

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Titre I : LE CREDIT DANS LE CREDIT- BAIL :

Chapitre I : Une location par détermination de la loi.

Section 1 : *Définition légale*

a. éléments de la définition légale

1. éléments objectifs

2. éléments subjectifs

b. Mise en œuvre dans la pratique

Section 2 : *Mise en œuvre de la location*

a. Point de départ de la location

b. Obligations de la location du crédit- bail

Obligations conformes au droit commun

Obligations spécifiques à la formule du crédit- bail

Chapitre II : La complexité du contrat

Section 1 : *Le louage instrument de crédit*

a. Le crédit par une location dénaturées

- Instantanée

- Unilatérale

b. Autres aménagements dans la pratique

- Principe de liberté contractuelle (imposé par le droit positif)

- Hypothèse de la résiliation par le preneur

- Conséquence de la résolution

Section 2 : *La construction juridique de l'opération*

a. Nécessaire de préciser la nature des rapports créés entre la parties.

b. Transfert des droits de l'achat au profit du preneur est obligatoire.

Titre II : LA PROPRIETE DANS LE CREDIT BAIL

INTRODUCTION

Chapitre I : Une propriété à des fins de garantie

Section 1 : *Conception du nouveau rôle de la propriété par le législateur*

Malgache.

Section 2 : *Mise en œuvre de la propriété comme garantie dans la pratique*

Section 3 : De la publicité :

- Publicité juridique
- Publicité comptable
- Rôle

Chapitre II : Différents aspects résultant de la réalisation de la propriété – garantie.

Section 1 : Incidents en cours d'exécution de la convention

- a. absence de levée d'option
- b. défaillance du débiteur

section 2 : Particularité de l'utilisation de la propriété garantie

- a. Propriété – garantie : principe de la mise en œuvre dans les procédures collectives.
- b. exceptions liées au maintien de l'activité de l'entreprise

section 3 : *Solutions apportées par la pratique du fait des vides juridiques ou des lacunes des clauses contractuelles pour garantir la bonne fin de l'opération.*

- a. Solution de la pratique
- b. Applicabilité du projet de loi du 24 février 2000

Introduction

Le crédit-bail est conçu comme une « technique contractuelle moderne de crédit à moyen terme, par laquelle une entreprise dite de crédit- bail acquiert, sur la demande d'un client, la propriété de biens d'équipement mobiliers ou immobiliers à usage professionnel, en vue de les donner en location à ce client pour une durée déterminée et en contrepartie de redevances ou loyers. A l'issue de la période fixée, le locataire jouit d'une option. Il peut : soit, acquérir le bien pour un prix qui tient compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ; soit restituer le bien à la société financière, soit demander le renouvellement du contrat » (1)

D'origine américaine où il porte le nom de « leasing » il est à l'origine d'une technique de financement ayant pour cadre juridique la location pour permettre une intervention financière. On y rencontre divers types d'opération de Leasing dont les caractéristiques prédéterminées sont la durée du contrat, le montant des loyers, et les possibilités envisagées à la sortie du contrat.

Ainsi on distingue essentiellement le « financial lease » proche de la vente à tempérament du fait d'un prix se ventilant sur toute la durée de la location. Sa particularité réside dans le fait où la valeur résiduelle est en réalité la valeur de marché du matériel (« fair market value ») rendant le coût d'acquisition onéreux pour le locataire.

Le second mode principal de leasing est constitué par l' « operating lease » dont la particularité réside dans la prise en compte importante de considérations fiscales. Pour ce faire les loyers sont diminués au maximum. En contrepartie, la valeur résiduelle proche de la valeur de marché, est nettement plus élevée.

Introduite en France au début des années soixante, cette technique financière a reçu consécration légale le 2 juillet 1966.

Par une ordonnance du 28 septembre 1967, traduction du mot leasing a été donnée: « crédit- bail »

(1) définition donnée par le lexique juridique, 10^{ème} édition, Dalloz, 1995

Toutefois soulève certains auteurs la tentative de description par les mots « crédit- bail » n'est guère plus éclairante que le vocable anglais plus bref de « leasing » (2)

D'autres auteurs ont par contre tenu à nuancer cette terminologie, à l'origine de la première distinction que nous sommes amenés à établir.

Ainsi, M Goyet distingue le « crédit- bail » du « crédit- bail lato sensu » et du « leasing. »

La première acception ressort de la définition légale prise dans son sens le plus strict : c'est à dire des opérations uniquement prévues par le texte de la loi. Toutefois il arrive que des « opération non visées par le texte de la loi lui soient cependant soumises. » Cette seconde acception constituant le « crédit- bail lato sensu » suppose la possibilité pour une entreprise, ne répondant pas aux conditions de la loi, de rester soumise au régime de cette dernière dès qu'elle pratique le crédit- bail même occasionnellement. (3)

Enfin la dernière acception, « leasing », est à rapprocher selon M. Goyet, de la « location – vente postérieure à la loi du 2 juillet 1966. » En effet cette location vente et le leasing s'adressant à un simple particulier (et non une entreprise) sont, en France, soumis depuis la loi du 10 janvier 1978 au droit du crédit à la consommation. (4)

A Madagascar, bien que figurant dans la loi bancaire du 22 février 1996, le crédit- bail n'a reçu application effective qu'en Mai 2000 par la création d'un établissement financier Equipbail.

Peu avant, le 24 février 2000, un texte de projet de loi sur le crédit- bail a été élaboré pour préciser les grandes lignes et pallier aux éventuelles lacunes de cette dernière.

(2) Thierry « financement et recouvrement des créances et le factoring », collection « ce qu'il vous faut savoir » J . Delmas et Cie, 1974.

(3) La loi bancaire Malgache du 22 février 1996, dans notre cas, subordonne l'exercice d'opérations de banque uniquement aux établissements de crédit agréés. C'est ce qui ressort des dispositions liminaires portant sur le domaine d'application et définitions (chapitre I^{er}) et sur les interdictions (chapitre II)

(4) Cf Goyet, op.cit., p 86 n° 157 et suivant.

Ce soudain intérêt pour ce mode de financement original tant par la technique utilisée que par son mécanisme intrinsèque de garantie, nécessite toutefois de le distinguer de certaines notions voisines :

La première notion qui s'en rapproche le plus est à location vente :

Il s'agit d'un bail suivi d'une vente c'est- à - dire un transfert de propriété par le propriétaire à autrui après une période de jouissance à titre onéreux. Ce transfert peut soit être convenu dès la conclusion du contrat, soit être une faculté laissée au locataire.

Mais comme nous l'avons évoqué précédemment, la location- vente, comme le leasing, est soumise au droit du crédit à la consommation par la loi du 10 janvier 1978.

Il en découle que la « seule frontière véritable entre le crédit- bail et la location- vente (ou le leasing) procède de l'usage auquel sont destinés les biens ainsi financés. » (5) D'une part la location-vente s'adresse au consommateur ; d'autre part, à l'inverse du crédit- bail elle n'aménage pas au profit du créancier une position meilleure dans les procédures de concours.

Ensuite, eu égard à sa finalité économique, le crédit- bail a été assimilé au contrat de prêt. A savoir une avance, un prêt d'argent en vue de l'acquisition d'un bien.

Or le crédit- bail se présente comme une avance de marchandise.

En effet « au lieu de mettre à disposition des fonds, il met à disposition la chose » (6)

Ces deux tentatives d'assimilation à des institutions préexistantes soulignent la nature peu commune de cette opération de crédit. Peu commune de par ses notions voisines, elle l'est également de par ses dérivés :

(5) Ch. Goyet, op. Cit, p 87 n° 157 in fine

(6) ch. Goyet, op. cit, p 3n°6

Tout d'abord, et à titre de préalable il convient d'invoquer le « leasing à la consommation » (7) qui fait l'objet des règles du droit de la consommation visant à protéger le consommateur. Ce type de crédit à la consommation n'a pas été invoqué par notre droit positif sur le crédit- bail .

Ensuite nous avons une autre variété du crédit- bail constituée par le « lease-back » ou « cession- bail ». Elle consiste en une vente consentie par le « cédant- preneur » au profit du « cessionnaire – bailleur » d'un bien qui sera redonné en relocation (par contrat de crédit- bail) par le cessionnaire au profit du cédant.

Ces deux contrats en « sens inverse, passé simultanément entre les mêmes parties et portant sur le même bien » réalisant en fait un pur prêt d'argent (ce qui justifie la vente opérée par le cédant) garanti par la propriété du bien transférée au cessionnaire.

Cette opération est selon notre droit bancaire du 22 février 1996 soumise au régime sur le crédit- bail (8) Ce qui lève tout doute quant à sa nature juridique.

L'intérêt de cette opération est donc qu'elle permet à l'entreprise ayant des difficultés financières de subvenir immédiatement à celles- ci (en vendant le bien puis en le relouant pour pouvoir rembourser ce prêt)

Un autre dérivé du crédit- bail peut également être évoqué, bien que non prévu par le droit positif, mais nous permettant d'avoir une idée sur les nombreuses facettes de celui- ci : il s'agit du « crédit- bail adossé » ou « leasing fournisseur. »

Le principe de base reste le même : une entreprise productrice de biens d'équipement cède sa production à une société de crédit- bail et qui lui en confère aussitôt la jouissance par un contrat de crédit- bail. Cette entreprise a par la suite l'autorisation de sous-louer le bien objet de crédit- bail soit par un nouveau contrat de crédit- bail, soit par une simple location (9)

(7) M. Goyet préfère utiliser le terme « crédit- bail à la consommation » (Crocq, « garantie et propriété, LGDJ » ; p 117 n° 142 et suiv...)

le consommateur de crédit y fait toujours l'objet d'une protection importante tant au niveau du législateur (loi du 10 janvier 1978) qu'au niveau de la jurisprudence instaurant l'interdépendance du contrat principal et celui de financement. (la nullité du premier annule le 2nd).

(8) Art 72 de la loi bancaire du 22 février 1996

(9) ch. CAVALDA et J. STOUFFLET : « Droit bancaire » : Litec , 3^{ème} édition, 1997 p 256 n° 519.

L'intérêt de ce mécanisme réside dans le fait de permettre à l'entreprise productrice d'effectuer des opérations de location sans avoir à porter en compte d'immobilisations le montant des biens destinés à la location (10).

Enfin il convient pour terminer cette énumération non exhaustive, de parler d'une forme, non réglementée par notre droit positif et constituant encore un domaine inconnu de notre pratique, de parler du crédit – bail international.

Il suppose que le crédit- bailleur et le crédit - preneur aient leur établissement dans des Etats différents.

Les problèmes pouvant se poser ont attiré à la loi applicable. En droit international privé, il s'agirait de la loi d'exécution du contrat. Cependant le droit français dans l'hypothèse du leasing international requiert que les trois parties au contrat aient notifié la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 organisant le leasing mobilier transfrontière (11)

Le seul point commun que l'on peut tirer de tous ces dérivés du crédit-bail est qu'ils peuvent porter indifféremment sur un bien immobilier et mobilier. Le crédit- bail immobilier, comme son nom l'indique, porte sur un immeuble et vise à l'acquisition ou à la construction d'immeuble à usage professionnel (12). De par la spécificité de son objet, ce crédit- bail immobilier répond à un régime différent de celui mobilier. De plus il est pratiqué uniquement que par des établissements spécialisés (13). De par l'importance et la complexité en résultant, nous n'aborderons dans notre étude que le « crédit- bail mobilier » au sens strict du terme et conforme au droit positif : à savoir portant sur des « biens d'équipement ou de matériel d'outillage » à usage professionnel.

(10) En effet, le fournisseur en tant que preneur dans le contrat de crédit – bail principal n'a pas à porter en compte le bien objet du contrat (car c'est un poste hors bilan) . nous évoquerons cet aspect ultérieurement dans le développement.

(11) cf Cavalda – Stoufflet, op. cit, sur la convention d'Ottawa et le leasing international, p 304 n° 599 et s.

(12) Ceci conformément à la définition générique donnée par le lexique juridique , mais également par la loi bancaire du 22 février 1996 en son article 67.

(13) En France, ceux sont les « Sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie » (SICOMI).

Cette précision apportée va nous permettre de déterminer plus précisément l'objet de notre étude.

Des notions évoquées précédemment, il ressort deux points caractéristiques au crédit-bail.

D'une part un crédit est dispensé par le biais d'une location. C'est il semblerait la seule institution pouvant permettre de fournir un bien dans laquelle la jouissance du bien ne coïncide pas avec le moment du payement des loyers.

D'autre part un crédit dont la particularité réside dans son mécanisme de garantie inhérent à l'opération même, et procuré par la propriété du bien conservée par le créancier.

En effet, aménager le louage pour en faire une location financière est possible du fait des dispositions du droit des Biens qui ne sont pas d'ordre public. Mais assigner à la propriété un rôle de garantie pourrait être à l'origine de grands bouleversements en l'état actuel de notre législation.

Ainsi, le crédit- bail étant un crédit dont la particularité provient de la propriété que le créancier conserve comme une garantie, il convient de voir comment le législateur Malgache gère ce système juridique complexe ?

Pour répondre à ce problème nous allons établir comment le crédit est –il dispensé dans le crédit- bail en nous basant sur les textes en vigueur, ainsi que sa mise en œuvre dans la pratique. (I^{ère} partie)

Puis nous nous attellerons à mettre en évidence les avantages résultant de la garantie inhérente à l'opération de crédit et procurée par la propriété.....(II^{ème} partie).

TITRE I : Le crédit dans le crédit- bail ?

Le crédit-bail en tant que crédit permet le financement des investissements. Il se distingue des concours financiers traditionnels par les moyens utilisés.

En effet d'une part il réalise une opération financière grâce à la location qui, modelée en fonction du résultat recherché, permet de constituer une opération de crédit.

D'autre part il comporte son propre système de garantie réalisé par la propriété qui reste acquise au créancier, à savoir le crédit- bailleur, lui permettant d'avoir l'assurance de se faire payer sa créance de loyers.

Pour ces raisons le crédit-bail constitue une méthode marginale de financement des investissements. En effet il permet à l'entreprise (crédit- preneur) « d'investir sans épargner » ou encore de s'équiper sans investir (1)

En fait, c'est la location qui met immédiatement à la disposition de l'entreprise le matériel nécessaire à son activité professionnelle sans que celle-ci en acquitte immédiatement le prix d'achat.

Le louage réalise ainsi « une sorte d'avance du bien loué rendant inutile l'emprunt de la somme d'argent destiner à son acquisition » (2). Il y a bien ici un crédit du fait du décalage des prestations : une mise à disposition et le paiement de loyers. Le bail occupe donc une place prépondérante dans l'opération de crédit- bail. Ce qui révèle la complexité de celui-ci, car toute l'opération semble se limiter à ce contrat de location.

La loi bancaire du 22 février 1996 (3) ainsi, que le projet de loi du 24 février 2000 vont également dans ce sens : c'est par la location que le crédit se réalise dans le crédit-bail. (chapitre 1) Toutefois, pour atteindre cette finalité économique, différentes techniques juridiques ont été utilisées faisant du crédit-bail un contrat complexe. (chapitre 2).

-
1. Ch Goyet « Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire »
Bibl. de Dr privé, tome CLXXX, LGDJ, 1983, p 5 N°11
 2. Ch Goyet, op-cit p3 n°5

3. La loi 95 030 du février 1996, J.O N°2350(Spécial) du 4 mars 1996 p 291 et s., relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

Chapitre I : Une location par détermination de la loi.

Il convient ici de présenter la définition de la formule de crédit-bail donnée par la loi bancaire du 22 février 1996 ainsi que celle du projet de loi du 24 février 2000 concevant le crédit-bail comme une location (section 1). Dans un second temps, il conviendra d'étudier la mise en œuvre de cette location (section 2)

Section 1 : Définition légale.

La loi bancaire et le projet de loi partent du principe que toute l'opération repose sur le contrat de location de droit commun :

- Selon la loi 95 030 du 22 février 1996, en son article 64 alinéa 1^{er} : « Constituent des opérations de crédit-bail mobilier, les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaire, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire, à l'expiration de la période contractuelle de location, la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu (...) qui doit tenir compte au moins pour partie des versements effectués à titre de loyers. »

Les dispositions légales sont sans ambiguïté : l'opération de crédit-bail est essentiellement constituée par la location de biens achetés en vue de cette location. S'agit-il alors d'une nouvelle forme de louage dérogeant au droit commun ? Les termes de la loi bancaire n'apportent aucune précision particulière : il ne peut que s'agir d'une location de droit commun. Toutefois, comme nous le verrons ultérieurement, le législateur n'ayant pas enfermé ce louage dans une conception stricte, a laissé une grande liberté dans son aménagement.

- Selon le projet de loi du 24 février 2000 d'autre part « le crédit-bail est le contrat par lequel une personne, le crédit- bailleur ou bailleur, met un bien à la disposition

d'une autre personne, le crédit-preneur ou locataire, moyennant le versement d'un loyer, pendant une période de temps déterminée, à l'issue de laquelle le bailleur donne la possibilité au locataire d'acquérir tout ou partie des biens loués ». Ce projet de loi fixe, dans ses dispositions générales , la nature, l'objet et les sujets du crédit-bail . Ainsi en son article 1^{er}

susvisé, il considère l'opération de crédit-bail comme une location. En effet, d'une part, dans la terminologie même, les parties sont indifféremment appelées « crédit- bailleur ou bailleur » et « crédit- preneur ou locataire ». Par déduction donc, et bien que le texte du projet de loi ne le précise pas expressément, nous sommes en présence d'une « location », opération ainsi déterminée par la volonté du législateur. D'autre part, la « mise à disposition » d'un bien ayant comme contrepartie « le versement d'un loyer » ne fait que corroborer cette affirmation. En effet , selon le code civil en son article 1709 « le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. » Cet article correspond en tous points à la définition légale du louage dans le crédit-bail.

A ce stade de la réflexion nous pouvons faire une remarque sur les deux textes en présence : le droit positif a condensé en un seul alinéa de l'article 64 de la loi bancaire du 22 février 1996 la définition de toute opération de crédit-bail. Par contre, le projet de loi du 24 février 2000 a distingué clairement les « définitions » de la « détermination des opérations de crédit-bail. » Ainsi, il définit l'opération comme étant principalement une location en mentionnant cependant sa particularité qui est l'option donnée au locataire d'acquérir le bien loué ; il précise également que l'objet du crédit-bail est « acquis (indistinctement) d'un tiers ou du locataire lui même » : le Tiers en question est le fournisseur de la chose. Cette qualification de tiers laisse supposer que nous sommes en présence ici d'une location, le fournisseur étant nécessairement tiers à ce contrat (4) ; enfin il réserve l'exercice de l'activité à des professionnels du crédit soumis aux dispositions de la loi bancaire. Toutefois, ces dispositions étant sans influence sur la qualification du crédit-bail, le projet de loi du 24 février 2000 en son article 4, détermine plus précisément la nature de ces opérations : « en application des articles 1et 2 sont qualifiées d'opérations de crédit- bail ; les opérations de locations de biens meubles, biens d'équipement ou matériel d'outillage, achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaire,

4. article 2 du projet de loi du 24 février 2000. Il convient de signaler que l'hypothèse où le bien serait acquis « du locataire même » constituerait la « cession- bail » ou « lease- back » qui serait régit par ces mêmes dispositions. Il en est de même dans la loi bancaire.

lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu d'avance ou déterminable suivant un mode de calcul arrêté dans ce contrat tenant compte des versements effectués à titre de loyers ». Cet alinéa de l'article 4 concorde précisément avec l'article 64 du droit bancaire.

De cette disposition on peut tirer les éléments caractéristiques de la location en crédit-bail (a) ainsi que leur mise en œuvre dans la pratique (b).

a- Eléments de la définition légale

Eu égard à la pluralité des opinions doctrinales sur ce sujet, on peut distinguer les éléments objectifs (1) (relevant de toute opération de crédit-bail) et ceux subjectifs (résultant de la finalité voulue par les parties) (2)

1. L'objectivité s'apprécie sur toute opération de crédit-bail : Il s'agit de la durée de la location, de la promesse de vente unilatérale, et de l'imputation des loyers sur le prix d'achat du bien.
 - la durée de la location n'a pas été érigée par la loi en élément de la définition légale mais résulte des dispositions contractuelles du contrat de crédit-bail (5).

En fait, cette « période de temps déterminée » joue un rôle primordial.

D'abord elle est irrévocable et ce caractère expressément prévu par l'article 65 de la loi bancaire, permet aux parties de conférer au terme convenu le pouvoir exclusif de mettre fin au contrat sans que l'existence de ce dernier ne soit affecté par des circonstances fortuites, telle la perte de la chose louée. Cette irrévocabilité a alors une incidence sur la charge du risque, qui sera développée ultérieurement concernant la « responsabilité des parties » (6)

-
5. Art.3 al.2 renvoyant aux dispositions particulières.
 6. Art.8 du contrat de crédit-bail mobilier de la société Equipbail.

Ensuite cette irrévocabilité de la durée de la location du crédit-bail permet aux parties d'aligner la durée de la location sur la durée de vie fiscale (7) de la chose objet du contrat. Cela nous amène à introduire la notion économique « d'amortissement », essentielle à l'économie du crédit-bail : cet amortissement s'effectue sur la durée normale d'utilisation du bien, c'est à dire dans les mêmes conditions que l'entreprise qui exploite directement les biens dont elle est propriétaire.

Enfin l'irrévocabilité contribue à la détermination de la « durée du bail », qui est un des éléments essentiels de la publicité de la propriété de l'Etablissement financier. (Dans les développements ultérieurs nous nous attellerons à démontrer l'évolution et l'importance de cette publicité dans le droit positif et dans la pratique).

- Second élément de la définition légale, caractéristique de la location en crédit-bail : le lien entre la location et tout procédé donnant au preneur la « possibilité d'acquérir tout au partie des biens loués »

La doctrine, en l'occurrence M. Goyet, souligne que le terme « possibilité » renvoie à l'existence, dans le crédit-bail, d'une promesse de vente unilatérale (8). Le bénéfice de cette faculté est réservé au crédit- preneur seul, en revanche, le crédit- bailleur, lui, s'engage à mettre à la disposition du preneur le bien dès l'expiration de la période contractuelle de la location.

-
7. M Goyet soutient que le crédit-bail divise la notion d'amortissement en un amortissement économique (couvrant la perte de valeur d'un capital technique) et un amortissement

financier (par le renouvellement des actifs immobilisés, en d'autres termes « l'amortissement » de l'emprunt). D'où la première caractéristique du crédit-bail, selon M. Goyet : « Rechercher dans la durée fiscale de l'amortissement la mesure unique de l'amortissement économique et de l'amortissement financier. » Autrement dit, l'amortissement serait le résultat d'une négociation contractuelle du crédit-bailleur et du crédit-preneur. Ch. Goyet, op cit, p 34 N° 59 et s

8. Ch. Goyet, op-cit p 28 n° 44 note 3

Mais recourir à la qualification de « louage assorti d'une promesse de vente » nous expose au problème de la distinction du crédit-bail et de la location vente. La doctrine s'accorde à refuser toute influence du régime de celle-ci sur le crédit-bail. Plus précisément, la doctrine trouve inutile d'appliquer au crédit-bail les critères dégagés pour qualifier la location vente à savoir la « faculté » d'acquérir réservée au preneur en fin de contrat, mais également des redevances imputées sur un prix de vente (9) redevances qui constituent en fait des acomptes du prix.

Le crédit-bail, bien qu'insistant sur l'existence de cette faculté, considère au contraire que le prix de la levée de l'option doit tenir compte « au moins pour partie des sommes versées à titre de loyer » c'est à dire que le coût de l'acquisition se fasse à un prix fixé au préalable tenant compte des loyers déjà versés (10)

- Dernier élément, caractéristique de la location en crédit-bail, que l'on peut tirer de la définition légale : « l'imputation des loyers sur le prix d'achat du bien »

Cet élément n'est que la traduction de l'esprit même du texte de la loi : « le prix fixé doit tenir compte au moins pour partie des versements effectués à titre de loyer » (11).

La doctrine a admis (12) par un a contrario que le prix d'achat, c'est à dire encore le coût de la levée de l'option, peut tenir compte en totalité des loyers.

2- En considérant la finalité voulue par les parties, on distingue les éléments subjectifs de la location en crédit-bail : ici l'on va donc se placer essentiellement en contemplation des éléments qui caractérisent l'opération en rapport avec les buts poursuivis par les parties :

9. Ces redevances constituent en fait des acomptes du prix. En définitive, le prix d'acquisition à l'époque de la levée de l'option doit être proche de la valeur vénale du bien, ou autrement dit, un prix correspondant à la valeur de marché du bien.

10. Ainsi, c'est plutôt au crédit-bail qu'il faut reconnaître une certaine influence sur la location – vente. En effet, par sa consécration légale, il a permis une évolution conséquente de la jurisprudence de la location vente. Désormais cette consécration permet de qualifier de location véritable toute opération ayant la structure du crédit-bail sans en constituer un pour autant et que la jurisprudence antérieure aux lois sur le crédit-bail, aurait considéré comme des ventes pures et simples, des ventes déguisées. Aussi la jurisprudence a-t-elle jugé que les locations- ventes bénéficieront de cette conception très libérale du louage : com. 07 février 1977.

11. Art. 64 al. 1^{er} de la loi bancaire du 22 février 1996

12. Ch.Goyet ,op- cit p 30 n° 48

- le choix du matériel appartient toujours au locataire qui en assume l'entièvre responsabilité. Ce choix a été posé en élément de la définition légale par le projet de loi en son article 2 (13) En effet, il joue un rôle important dans la détermination des obligations et parts de responsabilité ultérieurement.
- Le bien loué doit être obligatoirement un bien mobilier à usage professionnel. En effet selon le droit positif, le crédit-bail est un procédé de financement de biens d'équipement ou de matériel d'outillage (14).

Il en résulte que l'utilisateur est nécessairement un professionnel.

Pour conclure, il convient de préciser que la seule exigence concernant les parties touche à la condition du crédit- bailleur : « le crédit- bailleur ne peut être qu'un établissement de crédit soumis aux dispositions de la loi... » (15). Cependant cette exigence qu'est la qualité du crédit- bailleur n'a aucune influence sur la qualification de crédit- bail. En effet, selon la jurisprudence, il est possible que des opérations soient soumises à la loi sur le crédit-bail sans avoir été visé par elle (16)

Ces éléments objectifs et subjectifs ne peuvent être considérés de manière absolue. Ils se complètent en formant un ensemble plus ou moins homogène eu égard à la complexité de l'opération. Il convient maintenant de voir la mise en œuvre de ces éléments dans la pratique.

- 13- Projet de loi du 24 février 2000 portant sur le crédit-bail
- 14-** Art. 64 al. 1^{er} de la loi bancaire du 22 février 1996
- 15- Art. 3 du projet de loi du 24 février 2000 se référant expressément à la loi bancaire 95 030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.
- 16- Com 15 décembre 1975 souligné par Ch GOYET, op. Cit. p 83 n°152. Cela soulève la notion de crédit bail lato sensu ; autrement dit, toute opération de crédit- bail pratiquée habituellement ou occasionnellement par une entreprise autre que celle visée par la loi bancaire, n'est pas visée par la loi mais soumise à son régime par le droit positif. D'où, il y a réellement indépendance entre la qualification de crédit- bail et qualité de crédit- bailleur

b- Dans la pratique

Les différents éléments de la définition légale vont ici trouver une application concrète.

Ainsi, quant au choix, l'article 2 du contrat de crédit-bail mobilier de la société Equipbail prévoit expressément la liberté du locataire dans le choix du matériel et du fournisseur. Mais également la charge de ce choix : ainsi aux termes de l'alinéa 1^{er} «le matériel est livré aux frais et risques du locataire » c'est la conséquence qui résulte logiquement de la latitude accordée au locataire dans la sélection du matériel.

En effet, en considérant le crédit- bail comme une simple juxtaposition des contrats de vente et de location, et donc de contrats indépendants, et ainsi si ce contrat de vente passé avec le fournisseur joue normalement, la charge de la livraison incomberait théoriquement à ce dernier et non au crédit- preneur qui, tiers à la vente, ne devait plus être tenu qu'à la vérification de la conformité à la commande et aux normes, au moment de la réception à la livraison. De plus dans un contrat de vente, le fournisseur est tenu de fournir un certain nombre de garantie conformément au droit commun (17).

Quant au bien objet du contrat de location, il ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 2 du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail, que d'abord le choix du locataire porte nécessairement sur un matériel utile à son activité, et donc sur un « bien d'équipement ». Cependant, cette qualification peut différer selon l'activité à laquelle il est destiné (ex : la

voiture de tourisme cité par M Goyet, (18)). Toutefois, pense la doctrine, « l'utilisateur d'élection du crédit- bail est le commerçant, et plus encore, l'industriel » (19). Qu'ensuite, il ressort également de cet alinéa que le locataire en détermine « (...) les spécifications techniques (...) ». Cela corrobore le fait que seul le locataire peut déterminer le bien qui lui est nécessaire en bon professionnel qu'il est.

17. Art 1641 du code civil Français : « le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rende impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminue tellement cet usage que l'acheter ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus »

18. Ch GOYET, op- cit, p8 3 n°151 : Le bien utilisé pour toute activité professionnelle est nécessairement un « bien d'équipement »

19. Ch GOYET, idem

Il ne faut cependant pas perdre de vue la définition légale du crédit- bail et ses autres éléments :

Ainsi s'agissant de la durée de la location, l'article 3 alinéa 2 du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail renvoie aux conditions particulières, mais prévoit expressément « qu'au cours de ces périodes, la location ne peut être résiliée que dans les cas prévus » dans les articles y afférents (20) Il résulte de cet alinéa que d'une part la durée de la location revêt une importance capitale pour le bon déroulement de l'opération. En fait, cet alinéa insiste sur la place prépondérante de la location au sein du crédit- bail.

D'autre part des conditions particulières, il apparaît clairement que la durée de la location ne correspond pas nécessairement à la durée de la période révocable, tel que le souligne (art 65) la loi bancaire qui précise que « la période irrévocabile (...) peut être égale ou inférieur à la période de location ».

Ainsi, il semblerait que la détermination de la durée de la location n'est en fait utile que pour le calcul des redevances à verser au bailleur ainsi que pour la détermination du prix de cession en fin de location. La période irrévocabile ne constitue en fait que le laps de temps durant lequel les loyers versés permettent à la société de crédit- bail de rentrer dans ses fonds et d'avoir un minimum de marge bénéficiaire.

Concernant « le procédé donnant au preneur la possibilité d'acquérir tout au partie des biens loués » la convention de crédit- bail, en son article 10 alinéa 2, reconnaît cette option mais en l'agrémentant toutefois d'un délai d'exercice, « avant le début du dernier trimestre de la location. », sans quoi le preneur serait tenu de restituer purement et simplement le matériel à la fin de la période de location.

Il convient ici de remarquer une différence de terminologie : la convention donne un sens plus large au terme « possibilité » que ne le fait la doctrine en interprétant le texte de la loi (21) : en effet, cette possibilité suppose un choix que l'on laisse au locataire pour soit, « acquérir le matériel à la fin de la période de location pour le montant du prix de cession en fin de location indiqué aux conditions particulières, (...) soit demander à proroger la location au delà du terme prévu (...) » (22), soit, et ceci constitue la fin logique de tout contrat de location, restituer le matériel.

20. Art 8, § 4 et art 9 de la convention de crédit- bail mobilier de la société Equipbail.

21. Cf supra- a- 1 deuxième point sur la promesse de vente

22. art 10 al 2 du contrat de crédit- bail mobilier de l'Equipbail

Cet alinéa de la convention de crédit- bail donne tout son sens à l'opération de crédit- bail. En effet d'une part, il est prévu que le locataire pourra acquérir le matériel à la fin de la période de location pour un prix de cession déterminé au préalable. Ainsi si le matériel objet de l'opération est un bien d'équipement professionnel, et qu'il n'y ait pas d'option d'achat, il y aura une simple « location financière » mais qui n'exclue nullement cependant, la vente du matériel en fin de location, vente qui se fera suivant la valeur du bien sur le marché. (23) D'autre part la prorogation du contrat, après la mise au point d'un nouveau contrat avec le bailleur, suppose que le crédit preneur n'a pas entièrement épuisé la substance de la chose, et qu'il compte par le renouvellement du contrat l'épuisé totalement.

Cependant, en fin de période contractuelle le matériel est censé avoir été totalement amorti que ce soit pour le bailleur que pour le crédit- preneur (24). Le recours à ce mode de financement (qu'est le crédit- bail) suppose en effet que l'activité de l'entreprise nécessite un remplacement rapide des moyens de production pour avoir un bon rendement (25) grâce à un amortissement rapide. Renouveler le contrat de crédit- bail peut paraître dès lors sans grand intérêt pour le preneur car il aura déjà épuisé la substance de la chose, c'est- à- dire son aptitude à permettre une productivité rentable. Toutefois, juridiquement parlant, cette substance de la chose existe encore physiquement.

Par la prorogation de la location, bien que maintenir en production un bien obsolète soit irrationnel, le preneur pourra utiliser celui- ci jusqu'à sa totale déperdition sans jamais vouloir

s'en porter acquéreur et n'avoir, de ce fait, à se retrouver avec un bien totalement inutile ; le risque retombant ainsi sur le propriétaire juridique à savoir le Bailleur. (26)

23.C'est ce que M. PACE qualifie de « leasing ». A distinguer du « Crédit-bail » qui lui stipule de manière expresse l'option d'achat toujours laissée au bénéfice du locataire.

24. Comme le souligne M. Goyet (n°53 p32 op cit) il convient de faire un lien entre la notion de substance de la chose et la notion d'amortissement : la substance de la chose est ce que cherche à mesurer le concept économique d'amortissement. M Goyet se base sur la contradiction entre le juridique et l'économique pour mettre en exergue la spécificité de l'amortissement dans le crédit- bail : en effet une location ne se conçoit que si l'usage que l'on consent laisse intact la substance de la chose ; paradoxalement l'amortissement mesure pourtant la durée de la déperdition de la substance ce qui va amener à faire une distinction dans la conception de la substance de la chose : économique et juridique. (Ce que nous verrons dans la suite du développement)

25. Gilbert PACE, « pratique et techniques financières du crédit- bail » collection « ce qu'il vous faut savoir », J DELMAS et Cie, 1972

26. Toutefois souligne M. Goyet « le preneur aurait intérêt à acheter le bien pour le revendre pour son compte au lieu de permettre au bailleur de réaliser le bénéfice procuré par la différence de la valeur résiduelle et de la valeur vénale (Goyet p39 n°66). Et d'ajouter que le « crédit- bailleur n'a davantage pas intérêt à reprendre le bien en fin de contrat, sa vocation étant purement financière, il a toujours intérêt à s'en débarrasser.

Quant à la dernière obligation légale d'imputer les loyers sur le prix du bien, le bailleur étant un professionnel du crédit déterminera un montant des loyers de telle sorte qu'à la fin du contrat il aura amorti intégralement son investissement , couvert les intérêts de cet investissement, et rémunéré le service rendu. Aussi lorsqu'il déterminera la valeur résiduelle ou le « prix de cession » du bien en fin de contrat, la loi lui fait obligation de tenir compte « au moins pour partie des sommes versées à titre de loyer »

Pour l'exercice de cette faculté d'acquérir le bien en fin de location, la convention renvoie expressément aux « conditions particulières » où est déterminé le coût de la levée de l'option. Ce coût est appelé à varier dans deux conditions uniquement :

D'une part « si le prix définitif des matériels était différent de la valeur de référence du présent contrat, il sera procédé à une révision proportionnelle (...) du prix de cession en fin de location ».

D'autre part si le locataire et le propriétaire bailleur décident « soit de proroger la durée de la location, soit, (...) raccourcir la durée de la location, alors le propriétaire bailleur indiquera, par écrit, au locataire le nouveau prix de cession en fin de location ».

Le coût de la levée de l'option tient donc une part importante dans l'opération. Même arrivée en fin de contrat le bailleur ne compte pas céder à bon prix le bien. Toutefois il convient de remarquer qu'à la fin de la période de location le cycle des capitaux est de nouveau à son point de départ, les intérêts dus, payés et le service rendu rémunéré. Le prix de cession ne devrait dès lors plus constituer qu'un prix symbolique qui devrait encourager à se porter acquéreur et non en dissuader (27), l'intérêt de chacune des parties résidant dans la levée de l'option (28). Or prévoir, au préalable, la modification, à la hausse, possible de ce prix de cession conduirait à penser que le bailleur n'entrera réellement dans ses fonds que si l'option est réalisée. On relèvera seulement que le crédit- bail est plus coûteux qu'une simple location financière, voire qu'un achat pure et simple par le biais d'un prêt.

27. Cf supra opinion de M. Goyet et Giovanoli.

28. Quid si en fin de contrat il y a restitution ? la société de crédit- bail la revend ou la reloue. Mais cette relocation ne pourra plus se faire par le biais du crédit- bail, le matériel étant déjà une occasion, car contraire au premier alinéa de l'article 64 qui suppose un achat d'un bien neuf en vue de la location.

