



**ANNALES**  
**DE**  
**L'UNIVERSITE**  
**MARIEN NGOUABI**

---

***Sciences Juridiques et Politiques***

---

**VOL. 23, N° 1 - ANNEE: 2022**

**ISSN : 1815 - 4433 - [www.annalesumng.org](http://www.annalesumng.org)**

# ANNALES DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES



VOLUME 23, NUMERO 1, ANNEE: 2022

www.annaesumng.org

## SOMMAIRE

<b>Directeur de publication</b> G. ONDZOTTO	<b>1</b>	<b>Cour constitutionnelle du Bénin et mutations constitutionnelles</b> GNAMOU D.
<b>Rédacteur en chef</b> J. GOMA-TCHIMBAKALA	<b>22</b>	<b>La portée de la vérité dans le procès civil en droit camerounais</b> ANABA F.
<b>Rédacteur en chef adjoint</b> D. E. EMAANUEL ADOUKI	<b>44</b>	<b>Le créancier hypothécaire face au débiteur en situation d'expropriation pour cause d'utilité publique</b> GOUAMBE S.
<b>Comité de Lecture :</b> J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre) E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville) F. M. SAWADOGO (Ouagadougou) YAO- NDRE (Abidjan)	<b>70</b>	<b>La protection des participants à la recherche au Cameroun dans la loi du 27 avril 2022</b> FOTUÉ KENGNE P. L.
<b>Comité de Rédaction :</b> D. E. EMMANUEL ADOUKI (Brazzaville) G. MOYEN (Brazzaville)	<b>98</b>	<b>Réflexions succinctes sur les entraves à la transparence et la bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun</b> MVOGO M. C.
<b>Webmaster</b> R. D. ANKY	<b>120</b>	<b>La notion de devoir de l'actionnaire</b> FANOU F.
<b>Administration - Rédaction</b> Université Marien Nguabi Direction de la Recherche Annales de l'Université Marien Nguabi B.P. 69, Brazzaville – Congo E-mail: annales@umng.cg	<b>158</b>	<b>Le juge et la défaillance des parties dans le bail a usage professionnel en droit de l'OHADA</b> KOU MBA M. E.
<b>ISSN : 1815 - 4433</b>	<b>184</b>	<b>Droit moral et propriété industrielle dans l'espace O.A.P.I.</b> NGUELE MBALLA F.
	<b>216</b>	<b>La chefferie traditionnelle dans l'Administration locale au Niger</b> GANDOU ZAKARA

**246 Les droits de l'homme et la protection du  
patrimoine des minorités nationales en Afrique :  
l'exemple de la législation sur les populations  
autochtones au Congo - Brazzaville**  
ONGAGNA P.



**LE JUGE ET LA DEFAILLANCE DES PARTIES DANS LE BAIL A USAGE  
PROFESSIONNEL EN DROIT DE L'OHADA**

*M. E. KOUMBA*

*Faculté de droit  
Université Marien Ngouabi  
République du Congo*

---

**RESUME**

---

*Le non-respect d'une obligation contractuelle dans le contrat de bail à usage professionnel peut conduire le juge à mettre fin à une relation contractuelle. En effet, il est acquis que la cessation d'une relation contractuelle fait partie des prérogatives exclusives du juge. Toutefois, il peut arriver que les parties, dans le but d'assainir leur relation contractuelle, insère une clause résolutoire dans le contrat. A cet effet, cette clause peut avoir pour conséquence, soit de limiter substantiellement les pouvoirs du juge, auquel cas il est considéré comme un spectateur aux pouvoirs encadrés conformément aux dispositions de l'article 133 de l'Acte uniforme portant droit commercial général ; soit de consacrer les pouvoirs étendus du juge, en ce qu'il devient un acteur incontournable du contrat de bail à usage professionnel. A ce propos, il protège le locataire au même titre que le fonds de commerce qu'il gère. Ainsi, le juge, sous cet angle, devient un protecteur des intérêts économiques.*

---

**Mots-clés :**

---

## INTRODUCTION

« *Le contrat est perçu de moins en moins comme un choc de volontés librement exprimées, comme un compromis entre des intérêts antagonistes, âprement défendus. Il apparaît de plus en plus comme un point d'équilibre nécessaire, voire comme la base d'une collaboration souhaitable entre les contractants*<sup>1</sup> ». Cette base de collaboration entre les parties a pour fondement l'exécution des obligations nées de la conclusion du contrat, tel est le cas du contrat de bail à usage professionnel. En effet, la plupart du temps, le commerçant n'est pas propriétaire des locaux qu'il utilise. Il doit donc signer un contrat de bail avec le propriétaire pour exercer librement son activité économique. Il demeure, de ce point de vue, partie au contrat, et donc tenu, au même titre que le bailleur, d'exécuter ses obligations. Délivrer les locaux loués<sup>2</sup>, assurer les grosses réparations<sup>3</sup> et garantir

l'usage du bien loué contre les troubles de jouissance<sup>4</sup>, pour le bailleur d'une part. Payer les loyer<sup>5</sup>, exploiter les locaux donnés à bail<sup>6</sup> et conserver les locaux en bon père de famille<sup>7</sup> pour le preneur, d'autre part. Le fait, pour un contractant, de manquer, même momentanément ou partiellement, à ses engagements, est constitutif d'un cas de défaillance<sup>8</sup>. Si en droit des entreprises en difficulté le terme défaillance<sup>9</sup> est perçu comme étant un ensemble de difficultés que rencontre une entreprise, difficultés qui seraient susceptibles de l'entraîner dans une situation irrémédiablement compromise, si les mesures nécessaires ne sont pas prises. En droit des contrats, ce terme a une autre signification. En effet, dans le cadre de cette étude, ce terme désigne tout manquement, même partiel aux obligations contractuelles<sup>10</sup>. De ce fait, la défaillance peut conduire à une résiliation

1 J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986, p. 45.

2 Article 105 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général (AUDCG), 15 décembre 2015.

3 Article 106 de l'AUDCG.

4 Article 109 de l'AUDCG.

5 Article 112 de l'AUDCG.

6 Article 113 de l'AUDCG.

7 Article 114 de l'AUDCG.

8 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 18<sup>e</sup> édition, PUF, 2014, p. 676.

9 Pour une approche économique de la notion de défaillance, lire : Christine POCHET, « Traitement légal de la défaillance et gouvernance : une comparaison internationale », in *Revue internationale de droit économique*, 2001/4. T. XV. 4. p. 446. Elle estime que « la défaillance marque la sanction de l'échec économique d'une entreprise qui, pour diverses raisons, n'a pas réussi à atteindre un niveau de rentabilité suffisant pour faire face à ses engagements financiers », p. 446. BAIRD D.G, « Revisiting Auctions in chapter 11 », *Journal of law and Economics*, 36, 1993. pp. 633.

10 F. MAGAR, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », D. 2010, p. 1959.

du contrat sur le fondement des dispositions de l'article 133 de l'Acte uniforme<sup>11</sup>.

Or, par résiliation, il faut entendre « *la dissolution du contrat par acte volontaire – comme la révocation, mais sans rétroactivité – soit à l'initiative d'une seule partie, notamment dans les contrats à durée indéterminée, soit sur l'accord des deux parties* »<sup>12</sup>. De cette définition, l'on retiendra que le bail<sup>13</sup> à usage professionnel, c'est-à-dire, toute convention, même non écrite, existant entre le propriétaire d'un immeuble, et toute personne physique ou morale, permettant cette dernière, d'exploiter dans les lieux avec l'accord du propriétaire, toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle<sup>14</sup> », peut être résilié à l'initiative de l'une ou des deux parties.

Il convient de noter que cette situation n'est pas récente en droit

OHADA. En effet, le droit commercial OHADA a connu d'importantes innovations suite à la révision de l'Acte uniforme portant droit commercial général. Le bail figure au rang des institutions qui ont été particulièrement affectées par la réforme. Avant l'avènement du bail à usage professionnel, on parlait du bail commercial. Celui-ci relevait d'un régime juridique dérogatoire au droit commun<sup>15</sup>. Les raisons d'un tel particularisme sont essentiellement d'ordre économique et sécuritaire. En effet, jusqu'à la fin de la première guerre mondiale, le commerçant locataire était soumis au régime de droit commun au même titre qu'un locataire ordinaire<sup>16</sup>. L'inconvénient d'une telle assimilation était que cet acteur économique ne bénéficiait d'aucune prérogative particulière du fait de son statut et se voyait par exemple refuser le renouvellement de son bail, ce qui le

11 Art. 133.– [NDLR - (Art. 101 ancien)]

« Le preneur et le bailleur sont tenus chacun en ce qui le concerne au respect de chacune des clauses et conditions du bail sous peine de résiliation (...) ».

