



**COMITE CONSULTATIF
POUR L'ELABORATION D'UNE
LOI TYPE SUR LE *LEASING*
Deuxième session
Rome, 6-7 février 2006**

UNIDROIT 2006
Etude LIXA–Doc. 4
Original: anglais/français
Janvier 2006

AVANT-PROJET DE LOI TYPE SUR LE *LEASING*

*(préparé par le Rapporteur sur la base des directives fournies par le Comité consultatif
lors de sa première session (Rome, 17 octobre 2005)):*

COMMENTAIRES

par M. Bey, Dr Castillo-Triana, Leaseurope, Mme Normantovitch, Professeur Shi et M. Sultanov,
membres du Comité consultatif

COMMENTAIRES DE M. BEY

Observations générales

Au plan général, je suggère, sur la forme, une présentation plus concentrée du texte et plus logique. Par exemple, l'article 27, intitulé "refus de livraison non conforme", traite immédiatement du "défaut de livraison" qui exprime l'inexécution de l'obligation et nullement sa mauvaise exécution. D'ailleurs, le texte est entaché d'une contradiction rédhibitoire. Car il dispose (a) que: "A défaut de livraison, ..., le preneur a le droit d'accepter le matériel, de le refuser". Comment peut-on, tout à la fois, constater le défaut de livraison du matériel et l'accepter ou le refuser ? En vérité, le texte vise la livraison tardive ou non conforme. Sa rédaction mérite d'être revue. Il serait même bon de le scinder pour ne conserver dans cette partie (Chapitre V) que ce qui motive la résiliation, objet de cette partie, et renvoyer l'autre partie à l'article 17 qui traite précisément du refus du matériel dans les prévisions de l'article 27,

Sur le fond, je suggère la suppression de tout ce qui rappelle inutilement le droit commun, les règles d'interprétation, ..., pour ne conserver que ce qui est spécifique à la matière traitée. Il me semble donc utile de supprimer les articles 4, 5, 6 et 7, donc tout le Chapitre II. D'ailleurs, je ne vois pas en quoi l'interprétation d'un contrat (article 5) concerne sa formation (Chapitre II, formation).

La "documentation" de l'article 6 du Chapitre II "formation" doit se borner à exiger la rédaction d'un écrit. On peut d'ailleurs rattacher cette disposition à l'article 3 "liberté contractuelle". On observera en outre que l'article 6(3) est équivoque. Qui doit, en effet, "déterminer la clause à fournir" et qui, "on", devrait prendre en considération l'intention des parties... ? Est-ce le juge du contrat ? Si tel est le cas, il serait partie au contrat, ce qui ne se peut !

Est-il également utile de conserver l'article 8 "opposabilité" qui relève des principes généraux des contrats et de textes spécifiques (droit de la faillite, ...) ?

Je suggère de reprendre notre texte en partant de la Convention d'Ottawa qui est la synthèse des travaux de l'Institut en la matière, de quelques grandes lois européennes, ... y relatives, et de la pratique (qui est confrontée aux problèmes spécifiques de la location et du crédit-bail, ...).

Il me semble également nécessaire de ne point perdre de vue que la location est une institution banale et que de ce fait seules les spécificités de la location de matériel doivent être traitées dans la loi type en distinguant les dispositions impératives, ainsi non susceptibles de dérogation, des dispositions supplétives de la volonté des parties. D'ailleurs ce principe doit être étendu à l'ensemble de la loi. Elle l'a certes fait en matière indemnitaires (article 25). Mais doit-on conclure que toutes les dispositions de la loi qui ne sont pas explicitement ou implicitement impératives, sont supplétives de la volonté des parties ? Il me semble utile que la loi énumère celles qui sont insusceptibles de dérogation !

Une lecture détaillée de l'avant-projet permet de signaler que: sur le domaine de la loi (champ d'application: **article 1**), une "opération" ne peut juridiquement "créer" une location". Une opération est constituée par un ensemble de contrats interdépendants pour la réalisation de la fin recherchée. À ma connaissance, l'opération n'est pas juridiquement définie même si certaines lois, comme en France pour la loi bancaire, la loi sur le crédit-bail, ..., l'emploient sans lui donner, en droit, une définition. La location est donc l'un des contrats de l'opération de *leasing* qui ne se résout pas à ce seul contrat. On notera, à ce sujet, que l'avant-projet ne traite du contrat de vente (contrat de fourniture) qu'incidemment alors qu'il est un contrat important de l'opération de crédit-bail. L'explication de cette différence de traitement réside, à mon avis, dans la méthodologie choisie initialement, consistant à traiter ensemble la location de matériel, finalement banale, et le crédit-bail, alors qu'on aurait pu les envisager séparément pour plus de clarté.

Le terme de "territoire de l'État" vise le territoire national. Faire dépendre l'applicabilité de la loi à l'"opération", par une stipulation du "contrat de location", heurte le principe de l'effet relatif des contrats en ce que le contrat de vente s'y trouve *ipso jure* soumis. Or il intéresse le fournisseur, tiers au contrat de location. Bien sûr, la loi peut tout faire, mais est-il nécessaire d'envisager une telle situation dont l'effet utile concerne les contrats de *leasing* internationaux relevant du droit international privé des États ? De manière générale, cet article dont l'importance est primordiale, gagnerait à être rerédigé.

Le "particulier" (**article 2**, centre des intérêts principaux) n'est-il autre que la personne physique commerçante par opposition à la personne morale révélée par son siège statutaire (social) ? Je suggère la suppression de "inexécution ... article 22". A défaut il convient de définir tous les mots importants.

Le bien meuble est défini par sa nature corporelle ou incorporelle, mais non par sa fonction qui est ici essentielle car elle détermine le domaine de la loi. Le matériel est certes un bien meuble ..., mais à usage commercial, professionnel, de service, ... ce qui exclut les biens à usage domestique. À mon avis, une définition doit être complète.

À cet égard, envisage-t-on de donner en location ou en crédit-bail "les petits animaux non arrivés à terme" ??? Je signale que la question du crédit-bail des animaux "productifs" tels les chevaux, les vaches laitières, ... s'est posée dans certains pays. Des chefs d'entreprise ont envisagé de financer ou de faire financer en crédit-bail des joueurs de football ! Il me semble très important

de revoir la définition du terme matériel sachant que dans le langage professionnel, il est employé comme synonyme de bien d'équipement professionnel.

Je relève que dans la définition du crédit-bail (b), "le crédit-bailleur acquiert le matériel" ce qui implique que le contrat de vente (de fourniture) est un élément constitutif de l'"opération" (*supra*) au même titre que la location.

Le "droit de posséder et d'utiliser le matériel" signifie, à mon sens et logiquement, le droit de "détenir" et d'exploiter (?) ce matériel, le terme "posséder" n'étant pas pris dans le sens qu'il a dans certains droits: l'exercice de fait d'un droit réel sur une chose corporelle qui s'oppose à la détention qui reconnaît le droit d'autrui. Dans cette intellection, quelle opération juridique vise-t-on par "le crédit-bailleur acquiert le droit de posséder et d'utiliser le matériel en vertu du bail ou d'un bail précédent dont le fournisseur a connaissance" ? Cette disposition est fort importante dans la mesure où elle est définitionnelle du crédit-bail.

Par ailleurs, l'option d'achat du matériel par le locataire est ignorée par l'avant-projet comme élément constitutif (définitionnel) du crédit-bail quoique l'article 21(2) dispose expressément que "à la fin du contrat de bail, le preneur restitue le matériel au bailleur ..., à moins qu'il ne l'ait acheté ou loué de nouveau". Il est à signaler que certaines législations font de l'option d'achat un élément constitutif du crédit-bail, et que dans la pratique, de nombreux contrats internationaux offrent au locataire cette faculté dès lors que la loi d'autonomie ne l'interdit pas.

Le "d" me semble pour le moins excessif dès lors que le crédit-bail est réservé aux professionnels, excluant de son domaine les consommateurs, et que le locataire choisit librement son fournisseur.

Le bail n'est pas "une opération", mais un contrat. Il ne peut consister en un "contrôle", "conféré" par le bailleur au preneur sur un matériel "pour un usage ...". Il s'agit, dans de nombreux droits, de l'engagement pris par le bailleur de procurer à son cocontractant, le preneur, la jouissance, pour le temps et moyennant le prix, appelé loyer, convenus, de la chose définie. En outre, la contrepartie de la jouissance de cette chose louée, étant un loyer, l'alternative prévue par l'avant-projet – "ou toutes autres sommes" – me paraît impropre et appeler l'interrogation sur sa signification.

