

PLADOYER POUR L'ADOPTION DU CREDIT-BAIL EN AFRIQUE EN DROIT OHADA

Il s'agit de revêtir le manteau du législateur africain pour rechercher le profil idéal de l'un des contrats d'affaires le plus utilisé aujourd'hui dans la pratique en Afrique mais sans faire forcément l'objet d'une réglementation adaptée.

Lors de la dernière conférence des chefs d'Etat des pays membres de l'OHADA au Burkina Faso en janvier 2014, le crédit-bail a été retenu entre autres contrats d'affaires comme l'un des principaux axes d'un projet d'Acte uniforme.

Dans les pays d'Afrique où l'épargne locale est quasi-inexistante, le crédit-bail est un moyen incontournable pour les TPE et PME¹ disposant de très peu de fonds propres et qui ont difficilement accès au crédit bancaire, faute de garanties suffisantes, pour développer leur activité économique. Si le curseur de la réglementation africaine est placé sur le crédit-bail², c'est parce que :

- D'une part plusieurs législations nationales l'ont déjà intégré dans leur corpus juridique : le Sénégal 2011, le Cameroun en 2010³,
- D'autre part, les articles 34 alinéa 5 et suivants de l'AUDCG⁴ n'ignorent pas son existence puisqu'il prévoit sa publication au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) pour être opposable aux tiers, d'autant plus qu'il peut être utilisé à des fins de garantie.

¹ Très petites entreprises et les petites et moyennes entreprises.

² M. SAMB, Le droit du crédit-bail dans l'espace OHADA : étude comparative des lois camerounaise et sénégalaise, Rev. de l'ERSUMA, n°spé. IDEF- Mars 2014.

³ Pour le Sénégal c'est la Loi n°28/2011 et pour le Cameroun la Loi n°2010/020 du 21 décembre 2010.

⁴ Dans le nouvel Acte uniforme sur le droit commercial général, les articles 34 al. 5, 35 al. 6, 38 al.1-a sont consacrés à la publicité du crédit-bail et à sa radiation.

-Enfin, les expériences européennes et internationales (notamment la convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international d'Ottawa du 28 mai 1988) sont des modèles à suivre⁵.

Un modèle adaptable aux réalités africaines - Le futur Acte uniforme sur le crédit-bail s'enrichira de la confrontation de ces expériences nationales et internationales pour proposer un moule qui permettra l'émergence d'un modèle de crédit-bail taillé sur mesure et adapté aux réalités africaines. Justement toute la difficulté est de savoir comment adapter un contrat aussi complexe aux besoins spécifiques d'un continent ? La réponse est dans sa conception et dans son application.

- Dans sa conception, le modèle africain doit s'inspirer des standards qui ont fait preuve d'efficacité dans les législations nationales et internationales et qui le distinguent des contrats voisins.

Distinction des contrats voisins- A cet égard, le crédit-bail ne se confond pas avec la location-vente en ce sens qu'il comporte essentiellement une convention de louage et qu'il est assorti d'une option d'achat alors que la location-vente peut obliger le locataire à acquérir le bien ; en outre la location-vente n'implique que deux acteurs : le fournisseur et l'utilisateur tandis que le crédit-bail immobilier ne peut pas être ramené à un bail pur et simple⁶ ni à la vente avec réserve de propriété qui sont de véritables contrats de vente.

Le crédit-bail doit être distingué également de la location précaire de courte durée de meubles de nature diverse n'excédant guère deux ans qualifiée de renting ou de operating lease. Il ne s'agit que d'un louage classique dénué de toute intention de vente. A l'opposé, il existe aussi des formules de location de longue durée auxquelles font défaut la promesse de vente et qui ne sont pas non plus identifiables au crédit-bail. Les locations de longue durée avec option d'achat peuvent être consenties pour des besoins professionnels sans la promesse de transfert

⁵ Le crédit-bail international, Travaux comité fra. DIP 1989 ; 59 ; R.-N. Schütz, La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international, Contrats, conc., consom., mars 1996, p. 1 et s. G. Mazet, La location financière internationale, RJ com. 1985, n° spécial, p.42 et s. ; F. Steiner et B. Rigaud, Le leasing international, banque 1982. 1049; E.-M. BEY et C. Gavalda, Problématique juridique du leasing international, Gaz. Pal. 1979, I, doct. 143 ; J-P. Béraudo, Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage et l'affacturage international, JCP éd. E, 1995. 1.458. ; C. Gavalda, Acte final de la conférence diplomatique pour l'adoption des projets de la convention d'Unidroit sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international. LPA, n°84, 15 juil. 1988.

⁶ Cass. 3^{ème} ch. civ. 10 juin 1980 Bull. civ. III, n°113 et 114.

de propriété au locataire. Même si dans certains cas les clauses du contrat laissent entrevoir que le preneur pourra acquérir le bien au terme du bail, le prix ne tient pas compte des loyers versés. Au surplus, la maintenance et le remplacement du bien sont des prestations à la charge du loueur.

Le crédit-bail se distingue également de la location-vente en ce que dans cette hypothèse la location inclut une promesse synallagmatique de vente qui engage le locataire à acquérir à l'arrivée du terme de levée de l'option incluse dans une promesse unilatérale de vente.

