

# Le leasing immobilier: aspects de droit privé \*

Michèle VANWIJCK-ALEXANDRE,  
Professeur ordinaire U.Lg.  
Benoît KOHL,  
Assistant U.Lg.

Voici près de quarante ans que le leasing immobilier est utilisé en Belgique pour financer l'achat et/ou la construction de bâtiments de nature principalement industrielle ou commerciale. Pourtant, par rapport au leasing mobilier, cette technique de financement reste fort méconnue. L'absence de réglementation légale fondamentale en est peut-être une des raisons, la complexité de cette opération certainement une autre. Il nous a donc paru opportun d'examiner précisément, sous l'angle du droit privé, le régime juridique qui lui est applicable.

Le leasing immobilier présente trois caractéristiques fondamentales. D'abord les bâtiments construits par la société de leasing et loués à l'utilisateur restent la propriété du financier (mais ce dernier n'assume toutefois pas les conséquences devant en principe découler de sa double qualité de propriétaire et de bailleur du bien). Ensuite la durée de tels contrats est particulièrement longue, car fixée sur base de la durée de vie économique présumée du bien. Enfin, la fixation et le montant du loyer reflètent également le caractère financier de l'opération.

L'opération de leasing immobilier peut se construire selon des schémas très divers. La société de leasing peut d'abord financer l'acquisition d'un bâtiment existant sur le marché. Elle peut aussi acheter le terrain et réaliser les constructions sur celui-ci. Mais il arrive également qu'elle érige les bâtiments sur un terrain appartenant à un tiers. Dans ce cas, l'opération de leasing immobilier doit être fondée sur des droits réels démembrés de la propriété: superficie ou emphytéose. Les rapports entre ces deux droits posent d'ailleurs un certain nombre de problèmes. La société de leasing peut en outre construire l'immeuble sur le terrain de l'utilisateur. Enfin, il existe deux opérations plus particulières: le "sale and lease back" et le contrat d'engineering.

Par rapport aux autres techniques de financement, le leasing immobilier présente de nombreux avantages, tant pour l'utilisateur (financement à 100 %, grande souplesse, plus-values éventuelles, absence de garantie supplémentaire, ...) que pour le financier (placement immobilier sûr, ...). Quelques inconvénients sont toutefois observés.

Plusieurs étapes caractérisent l'opération. Après la recherche du terrain et/ou de l'immeuble souhaité, l'utilisateur demandera à la société de leasing qu'elle procède à leur acquisition, soit par elle-même, soit par le biais d'un mandat accordé au lessee. La convention de leasing est alors signée entre les parties. Celle-ci présente certaines clauses dont le régime est particulier à cette technique de financement: exonération de toutes garanties pour le financier, transfert des risques au preneur, obligations d'assurances, de réparation, clauses de résiliation, clauses pénales, droit de préférence, option d'achat et/ou de relocation, ... Enfin, la mise à jouissance de l'immeuble construit pourra également se réaliser sur base d'un bail emphytéotique, et non d'un bail ordinaire.

Enfin, comme aucune réglementation ne vient gouverner cette matière, se pose naturellement la question de la qualification de l'opération: location-vente avec réserve de propriété, bail commercial ou convention autonome, sui generis? Le choix n'est pas sans conséquences quant au degré d'autonomie dont peuvent disposer les parties dans la rédaction de leur convention, ainsi qu'au régime fiscal y applicable.

## CONTENU

### INTRODUCTION

#### I. Caractéristiques du leasing immobilier

- A. La propriété des bâtiments
- B. La durée du bail
- C. La fixation du loyer

#### II. Investissements couverts

- A. Achat du terrain et du bâtiment érigé sur celui-ci

\* Cet article a été essentiellement rédigé par Monsieur Benoît KOHL, assistant au service de droit civil (obligations-contrats) de l'Université de Liège, sous la direction de M. VANWIJCK-ALEXANDRE. Il s'inspire pour partie de l'étude, actualisée et refondue, réalisée sur ce sujet en 1970 par M. VANWIJCK-ALEXANDRE ("Le "Leasing immobilier"", *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1970, 11-61). Les auteurs tiennent à remercier Madame Pascale LECOCQ, chargée de cours à la Faculté de Droit de l'Université de Liège, pour ses précieux conseils en matière de droits d'emphytéose et de superficie (voyez infra n° 27 à 38).

- B. Achat du terrain et construction du bâtiment
- C. Construction du bâtiment sur un terrain appartenant à un tiers
  - 1. Le bail
  - 2. La superficie
  - 3. La concession
  - 4. L'emphytéose
- D. Construction du bâtiment sur un terrain appartenant à l'utilisateur
- E. Sale and lease back
- F. Le contrat d'engineering

### III. Avantages et inconvénients

- A. Avantages du leasing immobilier
- B. Inconvénients du leasing immobilier

### IV. Description de l'opération

- A. Préliminaires de l'opération
- B. Signature de la convention de leasing
- C. Diverses clauses de la convention de leasing immobilier
- D. Fin du contrat
- E. Le bail emphytéotique comme support de la convention de leasing immobilier

### V. La qualification du contrat

#### Conclusion

## INTRODUCTION

I. A côté des multiples techniques traditionnelles de crédit offertes aux entreprises pour financer leurs investissements, le leasing (1) immobilier, malgré ses

(1) Si, en Belgique, c'est la locution "leasing immobilier" qui est souvent utilisée par les praticiens, notons toutefois que celle-ci n'apparaît jamais dans les textes légaux. Tant en droit comptable qu'en droit fiscal, le législateur belge a, en cette matière, adopté l'expression "location-financement" (voyez l'annexe de l'A.R. du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, Chapitre III, Section I, III. D, ainsi que l'article 18, § 2 du Code T.V.A.). Quant au législateur français, il parle, lui, de "crédit-bail" (voyez l'ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967 relative aux opérations de crédit-bail (D., 1967, III, 378); notons qu'une opération de même nature mais ne portant pas sur des immeubles à destination professionnelle et ne rentrant dès lors pas dans le champ d'application de l'ordonnance, recevra la dénomination, non de "leasing immobilier", mais de "location-financière avec promesse de vente", conformément à la loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 (D., 1976, 74) relative à l'emploi de la langue française (voyez à ce sujet E. M. BEY, note sous Com. (fr.) 13 avril 1976, J.C.P. 1977, II, 18699)). Enfin, la variété de termes est encore plus grande pour la désignation des parties en présence: "financier", "donneur", "lessor" ou "bailleur" pour l'une, "utilisateur", "financé", "lessee" ou "preneur" pour l'autre.

nombreux avantages, reste encore largement méconnu à l'heure actuelle. S'il présente certaines analogies avec le leasing mobilier, il comporte toutefois, tant sur le plan financier que sur le plan juridique, des aspects spécifiques qui découlent de la nature immobilière des biens sur lesquels il porte.

2. Le leasing immobilier est un contrat non résiliable et non translatif de propriété par lequel une société à caractère financier (lessor, ou donneur de leasing) s'engage à acheter ou à faire construire suivant les spécifications du cocontractant (lessee, ou preneur de leasing) un immeuble à usage professionnel, et à lui en procurer la jouissance (en vertu d'un bail ordinaire ou emphytéotique) durant la période convenue (correspondant en principe à la durée de vie économique du bien), moyennant le paiement d'une redevance déterminée en fonction du capital investi par le lessor (2). Le contrat accorde en outre au lessee une option d'achat des biens loués à l'expiration du bail (3).

3. C'est aux États-Unis qu'il faut rechercher la genèse de cette opération financière, où, dès les années '30, le leasing permettait aux sociétés éprouvant des difficultés de liquidités, de financer des investissements (4). En Belgique, les premiers projets de leasing immobilier concernèrent, dans les années '60, le financement de chaînes de magasins à "libre service", pour ensuite s'étendre à celui d'immeubles de bureaux, de supermarchés et grands ensembles commerciaux, de bâtiments d'entreprises, de laboratoires, d'hôtels ou restaurants (5), ... Bien que l'on ne dispose que de peu de chiffres fiables concernant la pénétration du leasing immobilier dans le marché, on

(2) Voyez C. JASSOGNE (sous la direction de), *Traité pratique de droit commercial*, Bruxelles, Story-Scientia, Tome I, 498.

(3) A propos de la nécessité de cette option d'achat, voyez *infra*, n° 81 et n° 96, note 153.

(4) Sur les aspects juridiques et financiers du leasing immobilier aux États-Unis, voyez notamment R. MATHÉLY et H. CHARRIÈRE, "Le crédit-bail immobilier", *Banque* 1969, 443-450.

(5) Cette énumération est loin d'être exhaustive. Rien n'empêcherait, en théorie, le financement d'habitations privées par un leasing immobilier. Toutefois ceci nous semblerait, en pratique, impensable, dès lors que les sociétés de leasing souhaitent assurément soumettre au régime de la T.V.A. leurs relations avec les utilisateurs. Or pour ce faire, les contrats de leasing immobilier doivent répondre aux conditions énoncées à l'article 1er de l'arrêté royal n° 30 du 29 décembre 1992 relatif à l'application de la taxe sur la valeur ajoutée à la location-financement d'immeubles, au rang desquelles figure en premier lieu l'exigence de contrats concernant des immeubles bâtis, construits ou acquis selon les indications du preneur, "(...) pour être utilisés par ce dernier dans l'exercice de son activité industrielle ou commerciale".

observe cependant, depuis quelques années, une forte augmentation du nombre des opérations, conclues par des entreprises de toutes tailles (6). Enfin, notons également que le secteur public n'est pas en reste: de nombreuses communes choisissent régulièrement la formule du leasing pour financer la construction de bâtiments administratifs, de centres culturels, de complexes sportifs, de maisons de repos, d'écoles ou d'habitations sociales (7).

4. Le leasing immobilier, malgré son développement considérable, n'est régi par aucune réglementation légale fondamentale, et donc, contrairement au leasing mobilier, aucune forme d'agrégation n'est nécessaire pour être donneur de leasing immobilier, pour autant que l'objet social de la société le permette. Ainsi, cette forme de location-financement peut être offerte par des entreprises spécialisées, des groupes financiers, des compagnies d'assurances, ou même des groupes industriels entre entreprises liées (8) (9). Elle est consentie par ceux-ci à l'aide de

(6) Ainsi, de 1992 à 1998, la production en leasing immobilier a connu une forte progression. De 3.893 opérations recensées en 1992, on arrive à un nombre de 12.474 opérations pour l'année 1998 (sources: Association Belge du Leasing (A.B.L.)); pour de plus amples renseignements concernant la production belge de leasing, voyez: [http://www.locabel.be/FR/lea\\_vol.htm](http://www.locabel.be/FR/lea_vol.htm).

(7) Ces cas particuliers relèvent en partie du droit administratif et, dans cette mesure, ne seront pas analysés dans la présente étude. Observons simplement qu'il y aura lieu d'être attentif à l'éventuelle application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, ainsi que des circulaires du 9 février 1971 et du 9 août 1972, prises par le ministre de l'Intérieur (qui énoncent les différentes dispositions administratives à prendre en la matière); en outre, de telles conventions de leasing doivent, selon le Conseil d'État, être approuvées par le conseil de tutelle. Pour une étude plus approfondie de ces opérations particulières, voyez: G. ANTHIERENS, "Lokale overheidsopdrachten en onroerende leasing", *T.Gem.*, 1992, 164-174.

(8) Voyez A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *Leasing immobilier. Une analyse juridique et économique*, Documents LOCABEL, 1997, 15.

(9) Notons qu'à côté de ces entreprises de droit privé, les provinces et communes ont la possibilité, par la constitution de régies provinciales (ou communales) autonomes, de réaliser des activités à caractère industriel ou commercial, au rang desquelles figurent "(...) l'acquisition d'immeubles, la constitution de droits réels immobiliers, (...) en vue (...) de la location-financement (...)" (article 1er, 7° de l'arrêté royal du 9 mars 1999 déterminant les activités à caractère industriel ou commercial pour lesquelles le conseil provincial peut créer une régie provinciale autonome dotée de la personnalité juridique et article 1er, 8° de l'arrêté royal du 9 mars 1999 déterminant les activités à caractère industriel ou commercial pour lesquelles le conseil communal peut créer une régie communale autonome dotée de la personnalité juridique).

leurs fonds propres, de leurs réserves, de fonds empruntés ou par l'émission de titres immobiliers placés dans le public (10).

5. Seuls les aspects comptables et fiscaux du leasing immobilier ont fait l'objet d'une attention particulière du législateur belge. Toutefois, ils ne seront ici brièvement commentés que lorsqu'ils apparaîtront indispensables à la compréhension des aspects de droit privé de cette institution.

C'est par une analyse des principales caractéristiques du leasing immobilier que nous commencerons cette étude (I). Ensuite, après avoir décrit les différents investissements qui peuvent être couverts par un tel financement (II), nous rechercherons, tant pour l'utilisateur que pour le financier, les avantages et les inconvénients procédant de l'utilisation du leasing immobilier plutôt que de l'une ou l'autre technique de financement plus "classique" (III). Puis nous décrivons les différentes phases de cette opération, en analysant notamment, sur le plan du droit civil, certaines clauses caractéristiques que l'on retrouve fréquemment dans les contrats de leasing immobilier (IV). Enfin, constatant la carence de normes législatives en cette matière, nous aborderons le problème de la qualification en droit privé de l'opération de leasing immobilier pour en découvrir sa nature juridique (V).

## I. CARACTERISTIQUES DU LEASING IMMOBILIER

6. La définition énoncée ci-dessus fait apparaître les principales caractéristiques du contrat de leasing immobilier. Si les bâtiments construits par la société de leasing et loués à l'utilisateur restent la propriété du financier, celui-ci n'assume toutefois pas les conséquences juridiques qui devraient en principe découler de sa double qualité de propriétaire et bailleur du bien (A). Par ailleurs, la durée de tels contrats est fixée sur base de la durée de vie économique présumée du bien, de sorte que nous nous trouvons en présence de contrats à long terme: leur durée ne

(10) Sur le financement d'opérations de leasing immobilier par l'émission de certificats immobiliers, voyez entre autres: J. ANTOINE, M.-C. CAPIAU-HUART, *Titres et Bourse*, Bruxelles, De Boeck, tome 1, 2° édition, 1997, 137-144; R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, "Emphytéose, superficie, leasing immobilier", *Rép. not.*, Tome II, 1980, 46-47; G. LEGRAND, "Pierre, sur toi je bâtis mon patrimoine", <http://www.trends.be/tendances/jaarboek/JF9838/CER98>.

sera jamais inférieure à quinze ou vingt ans (B). Enfin, la fixation et le montant du loyer reflètent également le caractère financier de l'opération (C).

### A. La propriété des bâtiments

7. En cas de financement de l'acquisition ou de la construction de bâtiments par une opération de leasing immobilier, ce n'est pas l'entreprise utilisatrice de ceux-ci qui va en devenir propriétaire, mais la société de leasing. Cette dernière ne se comporte cependant pas comme un propriétaire ordinaire: son intervention est purement financière et ses titres de propriété (ou, le cas échéant, de droits réels démembés) lui servent essentiellement de garantie en cas de défaillance du locataire. La propriété des biens loués ne jouant qu'un rôle de sûreté, le bail, support juridique de l'opération de leasing (11), sera aménagé de façon à ce que la société de leasing soit déchargée au maximum de ses obligations légales de bailleur et à ce qu'elle n'assume pratiquement aucun des risques, ni des charges de la propriété.

8. Quant au locataire, puisqu'il s'agit d'un bien professionnel, l'usage prime la propriété. Ce qu'il cherche, c'est de pouvoir retirer, à travers le bail, l'utilisation maximale du bien pendant toute la durée de sa vie économique. C'est à lui qu'incombe l'entretien du bien, y compris au niveau des grosses réparations, et, en cas de disparition totale de la chose, il n'est pas pour autant délivré de ses obligations. A juste titre, il est souvent considéré comme le "propriétaire économique et fiscal du bien" (12).

