

LE BAIL ET LE LEASING IMMOBILIER

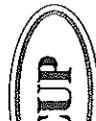
Sous la direction de
Benoît KOHL
Marnix DE SMIEDT
Mathieu HICNY
Pierre JADOU
Benoît KOHL
Bernard LOUVEAUX
Yennick NINANE
Michel VLIES

Le dernier volume de la Commission Université-Palais consacré au droit du bail ne remonte qu'à l'année 2004. Depuis lors cependant, la matière a déjà fait l'objet de nombreuses évolutions législatives. Ainsi, pour ne citer qu'elles, les dispositions relatives au bail de résidence principale ont été amplement revistées par la loi du 27 décembre 2006, par les lois du 25 et 26 avril 2007 ou par celle du 18 juin 2009. De nouvelles règles gouvernement, par exemple, l'enregistrement du bail, la garantie locative, l'état des lieux, l'affichage du loyer ou encore l'imputation au locataire des frais d'intervention d'un tiers.

Dans la matière du bail, les problèmes les plus divers ont également alimenté, durant les cinq dernières années, nos cours et tribunaux. La jurisprudence, aussi bien de la Cour de cassation que de la Cour constitutionnelle ou des juridictions de fond, fut très abondante durant cette période. Certains arrêts de principe ont été rendus. Qu'il suffise ainsi de penser aux arrêts de la Cour de cassation des 24 juin 2004 et 10 avril 2008, relatifs à la délicate question de la résiliation du bail par le curateur à la suite de la faillite du bailleur.

Le moment était donc bien choisi pour proposer au lecteur une chronique de législation et de jurisprudence relative au bail de droit commun, au bail de résidence principale et au bail commercial. Les contributions rassemblées dans le présent ouvrage abordent l'ensemble de ces questions, en proposant une vision complète et minutieuse de leur évolution, au moyen de nombreuses illustrations tirées de la jurisprudence la plus récente.

La quatrième contribution offre enfin au lecteur un panorama général de l'institution du leasing immobilier. Ce procédé original de financement des investissements immobiliers, qui présente de nombreux liens avec le droit du bail, n'avait jamais été étudié dans le cadre des cycles de conférences de la Commission Université-Palais. Ce thème est présenté aussi bien sous l'angle du droit privé que sous l'angle du droit fiscal.



COMMISSION UNIVERSITÉ-PALAIS
Université de Liège



ANTHEMIS

OCTOBRE 2009
CUP112

ISBN 978-2-87455-150-5



9

782874551505

LE BAIL ET LE LEASING IMMOBILIER

OCTOBRE 2009



VOLUME 112

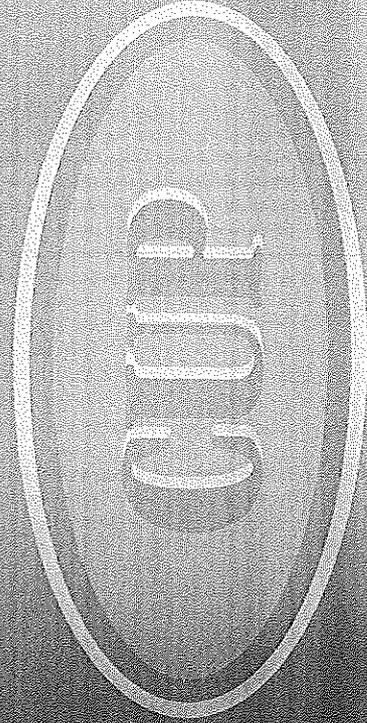


VOLUME
112

COMMISSION UNIVERSITÉ-PALAIS
Université de Liège

LE BAIL ET LE LEASING IMMOBILIER

Sous la direction de
Benoît KOHL



Celui-ci leur rappelle que le délai d'introduction de la demande de renouvellement de leur bail commercial expire le 31 janvier 1994.

Le 13 décembre 1993, les locataires transmettent par fax à leur avocat un projet de lettre qui ne reprend pas la totalité des termes imposés par la loi. L'avocat ne conteste pas avoir reçu ce fax mais soutient que son examen devait porter exclusivement sur la période dans laquelle la lettre devait être expédiée, et non sur le contenu de la demande.

Le bailleur se prévaut de la nullité de la demande et le bail ne sera pas renouvelé.

b) L'arrêt du 29 avril 2003

La cour d'appel de Bruxelles écarte évidemment l'argumentation de l'avocat : même si les locataires n'avaient pas demandé expressément à leur avocat d'examiner le contenu du projet de demande de renouvellement et sans avoir égard à l'expérience et à la documentation juridiques dont les locataires pouvaient disposer à ce moment, on ne peut, dans les circonstances de l'espèce et compte tenu du fait que l'avocat avait déjà indiqué le délai dans lequel la demande devait intervenir, interpréter l'envoi de ce projet autrement que comme une invitation à vérifier si son contenu répond aux exigences légales.

Au surplus, tout avocat doit savoir qu'une demande de renouvellement de bail commercial doit être formulée dans des termes qui sont imposés par la loi à peine de nullité. Il s'agit d'une connaissance élémentaire qui ne doit pas être mise sur le même pied qu'une consultation portant sur une problématique juridique délicate.

C'est tout aussi vainement que l'avocat soutient qu'il a été consulté dans l'urgence ou la précipitation à propos d'un projet. Même s'il n'avait pas eu, à ce moment, le temps d'examiner le contenu du projet, il devait attirer l'attention de ses clients sur le fait qu'ils devaient encore y répondre, ce qui était possible jusqu'au 31 janvier 1994.

En outre, compte tenu de l'ancienneté des relations entre parties, même s'il était persuadé que le projet lui était envoyé uniquement afin de vérifier la date d'envoi, l'avocat devait néanmoins vérifier si cette lettre contenait les mentions imposées légalement ou à tout le moins attirer l'attention du locataire sur cette nécessité.

En n'attirant pas l'attention de ses clients sur l'irrégularité formelle de leur demande, cet avocat a commis une faute.

4

Le leasing immobilier : panorama général

Benoît KOHL
chargé de cours à l'U.Lg.
avocat

SOMMAIRE

Introduction	310
SECTION 1	
Aspects de droit privé	312
SECTION 2	
Aspects de droit comptable et fiscal	352
Conclusion	372

Introduction

1. Au côté des multiples techniques traditionnelles de crédit offertes aux entreprises pour financer leurs investissements, le leasing¹ immobilier, malgré ses nombreux avantages, reste encore quelque peu 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 réversible 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 cointerlocuteur (lessee, ou preneur de leasing) un immeuble, généralement à usage professionnel², et à lui en procurer la jouissance 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, majorée des intérêts et des charges financières³. En outre, le contrat accorde généralement au lessee une option d'achat des biens loués à l'expiration du bail⁴.

1. Si, en Belgique, c'est la location « leasing immobilier » qui est souvent utilisée par les praticiens, notons toutefois que celle-ci n'apparaît jamais dans les textes légaux (sous réserve des récentes réglementations régionales en matière d'assainissement des sols ; voy. *infra* n° 58). Tant en droit comptable qu'en droit fiscal, le législateur belge a, en cette matière, généralement adopté l'expression « location-financement » (voy. *infra* n° 83 et s.). Quant au législateur français, il parle, lui, de « crédit-bail » (voy. l'ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967 relative aux opérations de crédit-bail (D., 1967, III, 378) (voy. à ce sujet P. DELBECQ, « Crédit-bail immobilier », in P. MALINVAUD (éd.), *Droit de la construction*, coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2007, pp. 351 et s.). 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.

2. Comme le relève Y. MOREAU et A. COX, l'usage professionnel de l'immeuble, s'il n'est pas de l'essence du leasing immobilier, correspond néanmoins à la pratique (Y. MOREAU et A. COX, « Le leasing immobilier en droit civil », in *Ontorend leasing. Leasing immobilier*, coll. Cahiers Immobiliers, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 5 et s., spéc. p. 7). Pour une illustration récente d'une affaire concernant un leasing immobilier à des fins d'habitation, voy. Bruxelles, 24 septembre 2008, J.T., 2009, p. 327.

3. Voy. M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *Leasing immobilier*, coll. *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 35. Pour d'autres définitions, voy. également, entre autres : A. VERVAET, « Ontorend leasing », in *Het ontorend goed in de praktijk*, Malines, Kluwer, 2001, II.F.4, p. 1 ; V. SAGERT, « Ontorend leasing », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMANN et A. VERBEKE (éd.), *Handboek leasing*, coll. *Recht en Onderneming*, vol. 23, Bruge, die Keure, 2007, pp. 281 et s., spéc. p. 284 ; F. DE COURT, « Leasing immobilier », in *Les bases. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2007, VIbis1, n° 1 ; M. MORIS, « Le leasing immobilier », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2001, III.5., n° 1.

4. À propos du caractère nécessaire ou non de la présence de cette option d'achat pour qualifier le contrat de leasing immobilier, voy. *infra* n° 68 et 82.

3. Bien que l'on ne dispose que de peu de chiffres fiables concernant la pénétration du leasing immobilier dans le marché, on observe cependant, depuis quelques années, une forte augmentation du nombre des opérations, conclues par des entreprises de toutes tailles⁵. Enfin, notons également que le secteur public n'est pas en reste : les autorités 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 sociales⁶.

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 liées⁷. Elle est consentie par ceux-ci à l'aide de leurs fonds propres, de leurs réserves, de fonds empruntés ou par l'émission de titres immobiliers placés dans le public.

5. Seuls les aspects comptables et fiscaux du leasing immobilier ont fait l'objet d'une attention particulière du législateur belge. Ils seront brièvement présentés dans la deuxième partie de ce panorama général⁸.

Dans la première partie, nous exposons le régime juridique de ce contrat au regard du droit privé. Cette analyse reproduit, en la mettant à jour, la

5. Ainsi, de 1992 à 1998, la production en leasing immobilier a connu une forte progression. De 3893 opérations recensées en 1992, on arrive à un nombre de 12474 opérations pour l'année 1998 (sources : Association Belge du Leasing (A.B.L.)). En 2008, les professionnels du secteur constataient encore une progression importante du leasing immobilier ces dernières années, arrivant, pour 2008, à un total de 563,1 millions d'euros (Association Belge du Leasing, *Rapport annuel 2008*, p. 42). Sur le marché du leasing en général, voy. P. BESELAERE, « De leasingmarkt », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMANN et A. VERBEKE (éd.), *Handboek leasing*, coll. *Recht en Onderneming*, vol. 23, Bruge, die Keure, 2007, pp. 17 et s.

6. Ces cas particuliers relèvent en partie du droit administratif et, dans cette mesure, ne seront pas analysés dans la présente étude. Voy. sur ce point J.F. JAMINET, F. MOISES et A. VANDEBURJE, « Promotion immobilière publique. Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française », coll. *Droit immobilier*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 113-119 ; G. ANTHIERENS, « Lokale overheidsopdrachten en ontorend leasing », *J. Com.*, 1992, pp. 164 et s. ; J. BELEYN et S. RONSE, « Enkele administratiefrechtelijke aspecten van leasing van en door lokale besturen », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMANN et A. VERBEKE (éd.), *Handboek leasing*, coll. *Recht en Onderneming*, vol. 23, Bruge, die Keure, 2007, pp. 239 et s. Voy. A. VERVAET, J. INGELBRECHT, et P. BESELAERE, *Leasing Immobilier. Une analyse juridique et économique*, Documents LOCATEL, 1997, p. 15.

8. Nous remercions Monsieur Wim Panis, avocat au barreau de Bruxelles, pour sa relecture attentive de cette deuxième section, ainsi que pour ses précieux commentaires.

contribution que nous avons rédigée avec M. Vanwijck-Alexandre en 2000 à la *Revue de droit immobilier*⁹.

SECTION 1

Aspects de droit privé

A. Caractéristiques du leasing immobilier

6. La définition proposée 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 (1.). Par ailleurs, la durée de tels contrats est fixée sur la 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 sera jamais inférieure à quinze ou vingt ans (2.). Enfin, la fixation et le montant du loyer reflètent également le caractère financier de l'opération (3.).

7. La question de savoir si le contrat de leasing constitue un bail aménagé ou une convention *sui generis* sera étudiée plus loin, lorsque nous aborderons le problème de la qualification du contrat de leasing¹⁰.

1. La propriété des bâtiments

8. 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 démembrés) lui servent essentiellement de garantie en cas de défaillance du lessee.

9. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et B. KOHL, « Le leasing immobilier : aspects de droit privé », *Recht*, 2000, pp. 2 et s. Cette contribution, s'inspirant 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, pp. 11 et s.). Nous remercions nos remerciements à Madame Pascale LECOCQ, Professeur ordinaire 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* nos 25-35).

10. Voy. *infra* nos 77-82.

9. La mise à disposition du bien constitue l'une des principales caractéristiques du leasing immobilier. Elle permet de distinguer cette opération d'autres formules de financement de l'acquisition de biens immeubles. Comme nous l'expliquons à l'occasion de l'examen de la question de la qualification du leasing immobilier, ce contrat n'est pas un bail, mais un contrat *sui generis*, car la prestation caractéristique réside dans l'obligation de financement qui repose sur le lessor. Dans une contribution récente, Y. Moreau et A. Cox expliquent à juste titre que dans le leasing immobilier l'obligation du lessor se limite « (...) à une intervention passive en ce qui concerne l'occupation du bien par le lessee »¹¹. Cependant, nonobstant les réserves théoriques que cette pratique peut générer, force est de constater que les parties assoient généralement l'organisation juridique de la mise à disposition du bien sur le mécanisme juridique du contrat de bail (ou de bail emphytéotique) : « en pratique, les parties à un contrat de leasing "doublement" fréquemment celui-ci, dont la dénomination est alors souvent "convention cadre de leasing", par un contrat de bail ou un droit d'emphytéose »¹².

La propriété des biens loués ne jouant qu'un rôle de sûreté, la mise à disposition du bien sera aménagée 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.

10. Quant au « locataire », 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. À juste titre, il est souvent considéré comme le « propriétaire économique et fiscal du bien »¹³.

2. La durée du bail

11. 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 immobilier¹⁴. Or, contrairement au leasing mobilier où les biens d'équipements vieillissent très vite, les immeubles ont une vie économique beaucoup

11. Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, spéc. p. 30.

12. Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, spéc. p. 27.

13. P. KARELLE, « Le leasing immobilier », *Act. Dr.*, 1996, pp. 755 et s., spéc. p. 760.

14. La durée de l'opération sera également fonction du régime propre au support juridique de base que les parties choisissent. Ainsi, un leasing immobilier employant le mécanisme de l'emphytéose ne pourra avoir une durée inférieure à 27 ans (voy. *infra* n° 76 sur ce point).

global réel¹⁷. 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 parties¹⁸. Il va sans dire que les éventuels dépassements des montants prévus seront à la charge exclusive du lessee.

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

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.

B. À 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... 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 la base de la valeur vénale du bien

17. 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, P., *op. cit.*, p. 783).

18. 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. Voy. 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, pp. 689 et s., spéc. p. 713 ; P.A. FORJERS, « L'objet », in *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 65 et s., spéc. p. 66.

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.

Enfin, la charge financière du leasing immobilier suppose l'étalement dans la durée de l'opération.

Aussi, les baux seront-ils de longue durée (rarement inférieure à quinze ans¹⁵), et non résiliables¹⁶.

3. La fixation du loyer

12. 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.

13. 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 et les frais liés à l'opération.

14. 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 définitive sera un pourcentage, pendant la durée de l'opération, de l'investissement

15. La durée de quinze ans s'explique également pour des raisons fiscales (voy. *infra* n° 106).

16. Sur le caractère non-résiliable du contrat de leasing immobilier en droit civil, voy. entre autres V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 297.

à l'expiration du bail¹⁹. 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 redevance²⁰.

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 définitive²¹.

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'indice des prix à la consommation (ou, pour les conventions conclues à partir du 1^{er} février 1994, à l'indice « santé »)²², 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

19. Voy. *infra* n° 68 pour de plus amples précisions quant au régime juridique de l'option d'achat.
20. 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 tendra éventuellement compte de ce risque particulier pour la société de leasing.

21. Voy. C. VANHALEWYN et H.D. BOSLY, « Le leasing immobilier », *Rev. Not.*, 1975, pp. 287 et s., spéc. p. 307.

22. 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 si ils optent pour la formule du bail emphytéotique plutôt que pour celle du bail ordinaire, la limitation de l'article 1728bis n'a plus lieu de s'appliquer. De même, cette disposition peut être écartée si l'on accepte, comme nous le pensons, que le leasing immobilier soit un contrat *sui generis* qui échappe à l'application des règles impératives du bail. Voy. à ce sujet les développements *infra* nos 77-82.

d'intérêts à moyen et à long terme. 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 fortuit²³.

