

LE BAIL PROFESSIONNEL (En espace OHADA)

Un mécanisme de veille (juridique) Permanente

Par

SISSOUMA Sékou

L'immeuble a de tout le temps été considéré comme l'élément important sinon un des éléments les plus significatifs du patrimoine. A ce titre son acquisition, sa conservation et l'intéressante spéculation dont il peut être l'objet sont ou doivent être minutieusement et très justement règlementés.

Cela est il toujours le cas dans nos Etats africains et particulièrement au Mali ?

La réponse semble malheureusement négative car l'accès à la possession et ou la propriété¹ de la terre semble chez nous une affaire d'initiés ou de personnes ayant les « *grands moyens* ». En effet, il se tisse entre les personnes et autorités pouvant attribuer ou chargé d'attribuer les terres et les bénéficiaires de ces attributions, très souvent représentés par des intermédiaires plus rusés, plus manœuvriers, des rapports socioéconomiques précédant et conditionnant tout rapport juridique ultérieur.

C'est ainsi qu'au Mali l'on peut raisonnablement s'interroger si le lotissement précède l'attribution ou si c'est l'attribution qui précède le lotissement ou morcellement des terres ou encore qu'est ce qui est déterminant en l'acquisition d'une terre ? Est-ce l'attribution

coutumière (chef de village...) ou administrative (maires, préfets ou gouverneurs pour les titres fonciers) ?

En effet, les contrariétés entre ces différents modes d'attribution peuvent rendre indisponibles des terres pendant très longtemps².

Sur un plan strictement technique, le droit d'une façon générale et particulièrement le droit foncier³ semble à la recherche de repères car en effet en matière de voie d'exécution relative à la saisie immobilière l'on se pose la question de savoir entre autres ce qui est objet immobilier à saisir : est-ce les parcelles munies d'un titre foncier ou est-ce celles faisant l'objet d'une simple possession ?⁴ Les règles de saisie et de vente n'étant pas les mêmes, la question revêt une importance particulière.

En résumé l'immeuble et sa gestion reposent sur une certaine précarité juridique arpentant le chemin le plus

¹ Il faut se rappeler un point de droit sur la différence entre possession et propriété qui sont deux notions bien distinctes pouvant se succéder sur une même parcelle mais qui n'ont guère la même consistance juridique.

² C'est le cas particulièrement lorsqu'il naît un litige entre différentes personnes titulaires toutes paradoxalement mais légitimement de droits sur une même parcelle à divers titres.

³ Sur ces aspects ci-dessus évoqués la réaction de nos collègues « foncistes » (spécialistes du droit foncier) nous édifierait davantage.

⁴ Sur cette question voy Mahalmadane Hameye Founè. Revue de Droit des Affaires ; N'Diaw DIOUF, Anne Marie H. Assi-Esso, OHADA AUF, Récouvrement des créances, Emile Bruylant Bruxelles 2002. Droit OHADA...

sinueux que seuls quelques initiés empruntent.

Or, dès qu'on parle de précarité en droit, l'on parle de rapports de force et les rapports de force tournent toujours à l'avantage ou au détriment de quelqu'un (généralement le plus faible économiquement).

Ainsi la manière dont on a acquis son immeuble bâti ou non et sur lequel on a bâti « *stratégiquement* » des constructions destinées spécialement au commerce et à l'exercice d'autres activités professionnelles, justifie ou plutôt explique les appétits d'hégémonie des propriétaires qui veulent avoir les droits les plus larges pour donner en bail, fixer les loyers et déterminer les autres conditions sur les immeubles baillés. De ce côté l'on pense avoir déployé des efforts au-delà de la moyenne pour acquérir la parcelle, pour la mettre en valeur ; du coup ce fait, non à la portée du commun des mortels, légitimerait une certaine inégalité juridique.

De même les preneurs ou locataires qui croient que les propriétaires ont « *déjà réussi dans la vie* » et que c'est leur tour à travers leurs activités professionnelles diverses dont le lieu d'exercice constitue le socle économique et juridique, ne comprennent pas toujours « *l'acharnement* » le mauvais aloi des bailleurs. De ce côté l'on pense que la protection juridique doit être assurée le maximum possible et même en cas de difficultés internes, ne regardant pas le propriétaire, cette protection doit continuer de s'assurer.

Le contrat de bail qui naît dans ces conditions ne saurait, de toute évidence et

en toutes circonstances connaître une application conventionnelle seulement. L'intervention de l'Etat à travers des textes, va donc s'avérer obligatoire. Malgré cette intervention autoritaire, présumée régulatrice entre bailleur et preneur il ne serait pas superfétatoire d'évoquer le professeur Pierre VERDIER¹ dans ses idées sur le comportement humain. Il fait allusion à la morale et à l'éthique pour inviter à éviter les excès. Aussi déclare-t-il la morale peut être définie comme « l'ensemble des règles de conduite socialement considérées comme bonnes » ;

L'éthique est « l'ensemble des principes qui sont à la base de la conduite de chacun ». Ces deux vocables conjugués conduiront les éléments de la société à s'imposer individuellement des comportements corrects et à observer collectivement, avec un esprit de coopération imbu de bonne foi, des règles de bonne conduite.

D'une façon générale l'esprit du bail commercial vise la protection du fonds de commerce. Et aujourd'hui cette protection va au-delà du seul fonds de commerce car elle vise l'ensemble des professionnels et même les personnes publiques dans certaines conditions (Etat, communes). Cet élargissement du bail commercial risque d'entraîner une confusion dans le droit privé en général par la mise en place d'une notion unitaire appelée droit professionnel².

D'une façon spécifique le bail commercial fait l'objet d'une

¹ Morale, Ethique, déontologie et droit, Pierre VERDIER, Fondation la vie au Grand Air (article de)

² Voy. Dr Mamadou KONE: Le nouveau droit commercial des pas de la zone OHADA comparaison avec le droit français.

réglementation minutieuse laissant très peu de place aux aléas juridiques entre parties mais dont la mise en œuvre nécessite une veille juridique constante entre bailleur et preneur.

A l'analyse la veille juridique se révèle être comme un mécanisme à double détente : d'une part au niveau de l'importance et des contours du bail commercial qui peut être appelé désormais bail professionnel, d'autre part au niveau de la gestion de la vie même du contrat de bail où consécutivement à des initiatives unilatérales il se révèle un caractère synallagmatique des décisions et obligations des parties.

I. Importance et contours du bail professionnel.

Le bail professionnel est une institution extrêmement importante car constituant le facteur de base de la stabilité donc de la promotion des activités commerciales ou professionnelles.

Ce bail qui met sur scène deux personnes aux intérêts à la fois convergents et divergents joue un rôle social et économique de premier plan dans l'essor des affaires et des professions. Il (bail) procure l'usage de l'immeuble ou du bien au locataire et assure les fruits du même bien au bailleur¹.

Lorsque le bail commercial est bien structuré et que son exercice ne pose aucun problème le profit devient général. En effet, la bonne marche du bail

professionnel assure à l'Etat la perception de divers impôts et taxes au profit du trésor public, garantit au propriétaire une perception régulière de ses loyers, la même garantie est assurée aux salariés pour leurs salaires. Enfin le locataire lui-même, garde toutes les chances de fructifier ses affaires ou de croître sa profession par la satisfaction de sa clientèle, la réalisation de son objet professionnel.

Il convient cependant avant d'insister sur certains risques maladroits de tirer la différence entre bail commercial et bail à usage d'habitation.

1°) Différence entre bail à usage d'habitation et bail commercial.

