

**JURISPRUDENCE****CHRONIQUE OHADA****COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE**

Arrêt n° 005/2006 du 30 mars 2006

"Société PONTY SARL c/ Société PONTY Immobilière SA"

La Cour

.....

Sur le renvoi, en application de l'article 15 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, devant la Cour de céans de l'affaire Société Ponty SARL contre Société Ponty Immobilière SA par arrêt n° 27 en date du 2 avril 2003 de la Cour de Cassation du Sénégal saisie d'un pourvoi initié le 5 novembre 2001 par Maître Ousmane Seye, avocat au barreau du Sénégal 71, Avenue Peytavin à Dakar, agissant au nom et pour le compte de la Société Ponty SARL, recours enregistré sous le n° 076/2003/PC du 5 septembre 2003,

en cassation de l'arrêt n° 333 rendu le 14 juin 2001 par la deuxième chambre civile et commerciale de la Cour d'appel de Dakar au profit de la Société Ponty Immobilière SA et dont le dispositif est le suivant :

« Statuant publiquement, contradictoirement, en matière de référé et en dernier ressort,

**En la forme :**

Déclare l'appel recevable

**Au fond :**

Confirme l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions ;

Met les dépens à la charge de la Société Ponty SARL » ;

La requérante invoque à l'appui de son pourvoi les trois moyens de cassation tels qu'ils figurent à la « requête aux fins de pourvoi en cassation » annexée au présent arrêt ;

Sur le rapport de Monsieur Jacques M'Bosso, Président ;

Sur les articles 13, 14 et 15 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ;

Vu le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA ;

Attendu qu'il ressort de l'examen des pièces du dossier de la procédure que le 2 février 1995, la Société Ponty SARL avait conclu un contrat de bail commercial pour une durée de six ans renouvelable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1995 avec la Société Ponty Immobilière SA ; que ledit contrat prévoyait en l'une de ses clauses la « faculté pour chacune des parties de mettre fin au présent bail à l'expiration de chaque période de six ans en prévenant l'autre partie au moins trois mois à l'avance par lettre recommandée ou par acte extra judiciaire » ; qu'estimant que la Société Ponty SARL n'avait pas demandé le renouvellement de son bail par acte extrajudiciaire au plus tard trois mois avant l'expiration dudit bail soit au plus tard le 30 septembre 2000 comme l'y obligeait l'article 92 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général et qu'elle était, par conséquent, déchue de ce droit, la Société Ponty Immobilière SA l'avait assignée en expulsion des lieux qu'elle occupait pour violation des dispositions d'ordre public dudit article ; que par ordonnance n° 3 du 29 janvier 2001, le juge des référés du tribunal régional hors classe de Dakar avait constaté la déchéance du droit au renouvellement du bail de la Société Ponty SARL et ordonné son expulsion des lieux occupés ; que sur appel de ladite Société Ponty SARL, la Cour d'appel de Dakar avait, par arrêt n° 333 du 14 juin 2001, confirmé l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions ; que sur pourvoi formé contre l'arrêt susindiqué devant la Cour de Cassation du Sénégal, celle-ci s'était déclarée incompétente et dessaisie du dossier au profit de la Cour de céans par arrêt n° 27 du 2 avril 2003 ;

Sur les premier et deuxième moyens réunis

Vu l'article 92 alinéas 1 et 2 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir doublement violé l'article 101 de l'Acte uniforme susvisé en ce que la Cour d'appel a considéré, d'une part, que le juge des référés était compétent et, d'autre part, « que le litige en l'espèce porte sur le renouvellement du bail et non sur sa résiliation judiciaire et n'est pas en conséquence soumis aux dispositions de l'article 101 de l'Acte uniforme précité alors que, selon le premier moyen, « il n'est pas discutable que les parties sont liées par un bail commercial ; qu'il n'est pas non plus contesté que le contrat ne comporte aucune clause attributive de compétence au juge des référés ; qu'il ressort d'une jurisprudence constante des cours et tribunaux que depuis l'entrée en vigueur des textes de l'OHADA les litiges relatifs à la résiliation judiciaire du bail commercial relèvent de la compétence du juge du fond sauf clause attributive de compétence insérée dans le contrat ; que cette jurisprudence se fonde sur les dispositions de l'article 101 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général, lequel entend donner explicitement compétence au juge du fond en mentionnant jugement... ; qu'en décidant que le