B. Investissements couverts

16. « Toutes les formes de biens immeubles bâtis et individualisables, pouvant faire l'objet d'un droit de propriété distinct, peuvent être donnés en leasing²⁴. (...) Compte tenu de la valeur du bien en tant 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'utilisateur²⁶.

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 (1.). Le financier peut aussi acheter un terrain en vue d'y construire des bâtiments (2.). Mais il est également envisageable que le financier les construise sur un terrain appartenant, soit à un tiers (3.), soit à l'utilisateur lui-même (4.). Enfin, il convient de dire quelques mots à propos de l'opération particulière de *sale and lease back* (5.).

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

17. Si le candidat locataire trouve sur le marché un bâtiment existant qui lui convient pour exercer ses activités professionnelles, la société de leasing

23. Voy. C. VANHALEWYN et H.D. BOSLY, *op.cit.*, pp. 305-306 ; voy. également *infra* (n° 59 et 62) 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 (voy. à ce sujet *infra* n° 98-108).

25. A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *op.cit.*, p. 16.

26. Voy. *supra* n° 15.

3. **Construction du bâtiment sur un terrain appartenant à un tiers**
21. 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 contrat³³. Quelles techniques s'offrent à elle pour effectuer cette opération ?

a) Le bail

22. 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 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^{34,35}.

23. 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.

24. L'insécurité d'une telle construction apparaît également pour le preneur de leasing, sous-locataire de l'immeuble. L'exercice de son activité

32. Voy. *infra* n° 53.

33. Sur les différentes méthodes envisageables à cet égard, voy. également V. SAGAERT, *op. cit.*, pp. 298-304 ; M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, pp. 74-83.

34. 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.

35. Toute la manière 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 *in fine* du Code civil) fait l'objet de multiples controverses. Voy. à ce sujet : J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, Liège, éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, pp. 418-442 et pp. 634-741.

immobilier financera l'achat du terrain et du bâtiment²⁷. 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 loi²⁸.

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

2. **Achat du terrain et construction du bâtiment**

18. 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.

19. 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 »²⁹ : 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 incorporé³⁰. Il n'est pas impossible cependant que la société de leasing finance également l'équipement des bâtiments³¹.

20. 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-même³².

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 superficiel ou d'emphytéose ? Nous répondrons à cette question lorsque nous examinerons *infra* (n° 22-24) l'hypothèse de la construction du bâtiment sur un terrain appartenant à un tiers.

28. Voy. *infra* n° 103.

29. J. COLLOT, *Initiation au leasing ou crédit-bail*, Paris, Éditions J. Delmas, collection « documents actuels », 1968, p. 207.

30. 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.

31. En effet, comme le relèvent Y. Moreau et A. Cox, « (...) d'un point de vue pratique, le lesseur a d'ailleurs tout intérêt à ce que les meubles qui pourraient être immobilisés par destination ne fassent pas partie de l'immeuble donné en leasing. En effet, les meubles ne donnent pas lieu à l'établissement d'un revenu cadastral (et, par conséquent, au paiement d'un impôt immobilier) et le lessee (qui supporte la charge de l'impôt) a donc tout intérêt à ce que les meubles affectés à l'immeuble ou à son exploitation ne remplissent pas les conditions qui en feraient des immeubles par destination » (Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, p. 16).

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.³⁶

b) La superficie

25. L'opération de leasing immobilier ne peut donc utilement qu'être fondée sur des droits réels démembrés de la propriété³⁷. La société de leasing peut ainsi acquérir un droit de superficie sur le terrain, construire les bâtiments puis conclure un bail ordinaire ou emphytéotique avec l'utilisateur³⁸. 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). À 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 leasing³⁹.

26. 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, la solution est plus controversée si elle souhaite lui accorder un droit d'emphytéose. Les rapports entre la superficie et

36. Voy. A. CHARLIER, « Ontoerend leasing », *T.P.R.*, 1983, pp. 457 et s., spéc. p. 461.

37. Voy. également dans ce sens Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, p. 44 : « il faut donc, pour pouvoir donner un immeuble en leasing, disposer sur celui-ci d'un droit réel qui permette d'en donner la jouissance à un tiers ».

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

39. Voy. A. VERVAET, J. INGELBRECHT et BESELAERE, *op. cit.*, p. 19 ; V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 302 ; L. DE BROE, « Het gratis opstalrecht als draagvlak van onroerend leasing : heffing van het registratierecht aan 0,2 % », *Not. Fisc. Maand.*, 1997, n° 1, pp. 12 et s., spéc. p. 14 ; A. VERVAERT, *op. cit.*, p. IIF.4-3.

l'emphytéose sont en effet très étroits et suscitent de multiples controverses, que l'ampleur limitée de la présente contribution ne permet pas d'approfondir⁴⁰.

De manière générale, l'on considère néanmoins que les bâtiments érigés par le financier (superficiaire) sur le fonds peuvent constituer à eux seuls l'assise du droit d'emphytéose, à la condition bien entendu que la durée de son droit de superficie lui permette de concéder un bail emphytéotique, dont la durée minimale est fixée par la loi à vingt-sept ans⁴¹. Ce droit d'emphytéose est limité aux bâtiments dont le superficiaire est propriétaire, et ne procure donc à l'emphytéote aucun droit sur le terrain⁴².

c) La concession

27. 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 terrain⁴³. 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, quelle que soit la durée initialement prévue dans le contrat. La Cour de cassation a rappelé ce principe de précarité dans son arrêt du 18 mai 2007⁴⁴.

40. Pour un exposé complet de ces relations complexes, voy. P. LECOCQ, « Superficie, emphytéose et construction », in P. LECOCQ, B. TILLEMANS et V. SAGAERT (éd.), *Zakenrecht*, coll. *Recht en onderneming*, n° 12, Bruge, die Keure, 2005, pp. 285 et s., spéc. pp. 298-313. Voy. entre autres J. HANSENNE, *Les Biens*, Paris, Liège, éd. Collection Scientifique de la

Faculté de Droit de Liège, 1996, p. 1236, note 24 ; P. LECOCQ, *op. cit.*, p. 298 ; V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 302.

42. En effet, le droit de superficie n'importe pas la jouissance du terrain (mais simplement le droit de construire sur le terrain), l'on considère généralement que l'on ne peut admettre que le superficiaire constitue un droit d'emphytéose sur le fonds puisque celui-ci suppose tout le droit de construire que la jouissance du terrain. Ne pas accepter ceci reviendrait à violer la règle *Nemo plus iuris ad alium transfert quam ipse habet* (voy. P. LECOCQ, *op. cit.*, p. 298 et p. 307, qui pose, de manière explicite, le principe : « le superficiaire ne peut constituer un droit d'emphytéose sur le sol »). Voy. cependant K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdiensbaatheden », *Not. Fisc. Maand.*, 2004, pp. 135 et s., spéc. n° 53 et 54 ; comme l'explique P. LECOCQ (*op. cit.*, p. 307, n° 17, note 102), ces auteurs optent pour une solution médiane : le superficiaire pourrait concéder sur le sol un droit d'emphytéose, mais limité.

43. Voy. entre autres V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 303.

44. Cass., 18 mai 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 934, J.-L.M.B., 2007, p. 1726, N.j.W., 2007, p. 167, note W. RAASCHAERT, C.D.P.K., 2008, p. 219, note J. DE STAERCCKE, *Rev. not.*, 2007, p. 631, note D. LAGASSE, *R.W.*, 2007-2008, p. 738, note V. SAGAERT, T.B.O., 2008, p. 9, note D. VAN HEUVEN, *T. Not.*, 2009, p. 32, T. *Cem.*, 2008, p. 71, note L. DE BOEL.

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.⁴⁵

Lorsque le financier obtient lui-même la concession, il pourra concéder au lessee une sous-concession, pendant la durée de l'opération, et sous la réserve du principe de précarité rappelé ci-avant. En revanche, le lessor ne pourra pas établir un contrat de bail sur l'immeuble dont il a obtenu la concession.⁴⁶

d) L'emphytéose

28. 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

⁴⁵ Dans cet arrêt, la Cour décide que les biens qui dépendent du domaine public sont destinés à l'usage de tous et qu'en conséquence, nul ne peut acquérir un droit privé pouvant constituer un obstacle à cet usage et porter atteinte au droit des pouvoirs publics de le réglementer à tout moment, eu égard à cet usage. La Cour admet cependant, comme elle l'avait déjà fait en matière de servitudes, qu'un droit de superficie puisse être concédé sur un bien du domaine public, mais à la condition que l'affectation du bien soit conservée et que le principe de précarité soit respecté. Voy. à ce sujet P. LECOCQ, « Les biens », in Y.-H. LELEU (éd.), *Chroniques notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 121 et réf. citées ; D. LAGASSE, « La promotion immobilière et les exigences de la domaniaité publique », *Jurim pratique*, 2008/1, pp. 41 et s., spéc. pp. 44-45.

⁴⁶ Pour de plus amples développements relatifs à la concession de service public, voy. entre autres : D. DEOM, P.-Y. ERNEUX, D. LAGASSE et M. FAQUES, *Domaine public, Domaine privé, Biens du domaine public*, coll. *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2008, spéc. pp. 228 et s. ; D. LAGASSE, « La gestion active du domaine public », *A.P.T.*, 2003, pp. 87 et s. ; J. DE STAERCKE, « De valorisatie van het openbaar domein », *T.B.O.*, 2005, pp. 186 et s. ; M. PAQUES, *De l'acte notarial au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 191-210 ; J.-F. JAMINET, F. MOISES et A. VANDEBURIE, *op. cit.*, pp. 164-169 ; 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.

⁴⁷ Cass., 25 septembre 2000, *Rev. not.*, 2001, p. 50. Voy. également V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 305.

société de leasing immobilier, sans toutefois devoir aliéner définitivement les éléments de leur patrimoine.^{47, 48}

29. 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 ; en effet, 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.

30. 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 ?

31. 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 corporel⁴⁹, 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 1^{er} 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

⁴⁷ Voy. V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 299 ; 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, pp. 475 et s., spéc. pp. 491-492 ; voy. également A. CUILOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN et H. VANGIN-DERTAEL, *Emphytéose et superficie. Aspects civils et fiscaux*, coll. *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 76 : « Les collectivités publiques recourent fréquemment à l'emphytéose pour gérer leur patrimoine immobilier, ce dont témoigne la jurisprudence ».

⁴⁸ Le schéma envisagé peut également être rendu plus complexe lorsque 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 finance 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° 34) cette opération complexe.

⁴⁹ Voy. en effet *infra*, en note, 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).

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 1924 en ce qui concerne la constitution d'une servitude⁵⁰. 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 (terrain et bâtiment érigé sur celui-ci) doit donc s'analyser comme un simple bail ordinaire.

Prise dans ce sens, une « sous-emphytéose », ou « erfpaacht in tweede graad »⁵¹ ne peut se réaliser. En revanche, l'emphytéote peut toujours céder son droit d'emphytéose (article 6 de la loi de 1924). 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 sol⁵². Cette dernière opération, bien distincte des deux premières, nous paraît devoir être admise⁵³. Le financier peut donc y recourir

50. M. DONNAY, « L'emphytéose », *Rec. gén. not.*, 1974, pp. 209 et s., spéc. p. 217 ; P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions d'actualité », in *Le point sur le droit des biens*, coll. CUP, vol. 42, Liège, éd. Commission Université Palais, 2000, pp. 129, p. 143. Voy. cependant *contra* : R. DERJINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakennacht*, coll. Begrijpselen van Belgisch Privaatrecht, n° 5, Gand, Story-Scientia, 1984, n° 1000A.

51. A. CHARLIER, *op. cit.*, p. 462.

52. 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 incorporé, distinct de l'immeuble corporel sur lequel porte son droit). La généralité du terme « immeuble » de l'article 1^{er} devrait pouvoir, pour certains, légitimer une telle opération, tout comme est admise la constitution d'un droit d'emphytéose sur les seules constructions (voy. par exemple en ce sens A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN et H. VANGINDER-TAEL, *op. cit.*, pp. 80-82) ; d'autres en revanche sont plus réticents face à cette thèse, rappelant notamment que le législateur a conçu le droit d'emphytéose comme portant sur la propriété d'une chose corporelle (voy. entre autres en ce sens P. LECOCQ, « Superficie, emphytéose et construction », *op. cit.*, pp. 300-304). Dans le cadre de cette étude, nous n'aborderons toutefois pas cette question éminemment théorique.

53. Voy. entre autres en ce sens : A. CHARLIER, *op. cit.*, p. 463 ; P. DEHAN, *op. cit.*, p. 504 ; M. DONNAY, *op. cit.*, p. 212 ; K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, *op. cit.*, n° 41. Comme le relève P. LECOCQ (« Superficie, emphytéose et construction », *op. cit.*, p. 299 et réf. citées), une minorité d'auteurs semblent toutefois déduire des articles 7 et 5, alinéa 2 de la loi du 10 janvier 1924 que lorsque le propriétaire du fonds a imposé à l'emphytéote de construire, il serait contestable d'avoir recours au concept de superficie-accessoire et que, dans cette hypothèse, l'accession se réaliserait au fur et à mesure de l'incorporation au sol.

pour conférer à l'utilisateur la jouissance du bâtiment tout en conservant la propriété des constructions en vertu de son droit de superficie-conséquence.

En conclusion, il faut apporter un 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.

32. 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, mais cette fois en sens inverse⁵⁴.

La réalisation d'une opération de leasing immobilier en suivant ce schéma est sujette à caution. En effet, une certaine doctrine soutient qu'il n'est pas possible pour un emphytéote de constituer un droit de superficie sur les constructions érigées ou à ériger par lui ; cette construction juridique heurterait les termes de l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1924 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

54. 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 d'emphytéose ou 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). 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 causes 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...), 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 (lessee) qu'ils s'engagent, en cas de résiliation du bail emphytéotique, à ce qu'elle soit « substituée » 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. 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.

superficie sur les seuls bâtiments⁵⁵. En outre, lorsque l'emphytéote est la société de leasing, quelles garanties subsistent au profit du financier sur le bien construit une fois le droit de superficie concédé ?

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

33. 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 garantie⁵⁶.

34. A. S'il dispose d'un droit de superficie concédé (en principe gratuitement⁵⁷) par le futur utilisateur, le financier peut faire ériger les constructions et les donner en leasing pendant la durée de son droit réel, sur la base, soit d'un bail ordinaire, soit d'un bail emphytéotique (avec les réserves énoncées ci-dessus à ce sujet⁵⁸). 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,

55. Voy. P. LECOCQ, « Superficie, emphytéose et construction », *op. cit.*, p. 306 : « l'emphytéote, qui n'est pas propriétaire du sol, ne dispose pas de la faculté de renoncer à l'accession ; or, le droit de superficie constitue une renonciation à l'accession et vice versa. Même au-delà des concepts, nous soulignerons que si l'emphytéote dispose d'un droit de construction, ce n'est point le droit total et plein constituant l'objet même du droit de superficie. Il ne s'agit que d'une superficie-conseque (…). L'emphytéote ne pourrait d'ailleurs concéder un droit de superficie sur les constructions qu'il aurait érigées lui-même et dont il serait propriétaire en vertu d'une superficie-conseque, puisque, selon nous, le droit de superficie est concédé par le propriétaire du fonds – le fonds étant un terrain, bâti ou non, et non un bâtiment seulement ». Pour un exposé de cette controverse, voy. également V. SAGBERT, *op. cit.*, pp. 300-301.

56. 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.

57. Pour l'analyse des conséquences de cette concession gratuite du droit de superficie au profit du lessor, voy. *infra* n° 110.

58. Voy. *supra* n° 26.

n'est autre que l'utilisateur du bien. Certes, cette opération présente certains avantages fiscaux⁵⁹, 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 dû⁶⁰. 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 »⁶¹.

C'est la raison pour laquelle, afin d'éviter de perdre ainsi le bénéfice de l'application de la T.V.A. à l'opération, 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 firent l'objet du contrat de leasing. Et lorsque, par le biais de l'option accordée au lessee d'acquiescer 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 29 décembre 1992⁶².

35. B. Comme nous l'avons déjà observé⁶³, le financier pourrait également acquiescer 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 construits⁶⁴ (avec les difficultés que nous connaissons lorsqu'elle utilise pour ce faire une institution autre que le bail ordinaire).

59. 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 (voy. *infra* n° 112).

60. Voy. *infra* n° 105.

61. M.C. VALSCHAEERTS, « Le leasing immobilier », in *Guide de Droit Immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2003, VIII.1.3.1-1.

62. Voy. P. KILESTIE et A. DEMOL, « Leasing immobilier et T.V.A. », obs. sous Comm. Liège, 14 février 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 816 ; voy. également *infra* n° 98 et s.