Caractéristiques. Le noyau dur de cette opération tripartite est le contrat de louage de choses autour duquel gravitent plusieurs conventions en osmose⁷. Son schéma est complexe, puisqu'il rassemble plusieurs contrats (contrat d'achats, contrat de location, promesse unilatérale de vente).

Il suppose en amont l'achat d'un bien meuble ou immeuble par le crédit-bailleur sur instruction d'un crédit-preneur. Ensuite le crédit-bailleur donne le bien en location au crédit-preneur pendant une période déterminée, assortie d'une promesse unilatérale de vente au profit du crédit-preneur. Le loyer dans le crédit-bail intègre l'amortissement du capital investi et la marge bénéficiaire.

Dans le futur Acte uniforme, il sera prudent pour éviter toute confusion de donner une définition claire en le distinguant de tous les contrats voisins⁸.

- Dans son application : Le modèle à proposer doit tenir compte des besoins et des problèmes spécifiques des petites entreprises africaines qui ne sont pas logées à la même enseigne que celles des pays développés.

Si la technique contractuelle n'est pas à remettre en cause dans son principe, son succès passe nécessairement par la recherche d'une adaptation du crédit-bail à l'esprit africain du droit.

Equations à résoudre : D'une part, comment à partir des modèles et des standards internationaux connus par tous les bailleurs de fonds étrangers proposer une technique faite

⁷ V. C. Gavalda, in Répertoire du droit international, V° Crédit-bail, n°2 et s.

⁸ L'article 4 al.1 qui exclut du champ d'application de la loi sur le crédit-bail la location simple, de la vente et des contrats similaires.

sur mesure pour répondre aux besoins spécifiques de l'Afrique sans oublier l'objectif du traité OHADA qui veut faire de ce droit un instrument de développement économique ?

D'autre part, faut-il harmoniser par l'unification ? Ou plutôt par directive en proposant un schéma tout en laissant la liberté aux législateurs nationaux sur certains points de le transposer dans les normes étatiques ?

Quelle que soit la méthode choisie, l'intervention législative est nécessaire pour harmoniser et réguler les relations contractuelles opposant les établissements de crédit et les entreprises, et sans doute aussi les particuliers à la recherche de financement pour le matériel d'équipement professionnel et pour l'acquisition d'immeuble.

Il existe de nombreuses entreprises de crédit-bail dans chaque pays mais l'encadrement juridique n'est pas toujours à la hauteur des pratiques contractuelles qui donnent souvent naissance à des abus que la seule référence au droit commun des contrats ne suffit pas à réprimer. Une loi spécifique est nécessaire d'autant plus que les lois consuméristes sanctionnant les clauses abusives sont rares sinon inexistantes dans les pays africains.

Liberté contractuelle et équilibre. Le droit africain doit préserver la philosophie de la liberté contractuelle dans l'élaboration du contenu et garantir l'efficacité de l'institution. IL s'agit de laisser aux parties la liberté de définir le contenu du contrat. Mais c'est un régime de semi-liberté car la loi doit intervenir pour corriger les abus. La liberté contractuelle ne doit pas faire l'économie d'un équilibre entre les acteurs économiques (I) ni occulter la recherche de l'efficacité parfois fragile de la garantie qui découle du crédit-bail (II).

I/ LA RECHERCHE D'UN EQUILIBRE CONTRACTUEL: UN REGIME JURIDIQUE EN SEMI-LIBERTE

Un cadre législatif nécessaire. Un cadre législatif doit être fixé aussi bien au stade de la naissance du contrat que de son exécution. Mais la loi doit garantir la liberté aux parties de déterminer par elles-mêmes le contenu du contrat de crédit-bail et d'en modifier les effets.

A- Liberté surveillée à la naissance du contrat

1-Conditions de fond et de forme.- Les conditions de forme et de fond qui sont nécessaires à la validité du contrat ne sont pas totalement abandonnées à la seule volonté des parties.

1) Conditions de fond

2-Les exigences relatives au contenu du contrat- L'établissement de crédit doit conserver ses prérogatives dans la détermination des conditions générales du contrat. Mais les clauses liant les parties doivent être définies en conformité avec la philosophie de la loi.

Il est recommandé à cet égard de prévoir des mentions obligatoires dont le défaut sera sanctionné par la nullité du contrat. Mais ce sont les parties elles-mêmes qui définissent librement les clauses relatives à la durée du contrat, au montant des loyers et au nombre de loyers avant l'option d'achat offerte au crédit-preneur à la fin du contrat de bail, au prix de levée de l'option d'achat du bien loué et les conditions d'exercice de l'option, la description des biens objet du contrat, la partie ayant choisi le bien et le fournisseur. La loi doit être explicite sur la durée et les conditions de renouvellement du contrat pour éviter la loi du plus fort économiquement.

Il importe de laisser aux parties le choix des mentions facultatives relatives par exemple aux biens dont la violation ne serait pas lourdement sanctionnée.

3-Le champ d'application matériel - Il est nécessaire d'harmoniser le texte applicable aux biens qui peuvent faire l'objet d'un crédit-bail. La convention d'Ottawa se restreint aux seuls meubles corporels alors que d'autres législations nationales étendent leur champ d'application aux meubles incorporels et aux immeubles. Dans le modèle africain, il est souhaitable que soient visés aussi bien les meubles que les immeubles.

