » et le « non full pay out leasing » (FOEX, op. cit., 7<sup>ème</sup> séminaire sur le droit du bail, p. 6). Dans le dernier cas, le droit de préemption est fixé au solde de la valeur de l'immeuble.

<sup>13</sup> « Toutefois, les caractéristiques du contrat en cause, soit la cession d'usage, le « rachat » progressif de l'objet du leasing, etc., permettent d'y reconnaître un acte juridique qui a pour effet de transférer économiquement une propriété immobilière. ». RDAF 1990 p. 217-220. L'aspect acquisitif de certains contrats de leasing explique également de leur soumission à la LFAIE : PERRIG, l'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes à l'étranger, Thèse Lausanne 1990, p. 150 ss ; FOEX, op. cit., 7<sup>ème</sup> séminaire sur le droit du bail, p. 7.

<sup>14</sup> GIOVANOLI, Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique, Thèse Lausanne, Paris 1980, p. 17 ss.

preneur, mais plutôt l'usage de l'immeuble pendant la durée du contrat de leasing. Il en est de même lorsque le contrat de leasing porte non pas sur un bien fonds, mais sur un droit de superficie<sup>15</sup>. Un tel contrat reste un contrat de leasing immobilier dès lors que le droit de superficie est un droit distinct et permanent, qualifié par la loi d'immeuble<sup>16</sup>. Dans une telle situation, le donneur de leasing, en sa qualité de superficiaire, acquiert la propriété des bâtiments sans acquérir la propriété du bien-fonds. Par le contrat de leasing, il cède l'usage de ces bâtiments au preneur de leasing. Au terme du droit de superficie, la propriété des bâtiments revient au propriétaire du bien-fonds servant<sup>17</sup>. Le but de l'opération n'est donc pas l'acquisition de l'immeuble par le preneur, mais uniquement le transfert de son usage.

- *La garantie d'un financement.* Le contrat de leasing est enfin souvent utilisé aux fins de garantie d'un financement. Ce type de contrats, qualifiés de *Sale and Leaseback*<sup>18</sup>, repose sur la structure suivante : le propriétaire d'un immeuble vend cet immeuble à un tiers qui lui en paie le prix. Le tiers cède l'usage de l'immeuble en leasing au vendeur. Au terme de la durée convenue, le vendeur a le droit de racheter l'immeuble (droit de réméré), à un prix tenant compte du versement des redevances pendant la durée du contrat. Dans cette structure, le preneur de leasing obtient un financement (le prix de l'immeuble) sans perdre la possession de l'immeuble. Les redevances payées par le preneur de leasing correspondent au remboursement du montant avancé plus intérêts. Au terme de l'opération, le preneur de leasing récupère la propriété de l'immeuble par l'usage de son droit de réméré. Les contrats prévoient en règle générale que le prix (plus intérêts) est entièrement remboursé par le paiement des redevances, et que l'exercice du droit de réméré est donc gratuit. Un exercice anticipé du droit de réméré est également souvent prévu, pour le montant résiduel de l'avance concédée par le donneur de leasing. La clause suivante se trouve dans les contrats internationaux de *Sale and Leaseback* :

*Direct ownership of the property and other ownership rights are transferred at the end of the lease period to the lessee, or to a party nominated by the lessee, provided the lessee has in every way fulfilled the obligations on the lessee under the terms of this contract. The lessee has the right to terminate this contract and reacquire the property and all rights pertaining to the plot and other rights specified in the*

<sup>15</sup> Annexe, schéma 3.

<sup>16</sup> Art. 655 al. 2 ch. 2 et art. 779 al. 3 CC. Un droit distinct et permanent est un droit cessible constitué pour une durée de plus de trente ans (art. 7 al. 2 ORF).

<sup>17</sup> Art. 779c CC.

<sup>18</sup> Annexe, schéma 2. Définition de ce contrat in : Tribunal administratif, Berne, BVR 1999 p. 193-205. La validité d'un tel contrat en matière mobilière est contestable en raison des articles 717 CC et 884 CC : ATF 119 (1993) II p. 236-241 cons. 5 in fine. Le problème ne se pose pas en matière immobilière, car l'effet du registre foncier protège les tiers.

*contract of sale, at any time during the period of the lease, by paying off all due lease payments and those not yet due, together with interest accruing, in keeping with the provisions of the contract, calculated to present value on the basis of the interest rate of the contract, on the day of settlement.*

La différence entre ces catégories de contrat de leasing n'est pas toujours très nette. Il arrive que dans un contrat de leasing destiné principalement au transfert d'usage, le droit d'emption conféré au preneur tienne compte en partie des redevances payées pendant la durée du leasing. Il convient donc de déterminer si le droit d'emption n'est conçu que comme une possibilité parmi d'autre pour le preneur, ou si son exercice est, dans l'esprit des parties, l'aboutissement normal du contrat.