12 Op. cit. n°11, p. 1932.

13 J. PICOTTE, *Juridictionnaire*, PUAM, 2010, p. 409, « Le bail est l'action de bailler, c'est-à-dire de donner à bail (plus rarement de donner en bail). C'est un contrat (de location ou de louage) par lequel la partie qui détient la propriété d'un bien (le bailleur ou le propriétaire) en cède l'usage ou la jouissance à une partie (le preneur ou le locataire) moyennant un prix convenu (le loyer), pour une durée, déterminée ou non, conformément aux stipulations du contrat ou aux conditions légales ».

14 Article 71 de l'Acte uniforme portant droit commercial général ancien (1997).

15 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 8e éd., Paris, 2007, p. 329 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 18e éd., 2009, p. 74 ;

J. NGUEBOU TOUKAM, *Le Droit commercial général*, Presses universitaires d'Afrique, 1998, p. 81 et s.

16 Op. cit. n°15, p. 333 ; ANTONMATTEI (P-H) et Raynard (J.), *Droit civil-Contrats spéciaux*, Lexis Nexis, 7e édition, Paris, 2013, p. 235 et s.

contraignait très souvent à se déplacer avec comme conséquence la perte de tout ou partie de sa clientèle<sup>17</sup>. La situation a changé en France avec la loi du 30 juin 1926 relative à la propriété commerciale. Cette loi a notamment permis au commerçant de se maintenir dans les lieux, en dépit du refus du bailleur de renouveler son contrat. L'innovation avait à l'époque, séduit certains Etats membres de l'OHADA, qui l'ont presque en l'état intégrée dans leurs législations nationales<sup>18</sup>. A leur suite, le tout premier Acte uniforme adopté en 1997 avait, de manière globale, entériné les solutions et les principes issus de la loi française de 1926, notamment le caractère spécial du contrat de bail commercial devenu par la suite professionnel<sup>19</sup>. Depuis la réforme du 15 décembre 2010, le législateur OHADA parle désormais de « bail professionnel » à la place du bail commercial que consacrait l'ancien Acte uniforme. Dans la législation uniforme OHADA, la résiliation judiciaire du bail à usage commercial trouvait son siège légal dans l'article 101 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général. Ce texte habilitait le bailleur, en cas d'inexécution

d'une clause du bail, à demander à la juridiction compétente, la résiliation du bail et l'expulsion du preneur, après lui avoir servi, par acte extrajudiciaire, une mise en demeure d'avoir à respecter les clauses et conditions du bail. Un bilan jurisprudentiel du droit uniforme OHADA dressé par le Professeur ISSA-SAYEGH a permis de constater que ce texte a donné lieu à des turbulences jurisprudentielles dans les Etats membres de l'OHADA. L'article 101 a été l'une des dispositions les plus controversées de l'Acte uniforme sur le droit commercial général. En effet, l'emploi de l'expression « *juridiction compétente*<sup>20</sup> » dans ce texte, devait très vite jeter un trouble dans l'esprit des juges et d'une partie de la doctrine sur la question de la juridiction compétente pour connaître de la résiliation du bail commercial. Par ailleurs, les juridictions des Etats Parties n'étaient fixées, ni sur la portée de la notification de demande en résiliation du bail aux créanciers inscrits, ni sur la sanction attachée à l'exigence de la mise en demeure préalable du preneur. Impulsée par un « nouvel élan », l'OHADA a amorcé un tournant majeur dans sa marche résolue vers l'harmonisation du droit

<sup>17</sup> D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 18e éd., 2009, p. 74 ; Op.cit., p. 333 ; op. cit., p. 235 et s.

<sup>18</sup> Ce fut notamment le cas du Cameroun qui a procédé à la réception de ladite loi à travers un Décret du 07 juin 1937. V. J. O du Cameroun 1937, p. 579.

<sup>19</sup> V. article 101 et 130 de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

<sup>20</sup> Pour une lecture pertinente de cette notion, lire : Duprat (P), « La juridiction compétente : incertitudes et certitudes », *cah.Dr.entre.* 2014, n°1, dossiers 5.

africain des affaires. Lors de sa deuxième réunion qui s'est tenue à Lomé (Togo) les 13 et 14 décembre 2010, le Conseil des Ministres des Etats Membres de l'OHADA a adopté un nouvel Acte uniforme portant sur le droit commercial général. Cet instrument juridique a abrogé l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général. Le législateur communautaire a pris prétexte du chantier juridique de réforme du droit commercial général dans les pays de l'espace OHADA pour procéder à un aménagement de l'action en résiliation du bail commercial désormais rebaptisé « bail à usage professionnel ». En vertu de l'article 103 du nouvel Acte uniforme portant droit commercial général, est réputé bail à usage professionnel toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du bail professionnel et une autre personne physique ou morale. Selon ce texte, le contrat de bail professionnel permet au preneur d'exercer dans les lieux, avec l'accord du bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle.

Désormais, la procédure de résiliation judiciaire du bail à usage professionnel est régie par les dispositions de l'article 133 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général contenu dans le chapitre VII du titre premier intitulé « *résiliation du bail* ». L'exégèse du nouveau dispositif juridique permet de constater que les rédacteurs de l'Acte uniforme ont procédé à un véritable toilettage de l'instance en résiliation du bail professionnel, au point de donner un nouveau visage à cette procédure judiciaire. Dans cette nouvelle configuration juridique, on ne peut faire l'économie du débat qui existe autour des questions suivantes : quels sont les liens qui existent entre la clause résolutoire<sup>21</sup> et le juge, d'une part, et entre le juge et le contrat<sup>22</sup>, d'autres part ?

Au regard des dispositions devenues légendaires, de l'article 133 de l'Acte uniforme portant droit commercial général, deux mécanismes se dégagent à nous, à savoir, le cas de la défaillance conventionnelle et le cas de la défaillance judiciaire. Dans un but d'efficacité et afin d'éviter, sinon l'intervention, du moins l'appréciation du juge, les parties peuvent prévoir dans le contrat une clause

---

21 Pour une lecture approfondie sur la notion de la clause résolutoire, lire : Ch. Paulin, *La clause résolutoire*, Thèse Toulouse I, LGDJ 1996, n°19, p. 29.

22 L. BOY, « *Les utilités du contrat* », LPA, 10 septembre 1997, n°109, p. 3.

résolutoire, « *prévoyant la résiliation de plein droit du bail en cas de non-paiement du loyer ou d'inexécution de l'une des obligations du contrat*<sup>23</sup> ». A ce titre, elle est donc perçue comme « *un acte de justice privée*<sup>24</sup> ». De toute évidence, la clause n'a de sens que par rapport au contrat qui le contient et aux autres clauses qui le composent. Elle ne peut être autosuffisante. La clause résolutoire, d'une façon générale, est au service du contrat dont elle aménage les obligations, prolongent les effets et précisent les modalités de sanctions. Elle est donc, ainsi que le constate Nicolas GRAS, une stipulation particulière insérée dans un acte juridique et ayant une influence sur celui-ci<sup>25</sup>. En règle générale, le juge dispose d'une certaine liberté dans le choix des moyens laissés à sa disposition pour dégager le sens du contrat. En ce que l'autorité judiciaire se doit de mettre en œuvre les prérogatives dont elle dispose pour mettre fin au litige dans le strict respect de la volonté des parties. Ainsi, « *les parties peuvent anticiper son intervention via*

*l'insertion des clauses dont la fonction est destinée à limiter et encadrer ses pouvoirs*<sup>26</sup> ». En présence d'une clause résolutoire, le juge perd tout pouvoir d'appréciation sur le contrat. Conformément aux dispositions de l'article 133 de l'Acte uniforme précité, il ne fait que constater la résiliation. Il devient alors un spectateur averti, dans la mesure où la résiliation du contrat ne « *s'opère pas de plein droit et doit être prononcée par justice* <sup>27</sup> ». En droit français, par exemple, la situation est presque identique. En effet, la Cour de cassation a pu préciser sur ce point que la clause résolutoire « *écarter l'appréciation judiciaire de la gravité des faits*<sup>28</sup> ». Pour ce faire, encore faut-il que la clause soit totalement dépourvue d'équivoques. Toutefois, il est important de noter que la jurisprudence manifeste, à l'égard de la clause résolutoire, une certaine hostilité<sup>29</sup>. Sans doute, parce qu'elle lui « *retire son pouvoir d'appréciation*<sup>30</sup> ». Voilà pourquoi, très souvent, elle exige que l'intention des parties soit clairement

23 F. AUQUE, *Les baux commerciaux : théorie et pratique*, L.G.D.J, Paris, 2016, p. 193.

24 Paris (6<sup>e</sup> ch. A), 19 juin 1990, *D.* 1991, 515-518, note Y. PICOD, décision confirmée par Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 17 juillet 1992. *D.* 1992. Somm. p. 399, obs. J-L. AUBERT.