Au titre des meubles, il faut aller au-delà des meubles corporels (biens d'équipement, matériel et outillage) pour viser les meubles incorporels notamment le fonds de commerce, à

l'exception des valeurs mobilières. Cette extension aux fonds de commerce permettra aux petits entrepreneurs individuels de contourner la résistance des banques à faire des prêts.

Quant aux immeubles : Les lois africaines actuelles retiennent uniquement les immeubles à usages professionnels. Il est souhaitable que l'assiette soit étendue aux immeubles à usage mixte ou à usage d'habitation financés par les banques d'Etat. L'inclusion des immeubles à usage non exclusivement professionnel donnera un coup d'accélérateur à l'accession à la propriété immobilière paralysée par la frilosité des banques à prêter de l'argent aux particuliers à revenus moyens mais stables.

Dans le cadre d'un crédit-bail immobilier, le crédit-bailleur est dans une situation d'exclusivité plus confortable que celle d'un créancier hypothécaire, car il bénéficie d'un droit de propriété. En effet, à l'expiration du bail, si le crédit-preneur ne lève pas l'option, il ne peut prétendre ni au droit au maintien dans les lieux loués ni à la propriété commerciale sur l'immeuble mis en crédit-bail. Pour bénéficier de statut des baux commerciaux, il doit en plus du crédit-bail conclure un contrat de bail commercial avec le crédit-bailleur.

4-Les exigences relatives aux parties au contrat -Le crédit-bail est une opération de crédit dont l'exercice à titre de profession habituelle est soumis à la sollicitation d'un agrément conformément aux exigences des lois bancaires en vigueur dans l'UEMOA⁹ et dans la CEMAC¹⁰.

Dès lors seules les personnes autorisées à exercer les opérations de crédit à titre de profession habituelle peuvent devenir crédit-bailleurs. Dans le cadre africain, il s'agit des banques, d'établissement financier, auxquels doivent s'ajouter des établissements de micro finance.

Un certain seuil de solvabilité doit être exigé pour assurer la protection de l'intérêt général contre les crédits-bailleurs ne présentant pas des garanties suffisantes.

Quant au crédit-preneur, les conventions internationales et les législations nationales visent toute personne physique ou morale utilisant des biens loués pour les besoins de son activité

⁹ L'Union économique et monétaire ouest africaine regroupe 8 pays de l'Afrique de l'ouest qui utilisent le franc CFA comme monnaie commune avec une banque centrale de l'Afrique de l'ouest dont le siège est à Dakar.

¹⁰ Il s'agit de la communauté économique de l'Afrique centrale qui regroupe 6 pays ayant en commun le franc CFA comme monnaie commune avec une banque centrale qui joue le même rôle que la BCEAO.

professionnelle, ce qui exclut les biens à usage domestique, familial ou personnel. Le crédit-preneur peut donc être un entrepreneur individuel (commerçant, artisan, profession libérale.)

5-Recommandation. On peut recommander que dans le cadre particulier du crédit-bail pratiqué par une banque nationale ou un organisme de micro-finance, qu'un simple particulier ou un entrepreneur au sens de l'article 30 de l'AUDCG soit aussi considéré comme crédit-preneur pour un immeuble à usage non professionnel. La loi uniforme doit préciser aussi les conditions de forme de ce contrat.

2/ Les conditions de forme

6-Le principe du consensualisme.- Le crédit-bail reste soumis au principe du consensualisme. Mais comme tout contrat soumis à la publicité pour son opposabilité, l'écrit reste une condition pratique mais pas nécessaire pour la validité.

Pour pouvoir censurer les clauses abusives, le contrat doit faire l'objet d'un écrit sous la forme authentique ou sous-seing privé. L'acte authentique étant nécessaire pour le crédit-bail immobilier. Mais l'écrit reste une simple exigence de preuve du contrat. Dans tous les cas, il est utile pour publier le contrat au registre de publicité légale. La future norme africaine sur le crédit-bail doit être en harmonie avec les prescriptions de l'Acte uniforme sur le droit commercial général qui impose la publicité de ce contrat au RCCM.

Lorsqu'il s'agit d'un bien immobilier cette publicité se fera au livre foncier du lieu de situation de l'immeuble. Les effets de l'inscription sont importants, elle emporte opposabilité aux tiers au crédit-bail.

B/ Liberté surveillée au stade de l'exécution du contrat

7-La situation générale des parties. Tout en respectant la liberté contractuelle, il importe de définir un cadre juridique approprié encadrant la situation juridique des parties et le contentieux lié à l'inexécution. Elle doit mentionner que le crédit-preneur, bien que non partie au contrat de vente entre le crédit-bailleur et le fournisseur, est un tiers intéressé et impliqué dans la conclusion du contrat de vente.

Elle doit préciser que l'établissement de crédit agit sous les instructions du crédit-preneur pour l'acquisition du bien loué, donner la possibilité au crédit-preneur d'agir directement contre le vendeur pour exiger la livraison d'un bien conforme, ou en cas de non livraison ou d'une livraison tardive.

Le contrat de vente en effet ne peut être conclu entre le fournisseur et l'établissement de crédit-bail sans l'engagement préalable du crédit-preneur sur la nature, les caractéristiques du bien ainsi que les garanties.

La loi doit être explicite sur les prérogatives et les obligations du crédit-bailleur et du crédit-preneur.