Dans le cas d'un leasing constitué sur un droit de superficie, il arrive que la question de l'acquisition de l'immeuble se pose. C'est notamment le cas lorsque le propriétaire du bien-fonds servant souhaite le vendre à un tiers. Dans ce cas, le superficiaire dispose d'un droit de préemption, qui lui permet de réunir en ses mains la propriété des bâtiments et la propriété du bien-fonds<sup>19</sup>. Formellement, le superficiaire est le donneur de leasing. Il n'a cependant aucun intérêt à l'exercice du droit de préemption. Celui qui pourrait potentiellement être intéressé par l'acquisition du bien-fonds est le preneur de leasing, mais celui-ci n'est pas superficiaire. En l'absence de règles légales en la matière, la question doit être réglée par la *lex contractus* qui peut par exemple prévoir que le bailleur de leasing devra exercer son droit de préemption à titre fiduciaire pour le compte du preneur de leasing<sup>20</sup>.

En conclusion, la définition du contrat de leasing par le but économique recherché par les parties se heurte à la pluralité des buts possibles. Il n'existe en réalité pas un contrat de leasing type, mais plusieurs types de contrats de leasing. C'est selon ces différents types de contrat qu'il convient de raisonner, et non de façon générale.

Seule cette typologie permet de distinguer la particularité du contrat qui, le cas échéant, en ferait un contrat à part, non affecté par les règles existantes en matière de contrats de cession d'usage (bail), transfert de propriété (vente) ou garanties réelles (gage immobilier). La suite de notre analyse porte sur les rapports éventuels entre ces règles et les différents types de contrats de leasing.

---

<sup>19</sup> Art. 682 al. 2 CC.

<sup>20</sup> Il arrive que le contrat de leasing constitué sur un droit de superficie soit un Sale and Leaseback. Le preneur, propriétaire du bien-fonds, constitue moyennant finances un droit de superficie en faveur du donneur de leasing. Le donneur de leasing est dispensé de la rente. Le donneur de leasing met les bâtiments à la disposition du preneur de leasing, moyennant une redevance tendant à rembourser l'avance de fonds. À terme, le preneur récupère la propriété des bâtiments par l'exercice de son droit de retour. Sur cette construction, V. FOEX, op. cit., 7<sup>ème</sup> séminaire sur le droit du bail, p. 21 et HESS, Immobilien Leasing in der Schweiz, thèse Zurich, 1989, p. 30. Dans un tel cas, l'aspect garantie du contrat l'emporte sur l'aspect cession d'usage.

### III. Rapport du contrat de leasing avec les règles sur le contrat de bail

#### a. L'enjeu du droit impératif

L'enjeu de l'application à un contrat de leasing des règles sur le contrat de bail réside essentiellement dans le risque d'application de dispositions impératives qui pourraient remettre en cause la *lex contractus*. Or, ces règles impératives sont souvent en contradiction avec ce qui est prévu dans les contrats de leasing. Trois exemples illustrent la problématique :

- *Entretien de l'immeuble*. Les contrats de leasing prévoient que le preneur de leasing est en charge de l'entretien de l'immeuble. L'article 256 CO prévoit au contraire que le bailleur a l'obligation d'entretenir la chose<sup>21</sup>, et ne peut déroger à cette règle concernant des locaux d'habitation ou des locaux commerciaux<sup>22</sup>.
- *Rendement excessif*. Les redevances des contrats de leasing sont calculées sans tenir compte des règles impératives en matière de bail relatives au rendement excessif<sup>23</sup>. Selon l'article 253b CO, ces règles s'appliquent aux baux à ferme non agricoles, et aux autres contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitation ou de locaux commerciaux. Pourtant, l'application de ces règles paraît inadaptée à certains contrats de leasing, notamment les contrats de *Sale and Leaseback*. Ces contrats documentent des opérations financières où la seule limite devrait être celle du taux de l'usure<sup>24</sup>, et non celle d'un rendement excessif d'un immeuble qui n'intéresse le donneur de leasing qu'aux fins de garantie<sup>25</sup>.
- *Garantie pour les défauts*. Les articles 259b à 259i CO sont semi-impératifs<sup>26</sup>. Le bailleur ne peut donc exclure la garantie pour les défauts. En matière de leasing, il arrive souvent que le donneur de leasing exclue toute garantie pour les défauts de l'immeuble. C'est même, selon la Cour de justice de Genève, l'une des caractéristiques de ce contrat<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Art. 256 al. 1 CO.