litige n'est pas relatif à la résiliation du bail alors que celle-ci demeure le seul fondement de la décision d'expulsion, le premier juge a violé le texte susvisé » et, selon le deuxième moyen, que « l'article 101 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général qui est d'ordre public dispose qu'en cas d'inexécution d'une clause du bail, le bailleur doit sous peine de nullité de l'assignation servir une mise en demeure par acte extrajudiciaire reproduisant les termes dudit article ; en l'espèce, le bailleur a fondé sa demande d'expulsion sur le fait que le preneur a violé la clause du bail relative à la faculté de dénonciation ou de demande de renouvellement du bail ; que dès lors, il s'agit bel et bien de l'inexécution d'une clause claire et précise du bail tel qu'en dispose l'article 101 qui met à la charge du bailleur l'obligation de servir au préalable une mise en demeure par acte extrajudiciaire avec ajournement à comparaître à l'expiration du délai de trente jours et reproduisant les mentions prévues par l'article 101 de l'Acte uniforme sur le bail commercial ; que cette formalité prescrite à peine de nullité de l'assignation n'a pas été respectée... ; que n'ayant donc pas tiré la conséquence du non respect de cette formalité alors qu'il y était tenu en raison du caractère d'ordre public de l'article 101 (...), l'arrêt entrepris devra être cassé pour ce motif » ;

Attendu que l'article 92 alinéas 1 et 2 de l'Acte uniforme susvisé dispose que « dans le cas du bail à durée déterminée, le preneur qui a droit au renouvellement de son bail en vertu de l'article 91 ci-dessus, peut demander le renouvellement de celui-ci par acte extrajudiciaire au plus tard trois mois avant la date d'expiration du bail » ;

Le preneur qui n'a pas formé sa demande de renouvellement dans ce délai est déchu du droit au renouvellement du bail » ;

Attendu, en l'espèce, que le preneur à savoir la Société Ponty SARL n'a pas demandé le renouvellement de son bail commercial comme prescrit par les dispositions sus énoncées de l'article 92, alinéas 1 et 2 de l'Acte uniforme susvisé ; que dans l'assignation en expulsion servie le 22 janvier 2001 à ladite Société Ponty SARL, la Société Ponty Immobilière SA a sollicité l'expulsion de celle-ci en conséquence de la déchéance de son droit au renouvellement du bail en application des dispositions d'ordre public de l'article 92 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général ; que dans leurs conclusions écrites en appel en date du 9 mai 2001, Maîtres Kanjo et Koita, Conseils de la Société Ponty Immobilière SA, ont demandé à la Cour au regard des dispositions d'ordre public de l'article 92 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général, de constater d'une part, qu'il n'a jamais été demandé au juge des référés du tribunal régional hors classe de Dakar la résiliation du bail en date du 2 février 1995 et que celui-ci n'a pas non plus procédé à cette résiliation et, d'autre part, que la déchéance du preneur de son droit au renouvellement est d'ordre public et met fin aux relations contractuelles des parties ; qu'en suite « de dire et juger que l'article 101 de l'Acte uniforme précité n'était nullement applicable et ne pouvait être violé par l'action de la Société concluante » puis de confirmer l'ordonnance querellée en toutes ses dispo-

sitions en retenant que le premier juge a strictement appliqué la loi dans toute sa rigueur ; qu'ainsi, en concluant « qu'il s'agit en l'espèce d'un bail à durée déterminée ; que ce dernier étant arrivé à expiration, son renouvellement est régi par les dispositions d'ordre public de l'article 92 de l'Acte uniforme ; que l'article 92 fait peser sur le preneur l'obligation de demander le renouvellement du bail par acte extrajudiciaire au plus tard trois mois avant la date d'expiration ; qu'il sanctionne par la déchéance de son droit au renouvellement du bail le preneur qui a manqué à cette obligation ; que le juge des référés est compétent pour constater cette déchéance et prononcer l'expulsion du preneur », pour confirmer l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions, la Cour d'appel de Dakar n'a en rien violé les dispositions de l'article 101 susindiqué ; que les moyens n'étant pas fondés, il échet de les rejeter ;