1) La situation du crédit-bailleur

8-Un choix à faire. Si la mise à disposition d'un bien dans le cadre d'un crédit-bail est une location, les obligations du crédit-bailleur seraient soumises aux dispositions des lois nationales de chaque Etat sur la location des meubles et des immeubles. Faut-il prévoir des dispositions impératives quant à la répartition de ces obligations ou au contraire laisser la liberté aux parties de déroger aux normes légales ? En fonction de l'équilibre des forces en présence le législateur peut laisser faire ou contrôler la liberté contractuelle. Lorsque le crédit-bail est destiné par exemple à financer des immeubles à usage non exclusivement professionnel, comme nous le préconisons, il convient dans ce cas d'imposer impérativement des dispositions légales pour protéger le crédit-preneur qui le plus souvent sera un particulier. Cette précaution permettra d'éviter les abus des sociétés financières qui dans la pratique s'exonèrent systématiquement de ces obligations pour les mettre à la charge du crédit-preneur

sans aucune contrepartie financière. Les principales obligations sont celles qui pèsent sur un bailleur de meubles ou d'immeubles¹¹ connues par exemple dans le Code civil pour les immeubles. Il s'agit dans ce schéma de l'obligation de délivrance et d'entretien et celle de garantie.

9-Nécessité d'acclimater le crédit-bail. Mais ne faut-il pas dépasser cette formule réductrice qui ramène le crédit-bail à un bail avec une promesse unilatérale de vente pour élargir les obligations du crédit-bailleur ? L'expérience étrangère montre bien que l'acclimatation du crédit-bail dans l'espace juridique OHADA que le crédit-bail ne peut être ramené à une simple variante du louage de chose. C'est un contrat sui generis avec une prédominance financière avec des obligations qui devraient être spécifiques. Dès lors on peut se demander si le recours à la liberté contractuelle reconnue en matière de louage des choses suffit à rendre inapplicables des dispositions impératives et à aboutir à un cercle restreint d'obligations incombant au crédit-bailleur.

Le débat en réalité est de savoir s'il faut décharger ou non le crédit-bailleur des obligations fondamentales pesant sur le bailleur en contemplation de la nature financière du crédit-bail. L'expérience étrangère montre que même en se prévalant de la qualification locative, la jurisprudence impose au crédit-bailleur les obligations du loueur d'immeubles¹². L'option minimaliste laisserait à la charge du crédit-bailleur que l'obligation de garantie d'éviction du fait personnel et du fait des tiers. De même une clause d'exclusivité peut imposer entre le crédit-bailleur et les crédit-preneurs un système de non-concurrence mettant à la charge du crédit-bailleur une obligation de résultat de faire cesser le trouble en cas de violation de l'obligation de non-concurrence¹³.

10-Clauses d'exonération. Une possibilité existe d'insérer dans le crédit-bail d'affaires des clauses d'exonération ou d'exclusion qui peuvent être valables entre deux professionnels mais non dans les rapports entre des professionnels et des profanes. Qu'en sera-t-il par exemple d'une clause par laquelle le crédit-bailleur se décharge de toute responsabilité en cas de vices cachés¹⁴?

¹¹ Voir à titre de référence les articles 1719 à 1721 du Code civil français pour les immeubles.

¹² CA Paris, 11 oct. 1985, D. 1989, IR275, Gaz. Pal.1990. 1. Somm. 103

¹³ Cass. 3^{ème} civ. 12 av. 1995, RJDA 7/1995, n°870.

¹⁴ Voir en ce sens Civ. 3^{ème}, 15 janv.2003, Bull. civ. n°5 ; RJDA 6/03, n°628.

Dans le droit africain, il serait juste de tenir compte de la qualité des parties en présence pour distinguer entre le crédit-bail d'affaires et le crédit-bail domestique. Ce dernier oppose dans le contrat les professionnels de crédit et des finances aux particuliers ou aux entrepreneurs non-initiés pour l'acquisition de biens non professionnels ou à usage mixte. L'équilibre contractuel commande que des dispositions impératives soient mises en place pour définir les obligations qui pèsent sur le crédit-bailleur. Des obligations spécifiques d'information renforcées et de conseil doivent être mises à la charge du crédit-bailleur¹⁵.

En tout état de cause, en cas de résiliation du contrat de crédit pour multiples causes dont notamment la défaillance du crédit –preneur, il doit reprendre le bien crédit-baillé. L'étendue de ses obligations dépend parfois de la situation du crédit-preneur.

2) La situation du crédit-preneur

11-Droits et obligations du crédit-preneur. Le crédit doit préserver le bien crédit-baillé dont il n'est pas encore propriétaire. Il a un droit de jouissance jusqu'à la levée de l'option et doit restituer le bien si à terme le transfert de propriété ne s'est pas fait à son profit.

12-Droit de jouissance et obligation de conservation. -Le crédit-preneur assume l'obligation de veiller à la bonne conservation de la chose, de la maintenir dans l'état ou elle a été livrée en tenant compte de l'usure consécutive à un usage normal. Le contrat peut mettre à sa charge une obligation d'entretien de la chose de même, en cours d'exécution du contrat, les améliorations apportées au bien le sont au frais du crédit-preneur. En revanche, Il ne peut disposer du bien, ni le grever de sûretés.