### B. La durée du bail

9. Toute convention de leasing immobilier doit être conclue pour un long terme. La durée du bail correspondra à la période d'utilisation estimée nécessaire à l'exploitation économique de l'"outil" constitué par le bien immobilier (13). Or, contrairement au leasing

mobilier où les biens d'équipements vieillissent très vite, les immeubles ont une vie économique beaucoup plus longue (sans compter qu'une partie importante de l'investissement, le terrain, n'est pas sujette à dépréciation économique).

En outre, même si les méthodes de construction évoluent, si l'agencement des locaux devient plus rationnel, et si la durée économique d'un immeuble dépend aussi de l'évolution en besoins économiques et techniques imprévisibles, il n'en reste pas moins que le vieillissement des constructions se fait à un rythme beaucoup moins rapide que pour les biens mobiliers. Aussi, les baux seront-ils de longue durée (rarement inférieure à quinze ans) (14) et non résiliables.

### C. La fixation du loyer

10. Le caractère financier de l'opération de leasing immobilier s'observe également au travers de l'analyse du mode de fixation de la redevance due par le preneur de leasing, ainsi que du montant de celle-ci.

11. Qu'il s'agisse d'une opération de leasing mobilier ou immobilier, le loyer, contrairement au loyer d'un bail ordinaire, ne correspondra pas à la valeur locative de l'immeuble, mais représentera un certain pourcentage, calculé par année, de l'investissement de la société de leasing pour qu'à la fin du bail, la somme globale investie soit reconstituée entre ses mains, tout en se réservant une marge bénéficiaire et en y comprenant également l'intérêt du capital investi.

12. Observons qu'au moment de la signature de la convention de leasing immobilier, les deux parties ne savent pas toujours quel sera le montant exact de l'investissement (surtout lorsqu'il est prévu d'entreprendre la construction d'un immeuble). Pour se prémunir contre des coûts de construction qui dépasseraient largement les prévisions, la société de leasing prévoira généralement une limite maximum (ou une fourchette minimum-maximum) pour son intervention financière et le montant précis de la redevance

(11) Le contrat de leasing est-il un contrat de bail aménagé ou une convention sui generis? Nous étudierons *infra* (n° 93 à 95) cette question lorsque nous aborderons le problème de la qualification du contrat de leasing. Les développements qui suivent, lorsqu'ils font appel à la notion de bail, doivent donc être compris sous réserve de ce qui sera examiné *infra*.

(12) P. KARELLE, "Le leasing immobilier", *Act. Dr.* 1996, 760.

(13) La durée de l'opération sera également fonction du régime propre au support juridique de base que les parties choisissent. Ainsi, un leasing immobilier construit sur une emphytéose ne pourra avoir une durée inférieure à 27 ans (voyez R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, *o.c.*, 50).

(14) La durée de vie économique de certains immeubles industriels ou commerciaux peut parfois être difficile à déterminer. Les parties pourront toutefois choisir comme critère la période d'amortissement fiscal de l'immeuble envisagé. CHARLIER, cité par VANHALEWYN et BOSLY, observe à cet égard que vouloir étendre la durée de l'opération en vue de réduire la redevance annuelle présente de gros risques, la redevance restant due même si le bâtiment n'est plus rentable ou s'il est devenu une ruine technique ou économique (C. VANHALEWYN et H.-D. BOSLY, "Le leasing immobilier", *Rev. not. b.*, 1975, 300).

définitive sera un pourcentage, pendant la durée de l'opération, de l'investissement global réel (15). Dans ce cas, le montant de la redevance n'est pas déterminé dès la conclusion du contrat. Il est toutefois déterminable selon des éléments objectifs en dehors de la volonté des parties (16). Il va sans dire que les éventuels dépassements des montants prévus seront à la charge exclusive du lessee.

**13.** Certains éléments propres à l'opération de leasing immobilier seront retenus dans le calcul du loyer.

**14. A)** Si la société de leasing a, outre les bâtiments, financé l'achat du terrain sur lequel ils sont érigés, et qu'elle en est devenue propriétaire, le terrain ne s'amortissant pas, elle le retrouvera à l'expiration du bail dans son patrimoine. Aussi, seul l'intérêt des sommes décaissées pour son acquisition, auquel il faut ajouter les différents frais et droits d'enregistrement, seront compris dans le loyer.

La redevance assurera par contre jusqu'à la fin de l'opération l'amortissement du coût total de la construction des bâtiments, y compris les honoraires d'architecte, les taxes et les différents frais.

**15. B)** A l'expiration du bail, le produit de la vente des biens loués revient à l'investisseur. Si dans le leasing mobilier, la valeur résiduelle du bien est très faible à la fin de l'opération, dans le leasing immobilier par contre, il existera toujours une spéculation sur la valeur du terrain sur lequel sont érigées les constructions. En effet, non seulement le terrain ne s'amortit pas, mais une plus-value est toujours possible, notamment à la suite de l'aménagement de voies de communications, d'une modification de l'environnement, ...

(15) De plus, "ce qui est moins habituel et commence à apparaître, ce sont des pénalités mises à charge du lessee au cas où le montant d'investissement définitif serait en deçà des prévisions" (P. KARELLE, *o.c.*, 783).

(16) Rappelons en effet qu'une convention n'est valable que si les obligations qui en découlent ont un objet déterminé ou déterminable, c'est-à-dire que si le contrat comprend suffisamment d'éléments qui permettent de déterminer l'objet de la convention (en l'espèce la redevance définitive) sans devoir recourir à un nouvel accord entre les parties. Voyez entre autres à ce sujet: S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1996)", *J.T.* 1996, 713; P.-A. FO-RIERS, "L'objet", in *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 66.

Le loyer pourra donc être plus ou moins élevé selon le mode de détermination du prix de l'option. Si la société de leasing veut se réserver le bénéfice d'une éventuelle plus-value du terrain, le prix d'achat, au moment de la levée de l'option, ne sera pas fixé définitivement dans la convention, mais laissé à l'appréciation d'un expert ou d'un collège d'experts, sur base de la valeur vénale du bien à l'expiration du bail (17). Par contre, si le prix d'achat résiduel est établi dès l'origine, c'est le preneur qui bénéficiera de la plus-value sur le terrain. Cet avantage pourra, en contrepartie, entraîner une augmentation du montant de la redevance (18).

**16. C)** Lorsque la jouissance du bien est différée, c'est-à-dire lorsqu'à la conclusion du contrat, le bien doit encore être construit ou aménagé, une redevance intercalaire peut être prévue pendant la période de construction des immeubles, objet du leasing. Cette redevance est variable et est calculée, depuis la date des premiers débours jusqu'à la date d'entrée en jouissance des bâtiments, suivant un taux déterminé applicable aux investissements effectifs déjà réalisés. Ces intérêts intercalaires peuvent être acquittés par l'utilisateur selon deux méthodes: soit des décomptes lui sont soumis à des échéances fixées par le contrat en tenant compte des investissements effectués à l'échéance, soit ces intérêts sont capitalisés et s'ajoutent au montant du principal des factures pour former le montant total de l'investissement qui sert de base au calcul de la redevance définitive (19) (20).

**17. D)** La longue durée des contrats de leasing immobilier exclut en général que les loyers restent fixes pour toute la période de l'opération. Ceux-ci seront donc généralement indexés par référence, soit à l'in-

(17) Voyez *infra* (n° 81) pour de plus amples précisions quant au régime juridique de l'option d'achat.

(18) Outre cette influence du prix de l'option d'achat sur la redevance, celle-ci pourra également varier en raison des possibilités d'une nouvelle location, ou d'une vente des biens loués en cas de défaillance du locataire. De même qu'une société de leasing mobilier préférera acheter pour le louer, du matériel standard, de même une société de leasing immobilier préférera des immeubles bien situés géographiquement et susceptibles de convenir à toutes sortes d'activités et donc d'être rapidement reconvertis. Si les biens loués sont très spécialisés, le loyer tiendra éventuellement compte de ce risque particulier pour la société de leasing.

(19) Voyez C. VANHALEWYN et H.-D. BOSLY, *o.c.*, 307.

(20) Si l'adoption de l'une ou l'autre méthode de paiement de la redevance est en principe laissée au libre choix de l'utilisateur, on observe toutefois en pratique une préférence pour la capitalisation des intérêts. Peut-être les utilisateurs de leasing ont-ils une certaine appréhension à devoir débours des sommes sans pouvoir encore jouir de l'immeuble.

dice des prix à la consommation (ou, pour les conventions conclues à partir du 1er février 1994, à l'indice "santé") (21), soit à un indice propre à la construction, soit même au chiffre d'affaire du preneur. Ils pourront aussi être soumis à une adaptation en fonction de l'évolution des taux d'intérêt à moyen et à long terme (22). Toutefois, la redevance ne pourrait être réexaminée en cours de contrat en fonction d'une modification éventuelle de la situation économique de chacune des parties, d'une évolution de l'environnement géographique, ou en cas de destruction de l'immeuble par vice ou par cas fortuit (23).

## II. INVESTISSEMENTS COUVERTS

**18.** "Toutes les formes de biens immeubles bâtis et individualisables, pouvant faire l'objet d'un droit de propriété distinct, peuvent être donnés en leasing (24). (...) Compte tenu de la valeur du bien en tant

(21) Rappelons que le loyer fut, jusqu'à l'adoption de la loi du 29 décembre 1983 relative aux contrats de louage de biens immeubles, soumis aux nombreuses lois temporaires qui, depuis 1975, réglaient strictement l'adaptation du loyer au coût de la vie (systèmes de "blocage de loyers", qui n'allaient pas sans poser problèmes aux sociétés de leasing qui ne pouvaient répercuter sur les loyers les éventuelles hausses des taux d'intérêt, comme cela se produisait dans d'autres méthodes de financement; voyez à ce sujet les commentaires de A. CHARLIER, "Onroerende leasing", T.P.R. 1983, 464). Depuis lors, pour que le loyer puisse être adapté au coût de la vie (selon l'indice des prix à la consommation), il faut que les parties en conviennent conformément à l'article 1728bis du Code civil (le montant du loyer adapté ne peut dépasser le montant résultant de la formule: loyer de base multiplié par le nouvel indice et divisé par l'indice de départ). Par contre, si les parties à un contrat de leasing immobilier choisissent de lier l'évolution du loyer convenu à un indice autre que celui du coût de la vie (ainsi en est-il par exemple pour les indices propres à la construction), ou s'ils optent pour la formule du bail emphytéotique plutôt que pour celle du bail ordinaire, la limitation de l'article 1728bis n'aura alors plus lieu de s'appliquer. De même, cette disposition peut être écartée si l'on accepte que le leasing immobilier soit un contrat sui generis qui échappe à l'application des règles impératives du bail. Voyez à ce sujet les développements *infra* n° 95.

(22) La référence peut alors être le "prime rate", les emprunts d'état, les bons de caisse .... Voyez à ce sujet A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *o.c.*, 24.

(23) Voyez C. VANHALEWYN et H.-D. BOSLY, *o.c.* 305-306; voyez également *infra* (n° 76) les développements relatifs aux diverses clauses du contrat de leasing immobilier, et, plus particulièrement, à celles exonérant le bailleur de ses garanties et laissant les risques de la chose à l'utilisateur.

(24) Observons toutefois que si les parties souhaitent bénéficier du régime particulier applicable au leasing immobilier en matière de T.V.A., l'immeuble doit remplir certaines conditions: il doit s'agir d'un immeuble bâti, ayant été acquis ou construit selon les indications du locataire; sa construction (ou son acquisition) doit avoir donné lieu au paiement de la T.V.A., et il doit être utilisé par le locataire dans l'exercice de son activité industrielle ou commerciale.

que garantie, la société de leasing appréciera plutôt un immeuble polyvalent présentant une haute valeur d'utilisation même si, du point de vue du crédit, le preneur n'est pas de toute première qualité. Une construction conçue spécialement pour l'utilisateur, avec des caractéristiques propres à son activité professionnelle, sera au contraire considérée avec une plus grande circonspection" (25). Le cas échéant, ce risque sera intégré par le financier dans le coût du leasing et entraînera, comme nous l'avons déjà observé ci-dessus, une hausse de la redevance due par l'utilisateur (26).

Différents investissements peuvent ainsi être couverts par une opération de leasing immobilier. Sur proposition du candidat locataire, la société de leasing peut d'abord acheter des bâtiments existants. Nous nous trouvons alors dans un schéma identique à celui du leasing mobilier (A). Le financier peut aussi acheter un terrain en vue d'y construire des bâtiments (B). Mais il est également envisageable que le financier les construise sur un terrain appartenant, soit à un tiers (C), soit à l'utilisateur lui-même (D). Il existe enfin deux produits plus spécifiques, à savoir le "sale and lease back" (E), et le contrat d'engineering, bien connu aux États-Unis, mais moins répandu ici (F).

### A. Achat du terrain et du bâtiment érigé sur celui-ci

**19.** Si le candidat locataire trouve sur le marché un bâtiment existant qui lui convient pour exercer ses activités professionnelles, la société de leasing immobilier financera l'achat du terrain et du bâtiment (27). Si celui-ci est de construction récente, l'acquisition pourra faire l'objet d'un leasing immobilier sous le régime de la T.V.A., pour autant que le contrat et le bâtiment répondent aux conditions fixées par la loi.

Peuvent aussi faire l'objet d'une convention de leasing immobilier, les bâtiments partiellement construits ou qui nécessitent divers travaux de rénovation.

(25) A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *o.c.*, 16.

(26) Voyez *supra* n° 15 note 18.

(27) Pourrait-on imaginer que le financier n'achète pas l'immeuble envisagé, mais le prenne simplement en location (pour le sous-louer ensuite à l'utilisateur), ou en obtienne, non un droit de propriété, mais un droit de superficie ou d'emphytéose? Nous répondrons à cette question lorsque nous examinerons *infra* (n° 23 et suivants) l'hypothèse de la construction du bâtiment sur un terrain appartenant à un tiers.

## B. Achat du terrain et construction du bâtiment

20. Dans cette hypothèse, le futur utilisateur a choisi un terrain qu'il désire faire acquérir par la société de financement et sur lequel celle-ci érigera, suivant les besoins et les indications de l'entreprise, des constructions dont elle deviendra propriétaire.

21. La société de leasing financera l'achat du terrain et la construction des bâtiments à l'exclusion des meubles. Son intervention se limitera presque toujours à ce qu'on peut appeler la "construction-abri" (28): fondations, murs, toitures, revêtements du sol, avec au maximum des utilités telles que l'eau, le gaz, l'électricité et les installations de chauffage, ascenseurs ... mais sans le matériel d'équipement non incorporé (29). Il n'est pas impossible cependant que la société de leasing finance également l'équipement des bâtiments.

22. La construction des bâtiments sera réalisée soit par la société de leasing (dont les services peuvent être spécialisés dans les problèmes de localisation des terrains et de conception des bâtiments), soit, en vertu d'un mandat de la société de leasing, par le futur locataire lui-même (30).

## C. Construction du bâtiment sur un terrain appartenant à un tiers

23. Si l'entreprise a en vue un terrain dont le propriétaire ne souhaite pas se dessaisir, elle doit savoir que le financement de la construction d'un bâtiment par la méthode du leasing immobilier peut aussi être réalisé sans que la société de leasing soit propriétaire du fonds. Celle-ci a ainsi la faculté de construire sur le terrain d'un tiers au contrat. Quelles techniques s'offrent à elle pour effectuer cette opération?

### 1. Le bail

24. Une opération de leasing immobilier pourrait-elle avoir pour base un simple contrat de bail entre le tiers (propriétaire) et la société de leasing, soit que

celle-ci prenne en location un bâtiment existant pour ensuite le sous-louer à l'utilisateur (nous nous rapprochons alors du premier type d'investissement couvert par le leasing, le bâtiment existant sur le marché), soit qu'elle l'érige sur un terrain vierge de constructions (pour de nouveau le sous-louer)?

Assurément non. Il est pourtant concevable que le financier, locataire du terrain, réalise des constructions sur celui-ci, auquel cas les ouvrages érigés ne peuvent entrer dans le patrimoine du propriétaire qu'à l'expiration du bail, le constructeur en restant le maître absolu jusqu'à ce moment (31) (32).