25 Lire à propos : N. GRAS, *Essais sur les clauses contractuelles*, Thèse Université d'Auvergne, 2014, pp. 7-8.

26 N. GRAS, op, cit, n°26 p. 196.

27 F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *defrenois*, 1993, p. 65.

28 Cass. civ. 5 février 1992 n°09-13153, *RTD civ* 1992, p. 763, obs. J. MESTRE.

29 L. Grynbaum, « Le juge et les tensions dans les relations contractuelles », *RDC*, n°1, 2003, p. 290 et s.

30 P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, L.G.D.J, 6 septembre 2013, Paris, p. 458.

exprimée, c'est-à-dire que la clause résolutoire doit être expresse. En outre, elle impose que la demande en résiliation devant être précédée d'une mise en demeure, telle qu'imposée par les dispositions de l'article 133 al. 2 de l'Acte uniforme portant droit commercial général. Telle a été la portée de la décision rendue par la Cour d'appel d'Abidjan (5<sup>e</sup> Ch. Arrêt n°548/2019, du 28 novembre 2019). Dans cette décision elle a affirmé que la formalité de la mise en demeure est obligatoire avant toute action en résiliation du bail. En effet, l'exigence d'une mise en demeure préalable à l'action en résiliation du bail est strictement imposée par les juridictions, sous peine d'irrecevabilité de la demande<sup>31</sup>. Pourtant, lorsque le contrat de bail ne contient pas de clause résolutoire, le juge, plus qu'un tiers, devient partie au contrat, avec beaucoup plus de pouvoirs que dans le premier cas. Concernant la gestion de la défaillance judiciaire, il sied de noter que contracter, ici, c'est prévoir<sup>32</sup>. C'est coucher par écrit, la volonté commune, et tenir cet écrit pour liant. *Scriptat manen* en quelque sorte. Le contrat lorsqu'il est valablement conclu ou formé, lie les parties et fait naître à leurs

égards des obligations réciproques et interdépendantes qu'elles sont tenues de respecter scrupuleusement. A propos, le contrat de bail à usage professionnel fait naître deux obligations fondamentales qui incombent aux parties. Le bailleur est tenu de délivrer les locaux en bon état et le preneur est tenu de payer le loyer de telle sorte que le manquement à cette obligation ouvre entre autres, le droit au bailleur, de demander la résiliation judiciaire du bail.

Ainsi, l'étude portant sur la défaillance des parties dans le contrat de bail à usage professionnel pose-t-elle le problème de savoir comment peut-on mettre fin à un contrat en présence ou en l'absence d'une clause résolutoire ? Autrement dit, quels sont les mécanismes de gestion de la défaillance des parties dans le bail à usage professionnel assorti ou pas d'une clause résolutoire en droit OHADA ?

La défaillance des parties dans l'exécution de leurs obligations<sup>33</sup> en ce qui concerne le bail à usage professionnel est régie, dans l'espace OHADA, par les dispositions de l'article 133 de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

31 TGI Bobo-Dioulasso, n°219 du 21 Juin 2006, AD S.S Siméon c/O.L., *OHADA actualité trimestrielle de droit des affaires*, Paris, juillet 2020, p. 37.

32 L. Thiberge et F. Poulet, « Pouvoir du juge et contrat : la révision du contrat » dans *« contrats de droit privé et contrats de droit*

*administratif : Droit comparé interne* », 1<sup>er</sup> édition L.G.D.J, année 2019, p. 173.

33 P. ANTONMATTEI, « Les clauses du contrat sous haute surveillance », *Liaisons sociales*, novembre 2000, p. 74.

Elles mettent en avant l'autorité judiciaire, incontournable, qui appliquera l'un des deux mécanismes prévus dépendant de la présence ou non d'une clause résolutoire. Lorsque les parties ont prévu une clause résolutoire, le juge est réduit à un rôle de spectateur dans la gestion conventionnelle de la défaillance des parties (I). A défaut de cette précaution, le juge devient un acteur central dans la gestion judiciaire de la défaillance des parties (II).

### **I- L'AFFAIBLISSEMENT DES POUVOIRS DU JUGE DANS LA GESTION CONVENTIONNELLE DE LA DEFAILLANCE DES PARTIES**

Quelles que puissent être les prérogatives du preneur professionnel dans le contrat de bail, l'inexécution de ses obligations peut conduire à une résiliation effective dudit contrat. Par ailleurs, il est possible pour les parties d'un commun accord, dès le départ, de prévoir la fin de la vie du contrat en cas de défaillance de l'une d'elles. Il faut toutefois s'empressement de préciser que la violation des obligations du bailleur donnera souvent lieu à une exécution forcée (violation de l'obligation

d'assurer les grosses réparations donnant lieu à une fixation du montant par la juridiction saisie à cet effet<sup>34</sup>). Tandis que le preneur, dans la pratique, est plus exposé à la résiliation, surtout en raison du non-paiement des loyers. Pour cela, la mise en œuvre de la clause résolutoire est soumise à un certain formalisme. Le juge<sup>35</sup>, face à une prévoyance des parties, ne peut qu'apprécier le respect de cette procédure par le requérant au moyen d'un contrôle formelle (A) avant de constater et de prononcer la résiliation (B) selon les cas.

#### **A) Le pouvoir du juge limité au contrôle**

Du fait de leur source et de leur finalité, le contrat et la décision judiciaire sont deux moyens des relations sociales opposés. « *Le contrat doit sa force à l'engagement personnel des parties intéressées*<sup>36</sup> », tandis que la décision judiciaire la doit à l'autorité du juge, un tiers indépendant des parties intéressées. De ce point de vue, les parties au contrat peuvent, à travers une clause résolutoire, limiter le pouvoir du juge en cas de non-respect des

34 Article 107 de l'AUDCG.

35 Pour lecture approfondie sur le juge et le contrat, lire : L. Aynès, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? rev. Contrats*, n° hors-séries, avril 2016, p. 14.

36 P. Duprat, « la juridiction compétente : incertitudes et certitudes », *cah. Dr. Entre.* 2014, n° 1, dossier 5 ; Lire également : N. Gras, *Essai sur les clauses contractuelles*, thèse 2014, Université d'Auvergne.

obligations contractuelles par l'une d'entre elles.

La clause résolutoire insérée dans un contrat de bail a pour vertu de limiter l'autorité du juge. Elle fait du juge un véritable tiers indépendant des parties intéressées. Ici, c'est la volonté des parties qui prédomine, c'est-à-dire que le contrat redevient véritablement l'expression de la volonté des parties. Néanmoins, il faut noter qu'en dépit de ce fait, il conserve timidement un certain pouvoir de contrôle sur la procédure (1) non dénué de toutes conséquences (2).

### 1- L'étendue du contrôle

Au regard des dispositions de la réglementation du bail à usage professionnel, même en présence d'une clause résolutoire, le juge, tiers désintéressé, doit veiller à ce que le bailleur qui entend invoquer la clause mette préalablement en demeure le locataire commerçant par acte extrajudiciaire qui lui sera, bien entendu, notifié.

La résolution du « *contrat ne s'opère pas de plein droit* 37 », elle doit être prononcée par une décision de justice,

même lorsque le contrat de bail à usage professionnel est assorti d'une clause résolutoire.

Généralement, la cause de résiliation la plus fréquente devant le tribunal est liée à l'inexécution par le débiteur des conditions signalées dans l'article 133 de l'AUDCG dont la première et la plus importante est le non-paiement du loyer.

Le défaut de paiement du loyer est considéré comme une inexécution d'une clause du bail. A ce titre, le bailleur qui entend solliciter de la juridiction compétente, la résiliation du bail et l'expulsion du preneur et de tous les occupants de son chef, doit, au préalable, mettre en demeure son cocontractant d'avoir à respecter les clauses et les conditions du bail<sup>38</sup>.

La mise en demeure a pour objet d'accorder après l'échéance contractuelle un délai supplémentaire au débiteur pour s'exécuter. Elle est considérée, pour une partie de la doctrine, comme une faculté que le bailleur donne au preneur de

37 F. Osman, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrenois* 1993, p. 65.

38 TPI de Bafoussam, jugement civil n°67 du 16/09/2005, affaire Paroisse de la cathédrale

de Bafoussam c/ Ngoupou Samuel, *Ohadata*, J-07-43.

TPI de Douala Ndokoti, ord. N°147/074-05 du 27/01/2005, affaire Société ANFI c/ WEA Marguerite, *Ohadata* J-05-145.