63. Voy. *supra* (n° 28-32).

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

5. Sale and lease back

36. L'opération de *sale and lease-back* (immobilier) consiste à vendre un ou plusieurs biens immeubles à une société de leasing qui les reloue immédiatement au vendeur sur la base d'un contrat de leasing immobilier. Cette opération permet à l'entreprise utilisatrice de dégager des capitaux frais sans lui enlever la disposition de ses moyens de production⁶⁵.

37. Si cette opération reste relativement neutre du point de vue de la fiscalité directe⁶⁶, elle n'est toutefois guère praticable en raison de la fiscalité indirecte qui la frappe : un *sale and lease-back* sera en effet soumis à une double perception des droits d'enregistrement de 12,5 % (ou 10 % en Région flamande), 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.

38. 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.

39. 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 expressément contenue dans la vente⁶⁷. L'administration 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 origininaire, laquelle a subi son régime fiscal⁶⁸.

65. Voy. également Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, p. 12.

66. Voy. *infra* n° 97.

67. 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.

68. 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 formulées à l'article 209 de Code des droits d'enregistrement, laquelle ne vise que la résolution judiciaire. Voy. entre autres A. CULOT, « La vente immobilière et les droits d'enregistrement »,

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 ne peut être prolongé⁶⁹. 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. 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.

40. 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 bâtiments⁷⁰ 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 ce schéma⁷¹. 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.

in I. DURANT (éd.), *La vente, un contrat usuel très réglementé*, coll. CUP, vol. 90, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 47 et s., spéc. p. 71. Depuis un décret wallon du 30 avril 2009, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009, une restitution est néanmoins possible, à certaines conditions, lorsque la condition résolutoire se réalise dans l'année de la signature du contrat de vente (voy. les articles 159bis et 209, 3^oer du Code des droits d'enregistrement) ; voy. sur cette question B. KOHL, « Conséquences fiscales de la résolution amiable de compromis de vente. Décret flamand du 23 novembre 1997 et avant-projet de décret wallon », *Rev. not.*, 2009, pp. 94 et s.

69. Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome IV, Volume 1 (par A. MEL-NEERTZ-HAGEN-LIMPENS), Bruxelles, Bruylant, 1997, n° 385, p. 458.

70. Cette solution n'est pas à l'abri de critiques lorsque la partie concédant le droit de superficie n'est pas propriétaire du sol (voy. *supra* n° 32).

71. Voy. *supra* (n° 34) les observations relatives aux constructions érigées par la société de leasing en vertu d'un droit de superficie acquis sur le terrain du preneur.

C. Avantages et inconvénients

41. 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 financières⁷², ainsi que d'autres éléments complémentaires, peuvent en effet être utilisés pour observer les avantages (1.) et les inconvénients (2.) du leasing immobilier. Ceux-ci ont déjà fait l'objet de nombreux commentaires⁷³. Ils procèdent en outre souvent de règles financières. Dès lors contentons-nous simplement d'en établir une liste.

1. Avantages du leasing immobilier

42. 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 :

1. Le leasing immobilier est un financement à 100 %⁷⁴, 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 prend en charge la totalité du financement. Il paye 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.

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 précis⁷⁵. Seule la clause d'indexation des redevances peut introduire une incertitude quant au coût de l'opération.

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 communications, 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'immeuble⁷⁶.

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 réel⁷⁷.

5. Par rapport à d'autres techniques de financement, le leasing immobilier bénéficie également de différents caractères fiscaux qui lui sont propres, sur lesquels nous reviendrons dans la seconde partie de cette étude.

75. 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.

76. 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 (Voy. *supra* n° 15).

77. Voy. A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *op. cit.*, p. 66. Les contrats de leasing immobilier prévoient cependant, dans certains cas, que le lessee doit apporter au lessor des garanties complémentaires. Voy. sur ce point *infra* n° 67.

72. 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 réalisés, 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). Voy. entre autres à ce sujet C. CANTOR, « Crédit-bail ou crédit bancaire : que choisir ? », *Scienza & vie économique*, n° 52, juillet-août 1989, pp. 78 et s. ; J. de THEUX de MEYLANDT et MONTJARDIN, *Le leasing mobilier en Belgique. Aspects pratiques, comptables et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 73 et s. ; E. DURINCK et J. FABRY, « Een evaluatietechniek voor financiële leasing in België », *Cahiers économiques de Bruxelles*, 1985, pp. 41 et s. ; M.J. GORDON, « A General Solution to the Buy or Lease Decision : a Pedagogical note », *The Journal of Finance*, 1972, p. 815 ; G. PACE, *Pratique et technique financière du crédit-bail (leasing)*, Paris, Éditions J. Delmas, 1974, 11-116.

73. Voy. entre autres : E.M. BEY et C. GAVALDA, *Le crédit-bail immobilier*, Paris, P.U.F., Collection *Que sais-je ?*, 1983, p. 8 ; P. KARLELE, *op. cit.*, pp. 784-786 ; J.-F. LEDOUX, *op. cit.*, pp. 181-182 ; J.-F. VAN DEN DRIESSCHE, *op. cit.*, pp. 87-92 ; C. VANHALEWYN et H.D. BOSLY, *op. cit.*, p. 291 ; A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *op. cit.*, pp. 65-67 ; J. OOMS, « Ontroende leasing in de praktijk », in *Ontroende leasing. Leasing immobilier*, coll. Cahiers Immobiliers, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 183 et s., spéc. pp. 198-225.

74. 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. Voy. *supra* n° 14.

43. B. Le leasing immobilier présente aussi des avantages pour la société de leasing :

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 forcée⁷⁸. 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.
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.

2. Inconvénients du leasing immobilier

44. Certaines critiques peuvent être formulées à l'égard du leasing immobilier⁷⁹.
45. 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 bien⁸⁰. Même en cas de perte de l'immeuble par cas fortuit, il reste tenu de sa dette envers le lessor.

46. 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 % (ou 10 % en Région flamande) 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 fiscale⁸¹).

47. C. Il semble enfin que le coût du leasing immobilier soit plus cher que celui du crédit bancaire classique⁸². En effet, outre l'intérêt des sommes

78. Voy. A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *op. cit.*, p. 25.

79. Voy. J.F. LEDOUX, *op. cit.*, p. 182.

80. Voy. à ce sujet *infra* n° 62.

81. Voy. *infra* n°s 109-112.

82. Voy. J.F. LEDOUX, *op. cit.*, p. 182.

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)⁸³.

D. Description de l'opération

48. 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 (1.), et, d'autre part, la signature du contrat (2.), nous procéderons à l'analyse des clauses qu'on y rencontre le plus souvent (3.). Nous examinerons ensuite les modes d'extinction d'une convention de leasing immobilier (4.). Enfin, nous observerons brièvement les conséquences résultant de l'utilisation du bail emphytéotique (plutôt que du bail ordinaire) dans un contrat de leasing immobilier (5.).

1. Préliminaires de l'opération

49. 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 le 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 la 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 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

83. Voy. *infra* n° 50.

l'entrepreneur, et la possibilité pour la société de leasing de conclure elle-même les contrats⁸⁴.

50. 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 préliminaires (ainsi que, dans une étape ultérieure⁸⁵, certains travaux de supervision du chantier)⁸⁶. 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 leasing⁸⁷.

2. Signature de la convention de leasing

51. 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'entrepreneur. Aussi va-t-elle présenter à sa signature un contrat de leasing des biens, en principe 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 bail⁸⁸.

84. Voy. également sur ce point V. SAGBERT, *op. cit.*, p. 307. 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, voy. entre autres : E. de WILDE d'ESTMAEL, « La stipulation pour autrui en droit civil », R.G.E.N., dossier 1997, n° 24695 ; P. JADOUL, « La stipulation pour autrui (rapport belge) », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 227, 1992, pp. 408 et s. ; S. BAR, « La stipulation pour autrui », in P. WERY, *La théorie générale des obligations, suite*, Coll. CUP, vol. 57, Liège, éd. Formation Permanente Commission Universitaire-Palais, 2002, pp. 251 et s.

85. Voy. *infra* n° 53.

86. Ces services peuvent provoquer une augmentation du coût du leasing immobilier (Voy. *supra* n° 47). 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.

87. Notons que la société de leasing pourra charger le futur utilisateur de conclure les contrats en son nom, en vertu d'un mandat (voy. à ce sujet les développements *infra* n° 53).

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

52. 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 bail soient déterminés ou déterminables⁹⁰. 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 personnels⁹¹.

53. 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-ci⁹².

89. 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 immobilier. 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 qu'en est-il de la licéité des clauses ayant 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 (voy. par exemple J.-H. HERBOTS, « De leasing-overeenkomst : een synecdoche. Verzwindt de huur bij verdwijning van de koop », note sous Gand (7^e ch.), R.W., 1997-1998, pp. 824 et s. ; A. VERHEYDEN, « Le leasing : une institution aux contours et au régime toujours incertains », J.T., 1993, pp. 325 et s., spéc. pp. 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, pp. 74 et s., spéc. pp. 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, pp. 507 et s. ; F. BRUYNS et D. BUYSCHAERT, « Chronique de jurisprudence : la location-financement ou leasing immobilier (1988-1993) », J.T., 1994, pp. 461 et s., spéc. pp. 465-466 ; G. BOGAERT, « Beëindiging van de leasingovereenkomst », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMANN et A. VERBEKE (éd.), *Handboek leasing*, coll. Recht en Onderneming, vol. 23, Bruges, die Keure, 2007, pp. 139 et s., spéc. pp. 150-151.

90. Voy. entre autres à ce sujet, Y. MERCIERS, *Le bail en général*, coll. *Répertoire notarial*, tome VIII, Livre I, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 108.

91. 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. MERCIERS, *op. cit.*, p. 139).

92. En l'absence d'un tel mandat exprès, la société de leasing pourrait-elle, en cas de faillite du lessor 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 lessor, il nous semble que le juge pourrait, dans certaines circonstances, déclarer la société de

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, apparemment ou cachés⁹³. 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 contrat de leasing, laissant la gestion journalière du chantier au locataire, exige l'intervention du financier à ses côtés pour les actes importants⁹⁴.

54. 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. Charlier⁹⁵ 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

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 « pseudomandataire » ; il pourrait même retenu éventuellement l'existence d'un mandat tacite si les indices sont suffisants en ce sens. Sur la théorie du mandat apparent, voy. 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, pp. 541 et s. ; M. KRUTHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », note sous *Cass.*, 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 51 et s. ; B. TILLEMANN, *Le mandat*, Djelem, Klunver, 1999, spéc. pp. 261-291 ; P. WERY, *Le mandat*, coll. *Répertoire notarial*, 2000, pp. 247 et s. ; C. VERBERUGGEN, « La théorie de l'apparence : quelques acquis et beaucoup d'incertitudes », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeleghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 301 et s. ; A. VAN OEVELEN, « De juridische grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de verbondenheid van de lastgever bij een schijnmandat », *R.W.*, 1989-1990, pp. 1426 et s.

93. Voy. *infra* n° 57 et 59.

94. 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. Voy. *supra* n° 50.

95. A. CHARLIER, *op. cit.*, p. 472.

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 A. 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 formes 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.

Selon A. Charlier, « al deze formules maken het bepalen van de verantwoordelijkheden voor de ongevallen, vertragingen, overschrijding der kosten, zeer ingewikkeld. En nochtans komt bij belangrijke werken maar heel zelden niets onvoorziens 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 »⁹⁶. La solution la plus fréquente réside dans l'insertion d'une clause dans le contrat de leasing mettant ces risques à charge du lessee. Comme l'observe V. Sagaert, une telle clause doit être admise ; elle confirme au demeurant que le propriétaire économique du bien à construire est bel et bien le lessee⁹⁷.

55. 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 1^{er}, alinéa 2, de la loi hypothécaire). La plupart du temps, les parties choisissent de réduire les coûts et de scinder les actes constatant l'opération de leasing, l'un (le contrat de leasing lui-même) restant sous seing privé, l'autre

96. A. CHARLIER, *op. cit.*, p. 473.

97. Voy. V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 308.

(le contrat de bail) recevant une forme authentique⁹⁸ ; mais on constate également que le lessee et le lessor préfèrent parfois ne rédiger qu'un seul acte, nécessairement authentique, réglant l'ensemble des aspects de l'opération.

3. Diverses clauses de la convention de leasing immobilier

56. 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 procéder⁹⁹.

57. 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 désirait¹⁰⁰. Cette clause se comprend aisément puisque les bâtiments auront été construits suivant les indications du locataire, et que celui-ci aura souvent accompli, au nom du bailleur, les actes juridiques nécessaires et notamment la réception définitive de l'immeuble¹⁰¹. Le locataire se comportant en véritable maître d'ouvrage, il semble normal qu'il en supporte les conséquences¹⁰².

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 ceux-ci en cas de livraison tardive du bien. Aussi la convention de

98. Voy. M. MORIS, *op. cit.*, p. 45 ; C. VANHALEWYN et H.D. BOSLY, *op. cit.*, p. 313 ; V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 308.

99. 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°s 11 à 15).

100. 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 (Voy. C. VANHALEWYN et H.D. BOSLY, *op. cit.*, p. 302).

101. Voy. *supra* n° 53.

102. Voy. J.-F. LEDOUX, *op. cit.*, p. 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 décharger de sa responsabilité de maître de l'ouvrage » (*ibid.*, p. 193).

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)¹⁰³.

58. B. Les obligations environnementales font généralement l'objet d'une attention particulière. Comme le relèvent très justement Y. Moreau et A. Cox¹⁰⁴, les contrats modernes de leasing immobilier prévoient la mise à charge du lessee des obligations à remplir en vertu des législations urbanistiques, environnementales ou autres¹⁰⁵.

En Région wallonne, les parties seront ainsi attentives au décret du 5 décembre 2008 relatif à la gestion des sols¹⁰⁶. Sous réserve de sa date d'entrée en vigueur, l'article 21 du décret implique, en cas de cession d'un terrain qui accueille ou qui a accueilli certaines entreprises susceptibles de polluer le sol (et reprises comme telles en annexe 3 au décret), certaines obligations d'investissement et d'assainissement. Ce décret vise expressément le leasing immobilier, puisque son article 2, 26° définit la « cession » comme étant « tout acte translatif, constitutif, déclaratif ou abdicatif de droit réel, leur prolongation ainsi que la constitution, la cession ou la prolongation de droits personnels de plus de neuf ans, en ce compris le leasing immobilier et les apports et transferts de patrimoine en société, à l'exclusion des actes à caractère familial énumérés par le Gouvernement ». En Région de Bruxelles-Capitale, l'Ordonnance du 13 mai 2004 relative à la gestion des sols pollués a été abrogée et remplacée par l'Ordonnance du 5 mars 2009 relative à la gestion et à l'assainissement des sols pollués, qui entrera en vigueur au plus tard au 1^{er} janvier 2010. Elle prévoit notamment l'obligation, pour le cédant d'un droit réel, de demander une attestation du sol à l'I.B.G.E. et de la transmettre au cessionnaire avant la formation de la convention ou l'offre relative à l'aliénation des droits réels. L'Ordonnance vise également de manière expresse le leasing immobilier, son article 3, 29° définissant le « droit réel » comme

103. Voy. également sur ce point Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, p. 32.

104. *Op. cit.*, p. 32.

105. Voy. également V. SAGAERT, *op. cit.*, p. 309.

106. Voy. entre autres à ce sujet M. DELNOY, « Le décret du parlement wallon du 5 décembre 2008 relatif à la gestion des sols », in Y.H. LELEU (éd.), *Chroniques notariales*, vol. 49, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 319 et s.

60. D. La garantie due par le bailleur de son fait personnel et du fait des tiers pourra également être limitée par des clauses dérogeant au droit commun. Toutefois, si de telles clauses enlevaient au locataire tout recours si par son fait le bailleur troublait la jouissance du preneur, elles seraient nulles car elles détruiraient l'objet même du contrat. Une clause dérogeant à la garantie d'éviction pour trouble de droit venant de tiers est, elle, utile à la société de leasing.

61. E. Les charges et réparations ne seront pas assumées par le propriétaire du bien, mais par son utilisateur, « propriétaire économique ». Ainsi, tous les frais d'entretien, de réparation (et ce même si la destruction de ce dernier est imputable à la force majeure¹¹²) seront à charge du preneur. De même, le bailleur lui fera supporter, pendant toute la durée du bail, tous les impôts et taxes quelconques relatifs au bien pris en leasing ou à la redevance, les frais d'acte afférents ou découlant du contrat, ainsi que la couverture globale d'assurance¹¹³.