13-Obligation de restitution en fin de contrat- En fin de contrat, le crédit-preneur peut, soit mettre fin au crédit-bail avec une restitution du bien loué, soit il lever l'option et devenir propriétaire ; et dans ce cas la location cède la place à une vente avec toutes les conséquences qui surviennent (accomplissement des formalités de publicité légales, transfert de propriété et

¹⁵ Civ. 3^{ème}, 24 avr. 2003, Bull. civ. III, n°83.

application des dispositions relatives à la vente à l'exception de la garantie des vices cachés, des vices apparents, la garantie d'éviction.

Mais le dispositif relatif au crédit- bail doit régler les causes de rupture classique du contrat (impossibilité matérielle de poursuivre l'exécution du contrat, insolvabilité avérée du crédit-preneur, cas fortuit, force majeure...) et surtout les conséquences des défaillances des parties en amont et aval dans l'exécution du contrat.

14-Défaillance en amont et les sanctions. Il s'agit d'analyser les incidences d'une inexécution ou mauvaise exécution du contrat de vente entre le crédit-bailleur et le fournisseur sur le contrat de crédit-bail. En effet si le contrat de vente est résolu, le contrat de crédit-bail peut-il continuer ? Le fournisseur a manqué à son obligation de délivrance conforme. Quel est le sort du contrat de crédit-bail ? Le crédit-preneur doit-il continuer à verser des loyers ? Y-a-t-il résolution ou résiliation du contrat ? Un choix clair doit être fait sur la sanction applicable, car les établissements financiers soutiennent généralement que la disparition du contrat de vente n'empêche pas le maintien du contrat de crédit-bail compte tenu de la clause d'exclusion de garantie, l'établissement financier n'étant pas garant du bon fonctionnement du bien meuble.

La jurisprudence française avait d'abord tergiversé par des solutions contradictoires entre la première chambre civile et la chambre commerciale avant d'admettre que la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail sous réserve de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation¹⁶.

La résolution du contrat de vente emporte la résiliation du contrat de crédit-bail et non sa résolution. Le contrat de crédit-bail ne disparaissant pas de façon rétroactive, le crédit-preneur ne peut obtenir remboursement des loyers déjà versés, sauf stipulation conventionnelle. Cette solution mérite d'être transposée en droit africain.

En revanche, il faut distinguer la situation précédente de celle où la résolution du contrat est prononcée à cause d'une défaillance du crédit-bailleur. Il ne fournit pas le bien loué ou, il est la cause d'une livraison tardive. Dans ce cas, comme dans certaines législations, il faut fixer

¹⁶ Cass. Chambre mixte, 23 nov.1990, D. 1991, p.121, note C.Larroumet ; JCP E1991, III, note D. Legeais.

un délai au-delà duquel le retard peut entraîner la résolution du contrat¹⁷. Dans ce cas, le crédit-preneur peut demander le remboursement des loyers versés au crédit-bailleur.

Faut-il laisser aux parties la possibilité de stipuler une clause réglant les conséquences de cette résiliation ? Il convient d'adapter la solution à la distinction entre le crédit-bail domestique et le crédit-bail d'affaires en tenant compte du non-paiement des loyers par le crédit-preneur.

15-La défaillance en aval du crédit-preneur. Le paiement des redevances est incontestablement l'une des obligations essentielles du crédit-preneur. Généralement la pratique stipule une clause de résiliation de plein droit en cas de défaut de paiement à l'échéance. Mais faut-il tout laisser à la liberté contractuelle ?

Le futur dispositif doit choisir entre laisser la pratique régler ce problème de résiliation de plein droit et prévoir une règle pour harmoniser et éviter les abus contre les économiquement faibles partie au contrat. En s'inspirant des législations nationales existantes plusieurs solutions peuvent être inscrites dans la nouvelle loi :

Le défaut de paiement d'une redevance à terme peut être sanctionné par la résiliation de plein droit du crédit-bailleur ou la déchéance du terme.

En cas de déchéance du terme, le crédit-bailleur laisse le bien au crédit-preneur et exige le paiement anticipé des loyers à échoir ainsi que la valeur résiduelle du bien qui aurait dû être payé si le contrat était arrivé à son terme.

La loi pourra également écarter toute clause de résiliation de plein droit pour imposer une résiliation judiciaire. Si la loi veut protéger le crédit-preneur, elle peut prévoir qu'en cas de défaillance dans le paiement des loyers, le crédit-bailleur doit s'adresser au juge des référés pour demander la résiliation.

De même la loi peut imposer ou laisser aux parties la liberté de déterminer le nombre de loyers dont le non-paiement donne au crédit-bailleur le droit de demander la résiliation. Cette liberté surveillée est un gage d'efficacité pour un contrat caractérisé par l'inégalité économique qui existe entre les crédit-bailleurs et les crédit-preneurs.

Mais cette efficacité est fragile.

¹⁷ Un délai de 15 jours peut être suggéré. Mais ce délai légal doit être supplétif.

II/ LA RECHERCHE DE L'EFFICACITE DE L'INSTITUTION

16-Le crédit-bail, un instrument de développement économique.- Le crédit-bail servira comme un instrument de développement économique dans les pays africains. L'efficacité économique s'affirmera surtout dans les techniques propres au crédit-bail qui facilitent l'acquisition d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal et l'accession à la propriété immobilière. Le crédit-preneur peut accéder à la propriété sans avoir beaucoup de moyens et le crédit-bailleur garde la propriété du bien pendant la durée du contrat. C'est l'efficacité économique et juridique qui découle de l'institution mais qui est compromise en cas de faillite du crédit-preneur.