Par ailleurs, en droit et pour éviter toute regrettable confusion, "le terme (de bail) inclut (en vérité il ne peut inclure) une sous-location"; car il s'agit de deux contrats distincts quoique, à certains égards, liés.

La même réflexion s'applique à "preneur" et à "bailleur". Dans "fournisseur", l'expression "... ou loue le matériel qui sera loué en vertu d'une opération de crédit-bail" vise-t-elle le crédit-bail adossé ?

Sur la "liberté contractuelle" de l'**article 3**, il y a lieu d'être attentif au fait que la loi-type est interne. Il en résulte que la mention "et de la loi de cet État" est inappropriée. La liberté contractuelle" n'a de sens qu'au regard des dispositions impératives qu'il convient d'énumérer. En matière internationale, elle peut être choisie comme loi d'autonomie.

Dès lors que tout contrat s'impose aux cocontractants, et que son opposabilité n'a de sens qu'au regard des tiers, la disposition de l'**article 8** selon laquelle "un contrat de bail est valable et opposable conformément à ses dispositions entre les parties" est inutile. Il me semble également superflu d'ajouter qu'il est opposable "aux acheteurs du matériel" sauf à préciser que le crédit-bailleur et le bailleur au sens de la présente loi disposent de la faculté de céder le matériel loué, au

cours de contrat, sans préjudicier aux droits du locataire. L'opposabilité discutée est également de droit au regard des créanciers et de l'administrateur d'insolvabilité (administrateur judiciaire, syndic de faillite, liquidateur, ...) sauf fraude. L'article 8, en ce qu'il n'est pas spécifique à la matière traitée et évoque une règle de droit commun, est inutile.

L'**article 9** sur la cession du contrat "de bail" ignore, comme son titre l'indique, la cession du matériel au cours de location (*supra*).

L'avant-projet ne traite pas également de l'option d'achat qu'il ignore comme élément définitionnel du crédit-bail (*supra*), mais évoque implicitement à l'article 22(2).

À l'article 9(1), il me semble nécessaire que le bailleur informe le locataire de la cession envisagée avec les éléments lui permettant de préserver ses droits. À défaut, il convient de frapper d'inopposabilité (à lui) la cession intervenue au mépris de ses droits.

À l'**article 10(1)(a)**, le terme "promesses" est fort imprécis. Les articles 10(1)(a) et 10(1)(b) d'une part, et 10(1)(c) d'autre part, recèlent une contradiction importante en ce que les premiers étendent le bénéfice "des promesses et garanties" du contrat de fourniture au locataire par la volonté de la loi, tandis que le second soumet les parties à l'obligation de "créer un lien contractuel entre le crédit-preneur et le fournisseur" dont l'"absence" engage la responsabilité du crédit-bailleur dans les prévisions de ce texte ! À mon avis, la loi devrait laisser aux fournisseur et acheteur-bailleur le soin d'organiser la mise en oeuvre du droit ainsi créé par elle au profit du crédit-preneur. Elle ne peut tout à la fois créer ce droit par sa volonté (la loi) et renvoyer aux parties le soin de créer par leur volonté (le contrat) le même droit !

En outre, dès lors que le crédit-preneur tient son droit de la loi et que, comme cela est dans la pratique, ..., il a librement choisi le matériel et son fournisseur sans l'intervention du bailleur ou à la suite d'une intervention non "déterminante" (article 2), la responsabilité dudit bailleur devient sans objet. Il me semble donc que l'article 10(1)(a)(b) et (c) mérite d'être revu.

L'article 10(3) dépasse, à mon avis, les prévisions de l'article 10(1)(a) et (1)(b) qui limite le droit du crédit-preneur au bénéfice des promesses de ses garanties du contrat de fourniture. Il ne l'institue pas cocontractant du fournisseur. Il demeure un tiers à ce contrat de fourniture pour ses stipulations autres. Dans cette intellection, il ne peut disposer de prérogatives attachées à la qualité de cocontractant tel "le droit de modifier, résilier ou d'annuler le contrat de fourniture". Le droit commun doit reprendre ici son empire.

La loi peut certes en disposer autrement. Mais dans cette éventualité, il convient d'envisager la situation dans le détail et en déterminer les conséquences juridiques dont celles sous-jacentes aux conséquences financières, au regard des trois protagonistes: fournisseur, crédit-bailleur et crédit-preneur.

L'**article 11** mérite d'être réécrit. Il envisage des situations complexes dont le traitement n'est pas uniforme dans tous les pays. Peut-être est-il plus prudent de renvoyer la question au droit commun avec quelques aménagements cependant tenant compte des droits légitimes des intéressés.

L'**article 12** porte un titre "autres lois" peu heureux. Il traite, sans le dire, de la publicité "du bail". Exclut-il le crédit-bail ? Limite-t-il cette formalité au seul mode de l'inscription du bail ? Exclut-il, par *a contrario*, les autres modes de publicité ?

L'**article 14**(2) et (3) appelle plusieurs questions.

Il ne paraît pas opportun de se référer à l'assurance du matériel et à l'étendue de la couverture qui relèvent habituellement de la liberté contractuelle et alors que l'avant-projet a ignoré jusqu'ici cette situation. Comment peut-on, par ailleurs, faire supporter au bailleur le risque de perte d'un matériel sous la garde du preneur ? Il en est de même du fournisseur dans le crédit-bail où l'appréciation est plus pertinente puisque le fournisseur endosse cette responsabilité "depuis le début" et alors que le matériel est livré au crédit-preneur (exécution de l'obligation de délivrance). De manière plus précise, vise-t-on la perte du matériel au sens des adages: "*res perit creditor*", "*res perit debitor*" et "*res perit domino*" ?

Dès lors que dans le bail classique, le loyer est la contrepartie de la jouissance paisible de la chose louée, il me semble plus logique de lier la réduction des loyers, envisagée à l'**article 15**(b), non pas à la dépréciation du matériel ensuite de la "perte partielle" considérée, mais au degré de privation de jouissance consécutive, ce qui correspond au préjudice subi.

Par ailleurs, l'emploi de "en déduisant des loyers restants dus ..." alors que le matériel n'est pas encore livré, implique nécessairement que le locataire a versé des loyers par anticipation – des préloyers –. Sont-ils concernés par cette réduction alors que le texte ne le dit pas ?

Qu'entend-on par "obligations indépendantes" dans l'**article 16** ? Vise-t-on les opérations indivisibles par la volonté des parties alors inopérante ?

À l'**article 17**(2), il me semble plus juridique de remplacer "la non-conformité" par "l'impropriété du matériel" qui est liée à l'usage. C'est d'ailleurs ce qui intéresse au premier chef le locataire surtout s'il ne bénéficie pas d'option d'achat. En outre, les vices caractérisant la propriété n'apparaissent souvent qu'avec cet usage. Enfin, un matériel peut être conforme à la commande et, par conséquent accepté par le locataire, alors qu'il recèle, nonobstant la conformité, ainsi apparente, des vices rédhibitoires ou cachés le rendant impropre à l'usage auquel il est destiné. La situation est bien évidemment claire et simple lorsque les vices sont apparents, c'est-à-dire immédiatement ou facilement décelables. C'est, à mon avis, dans ce dernier cas que la non-conformité de l'avant-projet a un sens utile.

En l'état du texte, il convient d'observer que l'acceptation du matériel par le preneur peut également résulter de manoeuvres frauduleuses ou déloyales du fournisseur.

En son état actuel, l'article 17(2) doit être rapproché de l'article 19(2) et (3) relatif à la "garantie de qualité marchande du matériel".

L'**article 20**(1) et (2), "garantie d'adaptabilité à un but particulier", mérite une réécriture pour éviter les incertitudes juridiques des situations subjectives.

Dans l'**article 21**, la référence, dans l'utilisation (l'exploitation) du matériel, aux "conditions raisonnables à la lumière de la façon dont ce matériel est habituellement utilisé ...", écarte-t-elle les instructions techniques du fabricant et du fournisseur y relatives ? Or elles sont juridiquement essentielles. Il me semble nécessaire de faire obligation au preneur d'exploiter le matériel conformément aux instructions techniques du fabricant et/ou du fournisseur dont il déclare avoir connaissance pour avoir reçu la documentation y relative. À défaut, il l'exploite dans "des conditions ...".