25. Mais ce sont d'autres considérations qui sous-tendent l'opération de leasing immobilier. En effet, l'essence même de celui-ci réside dans la sécurité qu'il procure au financier. Celui-ci veut pouvoir à tout instant exercer l'action en revendication de son bien en cas d'insolvabilité de son débiteur. Or, dans le schéma envisagé, le lessor ne peut se prévaloir d'aucun droit réel sur l'immeuble en garantie de l'engagement du lessee.

26. L'insécurité d'une telle construction apparaît également pour le preneur de leasing, sous-locataire de l'immeuble. L'exercice de son activité industrielle ou commerciale dépendrait en effet de la bonne exécution par le locataire de ses obligations à l'égard du propriétaire du terrain, ce qui rend l'entreprise risquée pour lui aussi (33).

### 2. La superficie

27. L'opération de leasing immobilier ne peut donc utilement qu'être fondée sur des droits réels démembrés de la propriété. La société de leasing peut ainsi acquérir un droit de superficie sur le terrain, construire les bâtiments puis conclure un bail ordi-

(28) J. COILLOT, *Initiation au leasing ou crédit-bail*, Paris, Éditions J. Delmas, collection "Documents actuels", 1968, 207.

(29) L'étendue précise de l'intervention de la société de leasing à ce sujet ne pourrait faire l'objet que d'une analyse casuelle. Ainsi, par exemple, si certaines conventions de leasing immobilier prévoient le financement par le lessee des appareils d'éclairage, d'autres par contre en attribuent la propriété (et le paiement) à l'utilisateur.

(30) Voyez R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, *o.c.*, 101. Voyez également *infra* n° 68 note 100.

(31) Cependant, s'il s'agit de travaux irréguliers, le propriétaire peut faire suspendre leur construction, exiger leur enlèvement en cours de bail et/ou demander la résiliation du contrat. Notons que l'accord préalable du bailleur rendra probablement ces travaux réguliers.

(32) Toute la matière du sort des constructions réalisées par le locataire d'un immeuble (et, particulièrement, la notion d'"accession différée", ainsi que la détermination du champ d'application de l'article 555 initio du Code civil) fait l'objet de multiples controverses. Voyez à ce sujet: J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 418-442 et 634-741.

(33) Voyez A. CHARLIER, *o.c.*, 461.

naire ou emphytéotique avec l'utilisateur (34). La société de leasing pourra donc conserver en garantie la propriété des bâtiments qu'elle aura construits. La superficie n'est toutefois que temporaire. Sa durée maximale est de cinquante ans (article 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie). A la fin du droit de superficie, le financier perd automatiquement la propriété du bien qu'il a financé, moyennant indemnité versée par le tréfoncier, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement, l'article 6 de la loi du 10 janvier 1824 étant supplétif. Si, à ce moment, le lessor n'a pas reconstitué son capital, il perd sa sûreté la plus importante.

Dans le cas où le tréfoncier est un tiers, c'est à lui qu'échoit à terme la pleine propriété, de sorte que le donneur de leasing ne possède plus aucun droit et ne peut donc plus mettre le bien à la disposition de l'utilisateur. Afin de permettre au financier de disposer d'une garantie suffisante, et pour que la faculté, pour le lessee, d'acquérir les droits réels puisse être réellement exercée par ce dernier, les parties veilleront à ce que la durée du droit de superficie dépasse celle du contrat de leasing (35).

**28.** Si la possibilité pour la société de leasing (superficiaire) de louer les bâtiments construits à l'utilisateur ne soulève aucune objection lorsqu'elle utilise pour ce faire un bail ordinaire, ceci est loin d'être le cas si elle souhaite lui accorder un droit d'emphytéose. Les rapports entre la superficie et l'emphytéose sont en effet très étroits et les avis sont partagés lorsqu'il s'agit de reconnaître au superficiaire le droit de constituer une emphytéose sur les bâtiments érigés par lui.

Certains (36) considèrent que, le droit de superficie n'emportant pas la jouissance du terrain (mais simplement le droit de construire sur le terrain), on ne peut admettre que le superficiaire cède un droit d'emphytéose sur le fonds puisque celui-ci suppose tant le droit de construire que la jouissance du terrain. Ne pas accepter ceci reviendrait pour eux à violer la règle "*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*".

(34) Notons qu'un droit de superficie peut aussi être accordé à la société de leasing sur un terrain déjà construit (voyez l'article 7 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie).

(35) Voyez A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, o.c., 19.

(36) Voyez R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, o.c., 58.

En revanche, les bâtiments érigés par le financier (superficiaire) sur le fonds peuvent très bien constituer à eux seuls l'assise du droit d'emphytéose (37), celui-ci n'emportant donc pas inévitablement le droit de jouir du terrain. En effet, même si dans la conception du législateur de 1824, le droit d'emphytéose doit normalement porter sur un fonds de terre, on rencontre des droits d'emphytéose constitués sur des bâtiments, avec ou sans droit sur le terrain, dont la validité n'est contestée ni par la doctrine (38), ni par la jurisprudence. La généralité du terme "immeuble" employé par l'article 1er de la loi du 10 janvier 1824 sur l'emphytéose légitime le recours à pareille formule (39). Aussi sommes nous de ceux (40) qui estiment que "(...) dès lors qu'il est admis que le superficiaire est un véritable propriétaire du sur-sol, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse constituer un droit d'emphytéose à la condition, d'une part, que cette emphytéose ne comporte aucun droit sur le sol et, d'autre part, que la durée du droit de superficie (qui ne comporte aucun minimum légal) soit suffisante pour qu'un droit d'emphytéose puisse encore être constitué, en tenant compte de la norme imposant à l'emphytéose une durée minimale de vingt-sept ans (article 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose)" (41) (42).

(37) Voyez J. HANSENNE, o.c., 1236, note 24.

(38) Y compris, assez étonnamment, par ceux qui insistent sur la nécessité, pour l'emphytéote, d'avoir la jouissance du terrain (voyez R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, o.c. Ces auteurs acceptent (page 59) qu'il soit "(...) possible de constituer une emphytéose directement et seulement sur un bâtiment", ce qui semble contredire la thèse qu'ils soutenaient quelques lignes plus haut).

(39) Voyez à ce sujet P. DEHAN, "L'utilisation actuelle de l'emphytéose, de la superficie, du bail et du mandat à des fins autres que celles prévues par le législateur", in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1976, 503-504.

(40) Entre autres J.-M. CHANDELLE, "Superficie", in *Répertoire Pratique de Droit Belge (R.P.D.B.)*, Complément tome VII, 1132-1133, CHARLIER, A., o.c., 462, DEHAN, P., o.c., 503-504; FALYS, J., "Du droit de superficie des concessionnaires et permissionnaires sur les constructions élevées par eux sur le domaine public", *Ann. dr. et sc. polit.*, 1960, 80-81.

(41) J.-M. CHANDELLE, o.c., 1133.

(42) Il est important de noter que la validité de cette technique repose sur les bases que nous lui avons données, à savoir la construction des bâtiments par le lessor en vertu de son droit de superficie. En effet, si les bâtiments existaient sur le fonds lors de l'ouverture du droit de superficie et que le financier (superficiaire) n'a pas à ce moment payé au propriétaire la valeur de ceux-ci (ce qui nous semble peu probable en matière de leasing), on peut douter, à la lecture combinée des articles 5 et 7 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, que le superficiaire dispose réellement d'un droit de propriété sur les bâtiments. Dans cette hypothèse, il ne pourrait alors plus concéder au lessee un droit d'emphytéose sur ceux-ci. Ce problème est remarquablement exposé par J. HANSENNE, o.c., 1252-1253 (mais voyez cependant contra, J.-M. CHANDELLE, o.c., 1147).

### 3. La concession

29. Pour réaliser l'opération de leasing immobilier sans toutefois être propriétaire du terrain à bâtir, le financier peut aussi bénéficier de droits acquis par concession sur ce terrain. Il faut néanmoins prendre garde au caractère essentiellement précaire des droits des concessionnaires sur des constructions et ouvrages situés sur le domaine public: le concessionnaire ne pourra exiger de conserver son occupation du domaine public contre la volonté de la puissance publique, quelque soit la durée initialement prévue dans le contrat. Dans le cadre du leasing immobilier, la concession pour durée déterminée sera principalement utilisée pour le financement de constructions dans des zones industrielles, des aéroports, des ports de mer, ou encore pour la réalisation de stations-service le long des autoroutes. Les terrains resteront donc la propriété d'une administration publique, qui aura mis au point l'organisation et l'infrastructure nécessaires à leur utilisation et à leur exploitation (43).

### 4. L'emphytéose

30. Reste enfin la technique de l'emphytéose. Le financier peut en effet obtenir un droit d'emphytéose sur le terrain à bâtir, puis, une fois les bâtiments construits, donner ces derniers en leasing à l'utilisateur. Cette opération reste en pratique assez fréquemment utilisée, notamment lorsqu'il s'agit de construire sur des terrains appartenant aux sociétés de développement régional ou aux intercommunales pour le développement régional: grâce au recours à l'emphytéose, celles-ci peuvent confier de gré à gré et pendant une durée assez longue la mise en valeur de leur capital immobilier à un promoteur ou une société de leasing immobilier, sans toutefois devoir aliéner définitivement les éléments de leur patrimoine (44) (45).

(43) Pour de plus amples développements relatifs à la concession de service public, voyez entre autres: A. BUTTGEBACH et J. GILLET, "Concessions", in *Répertoire Pratique du Droit Belge*, II<sup>ème</sup> complément, Bruxelles, Bruylant, 1966; J.-M. CHANDELLE, *o.c.*, 1157; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, 191-210; P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de services publics*, Dissertation présentée à la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain à l'examen d'agrégé de l'enseignement supérieur, Bruxelles, Larcier, 1961.

(44) Voyez P. DEHAN, *o.c.*, 491-492.

(45) Le schéma envisagé peut également se complexifier si le tiers (une société publique d'investissement par exemple) concède le bail emphytéotique, non directement à la société de leasing, mais au preneur de leasing, qui s'adresse ensuite au lessor afin qu'il fi-

./...

31. Par rapport à la superficie, l'avantage de l'utilisation du droit d'emphytéose est que les parties ne sont plus soumises à la limite impérative des cinquante ans (l'article 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie ne s'applique pas au droit de "superficie-conséquence" dont l'emphytéote dispose, durant toute la durée – de nonante-neuf ans au maximum – de l'emphytéose, sur les plantations et constructions érigées par lui sur le fonds).

32. Le fondement juridique de la mise à disposition de l'immeuble à l'utilisateur suscite, ici aussi, un certain nombre de questions. De nouveau, nul ne conteste qu'un bail ordinaire puisse lier le lessor (emphytéote) au lessee. Mais ce dernier pourrait-il occuper l'immeuble en vertu, d'une part, d'un nouveau bail emphytéotique, ou, d'autre part, d'un droit de superficie que l'emphytéote lui aurait concédé sur les bâtiments?

33. A) La personne à laquelle un droit d'emphytéose sur un terrain a été accordé peut-elle à son tour accorder un droit d'emphytéose sur le bâtiment érigé par elle?

Observons premièrement qu'il est impossible, pour l'emphytéote, de constituer un droit d'emphytéose sur l'immeuble corporel (46), objet du droit d'emphytéose, dans son ensemble (c'est-à-dire bâtiment et fonds compris). En effet, selon M. DONNAY, "(...) si on s'en tient à l'article 1er de la loi de 1824: "L'emphytéose est un droit réel qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui". Le droit de jouissance accordé sur un terrain ne va pas jusqu'à permettre de constituer un droit réel sur ce terrain, réserve faite de la disposition exceptionnelle de l'article 6 de la loi de 1824 en ce qui concerne la constitution d'une servitude" (47). Par conséquent, puisqu'il faut être propriétaire pour pouvoir constituer un droit d'emphytéose, l'octroi par l'emphytéote de la jouissance de l'ensemble du bien soumis à l'emphytéose doit donc s'analyser comme un simple bail ordinaire.

./...

nance la construction de bâtiments dont il sera propriétaire grâce à un droit de superficie lui concédé par l'emphytéote (ce dernier reprenant enfin en location les bâtiments construits). Nous développerons *infra* (n° 36) cette opération complexe.

(46) Voyez en effet *infra* (n° 33 note 49), nos observations relatives à la constitution par l'emphytéote d'un droit d'emphytéose sur son propre droit incorporel d'emphytéose (et non sur l'immeuble corporel objet de son droit).

(47) M. DONNAY, "L'emphytéose", *Rec. gén. enr. not.* 1974, 217.

Prise dans ce sens, une "sous-emphytéose", ou "erfpacht in tweede graad" (48) ne peut se réaliser. En revanche, l'emphytéote peut toujours céder son droit d'emphytéose (article 6 de la loi de 1824). Dans ce cas, la société de leasing perdrait tous droits relatifs à l'immeuble (sauf celui de réclamer le prix de la cession), ce qui suffit à écarter une telle cession du cadre du leasing immobilier.

Enfin, un troisième sens peut être attribué à la "sous-emphytéose", à savoir la constitution par l'emphytéote d'un terrain, d'un droit d'emphytéose sur les constructions érigées par lui et auxquelles ne correspond aucun droit de propriété du sol (49). Cette dernière opération, bien distincte des deux premières, est unanimement admise (50). Le financier peut donc y recourir pour conférer à l'utilisateur la jouissance du bâtiment tout en conservant la propriété des constructions en vertu de son droit de superficie-conséquence.

**34.** En conclusion, il faut apporter une réponse positive à la question posée ci-dessus (un emphytéote peut-il constituer une emphytéose sur le bien?), mais uniquement dans la mesure où la société de leasing, emphytéote, concède un droit d'emphytéose au lessee sur les bâtiments érigés par elle et sur eux seuls.

**35. B)** La mise à disposition des biens construits par le financier (titulaire du droit d'emphytéose sur le fonds d'autrui) peut-elle en outre se réaliser par l'établissement d'un droit de superficie sur les immeubles érigés par celui-ci? Les rapports entre emphytéose et superficie posent une nouvelle fois problème (51), mais cette fois en sens inverse. Avant d'analyser ceux-ci sous cet angle nouveau, nous sou-

haiterions décrire un schéma plus particulier dans lequel le droit d'emphytéose originaire est détenu par un lessee prenant en leasing un bâtiment construit par le lessor en vertu d'un droit de superficie lui accordé par le premier. Nous reviendrons ensuite à l'hypothèse plus simple dans laquelle l'emphytéote est le lessor, le superficiaire le lessee.

**36.** Il se peut que le *preneur* de leasing, recherchant le terrain de son choix, n'en soit pas devenu propriétaire (ce qui est souvent le cas pour les terrains gérés par les sociétés publiques d'investissement, qui ne souhaitent pas abandonner définitivement la propriété des biens publics). Il n'aura simplement pu acquérir qu'un droit d'emphytéose sur celui-ci. Pour que la société de leasing contactée puisse bénéficier d'une garantie sur les biens qu'elle construira pour lui, le preneur établira à son profit un droit de superficie (sous réserve de l'analyse, que nous effectuons ci-dessous, de la validité de l'établissement par l'emphytéote d'un droit de superficie *sur le terrain* dont il a la jouissance (52)). Le financier laissera ensuite la jouissance des constructions à l'utilisateur par un bail de droit commun.

Cette construction, qui s'observe en pratique de temps en temps, présente toutefois un risque pour la société de leasing. Elle peut en effet craindre que le tiers, bailleur emphytéotique, ne fasse application des clauses de résiliation reprises dans le bail emphytéotique (en cas de non-paiement des redevances par l'utilisateur au propriétaire du fonds, en cas de non-entretien du bien, de faillite ou dissolution de l'entreprise utilisatrice, ...) (53), et qu'en conséquence, le preneur perdant tout droit sur le bien, elle ne subisse le même sort par répercussion. Pour éviter de perdre sa garantie principale, la société de leasing demandera généralement au propriétaire et à l'emphytéote qu'ils s'engagent, en cas de résiliation du bail emphytéotique, à ce qu'elle soit "substituée" (54) aux droits et obligations de l'emphytéote défaillant. Ceci permettra au financier de conserver, jusqu'à la fin du bail emphytéotique, des droits réels sur les immeubles construits qu'il essaiera de recommercialiser.