62. F. La charge des risques pèse sur le preneur de leasing. C'est pourtant le financier qui demeure propriétaire du bien donné en leasing, et la disparition par cas fortuit de celui-ci doit normalement entraîner, en application de la théorie des risques, la dissolution du contrat. Par ailleurs, si la destruction de la chose est due à la faute du bailleur, mettant celui-ci dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de fournir la jouissance du bien, l'obligation corrélatrice du preneur, à savoir payer le loyer, doit en principe s'éteindre également, mais ici par application de la théorie de la caducité des contrats synallagmatiques pour disparition de l'objet¹¹⁴.

dispose contre lui que d'une éventuelle action en responsabilité délictuelle (voy. entre autres : J.H. HERBOTS, « L'affinage du principe de la transmission automatique des droits "proprietari" du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble », note sous cass., 15 septembre 1989, R.C.J.B., 1992, pp. 511 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations. Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit de Obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, spéc. pp. 125-130 ; B. KOHL, « Action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : le débat n'est pas clos », note sous C.A., 28 juin 2006, *Entr. et dr.*, 2006, pp. 334 et s.).
112. Voy. *infra* n° 62.
113. Voy. *infra* n° 64.

114. Pour une analyse remarquable de cette notion, voy. P.A. FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », *op. cit.*, pp. 74 et s. ; voy. également, à propos de la caducité par disparition de la chose donnée en leasing, M. DELANGE, « Le sort des obligations de l'utilisateur en cas de disparition de la chose donnée en leasing (Une application de la théorie de la caducité en matière de contrats synallagmatiques) », *J.T.*, 1994, pp. 119 et s. ; M. VERPLANCKE et C. VAN CAEKENBERG, « Risico - onderhoudsverplichtingen van de leasingsnemer of lessee », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éd.), *Handboek leasing*, coll. *Recht en Onderneming*, vol. 23, Bruges, die Keure, 2007, pp. 109 et s., spéc. pp. 113-118.

étant : « la pleine propriété, la nue-propriété, l'usufruit, le droit de superficie, l'emphytéose, le droit d'usage, le leasing immobilier »¹⁰⁷.

59. C. Outre l'obligation de délivrance, si on applique les règles du bail¹⁰⁸, la société de leasing est tenue, en tant que bailleuse, 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. Quel que soit le problème pouvant survenir au bien loué (non seulement des vices cachés, mais aussi, entre autres, l'éviction du fait de tiers 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 intérêts¹¹⁰.

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 précédemment¹¹¹.

107. En Région flamande, le décret du 22 février 1995 relatif à l'assainissement du sol (« bodemsaneringsdecreet ») vise aussi expressément, à son article 2, 18°, e, le leasing immobilier portant sur un terrain. Le décret impose notamment l'obligation de demander une attestation du sol à l'administration compétente (l'OVAM) et, le cas échéant, de réaliser un plan d'assainissement du terrain faisant l'objet du contrat de leasing.
109. Voy. en effet les développements relatifs à la qualification du contrat de leasing, *infra* n° 77 et s.

110. Voy. *infra* n° 60.
111. 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 lessor 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 étudions ces questions *infra* n° 62, lorsque nous examinerons l'application de la théorie des risques et de la caducité à l'opération de leasing.

112. Cette transmission par le contrat est indispensable, le lessor restant un tiers vis-à-vis de l'entrepreneur qui a construit l'immeuble. En effet, si la jurisprudence constante admet que l'acquéreur d'un bien immeuble possède une action directe contre l'entrepreneur ou l'architecte, cette action (par exemple fondée sur l'article 1792 du Code civil) étant considérée comme un accessoire fondamentalement attaché à la propriété du bien, et devant être transmise aux acquéreurs successifs de celui-ci, l'extension de ce principe au bail au contrat de prestation de service 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, tout comme le maître de l'ouvrage reste un tiers par rapport au sous-traitant de l'entrepreneur. Il ne

Toutefois, les conventions de leasing immobilier mettent, en général, les risques à charge de l'utilisateur. La validité de telles clauses a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 juin 1993¹¹⁵. En conséquence, la disparition de l'immeuble donné en leasing n'éteint pas les obligations de l'utilisateur. Ce dernier sera tenu de continuer à payer la redevance et à indemniser la société de leasing, à l'issue du contrat, pour l'absence de restitution du bien, en en payant la valeur résiduelle.

63. G. Une clause peut aussi prévoir que, nonobstant l'article 1386 du Code civil, l'utilisateur sera responsable, à la décharge de la société de leasing, de tous **dommages causés aux tiers** du fait de l'immeuble et de son exploitation¹¹⁶.

64. H. Bien que le locataire supporte la charge des risques, la société de leasing, pour renforcer sa sécurité, imposera au locataire d'**assurer les biens** loués contre tous périls pouvant les menacer ; les sommes versées éventuellement par les assureurs sont toutefois déductibles de l'indemnité que devrait le preneur. Une assurance contre le chômage immobilier pourra également lui être imposée. Le locataire supportera aussi les frais d'assurance couvrant la responsabilité à l'égard des tiers pouvant incomber à tout titre, tant au financier qu'au locataire, du chef des constructions et de l'utilisation des biens. Ou la société de leasing souscrira elle-même les assurances, ou, plus fréquemment, les assurances seront souscrites directement par le preneur au profit de

115. Cass. 17 juin 1993, *J.T.*, 1993, p. 732. Cet arrêt, rendu en matière de leasing mobilier, mais dont la portée nous paraît, sur le point étudié ici, pouvoir être étendue à la manière du leasing immobilier, porte essentiellement sur la qualification donnée par le juge du fond à un contrat de leasing (Voy. à ce sujet *infra* n° 80). Mais il se prononce également sur la validité des clauses par lesquelles la société de leasing écarte la règle de l'article 1722 de Code civil en interdisant au locataire d'invoquer la suspension ou la résiliation du bail malgré la perte du bien par cas fortuit. En effet, la Cour admet que par le biais de l'autonomie des volontés et en raison du « contexte spécifique d'une location-financement », l'obligation de délivrance de la société de leasing soit réduite à l'acte purement matériel de la mise du bien promis à la disposition de l'utilisateur au début du contrat, et ainsi, que, « (...) dès le jour de la livraison, (...) le locataire a exécuté réellement toute son obligation essentielle qui est de financer l'opération globale ». Selon nous, ce raisonnement peut tout aussi bien être invoqué à l'appui de la validité des clauses d'exonération en cas de disparition du bien à la suite d'un vice caché, validité qui était déjà admise de façon générale dans le leasing mobilier par les juridictions de fond (Voy. notamment F. BRUYNS, « Chronique de jurisprudence. La location-financement ou leasing mobilier (1993-1998) », *J.T.*, 1999, pp. 201 et s., spéc. p. 204).

116. En application du principe énoncé à l'article 1165 du Code civil, cette clause, qui transfère vers le locataire la responsabilité incombant normalement au locataire, n'a d'effets qu'entre les parties contractantes et ne peut être imposée aux tiers.

la société de leasing auprès de la compagnie d'assurance de son choix (éventuellement après agrégation de la société de leasing).

65. I. 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 convention¹¹⁷.

66. J. 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.

67. K. Au-delà de la garantie que constitue pour le lessor la propriété du terrain, certains contrats de leasing prévoient parfois des **garanties complémentaires** au profit du lessor. Ces garanties, réelles ou personnelles (par exemple la caution de la maison-mère du lessee) sont généralement justifiées par l'observation que le lessor préférera souvent éviter la réalisation de l'immeuble, cette réalisation mettant définitivement fin à l'opération de leasing, puisque l'immeuble qui en est l'objet est transféré à un tiers¹¹⁸.

68. L. L'**option d'achat** est sans doute une des clauses qui caractérise le plus l'opération de leasing¹¹⁹. Certains soutiennent qu'elle en serait un élément essentiel¹²⁰ ; pour d'autres, tel n'en serait pas le cas¹²¹. À notre sens, il

117. 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.

118. Voy. dans ce sens Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, p. 39.

119. 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 démembrés, l'option d'achat sera alors en réalité une option d'acquiescer les droits réels sur l'immeuble donné en leasing. Voy. par exemple P. KARELLE, « Le leasing immobilier. Cadre fiscal - aspects pratiques », *Recht*, 2002, pp. 122 et s., spéc. p. 126 ; J. HERBOTS, « Réflexions à propos de la nature du leasing, avant-contrat innomé, typique et fiduciaire », note sous Cass., 17 juin 1993, *R.C.J.B.*, 1996, pp. 234 et s., spéc. p. 240 ; F. DE CORT, « Leasing van onroerende goederen », in *Bijzondere overzichten*, *Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1998, p. 1.

120. Voy. entre autres : Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, p. 50 ; R. CARTON de TOURNAIL, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, *op. cit.*, pp. 98-99 ; C. VANHALEWYN et H.D. BOSLY, *op. cit.*, pp. 308-309 ; F. AEBY, « La location-financement d'immeubles (leasing) », *R.G.E.N.*, 1971, p. 24.

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 clause¹²². 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'application¹²³.

La convention donnera donc au preneur la faculté de devenir propriétaire des biens loués à l'expiration du bail, en levant l'option d'achat qui lui est accordée. Le droit pour le locataire de se porter acquéreur du bien par la levée de l'option d'achat peut être remis en cause, lorsqu'il existe, à propos du bien, un droit de préemption instauré par la loi, par un décret ou par une ordonnance. En effet, un tel droit de préemption a la priorité sur l'option d'achat conférée par le contrat de leasing¹²⁴. Les sociétés de leasing souhaitent généralement voir l'autorité renoncer à son droit de préemption avant que ne survienne le fait générateur de ce droit, c'est-à-dire l'aliénation de l'immeuble. C'est particulièrement le cas dans l'hypothèse de la défaillance du locataire, le locataire souhaitant pouvoir vendre sans contrainte l'immeuble à un tiers afin de réaliser sa garantie. La possibilité d'une renonciation anticipative par l'autorité à son droit de préemption est néanmoins controversée¹²⁵.

Le prix de l'option ou, du moins, son mode de détermination sera fixé dans la convention¹²⁶. Il s'agira souvent d'un pourcentage de la valeur totale de l'investissement de la société de leasing. Enfin, ce prix ne peut être dérisoire car, « dans tel cas, l'on pourrait soutenir qu'aucun locataire raisonnable ne

122. Certaines décisions semblent, en jurisprudence, retenir la qualification de leasing immobilier nonobstant l'absence d'option d'achat. Voy. ainsi Liège, 14 février 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 812, note P. KILESTE et A. DEMOL : « (...) l'option d'achat n'est pas un élément constitutif essentiel du contrat de leasing » ; voy. également Anvers, 1^{er} juin 1994, *Not. Fisc.*, 1005, liv. 3, p. 12, note C. VANHALEWYN.

123. Voy. *infra* n° 105.

124. Il est fait exception à cette règle en Région de Bruxelles-Capitale, car l'ordonnance du 18 juillet 2002 établissant un droit de préemption au profit de la Région exclut expressément de son champ d'application les contrats de leasing immobilier (article 7, alinéa 2, 5° de l'ordonnance du 18 juillet 2002).

125. Sur cette controverse, et pour un inventaire des différents droits de préemption, voy. M.C. VALSCHAEERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, pp. 69-72.

126. 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 la base de la valeur vénale des biens à l'expiration du bail (voy. *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).

s'abstiendrait de la lever et que, par conséquent, le contrat de leasing doit être requalifié en vente avec transfert différé de la propriété »¹²⁷.

La levée de l'option peut également engendrer la question des conditions d'application de l'article 1674 du Code civil, qui autorise le vendeur à postuler la rescision de la vente s'il a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix. Ainsi que l'a rappelé récemment la cour d'appel de Bruxelles, pour estimer la valeur des immeubles et déterminer s'il y a lésion de plus de sept douzièmes en cas d'option d'achat, il faut se placer au jour où celle-ci a été levée, en tenant compte des charges imposées à l'acheteur. Le prix à comparer à la valeur de l'immeuble lors de la levée de l'option, est le prix actualisé de l'immeuble, qui équivaut dans ce cas au montant total des loyers (ou du canon), majoré des intérêts pendant la durée de la mise à disposition du bien ainsi que du solde payé pour la levée de l'option¹²⁸.

69. M. 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.

70. N. 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-ci¹²⁹, il est au contraire très fréquent qu'une clause organise

127. Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, p. 53. Les auteurs observent qu'à l'inverse, un prix élevé, par exemple un prix correspondant à la valeur vénale de l'immeuble au terme du contrat, pourrait également attirer l'attention « dans la mesure où, s'il se combine avec un montant de redevances particulièrement faible, il pourrait trahir le fait que le contrat ne constitue pas vraiment un contrat de leasing (dans la mesure où les redevances n'auraient en réalité pas pour vocation de couvrir le capital investi, les intérêts et les frais), mais doit plutôt être qualifié en bail suivi d'une option d'achat ».

128. Bruxelles, 24 septembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 327. Voy. également sur cette question Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, p. 54.

129. Voy. C. VANHALEWYN et H.D. BOSLY, *op. cit.*, p. 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, p. 667, R.G.E.N., 1984, n° 23.068 et obs., *J.C.B.*, 1983, p. 530 et note). À propos de la qualification du contrat de leasing immobilier, voy. *infra* n° 80.

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^{130, 131}. Sans doute celle-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 résiliation¹³².

Le contrat de leasing prévoira aussi la résiliation anticipative du contrat lorsque, nonobstant l'exécution par le lessé de ses obligations, celui-ci vient toutefois à être déclaré en faillite¹³³. En revanche, en application de l'article 35, § 1^{er} de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, « nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution ».

130. 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. Voy. à ce sujet les développements *infra* n° 81.

131. La validité des clauses résolutoires expresses est néanmoins sujette à caution lorsque les parties fondent l'opération de leasing immobilier sur un bail emphytéotique. Voy. sur ce point *infra* n° 76. 132. Voy. à ce sujet, F. BRUYNS et D. BUYSSCHAERT, *op. cit.*, pp. 467-471 ; F. BRUYNS, *op. cit.*, pp. 207-210 ; F. BRUYNS, *La location-financement et le leasing immobilier. Quarante ans de jurisprudence*, coll. Les dossiers du J.T., n° 71, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 72-75 et les références citées dans ces 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. Face à une telle clause, le juge peut désormais réduire la somme déterminée (article 1231, § 1^{er}, al. 1^{er} du Code civil). Voy. entre autres à ce sujet Chr. BIQUET-MATHIEU, « La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clauses pénales », *J.T.*, 1999, pp. 709 et s. Dans l'appréciation du caractère excessif du montant prévu dans la clause pénale, le juge tiendra en principe compte de la valeur nette du prix de vente du bien, à déduire du préjudice que subit le lessor. En effet, dans son arrêt du 8 novembre 2002, la Cour de cassation a précisé que ne violait pas la nature du contrat de leasing « (...) le juge qui prononce la résiliation du contrat et impute le produit de la chose donnée en leasing sur les indemnités revenant au bailleur en vertu des stipulations du contrat et sur les arriérés dus par le locataire » (Cass., 8 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2150).

133. Comme le relève V. SAGAERT (*op. cit.*, p. 313), en cas de faillite du lessé, le lessor ne peut prétendre, pour le paiement des redevances impayées, au privilège établi à l'article 20, 1^o de la loi hypothécaire, cette disposition étant limitée au contrat de bail (voy. par exemple Gand, 6 décembre 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 537 ; Bruxelles, 30 mars 1998, *R.D.C.*, 1989, p. 793). En effet, la redevance n'est pas un loyer : elle ne rémunère pas la jouissance d'un bien, mais permet la reconstitution, avec intérêts, du capital investi par le lessor.

4. Fin du contrat

71. 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.

À 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 convention¹³⁴. 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 prévue¹³⁵. À 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 terrain à bâtir, celui-ci s'éteint au terme convenu (maximum cinquante ans), et l'utilisateur devient propriétaire des constructions¹³⁶.

5. Le bail emphytéotique comme support de la convention de leasing immobilier

72. Ainsi que nous l'avons annoncé en examinant la structure juridique des différents investissements couverts, 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 de 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)¹³⁷. Toutefois,

134. Voy. *supra* n° 15 et 68.

135. Voy. *supra* n° 69.

136. Voy. *supra* n° 25 et 34.

137. 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 1924. Le bail emphytéotique de vingt-sept ans, portant sur un immeuble bâti consenti pour un canon représentant la valeur locative de celui-ci, n'acquiesse assurément de voir sa qualification mise en cause si par ailleurs, l'emphytéose 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, éd. Formation Permanente CUP, vol. XXVIII, 1999, pp. 5 et s., spéc. pp. 26-27). Ainsi, dans un jugement du 22 juin 2004, le juge de paix de Wavre, procéda à la requalification en bail commercial d'une convention conclue sous la forme d'une emphytéose, celle-ci présentant en l'espèce les caractéristiques essentielles du bail commercial (J.P. Wavre, 22 juin 2004, *J.P.*, 2006, p. 138).

les tribunaux acceptant maintenant la non-résiliabilité comme spécificité du leasing immobilier¹³⁸, l'emphytéose a perdu cette dernière justification¹³⁹. Elle reste néanmoins intéressante à d'autres égards.