Il ressort des éléments de la définition légale que le crédit- bail n'a jamais été considéré par la loi et par la convention des parties que comme une location.

Il convient de voir maintenant la mise en œuvre de cette location du crédit- bail.

Section2 : Mise en œuvre de la location

Nous serons ici amené à nous plonger directement dans l'étude de la convention de crédit- bail, le droit positif n'établissant que les lignes directrices de l'opération (29). Elle définit le point départ ainsi que les obligations respectives de chaque partie. Néanmoins, il faut au préalable que le « futur utilisateur » ait choisi le matériel ainsi que le fournisseur (30) ; que le bailleur passe commande du matériel après la signature préalable des contrats, et

enfin que dès la mise à disposition du matériel par le fournisseur, le locataire la prenne en charge après les vérifications d'usages (31). Une fois ce préalable accompli, il convient d'entamer la location.

a- Point de départ de la location

L'article 2 alinéa 1^{er} in fine et l'article 3 alinéa 1^{er} sous entendent que le contrat se forme dès la signature et qu'il prend effet dès « la mise à disposition du matériel constatée par un procès- verbal de prise en charge ».

29. Section 3 : disposition commune aux opérations de crédit- bail (art 72 à 75) de la loi bancaire du 22 février 96

30. Art. 2 al. 1^{er} du contrat de crédit- bail.

31. art 2 al 2 du contrat de crédit- bail . Cet article introduit d'emblée la notion de mandat qui va régir les relations entre les différents acteurs de l'opération. Nous utilisons ici le terme « acteurs » pour éviter de tomber dans la polémique doctrinale relative au nombre de personnes intervenant dans l'opération. L'on peut déjà avancer que le contrat de crédit- bail ne met en présence que deux parties : le crédit- bailleur et le crédit preneur / locataire, le fournisseur n'étant considéré que comme un tiers à la location il ne pourra entretenir de rapports avec le bailleur que par l'intermédiaire du locataire et ceci grâce au mandat.

Il faut souligner dans un premier temps que les sociétés de crédit- bail, désireuses d'établir un lien entre la vente et la location au sein d'une opération considérée juridiquement comme une juxtaposition de contrats bilatéraux, tentent par des stipulations appropriées de prévenir les litiges qui pourraient survenir au cours de la période de formation.

Ainsi, l'agrément du locataire et du principe de financement, la détermination des conditions d'achat (Payement et livraison), les modalités de la location ainsi que la promesse unilatérale de vente, constituent des pourparlers pré contractuels souligne M. Goyet (32)

Il est donc difficile de déterminer exactement à quel moment les parties en cause s'engagent effectivement, les pourparlers ne pouvant honnêtement pas être considérés comme un engagement définitif des parties et donc être pris pour point de départ du contrat.

La pratique se contente de la simple signature du contrat de crédit- bail pour que celui-ci produise effet. Cependant cette signature ne constaterait uniquement que la volonté des parties de poursuivre une opération de crédit- bail, elle matérialiserait les tractations opérées par chacune et entre elles.

L'article 3 alinéa 1^{er} de la convention de crédit- bail de la société Equipbail lève le doute : « le point de départ est fixé au moment de la mise à disposition du matériel (par le fournisseur, sous- entendu : (33)) constatée par un procès- verbal »

Ainsi, le contrat ne commence effectivement qu'à la livraison du matériel, c'est- à- dire lors de l'exécution de l'obligation de délivrance.

32. M.Goyet op- cit, p 52, n° 29, Note 86

33. art 2 al 2 du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail

Cet article 3 de la convention relatif au « départ et à la durée de la location » nous amène encore à faire une remarque : en son alinéa 3, il stipule que « (...) le premier loyer est payable à la signature du contrat (...) ». Or ceci constitue une condition contraignante. En effet, le crédit- bail devrait permettre l'autofinancement de l'entreprise (34). En d'autres termes, le remboursement du capital investi (par le bailleur sous- entendu) ne peut se faire que par les revenus que l'exploitation du bien loué dégage.

Autrement dit, d'une part, il est exigé du preneur la contrepartie d'une prestation qui n'est même pas encore entamée, c'est – à- dire que le droit de jouissance n'est pas encore commencée que sa contrepartie, qui est l'obligation de payer les loyers, est déjà exigée.

D'autre part, contrairement à l'idée reçue, un minimum de participation à l'effort de financement de l'investissement semble être requis du preneur. Il doit donc avoir un minimum de trésorerie ce qui implique que le crédit- bail entamera dès lors une partie, même infime, des possibilités d'emprunt de l'entreprise. Or recourir à la formule du crédit- bail, laisse supposer une faiblesse de la capacité d'autofinancement de l'entreprise (futur utilisatrice), voire l'inexistence de fonds de roulement l'empêchant d'envisager toute possibilité (ultérieure) d'un emprunt à moyen terme.

Ainsi donc la location, et par extension, l'opération de crédit- bail, ne débutera effectivement qu'à compter de la livraison ou encore de la mise à disposition du matériel au preneur. De cette location spécifique il découle des obligations classiques ou de droit commun, d'autres propres au crédit- bail.

34. déjà évoqué précédemment, il convient de rappeler que le crédit- bail permettait « d'investir sans épargner ». Or selon M.PACE (in « pratique et techniques financières du crédit- bail », collection « ce qu'il vous faut savoir », I. DELMAS et Cie, 1^{ère} édition, 1974) « s'équiper sans immobilisations doit permettre une rotation plus rapide des actifs utilisés », car le crédit- bail a pour vocation de permettre un renouvellement rapide des moyens de production inadaptés à l'évolution du produit fabriqué. Et M. Giovanoli (in Goyet, op- cit, p36 n°61 note 28) de conclure que « l'intérêt essentiel du crédit- bail est de permettre le financement d'un investissement productif par le rendement même qu'il procure ». C'est- à dire que le matériel est payé par le rendement, qu'il procure.

b. les obligations de la location du crédit- bail

On peut distinguer deux catégories d'obligations caractérisant la location du crédit- bail.

D'une part, les obligations conformes au louage de droit commun.

En premier lieu « l'obligation de délivrance » : cette obligation se rattache au concept de la livraison, mais révèle aussi la symbiose existant au sein du crédit- bail et qui permet de réaliser une sorte de contraction (35), à savoir une livraison effectuée par le fournisseur-vendeur directement au crédit- preneur, tiers au contrat de vente. Le crédit- bailleur, précise la doctrine (36), ne sera pas pour autant libéré de son obligation de délivrance pour la seule raison qu'il a été convenu qu'elle sera exécutée par le vendeur, qui est tiers à la location.

La jurisprudence a adopté la même position (37) en soulignant qu'aucune clause de non recours ne peut être valable nonobstant que le choix du matériel et du fournisseur, ainsi que l'obligation de vérifier ce matériel aient été à la charge du preneur.

La pratique réalise ici une belle application de cette contraction : le fournisseur met le matériel à la disposition du crédit- preneur. (Contrat de Crédit - Bail art 2 al 2)

Cependant comme le contrat de base de l'opération est la location, éminemment supplétive, le bailleur tend à vouloir limiter le rôle du fournisseur à cette seule livraison, celui- ci étant tiers à la location.

En fait, il semblerait que le bailleur feigne d'ignorer l'esprit, ou plutôt, la « symbiose » au sein des opérations de crédit- bail. Ceci afin d'écartier purement et simplement le fournisseur de la convention passée avec le preneur. Le bailleur méconnaît ainsi qu'en réalisant normalement son obligation de délivrance, le fournisseur l'exécute en réalité, et tacitement, pour le compte du crédit- bailleur même, qui n'a pas ainsi à exécuter sa propre obligation de délivrance directement au crédit- preneur.

35. Le plus souvent, souligne M.Goyet (p54 n°98 note 92, op cit), en matière de crédit- bail, le mot « contraction » désigne le mécanisme par lequel les garanties de la vente sont offertes au crédit- preneur en contrepartie de l'exonération de l'entreprise de crédit- bail des obligations de droit commun pesant sur un bailleur. Cette conception sera développée ultérieurement (cf titre I, chap I, section 2)

36. Goyet op- cit. Il ajoute de plus qu'une location sans obligation de délivrance serait inconcevable

37. Dijon 2 septembre 1986, JCP 1987. II. 20865.

Le véritable but inavoué, poursuivi par le bailleur est de prévenir tous recours possibles du locataire en lui faisant supporter d'emblée les risques d'un mauvais choix quant à la marchandise ou quant au fournisseur, mais également de prévenir tous recours possibles du fournisseur en cours de location (recours en résolution du contrat de vente entraînant

résiliation du contrat de crédit- bail ; (38)), son rôle devant se limiter au stade précis de la fourniture du matériel.

En second lieu : « obligation de garantie ». Dans le droit commun du louage (39) le Bailleur est tenu de procurer une jouissance paisible de la chose louée au preneur et de l'en garantir. Cette disposition n'étant pas d'ordre public il est possible d'y déroger. Ainsi, selon la doctrine (40), et en l'absence de dispositions légales, en matière de crédit- bail on peut s'exonérer de toute garantie mais à deux conditions d'une part il faut que les caractéristiques du bien loué aient été déterminées librement par le preneur, d'autre part il faut que le bailleur ait transféré les droits qu'il tient de l'achat au profit du preneur. Cependant, la doctrine ajoute que même à défaut de clause le crédit- bailleur n'est tenu d'aucune obligation de garantie, car le preneur avait eu toute liberté quant au choix du bien , et d'autre part parce que cette exonération de garantie découle de l'économie même du crédit- bail (41).

Cette exonération du bailleur accompagnée d'un transfert de droit en contrepartie, d'origine contractuelle, sont expressément prévus par les nouvelles dispositions légales du projet de loi du 24 février 2000 en son article 5 (42) le locataire, tiers au contrat de vente passé entre le bailleur et le vendeur, aura droit d'agir contre le vendeur pour le cas où celui-ci n'exécuterait pas ses obligations nées de la vente auxquelles il serait normalement tenu vis-à-vis du bailleur- acheteur.

-
- 38. Nous traiterons de la résolution et de la résiliation au cours de l'analyse des art 8 – 9 de la convention de crédit- bail dans les développements ultérieurs.
 - 39. Art 1721 code civil sur la location de meubles
 - 40. Droit civil, Francis LEFEBVRE, édition 1994- 1995
 - 41. M. Malaurie- Aynes (in contrats spéciaux, droit civil, édition) qui soulignent expressément qu'il n'est pas obligatoire que la clause d'exonération soit expresse. Le rôle de l'établissement de crédit étant par essence purement financier.
 - 42. « Par une clause du contrat de crédit- bail, le locataire agira directement en garantie contre le vendeur au titre des obligations nées de la vente, cette clause vaut renonciation du locataire à la garantie légale du bailleur » cf annexe infra.

Cette clause aura une importance primordiale ultérieurement en cours de contrat : en cas de non délivrance de la chose par le fournisseur, le crédit- bail se retrouvant sans cause et le bailleur dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, le crédit preneur sera habilité à

poursuivre d'office la résolution du contrat de vente, et partant la résiliation du contrat de crédit- bail (43).

Cet article entérine sans aucune équivoque une des particularités du crédit- bail : une location aménagée selon la volonté des parties pour atteindre la finalité qu'elles se sont fixées.

De plus, cet article surmonte le problème de qualification des rapports existant entre le fournisseur et le preneur, en posant d'emblée en rapport de droit triangulaire (44) la relation entre le crédit- bailleur, le crédit- preneur et le fournisseur, que nous développerons ultérieurement.

Aussi de l'esprit du texte on peut extrapoler que le projet de loi reconnaît d'office un droit propre au preneur contre le vendeur.

Cependant la lettre même du texte impose une certaine prudence : le projet de la loi laisserait en effet l'entièrre discrétion de la création du lien de droit entre fournisseur et preneur aux parties, et plus particulièrement au bailleur : « par une clause du contrat de crédit- bail, le Bailleur et le locataire peuvent convenir avec le vendeur... » ce qui pourrait être à l'origine d'une inégalité entre les parties.

Ainsi dans la pratique, il ressort du contrat de crédit- bail que la société de crédit- bail veut rester seule maîtresse du jeu. Elle aménage la formule du crédit- bail afin de limiter au maximum son rôle dans l'opération.

En effet, des stipulations de l'article 2 alinéa 2 du contrat de crédit- bail (45), elle entend se décharger des obligations incombant à un bailleur de droit commun,

43. Chambre mixte du 23 novembre 1990, GAJC, bull. chb. mixte., n°3, D 1991, note larroumet

44. Infra : Titre I chapitre 2 section 2

45. Art 2 al 2 du contrat de crédit- bail : « (...), le locataire agissant en qualité de mandataire du bailleur et pour son compte en qualité de locataire utilisateur, doit reconnaître sa conformité à la commande et son état, et contrôler les normes de fonctionnement prévues. »

à savoir entre autres de l'obligation de garantie(46) :

Cela implique d'une part que le preneur utilisateur, tiers au contrat de vente, est investi de pouvoirs, conférés par le crédit- Bailleur, découlant des droits que celui- ci tient de la vente. Ainsi dès la détermination des modalités de l'achat du matériel (47) le crédit- preneur est « mandataire » du Bailleur.

Il est à remarquer que la pratique retient le « mandat » pour qualifier ce transfert de droits au bénéfice du preneur.

D'autre part, par convention, le Bailleur, en s'exonérant veut faire assumer au preneur la responsabilité du choix du fournisseur et du matériel. Cependant la doctrine (48) reconnaît au bénéfice du preneur qu'en cas de défaut de conformité du matériel délivré par le fournisseur, par exécution du mandat, celui- ci (le preneur) a droit à une action en résolution de la vente. Il en va de même dans l'hypothèse où le fournisseur viendrait à ne pas livrer la chose.

Le recours au mandat, dans la pratique, devrait donc donner la possibilité, en étant rationnelle, au preneur d'agir en résolution de la vente et partant de résilier le contrat de crédit- bail. (49) Pour étayer , il est clair selon M. Goyet, qu'ôter une telle perspective au preneur « ferait la part trop belle au bailleur et se présenterait, en effet, comme une aubaine pour le vendeur » (50)

46. Selon M.J. HUET in « Droit civil : contrats spéciaux », LGDJ, 1996

Les obligations du bailleur de droit commun sont : de délivrer la chose, d'assurer la jouissance paisible, d'assurer l'entretien de la chose, de garantir contre les vices de la chose et enfin de réparer les dommages causés par celui- ci.

Quant aux obligations du preneur, elles se limitent au paiement du loyer et à toutes charges relatives à la chose louée.

47. art 2 al 1^{er} du contrat de Crédit-Bail : « (...), le locataire en détermine avec (le fournisseur) les spécifications techniques, (...), les modalités de paiement et de livraison. Le locataire est responsable des clauses de garanties à conclure avec le fournisseur »

48. MM MALAURIE et AYNIES in « droit civil : contrat spéciaux »

49. Dans le droit du mandat, le mandataire étant censé agir au nom et pour le compte du mandant, l'intérêt de ce dernier dans le choix de ce système se trouve dans la sanction de la partie défaillante (régime de la responsabilité du mandataire : LTGO art 132 à 147), empêchant ainsi de mener à terme l'opération dont il escomptait tirer profit.

Cependant M. Goyet a soulevé un problème évoquerons ultérieurement.

concernant « le mandat ». Problème que nous

50. M. Ch. Goyet in « louage et propriété à l'épreuve du crédit- bail et du bail superficiaire », LGDJ, p63 n°42

Enfin, la dernière obligation conforme au droit commun de la location est « le paiement des loyers » :

Le preneur s'oblige à verser au bailleur les redevances convenues, aux échéances fixées. Dans la location de droit commun, le montant des loyers est librement fixé par le loueur de meubles. De plus le contrat de location est résiliable à tout moment dès la défaillance du preneur dans le paiement d'un terme quelconque des loyers. (51)

La particularité de la location en crédit- bail provient de ce qu'elle constitue un mode de financement. Les loyers y ont donc une double fonction.

D'une part ils rémunèrent en partie au moins l'acquisition de la chose. En effet selon le texte de la loi « le prix fixé (la valeur résiduelle) doit tenir compte au moins pour partie des versements effectués à titre de loyer » (52) : en d'autres termes les loyers ne constituent donc pas une rémunération équitable de la seule jouissance, comme dans la location de droit commun, selon la doctrine (53)

D'autre part conformément à sa vocation financière, les loyers du crédit- bail peuvent s'analyser comme le remboursement d'un crédit. En effet ils constituent à la fois pour le bailleur un amortissement intégral de son investissement, la couverture des intérêts de cet investissement, et la rémunération du service rendu.

Dans la pratique, pour souligner l'importance du rôle joué par ces redevances, la location est irrévocabile pendant une certaine période correspondant à la durée pendant laquelle le bailleur (Nous verrons que dans la pratique la somme des loyers correspondant aux versements effectués durant cette période est nettement supérieur au coût présumé d'acquisition de la chose) aura au minimum amorti son investissement. Ainsi suivant cette logique et pour appuyer cette affirmation, l'article 65 in fine de la loi bancaire précise qu'en cas de prorogation de la location ou de levée anticipée de l'option d'achat, le « nouveau prix éventuel tiendra compte des loyers versés ».

51. Nous aborderons ultérieurement la partie relative à la résolution du contrat et à la responsabilité en découlant, en matière de crédit- bail.

52. Art 64 de la loi bancaire

53. M. Goyet, opcit, n° 75 p 44 M. Goyet avance cette affirmation pour d'une part réfuter l'assimilation du crédit- bail à un louage de droit commun, et d'autre part, dans l'hypothèse d'une annulation du contrat de crédit- bail, pour autoriser le juge à arbitrer « le montant de l'indemnité restant à la charge du preneur pour tenir compte du temps où la chose lui a procuré une jouissance normale ».

L'article 3 de la convention de crédit- bail ne fait que préciser les modalités de règlement des loyers .

Les alinéas 2 à 4 de l'art 3 du contrat portent essentiellement sur les clauses qui ont pour objet de régir le mode de paiement des redevances ainsi que leur fréquence (54) l'alinéa 5 in fine constitue la sanction de l'inexécution de l'engagement de payer en revanche les loyers aux échéances prévues, par le preneur. Ainsi, le cas échéant, le bailleur serait en droit, conformément aux stipulations contractuelles, d'exiger une pénalité pour retard qualifiée « d'intérêts de retard » et ceci sans préjudice de l'application des dispositions relatives à la résiliation du contrat (55). En d'autres termes mêmes en encourant cette sanction le locataire peut toujours se trouver confronter à la résiliation de la convention par le bailleur.

Et l'article 4 relatif aux intérêts (frais et taxes) d'ajouter que le taux de ces intérêts de retard est basé sur le taux directeur de la banque centrale majoré de 10 points, plus les taxes. (56) En outre, continue de préciser l'al 2 du même article, une indemnité de 10% des loyers hors taxes demeurés impayés, sera due pour non exécution de la convention. Sans compter la charge des frais avancés par le bailleur pour le recouvrement de sa créance. Nous sommes en présence d'une pléthore de mécanismes qui n'ont en réalité pour seul but que de dissuader le preneur mauvais payeur. Ce qui aménage au bailleur une situation plus que confortable (57) sans compter qu'il se réserve le droit de résilier le contrat de crédit- bail conformément à l'article 9 de la convention.

54. cf supra (page 11 relatif au point de départ : art 3 de la convention de crédit- bail de l'Equipbail)

55. art 3 al 4 de la convention de crédit- bail : « tout retard dans le paiement d'une fraction de loyer ou de ses accessoires entraînera de plein droit l'exigibilité d'intérêts de retard sans préjudice des dispositions prévues à l'art 9 ci- après »

56. art 4 el 1^{er} : « jusqu'à la date de leur règlement définitif, toutes sommes dues.. produisent des intérêts de retard... plus les taxes ; sans préjudice des dispositions prévues à l'art9 ci-après » le loyer étant réputé fiscalement déductible, car porté en charge d'exploitation, le bailleur veut faire du paiement des taxes une pénalité. Le paiement de celles- ci

relèverait plutôt de l'autorité de l'administration fiscale. D'autant plus que le loyer est basé sur la valeur hors TVA du matériel.

57. Nous verrons ultérieurement que le Bailleur dispose, pour persuader le preneur de s'acquitter de son obligation de payer les loyers aux échéances prévues, de la clause pénale » qui selon M. THIERRY (in financement et recouvrement des créances et le factoring, colléc. « ce qu'il vous faut savoir » J. DELMAS et Cie, 1974) est une garantie de l'irrévocabilité de la location.

En fait les intérêts de retard, même avec un taux majoré, peuvent effectivement avoir une force de persuasion sur le preneur provisoirement défaillant. Toutefois exiger une indemnité pour non- exécution de la convention est inopportun. En effet d'une part elle aura peu de valeur si le contrat venait effectivement à être résilié conformément aux dispositions de l'article 4 al 1^{er} in fine. D'autre part la « non exécution de la convention » (al 2 art 4 Crédit - Bail) suppose un grave manquement, voire une défaillance définitive de la part du preneur. Auquel cas le bailleur pourra se prévaloir de l'exception d'inexécution et suspendre l'exécution de son obligation. Le contrat sera dès lors systématiquement résilié. Cette indemnité ne serait alors d'aucune utilité dans l'un ou l'autre de ces cas ; car les stipulations contractuelles, ayant défini au préalable les conséquences de cette résiliation, prendront effet, et les indemnités qu'elles auront prévu sont généralement plus élevées que les « 10% des loyers demeurés impayés ».

Ainsi location par détermination de la loi, le crédit- bail est constitué d'obligations conformes au droit commun du louage à savoir pesant sur le bailleur une obligation de délivrance, fondamentale à l'opération de location même, ainsi qu'une obligation de garantie contre les troubles qui viendraient perturber la jouissance paisible du preneur (58); et pesant sur le preneur l'engagement de payer les loyers aux échéances convenues.

Cependant, d'autre part, nous avons des obligations spécifiques à la formule du crédit-bail même :

En premier lieu « l'obligation d'assurer l'entretien de la chose ». Dans le droit commun, elle reste à la charge du bailleur. Elle constitue le corollaire de l'obligation d'assurer une jouissance paisible au preneur.

Dans le louage du crédit- bail toutefois cette obligation incombe au locataire grâce à des aménagements contractuels.

58. Selon J. HUET in « droit civil : principaux contrats spéciaux », LGDJ, 1996, conformément à art 1719- 3^e, le bailleur est tenu d'assurer une jouissance paisible au preneur. Ainsi contre le trouble de droit, la garantie est due sans conteste, quelle qu'en soit l'origine, car il menace les prérogatives du preneur dans leur principe même.

Ainsi l'article 5 alinéa 3 de la convention de crédit- bail prévoit expressément que le « locataire doit maintenir le matériel en bon état de fonctionnement et supporter les frais d'entretien et de réparation » la suite de l'alinéa pose les modalités de cet entretien. Il découle de cet alinéa que le locataire n'est pas considéré comme jouissant simplement du matériel loué contrepartie des redevances qu'il verse, mais qu'il est tenue également des obligations d'un bailleur à savoir l'obligation d'entretenir le matériel pour le maintenir en bon état de fonctionnement. Un préalable doit ici être établi : l'obligation de maintenir ce matériel en bon état de fonctionnement suppose impérativement l'obligation de délivrance d'un matériel en bon état de fonctionnement. Par la symbiose existant dans le crédit- bail et le transfert de garantie en résultant, cette obligation de délivrance incombant normalement au bailleur pendant une certaine période est exécutée par le fournisseur (59). Ce qui ne le dispense pas en théorie de fournir un matériel en bon état. En effet, le mauvais état de celui- ci mettrait le preneur dans l'impossibilité d'exécuter convenablement ses obligations contractuelles (60). Une hypothèse peut ici être soulevée : l'impossibilité pour le locataire d'utiliser le matériel dès sa prise en charge pour une raison indépendante de la volonté du bailleur (61). Cela suppose l'inaptitude du matériel à l'usage pour lequel il est destiné. Deux situations en découlent : d'une part, le bailleur pour s'éviter les désagréments qu'engendreraient cette situation, met d'emblée à la charge du preneur par le biais de clauses, la responsabilité de « contrôler les normes de fonctionnement » (article 2 alinéa 2 in fine) et, en cas d'état défectueux ou de normes insuffisantes, de faire « jouer immédiatement la clause de garantie avec le fournisseur » (article 2 alinéa 3) ceci afin d'éviter justement que dès la mise à disposition le locataire ne demande la nullité du contrat de crédit- bail pour un vice quelconque. Mais, d'autre part, par cette clause de l'art 5 al 1^{er}, le bailleur se libère de ses obligations de droit commun.

Cependant conformément à l'esprit du crédit- bail, corroboré par la doctrine (62) cette exonération a nécessairement pour contrepartie le transfert des garanties tirées de la vente au profit du preneur et contre le fournisseur.

59- Toutefois, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître l'impossibilité d'exonérer le bailleur de l'obligation de délivrance. (Dijon 2 septembre 1986 JCP 87 II 20865 et MM Malaurie. Aynés in droit civil, contrats spéciaux, Dallez)

60- D'où la nécessité pour le Bailleur de mandater le preneur pour la vérification de l'état et des normes de fonctionnement prévues du matériel, au moment de la livraison : (art 2 al 2 du contrat de crédit- bail) ce mandat permet ainsi au bailleur de se décharger de toute responsabilité en cas de mauvais état ou de non conformité du matériel ; nous aborderons ultérieurement cette étude.

61- art 5 al 1^{er} in fine : « (...) si pour une raison indépendante de la volonté du bailleur le locataire ne pouvait utiliser le matériel dès sa prise en charge, il ne pourrait exercer aucun recours contre le bailleur (...) ni demander l'annulation du contrat de crédit- bail ».

62- M.Goyet op cit p64 n°113

Le preneur doit ainsi être en mesure d'attaquer le contrat de vente, et donc de demander la résiliation du contrat de crédit- bail, si le matériel ne peut être utilisé dès la prise en charge (63) si le vice l'affectant ne pouvait pas être raisonnablement décelé au moment de sa vérification à la livraison, et sans que logiquement les stipulations de l'article 8 de la convention (64) lui soient applicables ; celles- ci sous- entendant en effet qu'il y ait eu déjà utilisation du matériel par le preneur. De plus, aucune sanction portant sur un manquement, une négligence, une faute dans la vérification au moment de la prise en charge ne devrait être appliquée à son encontre à ce stade parce que le preneur, de par le contrat même (ses obligations contractuelles) et en tant que futur utilisateur, est nécessairement diligent

De plus, en tant qu'obligation à la charge du preneur, l'entretien ne peut être une cause d'arrêt d'utilisation, motivant par ailleurs une demande de diminution du loyer (65). En effet dans la convention de crédit- bail, l'article 8, qui prévoit à la charge du preneur une police d'assurance pour les dommages pouvant être occasionnés au matériel ainsi que pour toute altération de celui- ci (dommages indirects, art 8 al 2) stipule en son alinéa 4 que le preneur doit prendre en charge tous les frais pour le maintien en bon état de fonctionnement du matériel (66) .Cela impose la continuité du contrat, sans aucun changement. L'arrêt ne pouvant ainsi ici être un prétexte pour établir un défaut de jouissance paisible imputable au bailleur. De toute façon, l'alinéa 3 de l 'article 5 du contrat met à la charge du preneur l'obligation d'entretenir le matériel ; l'arrêt pour l'entretien ne pourrait alors être considéré que comme un manquement à l'obligation contractuelle du preneur. Contrairement, à titre de comparaison, dans le droit commun du louage, l'arrêt pour entretien, obligation pesant sur le bailleur, entraîne un défaut de jouissance paisible au détriment du preneur et lui donne ainsi droit d'agir contre le bailleur.

63- M. Goyet, à l'occasion de l'arrêt BURROUGHS (com 3 janv 1972, D.S 1972, I. 649) où il était question de distinguer les régimes respectifs de l'annulation du contrat instantané (rétroactif) et successif (rétroactivité limitée) avance que « le contrat

de louage devait être anéanti entièrement puisque la chose était apparue impropre à son usage dès sa livraison à l'utilisateur » (ch Goyet, « le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire », Bibl. de dr privé, tome CLXXX, LGDJ, 1983, p72 n°43).

64- art 8 du contrat de crédit-bail porte sur la responsabilité du locataire et les assurances et dans notre réflexion ici l'alinéa 1^{er} ne peut recevoir application car traite de la responsabilité du locataire pour dommage causé par le matériel et non occasionné au matériel lui-même (al 2) qui nous concerne ici.

65 art 5 al 2 in fine : « (...) l'arrêt de l'utilisation du matériel ne peut entraîner aucune diminution du loyer, (...), ceci, quelle qu'en soit la cause (...) »

66- alinéa 4 de cet 8 stipule en fait une « remise » du matériel en état « la remise c'est l'action de remettre dans un lieu, dans un état » (Larousse) la remise en état est la condition, l'étape nécessaire (après un chômage) pour pouvoir s'exécuter de son obligation de maintenir le matériel en bon état de fonctionnement (art 8 al 3)

En revanche dans la formule du crédit-bail, par le jeu du transfert des garanties, le preneur ne peut agir contre le bailleur. Et la doctrine de confirmer qu'il n'est effectivement pas possible d'agir contre celui-ci pour défaut de jouissance paisible en cas de réparations devenues nécessaires (67).

Au chapitre des réparations engendrant un arrêt de l'utilisation du matériel, les stipulations contractuelles (les articles 8 et 9 de la convention) réglant le problème sont claires : tant que le matériel n'est pas restitué, c'est – à dire pendant toute la durée de la location, le preneur est seul responsable de tout dommage que peut subir le matériel loué (même résultant de la force majeure). En d'autres termes, en cas de dommage subi par le matériel loué, le contrat reste immuable et continu à produire ses effets. Il revient seulement au locataire d'en informer le bailleur (68) et de faire remettre le matériel en état de marche le plus vite possible et à ses frais. Toutefois les indemnités reçues des compagnies d'assurance dès la survenance du dommage, et versées au bailleur du fait d'une clause expresse de délégation, seront restituées au locataire une fois les réparations effectuées ce qui contribue à maintenir un certain équilibre dans les relations contractuelles, le contrat étant encore appelé à se poursuivre.

Cependant cet alinéa 2 de l'article 5 passe sous silence une cause d'arrêt d'utilisation pouvant avoir des conséquences importantes, qualifiée « d'option intermédiaire » (69). Elle peut se réaliser si la préemption du matériel, du fait de progrès techniques, intervient dans un délai plus court que celui qu'on aurait pu raisonnablement prévoir. Cette hypothèse suppose soit l'arrêt d'office de l'utilisation du matériel, soit l'obligation pour l'utilisateur de continuer à

exploiter un matériel désuet, dépassé techniquement, entraînant ainsi une perte de compétitivité de l'entreprise, et donc un rendement plus faible.

C'est pour parer à cet inconvénient majeur que M.PACE préconise l'option intermédiaire. La solution consiste en effet à remplacer le plus tôt possible ce matériel en mettant fin prématurément au contrat de crédit- bail. Ainsi, au lieu de demander la diminution des loyers simplement, il suppose la levée de l'option d'achat par l'utilisateur en cours de contrat,

67- F. LEFEBRE in droit civil contrats spéciaux, 1994- 95),

68- art 8 al 4 du contrat de crédit- bail : « en cas de dommages survenu au matériel lourd, le locataire devra en informer le propriétaire bailleur par lettre recommandée. Il devra faire tout ce qui est nécessaire pour (...) faire remettre le matériel en état. Au vu des factures de réparation acquittées, le bailleur créditera le locataire du montant des indemnités reçues des compagnies d'assurance (...) »

69- M.G .PACE, op- cit : l'option intermédiaire est une alternative plus douce à l'option finale qui consiste en l'exercice de l'option d'achat uniquement en fin de période irrévocable c'est- à dire une fois réglée la totalité des loyers. Cette option intermédiaire ne se réalise qu'à deux conditions : d'une part, la péremption du matériel, résultant des progrès techniques, dans un délai plus court que celui qu'on aurait pu raisonnablement prévoir. D'autre part, le locataire se rend compte à l'usage que son choix ne répond pas ou mal à ses besoins.

mais après avoir respecté un minimum de période irrévocable de un an, à un tarif somme toute assez élevé puisqu'il comprend la totalité des loyers restant dus, augmentée de la valeur résiduelle.

Cette option comporte ici pourtant un risque. En effet l'utilisateur qui n'aura manifestement pas de trésorerie suffisante (70) se verra contraint d'acquérir un matériel ayant encore une valeur résiduelle très élevée, matériel qui d'autant plus ne sera plus rentable puisque obsolète.

Il convient de relever pour conclure que cette péremption réalisant l'option intermédiaire est indépendante de la volonté des parties. De plus elle est imprévisible et insurmontable (71)

Enfin l'arrêt d'utilisation du matériel résultant, entre autres, de réparations ou de l'entretien, ne peut entraîner aucune diminution du loyer stipule la convention de crédit- bail : dans les relations particulières du crédit- bail un principe de droit commun doit être respecté : le contrat signé par les parties fait leur loi. La convention de crédit- bail s'impose donc de plein droit. Cependant on peut se poser la question de savoir ce qu'il en est du respect des impératifs économiques dont relèvent cette opération en ce qu'elle constitue une opération financière

Il est ainsi primordial que le rythme de paiement des loyers suive celui de l'amortissement fiscal du bien (72). Or le loyer comprend : l'amortissement intégral de l'investissement, la couverture des intérêts, la rémunération du service rendu ainsi que divers frais. (frais proportionnels et la quote- part des frais d'exploitation du bailleur)

Le bien en question, quant à lui, s'use, perd de sa valeur, de sa substance.

Ainsi pour le bailleur, théoriquement, le coût de l'amortissement est intégré dans les loyers. Par contre pour le locataire, l'aptitude du bien à sa fonction au moment de l'acquisition n'est plus la même à un moment donné de la location, elle ne stagne pas.

70- Nous avons vu précédemment que le recours à la formule du suppose l'absence de trésorerie du futur utilisateur pour acquérir directement en pleine propriété le matériel dont il a besoin pour son activité le crédit- bail lui offrent alors la possibilité de posséder le matériel en question, de l'utiliser, et d'en payer la futur acquisition par le rendement qu'il procurera

71- c'est la définition même de la force majeur qui selon la convention de crédit- bail même est imputable au preneur. Mais la solution avancée par M. Pace recherche une certaine équité dans les rapports Bailleur- preneur. Enfin la 2^{ème} condition de l'option intermédiaire ne cadre pas avec l'analyse de cet alinéa de l'article 5.

72- L'amortissement est la constatation comptable de la dépréciation définitive subit par les éléments d'actif de l'entreprise. On distingue deux types d'amortissement : d'une part celui économique ou industriel effectué par le preneur généralement. D'autre part l'amortissement fiscal effectué par la société de crédit- bail parce qu'étant propriétaire du bien et procédant comme tout bailleur.

Ainsi Selon M.Goyet (op cit n°60 p34) « la durée de l'amortissement fiscal (effectué par tout propriétaire bailleur) est celle sur laquelle se règle la durée de la location irrévocable.». Et M. Pace (op cit) de corroborer qu'il est obligatoire que la durée de l'opération de crédit- bail soit égale à la durée de vie fiscale du matériel. Ici, précise- t- il, l'amortissement est à la charge de la « société propriétaire ».

Nous reviendrons ultérieurement sur ce concept d'amortissement

Les loyers devraient donc tenir compte de cet état des choses. En d'autres termes prévoir la possibilité d'avoir des loyers diminuant en cours de location (73) et ceci indépendamment de tout arrêt pour entretien ou de toute réparation. Ainsi une demande éventuelle de diminution de loyer ne devrait même pas dans cette hypothèse être nécessaire.

Ainsi si cette obligation d'entretien du matériel repose sur le preneur, il est une autre obligation restant conforme au droit commun du louage à la charge du bailleur : il s'agit d'assurer le droit de jouissance du preneur.

Nous avons alors en second lieu le « droit de jouissance du preneur ». Il constitue, selon la doctrine (74), une condition de la location de meuble de droit commun (75). Toutefois en l'absence de dispositions particulières, précise M. Lefebvre, le régime applicable sera celui du droit commun des contrats ou celui des baux d'immeuble si ceux ci sont compatibles avec la nature de la chose.

Dès lors, en tant qu'obligation du bailleur, l'absence de délivrance privant d'objet le contrat de crédit- bail (76) et donc le preneur de son droit, entraîne ainsi sa nullité absolue.

Cependant, et c'est ici que réside la spécificité de cette obligation du crédit- bail le droit de jouissance octroyé au locataire implique l'engagement de sa responsabilité.

