Etude LIX - Doc. 4
UNIDROIT 1977
(Original: anglais)

Unidroit

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

N O T E

à l'attention du

Groupe de travail exploratoire restreint

du Conseil de Direction

sur le contrat de leasing

Rome, mars 1977

1. - Le Secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) a été saisi pour la première fois de la question du contrat de leasing par le Conseil de Direction de l'Institut lors de sa 53ème session en février 1974. A cette session le Conseil a donné une priorité pour la période triennale 1975 - 1977 à l'étude de la possibilité de préparer des règles uniformes sur le contrat de leasing.

2. - Dans ce contexte, le Secrétariat a préparé un rapport préliminaire illustrant le fonctionnement de ce nouveau contrat, les problèmes juridiques qu'il soulève en général et au niveau des opérations internationales en particulier. Ce rapport a été soumis à un Groupe de travail restreint du Conseil de Direction en avril 1975 lequel, outre l'exclusion du leasing immobilier, ainsi que du leasing portant sur les navires et les aéronefs du champ d'application de toute future règle, a décidé que l'attention devrait être concentrée sur les opérations internationales plutôt que sur les opérations internes. A cette fin, il a autorisé le Secrétariat à distribuer son rapport préliminaire aux experts et à obtenir des informations plus détaillées en ce qui concerne le leasing international.

3. - En mars 1976 le Secrétariat a distribué un questionnaire destiné à débroussailler certains problèmes propres au leasing en général et à obtenir des informations plus détaillées sur la nature des opérations internationales. Des réponses sont arrivées de tous les coins du monde et celles-ci ont été analysées dans un document qui a été présenté au Conseil de Direction lors de sa 55ème session tenue en septembre 1976. Un des facteurs les plus importants qui ressort de l'enquête menée par l'Institut est que la réalisation réussie de véritables opérations de leasing international, par opposition aux opérations internationales indirectes effectuées par des filiales, est pour le moment un fait assez rare, dans une large mesure parce que le traitement juridique réservé effectivement au même contrat de leasing varie d'un pays à l'autre, et qu'en conséquence l'intérêt semblerait se porter vers une réglementation internationale uniforme du contrat de leasing en général, plutôt que vers des règles traitant tout particulièrement des opérations de leasing international. A plus forte raison lorsque l'on examine les tentatives rares et fragmentaires qu'ont fait les législateurs nationaux pour réglementer ce nouveau contrat, tantôt sous l'angle fiscal, tantôt sous l'angle comptable, mais seulement rarement du point de vue strictement juridique. Ce manque, presque omniprésent, de cadre juridique de base pour le contrat de leasing, nonobstant les caractéristiques <u>sui generis</u> que les commentateurs lui reconnaissent par rapport aux modèles contractuels existants, a fait naître, dans l'esprit de la plupart de ceux qui ont répondu au questionnaire d'UNIDROIT, un double élan vers la préparation de règles internationales uniformes sur le leasing en vue, premièrement, de clarifier la situation juridique au niveau national et, deuxièmement, d'encourager l'utilisation de cette source de crédit particulièrement flexible dans les transactions commerciales internationales en raison du caractère surtout uniforme qui serait l'objectif desdites règles.

4. - A la lumière du document du Secrétariat contenant cette analyse, le Conseil de Direction à sa 55ème session a décidé de constituer un Groupe de travail exploratoire choisi parmi ses propres membres et assisté par des experts provenant du monde de la pratique du leasing. Ce Groupe a été chargé de lui faire rapport lors de sa 56ème session, qui aura lieu à Rome en mai, en vue de lui faciliter la prise d'une décision définitive quant à la convocation d'un Comité d'étude chargé de préparer des règles uniformes sur le leasing. La tâche principale de ce Groupe de travail est d'examiner deux problèmes qui ont fait naître des doutes dans l'esprit des membres du Conseil de Direction à sa dernière session en ce qui concerne l'opportunité de procéder à une réglementation uniforme du contrat de leasing: premièrement, s'il est possible de séparer les aspects de droit privé du leasing de ses aspects fiscaux étant donné que l'on admet généralement que ces derniers aspects sont impropres à l'unification, et, deuxièmement, s'il est opportun de traiter le contrat de leasing indépendamment des "security interests", compte tenu tout particulièrement des travaux que la CNUDCI a entrepris en vue de l'établissement d'une "security interest" uniforme pour les transactions commerciales internationales.

