



Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Organization for the Harmonization of Business Law in Africa
Organizacion parala Armonizacion en Africa de la Legislacion Empresarial
Organizaçao para a Harmonizaçao em Africa do Direiton dos Negocios



**ECOLE REGIONALE SUPERIEURE
DE LA MAGISTRATURE (ERSUMA)**

FORMATION DES FORMATEURS AUX ACTES UNIFORMES REVISES

*Thème : Droit commercial général et droit des sûretés
du 12 au 15 juillet 2011*

Les nouvelles règles du bail commercial et du fonds de commerce

Par :

Pr. SANTOS Akuété Pedro

**Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la
Faculté de droit Université de Lomé (TOGO)**

LES NOUVELLES REGLES DU BAIL COMMERCIAL ET DU FONDS DE COMMERCE

INTRODUCTION

L'entreprise continue de pénétrer le droit des affaires notamment celui de l'OHADA en empruntant les concepts comme exploitation, activité... Il faut comprendre que l'entreprise se trouve au centre de la volonté du législateur de réformer les textes régissant le patrimoine du commerçant. L'objectif est d'offrir à l'entreprise africaine des moyens efficaces pour exercer l'activité économique dans de bonnes conditions. Pour ce faire il faut que les biens meubles incorporels affectés à l'entreprise que sont le bail et le fonds de commerce soient être maniabiles et performants. Le prof Jean Bernard Blaise, (Droit des affaires, LGDJ 3ème édition 2002 p 249 N°438) range le bail commercial et le fonds de commerce parmi les biens de l'entreprise commerciale à la suite d'autres auteurs. Cela n'est plus tellement vrai pour le bail commercial, mais reste en grande partie vrai pour le fonds de commerce)

L'idée générale qui se dégage de la réforme est la conservation des constructions essentielles du droit commercial, cela permet d'éviter de les défigurer pour les rendre méconnaissables mais cela permet aussi de les alléger, de les compléter et d'ouvrir de nouvelles possibilités. Ce souci de réaménagement et d'ajustement est perceptible dans les principales dispositions relatives au bail et au fonds de commerce

Les nouvelles règles peuvent être envisagées selon leur objet.

1ère partie : LES NOUVELLES REGLES DU BAIL COMMERCIAL

Un aperçu général permettra de mieux appréhender les règles relatives aux parties à la vie du contrat de bail et à sa résiliation.

I - Aperçu général

1- Confirmation de l'élargissement du bail commercial

L'Acte uniforme de 1997 avait déjà opéré un élargissement très net du bail commercial à « toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle », mais n'avait pas osé en modifier l'appellation. L'évolution entamée est aujourd'hui achevée puisque l'intitulé du titre I du livre III a changé : désormais, il faut parler **de bail à usage professionnel**.

Quelle est l'ampleur de cet élargissement ?

D'abord, il est conceptuel, le bail est déconnecté de ses origines commerciales pour ne s'attacher qu'à sa fonction d'élément stabilisateur de l'entreprise. Ce n'est qu'un bail à usage professionnel.

L'élargissement est ensuite matériel : le nouveau statut s'applique à « toute autre activité » quelle qu'elle soit dès lors qu'elle est « professionnelle ».

L'élargissement est enfin territorial puisque l'exigence (jamais mise en œuvre) de la localisation dans une ville de 5000 habitants a disparu. Il convient d'ajouter que le nouveau bail peut être conclu par un entrepreneur.

2- La désignation de la juridiction compétente

Cette question a soulevé beaucoup de débat compte tenu des différences dans l'organisation judiciaire des Etats parties. S'agit-il du juge des référés ou du juge statuant au fond ? Le législateur tranche en faveur de la juridiction territorialement compétente statuant à bref délai. Cette solution se retrouve dans les articles 106, 107, 111, 117, 120, 122. . . La solution a le mérite d'être claire mais il y a lieu de se demander si il est sage de confier le règlement de toutes les questions y compris celles de fond à une juridiction statuant à bref délai.

3- Précision des procédures d'information des parties

Dans tous les articles où il est fait référence à l'acte extrajudiciaire sans autre indication, le législateur apporte de nouvelles précisions en préférant la « signification d'huissier de justice » ou la « notification par tous moyens permettant d'établir la réception effective par le destinataire ». Une telle préoccupation est facilement compréhensible, le souci étant de trouver pour la diversité des Etats parties et donc des systèmes judiciaires le plus grand dénominateur commun. Cette formulation générique permet également d'éviter que le juge n'annule pour respect des formes un congé donné par lettre recommandée avec accusé de réception.