Je suggère de traiter en ce même article, mais sous un titre élargi, de la préservation des droits de propriété du bailleur sur le matériel: interdiction de l'échange, du prêt, ... mais autorisation de la sous-location,

L'article 21(2) évoque l'acquisition du matériel par le preneur sans que l'on sache si elle est consécutive à la levée d'une option achat en fin de location ou en cours, ou si elle est négociée en fin de location. Observons que l'option d'achat est un élément substantiel du *leasing* dans de nombreuses législations.

Le titre du Chapitre V "inexécution" est trop restrictif dans la mesure où il traite tant de cette inexécution que de la défaillance du preneur (**articles 23** et suivants). Concrètement, le locataire viole son contrat et est contractuellement en faute, lorsqu'il n'exécute pas ce contrat ou l'exécute mal préjudiciant ainsi aux droits du bailleur. Je propose donc de définir la "défaillance" qu'on regarderait alors comme une mauvaise exécution du contrat. Car tant l'inexécution que la mauvaise exécution constituent le locataire contractuellement en faute (code Napoléon, ...). Le plus simple serait de renvoyer la qualification dont il s'agit au droit commun du contrat bien entendu de l'État légiférant.

Je suggère d'inverser la proposition de l'article 23 et de signaler au preneur sa défaillance pour lui permettre d'y remédier dans les délais convenus ou fixés par la loi. C'est la vertu principale de la mise en demeure.

Dans l'**article 24**, la défaillance doit avoir le même sens que celui retenu le cas échéant ensuite des observations précédentes (article 22). Je suggère le remplacement de "percevoir" par "bénéficiaire", et d'ajouter à "dommages-intérêts" dans le titre et le corps du texte, "judiciaires" (par opposition à conventionnels de l'article suivant).

La rédaction de l'**article 25** ne me semble pas très heureuse. La validité du contrat de location ne peut, en effet, dépendre de la validité d'une clause d'indemnisation. En outre, le problème visé n'est pas relatif au mode de calcul des dommages-intérêts, mais au montant de ceux-ci. La clause considérée étant une clause pénale, prohibée dans le droit de certains pays, maintenir l'article 25 dans sa rédaction actuelle, aboutirait à la nullité du contrat de location par cela même qu'il comporte cette cause. La même sanction frapperait d'ailleurs la même location pour le même motif même si la clause pénale est consacrée par le droit du pays considéré, en l'état actuel du texte discuté.

A l'**article 26(1)**, je propose de soumettre la résiliation du contrat pour "défaillance" de l'une des parties à une mise en demeure préalable (*supra*). L'article 26(3) devient sans objet si la mise en demeure est retenue, sachant que la "notification" que couvrirait alors cette mise en demeure, ne doit pas avoir nécessairement le sens qu'elle a dans la procédure judiciaire de certains pays (exploit d'huissier, ...).

Dans l'**article 27(1)(a)**, écrire que "à défaut de livraison, ..., le preneur a le droit d'accepter le matériel, de le refuser, ...", c'est entacher le texte d'une évidente contradiction. Je suggère que la résiliation prévue n'intervienne qu'après mise en demeure de livrer sauf impossibilité d'y procéder (à la livraison).

Dans l'article 27(1)(b), il me semble plus juridique de remplacer "somme raisonnable eu égard au" par "correspondant au".

A l'article 27(2)(c), le preneur devrait assurer la garde du matériel dont il s'agit jusqu'à sa restitution par ledit preneur ou son enlèvement par le bailleur ou le fournisseur, et ce, aux frais du bailleur ou du fournisseur selon le cas (à définir). Les frais concernent la garde et la restitution (assurance, transport, ...).

Dans l'**article 28**(1), l'enlèvement du matériel ne peut pas intervenir lors de la résiliation du contrat, mais ensuite de cette résiliation (conséquemment à cette résiliation).

À l'article 28(2), le bailleur ne peut disposer de son matériel que sous réserve des stipulations protectrices du locataire telles celles lui conférant le droit de présenter au bailleur un nouveau preneur, ou un acquéreur,

COMMENTAIRES DU Dr. CASTILLO TRIANA

J'ai pris la liberté d'insérer quelques propositions de modifications de l'avant-projet (joint à la présente avec les modifications apparentes). J'espère que ces insertions conduiront à une discussion constructive en ce qui concerne les questions fondamentales qui, à mon humble avis, devront être discutées en détail lors de la seconde session. Voici un résumé de ces questions:

1. Elargir la **définition du Matériel** de manière à inclure les biens d'équipement, les biens (y compris les travaux d'infrastructure) et les logiciels. Mon raisonnement est le suivant:
 - a. les pays en développement (et cela ne froisse en rien les pays développés) ont besoin de ressources afin de développer de bonnes infrastructures. Dans la mesure où la tendance générale en matière de finances publiques montre l'incapacité croissante du budget public à financer en totalité ces projets, les marchés ont montré leur capacité à mettre des ressources en commun pour les infrastructures. Toutefois, la structure juridique du financement des infrastructures est loin d'être parfaite: il n'existe pas de mécanisme de financement garanti par un actif, et la création de véhicules financiers spéciaux (les "*Special Purpose Vehicles*" du droit anglo-saxon) tend à être très coûteuse, complexe et risquée. Une loi type sur le *leasing* devrait dépasser ces limitations en apportant une définition juridique d'un véhicule juridique par lequel les investissements en capital peuvent être canalisés, et les droits et recours des parties impliquées dans ces opérations devraient s'inscrire dans un cadre juridique prévisible et fiable;
 - b. Le monde progresse autour de l'utilisation vers une diffusion des logiciels (la croissance de l'interdépendance globale a été alimentée par le PC, devenant un moyen personnel et professionnel essentiel, augmentée par les systèmes ouverts Windows et internet et autres avancées technologiques). La protection de la propriété intellectuelle, qui constitue la clé dans la réalisation de ces développements, peut seulement être rendue compatible pour un accès ouvert à un nombre croissant de personnes, si le financement des logiciels est autorisé à travers un mécanisme de financement garanti par un actif. Une fois encore, le *leasing* s'avère être la structure juridique la plus appropriée, comme l'a admis expressément la loi argentine de 2000.
2. Dans la mesure où le mot "Matériel" figure dans la définition avec une majuscule, je suggère de mettre la majuscule tout au long du texte.
3. Je suggère d'insérer une **définition du *leasing* d'exploitation** ("*operating leasing*"), qui fait défaut dans la Loi type. En l'absence d'une définition explicite, le concept pourrait devenir résiduel (tout excepté les opérations définies comme des opérations de crédit-bail), ce qui conduirait à une confusion et porterait atteinte au développement d'un secteur du *leasing* sophistiqué et professionnel dans chaque pays. Donner une définition du *leasing* d'exploitation contribue à mener à l'application de meilleures pratiques du *leasing* dans les pays qui adoptent la Loi type.
4. Aux fins de l'**opposabilité** (article 8), je suggère d'insérer une disposition correspondant au but et aux principes de la Convention du Cap si, au niveau local, le concept d'inscription est étendu et largement mis en œuvre (une fois encore la loi argentine sur le *leasing* a créé un système d'inscription qui s'avère très efficace). Je reconnais que la

question est largement discutable puisque la Banque mondiale peut témoigner des efforts infructueux de mise en œuvre des types d'inscription sur les biens mobiles sur les modèles de ceux du Cap, mais je crois que cela vaut la peine de poursuivre cet objectif.