(48) A. CHARLIER, *o.c.*, 462.

(49) On pourrait aussi donner un quatrième sens à la "sous-emphytéose", en visant par là l'éventuelle possibilité pour l'emphytéote d'un immeuble de constituer un droit d'emphytéose *sur son droit* d'emphytéose lui-même (immeuble incorporel, distinct de l'immeuble corporel sur lequel porte son droit). La généralité du terme "immeuble" de l'article 1<sup>er</sup> devrait pouvoir légitimer une telle opération, tout comme est admise la constitution d'un droit d'emphytéose sur les seules constructions (voyez *supra* n° 28). Dans le cadre de cette étude, nous n'aborderons toutefois pas cette question éminemment théorique.

(50) Voyez entre autres: A. CHARLIER, *o.c.*, 463, R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, *o.c.*, 59; P. DEHAN, *o.c.*, 504; M. DONNAY, *o.c.*, 212. Voyez également les observations reprises *supra* n° 28: des bâtiments peuvent très bien, à eux seuls, être l'assise d'un droit d'emphytéose.

(51) Voyez *supra* n° 28.

(52) Voyez *infra* n° 37 et 38 (et note 60).

(53) La validité de ces clauses fera l'objet d'un commentaire *infra* n° 89.

(54) La cession de contrats synallagmatiques n'étant pas encore telle quelle reconnue dans notre système juridique, cette "substitution" devra s'analyser en une cession de créances et un palliatif à la cession de dettes (engagement de payer, stipulation pour autrui, mandat de payer, délégation, ...), cette dernière étant inconnue dans notre droit.

Nous revenons alors ici au schéma dans lequel la société de leasing, emphytéote, a construit sur le terrain d'un tiers et met les biens à la disposition d'un (nouveau) preneur (55).

**37.** Peut-on maintenant concevoir l'hypothèse suivante, que nous annonçons au début du paragraphe 35, à savoir la mise à disposition du bâtiment construit sur le terrain d'autrui par le financier (emphytéote) au profit du lessee par le biais d'un droit de superficie constitué par le premier. Un emphytéote peut-il constituer un droit de superficie sur les constructions érigées par lui sur le fonds, et, dans l'affirmative, cette construction pourrait-elle soutenir adéquatement une opération de leasing immobilier, eu égard aux spécificités de cette institution?

Différents auteurs se sont posé cette question, mais toujours en dehors du leasing immobilier. "A la différence du droit de superficie qui, en définitive, peut être analysé comme un droit de propriété, l'emphytéose est essentiellement un droit de jouissance" (56), ce qui laisse dire à certains qu'établir un droit de superficie, droit de propriété superposé, transgresserait les droits dont dispose l'emphytéote sur le bien: "genieten is minder dan bezitten" (57).

Toutefois, certains observent que le droit d'emphytéose, sauf clause contraire, a pour corollaire le droit de construire sur le terrain: "L'emphytéose s'accompagne en somme d'un droit de superficie, puisque l'emphytéote peut construire et planter sur le fonds emphytéotique et que ces constructions et plantations lui appartiennent jusqu'à l'expiration de son droit" (58). Selon ces auteurs (59), l'emphytéote pourrait constituer un droit de superficie au profit d'un tiers sur le terrain dont il a la jouissance (60). Ils n'envisagent cependant pas de manière exhaustive les différents droits que l'emphytéote pourrait concéder, non sur le terrain, mais sur les seuls bâtiments, construits par lui à l'abri de son droit de "superficie-conséquence" et du droit de propriété temporaire qui en découle.

(55) Voyez *supra* n° 30 et suivants.

(56) J. HANSENNE, *o.c.* 1233.

(57) A. CHARLIER, *o.c.*, 462. Voyez aussi J. FALYS, *o.c.*, 81.

(58) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1953, tome VI, n° 713, 606.

(59) Voyez ainsi R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, *o.c.*, 56-58; M. DONNAY, *o.c.*, 224; H. DE PAGE, *o.c.*, tome VI, n° 713, 606.

(60) Ceci pouvant donc légitimer l'opération décrite *supra* sous le n° 36, dans laquelle le preneur, emphytéote, constitue au profit de la société de leasing un droit de superficie sur le terrain afin que ce dernier construise l'immeuble que l'utilisateur prendra ensuite en leasing.

L'hypothèse que nous étudions ici, liée au leasing immobilier qui n'existait pas à l'époque, est en effet celle de la constitution en faveur du lessee d'un droit de superficie sur les constructions de l'emphytéote.

**38.** Même si l'emphytéote pouvait ainsi constituer un droit de superficie sur les constructions érigées ou à ériger par lui pour permettre l'occupation du bien par le lessee – construction juridique qui, selon certains, ne va pas sans heurter les termes de l'article 1er de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, lequel, faisant de celui-ci un droit réel sur un fonds appartenant à autrui, empêcherait l'emphytéote de constituer valablement un tel droit de superficie sur les seuls bâtiments (61) –, nous témoignons toutefois d'un certain scepticisme à l'égard de cette technique dès lors qu'elle serait utilisée dans le cadre d'un leasing dont l'emphytéote serait la société de leasing: une fois le droit de superficie concédé, quelles garanties subsistent au profit du financier sur le bien construit? En outre, même si une clause pouvait prévoir le contraire, le superficiaire n'est tenu d'aucune redevance à l'égard du concédant, ce qui rend ce schéma moins approprié que celui du bail (emphytéotique ou non) aux relations entre le lessor et le lessee.

#### D. Construction du bâtiment sur un terrain appartenant à l'utilisateur

**39.** L'entreprise utilisatrice est parfois elle-même propriétaire du terrain sur lequel elle souhaite ériger de nouveaux bâtiments. La société de leasing doit alors utiliser une technique juridique qui fera échec au droit d'accession du propriétaire du sol puisque la propriété des biens dont elle finance la construction est sa principale garantie (62).

(61) De plus, même s'il dispose sur les constructions d'un droit de superficie-conséquence, ce droit de superficie-conséquence pourrait être plus limité que le droit de superficie régi par la loi du 10 janvier 1824. Si ce dernier permet au superficiaire de construire comme il l'entend, l'emphytéote n'a par contre le droit de construire que dans une optique d'amélioration du fonds.

(62) Notons que l'utilisateur peut choisir de vendre son terrain à la société de leasing, qui construira les bâtiments et les lui donnera ensuite en location. Nous retrouvons dans ce cas la seconde hypothèse envisagée *supra* dans cette section, à savoir, l'achat par la société du terrain et la construction des immeubles sur celui-ci. Cette solution est toutefois rendue onéreuse vu les droits de mutation à payer.

40. A) S'il dispose d'un droit de superficie concédé (en principe gratuitement) par le futur utilisateur, le financier peut faire ériger les constructions et les donner en leasing pendant la durée de son droit réel, sur base, soit d'un bail ordinaire, soit d'un bail emphytéotique (avec les réserves énoncées ci-dessus à ce sujet (63)). Comme nous l'avons déjà fait observer, la durée du droit de superficie devra dépasser celle du contrat de leasing, ceci non seulement pour préserver la garantie de la société de leasing (qui n'est propriétaire des bâtiments que pour la durée de la superficie), mais surtout ici pour éviter que l'opération puisse être considérée comme une vente directe.

En effet, à défaut d'une telle précaution, la pleine propriété des bâtiments construits est, à l'expiration du droit de superficie, transférée automatiquement sans formalité (et sans option d'achat) au tréfoncier, qui, en l'espèce, n'est autre que l'utilisateur du bien. Certes, cette opération présente certains avantages fiscaux (64), mais il n'est pas à exclure que l'Administration fiscale considère qu'il s'agit d'une simulation en vue d'éviter l'impôt normalement dû (65). Si, dès la conclusion du contrat, la durée du droit de superficie correspond à la durée du leasing (avec comme conséquence un transfert automatique de la propriété), l'opération risque d'être requalifiée *ab initio* en vente pure et simple avec transfert différé de la propriété. Les parties devront alors s'acquitter des droits d'enregistrement et ne pourront plus bénéficier du régime T.V.A. propre au leasing immobilier, vu qu' "il n'y a (...) pas à proprement parler de leasing car le preneur ne dispose pas, en fin de contrat, de la faculté de lever ou non l'option d'achat" (66).

C'est la raison pour laquelle, afin d'éviter de perdre ainsi le bénéfice de l'application de l'article 18 paragraphe 2, du Code de la T.V.A., le futur locataire de l'immeuble accordera généralement au bailleur un droit de superficie sur le terrain pour un délai plus long que celui pour lequel le bâtiment est donné en

leasing par le bailleur, celui-ci possédant encore, à la fin du leasing, des droits réels sur le bâtiment qui figurent l'objet du contrat de leasing. Et lorsque, par le biais de l'option accordée au lessee d'acquérir les droits réels, ce contrat comprend une possibilité de reprise de ceux-ci, il satisfait aux conditions requises par l'arrêté royal n° 30 du 28 décembre 1970 (67).

41. B) Comme nous l'avons déjà observé (68), le financier pourrait également acquérir des droits réels sur un terrain par la constitution d'un droit d'emphytéose sur celui-ci. Ici, le terrain appartient au preneur de leasing et la société de leasing lui louera les bâtiments qu'elle aura construits (69) (avec les difficultés que nous connaissons lorsqu'elle utilise pour ce faire une institution autre que le bail ordinaire).

#### E. Sale and lease back

42. L'opération de sale and lease back (immobilier) consiste, pour un industriel qui désire trouver des liquidités, à vendre un ou plusieurs biens immeubles à une société de leasing qui les lui reloue immédiatement sur base d'un contrat de leasing immobilier. Cette opération permet à l'entreprise utilisatrice de dégager de capitaux frais sans lui enlever la disposition de ses moyens de production.

43. Si cette opération reste relativement neutre du point de vue de la fiscalité directe (70), elle n'est toutefois guère praticable en raison de la fiscalité indi-

(66) M.-C. VALSCHAERTS, "Le leasing immobilier", in *Guide de Droit Immobilier*, tome V, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, VIII.1.3.1-1. Voyez en outre les développements *infra* (n° 81, et particulièrement la note 121) relatifs à l'option d'achat dans le contrat de leasing immobilier. Nous ajoutons que, pour être soumis à la T.V.A., le contrat doit, outre contenir une option d'achat, ne pas être translatif de propriété. Ce sont là deux conditions qui ne sont plus remplies en cas de requalification de la convention de leasing immobilier en vente.

(67) Voyez P. KILESTE et A. DEMOL, "Leasing immobilier et T.V.A.", obs. sous Comm. Liège 14 février 1989, *J.L.M.B.* 1990, 816.

(68) Voyez *supra* (n° 30 et suivants).

(69) Notons que dans ce cas, le canon emphytéotique, contrepartie de la "jouissance" du terrain par le financier, pourra rester très modique (voir inexistant).

(70) "Suivant l'article 47 (du Code de l'impôt sur les Revenus), le contrat de leasing immobilier sera un réinvestissement valable pour autant que ce contrat de leasing impose au preneur d'inscrire le bien à l'actif de son bilan (leasing conforme à l'A.R. du 3 décembre 1993). Une telle opération n'a "économiquement" que peu de sens étant donné qu'elle est neutre du point de vue fiscal. En effet, on crée artificiellement une plus-value assortie d'un étalement de l'impôt qui la frappe; ce profit est ensuite annulé par le nouvel amortissement du bien. Au plan de l'impôt sur les revenus, /...

(63) Voyez *supra* n° 28.

(64) Au terme de la période convenue (correspondant à l'expiration simultanée du contrat de leasing et de superficie), le droit de superficie s'éteint et il se produit une mutation légale: le preneur obtient à nouveau de plein droit la jouissance de son terrain, ainsi que des bâtiments dont il devient propriétaire sans que des droits d'enregistrement ne soient perçus.

(65) Voyez A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, o.c., 57.

recte qui la frappe: un sale and lease back sera en effet soumis à une double perception des droits d'enregistrement de 12,5 %, la première fois lors de la vente de l'immeuble (bâtiment et terrain), la seconde lors de la levée de l'option à l'expiration du bail, si l'entreprise souhaite en redevenir propriétaire (71).

**44.** Quelles solutions pourraient s'offrir aux parties désireuses de pratiquer malgré tout cette opération? Il est permis de se demander s'il ne serait pas possible d'intégrer l'opération de sale and lease-back dans un mécanisme de droit civil qui la ferait échapper à cette double taxation?

**45. A)** Ainsi, le sale and lease back pourrait-il être assimilé à une vente à réméré ou vente avec possibilité de rachat? Cette vente est assortie d'une condition résolutoire et, si le vendeur exerce le réméré, le bien rentre dans son patrimoine, non en vertu d'une nouvelle mutation, mais par la réalisation de la clause résolutoire expresse contenue dans la vente (72). L'ad-

./...

l'opération ne présente aucun avantage et aucun désavantage. L'avantage peut éventuellement résider dans la libération de capital qui peut ainsi être consacré à d'autres fins plus rentables. Les opérations de sale and lease back peuvent d'autre part être très intéressantes lorsqu'elles n'utilisent pas comme réinvestissement un bien relasé, mais bien un investissement autre pouvant être amorti sur une période beaucoup plus longue (...)" (A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, o.c., 42-43; Voyez également J. F. VAN DEN DRIESSCHE, "Une opération avantageuse pour les sociétés: le sale and lease back", R.G.F. 1985, 87-92).

(71) Le législateur français a très bien compris ce problème. L'ordonnance du 28 septembre 1967 relative au crédit-bail (o.c.) prévoyait en effet que le droit de mutation n'était pas perçu quand la société de leasing acquerrait des biens immobiliers dans le cadre du lease back (article 6e alinéa 2). En outre, quelque soit la formule envisagée, si le locataire décidait d'acheter les biens loués, la mutation était frappée d'un droit d'enregistrement au taux réduit de 1,40 % (article 6e, alinéa 1). Depuis lors, l'ensemble du droit fiscal a fait l'objet de multiples codifications, et c'est l'article 698 du code général des impôts qui traite à présent de la perception des droits de mutation dans le cadre des opérations de crédit-bail immobilier. Si l'esprit de l'ordonnance a été respecté, notons toutefois que, d'une part, en cas de sale and lease back, une taxe au taux réduit de 0,60 % est maintenant due lors de l'achat de l'immeuble du preneur par la société de leasing (article 698 alinéa 2), et que d'autre part, lors du rachat de l'immeuble par le locataire, le droit d'enregistrement est fixé au taux réduit de 2 % (article 698 alinéa 1). Voyez entre autres à ce sujet A. PLAS, "Sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie (Sicomi)", *Encyclopédie Dalloz, Sociétés*, tome V, v° Sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie (Sicomi), 4.

(72) Notons que si le pacte de réméré peut s'analyser en une condition résolutoire potestative, et même purement potestative, la nullité frappant les conditions potestatives (article 1174 du Code civil) ne peut toutefois en être invoquée à son égard, car l'article 1174 du Code civil ne vise que les conditions suspensives.

ministration fiscale ne percevra dans ce cas qu'un seul droit de mutation. En effet, l'obligation pour le cessionnaire de restituer l'immeuble au cédant, suite à la réalisation de la condition ne révèle pas de nouvelle mutation taxable (comme en cas de résolution amiable de la convention par toutes les parties), car il n'y a pas ici de nouvelle convention. La restitution est un effet de la convention originaire, laquelle a subi son régime fiscal (73) (74).