« régulariser sa faute<sup>39</sup> ». Elle peut être également considérée comme une possibilité de se racheter. En d'autres termes, la mise en demeure est perçue en même temps comme une invitation au respect de la parole donnée qu'une possibilité de corriger la faute qui est en train de se commettre. Sur cet aspect, on pourrait tirer la conclusion suivant laquelle l'exigence de mise en demeure posée par l'Acte uniforme dans la réglementation du bail à usage professionnel participe de ce souci. En effet, « à travers elle, le législateur OHADA entend inciter à chaque fois la partie qui reproche à l'autre l'inexécution d'une obligation, à lui accorder un temps supplémentaire pour régulariser la situation et rétablir ainsi la confiance nécessaire à la pérennité<sup>40</sup> » du contrat. Selon toute vraisemblance, la mise en demeure consiste à prévenir le débiteur d'une obligation du danger qui risque de remettre en cause ses relations contractuelles avec son créancier. C'est donc une sorte d'alerte lancée pour prévenir de l'imminence de la commission d'une faute, caractérisée ici par le non-respect d'une obligation contractuelle. On comprend qu'à travers la mise en demeure, le locataire doit pouvoir avoir une chance de

régulariser sa situation afin de protéger son fonds de commerce.

A la lumière de ce qui précède, on peut se demander si tous les manquements du locataire peuvent faire l'objet d'une régularisation ? A la suite de KEM CHEKEM, on peut retenir que « Evidemment, en droit OHADA, ce problème ne vise que les manquements contractuels, les fautes extracontractuelles n'étant pas, concernées ici. Il y a longtemps que la jurisprudence française a tracé une ligne de partage, en distinguant entre les manquements contractuels continus et les manquements contractuels instantanés et irréversibles, les premiers étant seuls susceptibles de régularisation. Il a été ainsi jugé que le retard dans le paiement des loyers, même systématique, est un manquement continu susceptible de régularisation<sup>41</sup>. En revanche, a été considérée comme manquement instantané et irréversible, rendant ainsi inutile la délivrance d'une mise en demeure, la cession irrégulière du droit au bail, qu'il s'agisse d'une cession sans autorisation du

39 B. M. KEM CHEKEM, « La pérennité de la relation contractuelle dans le bail à usage professionnel en droit de l'OHADA », *Penant*, n°907, Avril-Juin 2019, p. 191.

40 B. M. KEM CHEKEM, op, cit, p. 189.

41 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 décembre 1980, *D.* 1981, inf. rap., p. 277.

*bailleur*<sup>42</sup>, ou ne respectant pas le formalisme requis<sup>43</sup> ».

Même si la mise en demeure devient de plus en plus comme un outil de protection du locataire ou du bailleur, selon les cas, elle doit toujours être notifiée à l'intéressé.

Dans le souci d'éviter une application brutale de cette clause de résiliation de plein droit, la mise en demeure est adressée au preneur, pour l'inviter à s'acquitter de ses obligations est valable pour une période d'un mois. Et ce n'est qu'en cas d'échec de cet avertissement que la résiliation du contrat prend véritablement corps. Evidemment, si la mise en demeure ne respecte pas cette condition prévue par l'article 113 de l'AUDCG, et n'informe le preneur qu'à défaut de paiement ou de respecter des clauses et conditions du bail dans un délai d'un mois, « la résiliation sera poursuivie », elle est nulle<sup>44</sup>. A noter que la reproduction des dispositions de l'article

133 dans la mise en demeure suppléent largement la mention considérée<sup>45</sup>.

Cependant, deux interrogations peuvent résulter sur les modalités de cette mise en demeure : quelle est la personne habilitée à l'effectuer et quelle est celle qui doit la recevoir ?

En principe, la notification d'un acte peut s'effectuer de deux manières : par voie d'huissier de justice, d'où signification, ou par voie postale et consiste en la remise directe au destinataire contre récépissé. Parmi les deux, la signification est la plus sûre et la plus usuelle même quand les textes prévoient un autre mode<sup>46</sup>. Le législateur OHADA en imposant cette mise en demeure par "acte extrajudiciaire" a opté pour la formalité de la signification et a pris clairement « le parti d'insuffler un certain formalisme la notification de la mise en demeure en matière d'expulsion et de résiliation du bail pour non-paiement de loyer ou inexécution d'une clause<sup>47</sup> ». La

<sup>42</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 juin 1975, Rev. Loyers 1975, p. 432.

<sup>43</sup> CA Paris, 3 juillet 2008, n°07/04005, *JurisData*, n°2008-367043.

<sup>44</sup> TGI de la Ménoua à Dschang, jugement n°28/civ. du 10/03/2003, affaire Amicale des anciens combattants, anciens militaires et victimes de guerre de la Menoua c/ Zébaze Pierre, *Ohadata* J-05-111.

TGI de Nkongsamba, jugement n°04/civ. du 21/11/2001, affaire Mbatchou Amboise c/ Benyomo Paulin Désiré, *Ohadata* J-03-159.

<sup>45</sup> CCJA, Arrêt n° 060/2012 du 07 juin 2012, *Aff. Société Camerounaise de Divertissements et de Commerce (SOCADIC) contre KADJI DEFOSSO Joseph*, *Juridata* N° J060-06/2012).

<sup>46</sup> J. Héron par th. *Le Bars, Droit judiciaire privé, Monchrestien, coll. Domat, Droit privé, 3e éd., 2006, n°158, p. 130.*

<sup>47</sup> A. KENMOGNE SIMO, *Obs. sous CCJA, arrêt n° 006/2003 du 24 avril 2003, affaire Fatoumata c/ Kinda Augustin Joseph*, in *GDCCJA de l'OHADA, sous-direction de P. G. POUGOUE et S. S. KUATE TAMEGHE, p. 95.*

procédure relative à la signification de la mise en demeure préalable est régulière dès lors que l'huissier instrumentaire a agi conformément aux exigences du droit interne<sup>48</sup>.

Le destinataire de la notification est la partie défaillante, en l'occurrence le preneur ou l'un de ses proches. L'article 133 de l'Acte uniforme ci-dessus énoncé ne comporte pas de nullités relatives à la capacité des personnes qui relève du droit national applicable dans l'Etat Partie de l'OHADA dans lequel la procédure est suivie. Est donc régulier l'exploit de mise en demeure d'un mineur fait conformément aux prescriptions de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général et de surcroît conjointement avec des cohéritiers majeurs et présumés capables, eu égard au caractère purement conservatoire d'un tel acte<sup>49</sup>. Par conséquent, elle peut intervenir en tous lieux : à résidence, en cours de route, au lieu de service. Cependant, dans le souci de prendre en compte les intérêts du demandeur contre les attitudes parfois négatives du défendeur susceptible de

refuser de collaborer au procès, il a été prévu la latitude de procéder à une assignation à domicile.

En ce qui concerne le délai, le législateur OHADA a suivi les pas du législateur français. Car le délai d'un mois est aussi observé en France. Il existe par ailleurs un assouplissement. En effet, nonobstant l'expiration avec échec du délai d'un mois, tant que la résiliation n'a pas été constatée et prononcée par une décision judiciaire devenue définitive, il est permis au locataire de saisir le juge des référés aux fins d'obtenir un délai de grâce dans la limite d'une période de deux ans. Le juge dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation souveraine<sup>50</sup> ; les effets de la clause résolutoire étant suspendus s'il donne un délai. Tandis qu'en droit OHADA, en l'absence de dispositions expresses sur la question, les juges de référés se déclarent purement et simplement incompétents en matière de résiliation du bail<sup>51</sup>. Situation regrettable mais relativisée par l'alinéa 2 de l'article 133 faisant substituer la résiliation dans les hypothèses visées d'une décision de

<sup>48</sup> CCJA, Arrêt n° 006/2003 du 24 avril 2003, *Aff. BICICI c/ D.M. et BDM et fils*, JURIDATA

N° J006-04/2003

<sup>49</sup> CCJA, Arrêt n° 089/2012 du 4 décembre 2012, *Aff. Monsieur YAO Serge Na et 06 autres contre Monsieur KLA Guiraud Clark*, *Juridata*, n° J089-12/2012.

<sup>50</sup> Civ. 3e 27 octobre 1993, *Bull. Civ.* no 128, p. 84.

<sup>51</sup> TPI de Bafoussam, ord. de référé, n°65 du 30/04/2004, affaire Fonko Jean c/ Notou Eric, *Ohadata* J-05-06. CA Abidjan, arrêt n°472 et 474 du 06/04/2004, affaire M. Fatī Adelawi Adelavi Giva c/ M. Tabiam Amadou, *Ohadata* J-05-06 ; J. A. BALOUAM BOUYOM, Observations sous 1ere espèce, CCJA, avis n°001/2003/EP, 4 juin 2003 et 2e espèce CCJA, arrêt n°011/2004 du 26 février 2004, affaire Rafiu OYEWERI c/ Tony ANTHONY, in GDCCJA, p. 104 et s.

justice. Et d'ailleurs, il est possible d'obtenir une exécution provisoire<sup>52</sup>. Aussi, dès lors que le défaut de paiement des loyers par le locataire a excédé le délai de 30 jours que lui impartissait la mise en demeure, l'assignation en résiliation du bail ne contrarie en rien ce délai<sup>53</sup>.