Sur le troisième moyen

Vu l'article 102 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général ;

Attendu qu'il est enfin fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 97 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général en ce que la Cour d'appel de Dakar a considéré, dans la motivation de son arrêt, « que la clause de résiliation insérée dans le bail du 2 février 1995 ne peut prévaloir sur les dispositions d'ordre public de l'article 92 susvisé » alors que, selon le moyen, en réclamant le loyer du mois de janvier payé contre quittance, la Société Ponty Immobilière SA a manifesté sa volonté non équivoque de poursuivre le bail pour une nouvelle période triennale tel qu'en dispose l'article 97 de l'Acte uniforme susvisé ; qu'il suit qu'en décidant que son argument, tiré de la violation de la clause de résiliation insérée dans le contrat, doit être écarté au motif que celui-ci ne peut prévaloir sur les dispositions de l'article 92 de l'Acte uniforme qui sont d'ordre public, la Cour d'appel a violé l'article 97 susvisé et son arrêt encourt cassation ;

Attendu qu'aux termes de l'article 102 de l'Acte uniforme susvisé, « sont d'ordre public les dispositions des articles 69, 70, 71 (...) 92(...) et 101 du présent Acte uniforme » ;

Attendu, en l'espèce, que les dispositions de l'article 92 de l'Acte uniforme susvisé d'ordre public, il ne peut y être dérogé par convention des parties ; que de même, il ne saurait être déduit d'un quelconque comportement de la Ponty Immobilière SA et notamment de l'encaissement d'un loyer, la volonté de celle-ci de reconduire tacitement ou implicitement le contrat de bail litigieux en violation desdites dispositions d'ordre public de l'article 92 de l'Acte uniforme susvisé ; qu'ainsi la clause de résiliation insérée au contrat de bail liant Ponty SARL et Ponty Immobilière SA et dont celle-là invoque la violation ne saurait prévaloir sur lesdites dispositions d'ordre public ; qu'il suit qu'en considérant que « ladite clause de résiliation insérée dans le bail du 2 février ne peut

prévaloir sur les dispositions d'ordre public de l'article 92 susvisé », la Cour d'appel de Dakar n'a en rien violé l'article 97 de l'Acte uniforme susvisé ; que le troisième moyen n'étant pas fondé doit également être rejeté ;

Attendu que Ponty SARL ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens ;

PAR CES MOTIFS,

Statuant publiquement, après en avoir délibéré,

Rejette le pourvoi formé par la Société PONTY SARL ;

La condamne aux dépens.

Président : Jacques M'BOSSO

#### NOTE

Appelé parfois, et injustement « propriété commerciale », le droit au renouvellement du bail est une prérogative, conférée par la loi au commerçant, qui lui permet d'assurer la stabilité de son activité commerciale. Comme toute prérogative exorbitante du droit commun, celle-ci n'est pas attribuée à tout vent. Elle est encadrée à la fois par des conditions de fond et de forme.

Sur le plan du fond, le législateur OHADA, dans son Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG), exige que le commerçant ait exercé son activité dans les locaux loués pendant au moins deux ans tout en respectant les obligations du contrat (art. 91 AUDCG).

Sur le plan de la forme, il exige, notamment lorsqu'il s'agit d'un contrat de bail à durée déterminée, que le preneur fasse parvenir au bailleur sa demande en renouvellement, trois mois avant la survenance de la date prévue pour l'expiration du bail. Le non-respect de cette formalité est sanctionné par la déchéance (art. 92 al. 1<sup>er</sup> et 2 AUDCG). Cette sanction est parfois difficile à digérer tel que nous le révèle le présent arrêt rendu par la CCJA le 30 mars 2006, surtout lorsque les parties ont aménagé autrement leur sortie du contrat.