Toutefois, le cadre juridique de la vente à réméré est peu adapté à une opération de lease back:

1) le délai de réméré est au maximum de cinq ans (article 1660 du Code civil) et est d'ordre public (75). Ce délai est beaucoup trop court pour une opération de leasing immobilier dans laquelle l'option d'achat ne sera éventuellement exercée qu'à l'expiration du bail à long terme ou au plus tôt dans la période terminale de celui-ci;

2) dans une vente à réméré, lors de la restitution de l'immeuble au vendeur par l'exercice du réméré, le prix sera égal à celui qui a été versé lors de la vente (76). En effet, il s'agira en réalité d'un remboursement consécutif à une résolution du contrat. En revanche, dans le sale and lease back, le prix de vente fixé dans l'option d'achat correspondra à la valeur résiduelle des biens loués. L'opération envisagée ne peut donc être assimilée à une vente à réméré.

**46. B)** L'opération de sale and lease back ne pourrait-elle pas aussi se présenter sous la forme, non d'une vente (couplée à un bail avec option d'achat), mais de la constitution par l'utilisateur d'un droit de superficie sur ses bâtiments (77) à la société de leasing? Celle-ci devient alors propriétaire des bâtiments (dont le prix de vente revient à l'entreprise), les loue au preneur qui en redevient propriétaire automatiquement par accession à l'expiration du droit de superficie (maximum cinquante ans). Nous avons déjà observé

(73) Décision de l'administration fiscale du 6 octobre 1923, R.G. 1923, n° 16.010.

(74) La réalisation de la condition ne constitue toutefois pas une cause de restitution du droit d'enregistrement perçu, cette hypothèse ne figurant pas dans l'énumération limitative des causes de restitution formulée à l'article 209 du Code des droits d'enregistrement, laquelle ne vise que la résolution judiciaire.

(75) Voyez H. DE PAGE, o.c., tome IV, n° 318, 331.

(76) Voyez G. PARLEANI, "Le contrat de lease back", *Rev. trim. dr. com.* 1973, 735-736.

(77) Un droit de superficie peut être accordé sur des constructions existantes (voyez *supra* n° 27 note 34).

ce schéma (78). Rappelons simplement que l'administration fiscale ne l'admettra que pour autant que la durée du droit de superficie dépasse celle du contrat de leasing.

#### F. Le contrat d'engineering

47. Le leasing immobilier peut enfin avoir pour objet le financement de l'installation d'une usine "clés en main", prête à fonctionner. Dans ce cas, l'opération de leasing va se combiner avec un contrat d'engineering, contrat par lequel une firme spécialisée réalise l'étude, la construction et l'aménagement d'une unité de production en vue de la livrer "clés en main" et en état de fonctionnement. Le rôle de la société de leasing devient donc prépondérant et sa responsabilité en est par là accrue (79).

L'agencement des deux contrats de leasing et d'engineering peut soulever des problèmes délicats, notamment au point de vue des différentes responsabilités, du transfert des garanties de rendement et de consommation dues par la société d'engineering (80). Aussi, dans chaque opération, le contrat entre la société de leasing, celle d'engineering (qui n'en forment parfois qu'une), et l'utilisateur devra-t-il être minutieusement aménagé.

48. Il apparaît toutefois que ce schéma est loin d'être fréquemment utilisé par les sociétés de leasing en Belgique, sans doute en raison des difficultés de relocation ou de revente de ces biens, dues à leur spécificité. Le plus souvent, la société de leasing se contente de jouer un rôle de financier et le preneur bénéficie d'une grande liberté.

(78) Voyez *supra* (n° 40) les observations relatives aux constructions érigées par la société de leasing en vertu d'un droit de superficie acquis sur le terrain du preneur.

(79) Voyez J.-F. LEDOUX, "Leasing immobilier. La validité des clauses d'exonération du financier", *Act. Dr.* 1993, 184.

(80) Pour l'étude du contrat d'engineering, voyez entre autres: B. DE CAZALET et R. REECE, "Conditions applicables aux contrats de conception-construction et clés en main", *R.D.A.I.* 1996, 279-300; X., *Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey* (ou "Livre Orange"), Publications de la Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC), Première édition, 1995; E. TYDGADT et J.A. BOON, "Les contrats d'installations "clé sur porte"", *Faculté de droit de l'Université de Liège, Commission droit et vie des affaires*, 1964, 182-205.

### III. AVANTAGES ET INCONVENIENTS

49. Il existe une diversité de critères permettant de comparer le leasing immobilier et les autres moyens de financement. Cet examen ne peut se focaliser sur un seul élément (le taux du crédit par exemple). Plusieurs techniques financières (81), ainsi que d'autres éléments complémentaires, peuvent en effet être utilisés pour observer les avantages (A) et les inconvénients (B) du leasing immobilier. Ceux-ci ont déjà fait l'objet de nombreux commentaires (82). Ils procèdent en outre souvent de règles financières. Dès lors contentons-nous simplement d'en établir une liste.

#### A. Avantages du leasing immobilier

50. A) Le lessee recourrait-il au leasing immobilier si ce financement ne lui apportait pas quelque avantage déterminant? Certes non. Nous pouvons en présenter quelques-uns.

51. 1) Le leasing immobilier est un financement à 100 % (83), alors qu'un emprunt classique ne couvre généralement qu'une partie de l'investissement et exige un effort propre de l'investisseur. Ici, le bailleur

(81) Plusieurs éléments financiers interviennent dans la constitution de l'opération de financement: le taux d'intérêt (nominal et réel), le calcul des frais annexes, du coût de constitution des garanties, du coût du préfinancement de la T.V.A., de la durée du crédit, ... De multiples techniques d'analyses financières permettent ensuite la comparaison. Peuvent, entre autres, être réalisées, la comparaison des coûts totaux, l'actualisation des flux financiers, l'analyse par la méthode de l'emprunt équivalent, par celle du taux interne de rentabilité, ou encore le modèle d'équilibre partiel (entre locataire et bailleur). Voyez entre autres à ce sujet C. CANTOR, "Crédit-bail ou crédit bancaire: que choisir?", *Science & vie économique*, n° 52, juillet-août 1989, 78; J. DE THEUX DE MEYLANDT et MONTJARDIN, *Le leasing mobilier en Belgique. Aspects pratiques, comptables et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 73-83; E. DURINCK et J. FABRY, "Een evaluatietechniek voor financiële leasing in België", *Cahiers économiques de Bruxelles*, 1985, 41-57; M. J. GORDON, "A general solution to the buy or lease decision: a pedagogical note", *The Journal of Finance*, 1972, 815-823; G. PACE, *Pratique et technique financière du crédit-bail (leasing)*, Paris, Éditions J. Delmas, 1974, 1-116.

(82) Voyez entre autres: E.M. BEY et Ch. GAVALDA, *Le crédit-bail immobilier*, Paris, P.U.F., Collection *Que sais-je?*, 1983, 8; P. KARELLE, o.c., 784-786; J.-F. LEDOUX, o.c. 181-182; J.F. VAN DEN DRIESSCHE, o.c., 87-92; C. VANHALEWYN et H.-D. BOSLY, o.c., 291; A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, o.c., 65-67.

(83) Réserve faite du cas de l'investissement dont le montant dépasse finalement la limite prévue par le financier pour son intervention. L'utilisateur devra alors prendre à sa charge le surplus éventuel. Voyez *supra* n° 12.

prend en charge la totalité du financement. Il paie les factures des fournisseurs, architectes ou entrepreneurs, mais aussi les frais annexes tels le transport des marchandises, le préfinancement T.V.A., ... Cet avantage, particulièrement intéressant pour les entreprises éprouvant des problèmes de liquidités, permet d'éviter de recourir aux fonds propres (ou à l'emprunt), que l'entreprise peut conserver en vue d'autres investissements, et de préserver le fonds de roulement au moment de l'effort financier que représente un investissement et sa mise en œuvre.

**52. 2)** L'opération de leasing immobilier permet ensuite une grande souplesse. Chaque contrat est traité "sur mesure" et peut être adapté aux spécificités de chaque entreprise (notamment pour ce qui concerne la durée de l'investissement). Celle-ci bénéficie d'une très grande liberté dans le choix de l'entrepreneur et de l'architecte, mais peut aussi, si elle le préfère, demander à la société de leasing à bénéficier de son concours technique. Le leasing immobilier permet en outre à l'utilisateur un contrôle de ses coûts plus aisé et plus précis (84). Seule la clause d'indexation des redevances peut introduire une incertitude quant au coût de l'opération.

**53. 3)** Au terme du contrat, l'immeuble donné en leasing peut avoir pris de la valeur (du fait de sa bonne situation géographique, de l'aménagement de voies de communication, d'une modification de l'environnement, ...). Dès lors, sa valeur vénale peut être devenue nettement supérieure au prix de l'option d'achat que doit payer le preneur pour l'acquérir. Lorsque le prix de l'option est déterminé dès la conclusion du contrat, le lessee peut donc bénéficier des plus-values éventuelles sur l'immeuble (85).

**54. 4)** Le contrat de leasing immobilier est conclu sans garantie supplémentaire. Même sur le bien à financer, il n'y a pas lieu de constituer une hypothèque, étant donné que la société de leasing dispose de la meilleure garantie qui soit, à savoir le gage réel (86).

(84) Au contraire, le recours à une ligne de crédit classique servant à financer simultanément différents investissements dans l'entreprise rend le calcul de la charge financière exacte malaisé.

(85) Il va de soi que lorsque le prix de l'option d'achat est laissé à l'appréciation d'experts, c'est alors le lessor qui se réserve le bénéfice des plus-values éventuelles (voyez *supra* n° 15).

(86) Voyez A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, o.c., 66.

**55. 5)** Par rapport à d'autres techniques de financement, le leasing immobilier bénéficie également de différents caractères fiscaux qui lui sont propres.

**56. B)** Le leasing immobilier présente aussi des avantages pour la société de leasing.

**57. 1)** Le droit de propriété sur le bien immobilier lui procure une position confortable. Pour autant que la polyvalence et la qualité de cette propriété soient garanties d'une valeur vénale élevée, le financier bénéficie d'une sûreté efficace. Contrairement au cas du créancier hypothécaire, il est maître à la fois de la manière et du moment où il réalise la vente de son propre bien, et, ce faisant, n'impose pas au lessee les frais d'une vente forcée (87). En outre, étant propriétaire du bien donné en leasing, il peut écarter sur celui-ci toute concurrence avec d'autres créanciers de l'utilisateur en cas de faillite de ce dernier.

**58. 2)** Le leasing immobilier est pour la société de leasing un placement immobilier (c'est-à-dire un placement sûr), qui lui procurera non seulement l'intérêt du capital investi, mais aussi l'amortissement du bien. Enfin, grâce à la clause d'indexation insérée dans le contrat, il peut éviter les conséquences de l'érosion monétaire.

## B. Inconvénients du leasing immobilier

**59.** Certaines critiques peuvent être formulées à l'égard du leasing immobilier (88).

**60. A)** La première ressort de la nature du leasing: l'utilisateur a l'obligation de payer la redevance convenue quelles que soient les conjonctures. Les clauses de son contrat lui font aussi supporter tous les risques qui sont en principe liés à la propriété du bien (89). Même en cas de perte de l'immeuble par cas fortuit, il reste tenu de sa dette envers le lessor.

**61. B)** Rappelons aussi qu'au terme du contrat, la levée de l'option d'achat s'accompagne d'un droit d'enregistrement de 12,5 % sur la valeur vénale résiduelle de l'immeuble (du moins lorsqu'il n'est pas fait usage des techniques de l'emphytéose et de la superficite, qui permettent d'éviter cette lourde charge fiscale).

(87) Voyez A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, o.c., 25.

(88) Voyez J.-F. LEDOUX, o.c. 182.

(89) Voyez à ce sujet *infra* (n° 76).

62. C) Il semble enfin que le coût du leasing immobilier soit plus cher que celui du crédit bancaire classique (90). En effet, outre l'intérêt des sommes décaissées, la société de leasing se réservera en principe une marge bénéficiaire sur l'opération. De plus, certains coûts peuvent résulter du travail supplémentaire parfois fourni par la société de leasing (principalement lorsque celle-ci ne se limite pas à une intervention de type purement financier, mais propose également à l'utilisateur certains services spécialisés) (91).

#### IV. DESCRIPTION DE L'OPERATION

63. Pour décrire le déroulement d'une opération de leasing immobilier, nous partirons de l'hypothèse la plus fréquente: la société de leasing acquiert un terrain et y fait édifier les constructions désirées par son client en vue de les lui louer. Après avoir commenté d'une part, les préliminaires à l'opération (A), et, d'autre part, la signature du contrat (B), nous procéderons à l'analyse des clauses qu'on y rencontre le plus souvent (C). Nous examinerons ensuite les modes d'extinction d'une convention de leasing immobilier (D). Enfin, nous observerons brièvement les conséquences résultant de l'utilisation du bail emphytéotique (plutôt que du bail ordinaire) dans un contrat de leasing immobilier (E).

##### A. Préliminaires de l'opération

64. Bien que le contrat de vente du terrain et le contrat d'entreprise soient conclus, d'une part entre la société de leasing et le propriétaire du terrain, et d'autre part entre la société de leasing et un entrepreneur, le choix du terrain et ses conditions de vente, le choix de l'entrepreneur, les plans, les délais et modalités de construction, les prix sont le plus souvent débattus et arrêtés, avant tout contact avec la société de leasing, directement entre le propriétaire du terrain, l'entrepreneur, et le futur locataire. Le rôle de la société de leasing est ici purement financier.

Comme il s'écoulera un certain temps avant que la société de leasing invitée à intervenir n'ait pris parti, il est nécessaire que le vendeur du terrain d'une part, et l'entrepreneur d'autre part, soient définitivement

liés par les conditions qui ont été convenues avec le futur utilisateur et qui conditionnent en partie l'accord de la société de leasing. Pour ce faire, une promesse unilatérale de vente et une promesse unilatérale de contrat d'entreprise consentie à l'entreprise utilisatrice avec la stipulation que cette promesse pourra être réalisée au profit d'une société de leasing qui accepterait de financer l'opération assurera l'engagement irrévocable du propriétaire du terrain et de l'entrepreneur, et la possibilité pour la société de leasing de conclure elle-même les contrats (92).

65. Les préliminaires de l'opération de leasing immobilier peuvent toutefois se présenter différemment. La première démarche du futur utilisateur peut parfois être de rechercher une société de leasing immobilier qui acceptera de financer l'opération et qui l'aidera, grâce à ses services spécialisés, dans la localisation et la conception des bâtiments et assumera une partie des études préalables (ainsi que, dans une étape ultérieure (93), certains travaux de supervision du chantier) (94). Dans ce cas, il est inutile de recourir à une promesse unilatérale de contrat avec stipulation pour autrui. Les promesses ou offres de contrat sont faites directement à la société de leasing (95).

(92) Le tiers bénéficiaire de cette stipulation, s'il n'est pas déterminé au moment du contrat, sera déterminable au jour où la stipulation devra recevoir effet à son profit. En outre, cette stipulation pour autrui est bien valable puisqu'elle s'inscrit dans un contrat de base où le stipulant joue un rôle juridique personnel, puisqu'il est également bénéficiaire des promesses de contrat. Sur la stipulation pour autrui et ses conditions de validité, voyez entre autres: H. DE PAGE, *o.c.*, tome II, n° 649-711, 604-643; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen", *T.R.V.*, 545-551; E. DE WILDE D'ESTMAEL, "La stipulation pour autrui en droit civil", *Rec. gén. enr. not.*, dossier 1997, n° 24695; P. JADOUL, "La stipulation pour autrui (rapport belge)", in M. FONTAINE et J. GHESTIN, (sous la direction de), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 227, 1992, 408-429.

(93) Voyez *infra* (n° 69 note 102).

(94) Ces services peuvent provoquer une augmentation du coût du leasing immobilier (voyez *supra* n° 62). Une augmentation de la responsabilité de la société de leasing pourrait aussi être envisagée dès lors que son intervention n'est plus exclusivement d'ordre financier.

(95) Notons que la société de leasing pourra charger le futur utilisateur de conclure les contrats en son nom, en vertu d'un mandat (voyez à ce sujet les développements *infra* n° 68 ainsi que la note 100).

(90) Voyez J.-F. LEDOUX, *o.c.*, 182.

(91) Voyez *infra* (n° 65).