D'abord le bail civil est fermé alors que le bail professionnel est, lui, ouvert. Il n'est pas possible, en principe, au titulaire du bail à usage d'habitation de se permettre une modification de la destination des lieux². S'il a loué pour habiter, il ne lui sera pas permis d'y exercer une activité professionnelle. Or, le locataire commerçant ou professionnel, a la latitude d'adjoindre à son activité principale originelle, des activités dites connexes ou complémentaires c'est-à-dire certaines activités qui ont des liens utiles avec sa première activité. Ainsi un boulanger peut devenir pâtissier, un boucher devenir vendeur de viande grillée ; mais un chef de famille locataire ne peut changer une partie de la maison louée en une école privée par exemple.

Ensuite le bail à usage d'habitation paraît plus précaire quant au renouvellement alors que le bail

¹ Philippe Malaurie et Laurent Aynès. Les contrats spéciaux. Editions Cujas 1995. 4, 6.8 rue de la Maison Blanche 75013 Paris.

² Yves Guyon. Droit des Affaires T. 1 12^{ème} édition.

professionnel est plus consistant. En effet, en fin de bail et dans certaines conditions il est possible au bailleur de refuser le renouvellement du bail à usage d'habitation à un locataire indélicat sans encourir le versement d'indemnité. Ce qui n'est pas possible ou ce qui est plutôt difficile au côté du bail professionnel dans lequel le renouvellement est institué automatiquement. A défaut le preneur il peut prétendre à ce qu'on peut appeler le versement d'une indemnité d'éviction. Tout se passe comme si le locataire professionnel avait un droit perpétuel lui accordant une jouissance indéfinie des lieux¹. C'est ainsi que l'on a pu parler de propriété commerciale.

Enfin dans un texte réglementaire qui peut être qualifié de révolutionnaire parce qu'il a été pris par un gouvernement socialiste en 1967 au Mali², le bail à usage d'habitation a été, par endroit, érigé en droit absolu en faveur du locataire. C'est ainsi qu'on a pu assister à un plafonnement du loyer dont « *le prix maximum est fixé à 11% de la valeur réelle de l'immeuble* » (article 5 du décret). Ce même article précise que le montant du cautionnement et des loyers à verser comme garantie et avance ne pouvait excéder une somme correspondant à un mois de loyers. Or, il n'est pas fait allusion à un tel plafonnement dans la réglementation du bail commercial.

L'exercice du droit de reprise, selon l'article 15 du décret 146 est subordonné à des conditions restrictives et précises

¹ Yves Guyon : Droit des Affaires Tome 1. Droit commercial général et sociétés 12^{ème} édition.

² Décret n° 146-PG-RM du 27 septembre 1967 portant réglementation des loyers des locaux d'habitation en République du Mali (articles 1, 5, 15, 22, 23 et 25).

comme l'observation d'un délai de six mois pour le cas des travaux ou d'occupation personnelle envisagé sur les lieux, à observer sous peine de sanctions. C'est ainsi que le propriétaire pourra être tenu au versement d'une indemnité équivalente le loyer de six mois au locataire évincé pour privation injustifiée de jouissance.

En outre, l'intuitus personae qui caractérise le bail à usage d'habitation est mis en mal par l'article 22 du décret révolutionnaire qui interdit à un bailleur de refuser de louer un local vacant à un locataire éventuel, « *motif prix de l'existence du nombre d'enfants à la charge de celui-ci* ». Un tel bailleur réticent sera puni d'une amende civile et pourra être contraint de supporter un bail obligatoire de trois au profit de la dite famille, si les lieux sont vacants. Si entre temps les lieux ont été loués à un autre prétendant, le bailleur réticent pourrait être condamné au paiement de dommages intérêts à la partie lésée.

Le décret donne deux précisions de taille dans ses articles 23 et 25. D'une part il autorise l'implication du Ministère public d'office qui pourra poursuivre l'application des amendes civiles auxquelles le bailleur défaillant serait condamné et d'autre part il précise que l'ensemble de ses dispositions sont d'ordre public et que toutes clauses ou conventions contraires sont réputées nulles de plein droit.

L'importance du bail professionnel explique qu'il faille mettre en garde contre certains risques.

2°) Les risques pouvant compromettre le bail professionnel.

L'importance du bail professionnel n'est plus à démontrer car pour plusieurs raisons dont certaines ont été invoquées dans l'introduction, la plupart des professionnels n'ont pas accès aux immeubles ou au financement pour bâtir les locaux professionnels.

A part les grands commerçants, les grands industriels, les professionnels de renom ou ayant des rapports précis et étroits dans les « *milieux financiers* », il n'est pas facile pour la grande majorité (petits et moyens entrepreneurs) d'exercer dans leurs propres locaux dans nos Etats africains. Cela est d'autant vrai que présentement au Mali par exemple, à la faveur d'une certaine politique gouvernementale de promotion des jeunes, c'est l'Etat même qui se substitue aux jeunes et à leurs parents, pour financer le démarrage de leurs activités professionnelles diverses à travers le département de l'emploi et de la formation professionnelle¹. Il faut ajouter à ces jeunes toutes les personnes qui ont pu s'installer par elles mêmes, au prix de multiples tractations.

Il va sans dire, dans ces conditions que le nombre de locataires professionnels soit extrêmement élevé perpendiculairement aux propriétaires et bailleurs qui s'adonnent opportunément à la construction d'immeubles dits commerciaux.

Dans les activités purement commerciales, si le commerçant n'est pas propriétaire des locaux, le droit au bail constitue un élément important sinon le plus important du fonds de commerce et c'est ce qui explique l'insertion fréquente du pacte de préférence le rappel du droit de préemption au profit du locataire dans l'hypothèse où l'immeuble serait mis en vente².

En plus quelle que soit l'activité professionnelle envisagée le lieu de l'installation matérielle du professionnel participe beaucoup à ses chances de réussite d'une façon générale. Il y a lieu d'observer que le locataire est en position précaire voire fragile par rapport au bailleur-propriétaire et cela quelque soit l'état de ses affaires : que ses affaires marchent ou qu'elles périclitent. En effet, lorsqu'un lieu « *marche bien* », il est possible qu'une autre personne vienne proposer au bailleur de casser le contrat en cours pour lui passer les dits lieux contre un loyer plus substantiel (plus élevé) ou que le propriétaire lui-même, pour continuer d'assouvir ses appétits de gain d'argent, veuille libérer les lieux pour y entreprendre une activité similaire ou identique car les loyers sont devenus insignifiants à côté d'une telle opportunité. Cette manœuvre devient d'application pleine et immédiate lorsque le professionnel éprouve des difficultés passagères ou réelles à satisfaire les conditions du bail. C'est pourquoi il doit y avoir une veille permanente des autorités administratives, juridiques, judiciaires et du preneur lui-même pour déjouer

¹ Ce département développe à travers l'APEJ une véritable promotion professionnelle des jeunes maliens pour leur « *donner la main* » dans le privé.

² G. Rippert Roblot © Louis Vogel. Traité de Droit Commercial. LGDJ. 12^{ème} édition cass. Civ. 21 décembre 1983. JCP 1989. 2. 31324. Note Dagot, 16 juin 1989. DAFF. 1989 1147.

certaines collisions inavouées ou contenir certains appâts de gain car la réussite d'une bonne politique d'emploi, d'auto emploi, d'essor économique et financier dépend de la stabilité dont peuvent ou doivent bénéficier les fonds de commerce et les baux professionnels.

Après avoir évoqué l'importance du bail professionnel, il importe à présent de le circonscrire.

B°) Contours du bail professionnel.

Le bail professionnel que le législateur OHADA a désigné au début par défaut sous le vocable de bail commercial, fut à l'origine un contrat garantissant le fonds de commerce parce que seul était couvert par lui, les personnes ayant la qualité de commerçant et exerçant sur un fonds de commerce¹.

Ainsi à l'origine la distinction s'opérait entre plusieurs types de baux selon la destination réservée à l'exploitation de l'immeuble loué : habitation, exercice d'une profession non commerciale et artisanale, ou une exploitation commerciale ou industrielle² c'est dire que le bail commercial était simplement, strictement et étroitement lié à l'activité commerciale effectuée sur un fonds de commerce.