## 2- Les conséquences du contrôle

L'insertion de la clause résolutoire de plein droit dans le contrat de bail à usage professionnel peut être de nature à révéler l'absence de contestations sérieuses et justifier par la même occasion l'intervention du juge des référés. En cas d'insertion d'une clause de résiliation de plein droit dans le bail professionnel, la constatation de la résiliation du contrat, ne se heurte à aucune contestation sérieuse, au sens de l'article 247 du Code de procédure civile. En effet, au moment où le juge est saisi, la clause résolutoire, par hypothèse, a déjà produit son effet extinctif sur le contrat.

D'une part, la juridiction des référés a l'obligation de vérifier l'existence d'une clause de résiliation de plein droit dans le contrat, étant entendu qu'une simple clause résolutoire ne suffit pas. En outre, le juge a

l'obligation de constater que le débiteur avait reçu notification de sa défaillance, conformément à l'article 106 du Code des obligations civiles et commerciales français.

D'autre part, le juge des référés se doit de constater la défaillance de l'une des parties à ses obligations contractuelles. Toute contestation sérieuse sur la réalité de cette défaillance était de nature, du moins d'après la jurisprudence, à entamer la compétence de la juridiction des référés.

La possibilité donnée aux parties d'insérer dans le bail une clause résolutoire de plein droit constitue une innovation majeure du droit communautaire.

Cependant, l'absence de contestations sérieuses résultant de l'insertion d'une clause résolutoire de plein droit dans le contrat de bail, ne saurait donner compétence au juge des référés pour constater la résiliation du bail. Cette situation conforte plutôt son pouvoir de constater la résiliation du bail professionnel.

L'existence de contestations sérieuses aurait simplement pour effet de priver le juge des référés de son pouvoir de constater ou même de prononcer la résiliation du bail.

<sup>52</sup> Tribunal régional hors classe de Dakar, ord. de référé n°1575 du 06/10/2003, affaire Jacques Louis Siène Faye c/ Mme Lucette Bruce, Ohadata J-04-260.

<sup>53</sup> Aussi, CCJA, Arrêt n° 062/2008 du 30 décembre 2008, Aff. Monsieur NEIL RUBIN C/ ATLAS ASSURANCES S.A, JURIDATA N° J062-12/2008.

Rappelons qu'il incombe à la juridiction nationale, saisie d'une demande de résiliation du bail commercial, de rechercher dans les règles du droit interne, si elle est compétente *ratione materiae* pour connaître de ladite demande<sup>54</sup>. En dehors des contestations relatives à la fixation du prix du loyer du bail révisé ou renouvelé qui sont de la compétence du juge des référés, toutes les autres contestations sont de la compétence du tribunal ou de la section de tribunal du lieu de la situation de l'immeuble. Il se pose le problème, selon la nature de la décision à prendre, de la compétence juridictionnelle entre tribunaux d'une part et entre tribunal et juge des référés d'autre part. Au Mali, par exemple, le tribunal compétent en matière de bail commercial est le tribunal de commerce. C'est ce que confirme l'article 109 du code de commerce en déclarant « ...Le tribunal habilité à statuer commercialement est saisi par la partie la plus diligente. ». Ainsi lorsque le tribunal de commerce est inexistant dans une localité, le tribunal civil de droit commun siège commercialement. S'agissant de la compétence entre tribunal de commerce dans sa composition classique et le juge du siège (président ou non)

prenant seul des décisions (ordonnances) ce sont les dispositions du droit national qui s'appliquent selon les matières objet du litige<sup>55</sup>.

En tout état de cause, en faisant référence à la « *juridiction compétente* » statuant à bref délai, le nouvel article 133 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général postule toujours un renvoi aux droits internes des Etats Parties pour identifier le juge compétent en matière de résiliation du bail professionnel.

La jurisprudence communautaire de la CCJA qui s'était dégagée par rapport à l'ancien article 101 de l'Acte uniforme, a encore vocation à s'appliquer au nouveau cadre juridique prévu.

Sous ce rapport, du moins sur le plan de la compétence juridictionnelle, le nouvel Acte uniforme n'a apporté aucune innovation majeure.

En droit sénégalais de la compétence juridictionnelle, le tribunal départemental, jouissant d'une compétence dérogatoire, ne peut connaître que des instances relatives au bail à usage d'habitation, à l'exclusion des baux commerciaux. L'article 7 du décret n°

<sup>54</sup> CCJA, Arrêt n° 011/2004 du 26 février 2004, Aff. Rafiu Oyewemi c/ Tony Anthony, *Juridata* n° J011-02/2004.

<sup>55</sup> CCJA, Avis n° 1/2003/EP du 04 juin 2003, *Juridata* n° J1-06/2003 ; 54 Avis n° 01/2003/EP du 4 juin 2003 de la CCJA à la demande

d'un juge sénégalais : « Il incombe à la juridiction nationale saisie d'une demande de résiliation du bail commercial de rechercher dans les règles du droit interne de son Etat si elle est compétente *ratione materiae* pour connaître de ladite demande... » note Joseph Djoghenan.

84-1194 du 22 octobre 1984 fixant la composition et la compétence des Cour d'appel, des tribunaux régionaux et des tribunaux départementaux, ne donne compétence au tribunal départemental que pour statuer sur les actions relatives au contrat de louage d'immeuble à usage d'habitation. Lorsque le taux de loyer est inférieur ou égal à 25.000 francs par mois, le tribunal départemental statue en dernier ressort. Mais, il statue à charge d'appel lorsque le taux du loyer mensuel excède cette somme sans dépasser la valeur de 50.000 francs par mois.

L'article 133 de l'Acte uniforme portant droit commercial général habilite le juge des référés à constater la résiliation du bail à usage professionnel dans lequel est insérée une clause résolutoire de plein droit. Cette stipulation était une pratique fréquente dans les baux commerciaux. Mais, l'admission expresse du jeu de la clause résolutoire de plein droit est une innovation majeure de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010. Aux termes des dispositions de l'article 133 alinéa 4 du nouvel Acte uniforme : « le contrat de bail peut prévoir une clause résolutoire de plein droit ».

## **B) Le pouvoir du juge cantonné au constat de la résiliation**

La mise en œuvre de la clause résolutoire dans le contrat de bail s'inscrit dans la logique de la liberté contractuelle. Compte tenu de son caractère et de son objet, l'enclenchement de cette clause est la solution à un problème éventuel envisagé préalablement par les parties. Dès lors, le juge, après s'être rassuré du respect de la procédure, ne fera que constater sa résiliation et prononcer **(1)** même si la pratique révèle qu'il peut décider de suspendre la clause résolutoire **(2)** à travers certains mécanismes de protection du preneur.

### **1- Un pouvoir justifié par la présence d'une clause résolutoire**

Au sens large, le terme de clause résolutoire désigne toute disposition particulière d'un contrat ayant pour effet d'en permettre la résolution. Cette résolution est donc la conséquence d'un manquement à une obligation jugée fondamentale par les parties.

En effet, dans un souci de sécurité juridique, rares sont les contractants qui ne souhaitent pas exercer leur emprise tout au long de la vie du contrat. Ainsi, la clause résolutoire, instaurant dès la formation du contrat les modalités de sa fin, permet aux contractants « *d'influencer la position du*

*juge dans les diverses étapes de son raisonnement 56».*

L'insertion d'une clause résolutoire dans un contrat de bail à usage professionnel a deux avantages essentiels, tantôt elle justifie l'intervention du juge dans la résolution des litiges, tantôt elle limite l'office du juge. Cette ambivalence de la nature juridique de la clause résolutoire nous rappelle que la liberté contractuelle est le noyau dur du droit des contrats.

Malgré les pouvoirs dont il dispose pour exercer son office, les prérogatives du juge peuvent parfois être limitées par la seule volonté des contractants à travers une clause résolutoire.

En présence d'une clause résolutoire, le juge ne dispose que d'un pouvoir limité, c'est-à-dire que son pouvoir ne consiste qu'à faire un constat. Une fois saisie aux fins de résiliation, il doit constater la résiliation et la prononcer<sup>57</sup>.