## B. Signature de la convention de leasing

**66.** Le contrat de leasing immobilier doit être conclu préalablement à l'achat du terrain et à la conclusion des contrats nécessaires à la construction des bâtiments. La société de leasing doit en effet avoir l'assurance que ceux-ci soient bien pris en location par l'entreprise. Aussi va-t-elle présenter à sa signature un contrat de leasing des biens avec option d'achat dans lequel d'une part, l'entreprise s'engage à prendre en location les bâtiments que, d'autre part, la société de leasing s'engage à faire construire suivant les indications du locataire et à lui donner à bail (96) (97).

**67.** Observons que le bail étant valable solo consensu, la promesse synallagmatique de bail contenue dans la convention de leasing vaut bail, à condition qu'il y ait bien accord des parties pour donner et prendre en location, et que les éléments essentiels du

(96) En outre, lorsque c'est sur le terrain du preneur que seront érigées les constructions, celui-ci doit aussi s'engager à céder au lessor un droit réel sur le terrain.

(97) Quelles sont les répercussions sur le contrat de leasing de l'annulation ou la résolution, par une décision de justice, du contrat de vente du terrain sur lequel est construit le bâtiment (ou du contrat de vente de l'immeuble, si celui-ci existait dès l'origine)? Cette question a déjà été soulevée dans de nombreuses décisions rendues en matière de leasing mobilier. Certaines hésitations subsistent toutefois, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. Le contrat de leasing doit-il être maintenu, résilié, annulé ou déclaré caduque par défaut d'objet ou de cause? Et quand est-il de la licéité des clauses ayant parfois pour effet de régler les conséquences d'une telle situation? Ces questions mériteraient une analyse approfondie. Certains auteurs y ont apporté leur contribution. Nous y renvoyons le lecteur (voyez ainsi, en Belgique: J.H. HERBOTS, "De leasingovereenkomst: een synecdoche. Verzwindt de huur bij verdwijning van de koop", note sous Gand (7ième ch.), R.W. 1997-1998, 824; A. VERHEYDEN, "Le leasing: une institution aux contours et au régime toujours incertains", *J.T.* 1993, 329-332; P.-A. FORIERS, "Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause", *R.C.J.B.* 1987, 107-109; J. VERBIST, "Einde van de symbiose tussen de leasingovereenkomst en de daardoor gefinancierde koopovereenkomst", note sous Bruxelles 19 novembre 1986, *R.D.C.* 1987, 507; F. BRUYNS et D. BUYSCHAERT, "Chronique de jurisprudence: la location-financement ou leasing mobilier (1988-1993)", *J.T.* 1994, 465-466; F. GLANDSORFF, "Les répercussions de la défaillance du fournisseur sur les relations entre les parties au contrat de leasing", observations sous Prés. comm. Bruxelles 15 octobre 1990, *J.T.* 1991, 218; en France: M.-C. ROUAULT, "Conséquences de la nullité du contrat de vente sur le contrat de crédit-bail", note sous Cass. fr. 15 mars 1994, *J.C.P.* 1994, II, 22339; D. CARBONNIER, "Le crédit-bail: du bail au crédit (à propos des arrêts de la chambre mixte du 23 novembre 1990)", *Defrénois* 1991, art. 35102, 1026; E.-M. BEY, "Des conséquences de la jurisprudence de la chambre mixte de la Cour de cassation du 23 novembre 1990 sur la symbiotique du crédit-bail", *Gaz. Pal.* 30 juillet 1992, *D.*, 568).

bail soient déterminés ou déterminables (98). En outre, puisque le bail sera conclu avant l'acquisition du terrain et la construction des bâtiments, il se présente comme le bail d'un terrain d'autrui ou d'une chose future, ce qui n'affecte en rien sa validité, le bail n'accordant aucun droit réel sur la chose louée, ne créant que des droits personnels (99).

**68.** Le contrat de leasing peut aussi prévoir qu'un mandat est donné par la société de leasing au preneur pour qu'il accomplisse, pour elle et en son nom, tous les actes juridiques requis par la construction de l'immeuble, et notamment la réception provisoire et la réception définitive de celui-ci (100). N'est-il pas dangereux de donner au locataire mandat pour accomplir un acte aussi important, puisqu'il va décharger l'entrepreneur d'une partie de sa responsabilité? Non, dans la mesure où la société de leasing va se décharger de sa responsabilité pour les défauts ou malfaçons dans les travaux, apparents ou cachés (101). Elle sera donc certaine, par ce biais, que la réception ne sera pas faite à la légère, puisque le preneur y a aussi intérêt. Il est toutefois fréquent que le

(98) Voyez entre autres à ce sujet H. DE PAGE, *o.c.*, tome IV, n° 555, 568; Y. MERCHIERS, "Le bail en général", *Rép. not.*, Tome VIII, Livre I, 108; Cass. fr., 28 janvier 1924, *D.*, 1924, 121.

(99) Contrairement au bail d'une chose future (immeuble en construction), "le bail de la chose d'autrui a donné lieu dans le passé à de nombreuses controverses. La question semble maintenant résolue: la Cour de cassation s'est prononcée pour la validité d'un tel bail" (Y. MERCHIERS, *o.c.*, 139). Voyez à ce sujet: Cass. 4 décembre 1941, *Pas.*, 1941, I, 443; Cass. 14 juin 1979, *Pas.* 1979, I, 1185; H. DE PAGE, *o.c.*, tome IV, n° 509, 526; L. SIMON, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, "Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (1976-1980)", *R.C.J.B.* 1985, 277.

(100) En l'absence d'un tel mandat exprès, la société de leasing pourrait-elle, en cas de faillite du lessee durant la construction de l'immeuble, opposer à l'entrepreneur impayé que le preneur a traité avec ce dernier en son nom personnel, et qu'elle n'est dès lors pas tenue d'honorer les dettes du failli? Comme la société de leasing intervient toujours pour payer les factures que lui présente le lessee, il nous semble que le juge pourrait, dans certaines circonstances, déclarer la société de leasing contractuellement engagée vis-à-vis de l'entrepreneur sur le fondement du mandat apparent, ce dernier ayant pu légitimement croire à l'existence des pouvoirs du "pseudo-mandataire"; il pourrait même retenir éventuellement l'existence d'un mandat tacite si les indices sont suffisants en ce sens. Sur la théorie du mandat apparent, voyez entre autres: P.-A. FORIERS, "L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi", *J.T.* 1989, 541; M. KRUIHOF, "La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase", note sous Cass. 20 juin 1988, *R.C.J.B.* 1991, 51; B. TILLEMANN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, spéc. 261-291; A. VAN OEVELEN, "De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandaat", *R.W.* 1989-1990.

(101) Voyez *infra* (n° 72 et 73).

contrat de leasing, laissant la gestion journalière du chantier au locataire, exige l'intervention du financier à ses côtés pour les actes importants (102).

**69.** Si la convention de leasing immobilier doit être conclue avant la construction de l'immeuble, se pose alors naturellement la question de la prise en charge de tous les risques afférents à la période précédant l'entrée en jouissance du locataire. Il peut tout aussi bien s'agir de risques administratifs (refus, retrait, modification du permis de bâtir ou d'exploitation, retard dans l'exécution par les autorités de voies d'accès au site, ...), que de risques résultant des accidents de chantier, de la faillite de l'entrepreneur, de modifications de la réglementation fiscale, ...

A. CHARLIER (103) relève qu'en pratique, différentes solutions peuvent être données à cette question:

- a) soit l'ensemble des risques sont transférés au preneur, qui assurera la responsabilité du maître de l'ouvrage, éventuellement couverte par une assurance "tous risques chantier" (dont le montant peut entrer dans le coût total de l'investissement);
- b) soit un nouveau mandat est confié à une société spécialisée, qui exercera la surveillance des travaux, ce qui, selon CHARLIER, ne fait que reporter le problème du partage des risques;
- c) soit l'ensemble des risques sont transférés à la société de leasing, moyennant une indemnité à charge du preneur, destinée à couvrir le surplus de travail effectué par la société (surveillance active du chantier), ainsi que les éventuels risques précités;
- d) soit la société de leasing n'accepte le transfert de la propriété des immeubles qu'après l'entrée en jouissance, et se limite, durant la période intermédiaire, à financer les travaux sous forme d'avances faites au preneur, avances qui ne sont alors pas couvertes par un droit de propriété (ce qui semble peu en phase avec l'esprit d'une opération de leasing);
- e) soit enfin, le financier attribue au preneur la qualité d'entrepreneur général, responsable de la bonne exécution des travaux; cette solution est, elle aussi, imparfaite, laissant les autres risques à charge du propriétaire.

(102) La société de leasing peut par ailleurs offrir au preneur un ensemble de services dans le domaine de la supervision des travaux de construction. Ceci dépendra du rôle, exclusivement financier ou non, qu'elle est prête à jouer. Voyez supra (n° 65) ainsi que A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, o.c., 23.  
(103) A. CHARLIER, o.c., 472.

Comme le souligne justement CHARLIER, "al deze formules maken het bepalen van de verantwoordelijkheden voor de ongevallen, vertragingen, overschrijding der kosten, zeer ingewikkeld. En nochtans komt bij belangrijke werven maar heel zelden niets onvoorzien voor. Dit blijkt dus een punt te zijn waar de praktijk nog geen perfecte oplossing gevonden heeft, en waar een wettelijke bepaling nuttig zou zijn" (104).

**70.** Notons enfin que la durée du bail excédant toujours en pratique neuf ans, le contrat de bail (ordinaire ou emphytéotique) devra être transcrit dans les registres publics par le conservateur des hypothèques (article 1er alinéa 2 de la loi hypothécaire). On pourrait concevoir une scission des actes constatant l'opération de leasing, l'un (le contrat de leasing lui-même) restant sous seing privé, l'autre (le contrat de bail) recevant une forme authentique, mais on ne constate généralement qu'un seul acte, nécessairement authentique, réglant l'ensemble des aspects de l'opération.

### C. Diverses clauses de la convention de leasing immobilier

**71.** La société de leasing immobilier ne s'attache à la propriété du bien que parce qu'elle constitue sa principale garantie. Elle ne se soucie d'assumer ni la gestion du bien, ni aucun des risques de la propriété et va se décharger de la plupart de ses obligations de bailleur. La convention de leasing, par un jeu de clauses inhabituelles dans un bail ordinaire, va tenir compte de cette optique particulière. C'est à la description de ces clauses que nous allons maintenant procéder (105).

**72.** A) L'obligation de délivrance sera aménagée de manière à ce que la responsabilité de la société de leasing ne puisse être mise en cause si un retard de l'entrée en jouissance de l'immeuble survient suite à un retard de la construction, ou si le bâtiment construit ne correspond pas à ce que l'utilisateur désirait (106). Cette clause se comprend aisément puisque les bâtiments auront été construits suivant les indica-

(104) A. CHARLIER, o.c., 473.

(105) Nous ne reviendrons cependant pas sur la description des clauses du contrat relatives à la durée, ainsi que celles concernant la fixation de la redevance. Elles ont déjà fait l'objet de commentaires supra (n° 9 à 17).

(106) Observons au passage que la date de la délivrance de l'immeuble, fixée dans le contrat de leasing, peut être antérieure à son achèvement complet, et ne correspond pas nécessairement avec la prise de possession réelle, ni avec la date de début d'utilisation par le preneur (voyez C. VANHALEWYN et H.-D. BOSLY, o.c., 302).

tions du locataire, et que celui-ci aura souvent accompli, au nom du bailleur, les actes juridiques nécessaires et notamment la réception définitive de l'immeuble (107). Le locataire se comportant en véritable maître d'ouvrage, il semble normal qu'il en supporte les conséquences (108).

Toutefois, restant un tiers dans les rapports juridiques entre le bailleur et l'entrepreneur, il ne dispose en principe d'aucun droit d'action directe envers l'entrepreneur ou l'architecte, et ne peut bénéficier des éventuelles indemnités de retard dues par celui-ci en cas de livraison tardive du bien. Aussi la convention de leasing organisera-t-elle un transfert des droits dont bénéficie le bailleur contre ses cocontractants en faveur du locataire. Le mécanisme juridique réalisant le transfert peut aussi bien prendre la forme d'une cession de créance, d'une stipulation pour autrui insérée dans le contrat d'entreprise ou d'une clause de la convention de leasing prévoyant que les sommes touchées à titre d'indemnité de retard par le financier seront versées au locataire (la société de leasing donnant alors à son locataire mandat d'ester en justice) (109).

**73. B)** Outre l'obligation de délivrance, si on applique les règles du bail (110), la société de leasing est tenue, en tant que bailleresse, de procurer la jouissance de la chose louée pendant la durée du contrat, obligation renforcée par une *garantie des vices cachés* et une *garantie d'éviction*.

Cependant, dans les opérations de leasing, tant mobilières qu'immobilières, des clauses contractuelles viendront modifier ce schéma de façon à ce que le lessor ne supporte aucune responsabilité ou garantie quelconque en ce qui concerne les vices ou défauts dont le bien donné en leasing pourrait être entaché.

(107) Voyez *supra* (n° 68).

(108) Voyez J.-F. LEDOUX, *o.c.*, 189. Toutefois, "si le bailleur se comporte en véritable maître d'ouvrage, non seulement en se réservant le droit d'approuver ou de refuser les plans, mais encore en imposant ses techniciens et en réceptionnant l'ouvrage, il ne pourra se dégager de sa responsabilité de maître de l'ouvrage" (*ibid.*, 193). Nous sommes dans ce cas proches du contrat d'engineering, et la société de leasing immobilier ne pourra plus invoquer le caractère financier pour s'exonérer de toute responsabilité (voyez *supra* n° 47).

(109) Au sujet de ces différents mécanismes, voyez entre autres: A. VERHEYDEN, *o.c.*, 329; M. GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique. Étude comparative avec référence particulière aux droits français, allemand, belge, italien et suisse*, Paris, Librairies Techniques, 239-248.

(110) Voyez en effet les développements relatifs à la qualification du contrat de leasing, *infra* n° 91 et suivants.

Quelque soit le problème pouvant survenir au bien loué (non seulement des vices cachés, mais aussi, entre autres, l'éviction du fait de tiers (111) ou la disparition totale ou partielle du bien), le locataire ne pourra interrompre le paiement des redevances en opposant au financier une exception d'inexécution. De même, il ne pourra pas exercer à son encontre une action en résolution, en exécution ou en dommages et intérêts (112).

En contrepartie de cette exonération, la société de leasing accordera au locataire le bénéfice de la garantie décennale qu'elle possède contre l'entrepreneur et l'architecte (et la garantie contre les vices cachés contre le vendeur du terrain ou de l'immeuble), grâce à l'un des mécanismes décrits précédemment (113).

**74. C)** La *garantie due par le bailleur de son fait personnel et du fait des tiers* pourra également être limitée par des clauses dérogatoires au droit commun. Toutefois, si de telles clauses enlevaient au locataire tout

(111) Voyez *infra* (n° 74).

(112) La validité de ces clauses, qui laisseraient subsister les obligations du locataire (principalement le paiement de la redevance) alors que le bailleur ne serait plus en état de remplir son obligation de jouissance, ne pourrait-elle être mise en doute? Le lessee ne pourrait-il pas également soutenir qu'en cas de disparition de l'objet du contrat, celui-ci prend fin du fait de sa caducité, et qu'en conséquence, il n'est plus tenu au paiement des redevances non encore échues? Nous étudierons ces questions *infra* (n° 76 note 117), lorsque nous examinerons l'application de la théorie des risques et de la caducité à l'opération de leasing.