La notion a connu un essor si prodigieux en extension que si l'on y prend garde, elle va bouleverser conceptuellement tout le droit privé.

¹ Yves Guyon. Op. Cit.

² A. Leborgne : Recherche sur l'originalité du louage d'immeuble. Thèse Aix. 1992 in Malaurie (P) Aynès (L) : Les contrats spéciaux 1995 Op. Cit. P. 335.

1°) Le bail commercial originel.

Il faut rappeler que le bail commercial a été institué en 1926 en France³ avec l'intention de stabiliser le fonds de commerce. Ce bail qui confère des droits spécifiques et importants au commerçant comme le droit au renouvellement de son contrat, a été érigé ainsi en disposition spéciale pour déroger au droit commun des contrats de louage⁴. Dans la même perspective il fut reconnu au locataire commerçant classique la possibilité de pouvoir céder le bail ensemble avec le fonds de commerce lorsqu'il prend la décision de disposer de celui-ci.

Ainsi le domaine d'application de la législation originelle se rapportant aux baux commerciaux était déterminé par l'article L 145-1 du code de commerce français dans des termes très claires à savoir que les dispositions du présent (texte) s'appliquent aux baux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne à un commerçant ou à un industriel immatriculé au Registre du commerce ou à un entrepreneur immatriculé au répertoire des métiers.

Cette conception classique du bail commercial s'est révélée très tôt être une notion intéressante dont les effets pouvaient ou devaient profiter à d'autres professionnels et même à des personnes morales publiques car la protection dans le sens de la stabilité d'un lieu d'exercice d'activité ne pouvait constituer un privilège pour les seuls commerçants.

³ Par la loi du 30 juin 1926 intitulé loi sur la « propriété commerciale » Yves Guyon. Op. Cit. Derrupe (J) Baux commerciaux 1979 in Sékou F Cissouma. Thèse d'Etat en droit privé : « Le statut de l'enseignement privé au Mali ».

⁴ Yves Guyon. Op. Cit.

Ainsi à un sens originel s'est allégrement substitué un sens, une conception plus large, du bail commercial qui légitime du coup l'appellation de bail professionnel pour caractériser le contrat entre propriétaires et professionnels.

2°) Le bail commercial au sens large (ou bail professionnel et économique)

Le souci de protection du lieu d'exercice des activités professionnelles a conduit d'abord le droit français à admettre le bénéfice des prérogatives du bail commercial même si le professionnel dont l'activité profite n'a pas la qualité de commerçant¹. C'est ainsi que par exception le bail commercial s'est étendu horizontalement pour couvrir des non commerçants² comme :

- Les artisans à condition qu'ils immatriculent leur entreprise au répertoire des métiers³ pour bénéficier des avantages d'un « *fonds artisanal* » à l'usage du fonds de commerce.

- Les établissements d'enseignement ;

- Les personnes morales de droit public ;

- Les sociétés coopératives ayant une forme ou un objet commercial ;

- Les caisses d'épargne par la loi du 10 juillet 1991.

Ces dispositions de droit français ont largement inspiré les législations africaines nationales dont celle du Mali⁴ avant même l'adoption des actes uniformes.

¹ Yves Guyon. Op. Cit.

² Santourens (B). Le bail commercial des non commerçants : Etudes Derrupe Paris 1991 ; cf article 145-2 code de commerce.

³ Voy. Loi du 05 janvier 1957 sur les artisans.

⁴ Déjà les dispositions de l'ordonnance n° 37 CMLN du 15 octobre 1971 portant réglementation des baux à usage commercial, industriel, artisanal

Les dispositions du code de commerce du Mali en vigueur dans leur totalité avant le traité OHADA réglementaient le bail commercial quasiment dans les mêmes conditions. Ainsi l'article 69 du code de commerce⁵ précisait que ses dispositions concernent les baux ayant pour objet :

- 1- Les locaux ou immeubles à usage commercial, industriel ou artisanal ;

- 2- Les locaux accessoires dépendants du fonds, d'industrie, de l'entreprise artisanale ;

- 3- D'une manière générale les locaux professionnels, les sièges des associations des syndicats professionnels ;

- 4- Les locaux ou immeubles abritant les établissements d'enseignement ;

- 5- Les baux consentis aux communes (Etat...).

Plus récemment l'Acte Uniforme sur le droit commercial Général dans son livre III titre I intitulé Bail commercial est revenu sur les dispositions de la vieille ordonnance malienne d'une façon identique évitant de citer certaines activités comme les établissements d'enseignement, les associations et syndicats etc. qu'on retrouve dans l'article 69 du code de commerce.

Le législateur OHADA s'est contenté des termes généraux de « *locaux à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel* ». ce qui est à la base de la réalisation d'un conduit qu'il peut être permis de désigner sous le nom de conduit professionnel unifiant l'application du droit sur les baux. La Haute juridiction

ou professionnel en République du Mali donnaient le ton de bail professionnel dans son article 1^{er}.

⁵ Loi n° 92-002 du 27 août 1992 portant code de commerce en République du Mali.

ivoirienne est passée sans hésitation à la confirmation de cette effectivité dans des termes univoques.

En réalité, l'acte uniforme sur le droit règlemente le bail à usage professionnel (article 69, 1^{er}). Or, exercer une profession, quelle qu'en soit la nature est une activité professionnelle et le bail qui permet cet exercice relève de l'acte uniforme¹

Malgré son esprit louable de protection, le bail commercial dans son élan d'extension a souvent créé quelques difficultés dans le droit privé général. Ce fut le cas au Mali avec la prise en compte des établissements d'enseignement privé dans l'empire du bail commercial. En effet, la pratique administrative et judiciaire a profité de la soumission des écoles privées au bail commercial pour les considérer désormais comme des activités commerciales ou industrielles. Ainsi le personnel employé dans l'enseignement privé laïc au Mali est soumis à la convention collective fédérale de commerce, aussi le contentieux les concernant ressortit-il à la compétence du tribunal de commerce². Ce qui a soulevé un problème de domaine de compétence matérielle entre droit civil et droit commercial.

Il se trouve justement que les franchises disciplinaires juridiques sont aujourd'hui compromises par l'extension du bail

¹ Cour suprême de Cote d'Ivoire, chambre judiciaire, formation civile, arrêt N° 232 du 15 avril 2004 in Répertoire quinquennal 2000-2005 OHADA, réalisé par Issa SAYEGH Joseph. UNIDA-OHADA.com

² Sékou F CISSOUMA. Thèse d'Etat en droit privé : « Le statut de l'enseignement privé au Mali ». FSJP UCAD avril 2008.

commercial en bail professionnel dans la mesure où des juristes n'ont pas résisté à la tentation de concevoir tout de suite un droit professionnel ou un droit économique lequel devrait supplanter tout le droit privé. Encore une fois le mécanisme de veille juridique devrait se mettre en branle pour éviter une telle unité qui ne manque pas de poser plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait.

3°) Les franchises disciplinaires juridiques compromises.

Le terme droit privé a toujours revêtu un sens global de gestion des personnes et des activités dans leurs rapports privés ou particuliers. Pour ce faire il procède de diverses manières : les personnes exerçant des activités lucratives avec une option avérée pour le gain (bénéfice) sont régies par le droit commercial ou droit des affaires et les personnes exerçant des activités pour assurer leur survie existentielle même si ces activités sont quelque peu lucratives demeurent régies par le droit civil avec la rigueur classique de ses règles peu enclines au changement. Est-ce possible aujourd'hui par quelques concepts qu'il soit de pouvoir opérer une unicité à la fois matérielle et fonctionnelle de ces deux domaines ?

a°) Les notions de droit économiques et professionnel.

Les auteurs qui promeuvent une unicité du droit privé se fondent sur l'extension du bail commercial aux autres activités ainsi que les réalités économiques pour justifier leur réflexion.