En l'espèce, la société Ponty Immobilière SA avait loué à la société Ponty SARL, pour une durée de six ans des locaux à usage commercial. Le contrat devait courir du 1er janvier 1995 au 31 décembre 2000. Les parties avaient inséré dans leur contrat une clause prévoyant « la faculté pour chacune des parties de mettre fin au présent bail à l'expiration de

(1) Pour la critique cf. Clavier (J.P.) et Lucas (F.X.), *Droit commercial*, Collection Champs université Flammarion, Paris, 2003, p. 145 ; Houin (R.) et Pedamon (M.), *Droit commercial, Précis Dalloz*, Paris 1990, p. 376, n° 340.

chaque période de six ans en prévenant l'autre partie au moins trois mois à l'avance par lettre recommandée ou par acte extrajudiciaire ». A l'expiration de la première période du contrat, c'est-à-dire le 31 décembre 2000, aucune des parties ne réagit. Aussi la société Ponty SARL, misant sur les dispositions de la clause résolutoire insérée au contrat, sera-t-elle surprise de se voir assigner en justice par la société Ponty Immobilière SA, en expulsion des lieux loués.

Le juge des référés saisi ordonna son expulsion, suivi par les juges de la Cour d'appel de Dakar. C'est contre leur décision que la société Ponty Immobilière SA se pourvoit en cassation, mais plutôt devant la Cour de cassation du Sénégal. Celle-ci se déclara incompétente, et en application de l'article 15 du Traité OHADA renvoya l'affaire devant la CCJA.

La question qui se posait, de manière invariable devant chacune de ces juridictions, était de savoir si les parties peuvent, d'un commun accord, soumettre le droit au renouvellement d'un contrat de bail à durée déterminée, à des formalités différentes de celles que prévoit l'article 92 AUDCG.

La présente décision apporte une solution irréfutable à cette question : parce qu'elles ont un caractère d'ordre public, les dispositions de l'article 92 AUDCG ne peuvent être écartées par celles d'une clause de résiliation.

La décision tranche ainsi pour l'inefficacité de la clause de résiliation insérée au contrat de bail (I). Mais elle ne remet point en cause le principe même de la validité d'une clause de résiliation insérée dans un contrat de bail commercial (II).

### **I- L'inefficacité de la clause de résiliation insérée au contrat de bail commercial**

Cette inefficacité découle, d'une part, du caractère dérogoire de cette clause aux dispositions de l'article 92 AUDCG (A) et, d'autre part, du caractère d'ordre public que l'Acte uniforme confère à cet article (B).

#### **A- Le caractère dérogoire aux formalités de l'article 92 AUDCG**

Dans l'espèce commentée, il s'agissait d'un contrat de bail commercial à durée déterminée. Il commençait à courir le 1<sup>er</sup> janvier 1995 et venait à expiration le 31 décembre 2000. Dans pareil cas, l'article 92 AUDCG prévoit que « ...le preneur qui a droit au renouvellement de son bail, ... peut demander le renouvellement de celui-ci, par acte extrajudiciaire, au plus tard trois mois avant la date d'expiration du bail ».

Le droit au renouvellement du bail n'est donc pas un droit automatique. Il ne s'agit que d'une faculté que le législateur accorde au preneur. Autrement dit il peut valablement y renoncer à l'expiration du bail. Mais s'il décide d'en user, il doit se conformer aux dispositions de cet article. En pareille occurrence, il appartenait à la société Ponty SARL de saisir, au

plus tard le 30 septembre 2000, la société Ponty Immobilière SA d'une demande en renouvellement de son bail. Le législateur exige même que la demande soit faite par acte extrajudiciaire. Mais à notre sens la demande pourrait bien être manuscrite à condition qu'elle soit signifiée au bailleur par acte d'huissier. Il est d'ailleurs d'usage que pour la signification des correspondances, l'exploit reprenne ces termes pour prouver, en cas de besoin, que c'est bien cette correspondance, et non une autre, qui a été signifiée au destinataire.

Contrairement aux dispositions de cet article, une clause insérée par les parties à leur contrat de bail prévoyait une démarche contraire. D'après elle, à l'expiration de la première période de six ans du contrat, il serait plutôt revenu à la partie qui entendait mettre fin au contrat, trois mois avant son expiration, de prévenir l'autre de son intention, par lettre recommandée ou par acte extrajudiciaire. A défaut de cette formalité, le contrat serait donc réputé se poursuivre par tacite reconduction. C'est bien ce que croyait la société Ponty SARL, en l'absence de manifestation de volonté, ni d'elle, ni de son cocontractant, la société Ponty Immobilière SA.