73. 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 avoir droit à aucune remise, soit pour une diminution, soit pour privation entière de la jouissance (article 11, alinéa 1^{er} de la loi de 1824)¹⁴⁰, 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).

74. 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.

75. Des clauses rendues nécessaires dans la convention de leasing pour écarter l'application du droit commun du bail ordinaire¹⁴¹ 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 parties¹⁴².

138. Sur cette question en particulier, voy. *infra* n° 80.

139. Voy. A. VERVAET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *op. cit.*, pp. 26-27.

140. Voy. A. CHARLIER, *op. cit.*, p. 459 ; J.F. LEDOUX, *op. cit.*, p. 187.

141. Pour autant que le droit du bail s'applique encore au leasing immobilier, ce que nous examinons *infra* (n° 79 à 81).

142. 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.

76. Seule la durée du leasing, ainsi que les clauses et conditions résolutives, par exemple en cas de faillite ou en cas de non-paiement de la redevance, faisaient l'objet de controverses quant à leur validité lorsqu'elles étaient insérées dans un acte constitutif d'emphytéose. En effet, certains estimaient que l'application de l'article 1184 du Code civil (dans la mesure où ce dernier viserait à sanctionner le défaut de paiement de la redevance), pouvait 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 »)¹⁴³. Sans entrer dans ce débat, signalons simplement que la Cour de cassation, dans son arrêt du 30 mars 2006, semble avoir définitivement tranché la controverse, en décidant, en suivant la tendance majoritaire récente, tant en doctrine qu'en jurisprudence¹⁴⁴, que « (...) en vertu de l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824, l'emphytéose ne peut être consentie pour un terme inférieur à vingt-sept ans (et que) cette disposition ne fait pas obstacle à ce que les parties prévoient dans leur bail la clause que l'emphytéose pourra prendre fin, même avant l'expiration du terme minimum de vingt-sept ans, en cas de procédure en constatation d'insolvabilité ou en dissolution de la personne morale qui est l'emphytéote »¹⁴⁵.

E. La qualification du contrat

77. En l'absence de toute législation réglant de façon fondamentale le contrat de leasing immobilier dans ses aspects de droit privé, il est naturel que

143. Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, tome VI, n° 707, p. 603 ; M. DONNAY, *op. cit.*, pp. 232-233 ; R. CARTON de TOURNAL, A. MERTENS de WILMAR et F. HAUMONT, *op. cit.*, p. 70.

144. Voy. entre autres, pour la jurisprudence : Bruxelles, 19 février 1986, *Rev. not.*, 1986, p. 536, note D. Stérckx ; Liège, 9 mars 1990, *Rev. not.*, 1990, p. 492 ; Mons, 4 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1757 ; pour la doctrine : P. DEHAN, *op. cit.*, p. 514 ; D. STERCKX, « L'emphytéose et la condition résolutoire tacite », note sous Bruxelles, 19 février 1986, *Rev. not.*, 1986, pp. 542 et s. ; C. MOSTIN, « Examen de la proposition de loi relative au bail emphytéotique », *Rev. not.*, 1993, pp. 286 et s., spéc. pp. 288-290 ; J. HANSENNE et P. LECOCQ, « Les biens » in *Chroniques du droit à l'usage du notariat*, Vol. XXXI, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 55, p. 117 ; J. HANSENNE, « Les biens », in *Chroniques du droit à l'usage du notariat*, Liège, éd. Université de Liège, 1997, n° 43, pp. 86-88. L'argumentation de ce dernier pour soutenir cette position emporte la 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'observation par l'emphytéote de ses obligations contractuelles ou de la survenance d'un événement futur et de réalisation incertaine non fautive, comme la faillite ».

145. Cass., 30 mars 2006, *Pis.*, 2006, I, p. 720, R.C.D.C., 2008, p. 88, note W. WARERKEYN.

la détermination de la nature de cette opération ait fait (et fasse encore) l'objet de multiples interrogations.

78. 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 1966¹⁴⁶, 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 Termonde¹⁴⁷), 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 terrain¹⁴⁸) 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 fictif¹⁴⁹.

Ce débat nous semble maintenant dépassé dès lors que les caractéristiques du leasing immobilier ressortent clairement de l'opération réalisée par les parties¹⁵⁰.

79. 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 ?

Nous l'avons observé à suffisance, la convention de leasing immobilier, même si elle emprunte plusieurs termes au louage, se distingue toutefois

146. Gand, 27 juin 1966, R.C.J.B., 1967, p. 229, note P. VINCENT et L. DEHAN, R.W., 1966-1967, 312, J.T., 1966, 720, *Rev. Etr.*, 1967, n° 20999.

147. Civ. Termonde, 8 avril 1969, *Rev. Etr.*, 1971, n° 21441, *Rev. Fix.*, 1971, 489.

148. 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. Voy. *supra* n° 15.

149. Voy. entre autres C. VANHALEWYN et H.D. BOSLY, *op. cit.*, pp. 310-311 ; R. CARTON de TOURNAI, A. MERTENS de WILMAR, F. HAUMONT, *op. cit.*, pp. 106-108 ; L. VINCENT et P. DEHAN, « La nature du contrat de "leasing" », note sous Gand, 27 juin 1966, R.C.J.B., 1967, pp. 231-244.

150. En revanche, pourrait toujours prêter à discussion la qualification d'un leasing immobilier consistant sur un droit de superficie, dans lequel la durée de ce droit réel ne dépasserait pas celle de la mise à disposition du bien (voy. à ce sujet les développements *supra* n° 34).

fondamentalement de la location traditionnelle dans la réalité économique des choses.

80. À 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 opération¹⁵¹. 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 anticipativement¹⁵². 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 constitués de la loi de 30 avril 1951 »¹⁵⁴.

81. Si les parties peuvent écarter les dispositions impératives de la loi sur les baux commerciaux¹⁵⁵, 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,

151. Voy. Cass., 19 février 1987, *Res iur. imm.*, 1987, p. 175 ; Cass., 25 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1040, R.W., 1986-1987, 607 ; Cass., 22 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 256.

152. Sur la qualification du contrat de leasing (mobilier), voy. récemment K. VANHOVE, « Leasing : een complexe bijzondere overtenkorkst », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMANN et A. VERBEKE (éd.), *Handboek leasing*, coll. *Recht en Onderneming*, vol. 23, Bruges, die Keure, 2007, pp. 40 et s., spéc. pp. 45-56.

153. Voy. Bruxelles, 22 février 1983, J.T., 1983, p. 667, J.C.B., 1983, p. 530, note E.W. ; Bruxelles, 25 mai 1983, J.T., 1983, p. 664 ; Bruxelles, 25 septembre 1985, *Pas.*, 1985, II, p. 183 ; Conam, Liège, 14 février 1989, J.L.M.B., 1990, p. 812, note P. KILESTE et A. DEMOL ; Liège, 13 novembre 1990, R.G.E.N., 1992, p. 64, J.L.M.B., 1991, p. 622, note P. KILESTE.

154. Bruxelles, 25 mai 1983, *op. cit.*, p. 665.

155. 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.

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.

82. 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-dessus¹⁵⁶ 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 et aux risques 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 bien¹⁵⁷.

SECTION 2

Aspects de droit comptable et fiscal

A. Leasing immobilier et droit comptable

83. En droit belge, le leasing immobilier est visé à l'article 95, § 1^{er}, III D de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés.

Cette disposition, qui précise le contenu de certaines rubriques de l'actif du bilan, énonce que, sous la rubrique « III.D. Location-financement et droits similaires », doivent être portés :

« 1° les droits d'usage à long terme sur des immeubles bâtis dont la société dispose en vertu de contrats d'emphytéose, de superficie, de location-financement ou de conventions similaires, lorsque les redevances échelonnées dues en vertu du contrat couvrent, outre les intérêts et les charges de l'opération, la reconstitution intégrale du capital investi par le donneur dans la construction ;

(...)

Est assimilé à une redevance visée aux 1° et 2°, pour autant qu'il soit déterminé : a) le montant dû par le preneur pour l'acquisition des droits réels que le donneur possède sur le bien immeuble ou meuble en cause, lorsque, lors de la conclusion de l'opération, il s'est engagé, éventuellement à l'option du donneur, à acquérir ces droits ;

156. Voy. *supra* (n° 6 à 15).

157. À cet égard, la présence d'une option d'achat semble moins importante et certaines décisions de jurisprudence tendent à conclure qu'une convention qui en serait dépourvue pourrait toujours être qualifiée de leasing immobilier (voy. *supra* n° 68).

b) dans le chef du donneur, le montant à recevoir par lui d'un tiers pour la cession des droits réels qu'il possède sur le bien immeuble ou meuble en cause, lorsque, lors de la conclusion de l'opération, ce tiers s'est engagé, éventuellement à l'option du donneur, à acquérir ces droits ».

84. En d'autres termes, à condition qu'elle réponde à la définition précitée, l'opération doit être inscrite à l'actif du bilan du lessor parmi les actifs corporels. Dans le chef du lessor, cette opération fera uniquement apparaître des créances à comptabiliser comme actifs circulants dans la rubrique V « Créances à plus d'un an », sous B, « Autres Créances » 158 159.

85. Comme l'explique F. De Cort, « l'approche implicite du législateur est très claire : pour le loueur, la convention est assimilable à une convention de crédit dès le moment où il peut reconstruire par le truchement des redevances fixées contractuellement, les sommes investies dans les actifs qui sont susceptibles de subir une dépréciation, c'est-à-dire la construction. Si, au contraire, le loueur reste en risque d'une fraction, quelle qu'en soit l'importance, du coût d'investissement du bâtiment, il faut dans ce cas le considérer comme étant le propriétaire économique et, en cette qualité, il doit inscrire l'immeuble dans ses comptes annuels sous les actifs corporels et amortissables » 160.

86. La caractéristique essentielle permettant de faire rentrer le leasing immobilier dans le champ d'application de l'article 95, § 1^{er}, III D, réside donc dans la reconstitution du capital investi dans la construction de l'immeuble. En l'absence de reconstitution du capital investi, l'on se trouve en présence, non

158. La valeur comptable à mentionner dans les bilans respectifs du lessor et du lessor est déterminée conformément à l'article 62 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés. Selon cette disposition, « les droits d'usage dont la société dispose sur des immobilisations corporelles en vertu de contrats de location-financement ou de contrats similaires tels que définis dans le chapitre III, section IV, III.D, sont, sans préjudice aux dispositions des articles 45 et 64, § 1 [obligation d'amortir les immobilisations qui se déprécient par l'usage], portés à l'actif, à concurrence de la part des versements échelonnés prévus au contrat, représentant la reconstitution en capital de la valeur du bien, objet du contrat. Les engagements corrélatifs portés au passif sont évalués chaque année à la fraction des versements échelonnés afférents aux exercices ultérieurs, représentant la reconstitution en capital de la valeur du bien, objet du contrat ». En pratique, le lessor évalue l'immeuble (et les dettes correspondantes) en fonction du tableau d'amortissement qui doit normalement accompagner le contrat (voy. C. FISCHER, *op. cit.*, n° 1.5).

159. Pour une illustration, pas à pas, des écritures comptables à passer à chacune des étapes d'une opération de leasing immobilier, voy. G. DELVAUX et C. JANSSENS, « La comptabilisation des contrats de location-financement », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éd.), *Handbook leasing*, coll. Recht en Onderneming, vol. 23, Bruges, de Keure, 2007, pp. 511 et s., spéc. pp. 535-543 ; V. WEETS et J. BRANSON, « Leasing, boekhoudkundig bekijken », in *Ondernemingsleasing. Leasing immobiliër*, coll. Cahiers Immobiliers, Bruxelles, Lar-
cier, 2007, pp. 63 et s., spéc. pp. 70-83.

160. F. DE CORT, « Leasing immobilier », *op. cit.*, p. 26.

d'acquisition convenue que lui facture le lessor ; ensuite, ce bien s'amortit selon les prévisions du plan d'amortissement du lessee, « (...) c'est-à-dire le plus souvent rapidement, en deux ou trois ans par exemple »¹⁶³.

88. Le lessor, quant à lui, inscrira à l'actif de son bilan sous le poste « Créances à plus d'un an » (compte 290)¹⁶⁴ la valeur comptable de la créance qu'il détient sur son cocontractant.

La redevance ou le loyer payé par le lessee comprend naturellement une quote-part d'intérêts financiers, et une quote-part représentant la reconstitution du capital investi. Dans le compte de résultat, la première figure au compte « 700. Ventes et prestations » et la seconde au compte « 400. Clients »¹⁶⁵. En fin de contrat, lorsque le lessee lève l'option d'achat et se porte acquéreur à la valeur résiduelle convenue, le lessor enregistre le résultat de la vente parmi ses produits d'exploitation dans le compte « 742. Plus-values sur réalisation de créances commerciales ».

89. Les dispositions comptables de droit belge résumées ci-avant sont bien plus restrictives que celles contenues dans les normes comptables internationales. Ces normes I.A.S. (*International Accounting Standards*) rendues progressivement obligatoires au sein des États membres de l'Union européenne¹⁶⁶, adoptent une approche nouvelle : « alors que traditionnellement les actifs et passifs sont évalués sur une base historique, I.A.S. propose une norme dite "fair value", c'est-à-dire de juste valeur de marché, évaluée à chaque clôture annuelle »¹⁶⁷.

La norme applicable à l'opération de location-financement est la norme I.A.S. 17¹⁶⁸. Cette norme distingue entre d'une part les contrats de leasing financier (ou location-financement), et d'autre part les contrats de leasing opérationnel (ou location simple). Qu'un contrat de location soit un contrat

163. C. FISCHER, *op. cit.*, n° 2.6.

164. Lorsque le lessor n'a pas la location-financement pour activité principale, la valeur comptable de la créance détenue sur le lessee sera inscrite au compte « 2910. Créances à plus d'un an - Créances en compte ».

165. Les inscriptions doivent se faire respectivement aux comptes « 416. Créances diverses (à un an au plus) » et « 751. Produits financiers des actifs circulants », lorsque le lessor n'a pas la location-financement pour activité principale.

166. Dans un premier temps, ces règles sont imposées aux entreprises cotées, et ce à dater du 1^{er} janvier 2005 (Règlement européen n° 1606/2002 du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, J.O. 11 septembre 2002, n° L 243/1).

167. F. DE COURT, *op. cit.*, n° 15, p. 29.
168. Pour un tableau comparatif des normes belges et des normes internationales en matière de leasing, voy. entre autres J. VERHOEYE, « I.A.S. 17 : lease overeenkomsten », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éd.), *Handboek leasing*, coll. Recht en Onderneming, vol. 23, Brugeo, 2007, pp. 669 et s. ; P. SCHUMESCH et V. WEETS, « I.A.S. 17 : La comptabilisation des contrats de location », in ICCI (éd.), *IFRS dans un contexte belge*, Brugeo, 2006, pp. 53 et s., spéc. p. 58.

d'un leasing financier, mais d'un leasing opérationnel, qui n'est pas, comme tel, reconnu par le droit comptable belge. En cas de leasing dit « opérationnel », les redevances ne couvrent pas l'intégralité du capital investi. Le lessor supporte donc le risque de ne pas être entièrement remboursé si le lessee ne lève pas son option d'achat (ce qui est n'est pas impossible, lorsque la valeur vénale de l'immeuble au terme du leasing est inférieure à sa valeur résiduaire). En d'autres termes, le leasing opérationnel « (...) s'apparente davantage à une location car la redevance périodique rémunère la jouissance de l'immeuble »¹⁶¹.

L'article 95, § 1^{er}, III D vise la reconstitution intégrale du capital investi par le lessor « dans la construction ». Ce « capital investi » comprend, lorsque le lessor finance la construction d'un bâtiment à mettre à disposition du lessee, le coût total de la construction, « en ce compris les honoraires d'architectes, d'experts, les taxes, les intérêts... »¹⁶². En revanche, si le lessor se porte acquéreur d'un bâtiment neuf, il convient de ventiler le prix payé entre le prix de construction et celui du terrain, ce dernier ne pouvant être amorti.

87. À l'actif de son bilan, le lessee indique donc la valeur comptable des bâtiments pris en leasing dans la rubrique « III.D. Immobilisations détenues en location-financement et droits similaires » (compte 25) et, à son passif, il mentionne la valeur comptable de la dette qu'il a l'égard du lessor, au poste « VIII.A.3. Dettes de location-financement et assimilées » (compte 422).