<sup>22</sup> Art. 256 al. 2 CO. Voir cependant LACHAT, Commentaire romand du Code des obligations, 1<sup>ère</sup> éd. 2003 (ci après CR-CO I), art. 256 N 10 ; ATF 104 II 202 (location de locaux nus devant être aménagés par le locataire) ; TC Ju CdB 1995 86 (accord selon lequel le locataire doit retaper une vieille bâtisse).

<sup>23</sup> Art. 269 ss CO.

<sup>24</sup> De la même façon qu'en matière de leasing mobilier, l'article 14 LCC limite le Taux annuel effectif global du leasing à 15%.

<sup>25</sup> METZLER SCHMUKI relèvent par ailleurs que les règles impératives en matière d'indexation du bail (art. 269b CO) ne sont pas adaptées à un contrat de leasing : METZLER SCHMUKI, op. cit., PJA 2005, p. 579, ch. 2.3.2.1.

<sup>26</sup> LACHAT, CR-CO I art. 259a, N 6.

<sup>27</sup> SJ 1997 p. 237.

Pour autant, il ne suffit pas de considérer que des règles impératives sont inadaptées pour s'en affranchir. Il faut donc se demander quelles spécificités du contrat de leasing permettent au preneur de leasing de s'affranchir des règles impératives en matière de bail<sup>28</sup>.

## **b. Application potentielle des règles sur le contrat de bail**

La plupart des auteurs considèrent que les règles sur le contrat de bail ne sont pas applicables à un contrat de leasing. Au-delà de l'opinion, la motivation est souvent assez faible. Ainsi, dans un article spécialement consacré à cette question, Metzler et Schmuki considèrent que les règles sur le contrat de bail ne sont pas applicables car le preneur est souvent une grande société commerciale, qui n'a pas besoin de protection : « *Im Gegensatz zum Mietrecht fehlt es im Immobilienleasing an einem ausgleichsbedürftigen Interessengegensatz zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer in dem Sinne, dass der Leasinggeber in einer von vornherein wirtschaftlich stärkeren Position wäre, welche es durch einen Ausbau der rechtlichen Stellung des Leasingnehmers auszugleichen gälte; denn als Leasingnehmer können – als Folge des Finanzierungsinteresses der Leasinggesellschaft – primär nur solvente Handelsgesellschaften in Frage kommen* »<sup>29</sup>.

L'argument est justifié en opportunité, peut être convaincant politiquement, mais assez pauvre d'un point de vue juridique. Aucun principe juridique n'exclut qu'une société solvable ne soit locataire. L'insolvabilité du locataire n'est pas un élément constitutif du contrat de bail, ni sa qualité de personne privée. Au, contraire, il existe de nombreuses règles du droit du bail mentionnant expressément le bail de locaux commerciaux, pour lesquels les locataires sont en règle générale des « *solvente Handelsgesellschaften* ». Des débats politiques autour de la réforme du droit du bail ont conduit à ce que soit envisagée l'exclusion des baux commerciaux de la législation sur les loyers abusifs. A ce jour, une telle réforme est loin de voir le jour. Bref, l'argument ne convainc pas.

Il nous semble que c'est dans le but recherché par les parties qu'il faut trouver les singularités du contrat de leasing, pouvant conduire à l'exclusion des règles sur les contrats de bail :

---

<sup>28</sup> Ces spécificités ne peuvent pas résider dans le fait que les règles impératives du contrat de bail ne sont pas respectées, car sinon le raisonnement devient circulaire. Ainsi par exemple, le fait que dans le contrat de leasing, le donneur de leasing n'entretient pas l'immeuble ne suffit pas à notre avis à justifier le non-respect de l'article 256 CO (V. FOEX, op. cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 13 in fine ; 21 ; METZLER SCHMUKI, op. cit., PJA 2005, p. 582, ch. 2.3.2.2).

<sup>29</sup> METZLER SCHMUKI, op. cit. PJA 2005, p. 579. ch. 2.3.2.