A bien y regarder les parties ont, par rapport à cette question, emprunté plutôt le mécanisme prévu par le législateur OHADA pour les contrats de bail à durée indéterminée. Dans ces cas, l'article 93 prévoit que toute partie qui entend résilier le contrat doit donner congé à l'autre au moins six mois à l'avance. Le bénéficiaire du droit au renouvellement peut s'opposer à ce congé au plus tard à la date de prise d'effet de celui-ci, en notifiant au bailleur par acte extrajudiciaire sa contestation de congé. A défaut de cette contestation, le bail cesse à la date fixée par le congé. Ce mécanisme s'explique parce que par définition le contrat n'a été enfermé dans aucune durée. Il est donc normal que celui qui entend y mettre fin avertisse l'autre suffisamment à temps pour lui permettre de prospecter, ou un nouveau locataire ou un nouveau local, selon les cas.

En cas de contrat de bail à durée déterminée la question est plutôt de savoir si le bail doit être reconduit à son expiration. Le législateur OHADA a préféré imposer au locataire l'initiative de l'action en renouvellement. Cela étant fait, le bailleur doit réagir dans le délai d'un mois au plus tard avant l'expiration du bail. A défaut le renouvellement est censé avoir été accepté.

Mais on aurait pu aussi imaginer, l'un et l'autre des deux ayant intérêt au renouvellement, que l'action première revienne soit au bailleur, soit au plus diligent des deux (2). En cas de carence, le contrat serait censé reconduit pour une nouvelle période de trois ans comme le prévoit l'article 97 AUDCG.

Le législateur n'a malheureusement pas décidé ainsi. Pire il a sanctionné sévèrement l'incurie du preneur.

(2) Voir en droit français, Houin (R.) et Pedamon (M.), *Droit commercial, Précis Dalloz*, Paris 1990, pp. 379 et s., n° 342.

### B- Le caractère d'ordre public de l'article 92 AUDCG

L'alinéa 2 de l'article 92 AUDCG prévoit clairement que le preneur qui n'a pas formulé sa demande de renouvellement dans le délai prévu est déchu du droit au renouvellement du bail. Pour bénéficier du droit au renouvellement, il faut non seulement que le preneur formule une demande en ce sens, mais il faut en plus que celle-ci soit faite dans les forme et délai déterminés.

Dans le cas d'espèce, rien de cela n'avait été fait par la société Ponty SARL pour laquelle, à défaut d'une manifestation de volonté de son cocontractant de mettre fin au contrat, dans les forme et délai prévus par la clause contractuelle, leurs relations étaient appelées à se poursuivre.

La question se posait donc de savoir entre les dispositions de cette clause du contrat et celles de l'article 92 alinéa 1<sup>er</sup> AUDCG, lesquelles allaient prévaloir sur les autres. Cela revenait à dire quelle était la force des dispositions légales. S'agissait-il des dispositions supplétives ou alors impératives ? Dans le premier cas, les parties pourraient y déroger par contrat ; dans le second, elles ne le pourraient guère. En réalité la question a été tranchée par le législateur OHADA lui-même. Il déclare en effet à l'article 101 que les dispositions de l'article 92, entre autres, ont un caractère d'ordre public. Autrement dit les parties ne peuvent pas y déroger. La clause de résiliation insérée au contrat devait donc être déclarée nulle et non avenue.

Ce constat fait, il suffisait au juge saisi d'en tirer les conséquences : du moment où le preneur n'avait adressé au bailleur, par acte extrajudiciaire, dans le délai de trois mois avant l'expiration du bail, aucune demande en renouvellement de son bail, il doit être déclaré déchu de son droit. Par conséquent, le contrat est censé avoir pris fin à la date prévue, c'est-à-dire le 31 décembre 2000.

*Quid* du loyer du mois de janvier 2001 perçu par le bailleur ? La Cour ne s'explique pas suffisamment sur cette question. Il faut rappeler que l'action en expulsion du locataire est introduite le 22 janvier et que l'ordonnance prononçant cette expulsion est rendue une semaine plus tard soit le 29 janvier 2001. Logiquement la société Ponty Immobilière SA ne devait plus réclamer de loyers lesquels, nous supposons, devaient être payés en début de chaque mois. Le loyer de janvier 2001, à la suite de la résiliation du contrat au 31 décembre 2000, n'étant plus dû, le juge devait ordonner sa restitution. Contrairement à ce qu'il était soutenu par le défendeur, la perception du loyer ne pouvait valoir tacite reconduction du contrat, celle-ci ne pouvant pas jouer, étant donné le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 92. Mais il devait rester un fait : celui de l'occupation de l'immeuble après la résiliation. A ce titre, l'occupant, devenu désormais sans droit, devait payer une indemnité au propriétaire. Usant alors de son pouvoir souverain d'appréciation, le juge saisi pouvait la ramener à l'équivalent du loyer qui était payée mensuellement.