Les loyers payés chaque année par le lessee comprennent un part de capital et une part d'intérêts financiers. La quote-part représentant les intérêts figure au compte de résultats au compte « 6500. Intérêts, commission et frais afférents aux dettes » ; la quote-part couvrant la reconstitution du capital représente un remboursement de la dette financière et s'impute donc dans le compte « 422. Dettes de location-financement et assimilées (dettes à plus d'un an échéant dans l'année) ». L'amortissement de l'immeuble détenu en leasing et repris à l'actif du bilan, doit suivre un rythme fixé en fonction de l'utilisation économique du bâtiment (qui n'est pas nécessairement la durée du contrat de leasing). Ces amortissements seront comptabilisés au compte de charges « 6302. Amortissements sur immobilisations corporelles ». Enfin, lors de la levée de l'option d'achat en fin de contrat, le lessee comptabilise le bâtiment parmi ses immobilisations corporelles (compte 22) en retenant la valeur

161. M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, p. 36. Sur les différences entre la comptabilisation du leasing opérationnel et du leasing financier, et ses répercussions fiscales, voy. entre autres T. VAN CONINGSLOO, « Fiscale aspecten van leasing in een nationale context », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éd.), *Handboek leasing*, coll. Recht en Onderneming, vol. 23, Brugeo, 2007, pp. 353 et s., spéc. pp. 358-375.

162. M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, p. 85.

de location-financement ou un contrat de location simple dépend de la réalité de la transaction plutôt que de la forme du contrat¹⁶⁹. Selon cette norme, des exemples de situations qui, individuellement ou conjointement, devraient, en principe conduire à classer un contrat de location en tant que contrat de location-financement sont les suivants¹⁷⁰ :

- le contrat de location transfère la propriété de l'actif au preneur au terme de la durée du contrat de location ;
- le contrat de location donne au preneur l'option d'acheter l'actif à un prix qui devrait être suffisamment inférieur à sa juste valeur à la date à laquelle l'option peut être levée pour que, dès le commencement du contrat de location, on ait la certitude raisonnable que l'option sera levée ;
- la durée du contrat de location couvre la majeure partie de la durée de vie économique de l'actif, même s'il n'y a pas de transfert de propriété ;
- au commencement du contrat de location, la valeur actualisée des paiements minimaux au titre de la location s'élève au moins à la quasi-totalité de la juste valeur de l'actif loué ;
- et les actifs loués sont d'une nature tellement spécifique que seul le preneur peut les utiliser sans leur apporter de modifications majeures.

La classification du contrat de location s'opère au commencement du contrat. En outre, elle s'opère de manière indépendante dans le chef du locataire et dans celle du lessor, de sorte que, le cas échéant, l'actif pourrait se trouver inscrit tant dans les livres du premier que dans ceux du second¹⁷¹.

90. Dans la comptabilité du lessee, le contrat de leasing immobilier (leasing financier) sera comptabilisé à l'actif et au passif de son bilan pour des montants égaux à la juste valeur du bien loué ou, si celle-ci est inférieure, à la valeur actualisée des paiements minimaux au titre de la location déterminée, chacune au commencement du contrat de location. Le taux d'actualisation à utiliser pour calculer la valeur actualisée des paiements minimaux au titre de la location est le taux d'intérêt implicite du contrat de location si celui-ci peut être déterminé, sinon le taux d'emprunt marginal du preneur doit être utilisé. Les coûts directs initiaux encourus par le preneur sont ajoutés au montant comptabilisé en tant qu'actif.

169. Voy. entre autres à ce sujet V. WEETS et J. BRANSON, *op. cit.*, spéc. pp. 83 et s. ; B. APO-THÉLOZ, A. STETTLER, M. DONG et V. DOUSSE, *Maîtriser l'information comptable*, Volume 2, Lausanne, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2008, pp. 493 et s.

170. Pour une illustration de ces critères, voy. entre autres P. SCHUMESCH et V. WEERTS, *op. cit.*, pp. 58-60.

171. Voy. F. DE CORT, *op. cit.*, n° 15, p. 29.

Les paiements minimaux au titre de la location doivent être ventilés entre la charge financière et l'amortissement du solde de la dette¹⁷².

Pour les contrats de location-financement, le preneur doit en outre fournir les informations suivantes : (i) pour chaque catégorie d'actif, la valeur nette comptable à la date de clôture ; (ii) un rapprochement entre le total des paiements minimaux futurs au titre de la location à la date de clôture et leur valeur actualisée ; (iii) une description générale des dispositions significatives des contrats de location du preneur.

91. Le lessor doit comptabiliser dans son bilan les actifs détenus en vertu d'un contrat de location-financement et les présenter comme des créances pour un montant égal à l'investissement net dans le contrat. Les loyers ou redevances reçus sont comptabilisés en remboursement de ces créances et en même temps comme produits financiers, sur la base d'une formule traduisant un taux de rentabilité périodique constant sur l'en-cours d'investissement net du bailleur dans le contrat de location-financement.

Quant à l'information à fournir par le lessor, elle consiste, en résumé à : (i) un rapprochement entre l'investissement brut dans le contrat de location à la date de clôture et la valeur actualisée des paiements minimaux à recevoir au titre de la location à la date de clôture et (ii) une description générale des dispositions significatives des contrats de location du bailleur.

92. Comme l'expliquent M.C. Valschaerts et O. de Clippele, les dispositions belges sont plus restrictives que celles contenues dans la norme I.A.S. 17 car « (i) la location-financement n'est pas applicable, en droit belge, aux immobilisations incorporelles, ni aux terrains non bâtis ; (ii) le critère central des normes internationales n'est pas la reconstitution du capital investi, mais le transfert des risques et des avantages ; (iii) les actifs détenus en location-financement par le preneur et ceux donnés en location simple par le bailleur sont présentés conformément à leur nature suivant la norme I.A.S. 17, alors qu'ils sont présentés respectivement dans la rubrique "location-financement et droits similaires" et "autres immobilisations corporelles" en droit comptable belge »¹⁷³.

Enfin, il ne paraît pas inutile de signaler que des projets de révision de la norme I.A.S. 17 sont déjà inscrits à l'agenda¹⁷⁴.

172. Pour chaque période comptable, un contrat de location-financement donne lieu à une charge d'amortissement de l'actif amortissable et à une charge financière. La méthode d'amortissement des actifs loués doit être cohérente avec celle applicable aux actifs amortissables que possède l'entité, et la dotation aux amortissements doit être calculée selon I.A.S. 16 « Immobilisations corporelles » et IAS 38 « Immobilisations incorporelles ».

173. M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, p. 94. Voy. également en ce sens T. VAN CONINGSLOO, *op. cit.*, p. 396.

174. Voy. P. SCHUMESCH et V. WEERTS, *op. cit.*, p. 60.

B. Leasing immobilier et droit fiscal

1. Impôt sur le revenu

93. En vertu du principe de la primauté du droit comptable sur le droit fiscal¹⁷⁵, les règles comptables s'imposent, sauf disposition contraire, en matière d'impôts sur le revenu. L'article 2, § 1, 9° du C.I.R. 92 confirme explicitement cette règle, en renvoyant au droit comptable pour la signification à donner, en droit fiscal aux expressions "immobilisations incorporelles, corporelles ou financières", "fraîs d'établissement" et "stocks et commandes en cours d'exécution". De même, par exemple, l'article 61 du C.I.R. 92 renvoie à la législation relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises pour la définition de l'expression "valeur d'investissement ou de revient".

Ce principe emporte différentes conséquences, lorsque l'opération de leasing immobilier est visée par le droit comptable. Elles sont brièvement présentées ci-après. Les développements qui suivent sont limités aux hypothèses dans lesquelles l'opération peut être qualifiée de leasing financier uniquement (et non de leasing opérationnel)¹⁷⁶.

94. Dans le chef du lessee, les redevances payées pendant la durée du contrat sont constituées, pour une partie, du remboursement d'une dette à concurrence du capital compris dans les versements et, pour une autre partie, des intérêts afférents à la dette.

La première quote-part de la redevance n'est pas déductible comme frais professionnels, mais est considérée, en vertu de l'article 25, 4° C.I.R. 92 comme étant un bénéfice s'agissant en particulier de « sommes affectées au remboursement total ou partiel de capitaux empruntés, à l'extension de l'entreprise ou à l'accroissement de la valeur des éléments de l'actif »¹⁷⁷. L'immeuble, comptabilisé à l'actif du bilan du lessee pour la valeur des redevances correspondant à la reconstitution du capital investi¹⁷⁸, pourra être amorti par le

lessee, propriétaire "économique" du bien. Le lessee amortira cet actif selon ses règles propres, de manière linéaire ou dégressive, indépendamment de la durée du contrat de leasing. Par ailleurs, si la valeur portée à l'actif du bilan (c'est-à-dire la valeur d'investissement qui se reconstitue au moyen des redevances) comprend tout ou partie de la valeur d'un terrain, cette dernière valeur ne peut être amortie. La seconde quote-part de la redevance, qui représente les intérêts et les charges du capital, peut être déduite à titre de charge professionnelle (charge financière).

En outre, en vertu de l'article 75, 2° du C.I.R. 92, seul le preneur en leasing peut revendiquer l'application de la déduction pour investissement (instaurée par l'article 68 du C.I.R. 92, et qui s'exprime en un pourcentage de la valeur amortissable d'un actif corporel à l'état neuf), pour autant que les conditions fixées par la loi soient remplies et que les actifs ne soient pas exclus de la déduction, pour l'une ou l'autre raison¹⁷⁹.

À l'expiration du contrat, lorsque l'option est levée, l'immeuble est comptabilisé parmi les immobilisations corporelles du lessee, en retenant la valeur d'acquisition convenue que lui facture le lessor¹⁸⁰. La somme payée ne peut donc être déduite à titre de frais professionnels, mais l'immobilisation (sauf le terrain) doit être amortie selon les règles ordinaires.

95. Dans le chef du lessor, propriétaire "juridique", les droits résultant du contrat de leasing constituent une créance ; l'immeuble n'est donc pas amortissable dans son chef. Lorsque le contrat contient une option d'achat, lors de la levée de l'option et du transfert du droit de propriété (ou du droit réel) au lessee, la différence positive éventuelle entre, d'une part, la partie des versements échelonnés prévus au contrat et représentant la reconstitution du capital (majorée le cas échéant de la somme payée au début du contrat), et le prix de revient de droit transféré, doit être considérée comme un bénéfice imposable¹⁸¹. Si le lessee ne lève pas l'option et que le lessor vend l'immeuble à un tiers, le produit perçu lors de cette vente constitue également un revenu imposable¹⁸².

179. *Com. I.R. 92*, n° 68/21. Ainsi, en l'espèce, la déduction pour investissement ne pourra s'appliquer que dans la mesure où le leasing a pour objet un immeuble neuf, et non un immeuble existant. Voy. entre autres sur ce point K. MAERVOET, « Onroerende leasing en directe belastingen », in *Onroerende leasing. Leasing immobilier*, coll. Cahiers Immobiliers, Bruxelles, Larocier, 2007, pp. 105 et s., spéc. pp. 119-122.

180. Voy. *supra* n° 87.

181. *Com. I.R. 92*, n° 61/240. Sur la taxation de cette plus-value, voy. entre autres T. VAN CONINGSLOO, *op. cit.*, p. 370 ; M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, pp. 103-104.

182. Voy. M.C. VALSCHAERTS, *op. cit.*, n° 2.11.

175. Sur cette question, voy. entre autres M. DE WOLF, « Droit comptable et droit fiscal : deux amants inséparables ? », in *Liber amicorum Henri Olivier*, Bruges, die Keure, 2000, pp. 201 et s.

176. Les opérations qui ne sont pas visées par la loi comptable (par exemple le leasing immobilier opérationnel), les simples contrats d'emphytéose ou de superficie sur des terrains ou les simples locations, reçoivent un traitement fiscal différent. Voy. entre autres à ce sujet M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, pp. 113-114.

177. La prise en compte de cette quote-part en bénéfice ne présente aucune incidence fiscale pour le lessee, puisqu'elle s'impute chaque année sur la quote-part correspondante de la dette de remboursement comptabilisée (voy. *supra* n° 87). Voy. sur ce point T. VAN CONINGSLOO, *op. cit.*, p. 372.

178. Voy. *supra* n° 87.

lessor, soit le lessee, en fonction de la structure contractuelle choisie par les parties 185. La différence peut donc être de taille selon que les parties choisissent le bail ou l'emphytéose comme socle juridique à la mise à disposition du bien au profit du lessee 186.

97. Enfin, le *sale and lease back* comporte la particularité que la société qui y procède libère immédiatement de la trésorerie et réalise, le cas échéant, une plus-value sur le bien immeuble repris ensuite en leasing. Cette plus-value peut cependant être soumise au régime de la taxation étalée des plus-values réalisées sur immobilisations corporelles ou incorporelles, prévu à l'article 47 du C.I.R. 92 187.

Comme l'expliquent A. Vervaeet, J. Ingelbrecht et P. Beselacré, « 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, 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 relâché, mais bien un investissement autre pouvant être amorti sur une période beaucoup plus longue (...) » 188.

2. Taxe sur la valeur ajoutée

98. Historiquement parlant, la T.V.A. fut la première branche du droit à régir la matière du leasing immobilier. Durant longtemps, le leasing immobilier

185. Voy. K. MAERVOET, *op. cit.*, p. 115.

186. Voy. *supra* n° 72. Lorsque le contrat de leasing porte sur un bâtiment que le lessor a érigé, à la demande du lessee, sur un terrain lui appartenant, ou sur un terrain appartenant à un tiers et sur lequel le lessor s'est vu conférer un droit réel, le précompte immobilier sera donc enrôlé au nom du lessor.

187. Sur les incidences, au regard du C.I.R. 92, des opérations de *sale and lease back*, voy. K. MAERVOET, *op. cit.*, pp. 126-129 ; T. VAN CONINGSLOO, *op. cit.*, pp. 389-393 ;

188. A. VERVAEET, J. INGELBRECHT et P. BESELAERE, *op. cit.*, pp. 42-43 ; Voy. également J.-F. VAN DEN DRIESSCHE, « Une opération avantageuse pour les sociétés : le *sale and lease back* », R.C.F., 1985, pp. 87 et s. ; K. MAERVOET, *op. cit.*, pp. 126-128.

Les redevances périodiques doivent aussi, chez le lessor, recevoir un traitement fiscal différent en fonction de la quote-part concernée : (i) une partie constitue l'encassement d'une créance, à concurrence du capital compris dans les versements du lessee ; cette créance n'est pas imposable ; (ii) une autre partie constitue un revenu professionnel à caractère mobilier. En d'autres termes les redevances payées dans le cadre d'un contrat de leasing constituent non des revenus immobiliers (art. 10, § 2 C.I.R. 92) 183 mais des revenus mobiliers à l'exclusion de la quotité de ces redevances qui est destinée à la reconstitution intégrale du capital investi dans la construction ou, dans le cas d'un bâtiment existant, de la valeur vénale de celui-ci (art. 19, § 1^{er}, 2° C.I.R. 92) 184.

96. Le précompte immobilier qui impose le revenu cadastral est, en vertu de l'article 251 du C.I.R. 92, enrôlé au nom du propriétaire, du possesseur, de l'emphytéote, du superficiaire ou de l'usufruitier des biens imposables. En l'espèce, la personne redevable du précompte immobilier sera soit le

183. L'article 10, § 2 du C.I.R. 92, qui vise les revenus immobiliers, prévoit que ces revenus comprennent pas « (...) les sommes obtenues pour la concession d'un droit d'usage sur des biens immobiliers bâtis en vertu d'une convention non résiliable d'emphytéose, de superficie ou de droits immobiliers similaires, à la condition que (i) les redevances échelonnées prévues au contrat permettent de couvrir, outre les intérêts et les charges de l'opération, la reconstitution intégrale du capital investi par le propriétaire dans la construction ou, dans le cas d'un bâtiment existant, la valeur vénale de celui-ci ; (ii) la propriété de la construction soit, au terme du contrat, transférée de plein droit à l'utilisateur ou que le contrat comporte une option d'achat pour l'utilisateur ». En d'autres termes, la législation fiscale précise que la partie des redevances représentant la reconstitution du capital investi n'est considérée comme un revenu immobilier que dans la mesure où la propriété est transférée de plein droit au lessee à l'expiration du contrat ou que le contrat comporte une option d'achat à son profit. Il s'agit là d'une différence notable avec le droit comptable, qui n'exige plus que la propriété des constructions soit transférée de plein droit au terme du contrat au lessee ou que le contrat comporte une option d'achat. La question de la qualification du revenu perçu par le lessor, lorsque l'opération rentre dans la définition comptable, mais pas dans celle de l'article 10, § 2 du C.I.R. 92 (par exemple parce que le contrat est résiliable ou parce qu'il ne prévoit pas d'option d'achat), divise la doctrine. Voy. à ce sujet M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, p. 105 ; voy. également sur ce point K. MAERVOET, *op. cit.*, pp. 107-109.