5. L'**article 13** doit être encore élargi au moins en ce qui concerne la différenciation entre la responsabilité du bailleur (i) à l'égard du preneur et celle du bailleur (ii) à l'égard des tiers. Dans la première hypothèse, il est clair que la formulation actuelle de l'article 13 est cohérente. Mais en ce qui concerne les tiers, la Loi type devra traiter de questions de "responsabilité du fait d'autrui", ou responsabilité objective comprise dans la loi applicable, et le principe que je suggère est que ce risque soit supporté par la personne qui exploite le matériel plutôt que par son propriétaire légal. Il pourrait parfois arriver (par exemple en matière de location de parcs automobiles) que le bailleur soit celui qui exploite le matériel, alors que dans la grande majorité des cas, l'exploitant du matériel est le preneur. L'équité impose que le risque lié à la responsabilité à l'égard des tiers soit supporté par la personne qui exploite le matériel.
6. Dans l'**article 16**, je suggère d'attribuer au certificat de "livraison et d'acceptation" la valeur qu'il a dans la pratique contractuelle dominante, à savoir que le fournisseur n'est pas libéré de son obligation, et l'opération n'est pas financée, jusqu'à ce que le preneur soit satisfait du matériel. Le fait de maintenir les formules de refus issues de la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises n'est pas choquant, mais je dois dire que cela est plutôt obsolète dans le monde réel.
7. Dans l'**article 19**, je suggère de définir le terme "marchand" en ce qui concerne le bailleur. Le contexte de cet article conduit à penser que ce "marchand" sera une personne ayant des liens étroits avec le fabricant du matériel (comme une société captive) et peut se charger de l'inventaire du matériel rapidement et de manière fiable. Le terme "marchand" possède des significations diverses dans les différents pays anglophones, sans mentionner le sens large qu'il peut avoir dans les versions traduites en français et en espagnol, parmi d'autres.

[...] Comme vous pouvez le constater, je suis d'accord avec quelques formulations clés et fondamentales qui y figurent (telles que la définition des loyers, qui conduit au concept de "advienne que pourra", la définition des dommages-intérêts, du caractère cessible, ce qui facilite la "syndication" et la titrisation, etc.)

[Note du Secrétariat: outre le fait de mettre une majuscule à toutes les références au "Matériel", le Dr Castillo-Triana a fait les commentaires suivants et proposé les révisions suivantes directement dans le texte de façon apparente.]

CHAPITRE I: DISPOSITIONS GENERALES

Article premier — Champ d'application

La présente Loi s'applique à toute opération qui crée une location de matériel ou de biens d'équipement (collectivement "Matériel") si ce matériel ou ces biens d'équipement se trouvent sur le territoire de [l'Etat], ou si le centre des intérêts principaux du preneur se trouve sur le territoire de [l'Etat], ou si le contrat de bail prévoit que la loi de [l'Etat] régit l'opération.

Source: § 2A-102 (2003) du Uniform Commercial Code des Etats-Unis d'Amérique (ci-après le "U.C.C."), complété pour préciser le champ d'application géographique de la Loi; article 1(1)(a) de la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international.

Article 2 — Définitions

Dans la présente Loi:

...

Matériel désigne tous les biens meubles ou fixés à un immeuble, y compris le matériel futur, en particulier le matériel transformé, ainsi que les petits d'animaux non arrivés à terme, les biens d'équipement, le matériel, y compris les projets d'infrastructure, les logiciels et autres matériels corporels et incorporels. "Matériel" ne comprend pas les informations, l'argent, les titres d'investissement. Aucun matériel ne cesse d'être un matériel du simple fait qu'il devient incorporé ou fixé à un immeuble.

Source: § 2A-103(1)(n) (2003) du U.C.C., . Article 11 de l'Accord du GATT sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'Accord "ADPIC")

...

Bail d'exploitation désigne un bail par lequel le bailleur conserve tous les risques et avantages économiques du marché secondaire, la valeur marchande du matériel, et ne transfère pas ces risques ou avantages au preneur.

...

CHAPITRE III: EFFET DU CONTRAT DE BAIL

Article 8 — Opposabilité

Sous réserve des dispositions de la présente Loi, un contrat de bail est valable et opposable conformément à ses dispositions entre les parties, à l'égard des acheteurs du Matériel et des créanciers des parties, y compris un administrateur d'insolvabilité.

Aux fins du présent article, la publicité du bail sert de preuve et permet au bailleur de reprendre possession du Matériel quelque soit l'endroit où se trouve le Matériel, et sans que d'autres preuves soient nécessaires. Le preneur est autorisé à reprendre ce Matériel à condition de prouver que les obligations en vertu du bail ont été remplies.

Source: § 2A-301 (2003) du U.C.C., modifié pour inclure une référence aux administrateurs d'insolvabilité, article 9 du UCC et Convention du Cap.

Article 13 — Responsabilité à raison du décès, des dommages aux personnes et aux biens causés aux tiers

1. Dans une opération de crédit-bail, le crédit-bailleur est exonéré, en sa qualité de crédit-bailleur, à l'égard du crédit-preneur et des tiers de toute responsabilité à raison du décès, des dommages aux personnes et aux biens causés par le Matériel ou l'usage du matériel.
2. Toutefois, la responsabilité du crédit-bailleur à l'égard du crédit-preneur est établie dans la mesure où ce crédit-bailleur est intervenu dans le choix du fournisseur ou du Matériel, auquel cas le crédit-bailleur est responsable à proportion de son intervention.
3. En ce qui concerne la responsabilité du crédit-bailleur à l'égard des tiers, cette responsabilité n'est pas établie que dans la mesure où le crédit-bailleur est directement impliqué dans l'exploitation du Matériel.

CHAPITRE IV: EXECUTION DU CONTRAT DE BAIL

Article 14 — Risque de pertes

1. Sauf dans une opération de crédit-bail, ou si les parties en conviennent librement, le risque de pertes reste à la charge du bailleur et n'est pas transféré au preneur. Dans une opération de crédit-bail, le risque de pertes est transféré au crédit-preneur.

...

Article 16 — Irrévocabilité

1. Dans une opération de crédit-bail, les obligations du crédit-preneur à l'égard du crédit-bailleur deviennent irrévocables et indépendantes lorsque le contrat de bail et le contrat de fourniture ont été conclus et que le crédit-preneur accuse réception de la livraison et accepte le Matériel.

...

Article 19 — Garantie de qualité marchande

1. Sauf dans une opération de crédit-bail, la garantie que le Matériel aura la qualité marchande est implicite dans le contrat de bail si le bailleur est un marchand de Matériel de même nature.
2. Dans une opération de crédit-bail, la garantie que le Matériel aura la qualité marchande est implicite dans le contrat de fourniture si le fournisseur est un marchand de Matériel de même nature.

Commentaire du Dr Castillo-Triana: le terme "marchand" doit être défini. On peut le comprendre comme le fait qu'il se consacre de façon permanente à l'activité qui consiste à acheter et vendre du matériel de même nature sur une base continue.

COMMENTAIRES DE LEASEUROPE

Considération d'ordre général

- Il semble que cette loi type régisse le "bail" plus que le "crédit-bail". Le "**crédit-bail**" est considéré davantage comme une exception (i.e. *Art. 14 – **Risque de pertes** 1. Sauf dans une opération de crédit-bail... Art. 15 – **Domage au matériel** Sauf dans une opération de crédit-bail, lorsque le matériel... Art.19 – **Garantie de qualité marchande** 1. Sauf dans une opération de crédit-bail, une garantie... Art. 20 – **Garantie d'adaptabilité à un but particulier** 1. Sauf dans une opération de crédit-bail, si le bailleur...*), mais dans de nombreux pays de l'Union européenne le "crédit-bail" est la forme de *leasing* la plus largement utilisée. Par ailleurs, le "bail" en tant que tel devrait déjà être régi par ses propres règles dans chaque pays et il semble qu'il manque ce que cette loi devrait ajouter.
- La résiliation du contrat devrait être régie plus en détails.

Définitions

- Dans de nombreux pays de l'Union européenne le "crédit-bail" est une **activité "réservée"** aux sociétés de crédit-bail sous réserve du contrôle des Autorités nationales. L'avant-projet ne fait aucune mention au "bailleur" en tant que société financière/banque régie par les Autorités; au contraire, l'avant-projet (Article 2 – Définitions) fait simplement référence au bailleur en tant que "**personne**". On pourrait soulever la même question pour la définition du preneur: en ce qui le concerne il n'est pas clair s'il faut inclure dans ce terme une entreprise – la partie naturelle du contrat de *leasing* – et nous estimons que le mot "personne" pourrait entraîner un malentendu à propos des réglementations en matière de crédit à la consommation, qui devraient être particulières et différentes.
- La définition du "crédit-bail" n'inclut pas une **option d'achat à la fin du contrat** (alors que c'est le cas dans la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international) qui est essentielle pour distinguer le "crédit-bail" du "bail opérationnel" pour les contrats dans les pays de droit continental.
- Dans les pays de droit civil et de *common law*, dans une opération de crédit-bail tous les **risques** sont transférés **au crédit-preneur**, mais les définitions n'en font pas état.
- Nous doutons de l'opportunité d'exclure **les baux immobiliers et les baux de logiciels**.
- Etant donné que certains Etats de l'Union européenne ont fait état d'une expérience contreproductive, nous nous demandons quelles sont les **raisons** qui sous-tendent le besoin d'une "loi type".