Du reste l'on peut comprendre que le juge saisi n'ait pas discuté de cette question. C'est que, véritablement, elle ne lui était pas posée. Il s'agissait du juge des référés saisi pour expulsion du locataire. On sait que dans sa compétence traditionnelle le juge des référés ne doit pas préjudicier au principal, pourvu qu'il y en ait bien un. Or, en l'espèce, il n'y en avait pas. Le contrat de bail commercial ayant pris fin par la déchéance du preneur de son droit au renouvellement, le juge saisi se devait tout simplement de constater la résiliation du bail et non de la prononcer. Le constat étant fait, il pouvait valablement ordonner l'expulsion de l'ancien locataire des lieux loués avec, à la clé, une indemnité correspondant au temps pendant lequel l'immeuble aura été indûment occupé. Du même coup, l'on se trouvait dans une hypothèse différente de celle de l'article 101 AUDCG traitant de la résiliation judiciaire du bail.

Mais ce qu'il faut bien comprendre, à notre sens, c'est que le juge des référés, suivi par les juges de la Cour d'appel et ceux de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage n'invalident pas la clause de résiliation du bail commercial en elle-même mais plutôt parce qu'elle se heurte aux dispositions d'ordre public de l'article 92. Ce qui veut dire, *a contrario*, que si tel n'avait pas été le cas, elle aurait été bien déclarée valable.

### II- La validité de principe des clauses résolutoires dans les contrats de bail commercial

La lecture de la décision commentée suggère un éclairage terminologique (A) avant la justification de la position retenue sur la question discutée (B).

#### A- L'éclairage terminologique

Faut-il faire une distinction entre clause de résiliation et clause résolutoire ? La question mérite d'être posée dans la mesure où les juges saisis ont pris le soin d'utiliser à chaque fois la première expression et jamais la seconde. Il est vrai qu'on était en présence d'un contrat synallagmatique à exécution successive, contrat de bail, dans lequel on ne saurait, à proprement parler, parler de résolution. En effet la résolution sanctionne, de manière rétroactive, l'inexécution par l'un des contractants de l'une ou de ses obligations contractuelles. A la différence de la résolution, la résiliation n'anéantit le contrat que pour l'avenir, ses effets passés étant maintenus (3).

Malgré cette différence la clause résolutoire est définie comme « une clause par laquelle les parties, adoptant une condition résolutoire expresse, décident à l'avance dans un contrat (bail, vente, etc.) que celui-ci sera de plein droit résolu, du seul fait de l'inexécution par l'une des parties de son

(3) Voir Terre (F.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 8<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2002, pp. 634 et s., n° 655.

obligation, sans qu'il soit nécessaire de le demander au juge et sans que celui-ci, s'il est saisi, dispose en principe d'un pouvoir d'appréciation » (4). L'expression peut donc être utilisée aussi bien pour les contrats synallagmatiques à exécution instantanée (vente) que pour les contrats à exécution successive (bail). C'est ce qui explique certainement que l'expression « clause de résiliation », utilisée par les juges dans ce cas, ne soit pas souvent utilisée. En tout cas dans l'un et l'autre cas, il s'agit des hypothèses dans lesquelles il peut être mis fin au contrat sans recours au juge. Ce qui ne veut pas dire que le juge est totalement exclu du mécanisme. Si la partie au détriment de laquelle il est mis fin au contrat s'exécute spontanément, il ne sera pas fait de recours au juge. Mais si en revanche elle ne s'exécute pas, en contestant soit le principe de cet anéantissement, soit sa mesure, alors le juge devra intervenir pour départager les parties. Dans ce cas précis, s'il donne effet à la clause, il constatera la fin du contrat et en tirera les conséquences. Dans ce cas il a pouvoir lié contrairement à la marge d'appréciation que la loi accorde au juge dans le cadre de l'application de l'article 1184 du code civil.