La convention de crédit- bail prévoit expressément deux cas où la responsabilité du preneur sera engagée de plein droit (77) la responsabilité pour tout dommage causé par le matériel (α) et celle pour tout dommage occasionné au matériel même (β). Il convient d'emblée d'évoquer

le fait que pour couvrir cette responsabilité, le preneur est tenu contractuellement de souscrire une police d'assurance (art 8 al 1^{er} in fine pour responsabilité civile et al 2 contre les risques énumérés) avec délégation au profit du bailleur des indemnités normalement versées au preneur assuré.

73- Généralement, l'adoption d'un barème dégressif pour l'amortissement pourrait mener à une variation des loyers à la baisse c'est la solution avancée par M.PACE. «pratique et technique financière du crédit- bail », collection « ce qu'il faut savoir », J.DELMAS et Cie, 1^{ère} éd, 1979

74- M. F. Lefebvre, droit civil op cit

75- art 1709 c- civ : « le louage de chose est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, (...) »

76- Et la jurisprudence de confirmer en élevant cette obligation de droit commun en obligation essentielle ne pouvant être écartée par une stipulation contractuelle quelconque dans le contrat de crédit- bail : dijon 2 sept 86, JCP 1987. II. 20865

77- art 8 de la convention de crédit- bail al 1^{er}: « depuis le point de départ de la location (...), celui- ci (le locataire), détenteur gardien du matériel loué, est seul responsable de tout dommage (...) causé (...) par le matériel loué ou à l'occasion de son emploi (...) »

al 2 « tant que le matériel n'a pas été restitué au bailleur, le locataire est seul responsable de (...) tous dommages pouvant être occasionnés au matériel lui- même (...) »

α. Le crédit- preneur est responsable de tout dommage causé par le matériel loué directement ou indirectement à lui- même, ou à des tiers.

D'une part en tant que gardien de la chose et conformément au droit positif il a le « contrôle, la direction et l'usage de celle-ci matériellement et en fait » (78). Le locataire est a fortiori responsable de tout dommage causé par celle- ci (79)

D'autre part une responsabilité pour dommage causé directement ou indirectement soit à lui-même, soit à des tiers. Cela sous entend sans qu'il n'y ait ou qu'il y ait faute de ceux-ci, la responsabilité du locataire sera engagée de jure

Ainsi, de par cette stipulation, le bailleur s'exonère de toute responsabilité pour tout dommage causé par le matériel loué.

De plus, le droit des contrats prévoit la possibilité, par clause, pour le crédit- bailleur dans notre cas, de s'exonérer pour les fautes commises par « les personnes dont on répond civilement » (80).

L'alinéa 1^{er} in fine de l'article 8 corrobore idéalement ces dispositions légales en faisant, par une clause, bénéficier le bailleur de la couverture de la police d'assurance souscrite par le preneur, pour toute responsabilité civile de ce dernier mais également au cas où la sienne serait recherchée dans le cadre de la « théorie du risque ». Nous voyons ici que le droit des contrats répond d'une manière idéale aux contraintes du crédit- bail : en effet la formule du crédit- bail aspire à la consécration légale de ses aménagements contractuels telle l'exonération de toute garantie et de toute responsabilité du crédit- bailleur.

78- art 208 de la LTGO « est gardien celui qui, au moment du dommage a l'usage, la direction, le contrôle de l'animal ou de la chose, matériellement et en fait »

79- le problème de l'incendie occasionnant des dommages aux tiers doit ici être soulevé : l'art 16 de la LTGO renvoi expressément aux art 1733- 1734 du c- civ régissant les rapports entre propriétaire et locataire. Toutefois la convention du crédit- bail met d'emblée à la charge du preneur tout recours éventuel en responsabilité intenté par des tiers.

80- art 241 LTGO : « on peut néanmoins par accord contractuel, hormis les cas de faute lourde ou de dol, stipuler qu'on ne sera pas responsable des fautes commises par une personne dont on répond civilement ».

La question qui se pose et qui nous intéresse ici est de savoir si le bailleur répond civilement du preneur ? Dans ce contexte d'une location le bailleur, propriétaire de la chose louée, s'est lié juridiquement à un locataire en considération de sa personne.

Ainsi dans la pure théorie, et sans tenir compte des obligations spécifiques à la location, le loueur en tant que propriétaire ayant confié "« sa » chose à une autre personne devrait être tenu responsable du fait de cette dernière en l'absence de faute directe de celle- ci et hormis le cas de l'incendie (en effet selon, l'art 1733 c.civ., auquel se réfère expressément notre droit positif, le preneur est seul responsable sauf cas de force majeur ou fortuit et vice de construction). Toutefois comme nous l'avons avancé, dans la convention de location, il existe des stipulations contractuelles exonérant le bailleur pour les faits du preneur, celui- ci ayant en effet la garde de la chose

Sans cette consécration légale il n'y aurait aucune sécurité juridique pour les parties au contrat de crédit- bail . Mais, en fait, le crédit- bail ne peut être soumis strictement à aucune législation existante déterminée. Aussi la doctrine Française s'accorde à reconnaître « l'émergence d'un droit autonome du crédit- bail conçu comme une opération originale et distincte des contrats qui la composent » (81)

C'est seulement en tant que « contrat » que le crédit- bail pourrait se voir appliquer le droit commun des contrats et donc les dispositions de la LTGO. En matière de responsabilité le contrat de crédit- bail se conforme également au droit commun des contrats qui laisse toute latitude aux parties pour aménager les clauses relatives à leur responsabilité : alinéa 1^{er}: responsabilité du locataire pour le fait de la chose dont il a la garde qu'il y ait ou non faute.

La réparation des dommages ainsi causés sera couverte par l'assurance que le locataire aura souscrit pour la durée de la location.

Il convient de remarquer également ici la différence entre la location au sein du crédit- bail et la location de meuble de droit commun à laquelle procède M. Lefebvre (82). Dans la location

du crédit- bail, le locataire est seul responsable du fait de la chose même si le dommage est dû à « un vice de construction ou à un défaut de montage ».

Dans la location de meuble, corroborer par l'article 207 de la LTGO (83), en cas de risque propre au bien la responsabilité incombe au bailleur seul, mais la preuve du vice doit être rapportée par le locataire.

On distingue déjà ici donc toute la spécificité du crédit- bail à travers les aménagements apportés à la location.

β. L'alinéa 2, relatif à la responsabilité pour tout dommage occasionné au matériel même, contrairement à l'alinéa précédent, prévoit le cas de la responsabilité contractuelle. Ici encore le droit commun de la responsabilité laisse toute liberté aux parties contractantes pour aménager leur rapport. Ainsi selon l'article 180 al 2 de la LTGO « (les parties) peuvent (...) convenir que (le débiteur) prendra à sa charge les conséquences d'une force majeur ».

81- M. Goyet, op- cit, p 66 n°119 de plus nous faisons remarquer d'emblée que selon la doctrine (Goyet, op cit, p 6 N°13) la particularité de ce droit qui serait spécifique au crédit- bail est plus due au rôle de sûreté attribué à la propriété qu'à la forme particulière du bail. Nous développerons ultérieurement cette idée (IIème partie)

82- F Lefebvre, op cit

83- art 207 de la LTGO : « néanmoins, la responsabilité des dommages résultant de la ruine d'un bâtiment, par défaut d'entretien ou vice de construction, incombe à celui qui en est propriétaire »

Cela illustre cet alinéa 2 de l'article 8 de la convention, à la seule petite différence qu'il précise en plus d'autres risques qui seront pris en charge pas le preneur. Cette prise en charge se fera d'ailleurs toujours grâce à la police d'assurance souscrite dès la réception du matériel et dont les primes seront réglées pendant toute la durée de la location indépendamment des loyers.

L'alinéa 4 de l'article 8 de la convention, comme nous l'avions déjà évoqué précédemment, prévoit une responsabilité de plein droit du preneur avec charge pour celui- ci de le remettre en état. Toutefois, continue de préciser cet alinéa (84), « si le matériel ne peut être réparé, le contrat sera résilié de plein droit et le locataire devra verser au propriétaire- bailleur une indemnité de résiliation (...) »

Cette clause pénale (85), articulation essentielle de la convention, prévoit « une indemnité de résiliation » dans le cadre de la mise en œuvre de la responsabilité du locataire pour faute ou sans faute entraînant résiliation du contrat de crédit- bail.

Cette indemnité laisse entrevoir une difficulté inhérente à la valeur de la clause pénale, origine de réflexions doctrinales et d'une jurisprudence abondante : selon M.Thierry le crédit-bailleur tire le même profit que si le bien avait été loué normalement bien que privant le preneur du matériel. Il préconise ainsi, pour une certaine équité, que l'indemnité de la clause pénale ne soit pas égale à la totalité des loyers restant à couvrir mais qu'elle devrait être diminuée de « la valeur de revente du matériel récupéré ou des loyers possibles dans le cas d'une relocation de celui- ci » (86)

84- al 4 art 8 relatif à la responsabilité du locataire du contrat de crédit- bail : « (...). Si le matériel ne peut être réparé, le contrat sera résilié de plein droit et le locataire devra verser au propriétaire- bailleur une indemnité de résiliation égale ou montrant des loyers taxes comprises restant à couvrir majorée de la valeur résiduelle prévue au contrat, déduction faite de l'indemnité versée par les assurances au bailleur »

A ce stade de notre étude nous n'aborderons pas encore le problème de la résiliation et des conséquences qu'elle entraîne. Ici nous nous axerons principalement sur la responsabilité, la mise en œuvre de celle ainsi que sur la police d'assurance censée la couvrir

85- Cette notion occupe une place prépondérante dans la formule du crédit- bail aussi bien dans la théorie que dans la pratique. Nous verrons ultérieurement son rôle dans les aménagements spécifiques au crédit- bail. Toutefois il convient ici de donner une définition, tirée du lexique, afin de justifier le recours à cette notion : « dans un contrat, clause par laquelle le débiteur, s'il manque à son engagement, devra verser au créancier une somme d'argent dont le montant, fixé à l'avance, est indépendant du préjudice causé »

86- M. GUY THIERRY, op cit

Dans la pratique Malgache, on peut faire remarquer que la clause pénale semble disproportionnée par rapport à l'obligation inexécutée : en effet d'une part l'impossibilité de réparer est liée à l'importance des dommages subis par le matériel : ces derniers ont pu être causés par un fait raisonnablement imprévisible et insurmontable, bien que le contrat ait expressément prévu que tout dommage résultant même d'un cas fortuit ou de la force majeur soit sous la seule responsabilité du locataire. D'autre part, la police d'assurance souscrite par le crédit- preneur est censée couvrir ce type de risque. Le dommage devrait être alors supporté par les deux parties : le preneur ne pouvant plus utiliser le matériel, et le bailleur ayant déjà reçu les indemnités versées par les assurances ainsi que les loyers antérieurement versés correspondant à la période où le preneur aurait eu une jouissance normale (87)

Ici on pourrait porter une petite réflexion sur l'opportunité de cette police d'assurance : la doctrine française reconnaît et entérine sa pratique (MM Lefebvre, et Thierry)

Toutefois ce surcroît de garantie n'est pas pour favoriser le preneur, en effet non seulement cela met à jour sa situation juridique (soumission au bailleur) mais en plus il accroît considérablement ses charges.

Enfin cette obligation, puisque c'en est une, bien qu'accessoire, tend à devenir une condition sine qua non dans les rapports du crédit- bailleur avec le crédit- preneur. En effet selon les alinéas 1 et 2 « le locataire s'oblige à souscrire auprès d'une compagnie d'assurance solvable agréée par le bailleur, une police... ». (88).

De plus selon l'alinéa 3 dans le cas où le locataire serait dans l'impossibilité économique de souscrire cette police, le bailleur la prendra en charge mais à la condition que le preneur la lui rembourse ainsi que les frais occasionnés, et c'est ici que réside sa particularité, en respectant les conditions de l'article 4 de la convention qui stipule que « toutes les sommes dues demeurées impayées (...) produisent des intérêts de retard (...) sans préjudice des dispositions prévues à l'article 9 ci-après. » Autrement dit le non- payement des primes d'assurance peut-être à l'origine de la résiliation du contrat de crédit- bail et donc la police d'assurance peut-être considérée comme un élément prépondérant de l'opération au même titre que les loyers.

87- M. Goyet, op cit, p 42 et suiv (et surtout n°75), en matière de résolution du contrat, préconise que le « juge (devrait) arbitrer (...) le montant de l'indemnité restant à la charge du preneur pour tenir compte du temps où la chose lui a procuré une jouissance normale ».

88- art 8 al 1^{er} fine et al.2 de la convention du crédit- bail, portant respectivement sur la responsabilité en cas de dommage causé par le matériel et sur celle en cas de dommage occasionné au matériel même.

Ainsi ce qui n'est qu'accessoire semble vouloir battre, sur le plan de l'importance, le principal c'est –à- dire la spécificité du crédit- bail qui est le crédit procuré sous la forme d'un bail mais surtout la propriété conservée à titre de garantie.(89)

Cette organisation de la responsabilité du locataire autour du matériel, en fait, n'est pas pour assurer celui-ci. Mais elle permet le bon déroulement de la location dans l'opération de crédit- bail même. La police d'assurance n'est là que pour préciser la position du crédit- preneur en lui rappelant qu'il est tributaire de son choix, c'est –à – dire qu'il doit endosser la totale responsabilité de sa décision d'avoir recouru au crédit- bail , et donc des aléas pouvant survenir en cours d'opération, du choix du matériel.

En fait l'on pourrait être tenté de croire que cet excédent de garantie, représenté ici par la police d'assurance déléguée au profit du bailleur, soulignerait en fait un manque flagrant de confiance en la propriété conservée à titre de garantie : en cours d'opération le crédit- preneur paye les loyers (comprenant les intérêts, la rémunération du bailleur, l'amortissement) ainsi

que les primes d'assurance conformément au contrat de crédit- bail. Deux hypothèses peuvent alors survenir :

- Primo, s'il n'y a aucun problème, c'est à dire si la responsabilité du crédit- preneur n'est pas engagée, ce dernier aura en définitive à payer beaucoup plus que ce qui a été convenu avec le crédit- bailleur initialement, en ayant bien en tête que la formule du crédit- bail est nécessairement plus onéreuse que les autres procédés de financement traditionnels.
- Secundo, si un problème survient et que le matériel ne peut être réparé ; le preneur perd la jouissance du matériel, le bailleur se retrouve propriétaire d'un bien devenu inutile mais l'assurance l'en dédommagera. Le crédit- bailleur rentrera donc toujours dans ses fonds et la propriété, même juridique (90), ne lui aura été ici daucune utilité.

Pour conclure sur le chapitre de la responsabilité, l'alinéa 5 de l'article 8 du contrat met à jour une des vérités du crédit- bail : les obligations du crédit- preneur y sont plus lourdes que celles d'une location de droit commun et notamment en matière de responsabilités.

89- La doctrine (entre autres M. Goyet p6 n°13 op cit,) a insisté sur la particularité du rôle joué par la propriété dans la formule du crédit- bail, quitte à négliger partiellement la forme nouvelle du louage, mécanisme servant pourtant de base pour disposer du crédit. Notre étude dans la deuxième sous partie (chapitre 2) cherchera à établir, aux travers des aménagements réalisés au sein de ce louage, qu'un crédit est dispensé.

90 – A titre de préalable, il convient de préciser ici qu'un courant doctrinal (entre autres MM Goyet, PACE), au sein du crédit- bail, distingue la propriété juridique de la propriété économique du matériel. Cette distinction, souligne certains auteurs (cf Goyet, p33 note 23), révèle l'essence même du crédit- bail à savoir « un divorce entre l'économique et le juridique » La propriété juridique est celle du crédit bailleur. Quant à la propriété économique, elle est celle qui procure au crédit preneur toutes les prérogatives effectives exceptées celle d'aliéner le matériel. Ainsi parce que se trouvant entre les mains du preneur ce dernier à la capacité d'exploiter productivement le matériel

En effet le droit commun de la responsabilité contractuelle précise qu'« on ne peut s'exonérer par avance (...) de toute responsabilité (...) imputable tant à soi-même qu'aux personnes dont on répond ». « (91)

Autrement dit, le bailleur ne peut, par l'accumulation de ses dérogations, s'exonérer totalement. Or à l'alinéa 5 de l'article 8, par cette clause relative à la responsabilité contractuelle du preneur, le crédit bailleur s'exonère en mettant à la charge de ce dernier « toute obligation légale ou réglementaire, présente ou futur » résultant de l'opération. L'article 6 alinéa 4 précise que si malgré son engagement à s'y conformer, le locataire ne respecte pas « des dispositions légales administratives, ou réglementaires en vigueur, le bailleur (déclinant expressément toute responsabilité) se réserve la faculté de mettre fin au contrat sans délai (...) dans les conditions prévues à l'article 9 ci-après ». La mise en œuvre de cette stipulation reviendrait alors à faire valoir pour le bailleur une forme d'exonération totale,

exonération d'obligation plus la possibilité de résiliation unilatérale, pourtant frappée de nullité par la doctrine française (92) et interdite par notre droit positif (art 181 supra). Il est vrai que bien que conforme à l'article 241 de la LTGO (93) et ne souffrant donc d'aucune illégalité, l'article 6 prévoit une exonération de responsabilité du bailleur pour faute commise par le preneur (qui ne s'est pas conformé à la réglementation en vigueur) ; il est cependant nécessaire de souligner, comme le soutien M. Goyet (94), qu'il est indispensable que « l'accumulation de ces dérogations (soit) nulle si elle aboutit à priver le preneur de toute possibilité de recours contre le bailleur », c'est- à dire aboutit à une exonération totale du bailleur. Or l'article 6 dans son alinéa 4 in fine, en prévoyant la possibilité d'une résiliation unilatérale par le bailleur met définitivement ce dernier à l'abri de toute responsabilité. Ceci est d'ailleurs confirmé par « l'extension de la couverture (de la police) à la responsabilité civile du bailleur au cas où cette dernière serait recherchée » (95).

De plus, si des charges qui normalement doivent être supportées par le bailleur sont prises en charges par le preneur c'est parce qu'il y a eu accord de volontés entre eux : il est peu probable que le preneur ait accepté toutes ces dérogations sans contrepartie, l'absence de contrepartie le laissant sans aucun recours possible contre le bailleur. En effet si le preneur doit supporter les charges naturelles du bailleur, tant qu'à faire cela doit se faire comme s'il était investi des droits du bailleur, droits que ce dernier tiendrait de l'achat. Nous revenons donc ici à la solution avancée précédemment : il existerait un lien d'origine contractuel entre le crédit- preneur et le fournisseur du matériel.

91- art 181 de la LTGO

92- Goyet, op- cit, p69 n° 113 note 26

93- Nous avons développé précédemment que le bailleur et le locataire étant lié juridiquement l'article

241 de la LTGO pouvait leur être appliqué (cf supra)

94- Goyet, op cit, supra

Enfin pour justifier les exonérations de l'alinéa 5 (article 8 de la convention) on peut se placer sous le coup du mandat : le bailleur en se déchargeant mandate le preneur pour exécuter les obligations du bailleur- propriétaire de droit commun.

Dans cette optique, d'une part, les dispositions légales de la responsabilité pour fait d'autrui et plus précisément de personne dont on répond civillement, sont applicables au bailleur (96) parce que le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant. Ce dernier se trouvant de ce fait tel un donneur d'ordre.

D'autre part, le mandat joue un rôle important dans la « symbiose » du crédit- bail.(97) Cependant, la doctrine française critique abondamment (M Goyet) l'utilisation de la qualification de « mandat », car cette dernière ne permet pas de reconnaître un « droit

propre » au preneur contre le fournisseur –vendeur mais fait de lui le représentant (le mandataire) du crédit – bailleur (98). Ce qui est pourtant conforme à la pratique Malgache : le preneur est le mandataire du bailleur et il acquitte les obligations incombant normalement à ce dernier.

Ainsi dans le crédit- bail on distingue deux types d'obligations : l'un qui le différencie de la location de droit commun à savoir l'entretien, la réparation incombant au preneur, et assurer un droit de jouissance au locataire à la charge du bailleur ; et l'autre, des obligations communes au louage à savoir les obligations de délivrance et de garantie ainsi que celle de payer les loyers. Ces obligations nous permettent d'emblée d'avoir un aperçu des aménagements réalisés au sein de la location du crédit- bail, aménagements combinant la réalisation d'un crédit et le transfert des garanties que nécessite la technique du crédit- bail pour conforter ce crédit. Ce qui fait de cette formule un contrat complexe.

95- art 8 al 1 in fine de la convention de crédit- bail

96- art 241 de la LTGO.

97- Ce terme à l'origine d'une étude de M.E.M Bey, « De la symbiotique dans les leasing et crédit – bail mobiliers », Dalloz, 1970, conformément à son sens étymologique, évoque le complexe des opérations coexistant au sein de crédit- bail se procurant mutuellement des avantages.

98- Le mandat est donc inadapté pour qualifier les rapports du fournisseur avec le preneur avance M. Goyet (op cit , p 59 et s)

Chapitre II- Le crédit –Bail : un contrat complexe.

La complexité du crédit- bail réside dans le rôle de la location en tant qu'instrument de crédit grâce aux aménagements que les parties en ont fait. Mais elle réside également dans les moyens juridiques utilisés pour la réalisation de la finalité économique qu'est la fourniture de crédit.

Le louage a pour particularité de permettre la jouissance immédiate au preneur moyennant le payement de loyer. Ceci constituent deux prestations qui ne coïncideront jamais dans le temps. Cela réalise dans sa forme la plus primaire un crédit à savoir une avance et un remboursement.

Aborder le crédit dans le crédit- bail suppose la considération de deux volets : d'une part le bail instrument de crédit, d'autre part un crédit qui a pour particularité de comporter intrinsèquement son mécanisme de garantie. Ce second volet qui touche à la propriété fera l'objet d'une étude ultérieurement (99). Quant au premier volet, la location étant un « contrat éminemment supplétif », permet aux parties de la modeler à volonté pour en faire un instrument de crédit , et donc une location peu habituelle.

a. Le crédit par une location dénaturée

« Le droit commun du louage étant un droit supplétif » (100) l'obligation du bailleur de faire jouir n'est pas une obligation essentielle, il est ainsi possible d'y déroger. De plus, il est exonéré des obligations de garantie des vices et d'entretien , par le truchement de clauses, incombant au bailleur de droit commun.

Toutefois cet ensemble de dérogations n'entraîne pas irrémédiablement le désengagement du bailleur car une substitution du vendeur à celui –ci s'opère (101), ou plus précisément, on cherche à dégager le financier des obligations incombant normalement au bailleur pour adopter le louage à sa fonction financière .

99- IIè partie infra : « La propriété dans le crédit – bail » à des fins de garantie.

100- M Goyet, op cit, p 41 n° 68

101- Déjà évoqué précédemment sous le vocable de « symbiose » ce phénomène particulier au Crédit-Bail permet de réaliser un certain équilibre en faisant d'une opération à l'origine conçu comme une superposition de contrats bilatéraux, une opération tripartite, triangulaire. Nous aborderons plus en détail cette particularité ultérieurement

D'où en se plaçant uniquement au niveau des rapports du crédit – bailleur et du crédit – preneur, le bailleur n'est tenu que d'une obligation, celle de mettre le matériel à la disposition du preneur, et s'exécute ainsi par une seule prestation ,de tout ce qu'il doit. Cette délivrance effectuée, le bailleur est considéré comme s étant acquitté de l'unique obligation nécessaire à l'existence du contrat, les autres étant écartées contractuellement.

M. Goyet (102) parle ici de caractère instantané du louage dans le Crédit- Bail, bien que la jurisprudence, conformément au droit positif, prône le caractère successif du Bail (103). Mais selon cet auteur, s'il est obligatoire « de tirer toutes les conséquences juridiques

d'une telle qualification, réciproquement, cela autorise l'interprète à rechercher la part de fiction que contient une telle qualification ».

Ainsi , parce que le bailleur joue un rôle passif résultant de sa fonction financière, les tâches techniques étant abandonnées par des stipulations dérogatoires au preneur, le louage en Crédit-Bail est instantané. En effet par sa seule prestation de mettre la chose à la disposition du preneur, le crédit – bailleur met en œuvre le contrat de crédit- bail.

Toujours dans la location instrument de crédit, une autre analyse peut être évoquée, axée sur l'exécution d'une obligation unique et corroborant le caractère instantané du louage précédemment invoqué.

Le bailleur en mettant à la disposition du preneur la chose exécute tout ce qu'il devait. Ainsi ce contrat de Crédit- Bail devient unilatérale, car seul demeure tenu le preneur ; mais unilatéral uniquement à un certain moment de l'existence du contrat à savoir dès l'extinction de l'obligation du bailleur par son exécution. Or ce n'est uniquement que dans un contrat à exécution instantanée que, en fonction du moment où l'on se place, le contrat revêt un caractère synallagmatique ou unilatérale (104).

D'une part ce contrat synallagmatique se transformant en contrat unilatéral à un certain moment de son exécution a une incidence sur la charge des risques.

L'interdépendance des prestations veut que si l'une des parties à exécuter tout ce qu'elle devait, l'autre doit rester tenue d'exécuter toute la sienne. Ainsi si l'une des parties ne peut exécuter sa prestation du fait d'un cas fortuit, l'autre ne pourra être tenue d'exécuter toute la sienne.

102-M. Goyet, op cit p 40 et s.

103- Le caractère successif du bail , souligne M Goyet , provient de l'obligation pour la bailleur de maintenir à tous moments la jouissance « et non de l'échelonnement des loyers ».

104- M Goyet, op cit. , p 48 n°84

Or, si le preneur est exonéré en raison d'un événement de force majeur, la pratique courante en crédit- bail, mais également le Droit commun (105) veulent que ce soit le preneur qui supporte les risques de la chose. Ou encore, le Bailleur ayant exécuté son obligation, le preneur devrait, même au cas d'une perte fortuite, être tenu de ses obligations. Ce qui sous-entend qu'il serait encore tenu au paiement des loyers : ce qui est conforme à l'économie du crédit –Bail ; l'objectif du crédit –Bailleur étant de voir mener à terme l'opération de crédit.

Toutefois un autre point de vue soutient que le preneur ne devrait être tenu qu'au payement de la valeur de la chose (106). Ce à quoi M. Goyet a rétorqué que le crédit – bailleur ne recherchant pas à être indemnisé de la perte de la chose mais à la bonne fin du crédit , la limitation au remboursement de la valeur de la chose renverserait la charge du risque sur le bailleur en premier lieu et après seulement sur le preneur. En effet admettre que le bailleur ne peut plus réclamer les loyers, ou par dérogation que le preneur doit les régler tous, c'est dire qu'ils sont chargés des risques du contrat (107).

La pratique malgache adopte le premier point de vue pour gérer les risques de la chose, en faisant, d'une part supporter d'emblée, par clause contractuelle, les risques par le preneur, d'autre part en évoquant expressément (108) une indemnisation «égale au montant des loyers restant à couvrir majorée de la valeur résiduelle prévue au contrat » pour le cas où la chose louée serait détruite en totalité, par cas fortuit sous- entendu; et ceci contrairement à la location du droit commun où l'article 1722 du code civil prévoit expressément que « dans l'un et l'autre cas (destruction totale ou partielle) il n'y a lieu à aucun dédommagement ».

D'autre part, une autre hypothèse peut être envisagée , portant sur la notion de contrat synallagmatique devenant unilatérale à un moment de son existence :

105- le contrat de crédit – bail de l'équipbail prévoit expressément que le preneur supportera tous les risques de la chose même ceux résultant de cas fortuit (art 8 al 2) . De plus M Goyet souligne que l'adage « RES PERIT DEBITORI » étant la règle en cas d'interdépendance des obligations, il est également possible de prévoir par clause que le preneur se chargera des cas fortuits, l'article 1302, du code civil réservant la licéité de pareilles stipulations (Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte)

106- M. EM BEY, « de la symbiose dans les leasing et crédit- bail mobiliers, Dalloz, 1970, p 190

107- M Goyet , op cit, p 50 n° 87

108- art. 8 al.4 du contrat de crédit- bail « En cas de dommage survenu au matériel loué (quelle qu'en soit la cause). Si le matériel ne peut être réparé , le contrat sera résilié de plein droit et le locataire devra verser au propriétaire – bailleur une indemnité de résiliation..... »

L'irrévocabilité du louage en crédit- bail implique, selon M. Goyet, l'obligation pour le preneur de continuer à payer les loyers même en cas de perte fortuite de la chose. Et l'article 65 alinéa 1^{er} (109) in fine de corroborer que « pendant cette période , sous réserve de l'exécution de ses obligations par le locataire, ni le bailleur ni le locataire ne peuvent réviser les termes du contrat » C'est dire que les contractants sont chacun tenus d'exécuter tout ce

qu'ils doivent conformément au contrat, et a fortiori, même en cas d'empêchement résultant de la force majeur ou de cas fortuit .

La révision du contrat, à savoir sa résiliation par exemple , ne pourra intervenir, a contrario, qu'uniquement en cas d'inexécution par le preneur de ses obligations. Ainsi , en cas d'événement fortuit ou de force majeur, le contrat est toujours censé continuer.

Cette stabilité de la relation étant procurée par le caractère irrévocable de la location il est possible de déterminer aisément la périodicité et le montant des loyers et donc d'asservir le louage à sa finalité économique.

Ces deux premiers groupes d'aménagements nous permet d'emblée de voir comment il a été procédé pour éluder les obligations pouvant peser sur le bailleur de droit commun. Il a été mis en exergue le caractère éminemment supplétif du droit du louage afin de se conformer au but financier. Toutefois cet ensemble de dérogation a transformé le louage de droit commun et permet à M Goyet de concevoir le louage en crédit- bail comme « instantané et unilatérale » (110)

109- art 65 al 1er de la loi bancaire 95 030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, chap 4 , section Ier

110- A ces deux caractères M. Goyet en ajoute un troisième : le caractère réel du louage en crédit- bail. Réel non pas par la volonté du parties mais par le résultat que tendent à apporter les différentes clauses insérées au contrat de crédit- bail. En effet le caractère réel élèverai au rang de condition de formation du contrat l'exécution de la prestation de l'une des parties en l'occurrence celle du bailleur : « Ce contrat réel, en effet, est celui dans laquelle la remise de la chose se présente comme « une condition de formation du contrat ». (Goyet, op cit p 50 n° 89) En ayant recours au régime du contrat réel, les sociétés de crédit- bail trouvent un moyen de sécuriser leurs interventions en n'étant engagées qu'en exécutant leur prestation c'est à dire qu'en fournissant le crédit.

Les transformations subies par le louage de droit commun pour l'asservir aux finalités économiques désirées par les parties ont conduit M Goyet dans son étude a présenté le louage en crédit- bail comme « instantané , unilatéral, voire réel », et de ce fait, a qualifié d'impropre la qualification légale de location dont les caractères ne satisfont pas pour rendre compte du régime juridique de la location en crédit- bail.

b- Dans la pratique également, d'autres aménagements ont été apportés par les parties pour faire du louage un instrument de crédit.

En fait, le bailleur a surtout voulu aménager la location que pour la bonne fin du crédit. Ainsi, par l'analyse qui suivra on tendra essentiellement à mettre en évidence les hypothèses pouvant mettre fin prématurément au contrat, et le cas échéant les stipulations ayant pour but d'aménager des larges plages de manœuvre dictées par la finalité économique qu'il poursuit. Tout d'abord, le contrat de crédit- bail de l'équipail propose en son article 9 portant sur la

résiliation du contrat par le bailleur plusieurs hypothèses de cessation des contrats ainsi que les conséquences en résultant et qui appellent à certaines réflexions.

- Le droit positif : liberté contractuelle

Ainsi, en son alinéa 1^{er}, le contrat prévoit que « le contrat sera résiliée de plein droit si bon semble au bailleur ». Autrement dit, le bailleur se réserve ici les plus larges prérogatives quant à la continuation du contrat : sa volonté est en effet proéminente en la matière. Il pourra donc décider unilatéralement la rupture des rapports contractuels et ceci à tout moment, même pendant la période irrévocable. En effet, la loi bancaire du 22 février 1996 (111) précise que « pendant cette période sous réserve de l'exécution de ses obligations par le locataire, ni le bailleur ni le locataire ne peuvent réviser les termes du contrat ». En d'autres termes, a contrario, si le locataire n'exécute pas ses obligations, même en cours de période irrévocable il sera possible pour le bailleur de réviser les termes du contrat et donc d'y mettre fin. De plus, la résiliation décidée par le bailleur se fera sans « aucune formalité judiciaire », c'est- à dire sans avoir à recourir au juge la clause pénale (112) jouera d'office dès la défaillance du preneur. Pourtant l'article 75 de loi bancaire du 22 février 1996 précise qu'« en cas de non respect de ses obligations par l'une ou l'autre des parties, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité prévue ».

Ce qui sous – entend que ce juge est habilité à se saisir , même d'office pour faire appliquer équitablement la clause pénale. En tant que disposition impérative, il est invraisemblable que le bailleur puisse faire fi de l'intervention du juge.

On pourra ainsi remarquer ici un certain arbitraire du bailleur qui fait appliquer d'office ses décisions au nom de la liberté contractuelle, signe de la particularité du crédit- bail. Ceci se reflète également dans le délai très court accordé au preneur pour s'exécuter après la mise en demeure « 8 jours, à défaut de tout autre délai fixé par la loi, après l'envoi au locataire d'une mise en demeure (...) sans effet » (article 9 de la convention).

111- art 65 al 1^{er} in fine de la loi bancaire du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, loc. cit.

112- la clause pénale est « la clause par laquelle le débiteur, s'il manque à son engagement ,devra verser au créancier une somme d'argent dont le montant, fixé à l'avance, est indépendant du préjudice causé » : définition donnée par le lexique

Enfin , pour étayer cette volonté du bailleur d'échapper à l'intervention du juge, ce contrat stipule expressément que dans le cas où « le locataire ne payerait pas à échéance un seul terme de loyer ou une seule prime d'assurance ou n'exécuterait pas une seule des conditions générales ou particulières de la location », le contrat serait résilié de plein droit. Cette clause indique expressément qu'une inexécution partielle entraînerait l'application de la clause pénale empêchant ainsi le juge d'exercer son pouvoir de modération de l'article 1231 du code civil (113). En effet M Thierry (114) affirme que deux conditions sont nécessaires pour que

le juge puisse procéder à la réduction de la clause pénale : d'une part que l'obligation soit susceptible d'exécution partielle. D'autre part que les parties n'aient pas indiqué expressément que la clause pénale jouera même en cas d'inexécution partielle. Or cette seconde formalité n'est pas remplie par le contrat de crédit- bail ce qui permet d'écartier une éventuelle intervention du juge (115). Pour conforter encore plus cette volonté de tenir à l'écart le juge, le projet de loi du 24 février 2000 écarte l'intervention intempestive du juge, source de nuisance pour la sécurité juridique des relations d'affaires et pour la liberté contractuelle des parties fondamentale dans le crédit- bail. C'est pour donner toute son ampleur à cette liberté que l'alinéa 1^{er} de l'article 8 bis du projet de loi du 24 février 2000 prévoit que la naissance d'une contestation sur la validité ou l'exécution du contrat de vente ne pourrait à chaque fois motiver une suspension du contrat de crédit (116). Le but recherché est ici la stabilité de la relation (117) . En effet , cet alinéa limite le rôle du juge qui ne servirait plus que de balise à la volonté des parties.

juridique. Cette clause ici constituée par l'article 9 du contrat de crédit- bail fera l'objet de différente réflexion en cours de développement et notamment ici.

113- art 1231 du code civil dispose que « lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, « même d'office », être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier » (sans préjudice de l'application de l'article 1152) . Cette disposition du code civil français correspond en tout point à celle du droit malgache en l'art 183 al 3 de la loi sur la théorie générale des obligations , ordonnance n° 62 007 du 31 juillet 1962 sur la preuve des obligations civiles (JO N° 236 du 11 . 8 . 62 , p 1567) disposant que : « si l'inexécution est partielle , le juge, sauf convention contraire des parties, doit réduire proportionnellement le montant de la pénalité ».

114- M Guy Thierry « le financement et le recouvrement des créances et le factoring »

115 la première , par contre, peut être considérée comme remplie car la doctrine (M Goyet op , p 46 n0 80) et la jurisprudence françaises conviennent que « l'obligation du crédit – bailleur et l'obligation du preneur étaient , par nature , divisibles et susceptibles d'exécution partielle »

116- Souligné par nous

117- Cependant il est possible qu'il y ait suspension par le tribunal en cas de contestation sérieuse du contrat de vente . Ce serait l'a contrario de l'alinéa. Dans cette optique la suspension serait toujours une mesure de sécurité afin d'éviter que les parties au contrat de crédit ne poursuivent un contrat initialement givré d'un vice empêchant l'exécution du crédit- bail

L'alinéa second de l'article 9 du contrat du contrat de crédit- bail de l'Equipbail est encore plus radical : il impose la résiliation de plein droit, selon la volonté du bailleur et ceci malgré l'exécution de ses obligations par le locataire : les cas sont énumérés expressément par les stipulations contractuelles. « Règlement judiciaire, faillite (118) ou simple déconfiture,

dissolution de la société votée par les associés ou prononcée par le tribunal, cession amiable ou forcée de l'exploitation ou du fonds, cessation d'activité de plus de trois mois, diminution des garanties ou sûretés consenties au bailleur ». Il n'entre pas dans notre propos ici de discuter de chacune de ces notions ayant des incidences sur la vie de l'entreprise. Il convient juste d'insister sur le fait que ces différents états (de l'entreprise) entraînent inéluctablement et automatiquement la résiliation du contrat de crédit- bail, le bailleur voulant se préserver de la complexité de pareilles procédures dont l'issue est parfois incertaine.