Art. 16 – Irrévocabilité

- Nous estimons que l'interprétation de cet article est difficile: nous ne comprenons pas de quoi les obligations du preneur deviennent indépendantes.

Uniform Commercial Code des Etats-Unis d'Amérique

- Dans un environnement européen, Leaseurope n'est pas favorable à la référence faite à un critère américain (dans Etude LIXA - Doc.2 p.4) du *Uniform Commercial Code* des Etats-Unis d'Amérique.

Pratiques comptables

- Leaseurope estime qu'une telle initiative pourra difficilement éviter d'avoir un certain impact sur les pratiques comptables.

COMMENTAIRES DE Mme NORMANTOVITCH

[**Note par le Secrétariat** : les commentaires de Mme Normantovitch sur les parties soulignées du texte figurent ci-dessous.]

...

Article 2 — Définitions

...

Bail désigne une opération par laquelle une personne confère un droit de possession ou de contrôle d'un matériel à une autre personne pour un usage commercial ou professionnel et pour une certaine durée, moyennant le paiement de loyers ou toutes autres sommes. A moins que le contexte ne s'y oppose, le terme inclut une sous-location.

Commentaire de Mme Normantovitch: Il conviendra d'éviter la référence au droit de "contrôle" dans la définition du "bail". Il n'existe nulle part ailleurs dans ce document de référence au droit de "contrôle". A notre avis, une telle référence ne fait que rendre incertaine la portée des droits accordée en vertu du bail. Il faudrait clarifier le fait que réaliser une opération de bail de manière non ambiguë signifie accorder le droit de possession et d'utilisation du matériel.

...

Article 9 — Cession

1. Les droits et obligations du bailleur en vertu du contrat de bail peuvent être cédés sauf lorsqu'une cession compromettrait les droits du preneur sur le matériel.

Commentaire de Mme Normantovitch: A notre avis, le bailleur ne devrait pas être limité dans sa capacité à céder ses droits et obligations en vertu du contrat de bail. Les critères de non compromission des droits du preneur semblent vagues. Qu'est-ce qui précisément devrait empêcher le bailleur de céder ses droits et obligations? Si le bailleur décide de céder, qui est censé décider si la cession compromettrait ou non les droits du preneur sur le matériel? En même temps, le preneur devrait se voir accorder des recours pouvant être mis en oeuvre si ses droits sur le matériel ont été compromis en raison de la cession des droits et obligations du bailleur en vertu du contrat de bail.

2. Les droits et obligations du preneur en vertu du contrat de bail ne peuvent être cédés que (a) avec le consentement du bailleur, qui ne peut pas être refusé indûment, et (b) sous réserve des droits des tiers. Le bailleur et les tiers peuvent donner leur consentement de manière anticipée.

Commentaire de Mme Normantovitch: La référence à la règle selon laquelle le bailleur ne peut indûment refuser de donner son consentement signifie-t-elle que le bailleur devrait en quelque sorte préciser les raisons de son refus de manière à ce qu'elles puissent être examinées ultérieurement? Nous supposons que chaque cas de refus du consentement à la cession des droits et obligations du preneur est soumis à un examen détaillé séparé et que, par conséquent, cette référence n'empêche guère tout abus du droit du bailleur de donner son consentement.

3. Une cession qui est interdite produit pour d'autres raisons des effets si elle est effectuée à l'égard d'une personne qui ne savait pas et n'aurait pas dû raisonnablement savoir que cette cession était interdite.

Commentaire de Mme Normantovitch: A notre avis, cette clause pourrait laisser le champ libre à des abus. Effectuer une cession prohibée des droits et des obligations du preneur indique la volonté du bailleur de maintenir les rapports en vertu du contrat de bail seulement à l'égard du preneur déterminé. L'achat du matériel qui est censé être utilisé par une autre personne pourrait avoir un lien avec le contrôle des résultats financiers de l'activité de cette personne afin de s'assurer qu'elle a les moyens de payer des loyers. Au cas où les droits et obligations du preneur doivent être cédés, le bailleur peut refuser de donner son consentement du fait qu'il ne souhaite pas traiter avec un nouveau preneur. Mais si le nouveau preneur insiste sur le fait qu'il ne savait pas que la cession était prohibée, le bailleur devra faire face au problème qu'une telle cession produit néanmoins des effets et que, ainsi, il devra traiter avec le nouveau preneur.

Article 10 — Crédit-preneur en vertu d'une opération de crédit-bail en tant que bénéficiaire du contrat de fourniture

...

1. c) Lorsque l'absence de lien contractuel entre le crédit-preneur et le fournisseur constitue un obstacle aux efforts du crédit-preneur pour faire valoir les promesses et garanties du fournisseur à l'égard de ce dernier, le crédit-bailleur est tenu de prendre les mesures commercialement raisonnables pour aider le crédit-preneur. Si le crédit-bailleur ne prend pas de telles mesures, il est considéré comme ayant assumé ces promesses et garanties.

Commentaire de Mme Normantovitch: Il ne fait aucun doute que ce qui semble ne pas être commercialement raisonnable pour le crédit-bailleur pourrait être considéré comme une mesure raisonnable par le crédit-preneur. Cela n'est pas réjouissant étant donné les conséquences de la non-observation de la règle prévoyant de prendre ces mesures pour aider le crédit-preneur.

2. Il ne peut être porté atteinte aux droits du crédit-preneur en vertu du présent article par une modification d'un terme quelconque du contrat de fourniture à moins que le crédit-preneur n'ait consenti à cette modification. Si le crédit-preneur n'a pas consenti à cette modification, le crédit-bailleur est considéré comme ayant assumé les promesses et garanties que le fournisseur lui a faites qui ont été ainsi modifiées, dans la mesure de la modification.

Commentaire de Mme Normantovitch: Si le crédit-preneur a consenti précédemment aux termes du contrat de fourniture, il ne fait aucun doute que le consentement du crédit-preneur est nécessaire en vue d'une modification de ces termes. Si le consentement en revanche n'a pas été donné, les termes du contrat de fourniture peuvent être modifiés sans le consentement du crédit-preneur.

...

Article 13 — Responsabilité à raison du décès, des dommages aux personnes et aux biens causés aux tiers

Dans une opération de crédit-bail, le crédit-bailleur est exonéré, en sa qualité de crédit-bailleur, à l'égard du crédit-preneur et des tiers de toute responsabilité à raison du décès, des dommages aux personnes et aux biens causés par le matériel ou l'usage du matériel, à moins que le crédit-bailleur ne soit intervenu dans le choix du fournisseur ou du matériel, auquel cas le crédit-bailleur est responsable à proportion de son intervention.

Commentaire de Mme Normantovitch: A notre avis, lorsque le crédit-bailleur intervient dans le choix du fournisseur ou du matériel, les hypothèses de décès, de dommages aux personnes et aux biens pour le crédit-preneur ou les tiers devraient être envisagées différemment. Il ne fait aucun doute que le bailleur est responsable à proportion de son intervention. Mais si le crédit-preneur est la partie subissant le préjudice, il est juste que le bailleur en supporte la responsabilité. Dans tous les autres cas, lorsque les dommages sont subis par les tiers, le crédit-preneur devient responsable à leur égard parce qu'il est la personne qui utilise le matériel. Mais dans ce cas, le preneur devrait pouvoir bénéficier d'un recours contre le bailleur.

...

Article 17 — Acceptation

...

2. Lorsque le preneur a accepté le matériel, il peut encore prétendre à des dommages-intérêts pour non-conformité, mais le preneur ne peut refuser le matériel en vertu de l'article 27 que si la non-conformité amoindrit de façon substantielle la valeur du matériel et que (a) le preneur a accepté le matériel sans avoir connaissance de la non-conformité, en raison de la difficulté de la découvrir, ou que (b) l'acceptation par le preneur a été provoquée par les assurances données par le bailleur ou le fournisseur.