Ainsi, justifie pleinement sa décision le Tribunal qui, après avoir constaté que le locataire ne payait plus le loyer faute par lui d'avoir produit les

quittances y afférentes sous un prétexte fallacieux de sommes qui lui seraient dues par son bailleur, a prononcé la résiliation du bail, ordonné son expulsion et l'a condamné à payer les arriérés de loyers, à la suite d'une mise en demeure conforme aux prescriptions de l'article 133 de l'Acte uniforme.

Par conséquent, encourt cassation, la décision de la juridiction qui ne prononce pas la résiliation du bail, après avoir reconnu que le preneur s'est délibérément soustrait de ses obligations en n'honorant pas ses loyers dont il conditionne le règlement à la révision du bail effectué par courrier et non par acte extrajudiciaire alors que le bailleur a respecté la procédure de résiliation en servant un commandement de payer reproduisant l'article 133 dans un délai d'un mois préalablement à l'assignation en résiliation<sup>58</sup>.

C'est ainsi qu'en présence d'une clause résolutoire, le juge ne dispose pas de beaucoup de marge de manœuvres. Son pouvoir ne consiste qu'à faire un constat. Cette situation est perçue par certains auteurs comme une simple compensation, un « équilibre » entre le rôle du juge et

<sup>56</sup> Lire à propos, Nicolas GRAS, Essai sur les clauses contractuelles, op, cit, p. 166.

<sup>57</sup> CCJA, Arrêt n° 089/2012 du 4 décembre 2012, Aff. Monsieur YAO Serge Na et 06 autres contre Monsieur KLA Guiraud Clark, *Juridata* n° J089-12/2012.

<sup>58</sup> CCJA, Arrêt n° 005/2012 du 02 février 2012, Aff. Société Civile Immobilière Lumière (SCI Lumière) contre Société Inter Progress Marketing dite IPM, *Juridata* n° J005-02/2012.

celui des parties, tandis que d'autres, dont M.J. MIGUET, considèrent qu'« *on ne compense pas le déséquilibre au profit du juge puisque les conditions d'application des pouvoirs du juge et celles du pouvoir des parties sont différentes, on introduit simplement un deuxième déséquilibre dans certains cas, au profit cette fois-ci des parties* 59». Il ressort de ce qui précède qu'entre rééquilibre et déséquilibre, ce droit accordé aux parties leur confère un pouvoir de décision mais reste limité aux règles intéressant l'ordre public de protection.

Toutefois, il est important de remarquer que la jurisprudence accepte certaines thèses qui consacrent l'importance de la clause résolutoire.

## **2- Un pouvoir restauré par la possibilité de suspension des effets de la clause résolutoire**

Il est possible, dans le cadre d'une procédure de résiliation enclenchée que la juridiction compétente accorde ce qu'on appelle en droit le « délai de grâce ». L'article 39 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution nous en donne les détails. « ...*Compte tenu de la*

*situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiales reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année... ».* Lorsque le débiteur est de bonne foi et qu'il en fasse la demande, le juge ou le tribunal pourra lui accorder un report global sur douze mois ou un paiement fragmentaire sur délais régulier à concurrence des douze mois.

La protection du fonds professionnel paraît si nécessaire que la réglementation d'un bail commercial dans l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général reçoit des concours d'autres textes. Il faut signaler que la grâce est une mesure favorable que le président ou le tribunal peut accorder à n'importe quel débiteur quel que soit l'objet de la dette. C'est pourquoi on parle de concours indirect. C'est une mesure légale dont le bénéfice par le preneur défaillant vient ajouter à la protection du fonds professionnel.

Hors-mis ce cas, il existe un autre qui résulte du droit des entreprises en difficultés. Lorsque l'entreprise individuelle ou collective tombe en cessation de paiement ou doit être liquidée, la précaution la mieux indiquée pour le bailleur est de résilier immédiatement le

---

59 Lire, N. GRAS, op, cit, p. 184.

contrat de bail parce qu'il est évident que le débiteur ne pourra plus honorer ses engagements relativement au paiement du loyer.

Cependant les articles 97 et 98 de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Collectives d'apurement du passif prônent le maintien du contrat de bail malgré l'ouverture de la procédure collective de redressement judiciaire ou de la liquidation de bien<sup>60</sup>. Ces dispositions du droit OHADA reflètent celles plus anciennes de la loi française du 12 février 1872<sup>61</sup> qui a réduit les droits du bailleur en cas de redressement judiciaire ou de liquidation de biens d'un commerçant tombé en difficultés plus ou moins graves.

Il importe de savoir que ni le redressement judiciaire, ni la liquidation des biens ne peut entraîner la rupture du bail commercial de plein droit. Cela est très conséquent dans la mesure où ces deux situations nécessitent une relative stabilité du fonds professionnel pour soit conduire les mesures salutaires soit mener les opérations de liquidation, ce qui serait impossible ou extrêmement difficile si le contrat devait se rompre. Donc en définitive la situation du bailleur s'aggrave davantage d'abord avant de s'améliorer et de se

normaliser par la suite. C'est là une mesure fondamentale que même la perspicacité du bailleur ne peut écarter au moment de la conclusion du contrat sous peine de nullité.

En termes d'amélioration de la situation du preneur professionnel il peut être fait la proposition d'ajustement sur ce point précis (article 97 et 98 AUGPCAP) relativement aux situations immédiatement précédentes dans lesquelles le locataire se retrouve avant.

En effet, cet Acte uniforme prévoit le règlement préventif et l'alerte. A ces phases déjà le locataire peut éprouver quelques difficultés à payer les loyers. Il aurait été prévenant que le droit OHADA crée expressément un lien entre contrat de bail, alerte et règlement préventif car, semble-t-il beaucoup de baux commerciaux y laissent « *la vie* » avant que l'état de redressement ou de liquidation ne soit constaté.

En cas de résiliation survenue à la suite de la défaillance du preneur, le juge peut le condamner au paiement des arriérés qu'il ne conteste pas en plus d'ordonner son expulsion.

Mais, le bailleur qui réclame un montant en principal et des frais sans

60 F. M. SAWADOGO, *Droit des Entreprises en difficulté*, Etablissements Emile Bruyant SA. Bruxelles, 2002, p. 185 et s.

61 Les dispositions de cette loi sont prises en compte dans l'article L621-21 du code de commerce français.

justifier ces derniers ne peut en obtenir paiement. Il peut, à l'inverse, obtenir des dommages-intérêts dès lors que le non-paiement des loyers l'a privé de la jouissance des fruits de son immeuble et lui a causé des préjudices moraux et matériel. Le preneur qui n'a pas payé ses arriérés de loyers ne peut en plus réclamer des dommages-intérêts qu'il ne prouve d'ailleurs pas<sup>62</sup>.

Par ailleurs, si les paiements effectués au Greffe du tribunal à la suite d'une ordonnance de consignation des loyers libèrent le débiteur à l'égard de son créancier, encore faudrait-il que ces paiements interviennent dans les délais contractuels. Dès lors que le paiement d'un loyer en retard est intervenu après le délai d'échéance de la mise en demeure du bailleur, il ne peut être fait obstacle à la résiliation du bail et à l'expulsion du preneur<sup>63</sup>.

Ne faut-il pas noter que les conditions relatives à la résiliation judiciaire du bail sont inapplicables en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique du site donné à bail<sup>64</sup>.

Qu'arriverait-il alors lorsque les parties n'ont pas prévu une clause résolutoire dans le bail ? La pratique nous renseignera que l'une des parties tend souvent à perdre sa volonté de poursuivre la relation contractuelle. Dans ce cas, elle va immédiatement ou lentement rechercher un moyen de s'en libérer. Sous réserve d'une clause d'attribution de compétence à un mode alternatif au procès, quelle autre voie lui paraîtra plus efficace que la voie judiciaire ?

En l'absence d'insertion d'une clause résolutoire de plein droit dans le contrat de bail professionnel, le pouvoir de prononcer la résiliation incombe en principe à la juridiction du fond. En effet, dans ce cas la rupture du contrat de bail peut se heurter à des contestations sérieuses, surtout lorsque la partie assignée oppose au demandeur des moyens de défense sérieux. Il en est ainsi lorsque le preneur actionné en justice produit aux débats des quittances attestant du paiement des loyers réclamés.

Mais, en l'absence d'insertion d'une clause résolutoire de plein droit dans le contrat de bail, la juridiction des référés

---

<sup>62</sup> Jugement, HEVOR Mensah c/ l'Etablissement scolaire LE CADRE. Tribunal de Première Instance de Lomé Jugement du 09/07/2010).

<sup>63</sup> CA de Commerce d'Abidjan, Arrêt confirmatif du 17 décembre 2020, RG N° 492/ 2020,

Mademoiselle K. D. J, C/ Monsieur E. N. K, IDEF-OHADA-21-016.