Ces cas précédemment évoqués traitent de la résiliation du contrat par le bailleur uniquement. De plus, la loi bancaire du 28 février 1996, en son article 65 alinéa, 3 érigeant « la faillite ou la mise en règlement judiciaire du locataire » en cause de résiliation, consacre le choix fait par le bailleur du contrat de crédit- bail de l' Equipbail. Toutefois l'esprit que le législateur entend en donner diffère : En effet cette résiliation de jure requis par les dispositions légales n'a pour but que de « protéger » le locataire, déjà en difficulté, en arrêtant les charges découlant de l'opération de crédit- bail qui pèsent sur lui. Par contre la société de crédit- bail Equipbail semble poser la résiliation du contrat en une sanction du locataire en ces termes. « Si bon semble au bailleur et nonobstant l'exécution par le locataire de ses obligations contractuelles ».

D'un autre côté nous sommes conduit à évoquer des hypothèses où les autres acteurs de la formule du crédit- bail pourront invoquer la résiliation du crédit- bail.

Résiliation du contrat par le preneur

L'idée originelle de cette hypothèse provient de la loi même mais concernant le crédit- bail immobilier la loi bancaire (119) du 22 février 1996 en son article 68 alinéa 3 qui prévoit

118- Les problèmes posés par le règlement judiciaire et la faillite seront abordés ultérieurement. Il convient seulement ici de noter que dès la survenance de ces cas, le contrat de crédit- bail sera résilié de plein droit. Il en va de même en cas de cession de l'exploitation ou du fonds.

119- art 68 al 3 de la loi bancaire n° 95 030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, chap IV , section 2 : « le contrat prévoit, à peine de nullité les conditions dans lesquelles il pourra le cas échéant, être résilié à la demande du locataire ».

expressément la possibilité pour le locataire de demander la résiliation du contrat de crédit- bail, à peine de nullité de celui-ci. Il s'agit là même d'une obligation légale faite aux parties

d'inclure pareille clause contenant les conditions dans lesquelles le locataire pourra demander la résiliation. Le crédit- bail mobilier n'a pas fait l'objet de pareils soins. La doctrine s'en explique en avançant que les opérations du crédit- bail immobilier sont de longue durée (10 à 25 ans) eu égard au poids de l'investissement (120).

Toutefois, à l'inverse du droit positif, le projet de loi du 24 février 2000 a intégré cette disposition impérative, initialement spécifique au crédit- bail immobilier , au profit du locataire du crédit- bail mobilier assurant ainsi une certaine équité et fournissant une protection certaine à celui-ci. Quelques hypothèses constituant les conditions pour qu'il y ait résiliation à la demande du preneur, peuvent être évoquées :

En premiers lieu, la doctrine et la jurisprudence françaises (121) s'accordent à le dire, la renonciation à toute action en garantie contre le bailleur, dont la contrepartie est le transfert des droits du bailleur contre le fournisseur au profit du preneur, suppose que ce dernier a qualité pour demander la résolution de la vente et ceci par effet du « mandat » intervenu entre le crédit – bailleur et le crédit- preneur (pour l'achat et la réception de matériel) le fournisseur ne peut dès lors se prévaloir de l'inopposabilité du transfert de garantie à son encontre pour refuser la résolution de la vente demandée par le preneur.

En effet il a nécessairement eu connaissance du mandat figurant sur le procès- verbal de livraison. A cela, le droit positif Français reconnaît en plus la nécessité pour le tiers, à savoir le fournisseur dans les relations du crédit- bailleur et du crédit – preneur, d'accepter cet accord intervenu entre les parties du rapport initial. Il est clair en fait qu'un mandat produit normalement ses effets entre le mandant et le tiers que si ce dernier savait que le mandataire agissait pour le compte du mandant, note M Goyet (122).

120- MM C. GAVALDA – J – STOUFFLET in Droit Bancaire, édition litec, 1997, note 544 p 269. La loi Française sur le crédit- bail du 2 juillet 1966, en son art 1er, al 2 a également expressément prévu cette disposition impérative au profit du preneur. « Mais la clause ne pouvait être rédigée de manière à contraindre le (preneur) à acquitter les loyers jusqu'au terme » (civ, 3è chb 27 avril 1988 : JCP 89, éd. G , 21171, note Bey). Idem chb mixte 23 novembre 1990, in GAJC, D. 1994,

121- M. Goyer , op cit p 64 § 3. Il convient de préciser que le preneur ne peut demander uniquement la résiliation du louage seul, car le bailleur s'étant exonérer de ses obligations de droit commun, le preneur, pour motiver sa requête ne pourra pas se prévaloir de l'inexécution d'obligations inexistantes. M. Goyet dans ce cas là préconise une annulation du bail par « effet réflexe » de la résolution de la vente ou encore des « résolutions en cascade ». (M. Goyet op, p 43 n° 73 et s). En clair, il faut d'abord annuler la vente, ce qui entraînera la résiliation de la location.

122- M. Goyet op , p 60 note 107 n° 8

Ces exigences de connaissance et d'acceptation sont nécessaires et suffisent, simplement en cas d'inopposabilité du transfert à l'encontre du fournisseur, mais n'ont aucune incidence sur la qualification de ce transfert même. Toutefois dans le droit du mandat, continu de préciser M Goyet, il serait insoutenable que le mandat soit soumis à l'acceptation du tiers pour que celui-ci puisse produire effet à son encontre, c'est – à – dire lui être opposable.

(123).

Ainsi donc pour que le preneur puisse obtenir la résiliation de la location, il doit d'abord obtenir la résolution du contrat de vente. Ensuite, le preneur pourrait fonder sa requête en résiliation en établissant que le bien n'a pas été livré dans les délais prévus.

Cette hypothèse a été invoquée par le projet de loi du 24 février 2000 en son article 8 alinéa second : « le crédit – preneur peut, (...), considérer le crédit- bail comme résolu de plein droit si le bien ne lui est pas délivré dans le délai prévu au contrat (124) . Cette stipulation, outre le fait de révéler un cas de résiliation du contrat au bénéfice du preneur, met également en valeur l'importance de l'obligation de délivrance à la charge du crédit – bailleur (125). Si le bailleur se trouve dans l'impossibilité d'acquitter son obligation, étant essentielle, le contrat s'en trouvera anéanti de plein droit. Cette disposition ne fait que corroborer le sens que le législateur a voulu en donner en concevant le crédit- bail en une opération essentiellement locative. En effet l'obligation de délivrance est une obligation du bailleur de droit commun affirme la doctrine (126).

Le fondement de cette hypothèse pourrait se trouver dans deux cas ; d'une part dans le louage, le bailleur est, comme nous l'avions signalé, tenu d'une obligation de délivrance. Dans cet ordre d'idées, l'exécution de son obligation doit se faire jusqu'à terme et ceci conformément aux stipulations contractuelles. Toutefois en matière de crédit- bail, par le jeu de clauses contractuelles, le crédit – bailleur restreint son obligation et convient que celle – ci sera exécutée par le fournisseur, pourtant tiers à la location, mais qui par un acte unique réalisera sa propre obligation de délivrance à l'égard du bailleur, mais également celle du bailleur à l'égard du preneur. Autrement dit, ce sera au fournisseur – vendeur de rendre des comptes au crédit- preneur directement en cas de non respect des délais convenus.

123- Nous traiterons ultérieurement du problème posé pour le droit du mandat.

124- art 8 al 2 du projet de loi du 24 février 2000 : « Le crédit – preneur peut, après avoir mis le crédit – bailleur en demeure, considérer le crédit – bail comme résolu de plein droit si le bien ne lui est pas délivré dans le délai prévue au contrat ou dans un délai fixé dans la mise en demeure ». L'originalité de cette clause provient surtout de la situation accordée par le législateur au preneur. En effet ce dernier peut désormais exercer une contrainte sur le bailleur en cas de non exécution de l'obligation de délivrance. Ce pouvoir accordé au preneur ne le laisse donc pas démunie de tout recours contre le crédit – bailleur exonéré.

125- Comme nous l'avions déjà évoqué précédemment, l'exécution de l'obligation de délivrance par le tiers – fournisseur a été connue avec le crédit – bailleur préalablement.

Pour corroborer cette sorte de « contraction », la pratique de la société de crédit – bail. Equipbail a expressément mis à la charge du preneur « les modalités de la livraison », « les frais et les risques » de celle- ci, ainsi que les clauses de garanties à conclure avec le fournisseur (127). Ainsi le preneur devra supporter seul les risques inhérents à la livraison et particulièrement le retard dans les délais de livraison. (128)

D'autre part, l'hypothèse du non respect des délais de livraison comme fondement d'une action en résiliation par le preneur, peut se baser sur l'inexécution des termes du contrat de base, ceci conformément au droit commun des contrats (129). En effet le non respect des délais de livraison expressément prévus au contrat peut être considéré comme un manquement à son engagement de la part de la partie défaillante. Vu le déséquilibre que cela peut engendrer dans la réciprocité des prestations, la partie victime peut demander conformément au droit commun la résiliation du contrat : déséquilibre car toute l'opération de crédit, principalement au niveau des échéances, sera compromise. En effet une fois le délai convenu écoulé, le preneur se trouve dans l'expectative : il ne saura pas s'il va ou non être livré . S'il l'est tout son échéancier devra être revu tant vis- à vis du bailleur que des tiers ses propres clients ; s'il ne l'est pas le contrat devrait être anéanti en toute logique. Résiliation, parce qu'elle constitue la sanction de l'inexécution, et a plus forte raison, de la mauvaise exécution , des obligations de la partie contre laquelle elle est prononcée .

Ainsi le projet de loi du 24 février 2000 a expressément prévu ce cas et l'a érigé en hypothèse légale : la possibilité pour le preneur de résoudre le contrat de crédit- bail en cas de livraison non effectué dans le délai prévu au contrat (art 8 in fine).

Toutefois la tendance qui prévaut dans la pratique est que les sociétés de crédit- bail écartent soigneusement ce type d'hypothèse par des clauses d'exonération, en faisant supporter au preneur toutes les modalités de la location d'une part (supra), mais d'autre part, grâce à cette exonération de ses obligations de bailleur, en mettant au surplus à la charge du preneur l'obligation de « garantir au crédit bailleur l'exécution de ses

127- Articles 2 al, 1^{er}, du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail Madagascar, portant sur le choix du matériel, la commande, et la prise en charge.

128- cette hypothèse de bien non livré dans les délais prévus est cependant à distinguer de celle où la livraison n'est pas effectuée alors que le futur preneur a déjà signé au préalable un procès verbal de livraison . Dans ce cas soutien M Lefebvre il y a faute du preneur malgré sa bonne foi, et il devra réparer le préjudice souffert par l'établissement de crédit qui avait payé le fournisseur au vu du procès – verbal de livraison.

129- art 123 , al 1^{er} de la théorie générale des obligations : « le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi ». En d'autre termes, les parties sont tenus d'exécuter le contrat conformément à leur volonté commune. Aussi en

cas de défaillance de l'une des parties, la victime pourra en demander l'anéantissement . Dans notre cas le non respect de délai peut être rapporté à une absence de livraison. En effet le contrat intervenant entre des professionnels , et l'enjeu étant économique, il est essentiel de respecter les échéances fixées.

obligations par le fournisseur » (130). Par ce fait le bailleur fera endosser au preneur l'éventualité d'un retard de livraison, effectué par le fournisseur, car celui ci a eu le libre choix du fournisseur hors sa présence (du bailleur).

Cela nous conduit à introduire subrepticement la notion de « mandat », car en s'exonérant de ses obligations, le bailleur mandate le preneur, a négocier avec le fournisseur lors du choix du matériel et de sa vérification de conformité. Autrement dit lors de la survenance d'un problème ce mandat habilite le preneur à agir contre le fournisseur sans que le bailleur ait à intervenir. Mais par cette clause de style le bailleur veut être assuré par le preneur du bon déroulement de l'opération, mais également que soit seul responsable celui- ci dans la mise en œuvre de l'opération eut égard aux pouvoirs qui lui ont été concédé pour ce faire. Ainsi en cas de défaillance du fournisseur, le preneur en sera tenu pour responsable.

Enfin une troisième hypothèse pour qu'il y ait résiliation à la demande du preneur peut être évoquée : il s'agit du bien qui se révèle impropre à son usage dès la livraison (131). Cette hypothèse a été soulevée par la doctrine concernant l'étude d'un arrêt dit Burroughs du 3 janvier 1972 (132). M. Goyet avait précisé qu'en l'espèce, « résilié ou résolu, le contrat de louage devait être anéanti entièrement puisque la chose était apparue impropre à son usage dès sa livraison à l'utilisateur » (133). En effet l'impropriété de la chose est de nature à empêcher le commencement d'exécution du louage, et partant de l'opération de crédit même . Ainsi il n'y a pas lieu d'envisager une restitution quelconque puisque le contrat sera considéré comme n'ayant jamais existé.

130- chambre mixte 23 novembre 1990 , « les grands arrête de la jurisprudence civile », édition Dalloz, 1994, observation , p 807. Cette clause de style prévoyant que le « crédit preneur garantit au crédit bailleur l'exécution de ses obligations par le fournisseur a été entérinée par la jurisprudence, la doctrine française (M. Lefebvre, op cit,)

Le projet de loi du 24 février 2000 a prévu, dans le cas d'une annulation demandée par le vendeur, qu'en contre partie de cette obligation il serait normal que le fournisseur même garantis le crédit- preneur du remboursement du prêt, en effet la rupture de l'opération lui est imputable. De plus dans cet ordre d'idée, cette disposition peut être également conçue comme une sanction du fournisseur qui rompt le contrat à la base de l'opération de crédit même. D'où il sera tenu responsable tant à l'égard du crédit preneur que du crédit bailleur.

131- Cette hypothèse est à distinguer de celle du bien qui ne se révélerait « impropre qu'après un certain délai d'usage normal » tant au niveau du concept qu'au niveau des conséquences. En effet au niveau du concept, on se situe ici après un certain délai d'exécution du contrat et donc en cours de contrat. Hypothèse que nous allons développer se situe elle en début du contrat, voire au seuil de la formation même du contrat. Ensuite, au niveau des conséquences l'hypothèse ici oblige à tenir compte du délai où le matériel loué à fourni une jouissance normale, (et qu' ainsi il y a lieu de distinguer 2 cas : le premier suppose une résiliation de la location consécutive à la résolution de la vente et le second fait référence à l'option intermédiaire de M. Thierry) tandis que l'hypothèse que nous allons voir elle implique une impropriété dès la formation du contrat.

132- Arrêt Burroughs que nous avions évoqué précédemment en abordant le caractère « instantané » du louage en crédit-bail. Il s'agit d'un arrêt du 3 jan 1972, de la chb commerciale, D.S 1972, J649, note M. Trochu ; JCP 1973, II, 17310, note JM Leloup.

133- M. Goyet, op- cit,p 43 n°72

Toutefois dans la pratique la société le crédit-bail a laissé d'emblée le libre choix au preneur en tant que futur utilisateur, du type du matériel et du fournisseur, et en tant que mandataire lors des phases de négociations précontractuels relatives aux spécifications techniques (134) Autrement dit et conformément aux alinéas 1 et 3 de l'article 2 du contrat de crédit- bail de l'Equipbail le preneur est seul responsable de ce type d'aléa si et seulement s'il a soit accepté la livraison en signant le procès-verbal de livraison, soit omis d'aviser le bailleur qu'il refusait le matériel qu'il considérait impropre à son usage dès sa livraison .

En toute logique le matériel non conforme à la commande dont le preneur refuse la prise en charge, n'engage point ce dernier et le contrat devra être anéanti totalement.

Les hypothèses que vous venons d'évoquer concernant la possibilité d'une résiliation du contrat de crédit- bail n'a à aucun moment été envisagé aussi bien dans la loi bancaire du 22 février 1996 que dans le contrat de crédit- bail de l'Equipbail. Cette société de crédit- bail ayant même invoqué l'irrationalité de pareille hypothèse dans la mesure où le futur preneur aura d'emblée mesuré les risques que comportait pareil financement, risque qu'il prend d'ailleurs à sa charge.

Pour conclure, une hypothèse non prévue également par notre droit positif mais soulevée et entérinée par la doctrine Française (135) mérite ici d'être abordée à savoir la résiliation ou l'annulation du contrat de vente résultant d'une « action intentée par le vendeur ». La particularité de cette hypothèse provient du fait que c'est le vendeur- fournisseur lui même qui réclame l'anéantissement du contrat de vente, base pourtant de l'opération de crédit- bail.

Ce cas de figure a été écarté également par la société Equipbail, en effet tiers au contrat de crédit- bail les actes de ce dernier se limitent à la délivrance du matériel et ne pouvaient avoir aucune incidence sur le bon déroulement de celui- ci. De plus si telle éventualité devait se présenter (refus de délivrance) il n'y aurait pas d'opération de crédit le preneur seul s'en trouverait responsable car il doit assumer seul le choix du fournisseur, et conformément à une clause de style, il est également garant à l'égard du bailleur de l'exécution par le fournisseur de ses obligations.

Ceci étant nous sommes amenés à voir l'incidence sur le contrat de crédit- bail de la résolution de la vente.

134- Motifs pour lesquels le contrat de crédit- bail mobilier de l'Equipbail a expressément prévu en son article 2 al 1^{er} relatif au choix du matériel- commande- prise en charge que « le

locataire est responsable du clauses de garanties à conclure avec le fournisseur » et selon l'al 3 « qu'en cas de non conformité (...) ou d'état défectueux, le locataire doit refuser la prise en charge. Dans ce cas il fera jouer immédiatement la clause de garantie avec le fournisseur » et en avisera le bailleur sous huitaine.

135- MM. Malaurie Aynes, in droit civil : contrat spéciaux, édition dalloz,
et M. Goyet, op cit, p 42 n°70

- Conséquence de la résolution

Que la résolution du contrat de vente soit intervenue sur demande du fournisseur même ou sur celle du crédit- preneur par effet du mandat (cf paragraphe supra) les conséquences de celle-ci sur l'ensemble de l'opération ne divergent point. Les difficultés soulevées ont fait l'objet de nombreuses controverses et d'une jurisprudence abondante. Ainsi la jurisprudence française sur le crédit- bail a été émaillée de revirements (136). La dernière décision en date rendue par la chambre Mixte du 23 novembre 1990 pose un principe mettant ainsi un terme aux querelles doctrinales et aux divergences des décisions : la résolution du contrat de vente déduite de article 1184 du code civil (137), entraîne la résiliation du contrat de crédit- bail, c'est- à dire un anéantissement pour l'avenir uniquement. Ainsi les loyers perçus par l'établissement financier ne seront plus restitués , mais en contrepartie il n'aura plus droit à de nouveaux loyers. (La cour précise en outre que la résiliation du contrat de crédit- bail se fera conformément aux clauses ayant pour objet de régler les conséquences de celle- ci)

La pratique de la société Equipbail retient également la qualification de résiliation, mais pour d'autres causes que nous avions évoquées précédemment, en cas de rupture du contrat de crédit- bail avant son terme prévu. Toutefois là où se démarque la pratique, c'est que le contrat à prévu, en l'absence de dispositions légales, expressément que « la cessation du contrat avant son terme pour quelque cause que ce soit n'entraîne pour le bailleur aucune obligation de restitution même partielle des loyers et de leurs accessoires » (138).

136- la première décision en la matière et constituant un arrêt de principe a été celle de l'arrêt BURROUGHS où il a été dit que la résolution de la vente (demandée par le fournisseur) avait pour effet de faire disparaître la cause du contrat de crédit- bail. Celui- ci devenant caduque de par ce fait, le crédit bailleur était alors tenu à la résiliation des loyers perçus, sauf « pour les contrats synallagmatiques à exécution successive où la rétroactivité remonte seulement qu'à la date où le débiteur a cessé de remplir son obligation ». (com 3 janv 72, D.S 1972, J. 649 ,note II Trochu ; JCP 1973, II, 17300 note J.M Le loup) dans cette hypothèse une indemnité sera versée par le preneur au profit du vendeur pour le temps où l'usage de la chose lui a donné satisfaction (Goyet n ° 75 p 44) cette décision est à rapprocher de celle de la première chambre civile (civ Ire, 3 mars 1982 JPC 1983, II 20115 note BEY) dont la conception du crédit- bail privilégiait l'aspect juridique : « le crédit- bail est une location permettant une opération de crédit. La résolution de la vente mettant le bailleur dans l'impossibilité de s'acquitter de son obligation essentielle de maintenir au profit du locataire la jouissance de la chose, puisque celle- ci doit être restituée au vendeur, le crédit- bail perd sa cause. »

Un revirement procédant d'une analyse économique du crédit- bail a été opéré par la chambre commerciale, et basé essentiellement sur l'existence d'une clause de non recours contre l'établissement financier : en effet le crédit- bail serait

« une véritable avance de fond faite par le crédit- bailleur et garantie par la propriété de la chose acquise avec les deniers avancés » la société de crédit- bail voulant se cantonner à sa fonction financière a prévu expressément une clause de non recours contre elle ; en contrepartie elle transfère au preneur les garanties qu'elle tient de la vente. Ainsi la résolution ou l'annulation de la vente serait « sans effet sur la validité du contrat de crédit- bail » ; le locataire resterait donc tenu du paiement des loyers. (com 15 mars 1983, JCP 1983 , II 20115, note BEY). Il a fallu attendre la décision conciliatrice de la chambre mixte du 23 nov 1990 pour poser une solution uniforme.

137- Art 1184 du civil al 1^{er}: « la condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfiera point à son engagement ».

138- art 9 al 2 in fine du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail Madagascar.

Autrement dit la pratique malgache adopte la solution retenue par la jurisprudence française en anéantissant le contrat uniquement que pour l'avenir, les loyers perçus étant gardés par le bailleur.

La résiliation est ici intervenue pour des causes expressément prévus par le contrat de crédit- bail (139). En d'autres termes elle agit comme une sanction de l'exécution des obligations du preneur vis- à- vis du bailleur. Cette règle se recommande de l'application la plus stricte du droit commun du louage. Toutefois dans le cadre du raisonnement adopté par M. Goyet la location du crédit- bail diffère de celle du droit commun (140).

Tous les points de vue, doctrinal, jurisprudentiel , légal et même la pratique, convergent vers une solution unique : La résolution du contrat de vente entraîne nécessairement résiliation du contrat de crédit- bail. L'intérêt de cette affirmation réside dans la détermination du sort des loyers qui cessent d'être dues, ceux versés restant acquis au bailleur.

Toutefois il convient également de déterminer la valeur de pareille clause pénale constituée par l'article 9 du contrat de crédit- bail mobilier de l'équipbail :

« La clause pénale est la clause prévoyant qu'en cas de non paiement d'un terme de loyers, l'utilisateur devra restituer le bien loué et verser à la société de crédit- bail la totalité des loyers restant dus » selon l'ouvrage de praticiens (141).

139- art 9 « de la résiliation du contrat par le bailleur » al 1^{er} , et 2 du contrat de crédit- bail de l'Equipbail il convient de faire remarquer que cet alinéa second énumère des causes de résiliation du crédit- bail, autres que la défaillance du preneur à savoir la mise en règlement judiciaire ou la faillite du locataire : la loi bancaire du 95.030 du 22 février 1996 préconise en son article 65 al 3 la « résiliation de plein droit du contrat, même pendant la période irrévocable » Une disposition qui anéantit le contrat pour l'avenir, (évitant de ce fait toute restitution) et qui permet la protection du preneur en lui permettant d'éviter toute augmentation possible de ses charges par la continuation du contrat. En principe donc, pas de nouveaux loyers à régler et corrélativement ceux déjà versés sont gardés par le bailleur.

140- Nous avons étudié précédemment que M. Goyet concevait la location du crédit- bail comme un contrat « instantané, unilatéral, voire réel ». De ce point de vue les conséquences de la résiliation se révèlent sous un autre aspect : selon M. Goyet la « restitutio in integrum » consécutive à la résolution de la vente suppose que le crédit- bailleur a rendu la chose au fournisseur et que ce dernier, à titre de sanction pour avoir eu l'initiative, indemnisera de ses pertes le crédit bailleur. En effet, sur la base de la distinction de conception du loyer dans la location de droit commun où il constitue une rémunération de la jouissance, et celui dans le crédit- bail où il constitue la rémunération de l'acquisition de la chose conformément à la

définition légale, M. Goyet établit le raisonnement suivant : le crédit bailleur en temps normal reçoit les loyers qui s'imputent au moins en partie sur le prix d'achat. Or en cas de restitution consécutive à la résolution de la vente, la propriété de la chose revient au fournisseur vendeur, et le crédit bailleur sera indemnisé (restitution du prix , dommages- intérêts) ce qui suppose que le crédit- bailleur n'aura plus de titre pour garder les loyers perçus n'étant plus propriétaire rétroactivement. Dans cet ordre d'idée, le bailleur devra donc restituer ces loyers à l'utilisateur, et ce dernier, pour le temps où la chose lui a procuré une jouissance normale, doit une indemnité au vendeur qui ne sera en aucun cas égal au montant des loyers. Ce raisonnement résulte de la non considération du bail dans le crédit- bail comme une location de droit commun et de la perspective de l'institution d'un droit propre au crédit- bail.

141- M. Guy Thierry, in « Financement et recouvrement des créances et le factoring »

Ainsi dans le cadre de la résiliation du contrat de crédit- bail, la clause pénale joue de plein droit dès le non paiement d'un seul terme de loyers. Cette clause pénale au sens strict du terme, est constituée par l'indemnité de restitution égale aux 4/5 des loyers restant à couvrir jusqu'au terme du contrat, en sus de la restitution du matériel. Cette solution retenue par le contrat de crédit- bail de l'équipail (art 9 al 3) se heurte, comme nous l'avions évoqué précédemment (supra p 8), au droit commun du contrat (142) en imposant d'office un cumul de l'exécution forcée (par l'indemnisation) et de la résolution combinée au versement de dommages- intérêts .

En effet, en payant l'indemnité de résiliation, augmentée des différents frais, le bailleur poursuit en fait l'exécution de l'obligation principale (paiement des loyers), et réalise de ce fait le même profit que si l'opération avait été menée à terme. De plus, l'inexécution de l'obligation par le débiteur entraîne la résiliation du contrat et donc la restitution de la chose louée sans préjudice du dommage causé . Autrement dit, des dommages intérêts doivent être alloués par le débiteur défaillant fixés préalablement à titre forfaitaire malgré déjà la privation engendrée par la résiliation.

Il convient de faire remarquer que bien qu'étrange, signe de la particularité du crédit- bail, ce cumul a néanmoins été consacré par la loi bancaire du 22 février 1996 en son art 66 alinéa 2 in fine « (...) le contrat de crédit- bail est résilié de plein de plein droit, sans préjudice du paiement des loyers arriérés et dommages- intérêts ». En effet cette disposition légale qui prévoit l'existence d'une clause pénale en laisse la détermination aux parties. Les « dommages- intérêts » légalement prévus sont ainsi librement déterminés par les parties. (143).

142- art 183 L 62.007 du 31 juil 62 sur la preuve des obligations civiles (LTGO) et art 1184 du code civil français.

143- Ainsi une liberté quant à la détermination du montant du dédommagement fixé forfaitairement et dès la formation du contrat.

Cette liberté dans la détermination de la clause pénale est cependant mise sous contrôle du Juge et ceci conformément au droit commun du contrat (art 183 al 3 de la loi du 31 juil 62 sur

la théorie générale des obligation et art 1231 du code civil , ainsi que l'art 1152 du code civil). Toutefois le juge ne pourra réduire l'indemnité de la clause pénale dans deux cas : d'une part si l'obligation n'est pas susceptible d'exécution partielle, et d'autre part si les parties ont indiqué expressément que la clause pénale jouera même en cas d'inexécution partielle. (Grenoble 12 mai 1969, JCP 1970, 16755 note Boccaro ; Paris 5^e chb, 27 juin 1970, JCP 1970, II . 16576)

Pour conclure, il convient de préciser que concernant la clause pénale, la doctrine reste encore très divisée. (M. EM Bey « les aspects juridiques de la convention de crédit- bail mobilier », in pour une défense de l'efficacité du leasing JCP éd CI, 86 634, p 972- 974) Toutefois une chose est sûre, l'application de la clause pénale, c'est- à dire l'attribution d'une somme d'argent avant échéance, au profit de la société de crédit- bail, ne suppose aucune possibilité d'usure (CA de Rouen, 3 juil 70, JCP 71, 16 581 Note boccaro)

Le but en fait recherché par le bailleur est de préserver la location de toute cause de rupture avant son terme. La clause pénale contribue ainsi essentiellement à faire de la location un instrument de crédit en assurant son irrévocabilité pendant une certaine période. Ce serait une garantie supplémentaire et complémentaire avec celle déjà procurée par la propriété retenue par le crédit- bailleur.

Nous venons ainsi de voir que le crédit- bail évoque peu un louage de droit commun. En effet les caractères des louages de droit commun n'étant pas compatibles avec la fonction financière du louage dans le crédit- bail, il a été nécessaire de concevoir celui- ci comme instantané et unilatérale. Le but recherché à travers les dérogations contractuelles et ayant conduit à l'apparition d'une forme nouvelle de louage est le désengagement du bailleur par l'adaptation du louage aux finalités économiques du crédit- bail.

Enfin nous avons vu que des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de la résiliation du contrat ont été aménagées. Plus communément connues dans la pratique des établissements de crédit- bail sous l'appellation de « clause pénale », ces clauses, ayant un pouvoir coercitif, dissuasif, servent dans un premier temps à garantir l'irrévocabilité de la location pendant un certain temps, et dans un second temps elles règlent les conséquences d'une éventuelle rupture des contrats avant leur terme.

De ces différents aménagements qui font du louage un instrument de crédit, ressort déjà le côté complexe du contrat de crédit- bail. La construction juridique de l'opération même n'en sera que le corollaire.

La complexité de l'opération réside dans la conception même de la formule du crédit- bail.

Celui- ci a été légalement réduit au crédit- bailleur et au crédit- preneur. La vente qui le précède ne jouant qu'un rôle « accessoire », ou comme on voudra, n'est que le « support et la condition de possibilité du bail » (144)

Pourtant, il se dégage de ces deux rapports bilatéraux, à savoir la vente et le bail, des relations économiques tripartites entre la société de crédit-bail, le vendeur et l'utilisateur. La loi n'ayant pas voulu créer un rapport de droit triangulaire, il est revenu aux parties de lier contractuellement ces deux rapports bilatéraux, et plus exactement de créer un lien entre le preneur et le vendeur. Ce lien n'est que la traduction juridique de ce qui est communément appelé en crédit-bail « contraction » du louage et de la vente ou encore « contraction d'actions », à savoir la possibilité pour le preneur d'agir contre le fournisseur, contrepartie reçue du bailleur pour l'exonération de celui- ci de toutes garanties de droit commun.

144- Ch Goyet, op- cit, p62 n°11 note 18 et 19

Il convient de voir les techniques juridiques retenues par le droit positif et la pratique contractuelle pour réaliser cette contraction.

a) Nature des rapports entre les parties

La contraction, dans le crédit-bail, de deux clauses de style : la première stipule que la société de crédit-bail est exonérée de toute garantie envers le preneur, en contrepartie, il est stipulé qu'elle transfère au profit du preneur les garanties qu'elle tient de la vente.

La loi bancaire du 22 février 1996 se cantonne à décrire l'opération comme la juxtaposition de deux rapports bilatéraux indépendants. Toutefois eu égard à l'économie profonde de l'opération, il a fallu unir le crédit -preneur tiers à la vente au vendeur. (Aussi un lien de droit d'origine contractuelle est créée entraînant de ce fait la naissance d'un rapport de droit triangulaire). En fait, dans la pratique, la société Equipbail en aménageant une opération tripartite veut rester seule maîtresse du jeu. En effet par le choix du « mandat » (145), la société Equipbail entend se décharger de toute obligation incomptant au bailleur de droit commun et se limiter ainsi à un rôle purement financier, mais elle pense surtout cantonner le vendeur, fournisseur à une relation « accessoire » à celle qui existe entre elle, société bailleresse, et l'utilisateur.

Or l'exonération du bailleur implique d'une part que le preneur, tiers à la vente, doit être investi des pouvoirs conférés au bailleur, par mandat. Ainsi le crédit- preneur est mandataire du crédit- bailleur pour la négociation avec le vendeur, le choix du matériel et la vérification de la conformité (146). Cela suppose qu'on lui a transféré les pouvoirs que le bailleur tient de

l'achat contre le vendeur. Se pose alors le problème des limites de ce mandat : le preneur pourrait-il agir en exécution de la vente uniquement ou agir en résolution de celle-ci ?

Le contrat de crédit-bail donne une réponse à ce problème : « en cas de non conformité à la commande (...) le locataire (...) fera jouer immédiatement la clause de garantie avec le fournisseur » (147). Selon cet alinéa le preneur ne pourrait qu'agir en exécution de la vente, en invoquant les garanties de droit commun, par exécution du mandat.

145- art 2 al 2 du contrat de crédit-bail mobilier de la société Equipbail : « (...), le locataire agissant en qualité de mandataire du bailleur et pour son compte en qualité de locataire utilisateur, »

146- ceci conformément à l'art 2 al 2 du contrat de crédit-bail mobilier de l'équipbail, in fine. Mais conformément aussi à la doctrine : Rémy, obsv, rev-trim dr. civ, 1983, 152.

147- art 2 al 3 de contrat de crédit-bail mobilier de la société Equipbail

Qualification écartée d'office par la doctrine (148), le mandat a été cependant retenu par notre pratique : il est concevable que l'établissement de crédit ait limité le mandat de l'utilisateur en lui retirant la possibilité de demander la résolution du contrat de vente. Toutefois en acceptant le jeu de la contraction, le bailleur a nécessairement transféré au profit du preneur les garanties qu'il tient de l'achat. Cependant, souligne M. Goyet (149) l'établissement de crédit peut choisir de transférer uniquement une partie des droits puisqu'il s'agit d'un lien d'origine contractuelle et qu'il a le choix de la technique juridique destinée à traduire ce mécanisme. Dès lors une partie de la doctrine française (150) préconise une technique juridique limitant les droits du preneur en lui interdisant de provoquer la résolution de la vente : il s'agit de la stipulation pour autrui (151).

D'autre part, l'exonération du bailleur par convention lui permet de faire assumer au preneur la responsabilité du choix de son fournisseur et du matériel. Cependant même le cas échéant, la doctrine (152) reconnaît au bénéfice du preneur qu'en cas de défaut de conformité du matériel délivré par le fournisseur, par exécution du mandat, celui-ci (le Preneur) a le droit à une action en résolution de la vente.

148- M.Goyet rejette d'emblée le recours à la théorie du mandat pour décrire l'action du locataire contre le vendeur, et ceci bien qu'expressément consacrée par la jurisprudence française. Deux raisons : la première c'est la réunion des deux conditions de connaissance et d'acceptation du mandat, ou plus précisément de l'accord intervenu entre le bailleur et le preneur, par le vendeur pour qu'il

puisse lui être opposable. Cependant hors de propos s'il s'agit d'un mandat de droit commun, la jurisprudence a admis ces conditions pour que toute « combinaison, abstraction faite de leur qualification soit connue du vendeur et acceptée par lui». C'est reconnaître implicitement l'impropriété du choix du mandat sans toutefois l'écarté expressément. La seconde raison invoquée par M. Goyet résulte du lien de droit d'origine contractuelle créé entre l'utilisateur et le vendeur, et faisant de la pure définition légale une « opération à trois personnes (qui) suppose des individus qui agissent en leur propre nom » (Goyet, op- cit, p59, n°106 et s.)

149- M Goyet, op- cit, p64 n°112 in fine

150- M Leloup dans ses notes et articles sur le crédit- bail, et notamment note JCP, II, 16766

151- Deux objections à l'utilisation de cette institution : Primo il ferait de la vente le contrat principal du crédit- bail (crédit- bailleur : stipulant ; vendeur : promettant ; crédit- preneur : bénéficiaire des garanties de la vente fourni par le promettant) Secundo, la stipulation pour autrui fait naître un droit « nouveau » au profit bénéficiaire. Or la contraction réalise au contraire le transfert des droits du bailleur contre le vendeur au profit du preneur.