Commentaire de Mme Normantovitch: Il nous semble nécessaire de mentionner que dans l'hypothèse où le preneur choisit le fournisseur et/ou le matériel, le preneur ne devrait pas pouvoir refuser le matériel une fois qu'il l'a accepté. Ce sont des conséquences négatives que le preneur doit subir en raison du choix qu'il a effectué. Il ne fait aucun doute que le preneur peut faire appliquer les promesses du fournisseur ou les garanties à son encontre, y compris le droit de réclamer des dommages-intérêts pour les pertes qu'il a subies en raison de la non-conformité du matériel.

...

Article 27 — Refus de la livraison non conforme

1. a) A défaut de livraison, en cas de livraison tardive ou de livraison d'un matériel non conforme au contrat de bail, le preneur a le droit d'accepter le matériel, de le refuser en totalité ou en partie ou, dans un bail autre qu'une opération de crédit-bail et sous réserve des dispositions du paragraphe 1 du présent article, de l'article 22 et du paragraphe 1 de l'article 26, de résilier le contrat de bail.

Commentaire de Mme Normantovitch: Il existe un problème intéressant découlant du refus du matériel en partie. Certains pays connaissent le principe de l'indivisibilité du bien loué en vertu d'un contrat de bail. Cela signifie que le matériel ne peut être donné à bail que de manière indivisible, et les parties qui forment le tout doivent être détaillées dans une annexe au contrat de bail. Ainsi, lorsque le matériel peut être accepté seulement en partie en raison de sa non-conformité ou si certaines parties du matériel n'ont pas été livrées, ou sont livrées tardivement, et que le preneur refuse d'accepter cette partie, devrait-il être possible de donner à bail la partie du matériel ayant été acceptée ? C'est particulièrement important à savoir dans l'hypothèse où le délai d'exécution est expiré ou lorsque la partie non conforme du matériel ne peut être remplacée par une nouvelle partie pour d'autres raisons.

...

COMMENTAIRES DU PROF. SHI

1. Comment allons-nous fixer l'objectif de notre projet de Loi?

L'objectif du projet de Loi peut être considéré dans un sens étroit ou au contraire large, selon le développement du secteur du *leasing*.

Si l'on opte pour le sens étroit, le projet ne devrait se concentrer que sur les droits et obligations des parties dans une opération interne de crédit-bail.

Si l'on opte pour le sens large, il devrait se concentrer sur le cadre juridique du secteur du *leasing*, qui comprend non seulement le droit relatif aux droits et obligations, mais aussi les réglementations relatives au traitement comptable, à la fiscalité, et au contrôle concernant une opération de bail. D'un autre côté, on peut distinguer le cadre juridique en législations de droit privé et de droit public. Bien entendu, chaque type de législations a son propre objectif législatif.¹

Conformément à cette philosophie, le premier projet relève principalement du sens étroit, du domaine du droit privé, mais il contient une ou deux dispositions sur le contrôle qui relève plutôt du droit public. Ceci n'est pas vraiment logique étant donné les cadres juridiques du secteur en question.

Ainsi une question se pose. Comment allons-nous fixer l'objectif de notre projet ?

Rappelant la pratique en matière de *leasing* dans le monde, le développement positif du secteur du *leasing* a non seulement besoin d'avoir les quatre aspects du cadre juridique bien clairs, mais ces aspects doivent également être harmonisés. Comme exemple contraire, le développement infructueux du secteur du *leasing* en Chine est à attribuer principalement au défaut d'un système fiscal clair pour les opérations de bail et d'une législation adéquate pour les bailleurs, mais aussi au manque d'harmonisation entre ces aspects. Cela a fait que le secteur du *leasing* en Chine est à la traîne, même après que la Chine ait adopté un chapitre indépendant relatif au crédit-bail dans son droit des contrats.

Je suggère par conséquent que nous nous concentrons simplement sur les droits et les obligations de l'opération de bail. Entre-temps nous pouvons également recommander la rédaction d'un rapport qui accompagnerait notre Loi type sur le *leasing*. Le seul inconvénient d'une telle proposition est que le rapport sur le cadre juridique irait au-delà du domaine de recherches d'UNIDROIT.

2. Commentaires sur les termes "crédit-bail" et "bail"

(1) **But de la définition.** Donner une définition de l'opération au tout début des travaux vise à établir les fondations de tous les éléments de cette Loi. Tous les droits et obligations que nous devrions formuler seront issus de la relation entre la Loi et les aspects de droit civil et commercial. Le fait de comprendre l'objectif de la définition nous fera connaître son importance et nous donnera la philosophie pour formuler les règles particulières.

¹ *Note du Secrétariat:* sur ce point, le Professeur Shi a fourni des diapositives provenant d'une présentation qu'elle a faite intitulée "Preparing the Small and Medium Enterprise Development Program". Elles seront mises à la disposition des membres du Comité consultatif avant la deuxième session.

(2) **Choix de la terminologie.** Il existe plusieurs expressions dans le domaine du bail sur le marché, comme par exemple crédit-bail ("*financial leasing*") contre location, crédit-bail ("*finance lease*") contre bail d'exploitation, et ainsi de suite. Chaque expression a sa propre signification dans la pratique. Seul le terme "crédit-bail" est le bon pour le présent exercice puisque l'expression couvre tous les types d'opérations de *leasing* à l'exception de la location (ou bail traditionnel, ou encore le bail à court terme, ou location). Dans la pratique, le terme "bail" est généralement une expression abrégée de "crédit-bail". Le fait de définir les deux termes "crédit-bail" et "bail" en même temps est une grave erreur. Il est tout à fait faux que nous considérons le crédit-bail et le bail comme deux types différents d'opération du point de vue de la législation. Par conséquent, les articles relatifs au crédit-bail et au bail ne sont pas corrects.

(3) **Méthode de définition.** Etablir les caractéristiques pour définir le "crédit-bail" est une bonne méthode.

(4) **Caractéristiques à inclure.** Outre les caractéristiques qui figurent aux alinéas a) et b) de la définition du "crédit-bail" à l'article 2, il faudrait inclure les suivantes:

- i) le crédit-preneur loue le matériel au bailleur et paie en retour le loyer;
- ii) la durée du bail devrait être supérieure à un an. (Cette adjonction a pour but de distinguer le crédit-bail de la location traditionnelles.)

Les caractéristiques indiquées (a), b) et i) et ii)) nous donnent une indication globale de l'opération que notre Loi va régir. Cela signifie que la façon dont les parties appellent l'opération n'a pas d'importance; l'opération serait régie par la présente Loi si elle correspondant simultanément aux quatre caractéristiques.

Nous allons voir que de nombreux articles du projet actuel ne sont pas corrects si nous acceptons la philosophie indiquée qui vise à définir l'opération de crédit-bail.

(5) **Caractéristiques à ne pas inclure.** Les caractéristiques qui figurent aux alinéas c) et d) de la définition du "crédit-bail" à l'article 2. L'alinéa c) concerne une question de compatibilité plus qu'une question juridique. Pour ce qui est de l'alinéa d), presque aucune des situations décrites ici n'existeront dans une opération interne de crédit-bail. Pour être simple, le contrat de bail ne produit des effets que lorsque le preneur signe le certificat d'acceptation. D'un autre côté, il n'y a pas de problème concernant le matériel entre le preneur et le fournisseur si le certificat a été signé. Si le preneur n'est pas satisfait de la livraison, il ne signe pas le certificat et le contrat de bail ne produira aucun effet.

3. La compréhension d'un processus interne de *leasing* et le réexamen de certaines dispositions du projet de Loi

Pour simplifier, une opération de bail passe par trois phases: la phase initiale, la phase active et la phase finale.

La phase initiale suit les étapes suivantes:

1. Le preneur choisit le matériel et le fournisseur.
2. Le preneur présente au bailleur ses informations concernant le crédit ainsi que celles relatives au matériel et au fournisseur.

3. Le bailleur contrôle les informations présentées par le preneur. Il les accepte ou les refuse.
4. Le contrat de vente est signé par le fournisseur avec le preneur (en général) ou avec le bailleur. Si un dépôt est nécessaire, il est en général payé par le preneur.
5. Le fournisseur livre le matériel.
6. Le preneur vérifie et ajuste le matériel.
7. Le preneur signe le certificat d'acceptation au bailleur s'il accepte le matériel.
8. Le bailleur ne paiera pas le fournisseur avant de recevoir le certificat d'acceptation et, à ce point, le contrat de bail produira ses effets.