Toutefois l'on peut légitimement se poser la question de savoir si la nécessité

de stabilité des fonds professionnels et le besoin de recours au crédit généralisé suffisent à justifier une substitution du droit professionnel ou économique au droit privé classique (droit civil et droit commercial) ?

a-1°) Le droit professionnel.

La proposition d'un nouveau droit unique, valable pour tous les professionnels remonterait à d'éminents juristes français¹ lesquels dès 1939 faisaient le constat que les activités professionnelles (civiles ou commerciales) présentent des caractéristiques similaires².

Ainsi le professeur Ripert ne percevait plus l'opportunité de distinguer entre commerçants et non commerçants. Il sera suivi dans sa logique par plusieurs auteurs de renom³ dont les travaux se divisent entre une conception extensive et une conception restrictive⁴.

En définissant la profession comme « *une activité habituelle exercée par une personne pour s procurer les ressources nécessaires à son existence* » il a été reproché aux tenants de cette conception extensive (Savatier et Lacoste) d'avoir

¹ Ripert (G) Ebauche d'un droit civil professionnel : Etudes. Henry Compitant Dalloz 1939. P 677 in Mamadou Koné : le nouveau droit commercial OHADA. ...Op. Cit.

² Mamadou Koné : Op. Cit.

³ Tunc (M) qui a abordé la question sous l'angle des contrats. Ebauche du droit des contrats professionnels ; Savatier (J). Contributions à une étude juridique de la profession ; Santourens (B) Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial, thèse Bordeaux 1986 et Asselain (M) : La distinction des actes civils et de commerce thèse Bordeaux. 1998 P. 387 et s. in Mamdou Koné le nouveau droit commercial.Op. Cit

⁴ Idem.

confondu salariés et entrepreneurs c'est-à-dire employeurs et employés.

A l'inverse et d'une façon plus restrictive, la profession sera définie comme « *une activité habituelle, indépendante et destinée à fournir à celui qui l'exerce des moyens d'existence.* » (Madame ASSELAIN).

Avec l'usage du mot « *indépendant* » cette définition exclut les salariés et avec le pronom démonstratif « *celui* » elle concerne à la fois les personnes physiques et morales. Cependant il peut être reproché à cette définition le défaut de distinction entre activités lucratives et non lucratives. Ainsi il est inconcevable de mettre dans le même panier juridique disciplinaire activités humanitaires et activités spéculatives⁵.

A la suite de ces deux définitions qui n'ont pas permis de bien caractériser la notion de droit professionnel, une troisième sera proposée par les auteurs Calais- Auloy et Stennetz⁶ dans les termes suivants :

« *Le professionnel est la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution et de prestation de services.* » Cette définition encore plus restrictive exclut les activités désintéressées.

Malgré l'optimisme dans la tentation qui caractérise les auteurs de l'institution d'un droit professionnel en Europe comme en Afrique⁷, il ne paraît pas évident qu'une

⁵ Idem.

⁶ Calais-Auloy (J) et Stennetz : Droit de la consommation in Mamadou Koné Op. Cit.

⁷ Mamadou Koné : Op. Cit.

conviction générale se construise au bout de leur argumentaire et ce pour au moins deux raisons dont la première est relative à la conception de la notion d'activité lucrative et la seconde relative au fisc. Si ce dernier point peut faire l'objet d'une partie indépendante, la notion d'activité lucrative en revanche presse d'être exposée pour relever au vif dans la notion ce qu'il convient de retenir en dehors ou en plus des arguments exposés ci haut, la notion de mesure dans le sens de degré dans l'appât du gain. Ainsi il apparaît aisément que celui qui exerce une activité pour parvenir à satisfaire son existence simple pour améliorer ses moyens et conditions de travail et de service ne peut pas objectivement être assimilé à celui qui cherche à réaliser, quelque soient les moyens et procédures, le maximum de bénéfice pour assouvir le besoin d'un prestige social (commerçants)¹. Il apparaît dès lors qu'il devient impossible d'appliquer les mêmes règles juridiques (disciplines) aux professionnels non commerçants et aux professionnels commerçants. Les juristes doivent encore une fois maintenir une certaine veille pour éviter l'amalgame.

a-2°) Le droit professionnel la seule proposition.

Le droit professionnel n'a pas été la seule notion proposée par des juristes pour uniformiser le droit privé. En outre il y eût l'idée de droit économique lequel connaît d'ailleurs quelques réglementations sur le

¹Sékou F Cissouma. Thèse d'Etat en droit privé : « Le statut de l'enseignement privé au Mali » UCAD 2008.

plan national² et avait tenté le législateur OHADA avant d'être abandonné³ utilement par celui-ci.

Le droit économique est conçu autour de la notion d'activité économique qui est définie comme « *une activité de production ou de transformation ou de circulation des richesses, qu'elle soit commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale* »⁴.

L'activité économique paraît ainsi s'assimiler à la notion d'entreprise qui reste une notion à plusieurs variables dont le droit se saisit pour traduire plusieurs réalités non univoques⁵.

Qu'est ce qui a pu conduire à la conception du droit économique à partir de l'activité économique ?

C'est à partir du contrat que de nos jours, quelle que soit l'activité et quels que soient les professionnels, commerçants et non commerçants partagent les mêmes soucis voire les mêmes besoins comme le recours au crédit et la réalisation de bénéfice.

Or, le recours au crédit est devenu aujourd'hui un moyen nécessaire pour toutes les activités en vue d'assurer leur développement ou leur relance.

De même la réalisation du bénéfice paraît obligatoire pour permettre le

² Article 2 code guinéen des activités économiques et article 477 du code des impôts au Mali sur la taxe sur la valeur ajoutée.

³ Information donnée par Dr Mamadou Koné Op. Cit.

⁴ Viander (I) et Madame Vallanscar : Actes de commerce, commerçants, activités commerciales in Mamadou Koné Op. Cit.

⁵ Voy. Yves Guyon Op. Cit. Ripert et Roblot Op. Cit. Mamadou Koné Op. Cit. Cissouma Sékou F. Op. Cit.

remboursement des crédits¹ c'est-à-dire des dettes contractées.

En conséquence c'est la modernité dans l'exercice des activités qui impose ces deux éléments qui ne peuvent donc suffire à rendre nécessaire une uniformisation du droit des affaires².

Il reste une seconde conséquence d'une uniformisation induite du droit privé.

b°) Les conséquences fiscales :

Participer à l'effort de renflouement du trésor public par le paiement des contributions diverses est un devoir citoyen qu'il convient de respecter allègrement. S'il existe un impôt de capitation dans nos Etats, il en existe d'autres encore plus importants qui sont liés, eux, à l'exercice de telle ou telle activité. Leur assiette est fonction de la nature et de l'importance (bénéfice réalisé) de l'activité concernée.

Ainsi d'une part que ce soit une activité civile ou commerciale les professionnels supportent indifféremment au Mali l'impôt sur le traitement et salaire (article 1^{er} du code général des impôts), la contribution forfaitaire à la charge des employeurs (article 303 et 304 CGI) la taxe de formation professionnelle (article 349 CGI) la taxe de logement et la taxe sur la valeur ajoutée (article 477CGI). D'autre part, il existe des impôts typiquement commerciaux que les activités non commerciales ne doivent pas, par principe, supporter, il s'agit d'impôt comme la patente (article 241 CGI) l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial (IBIC) (article 140 CGI)³.

Le poids de la charge fiscale fonde la prudence que devrait observer la doctrine africaine en ne proposant pas si facilement un droit privé uniforme à travers des notions apparemment séductrices de droit professionnel, de droit économique ou autre.

La veille juridique doit encore s'aguerrir davantage.

Dans la vie du contrat de bail commercial, il peut être remarqué également le caractère unilatéral des décisions mais qui ne peut produire d'effets juridiques sans décision consensuelle ou intervention d'une juridiction compétente.