Tel était bien le cas dans l'espèce commentée. Les parties avaient aménagé la sortie de leur contrat en prévoyant des modalités relatives au délai et à la forme. Elles entendaient ainsi exclure tout recours au juge, au moins pour le prononcé de la résiliation. Dans ces conditions il s'agissait bien d'une clause résolutoire, le terme étant entendu de manière générale englobant aussi bien la résiliation que la résolution. Ce qui a fait problème, c'est que l'article 92 AUDCG prévoit une démarche impérative différente s'agissant de ce type de contrat. Est-ce à dire que si le type de contrat était différent ou que si la clause portait sur autre chose, elle aurait pu être déclarée valable ? Nous le pensons.

#### B- La validité conditionnelle de la clause

L'insertion des clauses résolutoires dans les contrats de baux commerciaux est-elle interdite depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général ?

Deux tendances sont susceptibles de s'opposer en l'absence, jusqu'à présent, d'une prise de position claire de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sur la question.

On peut en effet soutenir que depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général, la clause résolutoire insérée dans les contrats de bail commercial ne serait pas valable. L'argument essentiel pourrait être tiré du caractère d'ordre public que l'article 102 AUDCG confère à l'article 101 intitulé « Résiliation judiciaire du bail ». D'après ce dernier article :

(4) Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 806.

« Le preneur est tenu de payer le loyer et de respecter les clauses et conditions du bail.

A défaut de paiement du loyer ou en cas d'inexécution d'une clause du bail, le bailleur pourra demander à la juridiction compétente la résiliation du bail et l'expulsion du preneur, et de tous occupants de son chef, après avoir fait délivrer, par acte extrajudiciaire, une mise en demeure d'avoir à respecter les clauses et conditions du bail.

Cette mise en demeure doit reproduire, sous peine de nullité, les termes du présent article, et informer le preneur qu'à défaut de paiement ou de respect des clauses et conditions du bail dans un délai d'un mois, la résiliation sera poursuivie.

Le bailleur qui entend poursuivre la résiliation du bail dans lequel est exploité un fonds de commerce doit notifier sa demande aux créanciers inscrits.

Le jugement prononçant la résiliation ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la notification de la demande aux créanciers inscrits. »

On en déduirait alors que la résiliation du contrat de bail ne saurait être que judiciaire. Autrement dit les parties ne pourraient plus insérer dans leur contrat une clause résolutoire. Il est vrai que la procédure de résiliation judiciaire du contrat proposée par l'article 101 présente deux avantages :

- elle assure la protection du preneur, d'une part, en soumettant la résiliation au contrôle du juge et en la faisant précéder d'une mise en demeure extrajudiciaire l'avertissant tout en lui donnant le temps de rattraper l'omission déplorée ;

- elle protège également les créanciers ayant fait crédit au preneur en choisissant le fonds de commerce comme garantie. En effet l'article 81 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) fait obligation aux créanciers inscrits, une fois les formalités d'inscription accomplies, de notifier au bailleur dans lequel le fonds de commerce est exploité, leur bordereau d'inscription. Le droit au bail peut ainsi constituer un élément important d'estimation de la valeur du fonds. C'est pour cela que ces créanciers doivent être informés de la résiliation projetée du bail. Ils peuvent ainsi, le cas échéant, solliciter de nouvelles sûretés au preneur à défaut de quoi leurs créances pourront être déclarées échues, la résiliation du bail pouvant être considérée comme une hypothèse de diminution des sûretés de la dette (art. 1188 C. civ.).