(113) Si la société de leasing n'a pas transmis, par un de ces mécanismes, la garantie décennale des articles 1792 et 2270 du Code civil, l'action en responsabilité contre les architectes et entrepreneurs pourrait-elle cependant être exercée directement par le locataire? Une jurisprudence constante admet que l'acquéreur d'un bien immeuble possède une action directe contre l'entrepreneur ou l'architecte sans devoir mettre en cause le vendeur. La garantie décennale est considérée comme un accessoire fondamentalement attaché à la propriété du bien et doit être transmise aux acquéreurs successifs de celui-ci, car l'exercice de ce droit propter rem ne présente d'intérêt que pour le propriétaire. L'extension de ce principe au bail ne peut être admise car aucun transfert de propriété de la chose ne se réalise à cette occasion. Le locataire reste un tiers vis-à-vis de l'entrepreneur qui a construit l'immeuble donné en location, et ne dispose contre lui que d'une éventuelle action en responsabilité délictuelle (sur les droits propter rem, voyez entre autres: J.H. HERBOTS, "L'affinage du principe de la transmission automatique des droits "propter rem" du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble", note sous Cass. 15 septembre 1989, R.C./B. 1992, 511; H. DE PAGE, *o.c.*, tome IV, n° 902, 1044; A. DELVAUX et D. DESSARD, "Le contrat d'entreprise et construction", *Rép. not.*, Tome IX, Livre VIII, 1991, 205-208; P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations. Travaux des IXièmes journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, 125-130).

ces, ou, plus fréquemment, les assurances seront souscrites directement par le preneur au profit de la société de leasing auprès de la compagnie d'assurance de son choix (éventuellement après agrément de la société de leasing).

**79. H)** Moyennant son accord préalable, la société de leasing accorde généralement à l'utilisateur le *droit d'agrandir ou de modifier les bâtiments*, pour autant que la valeur n'en soit pas diminuée et lui donne le droit d'ériger sur le terrain de nouvelles constructions, le sort de celles-ci, à l'expiration du bail, étant prévu par la convention (120).

**80. I)** Indépendamment de l'option d'achat, certaines conventions de leasing accordent à l'utilisateur un *droit de préférence* pour l'acquisition du bien, dans l'éventualité où le bailleur le mettrait en vente pendant la durée du bail. Si un tiers vient toutefois à acquérir l'immeuble, la société de leasing s'engagera, dans le contrat de vente, à stipuler à l'acquéreur le respect de la convention de leasing jusqu'à son expiration.

**81. J)** L'*option d'achat* est sans doute une des clauses qui caractérise le plus l'opération de leasing (121). D'aucuns (122) soutiennent qu'elle n'en serait pas un élément essentiel. A notre sens, il s'agit là d'une observation secondaire, car, en pratique, il ne se rencontre normalement plus de convention de leasing immobilier dépourvue d'une telle clause. Sa présence est rendue indispensable pour permettre l'assujettissement de l'opération au régime de la T.V.A., dont l'option d'achat est une des conditions d'application (123). La convention donnera donc au preneur la fa-

(120) En général, à l'expiration des droits du locataire, il est prévu que toutes les constructions et améliorations par lui apportées au bien pris en leasing, appartiendront de plein droit et sans indemnité à la société de leasing.

(121) Si l'opération de leasing immobilier a été réalisée par une des techniques dans lesquelles le lessor ne dispose pas de la pleine propriété des bâtiments, mais juste de droits réels démembreés, l'option d'achat sera alors en réalité une option d'acquérir les droits réels sur l'immeuble donné en leasing.

(122) Voyez entre autres: R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, *o.c.*, 98-99; C. VANHALEWYN et H.-D. BOSLY, *o.c.*, 308-309; F. AEBY, "La location-financement d'immeubles (leasing)", *Rec. gén. enr. not.*, 1971, 24.

(123) Voyez l'article 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> de l'arrêté royal n° 30 du 28 décembre 1970 réglant l'exécution de l'article 18, § 2 du Code de la T.V.A.: Article 1<sup>er</sup>: "Est un contrat visé à l'article 18, § 2 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée la location-financement d'immeubles qui satisfait aux conditions suivantes: (...) 3<sup>o</sup> à l'expiration de ce contrat et moyennant un montant dont les critères de détermination sont fixés dans celui-ci, le preneur doit avoir la faculté d'acquérir les droits réels du donneur afférents aux biens faisant l'objet du contrat; (...)".

culté de devenir propriétaire des biens loués à l'expiration du bail, en levant l'option d'achat qui lui est accordée. Le prix de celle-ci ou, du moins, son mode de détermination sera fixé dans la convention (124). Il s'agira souvent d'un pourcentage de la valeur totale de l'investissement de la société de leasing.

**82. K)** La convention de leasing peut également accorder au locataire une *option de relocation*, lorsque, à l'expiration du contrat, l'option d'achat prévue n'est pas levée. Cette relocation se fera sur de nouvelles bases, puisque, l'opération de leasing étant terminée, le loyer ne représentera plus un pourcentage de l'investissement, mais représentera la valeur locative du bien à ce moment.

**83. L)** Enfin, des *clauses de résiliation* et des *clauses pénales* complètent généralement les conventions de leasing immobilier. S'il est évident qu'une faculté de résiliation anticipée du contrat par l'utilisateur serait, vu le caractère essentiellement financier de l'opération, tout à fait contraire à l'économie de celui-ci (125), il est au contraire très fréquent qu'une clause organise les conséquences de l'inexécution par l'utilisateur de ses obligations (notamment le paiement à leur échéance des sommes dues par celui-ci au financier). Le contrat pourra ainsi être résilié de plein droit par la société de leasing (126). Sans doute cel-

(124) Rappelons que si le financier veut se réserver le bénéfice d'une plus-value du terrain, le prix d'achat sera laissé à l'appréciation d'experts, sur base de la valeur vénale des biens à l'expiration du bail (voyez *supra* n° 15). Une telle promesse de vente est valable, puisqu'elle contient les éléments essentiels du contrat de vente (de sorte qu'il puisse se former par le seul consentement de l'acheteur). Ici en effet, si le prix de vente n'est pas déterminé dans la promesse, il est tout au moins déterminable (article 1592 du Code civil).

(125) Voyez C. VANHALEWYN et H.-D. BOSLY, *o.c.*, 301. Observons à cet égard le danger qui par le passé guettait les sociétés de leasing, en ce que la faculté de résiliation par l'utilisateur pouvait résulter, nonobstant toute clause contraire de la convention de leasing, de l'application des dispositions impératives de la loi sur les baux commerciaux (article 3 alinéa 3). Depuis quelques années, il est toutefois de jurisprudence constante que "n'est pas soumise à la loi sur les baux commerciaux (...) la convention de bail qui s'analyse en un contrat de financement (...)" (Bruxelles 22 février 1983, *J.T.* 1983, 667, *Rec. gén. enr. not.*, 1984, n° 23.068 et obs. *J.C.B.* 1983, 530 et note). A propos de la qualification du contrat de leasing immobilier, voyez *infra* (n° 94).

(126) L'application de l'article 1762bis du Code civil, qui, en matière de baux, dispose impérativement que "La clause résolutoire expresse est réputée non écrite", nous semble en effet pouvoir être écartée dans les conventions de leasing immobilier. Voyez à ce sujet les développements *infra* (n° 95).

le-ci aura-t-elle également pris le soin de se réserver dans le contrat le bénéfice d'une clause pénale, lui permettant de réclamer à l'utilisateur tout ou partie des loyers à échoir, éventuellement majorés du montant de l'option d'achat et des taxes et impôts pouvant résulter de la résiliation (127). La société de leasing aura aussi le droit de résilier anticipativement le contrat lorsque, nonobstant l'exécution par le locataire de ses obligations, celui-ci vient toutefois à être déclaré en faillite (128).

#### D. Fin du contrat

**84.** Ci et là, nous avons déjà abordé les différents modes d'extinction de la convention de leasing immobilier. Nous nous limiterons donc à en reprendre la liste.

A l'expiration du contrat, l'utilisateur bénéficie d'une option d'achat de l'immeuble, dont le prix ou son mode de détermination aura été fixé dans la convention (129). S'il n'y a pas d'option d'achat, ou que le locataire ne l'exerce pas, celui-ci peut toutefois continuer à jouir du bâtiment donné en leasing lorsqu'une option de relocation aura été prévue (130). A défaut, la société de leasing, propriétaire de l'immeuble, exigera simplement la restitution de l'immeuble et rentrera en possession de son bien. Enfin, si la société de leasing avait acquis un droit de superficie sur le ter-

rain à bâtir, celui-ci s'éteint au terme convenu (maximum cinquante ans), et l'utilisateur devient propriétaire des constructions (131).

#### E. Le bail emphytéotique comme support de la convention de leasing immobilier

**85.** La mise en jouissance de l'immeuble donné en leasing se fonde parfois, non sur un bail ordinaire de longue durée, mais sur un bail emphytéotique. Cette préférence trouve son origine, non seulement dans la souplesse que l'emphytéose peut offrir aux parties contractantes, mais aussi dans la solution qu'elle apportait pour éviter l'application à l'opération de leasing de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, et notamment la faculté de résiliation anticipée du bail nonobstant toute clause contraire (article 3 alinéa 3 de la loi sur les baux commerciaux) (132). Toutefois, les tribunaux acceptant maintenant la non-résiliabilité comme spécificité du leasing immobilier (133), l'emphytéose a perdu cette dernière justification (134). Elle reste néanmoins intéressante à d'autres égards.

**86.** Le contrat de bail emphytéotique, bien plus que le contrat de bail ordinaire, présente en effet en soi certaines caractéristiques fondamentales d'une opération de leasing. Ainsi, l'entretien du bien, y compris même les grosses réparations, sont à charge du locataire (articles 5 et 9 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose). Celui-ci supporte également les impôts afférents à l'immeuble et réalise, seul, la mise en valeur de l'exploitation. Il est en outre tenu de payer la redevance pour les droits obtenus sans

(127) Voyez à ce sujet F. BRUYNS et D. BUYSSCHAERT, *o.c.*, 467-471; F. BRUYNS, *o.c.*, 207-210 et les références citées dans ces deux chroniques. En matière de leasing mobilier, certains juges annulaient des clauses pénales mettant à charge de l'utilisateur le paiement de la totalité des loyers à échoir. Ils estimaient celles-ci dépourvues de tout caractère indemnitaire. La loi du 23 novembre 1998 réformant le régime de droit commun des clauses pénales s'appliquera désormais. Soulignons que le législateur a modifié la sanction de cette irrégularité. Face à une telle clause, le juge peut désormais réduire la somme déterminée (article 1231, § 1<sup>er</sup>, al.1 du Code civil). Voyez à ce sujet C. BIQUET-MATHIEU, "La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clauses pénales", *J.T.* 1999, 709.

(128) Par contre, en application de l'article 28 alinéa 2 de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire, "(...) une clause résolutoire suivant laquelle la résolution du contrat a lieu du seul fait de la demande ou de l'octroi d'un concordat, est sans effet". Voyez à ce sujet L. HERVE, "Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire", in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, 47<sup>ème</sup> Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires (Université de Liège), 6 et 7 novembre 1997, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 479.

(129) Voyez *supra* (n° 15 et 81).

(130) Voyez *supra* (n° 82).

(131) Voyez *supra* (n° 27 et 40).

(132) Citant P. DEHAN, P.-A. FORIERS observe à ce sujet que "(...) si le bail emphytéotique permet d'échapper à la loi du 30 avril 1951, la formule ne sera toutefois pleinement efficace que si le contrat constitue réellement un bail emphytéotique et non un bail commercial déguisé. Dans cette optique, (...) il est évident que les parties ont intérêt, "malgré la faculté qui leur est offerte par l'article 17 de la loi sur l'emphytéose", à déroger le moins possible aux dispositions de la loi du 10 janvier 1824. Le bail emphytéotique de vingt-sept ans, portant sur un immeuble bâti consenti pour un canon représentant la valeur locative de celui-ci, risquerait assurément de voir sa qualification mise en cause si, par ailleurs, l'emphytéote se voyait privé du droit de faire des plantations ou des constructions, du droit d'aliéner son droit, de l'hypothéquer et de grever le fonds de servitudes pour la durée de la jouissance (...)" (P.-A. FORIERS, "Notion de bail et notions voisines", in *Le bail: questions diverses*, Liège, Ed. Formation Permanente C.U.P., Vol. XXVIII, 1999, 26-27).

(133) Sur cette question en particulier, voyez *infra* (n° 94).

(134) Voyez A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *o.c.*, 26-27.

avoir droit à aucune remise, soit pour une diminution, soit pour privation entière de la jouissance (article 11 alinéa 1er de la loi de 1824) (135), à moins que cette privation ait duré pendant cinq années consécutives (article 11 alinéa 2 de la loi de 1824, disposition pouvant toutefois faire l'objet d'aménagements conventionnels, notamment pour les besoins de l'opération de leasing).

**87.** Quant à la redevance emphytéotique, si, pour des raisons historiques, elle était généralement faible, l'emphytéose étant utilisée pour mettre en valeur des terres incultes, la loi du 10 janvier 1824 a supprimé l'obligation de l'emphytéote de devoir améliorer les biens loués. Dès lors, la modicité de la redevance n'est plus un caractère essentiel du bail emphytéotique et il est admis généralement qu'elle peut être représentative de la valeur locative du bien ou, comme en l'espèce, de l'investissement réalisé par la société de leasing.

**88.** Des clauses rendues nécessaires dans la convention de leasing pour écarter l'application du droit commun du bail ordinaire (136) n'auront donc ici pas de sens, car le bail emphytéotique répond mieux à l'objectif des parties: le preneur peut retirer le plus grand usage des biens, et le bailleur est automatiquement exonéré des charges de la propriété, ne conservant cette dernière que comme sûreté. Toutefois, comme le bail ordinaire, le bail emphytéotique comprendra souvent des clauses décrivant avec précision les droits et obligations des parties (137).

**89.** Seules les clauses résolutoires en cas de faillite du preneur (138) ou en cas de non-paiement de la redevance pourraient faire l'objet de controverses quant à leur validité dès lors qu'elles seraient insérées dans un acte constitutif d'emphytéose. En effet, certains estiment que l'application de l'article 1183 du Code civil d'une part, de l'article 1184 du Code civil d'autre part (dans la mesure où ce dernier viserait à sanctionner le défaut de paiement de la redevance), pourrait interférer avec la durée impérative des vingt-sept ans ou avec la disposition de l'article 10 de

la loi ("(...) l'emphytéote pourra être contraint au paiement par exécution parée") (139). Sans entrer dans ce débat, signalons simplement que la jurisprudence la plus récente, confortée en cela par de nombreux auteurs, nous paraît pencher en faveur de l'application en matière d'emphytéose des articles 1183 et 1184 du Code civil ainsi que des clauses résolutoires expresses dérogeant à cette dernière disposition (140).

**90.** Outre peut-être la durée minimum de vingt-sept ans imposée impérativement par le législateur en 1824 (141), le seul bémol à apporter à l'utilisation de cette méthode dans une opération de leasing immobilier est de nature fiscale, mais, cet article étant limité aux aspects de droit privé, il ne nous appartient ici que de le mentionner.

## V. LA QUALIFICATION DU CONTRAT

**91.** En l'absence de toute législation réglant de façon fondamentale le contrat leasing immobilier dans ses aspects de droit privé, il est naturel que la détermination de la nature de cette opération ait fait (et fasse encore) l'objet de multiples interrogations.

(138) La qualification de cette clause résolutoire expresse en cas de faillite demeure incertaine. Sur ce point voyez notamment: M.-C. ERNOTTE, "La nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte commissaire exprès?", note sous Liège 24 septembre 1986, *Act. dr.* 1988, 168 ainsi que plus récemment A. GOSSELIN, in *Chron. not.*, Obligations, Vol. XXV, 1997, n° 37, 106-107.

(139) Voyez P. DE PAGE, *o.c.*, tome VI, n° 707, 603; M. DONNAY, *o.c.*, 232-233; R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, *o.c.*, 70.