II. De l'unilatéralité des initiatives au caractère synallagmatique des décisions et obligations dans le bail professionnel.

Il faut commencer par indiquer que les dispositions de l'article 69 du code de commerce du Mali qui définissent le champ d'application correspondent exactement à celles de l'article 69 de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général sur le même objectif sauf que l'Acte Uniforme a partagé lesdites dispositions entre ses articles 69 et 70.

Trop vite, il a été procédé à l'apposition d'une bande effaçante sur les dispositions de l'article 69 et suivants du code malien dans le recueil des codes et textes contrairement à la lettre et à l'esprit du traité de l'OHADA dont l'article 10 laisse sous entendre que des dispositions de droit

¹ Sékou F Cissouma. Thèse d'Etat Op. Cit.

² Idem. P. 147 et s.

³ Ces impôts sont mal libellés dans la législation malienne contrairement à la législation française où ils ne sont guère supportés par des non

commerçants. Au Mali commerçants et non commerçants paient patente et IBIC. Voy. Cissouma Sékou F. Op. Cit.

national demeurent applicables dans certaines conditions¹.

Par ailleurs l'on peut bien s'interroger sur l'opportunité du critère d'applicabilité lié au nombre d'habitants (villes de plus de cinq mille habitants selon l'article 69 AUDCG). A défaut de dire expressément ce qu'il en est dans les villes de moins de cinq mille habitants, il peut être reproché à cet alinéa la possibilité de nuire à l'esprit du bail commercial qui est la stabilité du fonds de commerce.

En outre, en disant que le bail commercial concerne « *tous les baux portant sur des immeubles* » le législateur OHADA vise à la fois les immeubles bâtis et ceux non bâtis c'est-à-dire les terrains vierges. En effet des professionnels peuvent être valablement servis par des immeubles non mis en valeur, c'est le cas par exemple du garagiste, du vendeur de véhicules d'occasion, etc.

Aussi, pour comprendre la particularité de Prise de décisions dans la conduite du bail professionnel, serait-il nécessaire d'analyser d'une part sa conclusion et la réciprocité de ses charges (A) et d'autre part analyser son immanence (B).

A°) Entrée en vigueur du bail professionnel.

Avant d'entrer en vigueur, le bail professionnel fait l'objet d'une discussion

adoption dans le cadre d'un contrat spécial et une fois entré en vigueur le bail se maintient par le respect de charges (obligations) réciproques.

1°) Conclusion et durée du bail.

Dans son livre III, acte I sur le bail commercial, l'acte Uniforme sur le droit commercial général traite cumulativement dans le chapitre I de la conclusion et de la durée du bail qui constitue deux éléments étroitement liés pour l'existence même de ce contrat.

a°) Conclusion du bail :

Le législateur OHADA a institué une liberté de forme et ainsi le bail professionnel peut naître à la suite d'un contrat consensuel où le seul échange de consentement suffit entre bailleur et preneur. Selon l'article 71 AUDG « *Est réputé bail commercial toute convention même non écrite, existant entre le propriétaire d'un immeuble ou d'une partie d'un immeuble compris dans le champ d'application de l'article 69, et toute personne physique ou morale, permettant à cette dernière d'exploiter dans les lieux avec l'accord du propriétaire toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle.* »

Une comparaison sommaire avec le code de commerce du Mali (article 20) permet d'établir que le bail commercial était un contrat solennel obligeant les deux parties à passer par devant notaire.

En effet l'article 70 du code de commerce malien exigeait aux parties de constater leur accord dans un contrat (écrit) et que ce contrat est obligatoirement un

¹ Article 10 traité OHADA « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieur ou postérieur ». Donc les dispositions nationales non contraires sont également applicables et obligatoires. Cette analyse est confirmée par les dispositions finales de certains Actes Uniformes comme les articles 919. AUSC 336A UVE 257 AUPC ou 150 AUS. Voir Joseph Issa- Sayegh Jacqueline Lohoues Oble. OHAD Harmonisation du droit des affaires. Pages 133 et 134.

acte authentique. En plus les noms et prénoms et le numéro d'inscription du preneur sur le registre du commerce devraient ressortir dans ce contrat authentifié.

On peut aisément relever les avancées du droit OHADA par rapport au droit malien d'avant sur deux points. D'une part le contrat de bail n'est plus obligatoirement authentique, ni encore moins forcément sous seing privé, il peut être un contrat simplement verbal, oral.

D'autre part le contrat de bail commercial est nettement dissocié du fonds de commerce. En conséquence l'exigence de ressortir le numéro d'immatriculation concernerait seulement les commerçants professionnels inscrits au registre de commerce et qui passent un contrat écrit. Sinon pour les autres professionnels dont les activités évoluent dans un autre cadre que sur un fonds de commerce, il n'est nullement question de numéro RC même si le contrat est écrit.

En outre à la faveur de l'évolution numérique (internet) un nouveau type de fond de commerce vit le jour pour lequel l'existence d'un local d'exploitation et d'un bail commercial ne sont pas essentiels¹. Toutefois l'on évoque, à juste titre, l'existence d'un contrat d'hébergement par rapport au commerce électronique qui consiste en un fond de commerce hébergé dans un espace –disque connecté à l'internet avec l'objectif de connexion sur réseau. La doctrine

¹ Article de la doctrine : Extrait du journal des tribunaux N°6044 du 23 février 2002 et reproduit avec l'aimable autorisation des Editions Larcier. Edition LARCIER, rudes Minimes, 39-1000 Bruxelles. Edmond-Picard (1881-1900) Leon-Henneberg (1901-1940) Charles Van Repingler (1944-1966). Jean DAL (1966-1981) Thibault VERBIEST. Maxime Le BOIRE.

française² a défini ce contrat d'hébergement comme « (...) un contrat par lequel le prestataire (de service) met à la disposition de son (ses) abonné (s) une partie des ressources de ses machines : espace, disque dur et capacité de traitement en termes de machines ».

Cela a pour conséquences en principe que :

- D'abord le contrat de bail peut se prouver par tous moyens, donc il est assimilé à un acte de commerce.

- Ensuite en cas de volonté de l'une des parties d'obtenir telle ou telle forme de contrat, elle ne peut qu'avoir l'initiative mais la mise en œuvre dépendra d'une discussion préalable à caractère synallagmatique.

- Enfin il faudrait une large information des professionnels sur les dispositions du droit OHADA et leur primauté par rapport au droit national afin d'éviter que des esprits médusés, des personnes de mauvais aloi n'obligent leurs cocontractants à des actes authentiques auxquels la loi ne les tient pas.

Ainsi l'idée de veille juridique refait surface objectivement.

Pour combien de temps le contrat de bail professionnel peut-il être conclu?

b°) Durée du contrat de bail :

Par rapport à la durée du bail l'acte uniforme sur le droit commercial général s'exprime dans les termes suivants dans son article 72 :

« Les parties fixent librement la durée des baux. »

² G.Iteanu. « les contrats du commerce électronique » droit et patrimoine, décembre 1997 N°55 PP 52 et s.

Le bail commercial peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.

A défaut d'écrit en de terme fixé, le bail est réputé conclu pour une durée indéterminée. »

En droit malien d'avant OHADA, à l'exception des baux emphytéotiques, la durée des baux commerciaux était comprise entre une année au mois et trois ans au plus.

En offrant la possibilité aux parties de conclure leur bail soit pour une durée déterminée assorti d'un nombre d'années à souhait par les parties (surtout le locataire), soit à durée indéterminée, le législateur OHADA a mené là une véritable révolution, favorable d'une façon générale à l'essor des affaires, à la stabilité des professionnels qui peuvent être amenés à procéder à des investissements sur les lieux pour une meilleure rentabilité ou un meilleur service de leur clientèle.