152- MM Malaurie et Aynès, op- cit

Le mandat supposerait donc la possibilité pour le preneur d'agir en résolution de la vente. Il est clair, précise M. Goyet, qu'ôter cette perspective au preneur « ferait la part trop belle au bailleur et se présenterait en effet comme une aubaine pour le vendeur ». En d'autres termes, permettre aux établissements de crédit d'accepter ou de s'opposer à cette résolution équivaudrait à leur permettre d'aménager librement les rapports du vendeur avec le preneur en limitant tout simplement les droits qu'ils décident de transférer au profit de ce dernier.

Rien en droit n'oblige en effet le bailleur à être condescendant. L'initiative de l'opération de crédit- bail appartenant à l'utilisateur il est normal qu'il en supporte les conséquences et que le bailleur se cantonne à son rôle financier uniquement.

En bref, il semblerait, à première lecture, que la pratique aurait consacré l'option retenue par la loi à savoir l'existence de rapports bilatéraux, la location d'une part et la vente d'autre part, théoriquement indépendants, mais qui pour les besoins de l'opération sont reliés entre eux par un lien d'origine contractuelle. On tombe ici inévitablement dans le conflit sacro- saint de la qualification juridique des rapports ainsi créés. Les propositions ont été abondantes pour qualifier les relations entre les parties contractantes : mandat, stipulation pour autrui, cession de créance... . Seul le mandat, à l'origine de nombreuses controverses doctrinales, semble avoir été retenu, mais retourné dans ses moindres facettes afin de répondre aux exigences de la formule à tel point qu'il ne reflète plus, à la réflexion, un mandat de droit commun. (153). Sur ce point délicat, la société Equipbail propose une solution innovante. Sans résoudre en effet effectivement le conflit doctrinal, elle propose une réponse à double sens : en l'article 2 alinéa 2 du contrat de crédit- bail mobilier il est stipulé « le locataire agissant en qualité de mandataire du bailleur et pour son compte en qualité de locataire – utilisateur»... La

conjonction de coordination « et » a ici une grande valeur car elle coordonne dans cet alinéa deux courants d'idées qui s'opposent : le premier basé sur l'existence d'un mandat conclu entre le bailleur et le preneur pour l'exercice des actions contre le fournisseur. Le second courant prônant un « doit propre » du preneur contre le vendeur car les opérations initialement bilatérales ont été liées pour former une opération à trois personnes qui agissent chacun en leur propre nom.

153- Selon la doctrine d'ailleurs (M. Goyet, op- cit,p66 n°118 note 31 M Cabrillac), à force de vouloir qualifier les rapports entre l'utilisateur et le vendeur par le mandat, il est apparu, une « dilatation inquiétante de la notion de mandat dans le crédit- bail » mais qui malgré cela ne reflète toujours pas la volonté exacte des parties à savoir une exonération totale du crédit-bailleur des obligations incombant au bailleur de droit commun, et en contrepartie, l'obligation de transférer au preneur la totalité des droits que le crédit- bailleur tient de l'achat. Or il s'avère qu'une exonération totale est frappée de nullité dans la pratique eu égard au droit du bail. Et que de plus l'établissement de crédit à toujours tendance à limiter les droits qu'il transfère au preneur contre le vendeur

La pratique Malgache reconnaîtrait donc ces deux courants simultanément et écarte ainsi de périlleuses controverses. Toutefois cette approche innovante reste délicate. En effet elle joue sur l'ambiguïté des terminologies : un mandataire agissant au nom et pour le compte du mandant mais également pour son propre compte. Le projet de loi du 24 janvier 2000 vient apporter une solution plus simple (154). Il prévoit expressément par une clause du contrat de crédit- bail la possibilité pour le locataire « d'agir directement » contre le vendeur. Il institue ainsi, ce que la loi seule peut faire, une action directe véritable. En effet par ses dispositions légales il instaure les deux clauses de style de manière légale. La première, résultant de l'alinéa 1^{er} de l'article 5, prévoyant la création d'un lien contractuel entre le vendeur et le preneur par accord intervenu entre le bailleur et le preneur. La deuxième clause, résultant de l'alinéa 2nd de l'article 5, prévoyant une renonciation à l'action en garantie contre le bailleur et qui équivaudrait à une exonération de toute garantie de la part du bailleur. Il convient ainsi ici de faire remarquer que le texte du projet de loi du 24 Février 2000 n'a à aucun moment fait référence à la qualification de mandat, l'ensemble des dispositions de l'article 5 réalisant par la force des choses un rapport de droit triangulaire. Toutefois dans cette optique, la question de la contraction ne se poserait plus car le preneur serait lié au vendeur par une action directe.

Si au niveau du « choix, de la commande et de la prise en charge » pareille position a été adoptée, la société Equipbail adopte encore une situation plus réservée pas la suite. En effet des stipulations contractuelles manifestent une forme occulte de mandat.

Ainsi en son article 6 al 2 le contrat de crédit- bail mobilier de l'Equipbail précise que toutes obligations nouvelles qui résulteraient de l'exécution du contrat sont à la charge du locataire bien que devant normalement incomber au bailleur . Cette clause d'exonération du bailleur sous entend un mandat entre les deux parties : les éventuelles charges incombant au bailleur seront supportées par le preneur. Autrement dit supportées au nom et pour le compte du bailleur.

Toutefois l'idée de base à ne pas perdre de vue réside dans le fait que le bailleur ne peut s'exonérer valablement de ses obligations qu'à condition que cette exonération ne soit pas totale ; en d'autres termes qu'à condition que le preneur puisse toujours conserver la possibilité d'exercer un recours contre le bailleur (155).

Ainsi donc il faut qu'il y ait toujours un lien quelconque entre le bailleur et le preneur, comme dans un mandat. Cette condition étant remplie ici par l'article 6.

154- art 5 du projet de loi sur le crédit- bail du 24 février 2000

155-M. Goyet op- cit p64 n° 113 cette obligation souligne cet auteur découle du droit commun du louage

Cet article 6 peut également être envisagé d'un tout autre point de vue : en prenant comme point de départ ce qui a été précédemment soutenu par la doctrine (M. Goyet en l'occurrence) que l'exonération du bailleur aurait pour contrepartie le transfert des droits qu'il tiendrait de l'achat, on peut soutenir le raisonnement suivant : A fortiori ce transfert de droits implique aussi le transfert des obligations que le bailleur tient de l'achat. Ceci justifierai sans doute l'esprit de cet alinéa. D'ailleurs, l'article 13 de la loi bancaire du 22 février 1996 (156) dispose que « pendant la durée du crédit- bail, le locataire assume l'ensemble des charges (...) se rapportant aux biens financées ». L'article 6 du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail ne fait ainsi qu'en préciser les modalités : le locataire, par une clause, s'engage expressément à assumer les obligations ou charges qui normalement incomberaient au bailleur. A la différence que ce contrat de la société Equipbail limite les charges aux biens financés uniquement, en précisant que ces charges qu'assumerait le locataire en cours de contrat sont limitées à « celles qui seraient rendues nécessaires par l'exécution du contrat » (157)

En conclusion, ici le terme « mandat » n'est pas expressément utilisé, mais le principe se retrouve dans la formulation de la clause : le bailleur s'exonère de toutes obligations, en

contrepartie, il transfert tous les droits qu'il tient de l'achat y compris les obligations à savoir tout ce qui « incomberait au bailleur d'après la loi et les règlements, et dont l'exécution serait rendue nécessaire pendant l'exécution du (...) contrat ». Autrement dit, en s'exonérant le bailleur reçoit l'engagement expresse du preneur d'exécuter les charges qui normalement devraient lui incomber en tant que bailleur (158).

L'on peut encore ici constater une certaine adresse du bailleur. En effet, au lieu de tomber dans le conflit de l'inadéquation de la qualification de mandat, il le contourne en imposant d'emblée par une clause qui l'exonère, des obligations à la charge du preneur. Ainsi la terme « mandat » ne sera employé qu'à bon escient par le bailleur, la loi bancaire du 22 février 1996 n'y faisant même pas référence mais laisse toute discrétion aux parties pour gérer leurs rapports au cours de l'opération (159).

156- art 73, section 3 portant « dispositions communes aux opérations de crédit- bail mobilier et immobilier », de la loi 95 030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle de l'établissement de crédit.

157 art 6 al 2 in fine du contrat de crédit- bail mobiliser de la société Equipbail

158- art 73, op cit, loc cit, supra

159- Egalement, art 8 al 5 du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail

Pour clore définitivement ce point il convient de préciser que certains auteurs préconisent tout simplement en lieu et place du mandat la « cession de créance » qui d'une part se présente selon eux comme la « traduction la plus fidèle de la volonté des parties, et d'autre part permet au crédit bailleur de mesurer à sa guise l'étendue des droits qu'il veut conférer à l'utilisateur contre le vendeur ». (160).

la formule du crédit- bail nous donne ainsi une parfaite illustration d'opération triangulaire. Il convient toutefois de voir, indépendamment du choix de la technique juridique réalisant la contraction, un point lié au transfert de droit entre la société de crédit- bail et le preneur.

b) Transfert des droits de l'achat au profit du preneur est obligatoire

Le problème du caractère de ce transfert a été posé par M. Goyet (161) en ces termes : « faute d'y consentir, l'établissement de crédit ne pourrait valablement s'exonérer des obligations et garanties que le droit commun du louage fait peser sur un bailleur ? »

Il y soutient qu'est acquis au preneur le transfert des droits de l'acheteur mais qu'en contrepartie il conçoive son impossibilité d'agir contre son cocontractant. Toutefois

rechercher dans ce transfert une quelconque influence de la vente sur le bail serait discutable poursuit M. Goyet. En effet cela viendrait à admettre une interdépendance de la vente et du bail. Or la contraction ne peut se réaliser que si et seulement si ces deux rapports sont indépendants. De ce fait admettre que les rapports issus de la vente, à savoir le transfert des droits de la société de crédit- bail contre le vendeur au profit du preneur, puissent influer sur la validité du bail serait inconcevable.

De ce transfert de droits il résulte deux points de vue différents : soit le crédit- bail est considéré comme une opération de droit triangulaire. Mais alors la contraction, deviendrait inutile puisque le vendeur et le preneur seraient liés par un lien contractuel, c'est – à dire parties à une même opération. (Et la vente aurait une influence sur le bail). Soit le crédit- bail est la simple juxtaposition d'un bail et d'une vente. Mais ce n'est pas un louage de droit commun, car ici le bailleur cherchera à s'exonérer de la totalité de ses obligations à l'égard du preneur.

160- M. Calais- Aulois cité par M. Goyet, op cit, p60 n° 108 et ... Il n'est pas ici de notre propos de rechercher l'effectivité ou la possible mise en valeur de cette notion, mais de souligner que les 2 conditions de connaissance et d'acceptation requis par le droit positif français consacrent plus la cession de créance que le mandat car conforme aux exigences de l'art 1690 du C.Civ portant sur les conditions de la cession de créance (cf Goyet op- cit p63 n°112 note 24 repoussant la cession de créance pour qualifier le transfert contractuel de garantie dans le crédit- bail de transfert innomé dès lors qu'il résulte de l'accord de tous ceux qui y sont intéressés)

161- M.Goyet, op- cit, p64 n°113 et s

On peut dès lors tirer le raisonnement suivant : puisque le bailleur a le choix de la technique pour traduire le lien entre le vendeur et le preneur, et qu'il peut ne transférer qu'une partie des droits qu'il tient de l'achat, est- il encore raisonnable d'exiger un transfert qui n'a d'autre but que de lui permettre de s'exonérer de la totalité des obligations que le droit commun du louage fait peser sur lui. Autrement dit cela traduit une impossibilité d'agir contre le bailleur alors que le preneur peut ne recevoir de celui- ci qu'une partie des droits de la vente uniquement.

Si le but recherché est de ne pas laisser le preneur totalement démunie paradoxalement ce transfert obligatoire permettait au bailleur de s'exonérer légitimement de ses obligations de droit commun.

Dans la pratique de la société Equipbail l'accord semble établi pour imposer ce transfert des droits de la vente au bailleur au profit du preneur. Ainsi dans l'article 2 du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail, le bailleur met expressément à la charge du preneur la responsabilité des clauses de garanties ainsi que leur mise en œuvre (alinéa 1^{er} in fine et alinéa 3) Autres droits que le bailleur tient de l'achat, le droit de vérifier la

conformité du matériel (alinéa 2). Mais c'est dans l'article 5 du contrat de crédit- bail portant sur l'installation, l'entretien et l'utilisation, que ce transfert de droits comme contrepartie de l'exonération du bailleur est le plus flagrant (alinéa 1er). Il y est expressément stipulé que « si pour une raison indépendante de la volonté du bailleur- acheteur le locataire ne pouvait utiliser le matériel dès sa prise en charge, il ne pourrait exercer aucun recours contre le bailleur... ». Par cette clause le bailleur se libère de ses obligations. Mais cela sous- entend qu'en contrepartie le preneur, s'il ne peut agir contre le bailleur, est autorisé par celui-ci à agir contre le fournisseur, et ceci par effet des droits de l'achat transférés par le bailleur au profit du preneur (162). Toutefois le bailleur a tenu à limiter effectivement les droits qu'il transfère en omettant volontairement d'accorder au preneur le pouvoir de mettre un terme prématurément au contrat par une demande de résiliation. Ainsi, en son article 5 alinéa 1 in fine du contrat de crédit- bail mobilier de l'Equipbail, il est stipulé expressément que « si le locataire ne pouvait utiliser ce matériel (...), il ne pourrait (...) demander l'annulation du contrat de crédit- bail ».

162- Cette extrapolation de l'action du preneur contre le fournisseur provient du fait que le fournisseur est, à ce stade du contrat, en rapport avec le preneur. Si ce dernier ne peut, dès lors, agir contre le bailleur ni demander l'annulation du contrat de crédit- bail, il peut à n'en point douter se retourner contre le fournisseur.

Pour conclure sur ce transfert obligatoire de droits, il convient d'invoquer que, bien que la loi bancaire du 22 février 1996 n'ait pas précisé cet aspect de l'opération du crédit- bail, le projet de loi du 24 février 2000 sans également préciser les modalités de cette technique, reconnaît par contre, en son article 5, la possibilité d'un tel transfert (163).

Ainsi le complexe du crédit- bail réside d'une part dans la finalité économique poursuivie par les parties conduisant à procéder à une division des tâches techniques et financières ; et d'autre part dans la particularité de la formule même dont le régime juridique est distinct de celui des techniques la composant. Mais la particularité du crédit- bail provient également de la propriété que le bailleur conserve comme sûreté.

163- art 5 du texte du projet de loi sur le crédit- bail du 24 février 2000. Nous avons vu précédemment que cette disposition entérine le lien d'origine contractuelle, créé entre le preneur et le vendeur, établit par la pratique. Toutefois par extension il est également possible de distinguer dans cette disposition que l'exonération du bailleur a nécessairement pour contre partie la possibilité d'agir contre le vendeur, action découlant des droits que le bailleur tiendrait de l'achat.

TITRE II : La propriété dans le crédit – bail.

A titre de chapitre préliminaire, nous devons invoquer les critères des propriétés- garanties retenues par M. Crocq (P Crocq, « propriété et garantie », LGDJ, p 9 n°7 et s.).

Selon lui, il est d'une part nécessaire que « la qualité de propriétaire du créancier préexiste à la mise en œuvre de la garantie ». Cette qualité se réalise dans le crédit- bail par l'achat préalable en vue de la location (article 64 al 1^{er} de la loi du 22 février 1996) exécuté par la société de crédit- bail.

L'achat est en effet la seule institution par excellence qui permette à l'établissement financier d'acquérir la propriété du bien d'équipement. De plus, il est avéré que, conformément à l'esprit des dispositions légales, il est nécessaire que le bien objet du contrat de crédit- bail soit un matériel neuf.

D'autre part, M. Crocq soutient que « le maintien de la qualité de propriétaire suppose l'inexécution fautive de son obligation par le débiteur ».

Le crédit- preneur est normalement tenu d'exécuter son obligation de s'acquitter des loyers aux échéances convenues. Cette obligation irrévocable à la charge du preneur se trouve à l'origine de l'exercice ou non de sa garantie par le Bailleur.

En cas d'inexécution par le non payement d'un terme de loyer le bailleur peut mettre en œuvre sa garantie et revendiquer le bien se trouvant en la possession du preneur.

Par contre, dans l'hypothèse inverse, à savoir le bon déroulement de l'opération de crédit, l'issue normale d'une propriété garantie doit- être le transfert de la propriété du bien au preneur.

Ce transfert ne se réalisera en matière de crédit- bail que dans l'hypothèse de la levée de l'option par le preneur à savoir le payement de la valeur- résiduelle établie à la conclusion du contrat.

La particularité du crédit-bail en tant que crédit, provient de la propriété que le créancier conserve comme une sûreté. Cette affirmation de la doctrine (1) qui consacre la pratique du crédit – bail introduit une controverse doctrinale : cette controverse portait sur deux points ; le premier était de savoir si la propriété, de par ses traits fondamentaux, était compatible avec le rôle d'accessoire de la créance ; le second qui consistait en la distinction de la propriété - sûreté et de la propriété garantie.

Sur le premier point, la doctrine, semble diviser : certains refusent au nom de la prééminence du droit de propriété. D'autres, tel M. Crocq, soutiennent l'absence totale d'influence de la fonction de garantie sur le droit de propriété grâce à une parfaite compatibilité avec le caractère absolu et perpétuel de celui-ci. En d'autres termes, il serait possible de faire de la propriété un accessoire de la créance dont la vocation est de suivre le sort de celle-ci. Ainsi conformément au principe « Accessorium sequitur principale », l'accessoire est voué à disparaître une fois que le droit de créance constituant le principal se trouve éteint. Toutefois, cet accessoire constitué par le droit de propriété ne disparaît pas, du fait de son caractère perpétuel, mais est transmis au débiteur (2).

Sur le second point, procéder à pareille distinction revient à se poser la question de savoir si la propriété peut être prise pour une sûreté ou pour une garantie. En fait affirmer que la propriété puisse jouer le rôle d'une sûreté n'est que le corollaire de la possibilité de faire de celle –ci un accessoire d'une créance (3).

1- Ch. Goyet « le louage et la propriété à l'épreuve du crédit – bail et du bail superficiaire », Bibl de dr. Privé, tome CLXXX, LGDJ, 1983, p 7 n° 13, se faisant l'écho d'un constat général énoncé par M. Giovanoli » le crédit – bail en Europe : développement et nature juridique », Litec, Paris, 1980.

2- Selon M. Crocq, la règle ainsi respectée, le droit de propriété subissant une extinction relative (C'est à dire par rapport au titulaire actuel) change seulement de titulaire (P. Crocq, « Propriété et garantie, LGDJ , p 94 n° 11).

3- P. Crocq, op- cit, p 217 et s. : En essayant de déterminer une définition de la sûreté préalablement à la détermination de la qualification des propriétés garanties, a établi que la notion de sûreté impliquait au préalable l'existence d'un rapport accessoire et principal tel que défini (p 98 est suivant) par la doctrine à savoir quelque chose qui vient s'ajouter au rapport contractuel et qui en garantit l'exécution.

Ainsi de la définition que M. Crocq donne de la notion de sûreté (4) , il ressort nettement le caractère accessoire nécessaire de toute sûreté. D'un autre côté la garantie, étant synonyme de sûreté, est affectée à la satisfaction d'une obligation principale, mais n'est pas nécessairement accessoire de celle-ci . De plus, elle est aussi subsidiaire, car si le débiteur exécute son obligation, le créancier n'a pas recours à la garantie. Elle peut ainsi être conçue comme un mécanisme augmentant les chances du créancier d'être payé en supplément à l'exécution régulière d'une obligation ou en prévenant l'inexécution.

La détermination préalable de ces deux notions a permis à M . Crocq d'établir que toutes les propriétés – garanties sont des garanties. Ainsi en matière de crédit – bail, d'une part eu égard à la réalité économique de l'opération on y voit une forme de prêt assorti d'une garantie particulière en l'occurrence la propriété du bien financé (5) ; d'autre part le caractère accessoire ne permet pas d'établir indubitablement la qualité de sûreté, car dans le crédit – bail la garantie est fortement imbriquée au contrat réalisant le crédit (6). Il en ressort que le crédit – bail ne peut être considéré que comme

4- Définition de la sûreté, donnée par M. Crocq (op cit, p 234 n° 282) : « une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement. »

5- Il convient ici de faire remarquer que M. CROCQ s'est attaché à justifier l'alignement du régime juridique du crédit – bail sur celui du prêt. Analyse qui dévoile que la réalité économique de la formule a permis de concevoir la propriété comme garantie. Pour bien asséoir cette affirmation, M Crocq reprend les termes d'un rapport de la cour de cassation de l'année 1980 : la location n'était « qu'un moyen juridique de réservier à l'organisme financier la propriété du bien jusqu'à remboursement total du prêt. Cette réserve de propriété constituant essentiellement une garantie. » (P. Crocq propriété et garantie, LGDJ, p 116 n° 140 et s, et spéci. P 127 n° 147). Il y a bien « assimilation du crédit – bail au prêt et mise en évidence de la qualité de garantie de la propriété ».

6- Selon M. Crocq, dans la formule du crédit-bail, la notion de propriété –garantie ne peut être considérée comme accessoire à l'opération de crédit du fait de l'intégration de cette notion au montage contractuel de base. Or en matière de crédit-bail, l'établissement de crédit est en même temps propriétaire et bailleur. La garantie ne s'ajoute

une propriété – garantie (7).

Cette précision d'ordre terminologique apportée, il convient de voir comment les avantages prêtés par le législateur et la pratique malgaches à la propriété se réalisent effectivement. Toutefois ce rôle dévolu à la propriété répond- t- il à leurs attentes ? Ceux sont les points que nous aborderons, à savoir d'une part la mise en œuvre de la propriété à des fins de garantie, et d'autre part les problèmes auxquels peuvent se trouver confronter la pratique malgache en matière de procédure collective.

Chapitre I : Mise en œuvre de la propriété à des fins de garantie :

D'emblée il convient de constater que, comme le précise la doctrine (8), le législateur n'a pas donné de définition précise ni de la garantie, ni du nouveau rôle assigné à la propriété. La pratique ne s'est faite que l'écho de cette complaisance légale. Toutefois le législateur s'est particulièrement préoccupé de la publicité et de l'opposabilité des droits découlant du contrat.

Section 1 : Conception du nouveau rôle de la propriété par le législateur.

L'une des spécificités du crédit – bail est la propriété du bien objet de l'opération, qui est conservée par le crédit – bailleur à titre de garantie.

La législation malgache est clair sur ce point : « ... location de biens d'équipement -.... achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaire » (9). La loi impose de considérer la propriété comme pouvant être constituée en garantie, sans en préciser la véritable nature. Ainsi donc notre droit positif considère le crédit – bail comme un système où la propriété est conservée par la créancier à des fins de garantie (10).

Et M. Crocq de préciser que « considérer la propriété du bien comme une garantie suppose dans le cas du crédit-bail,... de prendre en considération la réalité économique de

donc pas au rapport d'obligation, mais résulte du montage contractuel : vente, louage, promesse unilatérale de vente. De plus, le droit de propriété n'assure pas uniquement, au titulaire de la propriété, le recouvrement de sa créance ou la sanction de la défaillance du débiteur. Il n'est donc pas au service exclusif de la créance mais réalise d'autres fins : « s'affranchir des contraintes réglementaires pesant sur la vente à crédit, aligner la durée de l'opération sur celle de l'amortissement du bien » (cabrillac et Mouly, « Droit des sûretés », litec, n° 535 P 449)

7- A l'inverse, souligne M. Crocq, seules les propriétés-garanties fiduciaires (aliénation fiduciaire) peuvent être considérées comme de véritables sûretés. Concernant les propriétés-garanties non fiduciaires MM. Cabrillac et Mouly (droit de sûreté, litec 1997, n° 534 et s. , p 448) préfèrent utiliser une qualification plus neutre : « propriétés à effet de garantie »

8- P. Crocq, op, cit., p 235 n° 283

9- Loi 95 030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, art 64 al 1

10- Cette qualification adoptée par le législateur Malgache est corroborée par une partie de la doctrine Française, à savoir : M. Goyet, op. cit., p 223 n° 408 et s et MM cabrillec Mouly, supra .

l'opération en y voyant non pas seulement une vente suivie d'un louage avec une promesse de vente , mais une forme de prêt assorti d'une garantie particulière, la propriété du bien financé. Or le législateur a doté le crédit- bail d'un régime juridique qui se caractérise par un alignement des règles sur la nature économique de l'opération, opération de crédit, et non sur la nature juridique des contrats employés (....) . C'est là, indirectement, affirmer la qualité de garantie du droit de propriété du crédit – bailleur » (11).

Le projet de loi du 24 février 2000 se contente également de reprendre la même définition de l'opération de crédit- bail (en article 4 alinéa 1) sans apporter aussi aucune précision sur la terminologie employée : la propriété utilisée ici à des fins de garantie.

Cette carence législative laisse libre champ à la pratique d'aménager par des clauses appropriés les limites de leurs prérogatives :

Section 2 : mise en œuvre de la propriété à des fins de garanties dans la pratique

Conformément au texte de la loi Bancaire du 22 février 1996, la société de crédit – bail achète le bien d'équipement objet du contrat et le donne en location. Cet achat préalable et nécessaire permet à la société de s'octroyer la qualité de « propriétaire – bailleur » (12).

En adoptant cette qualification, l'établissement de crédit choisit un régime qui lui permet en fait d'apporter des limites à son propre droit sur la chose et de n'en conserver que les prérogatives qui sont à même de lui assurer le remboursement de sa créance.

C'est ainsi qu'on choisissant la location éminemment suppléative , le crédit – bailleur s'exonère de toutes les obligations qui devraient lui incomber , voire mandate le crédit – preneur, afin de se limiter uniquement au crédit, et s 'aménage différentes garanties, essentiellement par la propriété qu'il retient pour assurer le remboursement de celui – ci (13).

Ainsi dans la pratique également, aucune précision d'ordre terminologique n'a été apportée par la société de crédit- bail Equipbail dans le contrat de crédit – bail mobilier. Tout au plus

la seule obligation faite au crédit– preneur, en terme de législation, est de « connaître parfaitement et (...) de respecter les lois, décrets et règlements en vigueur » (14).

C'est dans ce sens que le crédit – bailleur a stipulé à la charge du crédit – preneur des obligations visant à assurer son droit de propriété sur la chose objet du contrat (15).

11- P. CROCQ, op cit, p 242 n° 290

12- art 6 al 3 du contrat du crédit – bail mobilier de la société Equipbail.

13- Nous avons évoqué dans la première partie l'ensemble des aménagements auquel a procédé le bailleur afin de faire du crédit – bail une opération de crédit. Il convient juste ici de signaler que comme toute opération de crédit, il comporte une nécessaire constitution de garanties de payement.

14- art 6 relatif à « la réglementation » du contrat de crédit – bail mobilier de la société Equipbail.

15- Concernant ce droit de propriété il convient de noter une divergence doctrinal : MM ; PACE (in « pratique et technique financière du crédit – bail » collection « ce qu'il vous faut savoir, J. Delmas et cie, 1^{er} éd ; 1971) et Goyet (in le louage et la propriété à l'épreuve du crédit- bail et du bail superficiaire »,

Section 3 : De la publicité

Le droit positif, faute d'avoir défini ce mécanisme de garantie joué par la propriété , a par contre beaucoup insisté sur la protection des droits résultant de celui – ci à savoir essentiellement le droit de propriété du bailleur sur le bien objet du louage.

Les seules dispositions légales portant sur cette publicité sont regroupées en un seul alinéa (17) de la bancaire 95-030 du 22 février 1996 : « (...) Le bailleur fait au greffe du tribunal de Commerce dont dépend le locataire une déclaration portant les noms et adresses du locataire ainsi que la description des matériels financés (...) ».

Notre droit positif tient ici une position prudente. En effet elle évite de tomber dans la polémique juridique entourant ce point sensible, en ne précisant pas si elle organisait la publicité du contrat de crédit – bail ou celle du droit de propriété du bailleur, sans en écarter non plus la possibilité.

1. Publicité juridique

La doctrine française, et plus précisément M. Goyet (18), s'est interrogée sur la question de savoir s'il fallait publier le contrat de crédit- bail en concomitance avec le droit de propriété du bailleur. Le droit positif Français était clair sur ce point : la publicité des éléments essentiels du contrat de crédit – bail, à savoir le montant des loyers et la durée du bail, constituait une publicité comptable et non juridique ; seul le droit de propriété intéressait la publicité juridique car elle informait les tiers de l'existence d'un droit de propriété conservée par le crédit- bailleur sur les biens mis à la disposition du preneur. Cette publicité juridique soulignerait clairement la fonction de garantie assignée à la propriété.

La législation Malgache s'aligne sur cette solution du droit positif Français : Dans la première partie de son alinéa premier, l'article 66 exige que soit fait une déclaration permettant d'identifier les parties au contrat ainsi que les biens qui font l'objet de l'opération de crédit-bail. Autrement dit, le propriétaire du bien sera clairement déterminé, connu. Il s'agit bien donc d'une publicité juridique. Dans la seconde partie de l'alinéa premier, l'article prévoit la sanction du défaut de publicité : « En cas de manquement aux dispositions du présent alinéa, le contrat est inopposable aux tiers ».

Bibl de dr Privé, tome CLXXX, LGDJ, 1983, p192 et s.) soutiennent en matière de propriété garantie l'existence d'une « propriété juridique » appartenant au bailleur –propriétaire et d'une « propriété économique » revenant au preneur qui dispose du bien et du pouvoir de l'exploiter. Ces auteurs préconisent une théorie des deux propriétés dans laquelle le créancier ne conserve de son droit que ce qui lui permet de garantir sa créance, les autres attributs de la propriété étant laissé au bénéfice du débiteur. D'un autre côté, une autre partie de la doctrine, sans négliger cet aspect de la théorie, soutient l'impossibilité pour un droit de propriété démembré en une « propriété de la valeur » et une « propriété de l'utilité » de constituer une garantie. Cette impossibilité est justifiée par l'application du principe « numerus clausus des garanties réelles » qui interdit la création par volonté contractuelle de droit de préférence au profit de certains créanciers, nuisible à la règle de l'égalité des créanciers , concernant des biens figurant dans le patrimoine du débiteur. Ce principe interdit qu'une convention confère au créancier et au débiteur des droits réels et donc s'oppose à une modification de la propriété, démembrée en une « propriété de la valeur » et une « propriété de l'utilité ». (Crocq, op cit, p 206 n° 255)

La société de crédit- bail ne pourra donc faire valoir son droit à l'encontre d'autres créanciers faute de publication.

En bref cet alinéa premier organise la publicité du crédit – bail à savoir celle relative au droit de propriété du crédit – bailleur sur les biens objet du contrat, et la sanction en cas de non respect des prescriptions légales. Ce qui avait pourtant nécessité un décret d'application en France (19) a été réglé par un seul alinéa dans notre législation. De ce fait découle un problème dû à la trop grande généralité des termes de la loi bancaire du 22 février 1996 d'une part, mais d'autre part dû aussi à la probabilité d'interprétations divergentes.

Ainsi c'est à cette lacune que tente de pallier le projet de loi sur le crédit – bail du 24 février 2000, en consacrant une grande partie de ses dispositions à la précision des modalités de la publicité des droits résultant de l'opération.

Les dispositions du projet de loi (article 12 à 17) portant sur le crédit- bail mobilier ont pour vocation de permettre une très large diffusion de toute information concernant l'opération de crédit – bail à savoir les parties ainsi que les biens objets de l'opération (article 12) , mais de permettre aussi de déterminer un régime spécifique à la publicité (article 13) (20) . Ce texte y contribue essentiellement : ainsi dans l'article 13 in fine, conformément aux dispositions de l'article 20 du décret 99-717 du 8 septembre 1999 sur la publicité, « l'inscription est opposable aux parties et aux tiers. »

Une remarque peut être faite : L'inscription régulièrement prise, faisant office de publicité car destinée à opposer à tous le droit de propriété du crédit– bailleur, confère, « un droit de suite complet en matière mobilière » (21) . Cette hypothèse exceptionnelle procurant une efficacité externe certaine à la propriété mobilière est cependant subordonnée à l'accomplissement des mesures de publicité. Le projet de loi portant sur le crédit– bail donne ainsi une nouvelle dimension, en terme de législation, à la conception de la propriété assumant un rôle de garantie.

19- Décret du 4 juillet 1972 , cité par M. Goyet (op cit, p 67 et s) , exigeant en son art 1^{er} l'identification des parties et celle des biens qui font l'objet desdites opérations. « Et en son art 8 à titre de sanction du défaut de publicité, l'inopposabilité erga omnes « des droits (de la société de crédit- bail) sur les biens dont elle a conservé la propriété ».

20- Selon la doctrine (Goyet, op cit, p 74 n° 135) cette publicité ne peut s'apparenter qu'à celle d'une « sûreté mobilière sans dépossession du débiteur ». Ce qui distinguerait définitivement la publicité du crédit – bail de celle des contrats (contrat de bail) ou des droits réels (réserve de propriété).

21- Goyet, op cit, ibid M. Goyet reprenant ch Gavalda, (Juricl. Com, annexe Banque, fasc, 58 61 «Crédit – bail ou leasing mobiliere », 1973, n°63 et s) affirme , entre autres, la possibilité pour le crédit – bailleur ayant régulièrement publié, de revendiquer contre un acquéreur de bonne foi malgré l'article 2279 c. civ

- -

En fait ce régime peut s'apparenter à la publicité du gage sans déposition dans laquelle si la publicité a été faite le créancier aura un droit de suite et ne pourra se voir opposer les art 2279 et 2280 du code civil (MM A – Raharinarivonirina et A. Bertone in Droit civil : les biens et les sûretés » éd CMPL , p 187)

En effet « le droit de propriété du crédit – bailleur est soumis à (...) une publicité destinée à informer les tiers de l'existence d'un droit réel de garantie n'entraînant pas la dépossession du débiteur ». (22) Droit de propriété, qui une fois connu des tiers, permettra à la société de crédit – bail de s'opposer à la saisie de biens loués opérée par un créancier de mauvaise foi d'une part (23), mais, d'autre part, conférera au crédit – bailleur un droit de suivre le meuble en quelques mains qu'il se trouve . Ce qui est contraire au droit commun, où la propriété du meuble, basée sur l'article 2279 : « En fait de meuble la possession vaut titre », suppose une emprise de fait sur le bien (meuble) en question.

Ainsi, il découle des dispositions du projet de loi du 22 février 2000 que les différentes formalités à accomplir pour procéder à la publicité juridique sont uniquement celles exigées par la loi (24) . Ceci nous montre que le crédit- bail n'a pas en fait de régime qui lui est spécifique mais que l'on a adapté à celui-ci des textes préexistant afin justement d'arriver à déterminer un régime qui lui sera propre.

En matière de publicité, il semble donc que le projet de loi du 24 février 2000 soit arrivé à en faire (de la publicité) un élément permettant de définir « positivement » la véritable nature du crédit – bail. En effet il y a eu un effort dans la création d'un système de publication spécifique qui ne pouvait pas honnêtement être déduite de la nature locative du crédit – bail retenu par le législateur. Car cette publicité manifeste la fonction de garantie remplie par le droit de propriété conservé par la société de crédit- bail.

On peut conclure que la loi bancaire du 22 février 1996 ne pouvait pas permettre, de par ses dispositions, d'appréhender cette subtilité du régime du crédit- bail. En effet cette publicité a une double importance : d'une part , elle informe les tiers sur les parties, leurs droits, et les biens qui font l'objet des opérations de crédit- bail mobilier. D'autre part, et surtout, elle met à jour un aspect nouveau de la propriété mobilière, différente de celle du droit commun parce que subordonnée au respect de mesure de publicité pour être efficace.

Si t- elle est la publicité juridique réalisée par le droit positif et le projet de loi, il convient de voir la mise en œuvre de cette publicité juridique par le contrat de crédit- bail mobilier de l'Equipbail. L'article 7 de ce contrat regroupe les stipulations relatives au « droit de propriété et au rapport du locataire avec les tiers ». Cet article réalise une publicité juridique originale par rapport au droit positif :

- 23- Cette affirmation constitue le tempérament de l' art 17 du projet de loi du 22 février 2000 dans le cas de défaut de publicité (art 17 conforme à art 18 du décret français de 1972)
- 24- Décret 99- 717 du 8 septembre 1999 sur la publicité du crédit –mobilier, modifié par décret n° 2001 – 316 du 25 avril 2001 (JO n° 2722 DU 16 – 07 – 2001 P 1914) et Spéc. le chap VII portant inscription des contrats de crédit- bail (art, 18 et 19) et titre II relatif aux effets et contentieux de l'inscription (art 20 à 24).