A/ Une efficacité économique et juridique pour les parties

17-Des formules au choix. Plusieurs formules alliant souplesse et sécurité font le succès économique de l'opération. L'accession à la propriété économique est facilitée pour le crédit-preneur en même que le crédit-bailleur conserve la propriété juridique de la chose.

1/ L'accession à la propriété économique facilitée pour le crédit-preneur

.Le crédit-bail, la clé du succès économique pour le crédit-preneur

18-Les formules- Un investisseur qui veut acquérir un fonds de commerce ou construire une usine a plusieurs formules au choix sans passer par le circuit classique du crédit bancaire. Le crédit-bail permet au banquier de rester propriétaire pendant la durée du bail. Ou bien l'établissement financier achète puis conclut le crédit-bail avec l'utilisateur, ou bien utilise la technique de l'adjonction d'un bail à construction au contrat de crédit-bail immobilier¹⁸A la fin du crédit-bail, l'utilisateur devient propriétaire des constructions qu'il a payées par le bail à construction, grâce au jeu de l'accession à la propriété.

¹⁸ Le bail à construction est une variété du bail emphytéotique qui reconnaît un droit de propriété temporaire, un droit de superficie au preneur. Enfin de contrat, le propriétaire du terrain devient le propriétaire des constructions.

Il en va de même du financement d'un bien incorporel dont l'utilisateur devient **le propriétaire** à la fin du contrat de location.

19-Les cas spécifiques du crédit-bail immobilier.- L'établissement de crédit a une propriété-sûreté¹⁹ du fonds ou des constructions mais seulement pendant la durée du bail. Si l'utilisateur ne paie pas le loyer pendant la durée du crédit-bail, deviendra-t-il à la fin du contrat propriétaire du fonds ou des constructions par accession ²⁰?

20-Recours à une SCI- Par le crédit-bail immobilier, l'utilisateur de crédit-bail peut agir également par l'intermédiaire d'une société civile immobilière. La SCI qui au départ a deux associés, l'établissement financier et l'utilisateur, donne à bail à construction à l'établissement financier. Celui-ci, devenu propriétaire des bâtiments consent un crédit-bail à l'utilisateur.

21-Dénouement du crédit-bail immobilier - La fin du crédit-bail voit également la fin du bail à construction. Les constructions deviennent alors propriété de l'établissement financier puis immédiatement propriété de la SCI. Entre temps, ont été réalisées des cessions de parts sociales de la SCI. En effet, l'utilisateur qui n'avait qu'une minime proportion des parts sociales bénéficiait d'une promesse unilatérale de cession de toutes les parts de la SCI qu'il rachète.

Ainsi, c'est la SCI qui devient propriétaire du bâtiment dont la construction a été financée par l'utilisateur qui est en général une société commerciale²¹. Cela pose le problème des difficultés pratiques inhérentes à l'utilisation du crédit-bail immobilier.

¹⁹ Sur l'ensemble de la question voir : P. Crocq, Propriété et garantie, th. Paris II, 1992 ; P. Crocq, L. Black Yondo, M. Brizoua-Bi, O. Fille Lambie, L.-J. Laisney, A. Marceau-Cotté, Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA, éd. Lamy 2012

²⁰ Une réponse négative s'impose car l'établissement financier saisira le terrain à bail à construction et l'achètera pour un prix faible si les loyers du crédit-bail ne sont pas payés.

²¹ Ce montage évite de faire entrer les constructions dans le patrimoine de la société commerciale et de faire passer les frais généraux du coût de la construction sans que les immeubles figurent définitivement au bilan. Il est utile de se demander s'il y a un véritable crédit-bail lorsque bail à construction et crédit-bail se complètent ainsi dans la mesure où l'utilisateur n'aura pas à décider de devenir propriétaire puisqu'il ne bénéficie pas de la levée d'option à la fin du crédit.

22-Les difficultés à prévenir. -Dans un contrat de crédit-bail immobilier classique assorti d'une promesse unilatérale de vente, il est possible qu'au bout de quelques années l'utilisateur s'aperçoive que l'opération n'est pas rentable ; l'entreprise n'est plus in bonis et les redevances sont trop élevées. Comment se sortir alors du crédit-bail immobilier ?

23-Solution envisageable. - La première solution la plus radicale vise à soutenir la nullité du contrat de crédit-bail immobilier si la promesse unilatérale n'est pas contenue dans un acte authentique ou enregistrée dans un délai à prévoir par les dispositions fiscales nationales²². Mais cette solution ne pourra pas résister à l'objection tenant au caractère unitaire de ce contrat qui empêche d'isoler la promesse unilatérale de vente dans cet ensemble pour l'assujettir à l'obligation d'enregistrement.²³

A défaut de l'annulation du contrat, peut-on tenter d'obtenir une modération des redevances ? Le raisonnement serait que, dans un contrat de crédit-bail immobilier, il y a dans un premier temps une période de jouissance à titre onéreux assimilable à un bail commercial. Pourrait-on alors appliquer ici le statut des baux commerciaux qui autorise un plafonnement des loyers ? L'expérience du droit positif français n'est pas favorable à une réponse positive, car la jurisprudence estime que la convention de crédit-bail immobilier, en ce qu'elle tend essentiellement à l'acquisition des murs n'entre pas dans le champ d'application du statut des baux commerciaux²⁴.