(140) Voyez entre autres, pour la jurisprudence: Bruxelles 19 février 1986, *Rev. not. b.*, 1986, 536, note D. STERCKX; Liège 9 mars 1990, *Rev. not. b.*, 1990, 492; Mons 4 mai 1998, *J.L.M.B.* 1999, 1757; pour la doctrine: P. DEHAN, P., *o.c.*, 514; D. STERCKX, "L'emphytéose et la condition résolutoire tacite", note sous Bruxelles 19 février 1986, *Rev. not. b.*, 1986, 542; C. MOSTIN, "Examen de la proposition de loi relative au bail emphytéotique", *Rev. not. b.*, 1993, 288-290; J. HANSENNE, "Examen de jurisprudence (1982-1988). Les biens", *R.C.J.B.* 1990, 531; P. LECOCQ, in *Chron. not.*, Biens, Vol. XXXI, mars 2000 (à paraître); J. HANSENNE, in *Chron. not.*, Biens, Vol. XXVI, 1997, n° 43, 86-88. L'argumentation de ce dernier pour soutenir cette position emporte notre conviction: "(...) ce que le législateur (hollandais) de 1824 a voulu, c'est éviter que les parties décident volontairement de créer une emphytéose pour moins de vingt-sept ans ou pour plus de quatre-vingt dix-neuf ans. Il ne nous paraît pas avoir voulu exclure les différents cas qui pourraient spécialement mettre fin à la convention de façon prématurée, que cet anéantissement résulte de l'inobservation par l'emphytéote de ses obligations contractuelles ou de la survenance d'un événement futur et de réalisation incertaine non fautif, comme la faillite".

(141) Articles 2 et 17 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

(135) Voyez A. CHARLIER, *o.c.*, 459; J.-F. LEDOUX, *o.c.*, 187.

(136) Pour autant que le droit du bail s'applique encore au leasing immobilier, ce que nous examinerons *infra* (n° 93 à 96).

(137) L'article 17 de la loi du 10 janvier 1824 donne en effet un caractère supplétif aux dispositions de la loi qui organisent les droits et obligations des parties.

92. Ainsi, par le passé, certains se sont interrogés sur la possible assimilation du leasing immobilier à un contrat de *location-vente avec réserve de propriété*. En matière de leasing mobilier, à l'aube de son développement, la Cour d'appel de Gand, dans son arrêt du 27 juin 1966 (142), avait estimé "(...) qu'on se trouve, (...), en présence d'une location-vente lorsque le prix d'achat est inclus dans le montant total des loyers, de sorte que, à la levée de l'option, le locataire n'a plus de paiement à faire, bien que la chose ait à ce moment, par hypothèse, une certaine valeur". S'appuyant sur cet arrêt (ainsi que sur un jugement semblable rendu en matière de leasing immobilier par le tribunal de première instance de Termonde (143)), plusieurs auteurs ont fait observer que dans le cas où la redevance a permis l'amortissement intégral de l'immeuble (c'est-à-dire, et des constructions, et du terrain (144)) pour l'époque où l'utilisateur peut lever l'option, le contrat constitue en fait la vente du bien: l'intérêt de l'utilisateur à lever l'option est tel que sa levée revêt un caractère purement fictif (145).

Ce débat nous semble maintenant dépassé dès lors que les caractéristiques du leasing immobilier ressortent clairement de l'opération réalisée par les parties (146).

93. Mais c'est principalement par rapport au *bail commercial* que se pose la question de la qualification de l'opération. Le leasing immobilier est-il un contrat autonome, *sui generis*, qui échappe aux règles particulières et impératives du bail pour être soumis aux seules règles de la théorie générale des obligations?

(142) Gand 27 juin 1966, R.C.J.B. 1967, 229, note P. VINCENT et L. DEHAN; R.W. 1966-1967, 312, J.T. 1966, 720, *Rec. gén. enr. not.* 1967, n° 20999.

(143) Civ. Termonde 8 avril 1969, *Rec. gén. enr. not.* 1971, n° 21441; *Rev. fisc.* 1971, 489.

(144) Rappelons qu'en principe, la redevance n'assure que l'amortissement des bâtiments. Si la société de leasing a financé l'achat du terrain, seul l'intérêt des sommes décaissées pour son acquisition seront compris dans le loyer. Voyez *supra* (n° 14).

(145) Voyez entre autres C. VANHALEWYN et H.-D. BOSLY, o.c., 310-311; F. AEBY, o.c., 11-12; R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, o.c., 106-108; L. VINCENT et P. DEHAN, "La nature du contrat de "leasing"", note sous Gand 27 juin 1966, R.C.J.B. 1967, 231-244.

(146) En revanche, pourrait toujours prêter à discussion la qualification d'un leasing immobilier construit sur un droit de superficie, dans lequel la durée de ce droit réel ne dépasserait pas celle de la mise à disposition du bien (voyez à ce sujet les développements *supra* n° 40).

Nous l'avons observé à suffisance, la convention de leasing immobilier, même si elle emprunte plusieurs termes au louage, se distingue toutefois fondamentalement de la location traditionnelle dans la réalité économique des choses.

94. A plusieurs reprises, la Cour de cassation a confirmé que le juge du fond pouvait considérer, d'après des éléments intrinsèques et extrinsèques à la convention de leasing, que ce contrat, symbiose de location et de financement, était une convention *sui generis*, et, ainsi, repousser la qualification de bail commercial et la faire échapper aux dispositions impératives de la loi du 30 avril 1951, peu conciliables avec la finalité de cette opération (147) (148). En effet, les juridictions de fond ont eu à connaître de nombreux litiges dans lesquels une des parties invoquait la non-résiliabilité du contrat de leasing, tandis que l'autre, s'appuyant sur la loi sur les baux commerciaux, souhaitait y mettre fin anticipativement (149). Constatant que l'interdiction de résilier le bail avant le terme du contrat est un élément constitutif de l'opération de leasing immobilier, les juges ont chaque fois écarté l'application de l'article 3 alinéa 3 de cette loi, lequel, donnant impérativement au locataire la faculté de résilier le bail à l'expiration de chaque triennat, ruinait le but financier de l'opération. Le contrat de leasing immobilier "(...) ne fait qu'emprunter certaines modalités techniques du bail commercial, tout en excluant de par la volonté expresse des parties les éléments essentiels constitutifs de la loi du 30 avril 1951" (150).

(147) Voyez Cass. 19 février 1987, *Res Jur. Imm.*, 1987, 175; Cass. 25 avril 1985, *Pas.* 1985, I, 1040 R.W. 1986-1987, 607; Cass. 22 octobre 1982, *Pas.* 1983, I, 256.

(148) En revanche, en matière de leasing mobilier, la Cour de cassation (Cass. 17 juin 1993, J.T. 1993, 732) considère, selon nous, que le leasing est un ensemble de conventions complexes qui inclut le bail, celui-ci pouvant cependant être aménagé par les parties contractantes pour tenir compte du caractère financier de l'opération (voyez à ce sujet *supra* n° 76 note 117). Si le leasing, pris dans sa globalité, constitue certes une convention *sui generis*, il nous semble que le bail en demeure néanmoins un des éléments essentiels et les règles particulières du contrat de bail restent normalement applicables, sauf si les parties les ont écartées. Le contrat de leasing immobilier, pourrait, au contraire, n'être plus soumis qu'aux règles de la théorie générale des obligations si l'on s'en réfère aux arrêts cités *supra* (note 146).

(149) Voyez Bruxelles 22 février 1983, J.T. 1983, 667; J.C.Br. 1983, 530, note E.W.; Bruxelles 25 mai 1983, J.T. 1983, 664; Bruxelles 25 septembre 1985, *Pas.* 1985, II, 183; Comm. Liège 14 février 1989, J.L.M.B. 1990, 812, note P. KILESTE et A. DEMOL; Liège 13 novembre 1990, *Rec. gén. enr. not.*, 1992, 64; J.L.M.B., 1991, 622, note P. KILESTE ainsi que les décisions inédites citées par L. SIMON, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, o.c., spéc. n° 68, 275.

(150) Bruxelles 25 mai 1983, o.c., 665.

**95.** Si les parties peuvent écarter les dispositions impératives de la loi sur les baux commerciaux (151), doit-il en être de même pour les articles 1762bis (réputant la clause résolutoire expresse non écrite dans le bail) et 1728bis (fixant strictement la méthode d'adaptation du loyer au coût de la vie), dispositions impératives du bail de droit commun? Logiquement, si le juge considère que le leasing immobilier est un contrat *sui generis* autonome, les parties doivent avoir pu déroger aux règles impératives du bail de droit commun, même si ces dérogations ne sont pas aussi essentielles pour la finalité financière de l'opération que la mise à l'écart des règles impératives du bail commercial.

**96.** Quels sont enfin les éléments que le juge retiendra pour qualifier de leasing immobilier, contrat *sui generis* pouvant déroger aux règles impératives du Code civil, la convention lui présentée par les parties? Il s'agira principalement, comme nous avons pu l'observer ci-dessus (152), du calcul particulier de la redevance (destinée à couvrir l'investissement du financier), de l'acquisition et la construction par la société de leasing à l'initiative du preneur, le lessor demeurant propriétaire des biens financés, et de la détermination de la période de location, cette dernière devant correspondre à la durée présumée d'utilisation économique du bien (153).

(151) Outre la non-résiliabilité du bail, l'interdiction de demander une révision du loyer constitue également un élément constitutif du leasing immobilier, de sorte que l'article 6 de la loi sur les baux commerciaux, doit, au même titre que l'article 3 alinéa 3, être écarté en cette matière.

(152) Voyez *supra* (n° 6 à 17).

(153) A cet égard, la présence d'une option d'achat semble moins importante et une convention qui en serait dépourvue pourrait toujours être qualifiée de leasing immobilier. Voyez ainsi Liège 14 février 1989, o.c.: "(...) l'option d'achat n'est pas un élément constitutif essentiel du contrat de leasing (Rép. not., o.c., n° 164, 98) et (...) si elle existe, c'est à la condition de toujours permettre à l'organisme financier de reconstituer intégralement le capital investi". A notre sens, elle n'en reste pas moins un élément caractéristique, étant donné sa généralité. Son absence pourrait être prise comme un des indices permettant d'écarter, pour une convention déterminée, la qualification de leasing immobilier (comp. Bruxelles 25 septembre 1985, o.c.).

## CONCLUSION

**97.** Sous l'angle du droit privé, le leasing immobilier demeure assurément, tout comme le leasing mobilier, "une institution aux contours et au régime toujours incertains" (154).

**98.** Aucune réglementation légale fondamentale ne gouverne l'opération de leasing immobilier, et les cours et tribunaux n'abordent généralement cette matière que d'une façon très parcellaire, de sorte que ni la loi, ni la jurisprudence ne permettent de définir précisément, sur le plan du droit privé, un régime général applicable au leasing immobilier.

**99.** Certes, de nombreux rouages de cette opération sont maintenant bien éprouvés. Mais plusieurs questions restent toujours ouvertes à l'heure actuelle: toutes les clauses d'exonération sont-elles valables, quelles que soient leurs formes? Comment aménager les droits réels qui supportent l'opération? Y a-t-il toujours présence d'un mandat (exprès, voir même tacite ou apparent) donné par la société de leasing au lessee pour qu'il agisse au nom de la première? Le leasing échappe-t-il aux dispositions impératives du bail de droit commun? ... Voici un aperçu de quelques-unes des interrogations auxquelles aucune réponse définitive ne peut être donnée.

**100.** Toutefois, nous ne pensons pas que les incertitudes subsistant encore en cette matière soient de nature à devoir entraîner une réglementation complète et minutieuse de l'opération, et ce principalement pour deux raisons.

Premièrement, le leasing immobilier a toujours eu comme base l'autonomie de la volonté des parties. Cette technique juridique est née et a été, dès l'origine, aménagée par les opérateurs économiques pour qu'elle réponde au mieux à leurs besoins. C'est également ce principe de l'autonomie des volontés qui a permis aux parties d'adapter l'institution aux évolutions des réalités économiques. Insérer le leasing immobilier dans un carcan législatif serré ne manquerait donc pas de le détourner de son objectif premier. Deuxièmement, au péril de voir apparaître certaines incohérences, une réglementation du leasing immobilier ne pourrait adéquatement se réaliser sans tenir

(154) A. VERHEYDEN, o.c., 325.

compte des normes fiscales et comptables existantes en cette matière. Celles-ci risqueront donc d'influencer la réflexion globale, préalable à toute intervention législative, que nécessite l'institution.

**101.** Bref, pour permettre au leasing immobilier de continuer à pouvoir s'adapter aux besoins des opérateurs économiques, et pour éviter une potentielle incohérence entre les normes de droit privé qui seraient éventuellement créées et le droit fiscal, nous estimons peu souhaitable une intervention législative globale en matière de leasing immobilier. Quant aux interrogations qui peuvent encore se poser relativement à cette opération financière, elles peuvent toutes être résolues par une rédaction adéquate des clauses de la convention de leasing. A défaut, il reviendra aux cours et tribunaux de préciser, pas à pas, les derniers contours de cette institution.

## SAMENVATTING

### De onroerende leasing: privaatrechtelijke aspecten

Al meer dan 40 jaar wordt onroerende leasing gebruikt in België om de koop of de bouw van hoofdzakelijk industriële of handelsgebouwen te financieren. Nochtans is deze financieringstechniek in tegenstelling tot de roerende leasing weinig gekend bij het grote publiek. Eén van de redenen is wellicht het gebrek aan de noodzakelijke wettelijke reglementering. Een andere voor de hand liggende reden is de complexiteit van deze operatie. Een grondige studie (middels een privaatrechtelijke invalshoek) van het juridisch stelsel waaronder het ressorteert, is dan ook aangewezen.

De onroerende leasing heeft drie fundamentele kenmerken. Vooreerst blijven de gebouwen, gebouwd door de leasingmaatschappij en verhuurd aan de gebruiker, eigendom van de financier. Deze laatste neemt echter niet de gevolgen, die logischerwijs voortvloeien uit zijn dubbele hoedanigheid van zowel eigenaar als verhuurder van het goed, op zich. Vervolgens is de duur van zulke contracten uitzonderlijk lang gezien hij werd vastgelegd op basis van de veronderstelde economische levensduur van het goed. Ten slotte weerspiegelen de bepaling en het bedrag van de huur het financieel karakter van heel de operatie.

De onroerende-leasingoperatie kan opgebouwd worden volgens zeer verschillende schema's. De

leasingmaatschappij kan vooreerst de verwerving van een bestaand gebouw financieren. Ze kan tevens een grond kopen en de bouw op dat terrein zelf realiseren. Maar ze kan eveneens gebouwen oprichten op de grond van een derde. In dat laatste geval dient de onroerende-leasingoperatie gefundeerd te worden op zakelijke rechten afgesplitst van de eigendom zijnde opstal en erfpacht. De relatie tussen beide rechten brengt een aantal problemen met zich. Zo kan de leasingmaatschappij bovendien het gebouw doen realiseren op de grond van de gebruiker. Ten slotte bestaan er twee specifiekere formules: "sale and lease back" en het "engineeringcontract".

In vergelijking met andere financieringstechnieken biedt de onroerende leasing meerdere voordelen zowel voor de gebruiker (financiering aan 100 %, grote flexibiliteit, eventuele meerwaarden, afwezigheid van bijkomende garantie, ...) als voor de financier (zekere onroerende belegging, ...). Toch dienen enkele ongemakken opgemerkt te worden.

Meerdere etappes zijn inherent aan de operatie. Na de zoektocht naar de grond en/of het gewenste gebouw zal de gebruiker de leasingmaatschappij verzoeken om over te gaan tot verwerving (in eigen naam dan wel middels mandaat aan de lessee). De leasingovereenkomst wordt alsdan gesloten tussen de partijen. De overeenkomst bevat enkele clausules die specifiek zijn bij deze financieringstechniek: exoneratiebeding voor elke garantie van de financier, risico-overdracht naar de leasingnemer toe, verplichte verzekering, verplichte herstelling, ontbindingsbeding, strafbeding, voorkeurrecht, koopoptie en/of wederverhuur, ... Ten slotte kan de ingebruikname van het gebouw eveneens gerealiseerd worden op basis van erfpacht (in tegenstelling tot gewone huur).

Vermits geen enkele reglementering deze materie beheerst, dringt zich de vraag naar de kwalificatie van heel de operatie op: huur-verkoop met eigendomsvoorbehoud, handelshuur of autonome overeenkomst *sui generis*? De keuze is niet zonder gevolgen voor wat betreft de mate van wilsvrijheid waarover de partijen beschikken bij het opstellen van de overeenkomst en voor wat betreft het toepasselijk fiscaal stelsel.