- Lorsque le leasing est utilisé dans le cadre d'une opération d'acquisition, l'exclusion des règles sur le contrat de bail, en particulier sur le rendement excessif de l'immeuble, se justifie. Le preneur de leasing bénéficie d'un droit d'emption à la fin du contrat. Le prix du droit d'emption tient compte des redevances déjà payées. Le paiement des redevances vise donc à prépayer l'immeuble. Plus ces redevances sont élevées, plus le prix du droit d'emption sera bas. La protection du preneur de leasing selon le principe du rendement excessif n'aurait donc pas de sens, puisqu'il ne s'agit pas de rentabiliser l'immeuble mais de financer son acquisition progressive par le preneur. De même, un principe interdisant au donneur de leasing de contraindre le preneur à entretenir un immeuble en cours d'acquisition n'aurait aucun sens, alors que le but de l'opération est que le preneur de leasing devienne à terme propriétaire de cet immeuble.
- Lorsque le leasing est utilisé dans le cadre de la garantie d'un financement (*Sale and Leaseback*), l'exclusion des règles sur le contrat de bail, en particulier sur le rendement excessif de l'immeuble, se justifie également. Le paiement des redevances correspond au remboursement de l'avance de fonds, capital plus intérêts, et non à un loyer pour l'usage de l'immeuble. Le donneur de leasing ne rentabilise pas un immeuble lui appartenant, il devient propriétaire d'un immeuble en garantie du remboursement d'une avance de fonds. Les seules limites justifiées au fixement des redevances sont celles qui découlent de l'interdiction de l'usure, dans le cadre d'un contrat de crédit.
- En revanche, lorsque l'opération ne sert qu'au transfert d'usage de l'immeuble, on peine à voir pour quel motif les règles impératives en matière de bail, applicable notamment aux baux commerciaux ne seraient pas applicables à un contrat de leasing de ce type<sup>30</sup>. La caractéristique du contrat est dans ce cas le fait que le preneur de leasing ne jouit pas de droit d'emption, ou d'un droit d'emption au prix du marché ne tenant pas compte des redevances déjà payées par le preneur de leasing pendant la durée du leasing. Il est exactement dans la situation d'un locataire de locaux commerciaux, qui paie un loyer pour l'usage des locaux.

En conclusion, il nous semble que le juge doit déterminer quel était le but poursuivi par les parties, au regard notamment de l'existence et du contenu d'un éventuel droit d'emption du preneur au terme du contrat. Si ce droit d'emption est inexistant, ou n'offre pas ou peu d'avantages financiers au pre-

---

<sup>30</sup> FOEX relève à juste titre que l'article 253 b al. 1 CO étend l'application des articles 269 ss CO à tous les contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux. Il admet qu'il est difficile de contester que l'un des objets principaux du leasing est la cession de l'usage d'une chose immobilière. Il conclut cependant que l'article 253 b al. 1 CO ne doit pas être appliqué aveuglément (FOEX, op. cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 16 et 17). C'est précisément pour éviter une application aveugle de cette disposition qu'il nous semble qu'une typologie des contrats de leasing basée sur le but recherché par les parties doit être faite.

neur de leasing, le contrat a essentiellement pour but un transfert d'usage, et il n'y a aucune raison juridique pour qu'il échappe aux règles impératives applicables au contrat de bail.

### c. Aspect procédural

Il a été jugé qu'un litige relatif à un contrat de leasing ne relève pas de la juridiction des baux et loyers<sup>31</sup>. Le but principal du contrat en cause dans le cas de l'arrêt genevois était un financement octroyé par le donneur de leasing<sup>32</sup>. L'arrêt aurait-il été le même s'il était apparu que le but principal du contrat était la mise à disposition d'un immeuble, sans perspective d'acquisition pour le preneur ?

## IV. Rapport du contrat de leasing avec les règles sur la vente

### a. Forme

Le Tribunal fédéral considère que le contrat de leasing immobilier dans son entier ne peut être qualifié de contrat emportant transfert de propriété<sup>33</sup>. Il n'est donc pas soumis à la condition de la forme authentique de l'article 216 CO. En revanche, l'éventuel droit d'emption conféré au preneur de leasing est lui soumis à la forme authentique<sup>34</sup>.

En principe, dès lors que le contrat de leasing contient un droit d'emption, tout le contrat devrait être soumis à la forme authentique : la mise à disposition de l'immeuble et le droit d'emption ne sont pas des accords indépendants l'un de l'autre<sup>35</sup>. Pourtant, le Tribunal fédéral a jugé partiellement valable un contrat de leasing sous forme écrite. Seul le droit d'emption a été considéré comme nul pour vice de forme, le reste du contrat demeurant valable<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Chambre civile, Tessin, REP 1999 p.196-198 (incompétence de la commission de conciliation des baux et loyers); Cour de justice Genève, SJ 1997 p. 237 (incompétence du Tribunal des baux et loyers).

<sup>32</sup> Cons. 3a de l'arrêt.

<sup>33</sup> ATF 132 III 549 cons 2.1.

<sup>34</sup> Art. 216 al. 2 CO.

<sup>35</sup> ATF 119 II 29; 117 II 259; 113 II 402; 90 II 34; Plus de détail dans MARCHAND, la procédure d'instrumentation : droits réels, in : La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Fondation Notariat Suisse, 2007, p. 155

<sup>36</sup> ATF 132 III 549, cons. 2.2.