En effet toute personne, particulièrement « le propriétaire du local où se trouve placer le matériel », en relation de près ou de loin avec le crédit – preneur doit par un acte écrit reconnaître d'emblée la réserve de propriété existante au profit du crédit – bailleur. Ainsi, non seulement cet alinéa constitue une clause de réserve de propriété, mais en plus les tiers en rapport avec les parties doivent reconnaître expressément l'existence de cette propriété réservée.

De plus, par l'attestation (25) le Tiers renonce à tout privilège sur le matériel. En d'autres termes ici, en tant que propriétaire du local, il ne pourra faire jouer son privilège de bailleur d'immeuble c'est –à –dire faire que les biens garnissant le local loué servent au complet désintéressement de celui-ci. Il convient de signaler que dans cette hypothèse – ci, l'Etablissement financier, ayant procédé régulièrement à la publicité de son droit, pourra évincer ce privilège du bailleur d'immeuble (26).

De même, cette double publicité, à savoir celle juridique concomitante avec celle prévoyant une « attestation du propriétaire » fournit au crédit – bailleur , est confirmée toujours par l'alinéa 2 in fine de l'article 7 : « Si le locataire cède son fonds de commerce il doit fournir au bailleur une attestation identique du cessionnaire... »

Ainsi c'est bien toute personne pouvant avoir un lien quelconque avec le crédit – bailleur qui doit reconnaître la propriété de celui-ci sur le bien en l'établissant par écrit.

La seule petite remarque, concernant cet alinéa, qui doit être apportée ici concerne la « cession du fonds de commerce » (27) : concernant les modalités de cette cession du fonds de commerce, objet de la location du crédit-bail, la loi bancaire 95-030 du 22 février 1996 ne prévoit que la solidarité entre le cédant et le cessionnaire pour rassurer les droits sur l'objet du contrat de crédit-bail (28).

25- Art – 7 al 2 du contrat de crédit-bail mobilier de la société Equipbail : « (le locataire) doit fournir au bailleur une attestation du propriétaire reconnaissant ce droit de propriété du bailleur sur le matériel. »

26- GOYET, op cit, p 74 n° 135

27- Il convient de préciser au préalable qu'un fonds de commerce peut faire l'objet d'une opération de crédit-bail et ceci conformément à l'article 64 de la loi bancaire du 22 février 1996. Il s'agit ici de la cession d'un bien objet d'un contrat. A ne pas confondre avec la cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective, dont le but est de maintenir les activités susceptibles d'exploitation autonome et donc d'apurer le passif. Cette cession peut se combiner sur décision judiciaire, avec d'autres solutions de la procédure : «continuation de l'entreprise et cession partielle » d'éléments d'actif (MM Ripert- Roblot, Droit com. , LGDJ Paris, 12^e éd, 1990, p 1075 n° 3195 et s)

28- Art 74 de la loi 95 – 030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

Le contrat de crédit-bail mobilier de la société Equipbail, quant à lui, conforte la position du crédit – bailleur en imposant au cessionnaire l'obligation d'établir la reconnaissance de la propriété du celui-ci d'une part, mais d'autre part en subordonnant cette cession à une autorisation préalable du bailleur. Cette autorisation suppose donc que le bailleur a été nécessairement diligent pour s'assurer de la connaissance par les tiers des droits de propriété qu'il a conservé sur le bien avant d'accepter qu'une personne, autre que le locataire, entre en relation avec lui. Enfin, pour mieux consolider son droit une bonne fois pour toute, le crédit-bailleur requiert du preneur son engagement solidaire avec le nouvel utilisateur pour toutes obligations résultant du contrat et en premier lieu celle de faire reconnaître son droit de propriété (29).

Pour conclure, il convient d'insister sur l'obligation faite au preneur de faire respecter le droit de propriété exclusif du bailleur sur le matériel . Faire respecter par tous moyens en « élévant toutes protestations et en prenant toutes mesures pour faire reconnaître ce droit de propriété » (article 7 alinéa 1^{er} du contrat de crédit-bail mobilier). De plus, faire respecter ce droit à ses frais : toutes charges d'ordre pécuniaire requis par les différentes procédures en vue de préserver le droit de propriété du bailleur, seront supportées par le locataire seul dans le cadre de cet engagement : « si la saisie a eu lieu, (le locataire) devra faire le nécessaire à ses frais pour en obtenir la main levée » (art 7 al 1^{er} in fine) La publicité juridique ainsi réalisée à savoir informer les Tiers sur l'existence du droit de propriété de bailleur qu'il conserve sur la chose mise en location, un autre aspect de la publicité légale doit être abordée.

2. Publicité comptable

La publicité comptable n'intéresse pas directement le droit de propriété du bailleur mais d'autres éléments à savoir le montant des loyers et la durée du bail.

L'intérêt d'aborder cet autre aspect de la publicité réside dans le fait que les documents comptables, où la propriété-garantie apparaît, permettent au créancier de ne pas se tromper sur la solvabilité effective du débiteur.

Concernant cette publicité comptable, la loi bancaire du 22 février 1996 reste très floue. En effet elle dispose que « le bien est comptabilisé au bilan de l'entreprise et amortie chaque-année dans les conditions de droit commun »(30).

29- Ce raisonnement résulte de l'extrapolation basée sur les alinéas 2 et 3 de l'article 7 du contrat de crédit-bail mobilier de l'Equipbail

30- art 76 loi 95-030 du 22 février 1996 relative à l'article et au contrôle des établissement de crédit

Or en se référant à la doctrine dominante qui soutient que le bien, n'appartenant pas au crédit – preneur, ne peut normalement pas figurer à l'actif de celui-ci. Aussi les éléments devant être publiée dans un compte spécifique, le compte d'exploitation, et dans une rubrique hors bilan (31) seront : la valeur du bien au moment de la signature, le montant des redevances déjà acquitté, l'évaluation des redevances restant à payer et le prix d'achat résiduel du bien (32).

Ainsi , le manque de clarté des dispositions légales traduit une inadéquation voire, une contradiction avec l'essence même des opérations de crédit-bail. En effet la propriété étant réservée par le bailleur il sera difficile pour le preneur de faire figurer dans l'actif de son bilan, un bien qui ne lui appartient même pas (33).

Le projet de loi du 22 février 2000 en matière de publicité comptable est plus élaboré dans ses articles 10 et 11, et devient ainsi plus spécifique à la formule du crédit-bail. D'une manière générale, ces articles incitent à plus de clarté et évitent toute équivoque en ce qui concerne la comptabilité du crédit – preneur et distingue clairement les sujets utilisateurs (sociétés commerciales et les autres personnes morales et personnes physiques commerçantes). Il convient de souligner au préalable et avant toute remarque, que ces dispositions du projet de loi prévoient expressément une publicité comptable dans « l'annexe prévue par les articles 3.1 et 3.2 du code de commerce ». (article 10) et également l'utilisation du « compte de résultat » (article 11) . Ces dispositions plus techniques retracent mieux la réalité de la situation des personnes juridiques ayant recours à des opérations de crédit – bail, et sont conformes aux préconisations de la doctrine évoquée précédemment.

On remarquera qu'en son article 10, le projet de loi intègre un élément, non pas nouveaux (puisque figurant nécessairement dans la convention de crédit-bail mobilier), mais d'une utilité certaine pour la publicité comptable : « la valeur de ces biens au moment de la signature du contrat » (art 10 1^{er}).

31- Il s'agit respectivement du compte « charges d'exploitation » 612, et de la rubrique annexée au bilan intitulée « engagements de crédit – bail mobilier »

32- En droit Français , conformément à l'article du décret d'application du 4 juillet 1972 « le crédit preneur bénéficie d'un régime de présentation simplifiée de l'annexe du bilan. Ainsi il fera apparaître séparément dans son « compte de résultats » les loyers correspondant aux opérations de crédit-bail (acquittés) et évaluer dans l'annexe le montant des redevances restant à payer » (in P. CROCQ, « propriété et garantie », LGDJ, p 402 n° 449)

33- De l'effet du recours au crédit-bail sur le bilan de l'entreprise locataire : Le recours au crédit-bail n'entraîne aucun incidence sur le bilan de l'entreprise utilisatrice. On peut ici parler d'une neutralité comptable du crédit- bail. Ce qui va permettre de préserver le fonds de déroulement de l'entreprise et lui donner la possibilité, ultérieurement, d'avoir recours à un autre emprunt à Moyen Terme (G. Pace in « pratique et technique du crédit- bail », collect « ce qu'il vous faut savoir », J. Delmas et cie, 1^{ère} éd, 1971)

Cette valeur serait basée sur le prix du marché. Ce qui est probable. En effet le dossier constitué par le futur preneur en vue de se faire accorder le crédit a nécessairement mentionné cette valeur- ci du bien à acquérir.

Cependant, la valeur figurant dans le contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail (34), dite « valeur de référence » est susceptible d'augmentation si le prix définitif du bien vient à être augmenté de droits ou de frais d'importation. Plus précisément ceux seront le « montant des loyers » et le « prix de cession » qui seront révisés à la hausse.

Ainsi donc, la valeur de ces biens est celle déterminée d'accord- parties dans les « conditions particulières » de la convention de crédit- bail mobilier.

L'intérêt de la détermination de cette valeur réside dans la grande incidence de celle- ci sur le calcul du montant des loyers.

De plus, en faisant obligation aux sociétés commerciales, ainsi qu'aux autres personnes morales et personnes physiques ayant qualité de commerçant, de mentionner dans leurs écritures comptables les loyers payés en exécution du contrat de crédit- bail pendant un exercice donné et pour les exercices précédents, ainsi que les loyers restant à payer, le projet de la loi du 24 février 2000 réalise la « publicité du contrat » dont les éléments principaux

sont justement le montant des loyers et la durée du bail. Ainsi procéder à la publicité comptable revient à réaliser celle du contrat.

Dans cet ordre d'idée, il convient de relever une lacune dans les dispositions relatives à la publicité comptable (il en va de même dans la loi bancaire du 22 février 1996) : aucune d'elles ne fait référence à la « durée de la location », considérée pourtant par la doctrine comme « élément fondamental de l'opération de crédit- bail » (35) mais également comme « un des deux éléments essentiels du contrat » (36). En effet la détermination de la durée du bail a, et c'est ce qui nous amène à introduire une nouvelle notion, une incidence sur l'amortissement de la chose objet de la location. (37)

L'amortissement est la mesure de la perte de valeur subie par les immobilisations qui se déprécient avec le temps ou encore la mesure de la durée de la déperdition de la substance

(38).

34- « Des conditions particulières », B, contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail

35- Ch. Goyet , op- cit, p 32 n°52

36- Ch. Goyet , op- cit, p 69 n°124

37- Ch. Goyet , op- cit, p 32 n°53 et s.

38- En matière mobilière il est difficile de faire la distinction : la location de meuble implique- t- elle concession de l'usage ou aliénation de la substance ? En matière de crédit- bail, il serait normal de considérer qu'il n'y aurait qu'un usage de la chose en laissant intacte la substance, affirme M. Goyet (op cit p 33 n°57). Or l'amortissement mesure justement la durée de la déperdition de la substance de la chose et adapte la durée irrévocable de la location à celle- ci. Ce qui suppose et ceci conformément aux buts poursuivis par les parties que la durée de la location équivaut à celle de l'aliénation de la substance.

Cette notion économique d'amortissement exige toutefois la considération de situations différentes : celle du bailleur et celle du preneur :

- eu égard au droit de propriété du bailleur, il est tenu de procéder à l'amortissement du bien. La particularité du droit positif Malgache réside dans le fait que le bailleur est, conformément à l'article 76 alinéa premier de la loi bancaire du 22 février 1996, contraint de réaliser deux types d'amortissement :

D'une part, un amortissement financier de l'investissement « inclus dans le loyer fixé pour l'année en cause » et permettant le renouvellement des actifs immobilisés. Ainsi qu'un amortissement fiscal permettant de fixer la durée irrévocable de la location à savoir la durée de remboursement de la créance du crédit- bailleur.

D'autre part, la constitution obligatoire pour le crédit- bailleur d'une provision afin de couvrir la moins- value éventuelle lors de la cession du bien en fin de contrat. Elle sera prélevée sur les loyers et en franchise d'impôt sur les bénéfices.

Que peut-on dire sinon que la loi bancaire semble réaliser un double amortissement . L'amortissement financier et la provision, réalisés tous deux en franchise fiscale, constituent à des degrés différents une part de « l'investissement de remplacement », en d'autre termes contribuent à reconstituer sous une forme monétaire une perte de valeur subie par la chose.

- Le preneur qui en tant qu'utilisateur ayant la capacité d'exploiter productivement le bien d'équipement (39), réalise également un amortissement du bien : il s'agit de l'amortissement économique : « il veut mesurer la durée de la vie de la chose dans le but de déterminer le volume et le rythme des prélèvements que l'entreprise doit effectuer sur ses profits, afin de reconstituer sous une forme monétaire la perte de valeur » subie par le bien exploité productivement (40).

Il ressort ainsi de l'amortissement opéré par chaque partie, à savoir « la constatation comptable de la dépréciation définitive subit par les éléments d'actif de l'entreprise », que celui- ci permet de déterminer la durée irrévocable de la location.

39- Il résulte du raisonnement antérieurement fait (supra) que la conception malgache de la propriété-garantie s'aligne à celle de M. Crocq, à savoir, la possibilité pour la propriété de jouer le rôle de garantie sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit démembrée. Ce qui revient à dire que seul le crédit-bailleur est propriétaire. Le crédit- preneur n'étant qu'un simple détenteur

40- Ch. Goyet, op- cit, p 34 n°59.

Car elle constitue pour le bailleur le temps pour le remboursement de sa créance, et pour le preneur la durée de son emprunt qui par l'effet de l'amortissement est réglée sur celle de la vie de la chose (41).

Ainsi, bien que n'ayant pas expressément prévu la publicité comptable, (contrairement à la publicité juridique),la loi bancaire du 22 février 1996 de par ces dispositions portant sur l'amortissement et qui ont de manière indirecte des incidences sur la détermination de la durée du bail, aménage déjà la publicité de l'un des éléments du contrat à savoir la durée de la location. Elle réalise de ce fait une publicité comptable. Il convient d'insister sur la nécessité de procéder à cette publicité de la durée du bail, car elle seule permettra de déterminera le laps de temps pendant lequel le preneur sera encore tenu avant de pouvoir accéder à la propriété s'il le désire. Une durée qui de plus, doit figurer, selon la doctrine, dans la rubrique hors bilan intitulée « engagements de crédit-bail mobilier ».

Pour conclure, abordons un dernier point : celui relatif au rôle de la publicité ainsi établie. Nous avons soutenu précédemment que la principale raison pour laquelle il a été procédé à la publicité était d'informer les tiers de l'existence des droits de la société de crédit-bail sur les biens dont il a conservé la propriété (propriété dont l'efficacité, avions nous dit, était subordonnée à l'accomplissement de mesure de publicité).

En fait, cette publication avait, en informant les tiers, vocation à éviter la création d'une apparence de solvabilité (42).

41- « On remarquera que la durée irrévocable, en principe, du crédit- bail fait partie de l'essence même du contrat et se trouve liée à la durée de l'amortissement fiscal du bien » (P. Gocq, propriété de garantie, LGDJ, P 437 n°489) Et M. Goyet de relever ici la première caractéristique du crédit- bail : puisque la détermination du rythme d'amortissement devient le résultat d'une négociation contractuelle et non d'une décision unilatérale de l'entrepreneur, le choix de la durée fiscale de l'amortissement est utile, dans le crédit- bail, à la conciliation, des intérêts en constituant la mesure unique de l'amortissement industriel (de courte durée) et de l'amortissement financier (de longue durée) ch. Goyet, op- cit, p 34 n°60.

42- M. Goyet distingue ici « l'apparence de solvabilité » dans le sens retenu par la jurisprudence (civ 28 mars et 22 octobre 1934, D 1934, I, 151 note Vandamme ; S 1935, I, 337, note Esmein, GAJ Com, Tome 2, Sirey 1962, p 501, obsv Houin) qui suppose que « seule la masse peut invoquer cette apparence résultant de l'entrée de marchandises dans les magasins du débiteur » ; de la « théorie générale de l'apparence » qui suppose que «tous tiers victimes d'une erreur provoquée par une apparence trompeuse peuvent s'en prévaloir ». Cependant relève- t- il, cette apparence de solvabilité de la jurisprudence de 1934 ne vaut que pour la vente et ne peut être étendu au crédit- bail, louage par volonté du législateur. Sauf, à avouer le caractère fictif de la qualification principalement locative du crédit- bail, et à assimiler ce dernier dans ses résultats à l'égard de la masse, à une « réserve de propriété », c'est- à- dire une sorte, de « garantie » et c'est cette garantie qu'il faut opposer à la masse (en effet dans la jurisprudence de 1934, antérieure à la loi du 12 mai 1980 qui ne soumet plus à publicité l'efficacité de la réserve de propriété à l'égard de la masse, le vendeur impayé ne pouvait plus revendiquer le bien dès la mise en œuvre de la procédure de concours. La réserve de propriété constituant de ce fait un moyen d'échapper aux dispositions du droit des procédures collectives et était donc inopposable à la masse). Cette affirmation montre ainsi la difficulté d'appliquer la jurisprudence de 1934 au crédit- bail. Mais elle a permis à Goyet de démontrer le caractère passablement artificiel de la qualification du crédit- bail.

Et M. Goyet de corroborer que l'on n'apprécie guère la solvabilité du débiteur en fonction de son actif apparent, mais uniquement à travers sa comptabilité. De plus, la propriété garantie, qui semble créer « cette apparence d'actif, n'est en fait pas trompeuse pour un créancier normalement diligent »(43)

Le droit positif Malgache, ainsi que le projet de loi, se conforment à l'esprit dégagé par la doctrine Française. En effet ils accordent à la publicité une place particulière en sanctionnant son défaut par l'inopposabilité de droits résultants de la convention (44) d'une part, et d'autre part en imposant aux parties de passer en compte les opérations d'amortissement qu'elles sont amenées à réaliser (45).

Le projet de loi du 24 février 2000 étant encore plus spécifique, il en ressort un net regain de dispositions législatives. La publicité, distinguée en une comptable et une juridique, dévoile

ici un aspect neuf du crédit- bail mobilier, et nous pousse à la réflexion initiée par M. Goyet sur la nature juridique véritable du crédit- bail (46). Or en l'état actuel de notre droit et de la pratique, les résultats de pareilles réflexions amèneraient un décalage trop important entre l'esprit des textes et leur mise en œuvre. En effet, c'est sur la base du décret de 1972 (47), (dont les termes sont repris de manière générale par notre projet de loi) que M. Goyet s'est attelé à démontrer que cette publicité de par son originalité,

Or continue M. Goyet « loin de régler la seule revendication du crédit- bailleur dans la faillite de son débiteur, (les effets de la publicité destinée initialement à combattre l'apparence de solvabilité) déterminent l'opposabilité erga omnes de son droit de propriété » ch. Goyet , « le louage et la propriété à l'épreuve du crédit- bail et du bail superficiaire », Bibl de dr. Privé, tome CLXXX, LGDJ, 1983 p 69 n°128 et s.

43- M.. Crocq de démontrer que d'une part « l'appréciation de la solvabilité d'un débiteur potentiel et de l'éventualité d'une défaillance se fait (...) essentiellement par l'examen des documents du débiteur » et que le « recours à la propriété- garanti ne vient pas fausser l'étude de ces éléments d'appréciation car la propriété- garantie fait l'objet d'un traitement comptable spécifique »

D'autre part que le créancier généralement un professionnel du crédit est nécessairement diligent avant l'octroi d'un crédit. En effet la diligence normale du créancier s'apprécie conformément aux usages, à savoir si le recours à la propriété- garantie était systématique, le créancier devrait s'attendre à ce que l'actif apparent du débiteur diffère de l'actif réel. L'apparence résultant de ce caractère systématique ne devrait dès lors plus tromper le créancier diligent. P. Grocq « Propriété garantie », LGDJ, p 396 et s.

44- art 66 al 1^{er} in fine de la loi 95.000 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

45- art 76 de la loi 95.030 du 22 février 1996

46- M. Goyet, « le louage et la propriété à l'épreuve du crédit- bail et du bail superficiaire », Bibl de dr privé , tome CL XXX, LGDJ, 1983, p69 et s.

47- décret du 4 juillet 1972 fixant les modalités de la publicité des opérations de crédit- bail prévue par al 1^{er} 3 de la loi du 2 juillet 1966 et résultant de l'ordonnance du 28 septembre 1967.

ne pouvait être réduit à aucun type connu de publicité, et en a déduit une contradiction entre le régime de la publicité du crédit- bail mobilier et sa nature légalement locative. Il en conclut que « le droit de propriété dévié de sa fonction normale en jouant le rôle d'une sûreté réelle

(...) permet que la réalité de l'opération possède plus de titre à la régir qu'une qualification passablement artificielle » (48).

Pour l'instant, la pratique s'encre solidement à la qualification locative donnée par le droit positif sans se soucier de la distinction existant entre la qualité de propriétaire et celle de bailleur. » Or « les droits de ce dernier, autres que son droit de propriété, ne portent certainement pas sur les biens mais s'exercent contre la personne du preneur (...) Seul le droit de propriété porte sur les biens » (49)

Et la publicité qu'il convient de faire porte uniquement sur celui-ci du fait de la fonction de garantie qu'on lui assigne. De ce constat établi par la doctrine, il en découle que la publicité du droit de propriété du crédit – bailleur à entreprendre ne résulte pas de la qualification de bail. (50) Bail qui, malgré son caractère « événement supplétif » (51) ne peut justifier donc un tel régime juridique du crédit- bail qui résulterait en fait plus de la réalité économique de l'opération.

Le tempérament que l'on pourrait posé sur ce type de raisonnement est que l'on procède ici en réalité à la publicité d'une propriété – garantie (ce qui implique de faire la distinction, précédemment effectuée ; entre la propriété – sûreté et la propriété – garantie.)

Dans cet ordre d'idée, la propriété – garantie ne risque pas de tromper le créancier en créant une solvabilité apparente. En effet celui – ci appréciera seulement la solvabilité du débiteur uniquement sur la base de sa comptabilité. D'où d'intérêt de la publicité. (52).

Qu'elle soit juridique ou comptable, la publicité est donc nécessaire et utile, ainsi que nous l'avions montré. Le législateur en a été conscient particulièrement ici en matière de Crédit – bail, opération de crédit par essence (53) Bien que la loi bancaire du 22 février 1996 ait été plus ou moins

48- Ch. Goyet, op cit ; p 76 n° 140

49- ch Goyet op cit ; p 69 n°126

50 – ch Goyet, op cit ; p 76 n°140

51- Ch. Goyet op cit ; p 6 n°4

52- P. Crocq , « propriété et garantie », LGDJ, p 399 et s.

53- M. Goyet à insisté sur « l'emprise de l'économique sur le juridique » faisant du crédit-bail davantage une opération de crédit qu'une location assortie d'une promesse unilatérale de vente. C'est ce que justifiée l'alignement du régime juridique du crédit- bail sur celui du prêt, et permet de considérer la propriété du bien comme une garantie. (P. hags op cit p 125 n°146 s).

laxiste en termes de dispositions, le projet de loi du 24 février 2000 est venu combler les éventuelles lacunes. Toutefois, ce dernier semble promouvoir un régime juridique spécifique

au crédit – bail et qui le caractérise, à savoir la publicité du droit de propriété du crédit-bailleur dont le régime s'expliquerait par la fonction de garantie qu'on lui a assigné (d'où son opposabilité nécessaire à tous).

Une fois cette publicité réalisée, il convient de passer à la réalisation de la propriété garantie c'est à dire voir les aspects possibles du résultat de la mise en œuvre de la garantie.

Chapitre II : Différents aspects résultant de la réalisation de la propriété garantie.

La réalisation de la propriété garantie en matière de crédit- bail ouvre deux volets de réflexion. D'une part, l'hypothèse axée sur l'exécution des termes du contrat, et d'autre part l'hypothèse où le crédit- preneur serait sous le coup de procédures collectives de redressement et de liquidation. Nous allons donc voir les incidents en cours d'exécution normale du contrat, ainsi que les problèmes que peuvent soulever l'utilisation de la propriété comme garantie dans le droit des procédures collectives.

Section1 : *incidents en cours d'exécution de la convention.*

Nous sommes, dans en premier temps, amenés à étudier l'hypothèse où le contrat est exécuté normalement et arrive au terme convenu. Mais qu'ici le crédit- preneur renonce à l'acquisition du bien et le restitue au crédit- bailleur (a)

Dans un second temps, nous verrons par contre l'hypothèse où le contrat n'a pas pu être mené à terme du fait de la défaillance du bailleur (b)

a- Absence de levée d'option

Qualifier cette hypothèse d' « incident » peut paraître inadéquat. La raison en est toute simple : le déroulement normal de l'opération devrait conduire normalement à la levée de l'option. Le cycle des capitaux étant achevé par leur retour à leur point de départ, le preneur rémunéré , il est normal qu'à l'expiration du bail « les parties n'aient aucun intérêt à la restitution », ni le preneur car il pourrait revendre le bien par la suite, ni le bailleur, qui « de par sa vocation purement financière a toujours intérêt à se débarrasser d'un matériel d'occasion dont il n'a pas l'usage » (54). Aussi s'abstenir de lever l'option peut être considéré comme une entorse au déroulement normal.

54- Le raisonnement soutenu par M. Goyet a déjà été évoqué précédemment. Toutefois la pertinence de celui-ci nous permet de justifier la terminologie utilisée à ce stade de notre analyse (ch. Goyet, op cit p39 n°66)

De ce fait pour différentes raisons, et entre autres l'impossibilité de maintenir en production un bien qui, en fin de bail, aurait été atteint par l'obsolescence, le crédit- preneur peut ne pas exercer l'option d'achat. Aussi bien qu'ayant intégralement remboursé la créance du bailleur, la propriété du bien ne lui sera pas transférée d'office. Et la garantie de ce fait ne disparaîtra pas malgré l'extinction de la dette.

Pour qu'il y ait disparition de cette garantie, et donc transfert de propriété au débiteur, il faut qu'il y ait manifestation de volonté de celui- ci qui se réalisera au travers du recours au mécanisme contractuel de la promesse unilatérale de vente. Et M. Crocq de souligner qu'il y a ici un respect limité de la maxime « *accessorium sequitur principale* ». En effet, l'accessoire est imparfait car ne pouvant disparaître du fait de son objet ce dernier change seulement de titulaire (55).

Cette vocation à la propriété du débiteur, est bien soulignée par les termes des dispositions légales : « (...) opérations donnant au locataire la possibilité d'acquérir (...) » (56). Il faut seulement retenir que le transfert du droit de propriété en fin de contrat est subordonné au paiement de la valeur résiduelle fixée préalablement, par le crédit- preneur. (57) Dès lors, sera considéré comme un moyen de créer une propriété garantie, la conclusion d'un contrat de crédit- bail. « Et la levée de l'option n'est que la disparition de cette garantie par le paiement complet du prix » (58).

Il existe également une autre hypothèse dans laquelle le rôle de garantie joué par la propriété diffère de celui d'une sûreté traditionnelle .

b- Défaillance du débiteur

Cette hypothèse suppose une rupture du paiement, en cours de location, des redevances dues par le crédit- preneur. Nous avions établi précédemment qu'une telle rupture entraînait de plein droit la résiliation du contrat de crédit- bail sur initiative du bailleur et ceci indépendamment des indemnités prévues au contrat. De ce fait, l'article 9 du contrat de crédit- bail mobilier (de la société Equipbail) constitue avons- nous dit une « clause pénale ».

55- En raison de ses caractères perpétuel et transmissible, le droit de propriété n'est pas susceptible d'extinction absolue (*erga omnes*). Il demeure cependant susceptible d'extinction relative (par rapport à son titulaire actuel pour être transféré à un autre). Ces caractères (...) constituent seulement une limitation de la règle : l'accessoire suit bien le principal mais le droit de propriété ne pouvant disparaître comme la créance, il change seulement de titulaire » (P. Crocq, op- cit, p94 n°117)

56- art 69 al 1^{er} de la loi 95.030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des Etablissement de crédit. De même l'art 4 al 1^{er} du projet de loi sur le crédit- bail du 24 février 2000.

57- art 10 al 2 du contrat de crédit- bail mobilier de la société EQUIPBAIL. Les stipulations de cet article sont conformes à l'esprit du crédit- bail. En effet à la fin de la période contractuelle de location, le crédit dispose d'une option. Restituer ou acheter le bien, ou encore renouvelles le contrat de location.

58- P. Crocq, op cit, p 127 n°147 in fine M. Crocq a insisté sur « l'emprise de l'économique sur le juridique » faisant du crédit- bail davantage une opération de crédit qu'une location assortie d'une promesse unilatérale de vente. C'est ce qui justifie un alignement du

Or souligne la doctrine Française, et c'est ce qui nous intéresse ici, en mettant fin à la location, le crédit- bailleur reprend la disposition de sa chose. « Cette récupération ne s'apparente en rien à la réalisation d'une sûreté, car elle ne lui fait pas perdre pour autant la créance des loyers échus et impayés, ni même la créance d'indemnité à laquelle il peut prétendre en vertu de la clause pénale traditionnellement insérée dans les contrats. Quand bien même il serait intégralement remboursé de ces sommes, la propriété lui resterait définitivement acquise » (59)

Le créancier pourrait donc priver le preneur du bien en réalisant sa garantie, mais aussi tirer le même profit que si bien a été loué normalement en ayant la possibilité de recouvrer ultérieurement sa créance de loyers échus impayés ainsi que l'indemnité de résiliation (60).

Ce qu'il faut retenir ici en premier lieu, c'est que la réalisation de la propriété garantie n'entraîne pas nécessaire satisfaction du créancier. Effet, la reprise de la propriété n'éteint pas la créance de loyers restant dus. La récupération du bien ne fournissant au bailleur que la satisfaction de n'avoir pas totalement perdu le bien, qu'il pourra ultérieurement réalisé.

Cependant, en suivant cette logique, le créancier subit la perte du profit financier qu'il escomptait. De plus, la reprise du bien lui occasionne des frais de stockage, d'entretien et de réalisation de celui- ci. Ce qui justifierait la perception par lui, créancier, d'une indemnité. Droit qui lui ait d'autant plus reconnu que consacré par la loi. Ainsi dispose le droit commun des contrats : « Toutefois, lorsque la clause pénale a été spécialement stipulée en prévision d'une exécution tardive ou défectueuse, son paiement ne dispense pas le débiteur d'exécuter l'obligation principale » (61).

M. Crocq a établi le fait pour le bailleur, après réalisation de la propriété garantie, d'avoir encore droit à « l'indemnité de résiliation » prévue par la clause pénale. Cela pourrait être toutefois source de profit pour le bailleur et spolier par conséquent le crédit- preneur, si cette indemnité était excessive.

Régime juridique du crédit- bail sur celui du prêt. Ce qui permet de considérer la propriété du bien comme une garantie.

59- . Cabrillac et Ch Mouly « droit des sûretés », litec, 4^{ème} éd, 1997, n°535 p 450

60- M. Crocq a établi qu'il est nécessaire que la propriété garantie ne soit pas une source de profit pour le créancier. Et en matière de crédit- bail l'adéquation de la valeur retirée de la mise en œuvre de la propriété- garantie et du montant de la dette restant due se réalise tout au long de l'opération. En effet l'amortissement réalisé en cours de location permet de maintenir la

valeur du bien à une juste proportion du montant de la dette restant à payer. (P.Crocq, « propriété et garantie », LGDT, p434 n°485 et s et spéci n°488 et s.)

M. Goyet corrobore ce constat de M. Crocq : « la liaison des rythmes du payement et l'amortissement du bien évite l'apparition d'une disproportion notable entre la valeur du bien engagé et le montant de la dette garantie » (ch Goyet « le louage et la propriété à l'épreuve du crédit- bail et du bail superficiaire », Bibl de privé tome CLXXX. LGDJ N° 416, p 228) 61- art 183 al 4 de la LTGO

Ce qui nous plonge dans une longue controverse : tout d'abord, par rapport au droit commun des contrats. L'article 183 alinéa 1^{er} dispose que le « créancier (...) ne peut que poursuivre l'exécution de l'obligation principale ou demander la pénalité stipulée ». Or, la clause pénale permet de réaliser un cumul : « dès la résiliation du contrat (au cas où le locataire ne paierait pas un seul terme de loyer) il a l'obligation immédiate de restituer le matériel au bailleur au lieu fixé par ce dernier (...) ; de verser au bailleur à titre d'indemnité de résiliation les 4/5 des loyers (...) »(62). Cependant, cette «appropriation n'est pas susceptible de léser le débiteur » (63) . En effet conformément au principe « d'adéquation du résultat de la mise en œuvre de la propriété – garantie au montant de la dette restant due », développé précédemment (64), la valeur du bien revendiqué par le crédit- bailleur ne saurait être supérieur à la créance garantie. De plus, et ceci constitue la justification du problème évoqué précédemment relatif à une éventuelle spoliation du preneur du fait de l'application de la clause pénale nonobstant le profit obtenu par la réalisation de la garantie, le juge peut et doit réviser le montant de la pénalité prévue si « elle est manifestement excessive ou dérisoire ». Il est donc possible d'atténuer les effets de la clause pénale empêchant ainsi un enrichissement du créancier au détriment du débiteur. Et le juge peut, pour ce faire, se « saisir d'office », conformément aux dispositions de l'article 1152 du code civil (65).

Toutefois, le contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipail en son article 9 écarte, nous l'avions vu précédemment (66), autant que possible l'intervention du juge en réservant au bailleur le pouvoir de mettre fin au contrat en cas de défaillance du débiteur (67). Cet article est conforme à notre droit commun des contrats : En effet, en son article 183 alinéa 3, la LTGO dispose : « si l'inexécution est partielle, le juge, sauf convention contraire des parties, doit réduire proportionnellement le montant de la pénalité ».

Ceci est clair, le juge peut réviser la clause pénale sauf clause expresse des parties lui retirant cette possibilité.

De ce point de vue, et en contradiction avec le droit positif ainsi que la doctrine Français, la pratique malgache du crédit- bail, sous caution du droit positif, procure au profit du crédit- bailleur un enrichissement.

62- art 9 al 3 du contrat de crédit- bail mobilier

63- Ch Goyet, « le louage et la propriété à l'épreuve du crédit- bail et du bail superficiaire », Bibl de dr- privé, tome CLXXX, LGDJ, 1983, n°190- p 107

64- P. Crocq, « Propriété et garantie », LGDT, p435 n°485 et s.

65- L'article 1231 ne peut recevoir ici application : l'indemnité est déterminée sur la base des loyers restant à courir. Aussi l'exécution partielle du contrat ne peut justifier une demande de réduction de l'indemnité en se fondant sur l'article 1231. En effet, cette exécution partielle a déjà été prise en compte puisque le calcul de la pénalité est déterminé en fonction des seuls loyers à échoir. (cass. Com 21 juillet 1980, Bull civ IV, n° 309 ; JCP 1983, II, 19778 note B. Boccaro in P. Crocq, « propriété et garantie », LGDJ, p439 note 1)

66- cf supra 1^{ère} partie

67- art 9 al 1^{er} du contrat de crédit- bail de la société Equipbail

Or la fonction de garantie du crédit- bail nécessite le respect du « principe d'adéquation » (sus- mentionné) souligné par la doctrine dominante à savoir la nécessité de vérifier en permanence que le créancier ne puisse retirer un plus grand profit de l'inexécution que de l'exécution (68).

Ainsi donc, le transfert de la propriété au profit du débiteur n'est pas automatique une fois le principal éteind. Il arrive même que le refus du créancier insatisfait de transférer la propriété, ne conduise pas à couvrir la créance garantie. Le cas échéant, il aura droit à une indemnité.

Nous allons voir qu'il en est de même dans le cadre du droit des procédures collectives

Section 2- Particularités de l'utilisation de la propriété- garantie dans les procédures de concours.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, deux points conviennent d'être précisés :

Tout d'abord, en l'absence de réglementation précise sur le droit de la faillite, notre droit positif se réfère, à titre de raison écrite (69), sur celui des Français. En d'autres termes, les solutions que nous avancerons ici proviennent de la doctrine et de la jurisprudence Françaises.

Le second point porte sur l'intérêt d'aborder cet aspect. En effet, ni la loi bancaire du 22 février 1996, ni le contrat de crédit- bail ne semblent avoir organisé cette hypothèse.

Hypothèse, somme toute forte plausible et pouvant apporter des éclaircissements sur certaines zones d'ombres. En l'occurrence, sur la situation des parties et le sort du bien objet du contrat en cas de mise en règlement ou liquidation judiciaires du crédit- preneur (70). C'est en effet à travers cette hypothèse qu'apparaît dans une large mesure, l'intérêt du recours à la propriété-garantie.