<sup>64</sup> CCJA, Arrêt n° 040/2010 du 10 juin 2010, Aff. Monsieur Kabin KABA et 5 Autres C/Agence judiciaire de l'Etat de Guinée, EL Hadj Thierno Aliou NIANE et Monsieur Abdoulaye KABA, JURIDATA N° J040-06/2010.

pourrait-il avoir le pouvoir de prononcer la résiliation du bail professionnel ? Le juge des référés dispose-t-il encore d'un pouvoir de prononcer la résiliation d'un bail professionnel lorsque les parties n'ont pas prévu dans le contrat une clause résolutoire ?

### **LE RENFORCEMENT DU POUVOIR DU JUGE DANS LA GESTION JUDICIAIRE DE LA DEFAILLANCE DES PARTIES**

L'efficacité de la procédure de résiliation du bail professionnel constitue un enjeu majeur pour la sécurité des activités commerciales dans l'espace de l'OHADA. Comme susmentionné, la gestion de la défaillance des parties dans le bail à usage professionnel dans le cadre de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires peut être conventionnelle ou judiciaire. S'agissant de cette dernière, l'interventionnisme du juge est de rigueur. Immixtion ou intervention justifiée par la nécessité, toujours est-il qu'ici, le juge ne se contente pas de constater la résiliation prévue par une clause expresse. Une fois saisie par le requérant, il détient d'un véritable pouvoir d'appréciation susceptible de mettre fin à la relation des parties. Néanmoins, le mécanisme judiciaire débutera par l'action en justice qui dès l'ouverture renforcera le pouvoir

d'appréciation du juge (A) susceptible d'engendrer plusieurs conséquences (B).

#### **A) Le pouvoir de contrôle justifié par des cas d'inexécution**

Il faut convenir que dès la survenance des difficultés, toute entente entre parties devient hypothétique et donc la convivialité cède le pas à « l'hostilité » pour la gestion de laquelle la saisine du tribunal devient nécessaire. Cette possibilité n'est envisageable que s'il existe une inexécution d'une gravité suffisante (1), prouvée (2) et préjudiciable.

##### **1- Une inexécution d'une gravité suffisante**

Généralement, la cause de résiliation la plus fréquente évoquée devant le tribunal est liée à l'inexécution par le débiteur des conditions signalées dans l'article 133 de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général dont la première et la plus importante est le non-paiement du loyer. Le paiement du loyer relève du droit commun. La date d'exigibilité est librement déterminée par les parties. À défaut de paiement, le bailleur peut obtenir la résiliation judiciaire du bail (ou refuser son renouvellement), suivant les règles ordinaires. De même, peut jouer, si le bailleur l'invoque, une clause résolutoire expresse convenue dans le bail, à moins que le preneur n'obtienne des délais de grâce qui

peuvent aller jusqu'à trois ans dans les baux d'habitation<sup>65</sup>. En droit commun, c'est deux ans<sup>66</sup>. Dans les baux d'habitation, ils peuvent aller jusqu'à trois ans. Le bailleur n'est pas tenu de la faire jouer immédiatement<sup>1</sup>. La clause ne doit pas être invoquée de mauvaise foi<sup>67</sup>.

Le preneur, quant à lui, dispose des actions contractuelles ordinaires afin de contraindre le bailleur à exécuter son obligation, ou tirer les conséquences d'une abstention : action en exécution forcée, en responsabilité contractuelle ou en résiliation pour inexécution (art. 1224 et s., ancien art. 1184<sup>68</sup>, al. 1 du Code civil français)<sup>69</sup>. Il peut procéder lui-même, aux frais du bailleur, à ces réparations, mais celui-ci

devra avoir été vainement mis en demeure<sup>70</sup> ; il peut aussi obtenir cette autorisation en référé en cas d'urgence<sup>71</sup> ; certaines décisions admettaient déjà que le preneur puisse se dispenser d'autorisation, si les circonstances l'exigent (ex. important dégât des eaux) et faire réparer immédiatement<sup>72</sup>. Il peut alors compenser la créance qu'il a contre le bailleur avec les loyers. Le nouvel article 1222 du même code, qui se substitue à l'article 1144 et permet au créancier de faire exécuter l'obligation par un tiers, sans qu'il soit désormais nécessaire d'avoir l'accord du juge, sera d'une utilité certaine.

Une question demeure néanmoins, le preneur peut-il invoquer *l'exceptio non*

<sup>65</sup> Loi du 24 mars 2014 modifiant l'art. L. 412-4, C. proc. civ. (en France).

<sup>66</sup> Article 1343-5, ancien art. 1244-1 du Code civil français.

<sup>67</sup> Ex. classique : notification d'un commandement de payer pendant les vacances estivales ;

<sup>68</sup> Droit des obligations, coll. Droit civil. La Cour de cassation a admis que la clause était également privée d'effets lorsque le bailleur l'avait invoquée pour mettre fin à la concurrence de son locataire : Cass. civ. 3e, 10 novembre 2010, n° 09-15937, *Bull. civ. III*, no 199 ; Defrénois 2011.486, n. crit. L. Ruet.

<sup>69</sup> A noter que le Code civil en vigueur en République du Congo est celui de la version antérieure à la réforme de 2016 en France ; La disposition applicable est donc l'ancienne.

<sup>70</sup> Encore faut-il qu'il se montre diligent et avertisse le bailleur en temps utile : Cass. civ. 3e, 9 février 2005, *Bull. civ. III*, no 32 ; Defrénois 2005.1835, n. L. Ruet (partage des frais de remise en

état, le preneur a attendu huit années avant de donner l'alerte).

<sup>71</sup> Cass. civ. 3e, 23 mai 2013, no 11-29011, *Bull. civ. III* no 59 : si le preneur a fait exécuter lui-même les travaux sans mise en demeure ni autorisation judiciaire et alors qu'il n'y a pas urgence, le bailleur n'a pas à le rembourser.

<sup>72</sup> Jurisprudence constante ; en dernier lieu, Cass. civ. 3e, 11 janvier 2006, *Bull. civ. III*, no 9 ; *JCP G* 2006.I.123, no 13, obs. P. Grosser ; *D.* 2006.1406, obs. Gw. Lardeux : « en l'absence de mise en demeure adressée à la bailleuse d'avoir à effectuer les travaux et de décisions de justice autorisant la preneuse à les faire exécuter, la SCI (la bailleuse) n'était pas tenue d'en supporter la charge ».

<sup>73</sup> Cass. civ., 19 juillet 1950, *Gaz. Pal.* 1950.II.325 ; *RTD civ.* 1951.88, obs. J. Carbonnier ; comp. Cass. soc., 5 juin 1953, *D.* 1953.601, qui refuse le remboursement. V. J. CARBONNIER, *RTD civ.*

1953. 710. V. E. DEBILY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, th. Poitiers 2002, nos 339 et s.

*adimpleti contractus* et refuser de payer son loyer tant que les réparations ne sont pas effectuées ? La question a donné lieu à une jurisprudence abondante. Tout dépend de l'importance du trouble causé au locataire : s'il est minime ou insuffisamment caractérisé et si celui-ci continue à jouir de la chose, il invoque l'exception de mauvaise foi, car l'obligation essentielle du bailleur a été exécutée ; au contraire, si la jouissance du preneur devient impossible ou très difficile, par suite du défaut de réparations, l'exception peut être invoquée<sup>73</sup>. L'exception d'inexécution est désormais consacrée aux nouveaux articles 1219 et 1220, avec un contrôle de proportionnalité. À l'inverse, le bailleur peut toujours refuser d'exécuter les réparations si le locataire ne paie pas, car celui-ci n'exécute pas, alors, son obligation essentielle. L'apparente inégalité entre le bailleur et le preneur tient au fait que le preneur jouit ou non de la chose louée.

Comme mentionné supra, le bailleur est fondé dans son action dès lors que le non-paiement des loyers l'a privé de la jouissance des fruits de son immeuble et lui a causé des préjudices moraux et matériel.

Par ailleurs, La garantie des troubles de droit est due par le bailleur, à condition

qu'il ait été informé ou appelé en garantie par le preneur. Et que l'attention du preneur n'ait pas été attirée sur les risques d'éviction. Suivant l'importance de l'éviction – partielle ou totale –, le bail sera résilié ou subsistera pour partie, avec une diminution correspondante du loyer. Les applications de cette obligation sont variées, comme le sont les baux eux-mêmes. L'atteinte à la jouissance du preneur, engageant la responsabilité du bailleur, peut être matérielle : le bailleur ne peut en principe imposer au preneur de souffrir des travaux, sauf lorsqu'il s'agit de réparations urgentes ou de travaux d'amélioration. N'étant pas forcément d'ordre impératif, les parties peuvent dispenser le bailleur d'indemniser le locataire pour les nuisances causées, à condition cependant que celles-ci ne soient pas excessives. Il ne peut changer la forme de la chose louée, sous la même réserve, qu'il s'agisse d'un changement matériel ou de destination. Plus subtilement, ce changement peut être immatériel et porter atteinte à l'exploitation par le preneur dans les lieux loués d'une clientèle. Tous ces cas sont susceptibles de remplir cette condition.