On peut comprendre que le Tribunal fédéral n'ait pas voulu venir au secours du preneur de leasing, qui n'a invoqué la nullité formelle du contrat qu'au terme de ce contrat et alors que l'option qu'il avait choisie n'était pas l'appropriation de l'immeuble. La question se serait cependant posée différemment si, peu après avoir conclu le contrat de leasing, le preneur de leasing s'était aperçu que l'option de l'appropriation de l'immeuble au terme du contrat lui était interdite, faute pour cette option d'avoir été prévue sous forme authentique. Il eut été choquant dans un tel cas que le preneur de leasing ne puisse faire valoir la nullité totale d'un contrat qui, sans cette option, ne l'intéressait plus. De la même façon, la solution de cet arrêt érigée en règle générale pourrait conduire à ce que, dans un cas similaire, le preneur de leasing opte au terme du contrat pour l'acquisition de l'immeuble et se voie refuser cette possibilité par la banque qui ferait valoir le vice de forme, sans que cela n'emportât la nullité totale du contrat.

Le contrat de leasing immobilier et ses différentes options ne peuvent à notre avis être considérés comme des accords distincts. Dès lors que l'une de ces options est soumise à la forme authentique, c'est le contrat dans son ensemble qui doit revêtir cette forme<sup>37</sup>. La solution du litige aurait pu être trouvée dans la jurisprudence relative à l'abus de droit qu'implique l'invocation d'un vice de forme lorsque le contrat a été «*pour l'essentiel exécuté*»<sup>38</sup>. C'est le cas d'un contrat de leasing pour lequel le preneur de leasing a payé pendant de longues années les redevances convenues.

## b. Durée

Selon l'article 216a CO modifié en 1994 pour réconcilier les effets réels et les effets personnels d'un pacte d'emption annoté, un pacte d'emption ne peut être convenu pour une durée supérieure à dix ans.

Cette règle de droit impératif suisse pose un problème dans le cas d'un contrat de leasing conclu pour une durée supérieure à dix ans, si ce contrat de leasing prévoit un droit d'emption pouvant être exercé par le preneur au terme de la durée du leasing. Un tel droit d'emption serait nul de plein droit en raison de sa durée, et là encore se poserait la question de la nullité totale ou partielle du contrat.

Les parties ne peuvent prévoir un renouvellement automatique du droit d'emption après une première durée de dix ans : une telle convention ne serait pas admissible au regard de l'article 216a CO<sup>39</sup>. Les parties ne peuvent non

<sup>37</sup> Dans ce sens également, FOEX, op.cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 19.

<sup>38</sup> ATF 115 II 331 ; RJN 1994 46.

<sup>39</sup> FOEX, CR-CO I, art. 216a, N 7 ; BK-GIGER, art. 216a, N 6.

plus fixer le *dies a quo* (point de départ) du délai de dix ans à un autre moment que la conclusion du contrat de leasing. Le Tribunal fédéral a jugé qu'une telle convention n'était pas admissible<sup>40</sup>. La seule solution contractuelle envisageable consiste donc à notre avis à prévoir que tous les dix ans, le donneur de leasing devra communiquer au preneur une extension de la durée du droit<sup>41</sup>. Il ne peut avoir l'obligation de le faire, mais il peut être prévu que s'il ne le fait pas, le preneur de leasing sera autorisé à faire usage de son droit d'emption sans attendre l'expiration de la durée du leasing.

Dans le cas d'un contrat de *Sale and Leaseback*, la question est moins sensible, puisque le droit éventuellement conféré au preneur est un droit de réméré. Un tel droit de réméré est soumis à une durée maximale de 25 ans<sup>42</sup>.

### c. Garantie pour les défauts

En matière de leasing mobilier, la doctrine s'accorde pour considérer que les conséquences d'un défaut de la chose ne relèvent pas des règles en matière de bail, mais plutôt des règles en matière de vente<sup>43</sup>. Les articles 197 ss CO, contrairement aux articles 259b ss CO sont de droit dispositif<sup>44</sup>, sous réserve du dol du vendeur<sup>45</sup>. Le donneur de leasing peut donc exclure toute garantie, sauf dans le cas peu probable où il connaissait et a dissimulé le défaut de la chose avant la conclusion du contrat.

En matière de leasing immobilier, l'exclusion des règles sur le bail nous semble, comme indiqué ci-dessus, plus discutable lorsque le contrat a pour but principal la mise à disposition de l'immeuble. Dans tous les autres cas, une exclusion de garantie est valable. Il n'en reste pas moins qu'elle peut poser un problème au preneur de leasing, qui doit payer des redevances pour un immeuble qu'il ne peut utiliser comme il le prévoyait. Là encore des solutions contractuelles doivent être envisagées pour répondre à ce problème.