Le crédit-bail est une technique contractuelle qui se veut attractive par son efficacité que la loi doit garantir à travers son utilisation aux fins de garantie.

2/ La conservation de la propriété juridique assurée

. Le crédit- bail utilisé comme une sûreté

²² A titre de comparaison la législation fiscale en France, art 1840-A CGI prévoit un délai de 10 jours à compter de l'acceptation d'une promesse unilatérale de vente sous-seing privé pour l'enregistrer à peine de sa nullité.

²³ C'est la solution retenue par la cour de cassation dans un arrêt du 2 novembre 1981, bull. III, n°173, p.125

²⁴ Civ. 3^{ème}, 10 juin 1980, JCP 1981, éd. G, II, 19 655.

24-Fonction de garantie. L'originalité de ce contrat au plan juridique se trouve dans la séparation entre le moment du transfert de l'utilité économique et celui du transfert de propriété. Tant que l'utilisateur du bien n'a pas exécuté toutes ses obligations envers l'établissement de crédit, celui-ci reste propriétaire du bien. Et la conservation de la propriété est une garantie pour le crédit-bailleur. Même si légalement il n'a pas cette étiquette, il met le crédit-bailleur dans une situation de préférence qui lui permet d'opposer son droit à l'égard de tous les créanciers du crédit-preneur. Il remplit les mêmes fonctions juridiques qu'une sûreté-propriété en plaçant le crédit-bailleur dans une situation d'exclusivité.

25-Le gel de la propriété du bien. La propriété du bien n'étant pas transférée au crédit-preneur avant la levée de l'option, il n'est pas dans son patrimoine. C'est pour cette raison que le crédit-bailleur échappe à la loi du concours. En tant que garantie, le crédit-bail place le crédit-bailleur dans une situation plus confortable que celle d'un créancier gagiste ou nanti ou hypothécaire.

La cession-bail ou lease-back est une variante de crédit-bail qui produit également l'effet d'une sûreté.

26-Une propriété purement juridique. Le droit OHADA doit avoir une vision claire de l'utilisation du crédit-bail ou du lease-back comme sûreté. Certains auteurs²⁵ lui ont contesté pendant longtemps cette qualification aux motifs que la garantie procurée par la propriété se retrouve dans d'autres opérations comme la vente à crédit, par ailleurs, la propriété ne garantit pas la créance du crédit-bailleur sur l'utilisateur. Elle ne répond pas à la fonction d'accessibilité de la sûreté. Elle n'est pas l'accessoire de la créance. Elle est indépendante. Mais il est indéniable que le crédit-bail, même s'il n'est pas constitué comme une sûreté produit l'effet d'une sûreté²⁶. D'autres auteurs lui reconnaissent la qualification de sûreté parce qu'elle joue la fonction économique d'une sûreté. En effet, en cas de défaillance du locataire

²⁵ M. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Pétel, Droit des sûretés, Litec n°587

²⁶ Dans sa nouvelle version, les auteurs Cabrillac-Mouly-Pétel avouent le désaccord des deux auteurs originaires.

la société de crédit-bail conserve la propriété du bien. Il a une «propriété artificielle » ou « purement juridique »²⁷. C'est le crédit-preneur qui jouit de la propriété économique du bien.

27-Opposabilité aux tiers. Cependant, l'une des conditions de son efficacité, c'est son opposabilité aux tiers. Pour ce faire, elle doit faire l'objet d'une publicité au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. L'Acte uniforme sur le droit commercial met désormais en place un fichier national et un fichier central dans tous les Etats membres de l'OHADA avec la possibilité de faire la publicité par voie électronique.

Ce système de publicité améliore et renforce l'efficacité des droits du crédit-bailleur. La publicité doit se faire au RCCM du tribunal de commerce dans le ressort duquel le crédit-preneur est immatriculé ou a son établissement²⁸. Cette publicité a son importance pratique malgré l'inconvénient lié à son coût, surtout lorsque le crédit-bail porte sur un fonds de commerce. En cas de revente du fonds, l'utilisateur n'est jamais propriétaire du fonds. Mais selon la théorie de l'apparence en droit commercial, le commerçant est réputé propriétaire de ce qu'il utilise. Il faut donc des mesures de publicité pour avertir les tiers qui contractent avec le commerçant que ce dernier n'est pas propriétaire des éléments figurant dans son fonds²⁹.

Cependant la fragilité du crédit-bail en tant que sûreté se manifeste en cas de faillite du crédit-preneur.

B/ L'efficacité compromise par la faillite du crédit-preneur

28-Créancier sacrifié. L'objectif du redressement de l'entreprise en difficultés sacrifie les intérêts du crédit-bailleur au profit de la survie du débiteur. Il en résulte la fragilité du crédit-bail qui peut être cédé à un tiers repreneur, de même que sa continuation peut être imposée par l'administrateur.

²⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, Défrénois, 2008 n°762.

²⁸ Cf. art 52 de l'AUS et les articles 34 à 42 de l'AUDCG.