4- La réaffirmation des caractères essentiels du bail

Traditionnellement, deux mécanismes se côtoient dans « le bail commercial » : le contrat de bail et le statut de bail. Le législateur n'a pas modifié l'équilibre entre les deux exigences :

d'une part, toutes les dispositions déclarées d'ordre public dans l'ancien article 102 sont restées d'ordre public, de plus, le nouvel article 123 alinéa 2 précise bien qu' « aucune stipulation du contrat ne peut faire échec au droit au renouvellement » ;

d'autre part, le législateur introduit trois nouvelles dispositions qui démontrent bien son attachement au caractère conventionnel du nouveau bail à usage professionnel. Premièrement, les parties peuvent décider de ne pas porter leurs contestations devant la juridiction compétente statuant à bref délai mais devant un arbitre

. Deuxièmement, l'article 133 rappelle au preneur et au bailleur qu'ils sont tenus tous les deux de respecter les stipulations du contrat sous peine de résiliation.

Troisièmement, le législateur reconnaît l'effet automatique des clauses résolutoires de plein droit et réduit en conséquence le rôle du juge à un simple constat. (article 133 alinéa 4).

II- Les parties au contrat de bail

Le contrat de bail met en relation un bailleur et un preneur. Les nouvelles dispositions donnent des précisions pertinentes sur la qualité des parties, leurs obligations et les modalités de révision du loyer

1- La qualité des parties

- Le bailleur

En général, c'est le propriétaire d'un immeuble qui le donne à bail. Mais en pratique, il peut arriver que le bailleur ne soit pas directement le propriétaire mais comme le précise le nouvel article 103 « une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie de l'immeuble » cette précision est réaliste, elle vise à englober notamment les mandataires légaux ou de justice ainsi que ceux désignés par le propriétaire pour le représenter.

- Le preneur

C'est le locataire, celui qui il peut être un commerçant ou simplement un professionnel. Le nouveau texte ajoute qu'il peut être entreprenant

2- Les obligations des parties

« Le contrat de bail est celui par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à le payer » (article 1709 du code civil). Le bailleur concède la jouissance des locaux, le locataire exploite les lieux loués conformément à leur destination et paye le loyer.

Le nouveau texte ne modifie pas ses obligations, il les reformule s'agissant aussi bien des obligations du bailleur que de celles du preneur.

a- Le bailleur

- Cessation des droits du bailleur sur les locaux donnés à bail

Les nouvelles règles concernent ce que le législateur appelle lui-même « la cessation du droit du bailleur sur les locaux donnés à bail ». L'ancien article 78 se contentait d'énoncer que le bail ne prend pas fin par la vente des locaux donnés à bail en oubliant le cas de la donation de l'expropriation ou de l'apport en société. Dorénavant, le législateur prend en compte toutes ces hypothèses qui peuvent être englobées dans la cessation des droits du bailleur sur les locaux donnés à bail.

- Cas particulier de la dissolution de la personne morale preneuse

L'article 111 al4 nouveau répare un oubli, il envisage l'hypothèse dans laquelle le preneur est une personne morale dissoute et en cours de liquidation. Le liquidateur prend la place du preneur et exécute ses obligations. Le bail ne pourra être résilié que 60 jours après une mise en demeure restée sans effet.

b- Le preneur

Comme il a déjà été dit le preneur s'acquitte des loyers et entretient les locaux.

- Ajout du paiement par voie électronique

Le législateur lui offre la possibilité de payer par voie électronique ou par correspondance (article 112 al2).

- Déspécialisation : distinction de l'adjonction d'activité et du changement d'activité

Dans l'ancien article 81 le législateur distinguait les deux situations sans en tirer une véritable conséquence juridique. Aux termes du nouvel article 113 il y a d'une part l'adjonction d'activités connexes ou complémentaires à l'activité prévue au contrat. Dans

cette hypothèse, l'obligation du preneur consiste à aviser expressément le bailleur, celui – ci ne peut s'y opposer que pour des motifs graves.

D'autre part, le changement de l'activité prévu au contrat. Pour ce changement considéré comme plus important, il faut l'accord préalable et exprès du bailleur. Le bailleur conserve la faculté de s'opposer mais il ne pourra le faire que pour des motifs sérieux. Le législateur semble établir une gradation entre les motifs graves et les motifs sérieux. Cependant, les éléments de cette gradation ne résultent pas clairement des textes.