- Une cession au preneur des droits du donneur de leasing contre le vendeur de l'immeuble peut être prévue dans le contrat de leasing<sup>46</sup>. La limite de cette solution tient dans le fait que les droits formateurs sont incessibles<sup>47</sup>.

---

<sup>40</sup> ATF 126 III 421.

<sup>41</sup> Dans ce sens FOEX, op.cit. 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 25.

<sup>42</sup> Art. 216a al. 2 CO.

<sup>43</sup> Voir TERCIER FAVRE, Les contrats spéciaux, 4ème édition, N 7831 ; SJZ 73 (1977) N. 90.

<sup>44</sup> VENTURI, CR-COI, Intro Art. 197-210, N 27.

<sup>45</sup> Art. 199 CO.

<sup>46</sup> Voir FOEX, op. cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 11.

<sup>47</sup> PROBST, CR-CO I, art. 164, N 22 et art. 170 N 10. FOEX, op. cit. 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 11.

- Une stipulation pour autrui parfaite en faveur du preneur de leasing peut être prévue dans le contrat d'acquisition de l'immeuble<sup>48</sup>. Le preneur de leasing jouit alors de tous les droits découlant de ce contrat, y compris des droits formateurs liés à la qualité de créancier<sup>49</sup>.

La question ne se pose pas dans le cas du *Sale and Leaseback*, puisque le propriétaire original et futur de l'immeuble est le preneur de leasing, qui n'a transféré la propriété de cet immeuble au donneur de leasing que pour la durée du contrat. Le contrat prévoit au contraire en règle générale que le preneur de leasing est responsable des détériorations apportées à l'immeuble dans le cas où les redevances ne sont pas payées régulièrement. Ce dernier point nous amène à la question de l'insolvabilité d'une des parties.

## V. Le contrat de leasing en cas d'insolvabilité d'une des parties

### a. Insolvabilité du preneur

Quel que soit le type de contrat de leasing, l'insolvabilité du preneur est un cas de mise en demeure, qui peut impliquer la résiliation du contrat de leasing. Cette résiliation peut se baser sur l'article 107 CO<sup>50</sup>, mais plus généralement sur la *lex contractus* qui prévoit la demeure du preneur comme un cas de résiliation extraordinaire.

Dans un tel cas, le donneur de leasing reste propriétaire de l'immeuble. Cet immeuble ne tombe donc pas dans la masse en faillite du preneur<sup>51</sup>. Ce dernier perd la possibilité d'exercer son droit d'emption au terme de la durée convenue, puisqu'il cesse de payer les redevances.

<sup>48</sup> Art. 112 al. 2 CO, sur cette idée, FOEX, op.cit., 7ème séminaire sur le droit du bail, p. 11.

<sup>49</sup> Même dans ce cas, seuls les droits formateurs liés à la qualité de créancier (compensation, mise en demeure, options de l'article 107 CO) passent au bénéficiaire, et non les droits formateurs liés à la qualité de partie (invalidation pour vice de consentement, résiliation etc.). V. TEVINI DU PASQUIER, CR-CO I, art. 112, N 17.

<sup>50</sup> En cas de contrat de durée partiellement exécuté, le droit de résolution prévu en principe à l'article 107 CO (avec effet ex tunc) devient un droit de résiliation (avec effets ex nunc): V. ATF 123 III 124; ATF 97 II 58; THÉVENOZ, CR-CO I, art. 107, N 44.

<sup>51</sup> Sur le principe et en matière mobilière: ATF 119 II 236. L'arrêt porte cependant sur un état de fait particulier, puisqu'il a été finalement considéré en raison de toute une série de circonstances que le preneur de leasing était devenu propriétaire de la machine donnée en leasing. Cette ambiguïté sur la qualité de propriétaire ne pourrait survenir en matière de leasing immobilier, en raison de l'effet clarificateur du registre foncier.

Lorsque le contrat de leasing avait uniquement pour but la mise à disposition de l'usage de l'immeuble au preneur de leasing pendant un certain temps, il n'y a rien de choquant à ce que le preneur de leasing perde cet usage dès lors qu'il ne paie plus les redevances, à l'instar d'un locataire qui ne paie plus son loyer.

Dans les autres cas (leasing aux fins de garantie d'un financement, leasing aux fins d'acquisition de l'immeuble), la situation juridique créée par le contrat de leasing est plus problématique.