Ces arguments, s'ils sont pertinents, ne convainquent pas totalement. En effet il convient de faire remarquer que le législateur OHADA n'a pas dit expressément que la résiliation judiciaire du bail commercial est désormais le seul mode permis. Comment l'aurait-il même pu lorsqu'on sait que la résiliation judiciaire dont il est traité à l'article 101 AUDCG est celle qui est initiée par le bailleur ? Déjà à ce niveau il se posera la question de savoir comment traiter la résiliation initiée par le preneur. Nul

doute que si une clause du contrat l'a aménagée, elle sera valable. Si tel n'a pas été le cas, la résiliation sera demandée au juge mais sans que soit appliquée la procédure de l'article 101 AUDCG. On appliquera donc dans ce cas la procédure de droit commun. Dire que l'article 101 AUDCG a un caractère d'ordre public ne revient pas à dire nécessairement que puisqu'il ne traite que de la résiliation judiciaire, c'est le seul mode de résiliation dorénavant valable du contrat de bail commercial. Nous pensons que le législateur a voulu imposer une procédure impérative de résiliation du bail chaque fois qu'il s'agira de la résolution judiciaire, les autres formes de résolution demeurant en principe admis.

On en voudra pour preuve l'article 87 AUS qui laisse entendre qu'à côté de la résiliation judiciaire du bail commercial, il y a toujours place pour une résiliation aménagée par les parties au moyen d'une clause résolutoire notamment. D'après cet article :

« Le bailleur qui entend poursuivre la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel est exploité un fonds de commerce grevé d'inscription doit notifier sa demande aux créanciers inscrits par acte extrajudiciaire.

La décision judiciaire de résiliation ne peut intervenir, ni la résiliation amiable ou en vertu d'une clause résolutoire de plein droit produire effet, qu'après l'expiration du délai de deux mois suivant la notification » (5).

On peut en déduire que les parties peuvent insérer dans leur contrat une clause résolutoire à condition que celle-ci respecte les conditions prévues par les articles 92 et 93 AUDCG et 87 AUS. Ceci invite à distinguer selon qu'il s'agit d'un contrat de bail à durée déterminée ou alors d'un contrat de bail à durée indéterminée.

Lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée, il faut distinguer deux périodes :

– la clause résolutoire peut être valablement insérée au contrat si elle est appelée à jouer avant la survenance de la date d'expiration du contrat. En effet, rien n'interdit à ce que l'une des parties puisse faire jouer la clause lorsque l'une des parties n'exécute pas ses obligations, par exemple lorsque le locataire ne paie pas les loyers. La partie qui entendra faire usage de cette clause devra cependant la notifier deux mois aux créanciers inscrits sur un fonds de commerce pour que celle-ci puisse produire effet à leur égard. Cette exigence ne sera pas nécessaire s'il s'agit d'un fonds à usage industriel, artisanal ou professionnel ;

– la clause résolutoire ne sera pas en revanche valable si elle règle le sort du contrat à l'expiration de sa durée initiale, en raison du caractère d'ordre public de l'article 92 AUDCG, comme c'était le cas dans l'espèce commentée.

(5) Il faut noter une contradiction de délai entre l'article 87 AUS qui prévoit un délai deux mois au moins et l'article 101 AUDCG qui prévoit un délai d'un mois à respecter par le juge saisi avant le prononcé de la décision de résiliation du contrat de bail ! Le législateur devra rapidement les harmoniser.

Lorsqu'il s'agit d'un contrat de bail à durée indéterminée, la résiliation peut en principe intervenir à tout moment, sauf droit au renouvellement du contrat du preneur. Dans cette hypothèse, l'article 93 AUDCG qui a également un caractère d'ordre public, prévoit que toute partie qui entend résilier le contrat doit donner congé à l'autre par acte extrajudiciaire au moins six mois à l'avance. Il suffira alors que la clause résolutoire respecte cette exigence et celle de l'article 87 AUS pour être valable.

Moins que le principe de sa validité, le législateur OHADA aura entendu ainsi mieux encadrer l'utilisation de la clause résolutoire pour tenir compte à la fois des intérêts de l'autre partie et des tiers, les créanciers inscrits sur le fonds de commerce notamment. Ne serait-il même pas contraire à l'essence du droit commercial que d'imposer chaque fois aux parties le recours au juge pour le règlement de leurs différends contractuels ? Souvenons-nous que dans ces hypothèses l'article 1184 du code civil confère au juge le pouvoir soit d'accorder la résolution avec ou sans dommages intérêts, soit d'accorder au défendeur un délai pour s'exécuter, soit même de refuser purement et simplement la résolution. L'exercice de ce pouvoir introduit ainsi une marge d'incertitude dans la solution de l'affaire dont s'accommode mal le droit commercial !

François ANOUKAHA,  
Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques  
de l'Université de Dschang