Par rapport aux étapes indiquées ci-dessus, il y a plusieurs situations que nous envisageons dans l'avant-projet qui n'existeraient pas.

[Note du Secrétariat: les commentaires du Professeur Shi sur certaines dispositions du texte figurent ci-dessous.]

Article 2 Définitions

Dans la présente Loi:

...

Fournisseur désigne la personne à laquelle le bailleur achète ou loue le matériel qui sera loué en vertu d'une opération de crédit-bail.

Commentaire du Professeur Shi: il vaut mieux utiliser le mot "acquiert" que "achète" parce que le premier recouvre le second mais pas seulement. Il n'est pas opportun d'ajouter ici le mot "loue". Les parties seraient un bailleur et un preneur s'il s'agissait de leasing.

...

Article 22 — Définition de l'inexécution

...

2. En l'absence d'une telle convention, il y a inexécution, aux fins du présent Chapitre, lorsqu'une partie prive de façon substantielle l'autre partie de ce qu'elle est en droit d'attendre du contrat et de la présente Loi.

Commentaire du Professeur Shi: il y a une grande discussion à propos des mots "inexécution substantielle" lorsque l'on parle de la Convention sur le crédit-bail international dans le monde parce que le caractère substantiel relève trop de la subjectivité du juge.

COMMENTAIRES PAR M. SULTANOV

I. COMMENTAIRES SUR LES ARTICLES

[**Note du Secrétariat:** les commentaires de Mr Sultanov relatifs à certaines parties du texte figurent ci-dessous]

Article 2 Définitions

Dans la présente Loi:

...

Matériel désigne tous les biens meubles ou fixés à un immeuble, y compris le matériel futur, en particulier le matériel transformé, ainsi que les petits d'animaux non arrivés à terme. "Matériel" ne comprend pas les informations, l'argent, les titres d'investissement, ni les logiciels sauf dans la mesure où le logiciel est à ce point attaché au matériel qu'il en devient partie, mais aucun matériel ne cesse d'être un matériel du simple fait qu'il devient incorporé ou fixé à un immeuble.

Commentaires de M. Sultanov:

1. *La suggestion est d'utiliser le terme "bien loué" au lieu du terme "matériel". Bien que l'avant projet définisse "matériel" de façon large, le mot lui-même peut néanmoins être interprété de façon étroite lors de la traduction dans des langues locales.*

2. *Tous les biens meubles et ceux fixés à un immeuble ne peuvent pas être des biens loués; il faudrait prévoir une limitation selon laquelle seuls les produits non destinés à la consommation peuvent être loués. Il existe une définition des produits non destinés à la consommation dans de nombreux pays, toutefois on pourrait, dans les commentaires, donner une explication selon laquelle les produits non destinés à la consommation sont les biens qui ne sont pas détruits ou transformés sous une autre forme/condition une fois utilisés et qui gardent leur forme originale pendant l'utilisation et se déprécient petit à petit.*

Crédit-bail désigne une location qui présente les caractéristiques suivantes:

...

c) les loyers ou autres sommes stipulés au contrat de bail sont calculés pour tenir compte de l'amortissement de la totalité ou d'une partie importante du coût du matériel; et

Commentaires de M. Sultanov: A l'alinéa c) de la définition proposée pour le crédit-bail, l'on recommande d'appliquer le terme "compensation" au lieu d' "amortissement". Dans plusieurs pays de l'ancienne URSS, les chapitres qui régissent le leasing dans le Code Civil étaient principalement fondés sur la Convention sur le crédit-bail international qui utilise également le terme "amortissement". Le mot "amortissement" a été traduit dans certaines langues par "dépréciation"

et dans la définition de la redevance (“lease payment”) ², cette dernière est liée aux règles de la dépréciation d’un bien loué, ce qui n’est pas correct pour les raisons suivantes:

- 1) La périodicité et le montant de la redevance doivent être convenus entre les parties et ne peuvent pas dépendre des règles de dépréciation;
- 2) Le montant de la dépréciation change selon la réévaluation des avoirs et le montant de la redevance ne doit pas nécessairement être égal au montant de la dépréciation du bien loué.

Bail désigne une opération par laquelle une personne confère un droit de possession ou de contrôle d’un matériel à une autre personne pour un usage commercial ou professionnel et pour une certaine durée, moyennant le paiement de loyers ou toutes autres sommes. A moins que le contexte ne s’y oppose, le terme inclut une sous-location.

Commentaire de Mr Sultanov: La définition proposée pour le bail précise que le bien loué ne peut être utilisé que par le preneur pour un usage commercial ou professionnel alors que la définition du crédit-bail ne contient pas une telle restriction. A la lumière des discussions selon lesquelles, aux fins de la Loi type, le bien loué ne doit être utilisé que pour des activités commerciales, une telle restriction doit être imposée à la fois au crédit-bail et au bail.

...

CHAPITRE II FORMATION ET DOCUMENTATION DU CONTRAT DE BAIL

Commentaire de Mr Sultanov: alors que le Chapitre II prévoit un cadre logique en ce qui concerne la formation et la documentation du contrat de bail, ce cadre peut ne pas être nécessairement accepté par la plupart des pays qui appliqueront cette Loi type. En l’absence d’un contrat écrit (dans de nombreux pays en l’absence d’un contrat écrit qui contient aussi plusieurs conditions essentielles) il sera excessivement difficile de mettre en œuvre un tel contrat ou le contrat n’aura pas d’effet juridique en premier lieu (les règles générales concernant la location de biens dans les Codes Civils de plusieurs pays exigent que tout contrat dans lequel le droit d’utiliser est transféré à une autre partie (ce que l’on appelle en droit anglo-saxon les “usufructuary contracts”) doit être fait par écrit). Des notions telles que “l’intention des parties” et “ce qui est raisonnable” peuvent difficilement être incorporées ou appliquées par des systèmes juridiques (en particulier judiciaires) relativement incohérents et imparfaits en place dans les pays en développement.

...

Article 12 Autres lois

Le contrat de bail assujetti à la présente Loi est aussi assujetti à toute loi de [cet Etat] qui exige l’inscription d’un contrat de bail. Le non respect de cette loi a pour seul effet celui qu’elle prévoit.

² Les redevances que le preneur paie en vertu du contrat de bail comprennent le coût de la partie appropriée de la dépréciation du bien loué, d’autres dépenses encourues par le bailleur et le profit du bailleur. (législation du Bélarus).

Commentaire de Mr Sultanov: Le fait de ne pas inclure cette disposition ne portera pas atteinte à la législation en vigueur qui peut prévoir que les contrats de bail sont soumis à l'inscription (immatriculation de véhicules, par exemple, etc.). Toutefois, cette disposition peut être interprétée comme si tous les contrats de bail peuvent être soumis à l'obligation de l'inscription – le résultat le moins souhaitable. Une solution alternative est de garder l'article mais d'indiquer dans les commentaires que tous les contrats de bail ne sont pas soumis à l'obligation de l'inscription.

...

Article 26 Résiliation

1. Nonobstant les dispositions de l'article 16, le contrat de bail peut être résilié en application de la présente Loi, par l'accord des parties, ou par le créancier en raison de la défaillance du preneur ou du bailleur.

Commentaire de Mr Sultanov: Cet article permet en effet à une partie de mettre fin au contrat de façon unilatérale sans l'intervention du tribunal. Il ne fait aucun doute toutefois que ce droit ne sera ouvert aux parties que dans les cas où la partie aura expressément prévu au contrat les cas de défaillance. Le paragraphe 2 de l'article 22 prévoit que "[e]n l'absence d'une telle convention, il y a inexécution, aux fins du présent Chapitre, lorsqu'une partie prive de façon substantielle l'autre partie de ce qu'elle est en droit d'attendre du contrat et de la présente Loi." En cas de défaillance du type décrit au paragraphe 2 de l'article 22, une partie peut demander la fin du contrat mais cela se fera à travers l'intervention appropriée du tribunal puisqu'il appartiendra en définitive au tribunal de juger dans quelle mesure la privation est ou non substantielle.