- *Dans le cas d'un contrat de Sale and Leaseback* (garantie d'un financement), le donneur de leasing est dans la position d'un créancier (créance en remboursement des fonds mis à disposition) au bénéfice d'une garantie réelle (propriété de l'immeuble). La question se pose donc de savoir si l'appropriation définitive de l'immeuble par le donneur de leasing ne viole pas l'interdiction du pacte commissoire<sup>52</sup>. Une clause selon laquelle le créancier gagiste peut s'approprier l'immeuble en cas de défaut de paiement est nulle de plein droit. Certes, cette disposition ne pourrait pas s'appliquer directement, car le donneur de leasing n'est pas un créancier gagiste. Son application par analogie pourrait cependant être envisagée par les tribunaux, à l'instar de ce qui doit être le cas pour le transfert fiduciaire de la propriété de l'immeuble aux fins de garantie<sup>53</sup>. Une masse en faillite qui se verrait privée de l'immeuble, et d'une partie des redevances payées par le donneur, serait bien inspirée de plaider l'interdiction du pacte commissoire pour exiger le retour de l'immeuble dans la masse active, aux fins de réalisation<sup>54</sup>.
- *Dans le cas d'un contrat de leasing visant à l'appropriation de l'immeuble* (avec un droit d'emption tenant compte des redevances payées), le droit d'emption acquiert, après quelques années de paiement des redevances, une valeur patrimoniale importante, puisqu'il permet à son titulaire d'acquérir l'immeuble pour un prix inférieur à sa valeur vénale. A notre avis, la masse en faillite doit pouvoir exercer ou réaliser ce droit d'emption qui, comme toute valeur patrimoniale appartenant au failli, tombe dans la masse active. Il serait choquant que le donneur de leasing, qui garde la propriété de l'immeuble et a encaissé des redevances pendant quelques années, puisse opposer à la masse en faillite l'extinction contractuelle du droit d'emption. Cette convention n'est pas opposable à la masse, à l'instar d'un droit d'inscrire une réserve de propriété<sup>55</sup> ou d'une cession de créances fu-

---

<sup>52</sup> Art. 816 al. 2 CC.

<sup>53</sup> STEINAUER, Les droits réels, Tome III 3ème éd. N 3094 a p. 384.

<sup>54</sup> Le donneur de leasing devrait être dans ce cas considéré comme un créancier gagiste, payé en priorité sur le produit de réalisation de l'immeuble. Une autre solution serait de l'autoriser à réaliser lui-même l'immeuble moyennant restitution du solde après désintéressement à la masse en faillite.

<sup>55</sup> ATF 93 III 96.

tures<sup>56</sup>, qui sont des conventions *inter alia* dont il a été jugé qu'elles n'ont pas d'effets à l'égard de la masse en faillite.

## b. Insolvabilité du donneur de leasing

L'insolvabilité du donneur de leasing est inquiétante pour le preneur de leasing : l'immeuble appartient au donneur, et peut donc tomber dans sa masse en faillite. Dans un tel cas, l'immeuble sera réalisé et sa propriété transférée à un acquéreur selon les voies de réalisation des immeubles prévues par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Le preneur ne pourra exercer son droit d'emption ou de réméré, qui n'est pas un droit légal au sens de l'article 60a ORFI<sup>57</sup>.

Si le droit d'emption ou de réméré du preneur a été annoté au Registre foncier, celui-ci doit être délégué à l'acquéreur de l'immeuble, conformément à l'article 51 ORFI<sup>58</sup>. Le droit d'emption ou de réméré ne peut cependant être détaché artificiellement du contrat de leasing et la question qui se pose est de savoir si le contrat de leasing doit dans son ensemble être transféré à l'acquéreur de l'immeuble. Il faut apporter à notre avis une réponse positive à cette question : la valeur patrimoniale qui tombe dans la masse active du donneur de leasing en faillite n'est pas l'immeuble, mais l'immeuble détenu conformément au, et aux conditions du, contrat de leasing. La base légale d'un transfert du contrat de leasing à l'acquéreur de l'immeuble est l'article 261 CO. Pour que cette base légale puisse être applicable, encore faut-il que la doctrine cesse de nier tout rapport entre le contrat de leasing et le contrat de bail.

## VI. Conclusion

C'est à tort que cette contribution porte le titre « *Le contrat de Leasing immobilier* ». Le pluriel eut été plus adapté. Entre le contrat de leasing immobilier parfois utilisé pour permettre à un particulier d'acquérir progressivement un immeuble, le contrat de leasing destiné à permettre à une grande entreprise de jouir de locaux commerciaux sur le long terme, et le contrat de leasing utilisé

<sup>56</sup> ATF 130 III 248 ; ATF 111 III 73 ; ATF 117 III 52.

<sup>57</sup> L'article 60a ORFI ne traite que des droits de préemption légaux. Il n'existe pas de droit d'emption ou de réméré légaux.

<sup>58</sup> L'article 51 ORFI ne traite expressément que des droits de préemption annotés. L'effet de l'annotation doit être le même pour un droit d'emption ou de réméré.

pour garantir le remboursement d'un financement octroyé au preneur de leasing, les enjeux et les problèmes ne sont pas forcément les mêmes.