<sup>73</sup> Cass. civ., 26 novembre 1951, *Gaz. Pal.* 1952.I.72 ; *RTD civ.* 1952.241, obs. J. Carbonnier.

## 2- Une inexécution prouvée

Aux termes de l'article 103 de l'AUDCG, est réputé bail à usage professionnel toute convention, « écrite ou non », entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris, et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle. Nous pouvons clairement remarquer que l'accord entre bailleur et locataire n'est soumis à aucune forme particulière, le bail n'étant pas nécessairement constaté par écrit, même s'il l'est le plus souvent en matière immobilière. Par conséquent, en l'absence d'un écrit, la preuve de l'inexécution d'une obligation découlant d'un tel contrat ne sera pas aisée. S'il s'agit alors d'un bail verbal, dont la preuve relève de l'article 1715, alinéa 1, du code civil français positivement (en cas d'absence d'exécution) et a contrario (en cas d'exécution). Positivement, si le bail n'a reçu aucune exécution, les règles de preuve sont plus rigoureuses qu'en droit commun ; la preuve par témoins est impossible<sup>74</sup>, quelle que

soit la valeur du bail, même en cas d'impossibilité de préconstituer un écrit, et même en cas de commencement de preuve par écrit ; à défaut d'écrit, seul le serment déféré à celui qui nie le bail peut prouver celui-ci ; ou l'aveu, preuve suprême. Ces règles ne valent qu'entre les parties : les tiers peuvent établir un bail par tous les moyens. Cette sévérité s'explique par une politique juridique illusoire : éviter la multiplication des procès et les difficultés tenant à l'enquête et à la preuve testimoniale. Les faits ont déjoué ces prévisions.

Le bailleur doit également réparer les dommages que cause au preneur la chose louée, par suite du défaut d'entretien. Il n'est responsable que si sa faute est prouvée ou que si la chose louée comportait un vice.

### **B) Les conséquences de la plénitude du pouvoir du juge**

Le jugement portant résiliation du contrat de bail à usage professionnel prononcé par le juge de fond aura pour conséquence de mettre fin à la vie du contrat **(1)** et de déterminer le sort des autres contrats **(2)**.

---

<sup>74</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des contrats spéciaux*, 8<sup>e</sup> édition, LGDJ, Lextenso, 2016, p. 418.

## 1- La fin du contrat

Une fois saisie, au vu des éléments présentés par les parties, « il échet donc de prononcer la résiliation du bail, d'ordonner l'expulsion du prévenu tant de sa personne, de ses biens que de tout occupant de son chef ».

Mais, puisque la résiliation étant la mise à néant d'un contrat à exécution successive en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, à la différence de la résolution n'opère que pour l'avenir<sup>75</sup>. Ce qui sous-entend que les effets produits antérieurement au prononcé du jugement demeurent. D'où, le juge peut condamner le preneur à payer au bailleur les arriérés de loyers<sup>76</sup>. Les autres conditions sont déterminées par la loi (réparation, entretien) soient fixées par les parties (contributions, diverses clauses).

Ensuite, il existe une troisième étape qui n'est pas d'application générale à tous les professionnels. Si le bail porte sur le fonds de commerce alors que le bailleur tient à sa résiliation, il devra se soumettre au respect d'une nouvelle obligation inscrite à l'alinéa 4 de l'article 133. Il s'agit de celle d'informer les autres créanciers inscrits du commerçant défaillant. Ce sont les

commerçants dont les créances sont garanties dans le respect des formes.

Par contre, le juge saisi d'une demande aux fins de résiliation n'est pas tenu stricto sensu de résilier le contrat. Car, son pouvoir d'appréciation restauré, dans la résolution judiciaire l'obligera d'apprécier la demande de la partie requérante aux vues des éléments de faits soumis à son appréciation. De ce fait, si ces éléments sont suffisants, il prononcera la résiliation ainsi qu'indiqué supra. A contrario, il devra rejeter la demande et donc protéger le bail de la tentation de résiliation.

## 2- Le sort des autres contrats

En dehors du contrat de bail, la relation contractuelle entre les parties au contrat pourrait être nourrie par d'autres types de contrats. Ici, la question qui se pose est celle de savoir si la résolution du bail peut avoir des effets sur les autres contrats qui existent entre les mêmes personnes ?

En principe, il est acquis que la résolution du contrat n'affecte pas les conventions qui ont été conclues par ailleurs entre les parties. Même lorsqu'ils unissent les mêmes personnes, les contrats sont normalement indépendants.

<sup>75</sup> H.A. BITSAMANA, *Dictionnaire de droit OHADA*, Pointe-Noire, le 29 Mai 2003, p. 185.

<sup>76</sup> Tribunal régional hors classe de Dakar (Sénégal) jugement N° 78 du 16 oct. 2001, Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005.

Mais lorsque l'exécution du contrat résolu était nécessaire à la réalisation d'une même opération et qu'elle était une condition déterminante du consentement d'une partie, les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette résolution peuvent être considérés comme caducs<sup>77</sup> en application de l'article 1186 du code civil.

En effet, les situations de caducités contractuelles peuvent provenir des causes très diverses. L'état de caducité peut résulter de la défaillance d'un événement que les parties avaient érigé en condition suspensive. Ou encore de l'absence de levée d'option par le bénéficiaire d'une promesse. Selon toute vraisemblance, la caducité peut aussi tenir au décès de l'un des contractants ou encore à l'anéantissement d'un contrat en contemplation duquel un autre aura été conclu.

Toutes ces hypothèses permettent de se convaincre que la caducité n'est pas liée à l'invalidité et que dans bien des cas, et même le plus souvent, elle tient à des circonstances étrangères. En ce sens, elle se démarque de la nullité qui n'existe, quant à elle, que par rapport à l'invalidité. Mais, si la caducité n'est pas par nature une sanction

de l'invalidité, on ne saurait nier qu'en certaines circonstances, qu'elle puisse être appelée à jouer comme telle.

En réalité, il faut retenir que la résolution du contrat de bail n'a pas pour vocation d'annuler les autres types de contrats conclus par les mêmes personnes. A l'exception des conventions dont l'exécution dépend du contrat principal (le contrat de bail à usage professionnel).

On peut conclure que si au fond le tribunal garde son impartialité quant à la gestion du bail professionnel, en la forme, il suit un processus largement favorable du preneur en termes de temps. A noter enfin que les dispositions relatives à la résiliation sont d'ordre public<sup>78</sup>.

## Conclusion

Au terme de cette étude, nous constatons que l'insertion de la clause résolutoire dans un contrat de bail à usage professionnel modifie substantiellement les pouvoirs du juge. Cette modification se manifeste en cas de défaillance de l'une des parties. A cet effet, les pouvoirs du juge changent selon que le contrat comporte une clause résolutoire ou pas. Il pourrait devenir spectateur ou acteur.

<sup>77</sup> Lire à propos : B. FAGES et P. FLEURY, *Le lamy droit du contrat*, Paris, 2016, Wolters kluwer, p. 1057.

<sup>78</sup> Aussi, CCJA, Arrêt n° 062/2008 du 30 décembre 2008, Aff. Monsieur NEIL RUBIN C/ ATLAS ASSURANCES S.A, Juridata n° J062-12/2008.

En effet, en présence d'une clause résolutoire, le périmètre d'action du juge est limité au contrôle de la procédure instituée par les dispositions de l'article 133 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général. Sur ce point, nous avons remarqué qu'en réalité les pouvoirs du juge ne sont pas forcément limités, dans la mesure où le juge devient le gardien du respect de la procédure de résiliation du bail. Quoiqu'il en soit, il reste et demeure maître de la procédure. Il n'est pas seulement le juge du constat.

Par ailleurs, en l'absence d'une clause résolutoire, le juge exerce son office conformément aux dispositions légales. De la sorte, il peut apprécier souverainement les faits qui lui sont soumis et se déterminer en toute connaissance de cause.

Quoique l'on dise, le juge a pour mission traditionnelle de protéger la partie la plus faible au contrat. Concernant plus particulièrement la question du bail à usage professionnel, l'on pourrait dire sans risque de se tromper qu'au-delà de la protection du commerçant, le juge régule implicitement ou explicitement les activités économiques qui se réalisent autour du fonds de commerce.

Ainsi, la question relative à la défaillance des parties dans un contrat de bail à usage professionnel fait du juge un

acteur essentiel de la régulation des activités économiques.