5. - L'enquête menée par le Secrétariat semblerait confirmer l'opportunité de la préparation de quelques règles uniformes de base de droit privé pour le contrat de leasing, tout à fait indépendamment - et à juste titre ainsi - de la situation correspondante en droit fiscal qui, précisément à cause de l'incertitude, voire de la confusion persistante quant à la nature juridique exacte du contrat de leasing et au régime adéquat des droits et obligations contractuels à lui appliquer, tend presque à supplanter le droit privé dans ce domaine, retardant ainsi la clarification du concept ou des concepts juridiques particuliers qui sont à la base du leasing. On émet l'opinion que l'apparition de ces concepts juridiques a été jusqu'ici étouffée par la tendance à se répandre de l'activité des autorités fiscales dans ce domaine. A ce propos, il n'y a aucun doute que les autorités fiscales ont considérablement favorisé l'activité du leasing, sous la forme de crédits fiscaux accordés en cas d'investissement et de la dépréciation accélérée, mais ce n'est pas une raison pour voir dans le leasing une fraude massive de la part des sociétés à l'égard des autorités fiscales. Les Gouvernements ont plutôt décidé, à travers les possibilités de manoeuvre politico-économique que leur offre leur politique fiscale, d'accroître la capacité d'investissement de l'industrie dans un climat économique dans lequel les prémisses de base d'hier sont rapidement en train de céder devant des impératifs nouveaux dont un est l'accent sur l'utilisation plutôt que sur la propriété de l'équipement industriel en vue, entre autres, de préserver la compétitivité et dont un autre est la recherche constante de moyens de financement sains dans le contexte d'une politique d'investissement viable. Le fait que le mécanisme du leasing a si bien réussi à répondre à ces besoins pressants, nonobstant la concurrence des méthodes de financement plus classiques offertes par les établissements bancaires, a été indubitablement

facilité par sa structure particulière qui encourage l'industrie à investir dans l'utilisation de matériels indispensables mais souvent inabordables au moyen d'une dette échelonnée que le créancier - bailleur de fonds peut couvrir grâce à la politique d'investissement industriel éclairée que les Gouvernements poursuivent invariablement à travers leur politique fiscale. Le moyen de financement que représente le leasing et par excellence le leasing "full-pay-out" est tellement relativement simple et flexible dans sa structure de base, modelée dans une large mesure sur la location, qu'il favorise l'apparition de variétés toujours plus hybrides de cette créature déjà hybride du monde financier. D'où il s'ensuit que son succès ne peut pas être considéré comme quelque chose d'éphémère mais il doit plutôt être vu comme un instrument de capacités infinies au service du commerce.

6. - Le potentiel d'investissement de l'opération de leasing dans le contexte de la situation économique de crise d'aujourd'hui ne devrait pas, cependant, empêcher les yeux autrement admiratifs de voir les abus en matière fiscale qui se sont produits dernièrement sur ce thème de base, tout particulièrement aux Etats-Unis à travers le "leveraged leasing" toutefois, on émet respectueusement l'opinion que l'on peut y voir plutôt le résultat de la confusion fiscale et comptable que l'on a laissée incontrôlée à ce sujet que l'exploitation d'une tendance fondamentale du mécanisme du leasing à la fraude fiscale. On émet en outre l'opinion que les résultats de cette activité féroce des autorités fiscales en l'absence qui se poursuit d'un concept de droit privé de base du leasing, conçu alors que l'on songeait au leasing plutôt que dans le contexte de rapprochements souvent impropres avec des schémas contractuels pré-existants, ont été désastreux. Ainsi de nombreux pays ont élaboré des règles fiscales spécifiques sans même s'arrêter à la recherche d'une définition du concept utilisé dans le leasing, par opposition aux différents schémas auxquels on l'a assimilé au cours des années, de sorte que ces règles sont maintenant appliquées d'une façon tellement différente d'un pays à l'autre qu'il ne semble presque plus possible de les rattacher à un même concept de base. Le résultat de cette confusion a été l'échec tragique des nombreux efforts dirigés jusqu'ici vers la réalisation de véritables opérations de leasing international directes, sacrifice qu'une industrie déjà avide de crédits et d'exportations peut difficilement se permettre.

7. - Dans ce qui précède nous avons tenté d'attirer l'attention sur une partie de l'épaisse couche fiscale qui a empêché jusqu'ici le développement d'un concept de droit privé autonome du leasing. On émet l'opinion que la clarification de ce concept est néanmoins une question urgente compte tenu du nombre croissant de problèmes juridiques dérivant du caractère particulier du leasing "full-pay-out" en particulier. On émet en outre l'opinion que le fruit supplémentaire d'un tel processus de clarification pourrait bien être de mettre fin à une partie de la confusion qui règne à ce sujet dans le domaine fiscal, et ceci en conférant au leasing un caractère de