184. M.C. VALSCHAERTS, *op. cit.*, n° 2.10. Comme l'explique l'auteur, « (...) ces sommes sont alors soumises au précompte mobilier de 15 % lorsque l'entreprise en leasing est située à l'étranger ou est une « association » assujettie à l'impôt des personnes morales. Par contre, l'article 107, § 2, 7° de l'arrêté royal pris en exécution du Code des impôts sur les revenus 1992 (A.R./C.I.R. 1992) prévoit une renonciation inconditionnelle à la perception du précompte mobilier si les revenus sont alloués ou attribués à : (a) des établissements financiers ou des entreprises assimilées ; (b) des organismes paratitulaires de sécurité sociale ou des organismes assimilés ; (c) des investisseurs professionnels ; (d) des épargnants privés ». Voy. également dans ce sens T. VAN CONINGSLOO, *op. cit.*, p. 374.

fut régi par l'article 18, § 2 du Code de la T.V.A. et par l'arrêté royal n° 30 du 28 décembre 1970.

Aujourd'hui, le leasing immobilier est visé à l'article 44, § 3, 2°, b du Code de la T.V.A. et par 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.

L'administration de la T.V.A. a également publié, le 12 avril 2007, une nouvelle circulaire (10/2007) qui a pour objet de commenter l'article 44, § 3, 2°, b du Code de la T.V.A.¹⁸⁹ Cette circulaire, qui regroupe, dans un texte clair et structuré, les prises de position dominantes de l'administration, constitue une référence en la matière. La présente section s'en inspire donc très largement.

99. La spécificité du leasing immobilier, au regard de la législation sur la T.V.A., tient au fait que l'opération, si elle peut être qualifiée de leasing immobilier au sens de cette législation, peut, sous certaines conditions, être considérée comme une prestation de services soumise à la T.V.A. et constituer, dès lors, une alternative importante à la location immobilière exemptée. En effet, « (...) dans le cadre de la location immobilière, le bailleur, contrairement au donneur en leasing dans le cas d'un leasing immobilier soumis à la T.V.A., n'a pas droit à une déduction de la T.V.A. perçue sur la construction ou l'acquisition de l'immeuble »¹⁹⁰.

Le Code de la T.V.A. présente ainsi le leasing immobilier comme une exception à la location de biens immeubles, laquelle est en principe exemptée de la taxe. L'article 44, § 3, 2°, b du Code de la T.V.A. précise en effet que « Sont encore exemptés de la taxe : (...) 2° l'affermage, la location et la cession de bail de biens immeubles par nature, à l'exception : b) des locations – financements d'immeubles consenties par une entreprise pratiquant la location – financement d'immeubles ou la location qualifiée de leasing immobilier, lorsque cette entreprise construit, fait construire ou acquiert, avec application de la taxe, le bâtiment sur lequel porte le contrat et que le preneur prend ce bien en location pour l'utiliser dans l'exercice d'une activité d'assujetti ; le Roi définit les conditions auxquelles doit satisfaire le contrat de location – financement d'immeubles, notamment en ce qui concerne la durée du contrat, la nature et la destination des biens qui en font l'objet ainsi que les droits et les obligations du preneur ».

189. Cette circulaire remplace la circulaire n° 10 du 15 mars 1973.

190. O. DEWEERT, « Leasing immobilier : nouvelle circulaire », *Immobilier*, 15 juin 2007, pp. 5 et s., spéc. p. 5.

100. Pour qu'une opération de leasing immobilier soit assujettie à la T.V.A., elle doit donc répondre à certaines conditions, que le Roi a établies dans 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. Son article 1^{er} énonce qu'est un contrat visé à l'article 44, § 3, 2°, b du Code, la location-financement d'immeubles qui satisfait aux conditions suivantes : « (i) le contrat doit concerner des immeubles bâtis, qui sont construits ou acquis par l'entreprise pratiquant la location-financement d'immeubles, selon les indications détaillées du futur preneur, pour être utilisés par ce dernier dans l'exercice de son activité d'assujetti ; (ii) la jouissance des bâtiments et du fond sur lequel ils sont érigés doit être consentie au preneur en vertu d'un contrat non résiliable et non translatif de propriété ; (iii) 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'acquiescer les droits réels du donneur afférents aux biens faisant l'objet du contrat ; (iv) à l'expiration de la période de quinze ans visée à l'article 9, de l'arrêté royal n° 3, du 10 décembre 1969, le montant total des loyers périodiques à payer par le preneur doit permettre au donneur de reconstituer intégralement le capital investi ».

101. En d'autres termes, cinq conditions doivent être réunies pour que le régime T.V.A. du leasing immobilier soit applicable. Ces conditions concernent :

- le donneur en leasing ;
- le bien donné en leasing ;
- le contrat, qui doit être non résiliable et non translatif de propriété ;
- l'option d'achat pour le lessor ;
- la reconstitution du capital investi.

102. Le donneur en leasing doit être une entreprise qui pratique la location-financement d'immeubles ou la location qualifiée de leasing immobilier. Cette condition découle directement de l'article 44, § 3, 2°, b du Code. Il doit donc s'agir d'une entreprise spécialisée dans le leasing immobilier. Il ne doit cependant pas s'agir de l'activité exclusive de cette entreprise¹⁹¹.

191. « La circonstance que le donneur en leasing soit une entreprise publique autonome n'a aucune influence sur cette règle » (J. BUBLOT, *La T.V.A. sur la livraison, la location et le leasing d'immeubles*, Coll. Cahiers de Fiscalité Pratique, n° 6, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 83 ; l'auteur cite une Question parlementaire du 3 juillet 2000, *Bull. Questions et Réponses*, Chambre, 2000-2001, n° 48, pp. 5705-5707).

La circulaire 10/2007 précise que l'entreprise peut être spécialisée au sens de l'article 44, § 3, 2°, b du Code, dès qu'elle réalise une seule opération de leasing immobilier, même si elle ne devait plus en réaliser d'autres à l'avenir¹⁹². Cette position s'explique par l'importance et la durée des opérations de leasing immobilier¹⁹³. À cet égard, il n'est pas rare que l'opération de leasing se réalise via un « S.P.V. » (*special purpose vehicle*). Dans ce cas, une société est constituée pour chaque nouvelle opération de leasing immobilier. Un tel SPV pourra dès lors, sur la base de la circulaire, être un assujetti spécialisé au sens de l'article 44, § 3, 2°, b du Code¹⁹⁴.

103. Le contrat de leasing ne peut concerner que des immeubles bâtis, « (...) qui sont construits ou acquis par l'entreprise pratiquant la location-financement d'immeubles, selon les indications détaillées du futur preneur, pour être utilisés par ce dernier dans l'exercice de son activité d'assujetti »¹⁹⁵.

L'immeuble doit d'abord être bâti. La notion de bâtiment est, depuis une loi du 2 août 2002, définie à l'article 1^{er}, § 9 du Code de la T.V.A. ; y est visée « toute construction incorporée au sol ». Les équipements industriels peuvent être donnés en jouissance dans le cadre d'un leasing immobilier lorsqu'ils peuvent être considérés comme des immeubles par nature¹⁹⁶.

Il doit ensuite être construit ou acquis par le lessor avec application de la T.V.A., sur un terrain dont ce dernier est propriétaire ou sur lequel ce dernier dispose des droits lui permettant de construire ou de faire construire le bien¹⁹⁷. En d'autres termes, pour que l'opération de leasing immobilier bénéficie du régime T.V.A., elle doit porter sur un immeuble neuf au sens de la T.V.A. S'il s'agit d'un immeuble existant dont le lessor se porte acquéreur, il sera considéré comme neuf jusqu'au 31 décembre de la deuxième année qui suit celle au cours de laquelle a eu lieu la première occupation ou la première utilisation¹⁹⁸. Un immeuble ancien peut également être assimilé à une construction « neuve », permettant la soumission au régime T.V.A. du leasing

192. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 53.

193. Voy. dans ce sens M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, p. 115.

194. Voy. dans ce sens M. BLEUS, « BTW en onroerende leasing », in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMAN et A. VERBEKE (éd.), *Handboek leasing*, coll. Recht en Onderneming, vol. 23, Bruges, de Keure, 2007, pp. 431 et s., spéc. p. 435.

195. Article 1^{er}, 1^o de l'arrêt royal n° 30 du 29 décembre 1992.

196. Voy. M. BLEUS, *op. cit.*, p. 435 ; D. STAS, « Onroerende leasing en B.T.W. », in *Onroerende leasing. Leasing immobilier*, coll. Cahiers Immobiliers, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 143 et s., spéc. p. 149.

197. Voy. sur ce point *supra* n° 16 et s.

198. Article 44, § 3, 1^o, a du Code de la T.V.A.

portant sur celui-ci, lorsque les travaux entrepris dans ce bâtiment ancien ont entraîné des modifications si profondes de celui-ci qu'il en a perdu ses éléments essentiels originaires, tels sa nature, sa structure ou sa destination ; de même, un bâtiment ancien sera considéré comme « neuf », lorsque les travaux, quelle que soit leur nature, représentent 60 % au moins de la valeur vénale du bâtiment après travaux¹⁹⁹.

L'immeuble doit en outre être construit selon les indications détaillées du lessee. La conclusion du contrat de leasing doit donc en principe être préalable à la construction ou l'acquisition du ou des bâtiments qui font l'objet de la convention²⁰⁰. De même, le leasing, pour bénéficier du régime T.V.A., ne pourra avoir été conclu à la fin d'un précédent contrat de leasing et porter sur le bâtiment qui faisait l'objet de ce précédent leasing²⁰¹.

Enfin, l'immeuble doit être utilisé par le lessee dans l'exercice de son activité économique. Le lessee doit par ailleurs être lui-même assujetti à la T.V.A. Si l'immeuble est utilisé pour partie à des fins étrangères à cette activité (par exemple s'il est affecté en partie au logement de la famille du lessee, ou s'il est utilisé en partie par un tiers ou par une autorité publique y développant des activités qui sortent du champ d'application de la T.V.A.), l'opération de leasing immobilier ne sera soumise à la T.V.A. que dans la mesure où les bâtiments sont destinés à l'exercice par l'assujetti de son activité économique. Une ventilation sera nécessaire le cas échéant.

104. Pour être soumis à la T.V.A., le contrat de leasing immobilier doit être non résiliable et non translatif de propriété.

Le contrat ne peut être translatif de propriété, même de manière différée. Le paiement du dernier loyer ou de la dernière redevance ne peut donc pas entraîner le transfert automatique de la propriété ou d'un autre droit réel sur le bien au lessee. À défaut, le contrat doit être qualifié de location-vente, ou de vente d'immeuble à construire avec transfert différé de la propriété ; tel est par exemple le cas lorsqu'il est convenu entre les parties que le bail prend fin

199. Sur les autres conditions auxquelles un bâtiment ancien peut être assimilé à une construction neuve au sens de la T.V.A., voy. entre autres J. BUBLOT, *op. cit.*, pp. 47-50.

200. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 15. En effet, « (...) selon l'Administration, cette condition n'est pas remplie lorsque le bailleur conclut un contrat de leasing immobilier portant sur des bâtiments qu'il avait déjà construits ou acquis lui-même au moment de ce contrat » (J. BUBLOT, *op. cit.*, p. 85 ; l'auteur cite Com. T.V.A., n° 61/2, qui se réfère à la *Revue de la T.V.A.*, n° 40, p. 465, n° 691). Pour une analyse des difficultés générées par cette condition, voy. entre autres L. DE BROE, « Onroerende leasing : B.T.W. en registratierechten », *Not. Fis. Maand.*, 1990, pp. 237 et s., spéc. pp. 238-239 ; M. BLEUS, *op. cit.*, p. 439.

201. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 16.

au moment où expire le terme pour lequel le droit de superficie est concédé²⁰². Au sens de la législation T.V.A., le leasing immobilier repose en effet sur l'option, qui dépend du libre choix du lessee²⁰³.

Par ailleurs, le contrat ne peut être résiliable avant son terme, ni par le lessor, ni par le lessee. Les parties ne peuvent donc insérer dans le contrat une clause de résiliation unilatérale au profit de l'une ou de l'autre, ni même résilier par un avenant leur convention avant l'expiration du terme. Par contre, les clauses résolutoires expresses, qui ont pour effet la résolution du contrat en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, ne sont pas visées par cette règle²⁰⁴.

105. Le contrat doit concéder au lessee une option lui permettant d'acquérir, à l'échéance du terme convenu, les droits réels du lessor afférents à l'immeuble faisant l'objet du contrat²⁰⁵. En d'autres termes, à l'expiration du contrat, le lessee peut soit mettre fin à l'occupation, de telle sorte que le bien reste définitivement la propriété du donneur en leasing, soit acheter le bien au prix prévu, correspondant en général à la contre-valeur du capital non reconstitué par les loyers²⁰⁶.

Lorsqu'une personne, propriétaire d'un terrain, constitue au profit d'une entreprise de leasing un droit réel sur ce terrain et que cette entreprise y consuit des bâtiments qu'elle donne en location à un tiers preneur pour une durée équivalente à celle du droit réel dont elle est titulaire, le preneur n'a dans ce cas pas la faculté d'acquérir les droits réels du donneur à l'expiration du contrat de leasing, puisque le bâtiment fait retour à ce moment au propriétaire du terrain. Ce contrat sort dès lors du champ d'application de l'arrêté royal n° 30. Si, en revanche, l'entreprise de leasing est titulaire du droit réel pour une durée excédant de manière significative la durée du contrat de leasing, le preneur a dans ce cas la possibilité d'acquérir le droit réel du donneur et le contrat de leasing entre dans le champ d'application de l'arrêté royal n° 30²⁰⁷.

202. Voy. D. STAS, *op. cit.*, p. 156 ; M. BLEUS, *op. cit.*, p. 442.

203. Voy. P. KARELLE, *op. cit.*, p. 126.

204. Voy. entre autres M. BLEUS, *op. cit.*, p. 443.

205. Sur le caractère essentiel ou non de la présence d'une option d'achat parmi les éléments constitutifs du contrat de leasing immobilier, voy. *supra* n° 68.

206. À l'issue du contrat, les parties peuvent également convenir de prolonger la jouissance, par exemple en reconduisant le contrat de bail (voy. *supra*, n° 69). L'option de prolonger la jouissance n'est cependant pas automatiquement prévue. Elle n'est pas ailleurs nullement requise par la loi.

207. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 29.

Par ailleurs, « (...) n'est pas non plus valable la clause selon laquelle le donneur en leasing disposerait d'une option de vente, c'est-à-dire qu'il disposerait de l'option de vendre ou de ne pas vendre »²⁰⁸. En d'autres termes, une option de vente ne pourra pas remplacer l'option d'achat.

L'option d'achat doit être exercée au terme prévu dans le contrat. Une convention qui permettrait dès lors au preneur de lever l'option antérieurement à son terme sort *ab initio* du champ d'application de l'article 44, § 3, 2°, b) du Code. Rien n'interdit toutefois aux parties de prévoir, dans le contrat de leasing, que le preneur doit notifier dans un certain délai son intention de lever l'option, cette levée ne pouvant en tout état de cause avoir lieu qu'à l'expiration du contrat. Pratiquement, en effet, la passation de l'acte notarié exécutant la levée de l'option peut exiger un certain nombre d'actes préparatoires (comme par exemple d'éventuelles analyses du sol), ce qui nécessite un certain temps²⁰⁹.