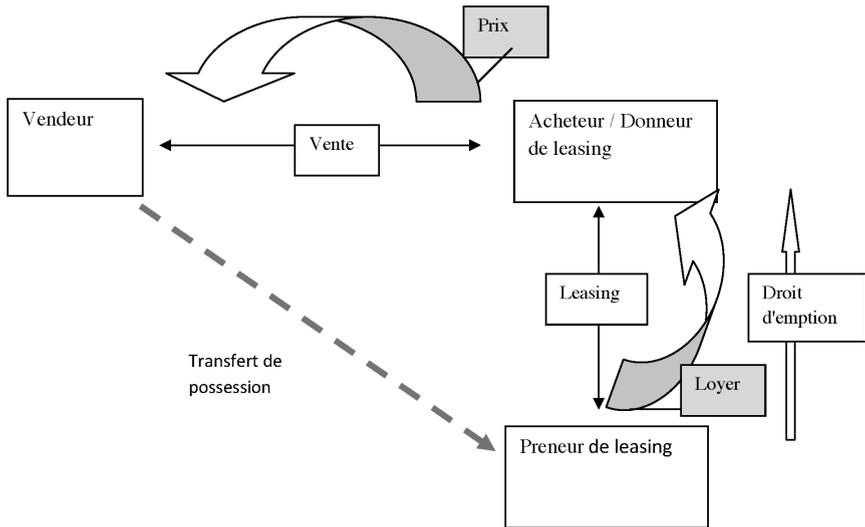
Il nous semble en tout cas imprudent de se contenter de considérer globalement que le contrat de leasing est un contrat innommé, soumis à aucune règle impérative, et régi uniquement par la *lex contractus*. Ce serait fermer les yeux sur au moins deux risques qui ne nous semblent pas négligeables :

- Le risque qu'un juge, confronté à un contrat de leasing dont le but est la mise à disposition de locaux commerciaux, finisse par considérer que le législateur n'a pas voulu exclure les baux commerciaux des règles sur les loyers excessifs, et qu'il ne suffit pas que le contrat porte le titre de contrat de leasing pour détourner la volonté du législateur.
- Le risque qu'un juge, confronté à un contrat de *Sale and Leaseback*, soit convaincu par les arguments de la masse en faillite du preneur de leasing qui ferait valoir que l'immeuble doit entrer dans la masse. Le preneur de leasing n'en avait en effet transféré la propriété au donneur de leasing qu'aux fins de garantie de remboursement d'une avance de fonds. Ce remboursement a d'ailleurs en partie été réalisé par le paiement de redevances pendant quelques années. Le donneur de leasing doit produire sa créance pour le solde dans la faillite comme n'importe quel autre créancier. L'appropriation définitive de l'immeuble par le donneur de leasing priverait la masse en faillite de la valeur résiduelle de l'immeuble, et conduirait à un enrichissement excessif du donneur de leasing. Toute cette structure ne serait dès lors qu'un détournement des règles sur l'interdiction du pacte commissaire.

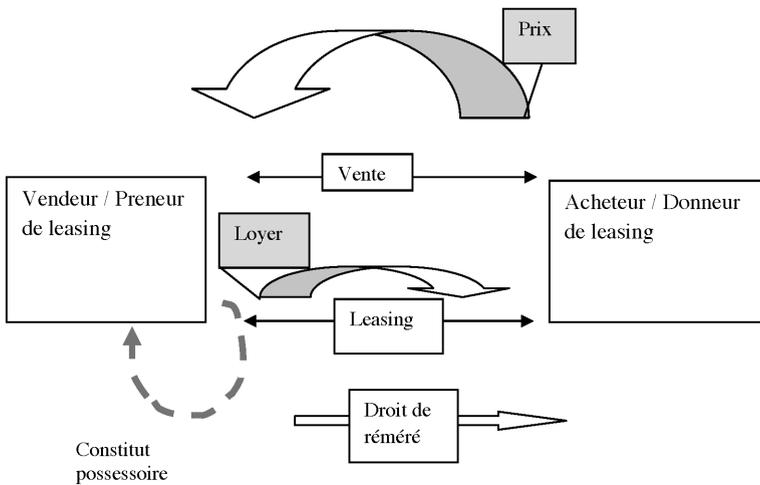
Pour le moment, le contrat de leasing coule des jours heureux sur la mer calme de la liberté contractuelle. Sous ces eaux calmes, quelques aspérités sont à signaler. Un navigateur prudent ne part pas en haute mer sans une carte des récifs.

## Annexe : Structures contractuelles

### 1. Leasing comme opération d'acquisition



### 2. Sale and Leaseback



### 3. Leasing constitué sur un droit de superficie