3- Les modalités de révision du loyer

La révision des loyers est en principe laissée à la volonté des parties. L'ancien article 84 al 2 contenait une règle supplétive selon laquelle le loyer est révisable à l'expiration de chaque période triennale. Le nouvel article 116 al2 n'impose plus la période de trois ans, c'est aux parties de préciser pour combien de temps elles souhaitent renouveler leur bail et pendant combien de temps le loyer révisé sera valable.

III - La vie du contrat de bail

La vie du contrat bail commence par la prise d'effet, elle peut se poursuivre par la cession du bail, par son renouvellement ou sa résiliation.

1- La prise d'effet

A partir de quand le contrat de bail prend-il effet ? L'article 104 al3 in fine dispose : « le bail prend effet à partir de la signature du contrat sauf convention contraire des parties ». Les choses paraissent plus claires sauf que dans la pratique l'écrit n'est pas toujours dressé ou n'est pas dressé avant l'entrée dans les lieux loués

2- La cession du bail

La nouveauté qu'il convient de relever c'est la distinction entre deux types de cession.

La cession consécutive à une cession d'activité, le législateur aurait pu parler de cession d'entreprise. Dans cette cession et aux termes de l'article 118 si le preneur cède le bail et la totalité des éléments permettant l'activité dans les lieux loués, la cession s'impose au bailleur. Dans ce cas le bailleur dispose d'un délai d'un mois à compter de la signification ou de la notification qui lui est faite pour s'opposer à cette cession. Il doit pour cela invoquer des motifs légitimes et sérieux. Comme par exemple le non paiement du loyer.

Cette peut s'analyser comme une cession légale de plein droit à laquelle seuls les motifs sérieux et légitimes du bailleur peuvent faire échec. La question pourra se poser de savoir

faudra-t-il réserver aux clauses d'incessibilité ou aux clauses d'agrément du cessionnaire aux termes desquelles la cession du bail est subordonnée à l'accord du bailleur.

Lorsque la cession du bail n'est pas consécutive à une cession d'activité c'est-à-dire lorsque le preneur cède le bail seul ou avec une partie des éléments permettant l'activité il devrait requérir l'accord préalable du bailleur qui dispose d'un délai d'un mois pr communiquer au preneur son acceptation ou son refus. S'il laisse passer ce délai sans rien dire, son silence est considéré comme valant acceptation de la cession.

3- Le renouvellement du bail

a- Affirmation d'un droit au renouvellement au profit du preneur

Il convient de le rappeler le législateur affirme nettement le droit au renouvellement du preneur. Ce droit est d'ordre public et il s'obtient comme auparavant au bout d'une durée minimale de deux ans. Le preneur ne peut y renoncer par contrat cela ne signifie cependant pas que l'acquisition du droit au renouvellement est automatique. Comme par le passé le preneur devra solliciter le renouvellement dans un contrat à durée déterminée et s'opposer au congé dans un contrat à durée indéterminée.

b- Obligation pour les parties de prévoir la durée du préavis

Aux termes de l'article 123 al. 4 la durée du préavis doit être prévue par les parties lorsque le renouvellement est fait pour une durée indéterminée. La durée ainsi prévu ne peut être inférieure à six mois.

c- Forme du congé et de l'opposition au congé

Voir supra page 2

d- Faculté de s'opposer au droit au renouvellement

Le bailleur conserve le droit de s'opposer au renouvellement, les textes y relatifs sont restés identiques.

IV La résiliation du bail

1- La déjudiciarisation de la résiliation ?

Le terme judiciaire a disparu de l'intitulé du Chapitre VII consacré à la résiliation du bail. L'exigence d'une résiliation judiciaire constituait une source intarissable de litiges et de mécontentements des propriétaires que les nombreuses décisions déjà rendues n'avaient pas réussi à dissiper.

Est-ce que la résiliation peut être amiable alors que l'article 133 alinéa 2 semble avoir établi une procédure impérative ? Selon ce texte d'ordre public, « La demande en justice aux fins de résiliation du bail doit être précédée d'une mise en demeure... ». Cela contraste avec le

contenu de l'article 132 qui semble beaucoup plus libéral puisqu'il suggère aux parties la possibilité de s'affranchir des services du juge..