droit privé autonome par rapport aux schémas contradictoires entre lesquels les différents contrats de leasing ont été jusqu'ici tiraillés, surtout pour des raisons fiscales. En percevant la fissure existant entre le concept de droit privé à la base du moyen de financement que comporte le leasing et les aspects de ce mécanisme qui attirent l'attention des autorités fiscales de partout, il est important de conserver présent à l'esprit la sphère d'activité traditionnelle réservée à ces dernières, à savoir, le réapprovisionnement régulier du Trésor par les impôts provenant de toute activité imposable, sans tenir compte de ce qu'une telle activité a été ou non baptisée juridiquement. Le champ de cette activité dévorante ne laisse que peu de temps aux autorités fiscales pour combler de tels vides par leurs propres efforts: telle est la prérogative du législateur dans le domaine du droit privé. Les efforts du législateur dans ce dernier domaine pour clarifier la base juridique de nouveaux contrats ne se sont pas antérieurement heurtés au régime concomitant établi pour de tels contrats par les autorités fiscales et on émet l'opinion qu'il n'y a aucun motif pour croire que, pour la seule raison que ces dernières ont commencé dans ce domaine, il ne peut s'avérer parfaitement possible d'établir une base de droit privé autonome autour des caractéristiques tout à fait particulières du contrat de leasing.

8. - En ce qui concerne la seconde difficulté qui a troublé le Conseil de Direction à sa dernière session, à savoir si ou non il est opportun de traiter du leasing indépendamment des sûretés réelles (security interests), différents facteurs conduisent le Secrétariat à croire que, bien qu'il puisse être justifié dans certains cas de voir dans un contrat de leasing les qualités essentielles d'une sûreté réelle (les cas que le Code de commerce uniforme des Etats-Unis désignent comme des "leases intended as security") - et de tels contrats devraient bien évidemment être traités comme des sûretés réelles aux fins de tout système d'enregistrement établi pour les sûretés réelles - la nature essentielle d'un contrat de leasing ne le conduit en aucune façon automatiquement dans la catégorie des sûretés réelles - pas plus qu'elle ne justifie qu'il soit inséré dans les différents autres schémas contractuels préexistants qui ont été suggérés. La grande majorité des réponses au Questionnaire d'UNIDROIT a souligné combien il est important de clarifier la base juridique du leasing, indépendamment du sujet plus vaste des sûretés réelles en général. Bien évidemment, entreprendre une telle clarification de la base juridique du contrat de leasing, en tenant compte en particulier des caractéristiques qui le distinguent des différents modèles auxquels on l'a uniformément assimilé, clarifierait à son tour la question de savoir quand un contrat de leasing est en fait une sûreté réelle. On émet l'opinion que l'absence d'une telle base de droit privé autonome pour le leasing a été un facteur qui a grandement contribué à la poursuite de la controverse "location - vente sous condition" dans ce domaine.

9. - En outre, les sûretés réelles sans dépossession sont étroitement liées à un contrat de vente sous-jacent, tandis que, malgré l'accent que l'on a trop souvent mis sur le phénomène de l'option d'achat avec lequel le leasing s'identifie aux yeux de beaucoup de personnes, le leasing n'est ni une vente, ni se sert à la réaliser, étant essentiellement un contrat de location dont l'objectif principal pour le preneur est de s'assurer l'utilisation d'un matériel extrêmement coûteux pour la durée raisonnablement prévisible de sa vie économique, la propriété juridique comptant de moins en moins économiquement parlant dans les affaires modernes (voir à ce propos la décision de l'"Oberlandesgerichtshof" de Francfort du 23 juin 1976, NJW 1977, 200, décidant que le leasing financier "full-pay-out" normal est en général un contrat de location).

10. - Il faut également attirer l'attention sur le manque d'à-propos de l'application aux contrats de leasing de l'ensemble du régime portant sur les sûretés réelles que contient l'article 9 du Code de commerce uniforme. M. Peter F. Coogan, autorité américaine en la matière, signale que "à moins que l'opération ne se rapproche beaucoup de celle que l'on traite traditionnellement comme une sûreté, une opération de leasing n'est pas susceptible de l'application des dispositions (que l'on peut raisonnablement considérer comme la raison d'être) de l'article 9 prévoyant les recours qui peuvent être exercés. Il est évident que le titulaire d'une sûreté ne peut faire valoir les obligations de son débiteur en vendant le matériel si le titulaire de la sûreté en est déjà propriétaire" (cfr. "Leases of Equipment and Some Other Unconventional Security Devices", Equipment Leasing 1976, p. 9 à la page 77). Un bailleur américain a commenté: "les bailleurs ont besoin d'un régime de recours qui reconnaît la propriété du bailleur, permet la reprise immédiate de possession en cas de défaillance et empêche toute opposition par le preneur d'un droit réel sur le matériel".

11. - On émet l'opinion à la lumière de ce qui précède que le champ d'un exercice de clarification semblerait être fécond et qu'en outre un tel exercice est réclamé avec urgence en vue d'encourager l'expansion de cet instrument précieux du commerce international moderne à l'intérieur d'un cadre juridique clairement défini qui lui serait propre. On suggère que le Groupe de travail pourrait, s'il le souhaite, examiner certains des éléments de base d'un tel travail de clarification, en indiquant par là au Secrétariat les matières particulières sur lesquelles il estime qu'il devrait concentrer ses efforts.