Sur ce point le droit OHADA peut être comparé au droit français qui confère également des baux commerciaux de longue durée car précise l'article L 145-4 du code de commerce¹ : « *La durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf (9) ans.* »

La stratégie pour le preneur devrait être de négocier les durées les plus longues possibles dans les contrats à durée déterminée ou simplement d'opter pour les contrats à durée indéterminée.

Déjà la législation OHADA est largement favorable à cette forme indéterminée car l'article 72 AUDG prévoit in fine que chaque fois que le contrat est conclu sans écrit donc

verbalement ou lorsqu'il est convenu par un écrit muet sur le terme, le dit contrat est automatiquement qualifié de contrat de bail à durée indéterminée.

2°) Réciprocité des charges dans l'exécution des contrats.

Comme tout contrat, le contrat de bail professionnel crée des droits mais aussi et surtout des obligations à supporter pour chacune des parties.

a°) Les droits et obligations du bailleur.

Tout d'abord il convient de comprendre que le bailleur n'est pas forcément le propriétaire de l'immeuble loué. Il est vrai que le propriétaire peut être le bailleur lui-même mais aussi et fréquemment il peut être représenté par une autre personne physique ou morale répondant en ses lieux et place : notaire, agence immobilière etc.

Il faut souligner que le Mali a récemment réglementé les professions d'administrateur de biens immobiliers et d'agents immobiliers par une loi² dont l'article premier énonce qu'est administrateur de biens immobiliers, toute personne juridique qui, de façon habituelle et à des conditions légales fixées, se livre ou prête son concours aux opérations suivantes : donner en location les immeubles et fonds de commerce d'autrui et accomplir tout acte et entreprendre toute action et toute procédure y relative, notamment encaisser les loyers, payer les charges et impôts, souscrire une assurance, faire les réparations et les travaux

¹ Les dispositions de l'article L 145-4 du code de commerce français sont la prise en compte des éléments du décret de 1953 articles 3 - 1. Voy. Ripert (G) Roblot © : Louis Vogel. Op. Cit.

² Loi N° 10-021 du 10 juin 2010 régissant les professions d'administrateur de biens immobiliers et d'agents immobiliers.

d'entretien courant incombant au propriétaire...

Cette loi a professionnalisé la représentation et au profit de certains diplômés comme les juristes et les économistes et aussi de certaines professions comme les clercs de notaires, d'huissiers de justice, ou de toute personne ayant travaillé sans discontinuité pendant au moins dix (10) ans dans une agence de gestion ou de transaction immobilières (article 3 de la loi).

Les locaux, objet du bail, doivent être tenus en bon état par le bailleur avant l'installation du preneur et en principe un acte joint en constate l'état. Si le contrat est verbal, le bon état est présumé (article 73 AUDC).

En cours de bail, toutes les réparations avérées nécessaires et pouvant compromettre l'existence du bâtiment comme la défaillance des gros murs, des voûtes, des poutres, des toitures, des murs de soutènement ou rendant difficile l'exploitation des lieux par dégagement d'odeurs nauséabondes comme la défaillance des fosses septiques et des puisards doivent être supportées et effectuées par le bailleur (article 74 AUDCG).

En outre il a le devoir constant d'assurer au preneur une jouissance régulière sans trouble ni de son fait ni de celui de ses ayants droit et préposés... (article 77 AUDCG).

Il aura droit en retour au paiement des loyers (article 80) à la signification de toute cession du bail par le preneur ou de sous location qu'il déciderait de faire.

b°) Les droits et obligations du preneur.

La tentation de la déduction que toutes les obligations du bailleur constituent des droits pour le preneur s'impose car en effet dans certains cas mêmes, il est possible au preneur de les contourner légalement. Ainsi lorsque le bailleur n'assure pas les grosses réparations relevant de lui, le preneur peut se faire autoriser par la juridiction compétente pour les exécuter lui et les imputer sur les loyers à venir (article 75 AUDCG). Les articles 78 et 79 font subsister respectivement le bail professionnel à la vente des lieux par le propriétaire ou au décès du preneur.

Parallèlement aux grosses réparations mises au compte du bailleur, le preneur doit lui aussi, assurer les réparations dites petites ou d'entretien sinon il sera responsable des dégradations ou pertes éventuelles dues à ce défaut d'entretien (article 82 AUDCG).

L'obligation principale même du preneur est le paiement régulier c'est-à-dire à échéance convenue mensuelle, trimestrielle, annuelle du loyer.

Les modalités de fixation et de révision du loyer constituent a priori des prérogatives conventionnelles entre parties.

3°) Du loyer.

La vie du loyer des immeubles à usage professionnelle renferme deux réalités pouvant donner lieu d'une part à un accord ou d'autre part à un désaccord faisant intervenir la juridiction compétente.

a°) L'accord autour du lieu

Les termes de l'article 84 AUDCG respectent la vertu réservée à l'accord

contractuelle de l'article 77 RGO comme loi entre parties¹. Il déclare que :

« *Les parties fixent librement le montant du loyer, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires applicables.*

Le loyer est révisable dans les conditions fixées par les parties, ou à défaut à l'expiration de chaque période triennale. »

Dans la phase précontractuelle ou celle des pourparlers, les parties discutent et arrêtent de commun accord le montant du loyer dit encore prix du loyer. Il faut signaler que dès qu'une entente a été trouvée entre parties sur le loyer, la promesse de bail est assimilée au bail lui-même et la jurisprudence est stricte sur ce point². Donc si l'une des parties se dédie abusivement, elle encourt des sanctions.

De même les parties prévoient dans les mêmes termes les conditions de révision éventuelles du prix du loyer, ce qui peut être une périodicité plus ou moins courte un an ou beaucoup plus longue.

A défaut d'une telle précaution conventionnelle, la loi dit que le loyer est révisable tous les trois ans³. Il convient d'insister sur l'adjectif complément révisable dont le sens n'est pas d'imposer une révision systématique à chaque période triennale dans le sens d'augmentation du loyer au profit du bailleur. Ce mot traduit une simple faculté de révision du loyer.

¹ Voy. Article 77 RGO : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi » correspond l'article à l'article 1134 du code civil.

² Civ. 3, 27 juin 1973 B III n° 446 ; civ. 3, 20 mai 1992 B III n° 1921 in Malaurie (P) et Aynès (L) Op. Cit.

³ Le délai de trois ans pour la révision est le même qu'en France. Voy. Yves Guyon. Op. Cit.

Dans la pratique, il est fréquent que les bailleurs mettent des clauses qui prévoient carrément une révision systématique dans le sens de l'augmentation des loyers.

Pourtant à bien comprendre cette faculté de révision, elle porte deux options, c'est à dire que le loyer est révisable dans le sens de l'augmentation ou révisable dans le sens de la diminution même si ce second sens semble définitivement cédé le pas dans la pratique.

Par exemple, un établissement d'enseignement privé qui reçoit beaucoup d'élèves d'année en année ne voit pas de difficultés à supporter des loyers croissants. Par contre si pour diverses raisons cet établissement perd des élèves chaque année, pourquoi ne pas demander une baisse de ses loyers ? Il en va de même pour d'autres professionnels qui connaîtraient des difficultés liées à l'exécution de certains ouvrages : travaux de ponts ou routes limitant l'accès aux lieux d'exercice de l'activité professionnelle.

Sur ce point de réciprocité de demande de révision de loyer, la législation OHADA semble en régression par rapport à la législation nationale malienne qui institue le principe dans son article 74 du code de commerce dans les termes suivants : « *Chacune des parties a le droit de demander la révision du loyer à la condition qu'il y ait eu modification matérielle des facteurs locaux de commercialité...* » Seule l'expression « *facteurs locaux de commercialité* » correspondant aux moments favorables ou défavorables de la conjoncture peut être envisagée négativement ou positivement par la jurisprudence pour accorder ou refuser une augmentation ou une réduction du prix du loyer.