2- Le contenu de la mise en demeure

Il faut se réjouir du contenu de la mise en demeure qui cesse d'être mécanique, elle ne reproduit formellement plus les termes de la loi, elle doit indiquer la ou les clauses et conditions du bail non respectées et informer le destinataire qu'à défaut de s'exécuter dans un délai d'un mois à compter de sa réception, la juridiction compétente statuant à bref délai est saisie aux fins de résiliation du bail et d'expulsion.. ».

Par ailleurs, le texte 133 semble réserver cette procédure à la résiliation par le bailleur même si son alinéa 1^{er} laissait penser le contraire.

3- L'effet de la clause résolutoire de plein droit

(Voir supra)

2^{ème} partie Les nouvelles dispositions relatives au fonds de commerce

Les dispositions véritablement nouvelles sont rares (article 138 alinéa 4 relatif à la redevance que doit payer le locataire-gérant et article 164 alinéa 2 relatif à la surenchère). Il faut avoir à l'esprit que les textes relatifs au fonds de commerce ne suscitent pas autant de litiges que ceux relatifs au bail commercial. On pourrait regretter que le législateur n'ait pas retenu l'idée de création d'un fonds artisanal.

I - la définition du fonds de commerce

La définition n'a pas changé mais elle a été réajustée. La notion nouvelle de fonds commercial empruntée aux comptables a disparu formellement mais l'idée utile d'un noyau dur a été conservée. Le fonds de commerce comprend « nécessairement » non plus « obligatoirement » les éléments essentiels que sont la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial.

II – La location gérance du fonds de commerce

1-La définition de la location gérance

Même si le législateur n'a pas voulu lui consacrer un article propre, la location gérance a enfin une définition complète qui inclut le paiement du loyer par le locataire gérant.

2-Les obligations des parties

Le législateur s'est attardé sur le contenu du loyer en distinguant un loyer correspondant à la jouissance des locaux et un loyer correspondant à la jouissance des éléments du fonds de commerce qui sont déterminés séparément.

Par ailleurs, le législateur a réglé la question de savoir qui doit supporter les frais de publicité qui sont dus au début ou à la fin de la location gérance.

3-Les conditions de la location gérance

Les conditions de la location gérance ont été réécrites notamment la condition dite de stage. La personne qui concède une location gérance doit avoir exploité le fonds. La durée de cette ne peut plus être inférieure à un an (article 142).

III- La cession du fonds de commerce

La cession du fonds de commerce est une vente, elle obéit aux règles générales de la vente (article 147) et non aux règles générales sur la vente

1-L'objet de la cession

Deux conditions doivent être remplies pour que la cession du fonds puisse être réalisée : il faut non seulement que la cession porte sur les éléments essentiels du fonds de commerce mais aussi que ces éléments soient cédés simultanément et non séparément. Ces deux exigences ne peuvent écartées même par des stipulations expresses du contrat de cession.

2-L'opposition des créanciers du vendeur et mainlevée

Tout créancier du vendeur de fonds de commerce peut faire opposition, ce mécanisme, comme chacun le sait, lui garantit le paiement à condition qu'il ne reste pas inactif, il doit notamment saisir le juge pour faire constater la créance et se faire payer. Le vendeur peut cependant obtenir une mainlevée amiable ou judiciaire. Deux règles nouvelles permettent de mieux gérer les intérêts des parties.

D'abord, le vendeur ne peut obtenir de la juridiction compétente la mainlevée de l'opposition et le versement des fonds entre ses mains qu'en contrepartie d'un cautionnement ou d'une garantie équivalente au montant de la créance.

Ensuite, l'article 162 prévoit la nullité de plein droit que tribunal peut constater. Cette nullité est encourue lorsque le créancier opposant reste inactif pendant un mois.

3-La surenchère

Les conditions de la surenchère ont été complétées. Le droit de surenchérir appartient à tout créancier ayant inscrit un privilège ou un nantissement, ou ayant

régulièrement fait opposition. Dans le nouvel Acte uniforme, le législateur précise que le cahier de charges est établi à la diligence du surenchérisseur et que la publicité dans un journal d'annonces se fait à ses frais dans les 15 jours francs de la surenchère (article 164 al.2). Le créancier surenchérisseur inactif ou négligent perd le bénéfice de la surenchère et court le risque d'être poursuivi pour surenchère abusive.

Pr. SANTOS Akuété Pedro,

***Professeur Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté de
Droit, Université de Lomé***

Formation Banque Mondiale juillet 2011