106. Le contrat de leasing immobilier, vu son caractère essentiellement financier au sens de la législation sur la T.V.A., doit prévoir la reconstitution, dans le chef du lessor, du capital investi. Depuis sa modification du 10 janvier 2005 (entrée en vigueur le 27 janvier 2005), l'article 1, 4° de l'arrêté royal n° 30 précise que « à l'expiration de la période de quinze ans visée à l'article 9 de l'arrêté royal n° 3, du 10 décembre 1969 [soit la période de révision des déductions de la T.V.A. ayant grevé la construction ou l'acquisition du bâtiment], le montant total des loyers périodiques à payer par le preneur doit permettre au donneur de reconstituer intégralement le capital investi ». Auparavant, l'article 1, 4° prévoyait que non seulement le montant des redevances, mais aussi le montant compris dans l'option d'achat, était pris en compte pour vérifier la condition relative à la reconstitution du capital. L'arrêté royal du 10 janvier 2005 a supprimé la référence à l'option d'achat à l'article 1, 4° et a introduit la condition relative au délai de quinze ans. La modification de l'article 1, 4° répondait au constat opéré par l'administration fiscale que, de plus en plus souvent, des constructions juridiques étaient mises en place de manière à ce que, d'une part la T.V.A. sur l'investissement réalisé soit immédiatement et intégralement déduite et que, d'autre part, seul un

208. J. BULBOT, *op. cit.*, p. 88. Le contrat doit préciser les critères de détermination de la somme que le preneur devra acquitter s'il entend acquérir les droits réels du donneur afférents aux biens faisant l'objet de la location-financement d'immeubles. Cela signifie que si la convention ne doit pas préciser nécessairement le montant de la somme que le preneur aurait à verser en cas de levée de l'option, il faut au moins qu'y soient précisés d'une manière détaillée les critères selon lesquels ce prix sera déterminé (Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 30). Sur les difficultés générées par cette condition, voy. M. BLEUS, *op. cit.*, pp. 446-448.

209. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 31.

montant de T.V.A. peu important soit ensuite payé (via une redevance périodique limitée, combinée avec une option d'achat élevée)²¹⁰.

La fixation du montant des redevances doit donc répondre à la réalité économique en assurant d'une manière équilibrée, *pro rata temporis*, d'une part le remboursement du capital et des frais, et d'autre part le paiement des intérêts dus. Dans le respect de ce principe, les parties restent libres de moduler la part respective de chacun de ces éléments en fonction de l'écoulement du temps et, le cas échéant, de l'adapter aux circonstances économiques. Les principes de la pratique abusive, de l'abus de droit ou de la simulation, sont cependant, suivant le cas, toujours susceptibles d'être opposés par l'Administration aux contrats présentant à cet égard des inéquités flagrantes. Tel pourrait, notamment, être le cas d'un contrat de location-financement conclu entre des parties liées et présentant une disproportion importante et injustifiée entre le montant significativement moins important des redevances prévues au cours des premières années du contrat et le montant nettement plus important de celles prévues en fin de contrat, de sorte que l'éventuelle résiliation du contrat aboutisse à ce que le montant de la taxe dont la déduction est définitivement acquise soit sans commune mesure avec le total des taxes perçues sur les redevances périodiques²¹¹. Rien ne s'oppose en revanche, comme c'est le cas dans de nombreux contrats de leasing, à ce que le donneur en leasing demande un premier loyer plus important, en vue notamment de couvrir une partie du risque sur la valeur du bâtiment²¹².

La disposition applicable depuis le 27 janvier 2005 prévoit qu'à l'expiration de la période de quinze ans, visée à l'article 9 de l'arrêté royal n° 3 du 10 décembre 1969 relatif aux déductions pour l'application de la taxe sur la valeur ajoutée, le montant total des loyers périodiques à payer par le preneur doit permettre au donneur de reconstruire intégralement le capital investi²¹³; le point de départ de la période de quinze ans, à l'expiration de

210. Voy. en ce sens M. BLEUS, *op. cit.*, p. 449. Voy. également dans ce sens M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, qui précisent que « (...) l'introduction du délai de quinze ans trouve une explication dans le fait que le législateur vise à éviter les constructions juridiques permettant les déductions immédiates de T.V.A., sans que le capital investi puisse être reconstruit dans un délai raisonnable. Il faut que durant le délai de révision de quinze ans applicable aux bâtiments, la T.V.A. due sur les redevances périodiques correspondent au moins à la T.V.A. que le donneur en leasing peut déduire » (*op. cit.*, p. 125).

211. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 38.

212. Pour une analyse critique de cette nouvelle disposition, voy. notamment D. STAS, *op. cit.*, pp. 160-163.

213. Pour les contrats conclus avant le 27 janvier 2005, les redevances périodiques et la somme prévue à la levée de l'option devaient reconstruire l'investissement consenti par le donneur en leasing.

laquelle le capital investi doit avoir été reconstitué, est le 1^{er} janvier de l'année au cours de laquelle le bâtiment est mis en service²¹⁴.

Cette condition de reconstitution du capital pendant le délai de révision de quinze ans n'exerce aucune influence sur la durée du contrat de leasing immobilier en lui-même. Ainsi, par exemple, lorsque la structure juridique du leasing prend appui sur un contrat d'emphytéose d'une durée minimale de 27 ans, il suffira de s'assurer que le montant total des canons payés pendant la période initiale de quinze ans suffit à couvrir le montant des opérations qui ont donné lieu à une déduction de T.V.A.²¹⁵.

107. La taxe se calcule sur le montant des loyers ou redevances, augmenté, le cas échéant, des charges stipulées au profit du lessor. Elle est appliquée aux loyers ou redevances au fur et à mesure de leur échéance. Aucune distinction n'est opérée, pour la perception de la taxe, d'une part entre la partie du loyer ou de la redevance qui reconstitue le capital et les charges du donneur et celle qui concerne les intérêts, ni d'autre part, entre la partie des loyers et redevances qui est afférente au bâtiment et celle qui est relative au terrain²¹⁶.

La déduction par le lessor de la T.V.A. grevant les redevances est fonction de son droit à déduction. Ainsi, lorsque le preneur est un assujéti qui affecte uniquement les biens pris en leasing à l'exercice d'une activité économique imposable, il peut déduire la taxe qui grève les loyers ou redevances conformément aux règles normales²¹⁷.

Quant au lessor, étant donné sa qualité d'assujéti²¹⁸, il doit remplir toutes les obligations prévues par le Code de la T.V.A., notamment en matière de facturation et de déclaration; ainsi, il doit facturer les redevances avec T.V.A. et peut, conformément à l'article 45, § 1^{er}, du Code de la T.V.A., déduire de la taxe dont il est redevable pour les opérations imposables qu'il effectue, les taxes ayant grevé les biens et les services qu'il a utilisés pour faire ces opérations²¹⁹. Par exemple, le lessor est autorisé à déduire les taxes ayant

214. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 50.

215. Voy. M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, p. 125. Les auteurs citent V. BIDOUL, *Location immobilière et institutions voisines : une analyse T.V.A.*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 149.

216. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 58.

217. Lorsque le lessor utilise les biens pris en leasing à des fins économiques ne permettant la déduction que partiellement, il est tenu d'opérer la déduction soit selon la règle du prorata général (article 46, § 1^{er}, du Code), soit selon la règle de l'affectation réelle (article 46, § 2, du Code).

218. Voy. *supra* n° 102.

219. Voy. M.C. VALSCHAERTS, *op. cit.*, n° 3.15.

gravé les biens et les services utilisés pour effectuer ou faire effectuer les grosses réparations lorsque le contrat lui imposerait de les réaliser ²²⁰.

108. Enfin, la cession du contrat de leasing par le lessee ne fait pas sortir l'opération du champ d'application, « (...) à la condition que (i) le preneur cède l'ensemble de ses droits ; (ii) le cessionnaire soit subrogé au preneur originaire dans toutes ses obligations, sous cette réserve que le donneur peut se réserver un recours contre le preneur originaire en cas de défaillance du cessionnaire ; (iii) le cessionnaire utilise le bien dans le cadre de son activité d'assujéti » ²²¹. En revanche, si le lessor cède l'immeuble à un tiers en cours de contrat, l'opération sort du champ d'application de la T.V.A., car le nouveau propriétaire ne pourra pas être considéré comme ayant acheté ou fait construire l'immeuble suivant les indications détaillées du lessee ²²².

3. Droits d'enregistrement

109. Le contrat de leasing immobilier constitue, au sens de l'article 19 du Code des droits d'enregistrement, un acte portant bail d'immeubles ou parties d'immeubles situés en Belgique. Le Code ne fait certes pas explicitement référence au contrat de leasing immobilier. Il assimile cependant au bail les contrats constitutifs de droits d'emphytéose ou de superficie et leurs cessions ²²³.

Conformément à l'article 32, 5° du Code des droits d'enregistrement, le contrat de leasing immobilier doit être présenté à la formalité de l'enregistrement dans les quatre mois à compter de sa signature. S'il est passé en forme authentique, il doit être présenté dans les quinze jours de la signature de l'acte (article 32, 1°) ²²⁴.

110. Dans le cas où la société de leasing achète le terrain pour y ériger l'immeuble selon les spécifications du lessee, en vue de le mettre à disposition de ce dernier, un droit proportionnel de 12,5 % (10 % en Région flamande) est perçu sur la valeur du terrain. En revanche, lorsque le candidat lessee est déjà propriétaire du terrain et qu'il constitue sur ce terrain un droit de superficie ou d'emphytéose à titre gratuit au profit du lessor ²²⁵, la constitution de

220. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 60.

221. P. KARLELLE, *op. cit.*, p. 128 ; voy. également la Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 76.

222. Circulaire 10/2007, *op. cit.*, n° 73-75.

223. Article 83, alinéa 2, du Code des droits d'enregistrement.

224. Sur le leasing immobilier et les droits d'enregistrement, voy. récemment K. MAERVOET, « Onroerende leasing en registratierecht », in *Onroerende leasing. Leasing immobilier*, coll. Cahiers Immobiliers, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 137 et s.

225. Voy. *supra* n° 33.

ces droits réels n'est pas soumise à la perception du droit proportionnel, mais uniquement à la perception du droit fixe de 25 euros ²²⁶.

111. Le contrat de leasing immobilier lui-même, qui organise la mise à disposition du bien au profit du lessee, moyennant le paiement des redevances (en utilisant le mécanisme du bail, de l'emphytéose ou de la superficie) ²²⁷ doit être présenté à l'enregistrement.

Le contrat de leasing immobilier qui répond aux conditions de la législation sur la T.V.A. est exempté du droit d'enregistrement proportionnel ²²⁸ et est soumis au droit fixe général de 25 euros ²²⁹. Dans le cas contraire, le leasing immobilier est soumis au droit proportionnel de 0,20 %. Conformément à l'article 84 du Code des droits d'enregistrement, la base imposable est dans ce cas « le montant cumulé des loyers et des charges imposées au preneur pour toute la durée du bail ou, s'il s'agit d'une cession, pour la période restant à courir ».

112. Enfin, le droit proportionnel de 12,5 % (10 % en Région flamande) est perçu une seconde fois (cette fois sur le terrain et le bâtiment) lorsque le lessee lève l'option d'achat à l'issue de l'opération ²³⁰.

Ceci explique la raison pour laquelle le lessee a intérêt à réaliser l'opération de leasing immobilier sur un terrain dont il est propriétaire (le cas échéant en l'ayant acheté au préalable) et à constituer sur ce terrain un droit

226. Le droit de donation sur la constitution au profit du lessor du droit de superficie ou d'emphytéose n'est pas dû, car il n'y a aucun *animus donandi* dans le chef du lessee : « d'une part, la constitution du droit de superficie procure au donneur en leasing la certitude de conserver la propriété des immeubles pendant toute la durée du contrat de leasing ; d'autre part, le preneur en leasing en tire également avantage puisqu'il peut exercer de façon durable son exploitation dans l'immeuble constitué par le donneur en leasing. En outre, on ne peut pas dire que l'indemnité pour l'octroi à titre gratuit du droit de superficie consiste en l'acquisition à titre gratuit des immeubles à la fin du contrat de superficie, dans la mesure où, dans le cadre de pareil contrat de leasing immobilier, le preneur en leasing rembourse globalement au donneur en leasing la totalité des coûts d'investissements que ce dernier a supportés » (M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELLE, *op. cit.*, p. 135 ; voy. également dans ce sens K. MAERVOET, *op. cit.*, p. 139 ; L. DE BROE, *op. cit.*, p. 253).

227. Sur le régime juridique de la mise à disposition du bien, voy. *supra* n° 21 et s.

228. Voy. l'article 159, 10° du Code des droits d'enregistrement : « Sont exemptés du droit proportionnel et soumis au droit fixe général : (...) 10° les contrats de location-financement d'immeubles visés à l'art. 44, § 3, 2°, b, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée ».

229. Le montant du droit fixe général est fixé à l'article 11, alinéa 3 du Code des droits d'enregistrement. En application de l'article 45 du Code des droits d'enregistrement, le droit proportionnel dû lors de la levée de l'option est liquidé sur la base du prix de l'option, sans que ce montant puisse être inférieur à la valeur vénale de l'immeuble ; l'article 46 du Code des droits d'enregistrement. Voy. également sur cette question A. CUVELLIER, *Droits d'enregistrement et T.V.A. applicables aux ventes d'immeubles*, coll. *Répertoire notarial*, tome VII, livre 8, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 315-323.

de superficie ou d'emphytéose à titre gratuit au profit du lessor. Dans ce cas, si le lessee n'exerce pas son droit d'option et que, par exemple, il prend en location le bâtiment à l'expiration du leasing, il en deviendra ultérieurement propriétaire par accession lorsque le droit de superficie constitué au profit du lessor, et d'une durée supérieure au contrat de leasing, prendra fin. Sous réserve d'une requalification de l'opération par l'administration fiscale (par exemple dans l'hypothèse où le lessor renoncerait à son droit de superficie peu de temps après avoir donné le bien en location après l'expiration du contrat de leasing)²³¹, ce transfert de la propriété par accession au profit du lessee ne sera pas soumis au droit proportionnel ; seul le droit fixe de 25 euros sera perçu sur l'acte constatant l'acquisition par accession²³². Comme le rappelle à juste titre Y. Moreau et A. Cox, dans ce cas, les parties seront attentives à déroger, dans le contrat établissant le droit de superficie, à l'article 6 de la loi du 18 janvier 1824, qui prévoit que le propriétaire du terrain, qui récupère par accession la propriété des bâtiments construits, doit normalement en rembourser la valeur actuelle au titulaire du droit de superficie²³³.

Conclusion

113. Ainsi que nous l'écrivions voici dix ans²³⁴, le leasing immobilier demeure assurément, tout comme le leasing mobilier, « une institution aux contours et au régime toujours incertains »²³⁵.

114. Le constat vaut d'abord en droit fiscal. Ainsi, nonobstant les précisions qui ont été apportées par l'Administration dans sa circulaire 10/2007²³⁶, certaines incertitudes subsistent dans diverses situations particulières. D. Stas relève ainsi, entre autres, les questions de l'incidence sur la T.V.A. de l'adaptation des conditions du contrat de leasing en cours d'opération, de l'application du régime T.V.A. aux immeubles de courte durée (s'agissant spécialement d'équipements industriels immobilisés par nature) ou encore de la révision de la T.V.A. dans l'hypothèse de la faillite du lessee avant la fin du contrat ; nous

231. Voy. L. DE BROE, *op. cit.*, pp. 254-255. Voy. également *supra* n° 34.

232. Voy. en ce sens M.C. VALSCHAERTS et O. DE CLIPPELE, *op. cit.*, p. 136 ; voy. cependant les réserves émises par K. MAERVOET (*op. cit.*, p. 141), dans l'hypothèse où les parties conviendraient de mettre fin de manière anticipative au droit réel, conclu pour une durée plus longue que le contrat de leasing immobilier.

233. Voy. Y. MOREAU et A. COX, *op. cit.*, p. 58 et réf. citées.

234. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et B. KOHL, *op. cit.*, p. 26.

235. A. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 325.

236. Voy. *supra* n° 98.

nous permettons d'y renvoyer le lecteur²³⁷. En droit comptable et fiscal, les implications de l'adaptation des règles comptables à la norme I.A.S. 17 généreront également leur lot de questions²³⁸.

115. Ensuite, cette observation s'applique assurément en droit privé : 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 parcelaire, de sorte que ni la loi, ni la jurisprudence ne permettent toujours pas, à l'heure actuelle, de définir précisément, sur le plan du droit privé, un régime général applicable au leasing immobilier.

À cet égard, nous persistons à penser que les incertitudes subsistant encore en cette matière ne sont pas de nature à devoir entraîner une réglementation complète et minutieuse de l'opération²³⁹. En effet, 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 aux 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.

116. Bref, pour permettre au leasing immobilier de continuer à pouvoir s'adapter aux besoins des opérateurs économiques, mais également pour éviter une potentielle incohérence entre les normes de droit privé qui seraient éventuellement créées et le droit fiscal, nous estimons toujours aussi 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 continuer à préciser, pas à pas, les derniers contours de cette institution²⁴⁰.

237. Voy. D. STAS, *op. cit.*, pp. 175-181.

238. Voy. *supra* n° 89-92, et les références citées en note. Rappelons, en outre ici, qu'un projet de révision de cette norme I.A.S. 17 est déjà inscrit à l'agenda (voy. *supra*, n° 92).

239. Voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE et B. KOHL, *op. cit.*, p. 26.

240. *Op. cit.*, p. 27.