En définitive il peut être conseillé aux parties surtout le preneur de maintenir la veille lorsque le contrat est écrit pour éviter que soit érigée en obligation l'augmentation systématique des loyers tous les trois ans.

b°) Le désaccord autour du loyer.

Après l'écoulement du premier délai s'ouvrant sur une révision du loyer ou au terme de la période triennale légale, si les parties ne s'entendent pas sur le nouveau loyer l'article 85 AUDCG autorise la partie la plus diligente à saisir la juridiction compétente qui serait le tribunal de commerce au Mali pour fixer le montant du loyer à devoir par le preneur.

Il existe une jurisprudence abondante rendue par diverses juridictions nationales, conformément aux disparitions aponymes de l'acte uniforme sur le Droit commercial général qui converge par le respect de la liberté de fixation du loyer par les parties et à défaut d'accord entre elle par l'intervention de la juridiction compétente pour le fixer en tenant compte de certains critères¹.

Une bonne lecture de l'article 85 conseille au juge de ne pas rendre une décision classique fut-elle nécessaire en matière commerciale. Le juge devrait prendre la précaution de commettre un expert dont le rapport l'édifierait sur les repères allégués par la loi et portant sur :

- la position des locaux
- leur superficie
- leur état de vétusté
- et le prix des loyers commerciaux pratiqués dans le voisinage pour des locaux similaires.

Il semble que pour être complet sur la question le législateur devrait tenir compte de la conjoncture même du moment, si elle est favorable ou défavorable. A défaut de prévision légale, l'état de conjoncture ne doit pas échapper au juge pour mieux asseoir sa décision.

Le contrat de bail professionnel confère-t-il un droit à la location ou un droit de propriété ?

B°) De l'immanence du contrat de bail professionnel.

Le droit relatif au droit commercial est un droit de rapport de force où tiraillements, observations, interpellations s'enclenchent entre bailleurs, preneurs professionnels et l'Etat qui ne peut se confiner à jouer un rôle de simple arbitre.

Ce rapport de force tourne apparemment et peut être réellement à l'avantage des preneurs.

Ainsi ils (preneurs) sont plus protégés par la loi d'une part et ne sont guère laissés pour compte par la jurisprudence d'autre part.

1°) Un droit protecteur mais pas partisan.

En plus de toute la panoplie de droits cités jusqu'ici en faveur du preneur, il s'ajoute essentiellement un autre de nature spécifique qui est le droit au renouvellement du bail. Il confère des prérogatives si importantes au professionnel qu'on a l'impression qu'il

¹ Tribunal de Première Instance (TPI) de Cotonou (Benin) JC N° 0181 2^{ème} C.com du 10 mai 2001 RG N° 021/2000

- Cour d'appel d'Abidjan, arrêt N° 236 du 10 février 2004
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou (BF) jugement N° 236 du 14 mai 2003
- In Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005 op cit.

occupe ses propres locaux et ainsi il a même été question, pour qualifier cet état de fait, de parler de « *propriété commerciale* » pour désigner ce droit au bail¹.

a°) Du refus de renouvellement du bail commercial.

En vertu de cette propriété commerciale s'exprimant dans le droit au renouvellement du bail, il est acquis au professionnel preneur selon l'article 91 AUDCG, le droit au renouvellement dès lors qu'il justifie avoir exploité les locaux conformément aux stipulations du bail par l'exercice de l'activité prévue et ce pendant deux ans. Le respect de cette triple condition ajoutée au paiement régulier du loyer assure une immanence au droit de renouvellement, donc de maintien dans les lieux du locataire. Les conditions et les formes du renouvellement du bail professionnel font l'objet d'une réglementation minutieuse dans les articles 91 et suivants de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général.

A chaque fois que le bailleur a voulu s'opposer au renouvellement du bail commercial, sans motif légitime, il devra payer préalablement au preneur une indemnité dite d'éviction².

Toutefois l'esprit protecteur du droit refait surface ici. Particulièrement par rapport aux pupilles du droit que sont les incapables mineurs comme majeurs qui sont représentés en tant que bailleurs dans le contrat.

En effet l'ancien article 456 du code civil (encore en vigueur cf code civil 2011) appuyé par la jurisprudence n'ont pas érigé en droit au profit du preneur le renouvellement de son bail de façon opposable au mineur devenu majeur³. Par conséquent le droit à renouvellement existe mais il n'a sa plénitude que pendant la minorité du propriétaire sauf si le juge des tutelles donne une autorisation spéciale dans le sens du renouvellement malgré la majorité ou l'émancipation du mineur⁴.

De même le majeur sous tutelle ou sous curatelle qui viendrait à recouvrer sa capacité pourra également exciper des dispositions de l'article 456 du code civil pour refuser le renouvellement du bail⁵.

Il y a là une dérogation bien sensée au principe de renouvellement du bail professionnel mais que la jurisprudence a bien circonscrit par une interprétation restrictive qui défend aux héritiers des incapables dont l'auteur qui venait à décéder de pouvoir prétendre à un non renouvellement du bail professionnel⁶.

Cette protection n'a pas été prévue par l'acte uniforme sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 à Lomé notamment dans ses dispositions relatives au renouvellement du bail de l'article 123 à 132. C'est l'article 456 ancien du code civil qui joue ici le rôle de

³ Civ 1^{er} ; 14 mai 1996. Bull Civ I, n° 206.

⁴ Civ 1^{er} ; 10 mai 1988. D 1988, P 516 N° 6 Massip.

⁵ Civ 1^{er} ; 20 mars 1989, JCP 1989 IV 196 ; D 1990 Note Massip.

⁶ Paris ; 5 janvier 1993. D 1993 I.R. 122.

In Françoise DEKEUVER-DEFOSSEZ, Droit commercial

Activités commerciales, commerçants : fond de commerce, concurrence, consommation avec la collaboration de Edih Blary clement, 6^{ème} édition Montchiestieu 1999.

¹ Yves Guyon Op Cit.

² Le preneur a le droit de refuser de quitter les locaux tant qu'il n'a pas perçu le versement de l'indemnité d'éviction.

droit commun en portant en son alinéa 2 que : « ...les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre du mineur devenu majeur ou émancipé aucun droit de renouvellement et aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, nonobstant toutes dispositions légales contraires.

Ce n'est que dans deux hypothèses que l'article 95 AUDCG reconnaît la latitude au bailleur de s'opposer au renouvellement. C'est premièrement lorsqu'il a des raisons légitimes et graves pour évincer le locataire dont la plus significative est le non-paiement des loyers dus (article 80) et deuxièmement s'il envisage de démolir l'immeuble abritant les lieux loués pour le reconstruire.

Quelle que soit la légitimité des motifs le bailleur sera tenu d'observer un certain délai appelé congé dont la durée est de six (6) mois selon l'article 93.

Ainsi une première veille juridique est à signaler aux propriétaires d'immeubles qui veulent y bâtir des locaux à usage professionnel. Si ces locaux leur servent de spéculation pour une certaine inflation du prix du loyer, tout devient, en revanche compliqué pour eux lorsqu'ils veulent déguerpir les occupants des lieux. Donc le locataire y accède facilement mais en sort difficilement.

Il reste une situation relative à la clause d'exclusivité que le législateur OHADA a passé sous silence. Elle concerne l'exercice de plusieurs commerces entre concurrents dans un seul immeuble que ce soit une concurrence entre bailleur et locataire ou entre deux ou plusieurs locataires. Cela est en principe possible¹.

¹ Cass. Soc, 4 janvier 1958. Act. Jur. DI 1958, 217 note Boccara cass. Civ. 13 mars 1969. JCP 1971. 286.08.

Mais dans certains contrats de bail commercial des preneurs font insérer à leur faveur des clauses d'exclusivité d'exercice empêchant le propriétaire de laisser s'établir d'autres professionnels intervenant dans le même secteur et la jurisprudence a tendance à l'accepter².