²⁹ L'article 42 de l'AUDCG est relatif à la date d'inscription au RCCM.

1) La fragilité du crédit-bail en tant que contrat en cours

29-Le sort des biens crédit-bailés. Les avantages du crédit-bail se réduisent en peau de chagrin en cas de procédure collective du crédit-preneur. La question est de savoir si en cas de faillite du crédit-preneur, le contrat de crédit-bail continue son cours et surtout si le crédit-bailleur peut reprendre les biens qui font l'objet du contrat de crédit-bail alors qu'ils sont utiles pour la survie de l'entreprise.

Le prochain Acte uniforme sur le crédit-bail peut donner des orientations très précises sur ces points. Toutefois l'article 107 de l'AUPCAP³⁰ déclare qu'en dehors des contrats conclus intuitu personae, la cessation des paiements n'est pas une cause de résolution. Le crédit-bail faisant partie des contrats en cours dont l'interruption peut compromettre l'objectif de redressement de l'entreprise, l'administrateur peut ordonner sa poursuite sans que le crédit-bailleur puisse invoquer le non-paiement des loyers antérieurs au jugement³¹. Dès lors, l'ouverture d'une procédure collective contre le crédit-preneur n'entraîne pas d'office la rupture du contrat de crédit-bail qui sera continué s'il est nécessaire au redressement de l'entreprise.

30-Le sort des loyers non réglés. Si une telle décision est prise par l'administrateur, le crédit-bailleur est obligé de s'y conformer. Il ne peut demander la résiliation du contrat. Les loyers antérieurs à l'ouverture de la procédure, non réglés feront partie des créances antérieures.

En revanche, le crédit-bailleur bénéficie d'un privilège des créanciers postérieurs pour les loyers échus après le jugement d'ouverture.

2/ La fragilité causée par l'objectif de redressement du débiteur

31-Le plan de cession de l'entreprise. Il est également possible que le plan de redressement impose la cession du contrat de crédit-bail. Le crédit-bailleur ne peut pas s'opposer à la

³⁰ L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

³¹ Voir A. Toh, La prévention des difficultés des entreprises : Etude comparée de Droit français et OHADA, th. Université de Bordeaux, 2015.

cession du contrat si celui-ci est nécessaire pour le maintien de l'activité. Tel est le cas du matériel d'équipement professionnel en crédit-bail.

Le crédit-bailleur peut faire un recours en appel contre le jugement arrêtant le plan de cession.

32-Le droit de revendication et le sous-acquéreur. En revanche, il n'est pas nécessaire d'imposer un délai au crédit-bailleur pour exercer son droit de revendication comme s'il s'agissait d'une réserve de propriété dans la mesure où le contrat fait l'objet d'une publicité spéciale. Il ne devra pas perdre son droit de propriété faute de revendication. Mais c'est la publicité qui rend son droit de propriété opposable aux créanciers et ayants cause à titre particulier du crédit-preneur qui ne peuvent invoquer l'ancien article 2279 devenu 2276 du Code civil³².

Mais le sous-acquéreur peut fragiliser le droit de propriété du crédit-bailleur. En effet, le sous-acquéreur qui peut légitimement ignorer l'identité du crédit-preneur initial et donc la publicité, est fondé à invoquer le nouvel article 2276 à l'encontre du crédit-bailleur³³.

Fort heureusement, le défaut d'accomplissement de la publicité légale ne prive pas le crédit-bailleur de prouver son droit. Il peut l'établir par tous moyens vis-à-vis des créanciers³⁴. Il peut par exemple démontrer la mauvaise foi de l'acquéreur. En cas de procédure collective frappant le crédit-preneur, l'opposabilité du crédit-bail à la procédure suppose que le crédit-bailleur démontre que chacun des créanciers de la procédure avait eu connaissance de ses droits³⁵.

³² Mais à condition de prouver que la publication du contrat demandée a été effectivement effectuée : Cass. Com., 25 juin 1996, RTD civ. 1996, p. 956 et s., obs. P. Crocq ; L. Leveneur, Crédit-bail : du baume au cœur pour les crédits-bailleurs, Contrats conc., consom. 1995, Chr. 4.

³³ Cass. Com., 14 oct. 1997, Bull. civ. IV, n°257 ; Contrats conc. Consom., 1998, n°1, obs. Leveneur ; D-R. Martin, Location et possession du bien loué et revendu, JCPG, 1998.I. 1121.

³⁴ Cass. com., 25 mars 1997, Bull. civ. IV, n°81.

³⁵ Cass. com., 29 avr. 1997, Bull. civ. IV, n°112.

33-CONCLUSION- Le législateur doit penser aux éventuels conflits de lois. Faut-il en la matière retenir la loi du lieu de situation du bien qui est celle du locataire ou au contraire faut-il faire prévaloir la notion de prestation caractéristique de l'opération dans le financement qu'assure le bailleur, ce qui reviendrait à retenir la loi de l'établissement du crédit.

Il faut aussi régler le problème de la loi applicable en cas de revendication. La solution de la jurisprudence française est digne d'intérêt. Elle retient la loi du lieu de situation du bien pour régler le problème de revendication³⁶. Cette solution est conforme à la convention d'Ottawa du 28 mai 1988.

³⁶ Cass. com. 11 mai 1982, D. 1983, 271, note C. Witz.