Article 27 Refus de la livraison non conforme

1.
 - a) A défaut de livraison, en cas de livraison tardive ou de livraison d'un matériel non conforme au contrat de bail, le preneur a le droit d'accepter le matériel, de le refuser en totalité ou en partie ou, dans un bail autre qu'une opération de crédit-bail et sous réserve des dispositions du paragraphe 1 du présent article, de l'article 22 et du paragraphe 1 de l'article 26, de résilier le contrat de bail
 - b) Le refus du matériel ou la résiliation du contrat de bail en vertu de l'alinéa précédent doit intervenir dans un délai raisonnable après la livraison non conforme.
2.
 - a) Lorsqu'il refuse le matériel en vertu de la présente Loi ou du contrat de bail alors que ses obligations sont révocables, le preneur peut retenir les loyers jusqu'à ce que le bailleur ou, dans une opération de crédit-bail le fournisseur, ait remédié à l'inexécution de son obligation de livrer le matériel conforme.
 - b) Lorsqu'il résilie le contrat de bail en vertu du paragraphe précédent ou du contrat de bail alors que ses obligations sont révocables, le preneur peut recouvrer tous les loyers et autres sommes payés à l'avance, diminués d'une somme raisonnable eu égard au profit qu'il a pu éventuellement retirer du matériel.
 - c) Lorsqu'en vertu de la présente Loi ou du contrat de bail, le preneur refuse le matériel en sa possession, il a l'obligation de prendre raisonnablement soin du matériel suffisamment longtemps pour permettre au bailleur ou au fournisseur de l'enlever.

Commentaire de Mr Sultanov: Il est peu probable que le paragraphe 2 a) de l'article 27 s'applique au crédit-bail puisque l'article 16 prévoit que "[d]ans une opération de crédit-bail, les obligations du crédit-preneur à l'égard du crédit-bailleur deviennent irrévocables et indépendantes lorsque le contrat de bail et le contrat de fourniture ont été conclus". Ainsi, le crédit-preneur dans une opération de crédit-bail peut refuser le matériel sur la base du paragraphe 1 a) de l'article 27, mais il ne pourra pas retenir les loyers jusqu'à ce que l'on ait remédié à la livraison non conforme parce que les obligations du preneur seront de toute façon déjà irrévocables avant que le preneur n'exerce son droit de refus – le contrat de fourniture et le contrat de bail doivent avoir été conclus à ce moment.

Cela étant dit, la situation suivante peut survenir:

Le crédit-preneur dans une opération de crédit-bail peut refuser le matériel mais sera obligé d'exécuter le contrat de bail sans bénéficier du droit de demander la réduction des paiements, et sans pouvoir résilier le contrat ³ si le fournisseur ne devait pas remédier à l'inexécution de son obligation ou si le crédit-preneur avait besoin du matériel à ce moment précis et ne pouvait pas accepter un bien de remplacement en raison de ces contraintes de temps.

Si le preneur a choisi le fournisseur, la Loi opérera de cette façon. Toutefois, si le choix du fournisseur a été opéré par le bailleur, le preneur aura le droit de demander une réduction des paiements et la résiliation du contrat de bail. Dans ce cas également, la Loi prévoit que le bailleur et le fournisseur seront conjointement responsables à l'égard du preneur.

Article 28 Droit du bailleur sur le matériel

1. Sous réserve des droits du cessionnaire en vertu du paragraphe 3 de l'article 9, lors de la résiliation du contrat de bail par le bailleur, le bailleur a le droit de prendre possession du matériel. Le bailleur peut agir sans avoir recours à une procédure judiciaire si cela n'entraîne pas de trouble à l'ordre public.
2. Lors de la résiliation du contrat de bail par le bailleur, le bailleur peut disposer du matériel en sa possession.

Commentaire de Mr Sultanov: Lorsque le contrat de leasing a pris fin de façon prématurée soit conformément à l'accord entre les parties, soit en raison de la défaillance de la partie (article 26), soit parce que le contrat est exécuté et que le preneur n'a pas exercé l'option d'achat ou que le contrat ne prévoyait pas le transfert de la propriété au preneur à l'issue du bail (paragraphe 2 de l'article 21), la Loi doit indiquer que le preneur est obligé de rendre le bien loué dans tous ces cas. Si le preneur ne rend pas le bien, le bailleur aura le droit de reprendre possession du bien.

Dans la plupart des pays en développement, le concept de reprise sans intervention du tribunal ("self help repossession") ne sera pas maintenu. En fait, les tentatives des sociétés de leasing d'exercer la reprise de possession sans avoir recours aux tribunaux ont eu pour résultat que le preneur a poursuivi les sociétés de leasing pour détournement de fonds. Définir la notion de trouble à l'ordre public peut également être difficile dans des pays de tradition de droit continental et sera difficile à appliquer par des juges relativement inexpérimentés. La Loi prévoira que le bailleur pourra avoir recours à toute procédure disponible/applicable dans l'Etat pour reprendre possession du bien loué dans des cas spécifiques mais ne pourra pas discuter de la façon dont la reprise de possession peut se faire. On peut traiter ces questions de procédure dans les commentaires en

³ Le preneur disposera dans ce cas du droit de résiliation seulement si les parties avaient convenu que l'inexécution des obligations du fournisseur constituerait une situation d'inexécution en vertu du contrat de bail.

soulignant différentes méthodes pour la reprise de possession qui peuvent être applicables: avec recours aux tribunaux, ou par une décision du tribunal ou du juge en cas d'urgence, etc. et sans recours aux tribunaux.

II. AUTRES DOMAINES QUE LA LOI DEVRAIT TRAITER:

1. Transfert de propriété du bien loué à un tiers

La Loi reconnaît que le transfert de propriété du bien loué (comme cela peut être le cas lorsque le bailleur vend le bien, un tiers exerce l'action en forclusion ("*foreclosure action*") ou lorsque le bien loué est vendu dans une vente aux enchères dans les procédures d'insolvabilité etc.) à un tiers n'aura pas pour effet de modifier ou de mettre fin au contrat de bail. A ce sujet, les droits et obligations du bailleur, précisés dans le contrat de bail, sont transférés au nouveau propriétaire. La partie qui acquiert les biens du bailleur suite à la défaillance de ce dernier ne peut que faire valoir les droits du bailleur original en vertu du bail, à savoir i.e. la perception des redevances. Les nouveaux propriétaires ne peuvent prendre possession du bien dans tous les cas où le preneur remplit encore ses obligations en vertu du bail. Les obligations et les droits sont simplement cédés par le bailleur original à la nouvelle partie.

2. Remboursement anticipé

Le droit au remboursement anticipé devrait être reconnu par la Loi et le preneur devrait en bénéficier lorsque le bailleur est d'accord sur un tel droit.

3. Défaillance

Il faut que la Loi traite, en ajoutant des dispositions à l'article 24, des mesures dont disposent le bailleur en cas de fin du contrat de bail suite à l'inexécution de ses obligations par le preneur. Le bailleur aura dans ce cas le choix de demander au preneur toutes les redevances dues et de transférer la propriété au preneur, ou de reprendre possession du bien loué et de demander des dommages-intérêts.

Le cadre utilisé dans l'article 13 de la Convention peut être appliqué:

En cas de défaillance du crédit-preneur, le crédit-bailleur peut percevoir les loyers échus et impayés, ainsi que des intérêts moratoires et des dommages-intérêts.

En cas de défaillance substantielle du crédit-preneur, le crédit-bailleur peut également exiger le paiement anticipé de la valeur des loyers à échoir, lorsque le contrat de crédit-bail le prévoit, ou résilier le contrat de crédit-bail et, après la résiliation:

- a) reprendre le matériel; et
- b) percevoir les dommages-intérêts qui le placeraient dans la situation où il se serait trouvé si le crédit-preneur avait exécuté convenablement le contrat de crédit-bail.

4. *Insolvabilité des parties à un bail*

L'on recommande que la Loi traite les questions d'insolvabilité des parties à un bail.

Insolvabilité du bailleur: en cas d'insolvabilité du bailleur, le bien loué entre dans la masse. Le droit du preneur de poursuivre le contrat de bail demeure malgré les procédures d'insolvabilité contre le bailleur. Le créancier du bailleur qui devient propriétaire du bien loué devient le nouveau bailleur et n'a aucun droit d'imposer de nouvelles conditions au contrat ni de demander la résiliation du contrat aussi longtemps que le preneur ne sera pas lui-même défaillant.

Insolvabilité du preneur: si une décision de liquider le preneur ou de le déclarer insolvable est prise, le bien loué ne figurera pas dans la garantie générale des créanciers et ne sera pas considéré comme faisant partie de la liquidation ou de l'actif.