La propriété- garantie constitue, selon M. Crocq, la solution au déclin des sûretés

68- concernant le pouvoir modérateur du juge existant dans l'article 1152, il se trouve à la base de la distinction de la clause pénale et du « pacte commissoire ». La doctrine reste encore hésitante (si elle existe encore, Goyet p107 note 98) quant à trancher de manière absolue malgré les rapprochements que l'on peut faire de ces deux notions. Toutefois, par le contrôle que peut exercer le juge sur les conventions, il est possible d'éviter un tel rapprochement.

En effet, il peut permettre d'inhiber l'appropriation du bien par le créancier et de ce fait empêcher que celui- ci en retire un plus grand profit (la clause pénale permettant en effet la récupération du bien et le bénéfice d'une indemnisation de résiliation : contrat de crédit- bail mobilier)

69- Conformément aux protocoles d'accord du 27 juin 1960 en son article 4, les textes civils et commerciaux Français peuvent être appliqués en cas de carence de ceux Malgaches (in « Revue de droit et de jurisprudence de Madagascar », Décembre 1999, note n°1 p 44 de Ramarolanto – Ratiaray).

Toutefois les dispositions de la loi bancaire des 22 février 1996, puisque contenant certaines dispositions générales sur la faillite (art 27 à 34 de la loi 95.030 du 22- 02- 96 relative et au contrôle des établissements de crédit) pourraient être appliquées à celle du preneur.

70- La loi bancaire du 22 février 1996 contenant les dispositions relatives au crédit- bail n'a prévu que l'hypothèse inverse (cf note supra), à savoir la mise en liquidation du bailleur.

Même si aucune disposition ne concerne particulièrement le crédit- bail, en toute logique le contrat est vraisemblablement résilié, et le crédit- preneur se retrouvant simple titulaire d'une créance (née de la rupture du contrat de location).

réelles traditionnelles (71). En effet, le premier souci du législateur étant de maintenir l'activité de l'entreprise, le créancier muni de sûreté réelle traditionnelle peut se voir imposer la continuation de celle- ci, et le règlement de ses créances, de ce fait, suspendue au sort de celui de la masse. D'où le recours logique à la propriété- garantie comme garantie censée être efficace pour le créancier par rapport aux autres créanciers (72).

Toutefois, en matière de crédit- bail, des réserves doivent- être apportées quant à la réalisation de la propriété- garantie où un principe peut- être dégagé (1) ainsi que ses limites (2).

a. Propriété- garantie : Principe de la mise en œuvre.

La mise en œuvre de la propriété- garantie, dans le crédit- bail, n'a pas pour effet une extinction par exécution de la créance satisfactoire pour le créancier. En effet, une partie de la créance du crédit- bailleur ne sera pas recouvrer puisque les loyers échus impayés avant le jugement d'ouverture de la procédure ne peuvent donner lieu qu'à déclaration dans le cas d'une continuation du contrat décidée par les organes de la procédure collective (73). Ceci aura pour effet d'empêcher le crédit- bailleur de reprendre la disposition du bien dont il est propriétaire.

Toutefois précise M. Crocq, le propre de la propriété- garantie est d'être « hors – concours » (74). L'intérêt de celle- ci réside effectivement pour le créancier dans le fait qu'elle « retire » celui- ci de toute procédure de concours. En effet le bien est considéré comme n'ayant jamais fait partie du patrimoine du débiteur. La propriété de ce dernier conférant un droit exclusif et supprimant de ce fait toute idée de préférence (impliquant nécessairement une compétition avec un tiers).

71- P. Crocq , in « propriété et garantie », LGDJ, p 306 et s. : il y a établi, au préalable, la situation délicate du créancier muni d'une sûreté réelle traditionnelle confronté à la procédure de redressement ou de liquidation, et qui ne pourrait mettre en œuvre sa sûreté dès l'ouverture de celle- ci, en raison de la suspension des poursuites individuelles. De plus, le payement que le créancier pouvait retirer de cette réalisation était souvent réduit du

- -

fait de la primauté des créanciers de l'article 40 (loi du 25 janvier 1985), ou encore, il pouvait se voir imposer une vente de l'objet de la sûreté pour un prix dérisoire dans le cas d'une cession totale de l'entreprise.

M. Goyet a également établi ce constat : « le crédit- bail témoigne d'une décadence des sûretés réelles » (ch. Goyet, « le louage et la propriété à l'épreuve du crédit- bail et du bail superficiaire », Bibl de dr. Privé, LGDJ, 1983, p4 n°8)

72- Selon M. Crocq, le recours à la propriété – garantie constitue le compromis idéal pour permettre la survie des entreprises et sauvegarder les intérêts des créanciers (P Crocq op cit, p317 n°369 et s.)

73- Solution conforme à l'art 37 de la loi du 25 janvier 1985 et retenue par la réforme du 10 juin 1994 ainsi que par la jurisprudence : cass. Com 22 janvier 1974 (arrêt de principe rendu sous l'impire de la loi de 1967 et énonçant que la continuation du contrat de crédit- bail n'est pas subordonnée au

payement des loyers échus antérieurement au jugement ouvrant la procédure collective) Bull – civ. IV, n°27, p22 ; JCP 1974, II, 17865, note E.M. BEY.

Ceci étant, le créancier pourra dès lors récupérer le bien et procéder à sa réalisation.

Or cette réalisation, en matière de crédit- bail, du bien objet de la garantie ne pourra se faire que si d'une part le contrat de base est résilié ou résolu (75). Résolution ou résiliation qui engendrerait nécessairement des restitutions. Le crédit- bailleur retrouvera ainsi la libre disposition du bien. D'autre part cette réalisation ne pourra avoir lieu que si et seulement si aucune décision de continuer le contrat n'est réclamé par l'administrateur ou le débiteur.

Ainsi donc, le crédit- bailleur a droit en principe à mettre en œuvre sa garantie : en revendiquant le bien et en procédant à sa vente. Il est en effet le seul propriétaire. Toutefois il doit avoir acquis le refus de l'administrateur de continuer le contrat, car seul le droit des procédures collectives peut empêcher cette réalisation.

b. Exceptions liées au maintien de l'activité de l'entreprise.

Ce second volet de notre étude va nous conduire à évoquer des situations dans lesquelles le droit d'agir en revendication du crédit- bailleur, titulaire d'une propriété – garantie, sera paralysé. (76)

Toute d'abord, le crédit- bailleur ne pourra exercer son droit de garantie si la continuation du contrat en cours est exigée par l'administrateur pendant la période d'observation : les engagements antérieurs au jugement d'ouverture, et non- exécutés

- -

74- P. Crocq, op – cit, p 253 n°301

75- M. Crocq précise que de manière générale, « s’agissant d’une propriété- garantie non judiciaire, il apparaît que la réalisation du bien suppose toujours la résolution ou la résiliation du contrat de base ». (P.Crocq, op- cit, p244 et suiv n°294)

76- Il convient ici de faire remarquer que M. Crocq a ici établi une analyse des plus complètes de cet aspect, à savoir « la paralysie du droit d’agir du créancier ». Nous nous limiterons donc ici à reprendre ce que nous ne pourrons que para phraser : P. Crocq, op- cit, p 323 n°371 et suiv.

par le débiteur, n’ouvrent droit au profit du créancier qu’à déclaration au passif (77). Ainsi, les loyers échus antérieurement au jugement sont des créances dans la masse soumises au sort commun à toutes les créances de l’espèce (78). En d’autres termes conformément à la législation, elles donneront lieu à déclaration uniquement.

Cependant souligne M. Crocq, dans cette hypothèse de continuation, le crédit- bailleur subit une atteinte de son droit de garantie :

En effet, les loyers antérieurs au jugement d’ouverture ne pouvant être recouvert, il suffirait que les loyers postérieurs, uniquement, soient payés par l’administrateur avec la valeur résiduelle pour qu’il y ait transfert de propriété, dans le cas où le contrat de crédit- bail arriverait à terme avant la fin de la période d’observation.

Le crédit- bailleur perdra dès lors non seulement une partie de sa créance (loyers échus non payés), mais aussi son droit de propriété qu’il aurait pu exercer, revendiquer avant l’ouverture de la procédure. (79)

Ensuite, dans l’hypothèse où le contrat de crédit- bail n’est pas arrivé à terme avant la fin de la période d’observation, et qu’un plan de continuation de l’entreprise est adopté à l’issue de celle- ci, la mise en œuvre de sa garantie par le crédit- bailleur peut également être, empêchée :

Ce dernier étant partie à l'élaboration de ce plan, est tenu d'en respecter les termes et peut se voir, de ce fait, imposer les délais de remboursements octroyés au débiteur. Durant ces délais le crédit- bailleur ne pourra exercer son droit de revendication sur l'objet de la garantie.

77- Ceci conformément à l'art 37 al 2 de la loi du 25 janv 1985

78- Solution de la jurisprudence. Cass. Com 22 janv 1974, DS 1974, 514, note Derrida. Il convient de signaler que le but rechercher étant d'empêcher le créancier de subordonner la continuation du contrat au règlement des sommes dues par le débiteur, mais non encore exigibles, il a été joint à cette continuation cette « absence de déchéance du terme ».

79- Dans le cas où le contrat de crédit- bail arrive à échéance pendant la période d'observation et qu'il n'y ait pas eu paiement de l'intégralité de la dette par l'administrateur, le créancier recouvre son droit d'agir. Le contrat de crédit- bail ayant en effet expiré, l'administrateur ne pourra pas se prévaloir de sa continuation.

Enfin dans le cas de l'adoption d'un plan de cession judiciaire de l'entreprise, le droit de revendication du crédit- bailleur peut être paralysé.

Le plan de cession ne peut intéresser en principe que les biens appartenant au débiteur. Le bien objet de la propriété – garantie du crédit- bailleur ne doit donc pas être concerné. Toutefois dans deux hypothèses, il est possible que l'objet de la propriété- garantie n'y échappe pas :

La première hypothèse suppose que le bien se soit trouvé, de facto, inclus dans le plan de cession. Dans ce cas là, le créancier dispose d'une « créance sur la masse », et doit donc être payé préférentiellement.

Dans la seconde hypothèse, le contrat constituant la propriété- garantie laisse la détention et l'usage du bien au débiteur . Il est possible que pour le maintien de l'activité de l'entreprise ce contrat soit inclus dans le plan de cession (80).

Avec la réforme du 10 juin 1994, le crédit- bailleur pouvait toucher les sommes restant dues, mais dans la limite de la valeur du bien. En d'autres termes, la valeur résiduelle du bien pourra être modifiée pour correspondre au montant des loyers échus après la cession.

Ainsi, même si le crédit- bailleur ne peut mettre en œuvre sa propriété- garantie du fait de l'« inclusion de l'objet de celle- ci dans le plan de cession judiciaire de l'entreprise », il pourra cependant bénéficier d'une modification de la valeur résiduelle, déterminée initialement au contrat.

En dépit de tout ceci, ou du fait de cette paralysie, le cessionnaire pourra lever l'option et acquérir la propriété sans jamais avoir à payer les loyers échus antérieurement à la cession.

Bien que permettant au crédit- bailleur de supplanter les créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles en l'autorisant à reprendre le bien objet de la garantie, ce droit de revendiquer peut- être paralyser à raison de la continuation de l'activité de l'entreprise ou de l'inclusion de l'objet de la propriété- garantie dans le plan de cession.

Ainsi, pour le crédit- bailleur, la propriété- garantie ne constitue pas une garantie infaillible et spécialement en cas de faillite du crédit- preneur.

C'est dans cette optique que la pratique apporte tant bien que mal une solution

80- Le cas échéant, avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 1994, le crédit- bailleur se voyait imposer des délais de remboursement octroyés au cessionnaire. (art 86 al 3 de la loi du 25 janvier 1985). Ces délais, bien que ne pouvant excéder le terme du contrat de crédit- bail, portaient cependant nécessairement atteinte au taux d'intérêt dont le calcul est faussé.

Section 3 : solutions apportées par la pratique pour les vides juridiques ou les lacunes des clauses contractuelles, afin d'assurer la bonne fin de l'opération.

Il va sans dire que les différents aspects de la propriété- garantie évoqués par la doctrine, et que nous venions d'énoncer précédemment, sont méconnus par notre pratique.

Toutefois en partant des actives des propriétés- garanties, à savoir primo la qualité de propriétaire du créancier devant préexister à la mise en œuvre de la garantie, et secundo qu'en cas d'inexécution fautive de son obligation par le débiteur le créancier reste propriétaire

(dans le cas contraire, le débiteur a vocation à recouvrer la propriété du bien) , la pratique Malgache a su retenir ce qui pouvait lui procurer un minimum de sécurité mais qu'en cas de défaillance de ceux- ci, elle ne pouvait que se retourner vers les garanties classiques (1).

De même, il ressort difficilement des dispositions du projet de loi du 24 février 2000 l'importance du rôle joué par la propriété sauf à constituer une garantie sans dépossession du débiteur, mais par contre il ressort surtout une opposabilité subordonnée à l'accomplissement d'une mesure de publicité. C'est précisément ici que ce texte du projet de loi constitue un progrès conséquent. Il convient de voir les perspectives de son applicabilité (2).

a. Solutions apportées par la pratique

En fait de solution, elle n'apporte qu'un surcroît de garanties.

En effet, peu ou prou conscient des limites des avantages de la propriété- garantie ou bien simple diligence, l'établissement de crédit, dans le souci de bien mener à terme l'opération de crédit, a recours aux garanties communes à toute opération de crédit :

1. Le dépôt de garantie (81)

C'est une garantie courante à toute opération de crédit. La pratique et la doctrine Françaises (82) reconnaissent son existence ainsi que son utilité. Il garantit le payement régulier en cas de problème de trésorerie passager.

Pourtant sa présence tendrait à amoindrir l'efficacité de la clause pénale. En effet le rôle de cette dernière est de prévenir toute résiliation prématurée du contrat en

81- art 11 du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail.

82- G. THERY in « Financement et recouvrement des créances et le Factoring », collec « ce qu'il vous faut savoir », J. DELMAS et Cie. A titre ce garanties rencontrées dans la pratique du crédit- bail, M. Théry cite les cautions, le dépôt garantie, l'assurance, et la clause pénale.

persuadant la partie à qui elle est adressée d'exécuter consciencieusement son obligation. L'existence du dépôt de garantie pouvant trop la rassurer quant à la solvabilité. Quant aux problèmes de trésorerie passagers, les différents intérêts de retard et autres indemnités (83) devraient dissuader le preneur- débiteur de tout manquement à ses obligations,

essentiellement de payer les loyers à chaque échéance. Ainsi un système approprié de relance réalisée par le Bailleur éviterait d'avoir à recourir à ce dépôt. En effet tout retard dû à un problème de trésorerie ne devrait pas entraîner systématiquement une imputation de ce dépôt.

Toutefois, puisque vivant de l'appréciation des risques (84), le recours de l'établissement de crédit à ce dépôt de garantie est légitime. En effet, aucune entreprise n'est à l'abri de problèmes de trésorerie

2. La caution (85)

Par le recours à ce type de garantie, également commun aux opérations de crédit classiques, on retrouve ce souci du crédit- bailleur de s'entourer du maximum de garantie.

Toutefois celle- ci semble créer une nouvelle relation, rendant encore plus complexe l'opération initiale. En effet la garantie constituée par la propriété et portant sur un bien, peut-être de ce fait considérée comme une garantie ou une « sûreté réelle ». La garantie constituée par la caution représente une « sûreté personnelle ». La sécurité conférée par ce cumul de deux types différents de sûretés est forcement bénéfique mais peut- être à l'origine de complications ultérieures du fait de leur différence de régime.

La pratique justifie le recours à la caution par l'hypothèse d'engagement de sommes importantes (86). A contrario, la société de crédit- bail n'a pas recours à cette garantie pour les opérations n'impliquant pas des sommes importantes

83- art 4 du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail

84- ch Goyet « le louage et la propriété à l'épreuve du crédit- bail et du bail superficiaire », bibl de dr privé, LGDJ, 1583, p 4 n°8 in fine : « créance = confiance . Confiance qui, comme toute confiance implique un risque ». Et M. Goyet d'en tirer la conséquence « (...) le banquier vit de l'appréciation des risques ».

85- art 12 du contrat de crédit- bail mobilier de la société Equipbail

86- cette affirmation est le résultat d'une enquête menée auprès de la société Equipbail sur le bien fondé de la pléthore de garantie que constitue le recours à la caution entre autres.

b- Applicabilité du projet de loi du 24 février 2000

Le texte de ce projet de loi constitue un apport intéressant en terme de législation pour le développement de la formule de crédit- bail.

Tout d'abord, il permet de concevoir le crédit- bail sous un nouvel angle. Pour notre droit positif, utiliser la propriété comme garantie est inédit (87) ; et peut- être considéré, à l'instar du droit Français, comme étant à l'origine d'un bouleversement du droit des sûretés.

Ainsi notre projet de la loi du 24 février 2000 consacre un progrès dans la conception de cette opération, et plus précisément consacre la pratique qui en est à l'origine. En effet de nombreuses dispositions portant sur la publicité des droits des parties au contrat de crédit- bail mobilier, révèlent un aspect du régime du crédit- bail : « la soumission de la propriété du crédit- bailleur à la publicité pour être efficace, et ceci en matière mobilière (88) .

Ce serait le premier aspect à retenir pour notre législation : le rôle de garantie assigner à la propriété (89) et dont l'efficacité est subordonnée à sa publication.

Quoi qu'il en soit, le projet de loi fait appel à des textes existant déjà, et aménageant expressément la publication du contrat de crédit- bail (ex : Décret 99- 717 du 8 septembre 1999 sur la publicité du crédit- mobilier, modifier par décret n° 2001 – 316 du 29 Avril 2001 : J. O n°2722 du 16- 07- 2001, p 1914)

Cette formalité de publicité légale est sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers, entraînant présomption irréfragable de connaissance par ceux- ci du droit publié.

Le second aspect réside dans la définition de la nature profonde de l'opération de crédit- bail même : M. Goyet souligne en effet que la qualification locative du législateur n'est pas à même de justifier cette publication. Elle résulte de la fonction de garantie.

87- La loi bancaire du 22 février 1996 s'est limitée à évoquer cette notion « ... en reste propriétaire ... », sans en donner aucune définition précise, ni préciser les conséquences en résultant (art 64)

88- Ceci est contraire au principe de l'article 2279 du code civil.

89- M. Crocq a d'ailleurs établi que la propriété- garantie du crédit- bail est l'une des seules propriétés- garanties qui, bien que n'entraînant pas dépossession du débiteur, suppose néanmoins une publicité pour être opposable au tiers (M. Crocq, « propriété et garantie », LGDJ, p 293, n°338 et s.)

Ensuite, grâce aux dispositions du texte du projet de loi en cas de procédure collective, le crédit bailleur, propriétaire du bien objet du contrat, peut être assuré de disposer d'un droit exclusif sur celui-ci. (90)

Le crédit- bailleur ayant régulièrement publié bénéficiera de la présomption légale de connaissance de l'existence du crédit- bail par les tiers. Ceci aura pour conséquence de procurer aux établissements de crédits. Une sûreté peu commune, et leur permettant de primer ceux titulaires de sûretés réelles traditionnelles. La connaissance de ces avantages en matière de procédure collective devrait pousser l'interprète à rechercher en contrepartie les limites qu'y pourraient rencontrer la propriété garantie. Le projet de loi donc serait à l'origine de futurs réflexions législatives.

- Enfin, il convient de reprendre que, la publicité imposée par le texte du projet de loi du 24 février 2000, et spécialement la publicité comptable, apporte deux avantages indéniables :

D'une part, elle informera les tiers sur l'objet et les parties au contrat de crédit- bail. Ce qui permettra au crédit- bailleur propriétaire d'opposer son droit de propriété.

D'autre part, pour l'entreprise utilisatrice, la publicité comptable réalisée hors bilan permettra à celle- ci de préserver son fonds de roulement et de pouvoir réaliser ultérieurement un autre emprunt à moyen terme. (91)

Il est ainsi primordial de procéder à cette publicité si l'on veut un tant soit peu octroyer une certaine efficacité à cette propriété retenue comme garantie. Le texte du projet de loi, confirmant une disposition de la loi bancaire (article 66 alinéa 1^{er}), donne à celle- ci toute son ampleur en érigent la publicité en un élément essentiel du crédit- bail, à l'origine même de la particularité du mécanisme de garantie « intrinsèque » au crédit dispensé.

Ce projet de loi du 24 février 2000 donc, à l'inverse de la loi bancaire du 22 février 1996, apporte un régime propre au contrat de crédit- bail. Régime que le droit Français n'a obtenu qu'au prix de controverses doctrinales et jurisprudentielles importantes.

90- Nous venons de voir précédemment que ce droit du bailleur se heurte aux impératifs du droit des procédures collectives : maintenir la survie de l'entreprise. Ainsi, l'efficacité de la propriété- garantie était diminuée par le droit des procédures collectives, en imposant aux créanciers de déclarer leur créance et en paralysant le droit du propriétaire à titre de garantie, d'agir en revendication (dans le cas

d'une continuation du contrat dans la période d'observation et dans le cas d'un plan de cession de l'entreprise).

91- Avantage soulevé par G. Pace, in « pratique et technique du crédit- bail », collection « ce qu'il vous faut savoir », J. Delmas et Cie, 1^{ère} éd, 1971.

BIBLIOGRAPHIE

BEY El-Mokthar, « De la symbiotique dans le leasing et crédit-bail mobiliers », Dalloz, Paris, 1970

BEY El-Mokthar, « Les aspects juridiques de la convention de crédit mobilier », in « Pour une défense de l'efficacité du leasing », JCP, éd° CI86634

CABRILLAC & MOULY « droit des sûretés », litec, 4^è éd°, Paris, 1997

GAVALDA & STOUFFLET « droit bancaire ; institutions, comptes, opérations, services », litec, 3^è éd°, Paris, 1997

GAVALDA & STOUFFLET : « droit des sûretés », 3^è éd°, litec, Paris, 1997

HUET « droit civil. Contrats spéciaux », LGDJ, 1996.

JEANTIN & LE CANNU « droit commercial. Entreprise en difficulté. », Dalloz, 5^è éd°, 1999

LEFEBVRE F., « Droit civil », 1994 –1995, Centre de droit

MALAURIE & AYNES « droit civil. Contrats spéciaux », 2^è éd°, Paris, Cujas, 1988

MALAURIE & AYNES « droit civil. Contrats spéciaux », 10^è éd°, Cujas, 1997

PACE « pratique et technique financière du crédit-bail ». collection « ce qu'il vous faut savoir », J. DELMAS ET Cie, 1^{ère} éd°, 1971

RAHARINARIVONIRINA A. et BERTONE A. « droit civil, biens et sûretés », éd° CMPL

RIPERT & ROBLOT « traité de droit commercial », LGDJ, tome II, 12^e éd°, Paris, 1990

THIERRY « financement et recouvrement des créances et le factoring », collection « ce qu'il vous faut savoir », J. DELMAS ET Cie, 1974

JURISPRUDENCE

Civ. du 28 Mars et 22 Octobre 1934,D1934,I.151note Vandamme ; S.1935,
I.337 note Esmein, GAJCom,Tome 2, Sirey1962,p501,obsv.Houin

Grenoble 12 mai 1969,JCP 1970,16755 note Boccaro

Paris 5^e chb.,27 juin1970, JCP 1970, II. 16576

Rouen 3 juillet 1970, JCP1971, 16581, note Boccaro ; Com. 3 Janvier 1972, DS 1972, I.649
(arrêt Burroughs) note Trochu ; JCP 1973, II. 17300, note JM Leloup

Cass. Com. 22 Janvier 1974, Bull civ. IV, n°27, p22 ; JCP 1974,II. 17865, note EL
MOKTHAR BEY

Cass. Com. 22 janvier1974, DS 1974, 514 note Derrida

Com. 15 décembre 1975, DS 1976,I. 407 note Lucas de Leyssac (sept arrêts du même jour)

Civ. I^{ère} , 3 Mars1982, JCP 1983, II. 20115, note BEY

Com. 15 Mars 1983, JCP 1983, II. 20115, note BEY

Dijon 2 Septembre 1986, JCP1987,II. 20865

Chambre mixte du 23 Novembre 1990, GAJCiv, bull ch. mixte, n°3, D. 1991, note Larroumet.

THESES

P.CROCQ « Propriété et Garantie », LGDJ

Ch. GOYET «Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire », bibl. de dr. Privé, tome clxxx, LGDJ, 1983

ARTICLES

« Le système financier Malgache à l'aube du 21^e siècle », 2000, université de Harvard, centre d'étude d'économie.

« Revue de Droit et de Jurisprudence de Madagascar », Décembre 1999

TEXTES

Loi 95.030 du 22 Février 1996 , J.O. n°2350, (spécial), 4 Mars 1996, p291 et s., relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit

Loi sur la théorie générale des obligations, ordonnance n°62-007 du 31 Juillet 1962, sur la preuve des obligations civiles, J.O. n°236 du 11 Août 1962, p 1567

Décret 99-717 du 8 Septembre 1999 sur la publicité du crédit mobilier, (J.O. n°2613 du 29 Novembre 1999, p 3346), modifié par le décret n° 2001-346 du 25 Avril 2001, (J.O. n° 2722 du 16 Juillet 2001, p1914)

Texte du projet de loi sur le crédit-bail, 24 février 2000

Code civil, litec, 1994-1995

ANNEXES

LOI BANCAIRE 65.030 du 22 février 1996

CHAPITRE 4 – DU CREDIT – BAIL

Section I – Les opérations de crédit – bail mobilier

Article 64 : Constituent des opérations de crédit-bail mobilier

1° Les opérations de « location » de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire à l'expiration de la période contractuelle de location, la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu à l'avance ou déterminable suivant un mode de calcul arrêté par le contrat. Dans tous les cas, le prix fixé doit tenir compte au moins pour partie des versements effectués à titre de loyer.

2° Les opérations de location de fonds de commerce ou d'établissement artisanal conclues dans les conditions définies au 1°.

Article 65 : Le contrat prévoit, pour l'exécution des obligations des parties, une période irrévocable, qui peut être égale ou inférieure à la période de location.

Pendant cette période, sous réserve de l'exécution de ses obligations par le locataire ni le bailleur ni le locataire ne peuvent réviser les termes du contrat.

Les contrat fixe le montant et la périodicité des loyers ainsi que le prix de cession du bien loué ou le mode de calcul de ce prix.

La faillite ou la mise en règlement judiciaire du locataire constitue une cause de résiliation de plein droit du contrat, même pendant la période irrévocable. La faillite ou la mise en règlement judiciaire du bailleur ne constitue pas une cause de résiliation de plein droit du contrat pendant la période irrévocable.

Les contractants peuvent, d'accord parties, soit proroger la durée de location, soit sans pour autant remettre en cause la période irrévocabile, raccourcir la période de location dans le cas où le nouveau prix éventuel tiendra compte des loyers versés.

Article 66 : Le contrat de crédit – bail est constaté par écrit dûment enregistré. Le bailleur fait au greffe du tribunal de commerce dont dépend le locataire une déclaration portant les noms et adresses du locataire ainsi qu la description des matériels financés. En cas de manquement aux dispositions du présent alinéa, le contrat est inopposable aux tiers.

En cas de manquement à ses obligations par le locataire et après une mise en demeure par exploit d'huissier restée infructueuse dans un délai de 15 jours, le contrat de crédit-bail est résilié de plein droit, sans préjudice du paiement des loyers arriérés et de dommages – intérêts.

Section 2 – Les opérations de crédit-bail immobilier

Article 67 : Constituent des opérations de crédit-bail immobilier les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires, pour un prix convenu d'avance ou déterminable suivant un mode de calcul arrêté dans le contrat, de devenir propriétaire des biens loués au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit le la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire.

Article 68 : Les contrats de crédit-bail immobiliers ne sont pas soumis à la législation sur les baux commerciaux.

Le contrat fixe le montant et la périodicité des loyers ainsi que le prix de cession du bien loué ou le mode de calcul de ce prix.

Le contrat prévoit, à peine de nullité les conditions dans lesquelles il pourra le cas échéant, être résilié à la demande du locataire. A cette fin, il est stipulé à la charge du locataire

le versement d'une indemnité déterminée en fonction du montant des loyers à devoir jusqu'à l'expiration normale du contrat.

Article 69 : le crédit-bail immobilier est soumis à une publicité foncière dans les formes et conditions prévues par l'Ordonnance n°60 – 146 du 3 Octobre 1960 sur le régime foncier de l'immatriculation.

Cette publicité donne des informations précises sur les conditions essentielles du contrat.

Le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité du contrat aux tiers.

Article 70 – Les droits d'enregistrement du contrat de crédit- bail sont perçus lors de l'acquisition de l'immeuble ou du terrain par le bailleur. Le montant des droits d'enregistrement est pris en compte lors de l'exercice de l'option d'achat.

Un arrêté du Ministre chargé des Finances précisera en tant que de besoin les modalités d'application de cette disposition.

Article 71 – Les contractants peuvent, d'accord parties, soit proroger la durée de la location, soit la raccourcir par la levée anticipée de l'option d'achat, après le règlement de la moitié au moins du montant total des loyers prévus pour la durée du contrat.

L'avenant donne lieu à publicité dans les conditions définies par l'article 6, à peine d'inopposabilité aux tiers.

Section 3 – Dispositions communes aux opérations de crédit-bail mobilier et immobilier

Article 72 – Les dispositions du présent chapitre s'appliquent également dans le cas où le crédit-bail est conclu avec le cédant du bien mobilier ou immobilier, qui en devient le locataire. Le contrat est dit : contrat de cession-bail.

Article 73 – Pendant la durée du crédit-bail, le locataire assume l'ensemble des risques, charges et responsabilités se rapportant aux biens financés sauf stipulations contraires prévues par le contrat.

Article 74 – En cas de cession par le crédit-bailleur des biens compris dans une opération de crédit-bail, et pendant la durée de l'opération, le cessionnaire est tenu des mêmes obligatoires que le cédant, qui en reste garant.

Article 75 – En cas de non-respect de ses obligations par une ou l'autre des parties, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité prévue par les parties si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Article 76 – Le cas échéant, le crédit bailleur constitue chaque année par prélèvement sur les loyers, en franchise d'impôt sur les bénéfices, une provision destinée à couvrir la moins-value éventuelle que fera apparaître la cession du bien à l'expiration du contrat de crédit-bail.

Le montant de cette provision ne doit, à aucun moment, excéder la différence entre l'amortissement financier de l'investissement inclus dans le loyer fixé pour l'année en cause et l'annuité fiscale d'amortissement du bien. Cette provision doit être spécialement constatée dans les écritures de l'exercice et dans les documents destinés à l'administration fiscale.

L'entreprise locataire comprend chaque année dans ses charges déductibles pour l'assiette de l'impôt sur les bénéfices dont elle est redevable les loyers versés au cours de l'exercice.

Lors du transfert de propriété, la moins-value éventuellement constatée dans les écritures du crédit-bailleur est balancée par la reprise de provision constituée à cet effet.

L'entreprise locataire réintégrée le cas échéant dans ses bénéfices de l'exercice en cours au moment de la cession, la fraction des loyers versés correspondant à la différence entre la valeur résiduelle du bien dans les écritures du bailleur, à savoir la différence entre le prix de revient de l'immeuble et le montant des amortissement pratiqués par le bailleur, et le prix de cession du bien. Le bien est en contrepartie comptabilisé au bilan de l'entreprise et amorti chaque année dans les conditions de droit commun.

Le bailleur est tenu de fournir au locataire acquéreur et à l'administration fiscale les renseignements nécessaires pour l'enregistrement de la cession dans les écritures de l'acquéreur conformément aux dispositions du présent article.

Les modalités d'application des dispositions du présent article seront précisées par arrêté du Ministre chargé des Finances.

TEXTE DU PROJET DE LOI SUR LE CREDIT – BAIL (24 février 2000)

Dispositions générales – définitions

Article premier : Le crédit – bail est le contrat par lequel une personne, le crédit-bailleur ou bailleur, met un bien à la disposition d'une autre personne, le crédit-preneur ou locataire, moyennant le versement d'un loyer, pendant une période de temps déterminée, à l'issue de laquelle le bailleur donne la possibilité au locataire d'acquérir tout ou partie des biens loués.

Article 2 : Le bien qui fait l'objet du crédit – bail est acquis d'un tiers ou du locataire lui – même par le crédit-bailleur, à la demande du crédit-preneur et conformément aux instruction de ce dernier.

Article 3 : Le crédit-bailleur ne peut être qu'un établissement de crédit soumis aux dispositions de la loi n°95 – 030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

Toute personne qui, agissant pour son compte ou pour celui d'une société, exerce les activités définies par l'article 4 ci-après sans se conformer aux dispositions de la loi n° 95 – 030 du 22 février 1996 précitée est passible des sanctions pénales prévues par ladite loi.

Des opérations de crédit – bail : détermination – exécution

Article 4 : En application des articles 1 et 2 ci-dessus, sont qualifiées d'opérations de crédit-bail :

- 1) Les opérations de locations de biens meubles, biens d'équipement ou matériel d'outillage achetés en vue de cette locations par des entreprises qui en demeurent propriétaire , lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu d'avance ou déterminable suivant un mode de calcul arrêté dans le contrat tenant compte des versements effectués à titre de loyers ;

- 2) Les opérations de locations de biens immeubles à usage professionnel effectués par une entreprise, les dits immeubles étant achetés ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail. L'accession à la promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant aux locataires ;
- 3) Les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels assortie d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte des versements, effectués à titre de loyers, à l'exclusion de toute opération de location à l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal.

Article 5 : Par une clause du contrat de crédit-bail, le bailleur et le locataire peuvent convenir avec le vendeur que le locataire agira directement en garantie contre le vendeur au titre des obligations nées de la vente.

Cette clause vaut renonciation du locataire à la garantie légale du bailleur.

Article 6 : En cas de cession de biens compris dans une opération de crédit-bail, et pendant la durée de l'opération, le cessionnaire est tenu des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant.

Article 7 : La convention de crédit-bail ne relève pas du statut des baux commerciaux.

Article 8 : Le contrat de crédit – bail prévoit les conditions dans lesquelles sa résiliation pourra, le cas échéant, intervenir à la demande du preneur.

Le crédit-preneur peut, après avoir mis le crédit-bailleur en demeure, considérer le crédit-bail comme résolu de plein droit si le bien ne lui est pas délivré dans le délai prévu au contrat ou dans un délai fixé dans la mise en demeure.

Article 8 bis :

En cas de contestation sur la validité à l'exécution du contrat de vente le tribunal ne peut suspendre l'exécution du contrat de crédit.

Lorsque le crédit-bailleur est partie à l'instance, la résolution ou l'annulation du contrat de vente entraîne de plein droit résiliation du contrat de crédit.

Si la résolution ou l'annulation du contrat de vente survient du fait du vendeur, celui-ci pourra, à la demande du crédit-bailleur, être condamné à garantir le crédit-preneur du remboursement du prêt, sans préjudice de dommages et intérêts vis-à – vis du crédit – bailleur et du crédit – preneur.

Article 8 ter :

En cas de manquement à ses obligations par le locataire et après une mise en demeure par exploit d'huissier restée infructueuse dans un délai de 15 jours, le contrat de crédit-bail est résilié de plein droit, sans préjudice du paiement des loyers arriérés et de dommages-intérêts.

Le juge peut, même d'office, modérer la pénalité prévue par les parties si elle est manifestement excessive. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

La faillite ou la mise en règlement judiciaire du locataire constitue une cause de résiliation de plein droit du contrat.

De la publicité des opérations de crédit-bail

Article 9 : Les opérations de crédit-bail visées à l'article 4 ci-dessus sont soumises à une publicité qui doit permettre l'identification des parties et celle des biens qui font l'objet desdites opérations. Les diverses modalités de cette publicité sont fixées par les articles 10 à 20 ci après.

Dispositions communes, publicité comptable

Article 10 : Sans préjudice de l'article 66 de la loi n° 95 –030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit sur les établissements de crédit, les sociétés commerciales qui recourent à des opérations de crédit-bail pour se procurer des bines d'équipement, des matériels ou des immeubles à usage professionnel doivent mentionner dans

l'annexe prévue par les article 3.1 et 3.2 du Code de commerce résultant de la loi 99.018 du 2 Août 1999 relative au statut du commerçant, les informations suivantes :

- 1- la valeur de ces biens au moment de la signature du contrat ;
- 2- le montant des loyers afférents à l'exercice ainsi que le montant cumulé des loyers des ex exercices précédents ;
- 3- l'évaluation à la date de clôture du bilan des loyers restant à payer ainsi que du prix d'achat résiduel de ces biens stipulés au contrat.

Article 11 : Les personnes morales autres que celles visées à l'article précédent et les personnes physiques ayant la qualité de commerçant doivent :

- 1- Faire apparaître séparément, dans leur compte de résultat, les loyers correspondant à l'exécution des contrats relatifs aux opérations précitées, en distinguant les opérations de crédit-bail en mobilier et les opérations de crédit-bail immobilier ;
- 2- Evaluer dans l'annexe et à la date de clôture du bilan le montant total des loyers leur restant à supporter en exécution des obligation stipulées dans un ou plusieurs contrats de crédit-bail en distinguant les opérations de crédit-bail mobilier et les opérations de crédit- bail immobilier.