Sur ce dernier point la jurisprudence elle-même paraît critiquable parce qu'elle fausse les bases d'une économie libérale, ou d'un exercice adéquat des professions libérales fondé sur la confiance. Ce faisant la jurisprudence peut compromettre la garantie d'un exercice sérieux, la qualité des produits ou services offerts aux consommateurs. Sur un tout autre plan, elle oblige le bailleur à trouver les preneurs du choix des premiers locataires et non de son propre choix alors que les locataires ne sont pas les locataires des premiers établis mais plutôt du propriétaire ou de son représentant bailleur. Comme on le voit, la clause d'exclusivité est objectivement critiquable et devrait être réputée non écrite.

b°) De la tacite reconductibilité :

L'article 92al 2 dispose : « *Le preneur qui n'a pas formé sa demande de renouvellement dans ce délai (trois mois al 1) est déchu du droit au renouvellement du bail.* »

A première lecture, l'Acte Uniforme sur le droit commercial général paraît imposer un renouvellement exprès du contrat de bail assorti d'un courrier adressé à cet effet au bailleur par le locataire. A défaut d'un tel courrier le bail semble prendre fin de

² Cass. Cour 10 nov. 1965 Bull. Civ, 3968 Paris 1^{er} janvier 1974 RTD com., 1974 cour Observation Pédamo in Ripert (G) et Roblot © Op.Cit.

plein droit. Tel est la position de certains auteurs africains sur le renouvellement¹.

L'on peut cependant se poser la question de savoir au cas où le preneur n'a pas fait une demande de renouvellement alors que le propriétaire lui aussi n'a manifesté aucun désir de reprendre son local qu'en sera-t-il ?

Une réponse objective à cette interrogation nous replace dans les conditions classiques de la vie du contrat c'est-à-dire lorsque rien n'a été signalé le contrat continue sa vie par tacite reconduction. Il demeure constant également que le contrat continue sa vie en cas de demande de renouvellement appuyée par un respect de toutes les clauses même si le bailleur oppose un refus sous peine de paiement d'une indemnité d'éviction au locataire abusé.

Il apparaît évident que, même si le législateur OHADA ne prévoit pas expressément la tacite reconduction, que les contrats de baux commerciaux en profitent pour répondre à la logique même de protection des fonds de professionnels.

Le droit malien, sur lequel le traité OHADA fait une ouverture dans les dispositions non contraires, prévoit l'hypothèse de la tacite reconductibilité. En effet l'article 73 du code de commerce prévoit qu' « à défaut de congé le bail écrit se poursuit par tacite reconduction au-delà du terme fixé par le contrat. »

Il est ainsi possible de conclure que le bail commercial même en droit OHADA peut se renouveler par tacite reconduction. Comme l'analyse le démontre, le droit au bail est un droit certes protecteur du preneur, mais il est loin d'être partisan dans la mesure où il (bail) peut prendre fin

au détriment de ce dernier dans bien d'hypothèses.

Qu'en est-il de la position du tribunal ?

2°) De la résiliation judiciaire du bail professionnel.

Quelles que puissent être les prérogatives du preneur professionnel dans le contrat de bail, l'inexécution des obligations peut conduire à une résiliation effective du dit contrat. Toutefois cette résiliation suit des étapes favorables au locataire (a) et ne manque pas du concours d'autres textes protecteurs (b).

a°) Les étapes judiciaires favorables.

Il est possible pour les parties de commun accord, de mettre fin à la vie du contrat tout en ménageant les effets postérieurs entre elles en vertu de l'article 77 du régime général des obligations.

Il faut convenir que dès que les difficultés surviennent 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.

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 101 AUDCG dont la première et la plus importante est le non-paiement du loyer. Cela est confirmé par la jurisprudence sénégalaise intervenue conformément à l'acte uniforme sur le droit commercial général : « 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 et de le condamner à

¹ Mamadou Koné et autres. Op. Cit.

payer au bailleur les arriérés de loyers¹. Les autres conditions sont déterminées par la loi (réparation, entretien) soit fixées par les parties (contributions, diverses clauses).

Une première étape impose au bailleur d'adresser une mise en demeure au preneur défaillant laquelle mise en demeure rappelle les obligations à respecter et est assortie d'un délai d'un mois (article 101 al 3).

La mise en demeure qui suspend la procédure de résiliation pendant un mois est l'œuvre au Mali des huissiers de justice qui y mettent matériellement les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 101 sous peine de nullité ainsi libellé : « ...*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 tous occupants de son chef, après avoir fait délivrer, par acte extra judiciaire, une mise en demeure d'avoir à respecter les clauses et conditions du bail.* »

En réalité cette mise en demeure peut même interrompre la procédure si le preneur respectait les conditions par la régularisation de sa situation ou si le bailleur revenait à de meilleurs sentiments de tolérance par l'accord d'une grâce conventionnelle. Ce qui va constituer la seconde étape qui se caractérise toujours par des pourparlers entre parties et surtout entre les mandataires spéciaux (avocats).

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 101. 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.

Enfin une dernière étape impose au juge, après avoir vérifié tout ce qui précède, de s'abstenir de toute décision hâtive de résiliation du bail professionnel. Le juge a l'obligation par la loi (article 101 al 5) d'observer un délai d'un mois suivant l'information du bailleur aux créanciers inscrits.

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 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 litige². C'est ce qui est la position de la

¹ Tribunal régional hors classe de Dakar (Sénégal) jugement N° 78 du 16 oct. 2001, Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005 op cit.

² 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 rationae materia pour connaître de la dite demande... » Commenté par Joseph Djoghenan

Cour Commune de justice et d'Arbitrage également.

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.

b°) Concours circonstancié d'autres textes.

Une lecture intensive et extensive des Actes Uniformes de la législation OHADA permet d'établir que d'autres textes apportent leur concours soit indirectement soit directement au bail professionnel et ce concours est d'autant frappant qu'il intervient dans les moments de difficultés.

b-1°) Le concours indirect.

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 échelonné 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.

in Revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires. RTDA n° 001 janvier 2009.

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.

b-2°) Le concours direct.

Il est la résultante logique de l'application 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 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 bien¹. Ces dispositions du droit OHADA reflètent celles plus anciennes de la loi française du 12 février 1872² 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

¹ Sawadogo (FM) OHADA. Droit des Entreprises en difficulté Etablissements Emile Bruyant SA. Bruxelles P 185 et s.

² Les dispositions de cette loi sont prises en compte dans l'article L 621-21 du code de commerce français. Voy Yves Guyon Op. Cit.

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 devrait 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 incontournable 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 soient constaté.

On peut conclure sur cette partie 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.

CONCLUSION

Au terme de cette étude sur le contrat de bail, il échet de comprendre que :

D'abord la manière d'acquérir les immeubles et le financement pour y ériger des locaux à usage commercial ou professionnel crée des élans de surenchère quant aux conditions générales du bail qui répondent à un contrat d'adhésion au détriment du preneur.

Ensuite la notion de bail professionnel va au-delà de celle de bail commercial stricto sensu fondé sur le fonds de commerce et donc il y a un risque de big-bang¹ du droit privé par un probable glissement vers un droit dit professionnel ou économique qui ne manque pas de conséquences néfastes.

Ensuite encore le bail professionnel se montre si largement favorable aux professionnels qu'il a été question de sa comparaison avec le droit réel à travers une expression consacrée « *propriété commerciale* ». Mais qui se justifie par la protection non partisane des preneurs par rapport à leurs fonds professionnels.

Enfin l'on peut se demander légitimement si la veille juridique que nécessite le bail commercial ne peut être également recommandée pour la vente commerciale règlementé dans le même Acte Uniforme ?

¹ L'expression est de Pollusseau (J) Big bang du droit des affaires à la fin du XX^{ème} siècle. Qu'est ce que l'entreprise. 1987 in Dr Mamadou Koné Op. Cit.