Crédit –bail mobilier

Article 12 : Les renseignements concernant les opérations de crédit-bail en matière mobilière sont publiés, à la requête de la société de crédit-bail ou de toute personne intéressée, selon les modalités prévues à l'article suivant.

Article 13 : La publication est requise au greffe du tribunal dans le ressort duquel le crédit-preneur est immatriculé à titre principal au registre du commerce.

Sont applicables en la matière les dispositions des articles 18 et 19 relatives aux inscriptions des contrats de crédit-bail du décret 99 –717 du 8 septembre 1999 sur la publicité du crédit mobilier.

Si le crédit-preneur n'est pas assujetti à immatriculation au registre du commerce, la publication est requise au greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel est situé l'établissement pour les besoins duquel il a souscrit le crédit-bail.

Les modalités de cette publication feront l'objet de textes réglementaire.

L'inscription régulièrement prise est opposable aux parties et aux tiers, à compter de la date d'inscription au registre du commerce et des sociétés, pendant une durée de cinq années, sauf renouvellement. Les conditions de l'inscription ainsi que celles de son renouvellement obéissent aux dispositions des articles 21 et 22 du décret 99-717 du 8 septembre 1999 sur la publicité du crédit mobilier.

Article 14 : Toute modification affectant les renseignements mentionnés à l'article 12 est publiée en marge de l'inscription existence.

Les inscriptions régulièrement faites en application de l'article 13 et de l'alinéa 1 ci-dessus prennent effet à leur date. Elles sont radiées, à l'initiative du crédit-bailleur ou du crédit-preneur, soit sur justification de l'accord des parties, soit en vertu d'un jugement ou d'un arrêt passé en force de chose jugée.

Article 15 : Le greffier délivre à tout requérant, copies ou extraits de l'état des publications portant éventuellement mention des transferts ou des inscriptions modificatives.

Article 16 : Les pièces justificatives qui doivent être présentées au greffier, ainsi que les modalités de publication ou de radiation et les modèles de bordereaux d'inscription, copies ou extraits sont ceux prévus, selon le cas, aux articles 18 et 23 du décret 99 – 717 du 8 septembre 1996 sur la publicité du crédit mobilier.

Article 17 : me défait de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers des droits de la société de crédit- bail sur le bien dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits.

Crédit-bail immobilier

Article 18 : Le crédit-bail immobilier est soumis à une publicité foncière dans les formes et conditions prévues par l'ordonnance n°60-146 du 3 octobre 1960 sur le régime foncier de l'immatriculation.

A défaut de publicité, les dispositions de l' article 17 ci-dessus sont applicables.

Articles 19 : Toute infraction aux dispositions des articles 10 et 11 est punie d'une amende de dix millions à cent millions de FMG

Article 20 : Le chapitre 4 de la loi n° 95 – 030 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit est abrogé.

Article 21 : La présente loi sera publiée au journal officiel.

Elle sera exécutée comme loi de l'Etat.

CONTRAT DE CREDIT – BAIL MOBILIER N°

Entre les soussignés :

La Société EQUIPBAIL MADAGASCAR, Société anonyme au capital de 3 000 000 000 de francs malagasy dont le siège social se trouve à l’Immeuble ARO- FIARO, làhana RANAIVO Jules Ampefiloha ANTANANARIVO, représentée par Mr RAHARISON Lucien Seth, Directeur,

ci-après dénommée le BAILLEUR , d'une part,

et

la Société

ci-après dénommée le LOCATAIRE d'autre part,

IL A ETE ARRETE ET CONVENU CE QUI SUIT PAR LES DEUX PARTIES

A- CONDITIONS GENERALES

Article 1 : Le présent contrat a pour objet la location par « le bailleur », de matériel ou des véhicules selon les conditions dans lesquelles les sociétés de leasing ou de crédit-bail sont habilitées à exercer leurs activités à Madagascar.

Article 2 : Choix du matériel – commande prise en charge

- 1) En sa qualité de futur utilisateur, le locataire choisit librement le type et la marque du matériel ainsi que son fournisseur. Il en détermine avec ce dernier les spécifications techniques, et en accord avec le bailleur, les modalités de paiement et de livraison. Le matériel est livré aux frais et risques du locataire. Le locataire est responsable des clauses de garanties à conclure avec le fournisseur. Après signature du présent contrat de location, approbation par le bailleur du bon de commande également signé par le

- 2) locataire et paiement du 1^{ère} loyer et des frais éventuels, le bailleur passe commande du matériel aux conditions ainsi arrêtées.
- 3) Dès la mise à disposition du matériel par le fournisseur, le locataire agissant en qualité de mandataire du bailleur et pour son compte en qualité de locataire utilisateur, doit reconnaître sa conformité à la commande et son état et contrôler les normes de fonctionnement prévues.
- 4) En cas de non conformité à la commande, ou d'état défectueux, ou de normes insuffisantes, le locataire doit refuser la prise en charge du matériel. Dans ce cas, il fera jouer immédiatement la clause de garantie avec le fournisseur. Dans un délai de huit jours à compter de la date de livraison, le locataire doit aviser le bailleur de son refus par lettre recommandée avec transmission des pièces attestant la mise en jeu de la clause de garantie. Passé ce délai, il sera censé accepter sans réserve le matériel, tel qu'il est mis à sa disposition.

Article 3 : Départ et durée de la location – Modalité et règlement du loyer

- 1) Le point de départ de la location est fixé au moment de la mise à disposition du matériel constaté par un procès-verbal de prise en charge.
- 2) La durée de la location ainsi que celle de la période irrévocable sont fixées, par les conditions particulières. Au cours de ces périodes, la location ne peut être résiliée que dans les cas prévus dans l'article 8 paragraphe 4 et dans l'article 9 ci-après et dans les cas prévus par la loi.
- 3) Le prix de la location en principal et accessoires est payable par mois ou par trimestre et d'avance. Le premier loyer est payable à la signature du contrat. La date d'échéance est fixée au 1^{ère} du mois de la date de signature du procès-verbal de prise en charge.
- 4) Les loyers suivant le premier sont payables le 1^{ère} du mois par prélèvement bancaire, conformément à un ordre de domiciliation permanent, signé par le locataire en même temps que le présent contrat.
- 5) Toute période de loyer commencée est due en totalité. Tout retard dans le paiement d'une fraction de loyer ou de ses accessoires entraînera de plein droit, l'exigibilité d'intérêts de retard sans préjudice des dispositions prévues à l'article 9 ci-après.
- 6) Au cas où le bailleur serait obligé avant le départ de la location, d'effectuer des versements au titre de l'achat du matériel, le locataire devra régler au bailleur des

- 7) « pré loyers » dont la somme sera supérieure ou égale à somme des versements effectués. Le montant du pré loyer est égal à celui du loyer prévu au contrat.

Article 4 : Intérêts, frais et taxes

- 1) Jusqu'à la date de leur règlement effectif, toutes sommes dues demeurées impayées à la date d'exigibilité produisent des intérêts de retard dont le taux est égal au taux directeur de la Banque Centrale majoré de 10 points plus les taxes, sans préjudice des dispositions prévues à l'article 9 ci-après.
- 2) Le bailleur a droit en outre pour non exécution de la convention à une indemnité de 10% des loyers HT demeurés impayés. Cette somme sera majorée de la TVA correspondante.
- 3) Tous les frais exposés par le bailleur en vue de recouvrer sa créance sont à la charge du locataire.
- 4) Tous frais, impôts et taxes présents et à vernir, afférents à la location, à la détention et à l'utilisation du matériel seront à la charge exclusive du locataire qui s'y oblige, notamment, des droits de timbre et d'enregistrement du présent contrat de crédit bail qui seraient exigibles.

Article 5 : Installation – utilisation – entretien

- 1) La responsabilité et les frais d'installation et de mise en route du matériel incombent au locataire en rapport, à cet effet avec le fournisseur dont il observera les indications. Si pour une raison indépendance de la volonté du bailleur, ni prétendre ne pouvait utiliser le matériel dès sa prise en charge, il ne pourrait exercer aucun recours contre le bailleur, ni prétendre à une réduction ou à un report de loyer, ni demander l'annulation du contrat de crédit-bail.
- 2) Pendant toute la durée de la location, le locataire doit user du matériel dans des conditions normales en se conformant aux indications données par le fournisseur. L'arrêt de l'utilisation du matériel ne peut entraîner aucune diminution du loyer, ni indemnité quelconque à charge du bailleur, ceci quelle qu'en soit la cause (notamment détérioration, avaries, réparations, arrêt pour entretien, grèves, transformations, transfert ou réinstallation, sinistre).

- 3) Le locataire doit maintenir le matériel en état de fonctionnement et supporter les frais d'entretien et de réparation. Il s'engage à cet effet, à souscrire auprès du fournisseur du matériel ou de toute autre entreprise acceptée par le bailleur, un contrat d'entretien du matériel loué qui devra être maintenu en vigueur pendant toute la durée de la location. Toutes pièces, équipement ou accessoires incorporés au matériel en cours de location, deviennent immédiatement et de plein droit propriété du bailleur, sans qu'aucun remboursement ni indemnité puissent lui être réclamés.
- 4) Le bailleur ou tout mandataire par lui désigné, est autorisé à vérifier sur place les conditions d'utilisation et d'entretien du matériel, de même que l'exécution des réparations pendant toute la durée de la location et après celle-ci jusqu'à la reprise du matériel.
- 5) Toute modification du matériel, quel que soit son degré d'importance, doit, au préalable, être autorisée par le bailleur.

Article 6 : Réglementation

- 1) Le locataire déclare connaître parfaitement et s'engage à respecter les lois, décrets et règlements en vigueur relatifs à la détention, la garde et l'utilisation du matériel loué. Il s'engage à ne pas utiliser le matériel, sous peine de résiliation immédiate dans les conditions indiquées à l'article 9 ci-après, avant d'avoir obtenu toutes les autorisations et documents nécessaires.
- 2) Le locataire s'engage à remplir de son propre chef et en lieu et place du bailleur toute obligation légale ou réglementaire, qu'elle soit ou non visée aux conditions générales et particulières du présent contrat, qui incomberait, au bailleur d'après la loi et les règlements, et dont l'exécution serait rendue nécessaire pendant l'exécution du présent contrat. Les frais en découlant étant à la charge du locataire.
- 3) Le locataire s'engage, si besoin en est, à fournir au propriétaire – bailleur tous renseignements et pièces nécessaires à l'obtention de autorisations requises pour l'utilisation du matériel, de même qu'à rembourser au propriétaire bailleur tous frais engagés pour son compte lors de l'accomplissement des formalités administratives.
- 4) Le bailleur décline expressément toute responsabilité et conséquence éventuelle du non respect par le locataire des dispositions légales, administratives, ou réglementaires en vigueur et auxquelles il est tenu de se conformer en qualité d'utilisateur et de gardien juridique du matériel ; par ailleurs, il se réserve la faculté de mettre fin au

- 5) contrat sans délai en imposant la résiliation dans les conditions prévues à l'article 9 ci-après.

Article 7 : Droit de propriété – rapport du locataire avec les tiers

- 1) Le locataire doit faire respecter en toute occasion par tous moyens et à ses frais, le droit de propriété exclusive du bailleur sur le matériel mis en location, droit dont il ne saurait se prévaloir sous peine de dommages et intérêts. En cas de tentative de saisie, de réquisition ou de confiscation du matériel, le locataire doit en aviser immédiatement le bailleur, éléver toutes protestations et prendre toutes mesures pour faire reconnaître le droit de propriété du bailleur. Si la saisie a eu lieu, il devra faire le nécessaire à ses frais pour en obtenir la main – levée.
- 2) Si le locataire n'est pas propriétaire du local où se trouve placé le matériel, ou s'il cesse d'en être propriétaire, il doit fournir au bailleur une attestation du propriétaire reconnaissant le droit de propriété du bailleur sur le matériel en renonçant à tout privilège sur ce dernier. De même, si le locataire cède son fonds de commerce ou l'affecte en nantissement, il doit fournir au bailleur une attestation identique du cessionnaire, ou du bénéficiaire du nantissement.
- 3) Le prêt, la sous- location, ou toute concession des droits dont bénéficie le locataire, au titre du contrat sont subordonnés à l'autorisation écrite préalable du bailleur. En cas d'autorisation, le locataire supportera solidairement avec le nouvel utilisateur, toutes les obligations résultant du contrat.

Article 8 : Responsabilité du locataire – Assurances

- 1) Depuis le point de départ de la location jusqu'à la reprise du matériel par le bailleur ou sa cession au locataire, celui-ci, détenteur gardien du matériel loué, est seul responsable de tout dommage corporel, matériel ou immatériel causé directement ou indirectement soit à lui-même, soit à des tiers par le matériel loué ou à l'occasion de son emploi, y compris le recours des tiers en cas d'incendie, même si le dommage est dû à un vice de construction ou à un défaut de montage. A ce titre, le locataire s'oblige à souscrire auprès d'une compagnie d'assurances solvable agréée par le bailleur, une

- 2) police couvrant sa responsabilité civile et comportant une clause expresse d'extension de la couverture à la responsabilité civile du bailleur au cas où cette dernière serait recherchée.
- 3) Tant que le matériel n'a pas été restitué au bailleur, le locataire est seul responsable de tous les risques de détérioration de perte, de destruction totale ou partielle du matériel quelle qu'en soit la cause, même s'il s'agit d'un cas fortuit ou de force majeure. En conséquence, le locataire s'oblige à souscrire auprès d'une compagnie d'assurances solvable, agréée par le bailleur, une police couvrant les dommages pouvant être occasionnés au matériel lui-même contre les risques suivants : bris de machine, vol, incendie, toutes explosions, et dommages de toutes sortes directs ou indirects. Dès la prise en charge du matériel par le locataire, celui-ci s'oblige à l'assurer auprès d'une compagnie d'assurance contre les calamités cycloniques et autres intempéries. Le locataire devra adresser au bailleur et comportant une clause expresse de délégation au profit du bailleur de toute indemnité qui serait normalement versée à l'assuré en couverture des dommages subis par le matériel loué. Le locataire s'oblige à régler les primes de la police pendant la durée de la location et à en justifier au bailleur.
- 4) Au cas où locataire ne pourrait souscrire la police ci-dessus, et au cas où le bailleur le demanderait, il pourrait faire couvrir les risques prévus au paragraphe 2 ci-dessus sur la police d'assurance du bailleur. Dans ce cas, le locataire s'engage à rembourser au bailleur les primes et les frais relatifs à cette police conformément aux conditions indiquées ci-avant et à se conformer aux instructions du propriétaire – bailleur pour tout ce qui concerne les relations avec compagnie d'assurance.
- 5) En cas de dommage survenu au matériel loué, le locataire devra en informer le propriétaire – bailleur par lettre recommandée. Il devra faire tout ce qui est nécessaire pour permettre l'expertise et faire remettre le matériel en état. Au vu des factures de réparation acquittées, le bailleur créditera du montant des indemnités reçues des compagnies d'assurance. Si le matériel ne peut être réparé, le contrat sera résilié de plein droit et le locataire devra verser un propriétaire – bailleur une indemnité de résiliation égale au montant des loyers, taxes comprises, restant à couvrir majorée de la valeur résiduelle prévue au contrat, déduction faite de l'indemnité versée par les assurances au bailleur.
- 6) Le locataire est responsable des conséquences qu'entraînerait une utilisation du véhicule ou du matériel non conforme aux dispositions légales ou contractuelles. Le locataire s'engage à remplir personnellement et à ses frais toute obligation légale ou

7) réglementaire, présente ou future qui incomberait au bailleur qu'elle soit ou non visée aux conditions générales ou particulières du présent contrat. Il est seul responsable de toutes infractions commises par lui-même ou par toute autre personne et devra en supporter toutes les pénalités (amendes, contraventions) et frais. Le locataire s'engage à effectuer toutes les déclarations aux dates prescrites et à y acquitter toutes charges, impôts et taxes de toute nature présents ou à venir, afférents à la détention ou l'utilisation du matériel ou du véhicule.

Article 9 : Résiliation du contrat par le bailleur

- 1) Le contrat sera résilié de plein droit si bon semble au bailleur, sans qu'il soit besoin d'accomplir aucune formalité, huit jours, à défaut de tout autre délai fixé par la Loi, après l'envoi au locataire d'une mise en demeure (notamment par lettre recommandée) restée sans effet au cas où le locataire ne paierait pas à échéances un seul terme de loyer ou une seule prime d'assurance ou n'exécuterait pas une seule des conditions générales ou particulières de la location. Le bailleur conservera son droit de résilier même si le locataire a proposé le paiement ou l'exécution, ou s'il y a procédé après le délai fixé.
- 2) Le contrat de crédit-bail pourra être également résilié de plein droit si bon semble au bailleur et nonobstant l'exécution par le locataire de ses obligations contractuelles dans l'un des cas suivants : règlement judiciaire, faillite ou simple déconfiture, dissolution de la société votée par les associés ou prononcée par le Tribunal, cession amiable ou forcée de l'exploitation ou du fonds, cessation d'activité de plus de trois mois, diminution des garanties ou sûreté consenties au bailleur. La cessation du contrat avant son terme prévu, pour quelque cause que ce soit n'entraîne pour le bailleur aucune obligation de restitution même partielle des loyers et de leurs accessoires.
- 3) Dès résiliation du contrat dans les cas ci-dessus définis, le locataire a l'obligation immédiate : de restituer le matériel au bailleur au lieu fixé par ce dernier, le démontage, l'emballage et le transport étant sous la responsabilité et à la charge du locataire, de verser au bailleur à titre d'indemnité de résiliation les 4/5 des loyers, taxes comprises, restant à couvrir jusqu'au terme de la location, de rembourser au bailleur les frais éventuellement engagés par lui-même à l'occasion de la résiliation du contrat et au moment de la reprise du matériel.

- 4) Il est expressément convenu qu'en cas de non observation par le locataire de ses obligations au titre de l'un quelconque des contrats de crédit-bail soumis aux présentes conditions générales, il pourra au gré du bailleur être fait application des dispositions du présent article à l'ensemble de ses contrats.

Article 10 : Fin de la location – Restitution du matériel

- 1) A la fin de la location, le locataire devra restituer à ses frais le matériel au lieu fixé par le bailleur, le premier jour suivant l'expiration du contrat. En cas de retard à la restitution, le locataire devra verser au bailleur une indemnité égale à 1/60 du loyer trimestriel ou à 1/20 du loyer mensuel par jour ou fraction de jour de retard. Le matériel devra être restitué en bon état d'entretien, l'usure ordinaire normale restant à la charge du bailleur.
- 2) Toutefois, au cas où, avant le début du dernier trimestre de la location, le locataire en ferait la demande, il pourrait : soit acquérir le matériel à la fin de la période de location pour le montant du prix de cession en fin de location indiqué aux conditions particulières, celui-ci étant payable au comptant, soit demander à proroger la location au delà du terme prévu après mise au point d'un nouveau contrat avec le bailleur.
- 3) En cas de non restitution du matériel dans le délai indiqué, le locataire pourra y être contraint par ordonnance de saisie – revendication rendue par le Président du Tribunal, tous les frais et vacations exposés par le bailleur à cette occasion seront de plein droit à la charge du locataire.

Article 11 : Dépôt de garantie

Le dépôt de garantie est versé par le locataire au bailleur en même temps que le premier loyer, il garantit la bonne exécution des obligations du locataire et celui-ci ne peut en cours de location, l'imputer au paiement des sommes dues. A la fin du contrat, si le locataire a satisfait à toutes ses obligations et s'il n'est pas tenu, au titres d'un autre contrat comme débiteur ou caution, le dépôt de garantie est remboursé. A défaut il est imputé en tout ou partie au paiement des sommes due.

Article 12 : Cautions

Le caution s'oblige solidairement et individuellement avec le locataire à l'exécution de toutes les stipulations et au paiement de toutes les sommes dues. Elle ne subordonnera pas son engagement à l'existence d'une quelconque assurance, garantie ou publicité et elle dispense le bailleur de toute constitution ou inscription de sûreté. Elle dispense le bailleur de l'informer du non paiement et des délais accordés au locataire.

Article 13 : Election de domicile

Pour l'exécution du présent contrat, les parties font élection de domicile au siège de leur société ou principal établissement indiqué ci-avant.

Toute modification relative au domicile de l'une des parties devra être notifiée à l'autre dans un délai de 15 jours.

Article 14 : Attribution de juridiction

Pour l'exécution des clause et conditions du contrat, les parties font attribution de juridiction auprès du tribunal du lieu de domicile élu par EQUIPBAIL ? sauf dispositions procédures contraires ayant trait notamment aux compétences de juridiction.

Article 15 : Enregistrement

Le présent contrat est soumis à la formalité d'enregistrement à la loi.

B- CONDITIONS PARTICULIERS

Le bailleur loue au locataire qui accepte aux conditions particulières ci-dessous et conformément aux conditions générales indiquées ci-avant le matériel suivant :

a) Désignation du matériel :

Marque & Type :

Prix Unitaire HT :
Nombre de véhicules :
Prix Total HT :
TVA :
Prix TTC :
Autres frais :
Fournisseur :

- a) Durée de location :
- b) **Durée période irrévocabile :**
- c) **Prix de cession HT en fin de location**
- d) **Dépôt de garantie (1) :**
- e) **Loyer HT :**
- f) **TVA (20%) :**
- g) **Loyer TTC:**

Si le prix définitif des matériel augmenté, le cas échéant, des droits et frais d'importation était différent de la valeur de référence du présent contrat fixé à FMG , il sera procédé à une révision proportionnelle des loyers et du prix de cession en fin de location.

Toute modification des taux des taxes afférentes au loyer ou à l'une de ses composantes une modification du loyer TTC.

Si le locataire et le propriétaire – bailleur décident, d'accord parties, soit de proroger la durée de la location, soit, sans pour autant remettre en cause la période irrévocabile, raccourcir la durée de la location, alors le propriétaire – bailleur indiquera, par écrit, au locataire le nouveau prix de cession en fin de location.

Le locataire soussigné reconnaît avoir pris connaissance et approuvé les Conditions Générales de location indiquées ci-avant, qui font partie intégrante du contrat.
Le présent contrat est établi en 05 exemplaires.

Antananarivo, le

Pour le Bailleur

Pour le Locataire (2)

- 1) Le dépôt de garantie sera restitué au terme de la location ou pourra être imputé sur le prix de vente en cas de levée de l'option d'achat.
- 2) Faire précéder la signature de la mention « Lu et approuvé ».

Décret 99- 717 du 08 septembre 1999 sur la publicité du crédit mobilier (J.O N° 2613 du 29 Novembre 1999, p 3346) modifié par le Décret n° 2001 346 de 25 – 04 – 01.
(J.O n° 27 22 du 16 juillet 2001 p 1914).



Art. 18 (D. 2001-346 du 25.04.2001) - En cas de conclusion d'un contrat de crédit-bail, le créditeur peut déposer au greffe de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est immatriculée la personne physique ou morale preneur de ce crédit-bail :

1° Le titre constitutif du contrat de crédit-bail en original s'il est sous seing privé, ou en expédition si l'acte est en minute ;

2° Un formulaire d'inscription en trois exemplaires portant mention :

I. Des nom, prénoms, dénomination sociale, domicile ou siège social du preneur de crédit-bail, ainsi que son numéro d'immatriculation ;

II. De la nature et la date du ou des actes déposés ;

III. D'une description du bien, objet du crédit-bail, permettant de l'identifier ;

IV. Du montant des sommes dues au dernier jour précédent l'inscription et, le cas échéant, les conditions d'exigibilité de la dette ;

V. De l'élection de domicile du crédit-bailleur dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et des sociétés.

Art. 19 - Après avoir vérifié la conformité du formulaire avec le titre qui lui est remis, le greffe procède à l'inscription du contrat de crédit-bail, comme il est dit à l'article 6 ci-dessus. Le formulaire remis au requérant après inscription porte de façon apparente la mention "crédit-bail", et la date de sa délivrance, qui correspond à celle de l'inscription au registre du commerce et des sociétés. Toute modification conventionnelle ou judiciaire fait l'objet d'une inscription modificative dans les conditions et formes prévues pour l'inscription initiale.

TITRE II EFFETS ET CONTENTIEUX DE L'INSCRIPTION

Art. 20 - L'inscription régulièrement prise est opposable aux parties et aux tiers, à compter de la date d'inscription au registre du commerce et des sociétés :

1° Pendant une durée de cinq ans pour l'inscription du nantissement sur les actions ou parts sociales, du nantissement sur le fonds de commerce et du nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles, celle du privilège du vendeur, et des contrats de crédit bail ;

2° Pendant une durée de trois ans pour l'inscription des priviléges généraux du Trésor Public et de l'Administration des Douanes ;

And. 18 (idem) - Raha nisy fifanekena fitrosam-bolaifaranraham-panofana, ny mpampano dia afaka mamefetra ao amin'ny firaketan-draharahan'ny fitsarana mahefa isoratan'ilay vatan-tenan'olona na fikambanana mizaka zon' isam-batan'olona mpitrosa :

1° Ny taratasim-panorenana ny fitrosam-bola ifaranraham-panofana, ka ny mataoan-tsoratra raha natao sonia tsy teo anatrehan'ny Fanjakana, ary sosony raha soratra to no nanaovana azy ;

2° Taratasy fameno raha hanao fanoratana miisa telo misy ireto filazana ireto :

I. Anarana, fanampin'anarana, anarana ara-barotra, fonefana na foibe misy ny mpanao fifaranraham-panofana ary koa laharam-pisoratany ao amin'ny boky ;

II. Karazana sy vaninandro entin'ny/na ireo fifanekena ;

III. Fanoritsoritana hoenti-mamantatra ilay fananana ianadian'ny fitrosam-bola ifaranraham-panofana ;

IV. Tomban'ny vola tsy voaloa ny andro farany mialoha ny fanoratana ary, raha toa ka misy izany, ny fepetra hitakiana ny trosa ;

V. Fanondroam-ponenana ataoan'ny mpampano dia tompon-trosa ao amin'ny fari-piadidian'ny fitsarana mamefetra ny zom-pananana misy ny rejisitra fanoratana ny mpivarotra sy fanoratana ireo sosaiety.

And. 19 - Rahefa avy nanamarina ny fitovian'ny taratasy nofenoina sy ny taratasy atolotra azy ny mpiraki-draharaha dia manao ny fanoratana ny fifanekena fitrosana vola amin'ny fampanofana araka ny fepetra voalazan'ny andininy faha-6 etsy ambony. Rahefa vita ny fanoratana, ny nanao ny fangatahana dia tolorany sosony iray amin'ny taratasy fameno nopenatihina soratra mivandravandra manao hoe "fitrosam-bola ifaranraham-panofana" miampy ny vaninandro nanomezana azy, vaninandro sahala amin'izay misoratra ao amin'ny rejisitra ny mpivarotra sy ireo sosaiety. Izay fanovana ifaranrahana na didian'ny fitsarana dia hanaovana fanoratana fanovana araka ny fepetra sy fomba narahina tamin'ny fanoratana voalohany.

LOHATENY II VOKATRA SY FIFANOLANANA ATERAKY NY FANORATANA

And. 20 - Ny fanoratana vita ara-dalâna dia azo atohitra ny andaniny sy ankilany ary ny olon-kafa manomboka ny vaninandro nampidirana azy ao amin'ny rejisitra fanoratana ny mpivarotra sy ireo sosaiety :

1° Mandritra ny dimy taona, raha momba ny fanoratana, fametrahana ho antoka anjara-petrabola na anjara renivola fikambanam-barotra, fametrahana ho antoka fananana anto-barotra, fametrahana ho antoka fitaoavam-piasana ary fiarakodia, tombon-jon'ny mpivarotra, ary ny fifanekena fitrosam-bola ifaranraham-panofana ;

2° Mandritra ny telo taona, raha momba ny fanoratana ireo tombon-jo foiben'ny Tahirim-bolam-

3° Pendant une durée d'un an pour l'inscription du nantissement des stocks, et de la clause de réserve de propriété.

A l'issue de ces périodes, et sauf renouvellement par le requérant dans les conditions prévues à l'article 21 ci-dessous, l'inscription sera périmee et radiée d'office par le greffe.

Art. 21 - Le renouvellement d'une inscription s'effectue dans les mêmes conditions que l'inscription initiale. Après avoir vérifié la conformité des formulaires avec les titres déposés au greffe, celui-ci procède au renouvellement de l'inscription. L'inscription valablement renouvelée est opposable aux parties et aux tiers à compter de la date du dépôt de la demande de renouvellement, dans les conditions prévues à l'article 20 ci-dessus. Le greffe remet au requérant un exemplaire du formulaire portant de façon apparente la mention "renouvellement d'inscription".

Art. 22 - La personne physique ou morale contre laquelle a été prise une ou plusieurs inscriptions énumérées au chapitre premier du présent titre, peut à tout moment saisir le juge commis d'une demande visant à obtenir la mainlevée, la modification ou le cantonnement de l'inscription. Le juge commis pourra, en tout état de cause, et avant même d'avoir statué au fond, donner mainlevée totale ou partielle de l'inscription, si le requérant justifie de motifs sérieux et légitimes.

Art. 23 (D. 2001-346 du 25.04.2001) - La radiation totale ou partielle de l'inscription pourra également être requise sur dépôt d'un acte constatant l'accord du créancier ou de ses ayants droit. A la demande de radiation, le requérant devra joindre en trois exemplaires un formulaire portant mention :

1° Des nom, prénoms, dénomination sociale, domicile ou siège social, ainsi que le numéro d'immatriculation de la personne physique ou morale contre laquelle avait été requise l'inscription, ou en cas d'inscription portant sur des actions ou parts sociales, le numéro d'immatriculation de la société dont les actions ou parts sociales font l'objet de cette inscription ;

2° De la nature et la date du ou des actes déposés ;

3° De l'élection de domicile du requérant dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et des sociétés.

La radiation sera inscrite par le greffe sur le registre, après vérification de la conformité du formulaire avec l'acte présenté. Un exemplaire du formulaire sera adressé au registre national pour transmission au registre du commerce national. Il

panjakana sy ny fitondran-draharaha momba ny Fadintseranana ;

3° Mandritra ny herintaona, raha momba ny fanoratana fametrahana ho antoka ny entana fiandry sy momba ny fepetra manokana mameatra ny zompananana.

Rahefa dila ireo fepotoana ireo, raha tsy hoe nangataham-panavaozana araka ny fepetra voalazan'ny andininy faha-21 eto ambanay, dia lany andro ary vonoin'y firaketan-draharaha avy hatrany ny fanoratana

And. 21 - Sahala ny fomba fanoratana voalohany sy ny fanavaozana. Manao ny fanavaozana ny firaketan-draharaha rahefa avy nanamarina fa mifanandrify amin'hy taratasy napetraka ireo taratasy nofenoina. Ny fanavaozan-panoratana vita ara-dalana dia azo atohitra ny andaniny sy ankilany ary ny olon-kafa manomboka ny vaninandro nametrahana ny fangataham-panavaozana, araka izay voalazan'ny andininy faha-20 etsy ambony. Ny firaketan-draharaha dia manolotra ny mpangataka sosony iray amin'ny taratasy nofenoina nasiana soratra mivandravandra manao hoe "fanavaozana fanoratana".

And. 22 - Ny vatan-tenan'olona na fikambanana mizaka zon' isam-batan'olona nianjadiana fanoratra iray na maromaro voatanisan'ny toko voalohany amin'ity lohateny ity dia afaka, na amin'ny fotoana inona na amin'ny fotoana inona, mangataka ny mpitsara voatendry mba hanaisotra, hanova na hampihena ny fipakan'ny fanoratana. Ny mpitsara voatendry dia afaka rahateo, na mialoha ny handraisany fanapahan-kevitra amin'ny votoantin-draharaha aza, manaisotra tanteraka na amin'ny ampahany ihany ny fanoratana raha misy antony lehibe sy ara-drariny avy amin'ny mpangataka.

And. 23 (idem) - Azo atao ihany koa ny mangataka famonoana tanteraka na ampahany ny fanoratana rahefa misy soratra apetra milaza fa manaiky izany ny tompon-trosa na izay manan-jo amin'izany. Tsy maintsy ampombaina ny fangatahana sosony telo amin'hy taratasy nofenoina milaza :

1° Ny anarana, fanampin'anarana, fiantsoana araboratra, toeram-ponenana na foibe, ary laharam-pisoratan'ny vatan-tenan'olona na fikambanana nianjadian'ny fanoratana na, raha toa fanoratana mikasika ny anjara petrabola na anjara renivola no natao, ny laharam-pisoratan'ilay sosaiety izay nianjadian'izany fanoratana izany ny anjara petra-bola na anjara renivola ;

2° Ny karazana sy vaninandro entin'ilay na ireo soratra apetra ;

3° Ny fanoroam-ponenan'ny mpangataka, ao anaty fari-piadidian'ny fitsarana mitana ny rejisitra fanoratana ny mpivaratra sy sosaiety.

Manao ny famonoana tanteraka ny soratra ny firaketan-draharaha rahefa avy manamarina fa mifanarako amin'ny taratasy natolotra ny taratasy nofenoina. Andefasana sosony iray amin'ny taratasy



sera délivré un certificat de radiation à toute nefenoina ny rejisitra nasionaly ho an'ny rejisitry ny personne qui en fera la demande.

varotra eto an-toerana. Omena taratasy manamarina ny famonoan-tsoratra izay rehetra mangataka izany.

Art. 24 - Le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice est chargé de l'exécution du présent décret qui sera publié au *Journal officiel* de la République.

And. 24 - Ny Mpitahiry ny Kasem-panjakana, Minisity ny Fitsarana, no miandraikitra ny fanatanterahana ity didim-panjakana ity izay havoaka amin'ny *Gazetim-panjakan*'ny Repoblika.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
<u>Titre I : LE CREDIT DANS LE CREDIT- BAIL :</u>	<u>7</u>
<u>Chapitre I : Une location par détermination de la loi.....</u>	8
<u>Section 1 : Définition légale</u>	8
a. éléments de la définition légale	10
1. éléments objectifs	10
• Durée de la location	10
• Promesse unilatérale de vente	11
• Imputation des loyers sur le prix d'achat du bien	12
2. éléments subjectifs	12
• Choix du matériel par le locataire	13
• Bien loué est obligatoirement bien mobilier à usage professionnel	13
b. Mise en œuvre dans la pratique	14
• Du choix	14
• Du bien	14
• De la durée de la location	14
• De la promesse unilatérale de vente	15
• De l'imputation des loyers sur le prix du bien	17
<u>Section 2 : Mise en œuvre de la location</u>	18
a. Point de départ de la location	18
b. Obligations de la location du crédit- bail.....	21
- Obligations conformes au droit commun.....	21
• Obligation de délivrance	21
• Obligation de garantie	22
• Obligation de payer les loyers	25
- Obligations spécifiques à la formule du crédit- bail	27
• Obligation d'assurer l'entretien de la chose	27
• Droit de jouissance du preneur	32

<u>Chapitre II : La complexité du contrat</u>	40
<u>Section 1 : Le louage instrument de crédit</u>	40
a. Le crédit par une location dénaturée	40
b. Autres aménagements dans la pratique	44
• Droit positif : liberté contractuelle	44
• Hypothèse de la résiliation par le preneur	46
• Conséquence de la résolution	52
<u>Section 2 : La construction juridique de l'opération</u>	55
a. La nature des rapports créés entre la parties.	56
b. Transfert des droits de l'achat au profit du preneur est obligatoire.	61
 <u>Titre II : LA PROPRIETE DANS LE CREDIT BAIL</u>	64
INTRODUCTION	64
<u>Chapitre I : Une propriété à des fins de garantie</u>	67
<u>Section 1 : Conception du nouveau rôle de la propriété par le législateur Malgache.</u>	67
<u>Section 2 : Mise en œuvre de la propriété comme garantie dans la pratique</u>	68
<u>Section 3 : De la publicité :</u>	69
1- Publicité juridique	69
2- Publicité comptable	73
Rôle	77
<u>Chapitre II : Différents aspects résultant de la réalisation de la propriété – garantie.</u>	80
<u>Section 1 : Incidents en cours d'exécution de la convention</u>	80
a. absence de levée d'option	80
b. défaillance du débiteur	81
<u>section 2 : Particularité de l'utilisation de la propriété garantie</u>	84
a. Propriété – garantie : principe de la mise en œuvre dans les procédures collectives.	85
b. exceptions liées au maintien de l'activité de l'entreprise	86

<i>section 3 : Solutions apportées par la pratique du fait des vides juridiques ou des lacunes des clauses contractuelles pour garantir la bonne fin de l'opération.....</i>	89
a- Solution de la pratique	89
1- le dépôt de garantie	89
2- la caution	90
b- Applicabilité du projet de loi du 24 février 2000	92