

## La transmission du bail professionnel en droit OHADA

SANOUE Tonssira Myriam Corine  
Assistante à l'UFR-SJP de l'Université Thomas Sankara  
tonssira@yahoo.fr

### Résumé

L'article analyse le régime de la transmission du bail professionnel en droit OHADA sous l'angle de ses finalités. Celles-ci consistent, d'une part, en la préservation de l'activité professionnelle par l'aménagement de la transmission de plein droit du bail et, d'autre part, en la protection des intérêts des parties à travers la soumission de l'opération à leur accord. Bien qu'elles cohabitent, ces finalités n'apparaissent pas toujours équilibrées. En effet, la transmission dite de plein droit peut être remise en cause par la latitude accordée au bailleur de l'interdire. De même, elle ne repose pas toujours sur les garanties qui pourraient compenser les effets de son automatisme à l'égard du bailleur. La protection des parties contre les risques de la transmission est, elle, essentiellement assurée par le contrat. Le législateur prévoit des garanties en faveur du bailleur dans des situations exceptionnelles telles que les restructurations de société, le sauvetage des entreprises en difficulté, mais il intervient peu dans les hypothèses plus courantes de cession ou sous-location du bail. La cohérence entre les finalités de la transmission est examinée à la lumière des actes uniformes OHADA et des décisions rendues par la CCJA et par les juridictions des États membres de l'OHADA.

**Mots-clés :** Droit OHADA – bail professionnel – transmission – protection de l'activité professionnelle – protection des parties au bail.

### INTRODUCTION

1. « *Beaucoup d'établissements de ville tiennent leur vogue de circonstances dans lesquelles le mérite du propriétaire n'entre pour rien : une situation de quartier détermine leur succès. On a pris l'habitude de se pourvoir auprès de tel magasin, de tel débit. C'est une rue de grand passage et de circulation. La valeur du fonds est due surtout à la position de l'établissement, et par là même au bail...* »<sup>1</sup>. L'importance du bail pour l'exploitation du fonds de commerce<sup>2</sup> a conduit le législateur OHADA<sup>3</sup> à garantir la stabilité de l'activité du preneur grâce à la consécration d'un régime impératif, dérogeant aux baux classiques<sup>4</sup>. En effet, le preneur est protégé contre les velléités d'expulsion du bailleur à travers un droit au renouvellement de son bail et un droit à une indemnité d'éviction perçus par des auteurs comme

---

<sup>1</sup> E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910, p. 62.

<sup>2</sup> S. SISOUMA, « Le bail professionnel (En espace OHADA) ; un mécanisme de veille (juridique) permanente », *Revue CAMES SJP*, Vol. 1, n°001, 2014, p. 82 ; P. A. TOURÉ, « Le nouveau visage de l'action en résiliation du bail à usage professionnel dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 », *Revue de l'ERSUMA*, n°1, juin 2012, p. 312.

<sup>3</sup> L'acronyme OHADA désigne l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Elle est issue du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé le 17 oct. 1993 à Port-Louis et révisé le 17 oct. 2008 à Québec.

<sup>4</sup> A. FOKO, « Bail commercial (bail à usage professionnel) » in P. G. POUYOUÉ (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, pp. 401-403.

un véritable « *droit au maintien dans les lieux* »<sup>5</sup> et une forme de « *propriété commerciale* »<sup>6</sup>. Du fait de ces attributs, le bail se voit doté d'une valeur économique favorable à sa circulation. Les parties au bail peuvent transférer leur position à une autre personne, sans avoir à justifier de raisons particulières. Elles peuvent, certes, en convenir par contrat, mais ces transformations du bail sont saisies par le régime spécial du bail qui assure la permanence de l'entreprise malgré les changements d'exploitants<sup>7</sup>. En effet, dans certains cas, le législateur aménage un transfert de plein droit du bail. Cela n'est pas sans susciter des conflits entre le bailleur et le preneur dont les intérêts sont à la fois divergents et convergents<sup>8</sup>. Du côté du preneur, « *la possibilité de céder le bail lui a conféré une valeur vénale importante* »<sup>9</sup> dont il compte tirer profit. Quant au bailleur, il pourrait aussi prétendre à la prise en compte de ses intérêts, d'autant que la maîtrise qu'il détient sur les locaux subit des limites du fait du transfert forcé du bail. Ce constat conduit à examiner la transmission du bail professionnel en droit OHADA.

2. Aménagé principalement par l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG)<sup>10</sup>, le bail professionnel<sup>11</sup> recouvre le contrat<sup>12</sup>, source de droits et d'obligations pour le bailleur et le preneur, mais aussi le droit au bail, droit de créance, incorporel<sup>13</sup>, inclus dans le fonds de commerce. Le preneur est la personne qui exerce l'activité dans les locaux avec l'accord du bailleur. Quant à ce dernier, il n'est pas nécessairement le propriétaire du local. Il peut être un mandataire légal, un représentant du propriétaire<sup>14</sup> ou encore le détenteur d'un droit réel sur les locaux<sup>15</sup>. Le contrat de bail a pour objet des locaux destinés à une activité

---

<sup>5</sup> L. YUMPA MPOMBO, « Le bail professionnel en droit OHADA : un régime de protection à sens unique », *Ohadata D-21-08*, p. 3 ; J.-C. NGNINTEDEM, « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », *Ohadata D-10-26*, p. 2.

<sup>6</sup> S. TOÉ, *Droit commercial général, Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, 3<sup>e</sup> édition, Nouvelle Édition burkinabè, janvier 2016, p. 169. Pour l'émergence de cette notion en droit français, voy. C. CAUTRU, Ch. MAURICE-BELLET, *La propriété commerciale : commentaire de la loi du 30 juin 1926 sur le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage industriel ou commercial*, Paris, Payot, 1926, 158 p.

<sup>7</sup> G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, Tome 1*, 16<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 1996, p. 254.

<sup>8</sup> S. SISSOUMA, « Le bail professionnel (En espace OHADA). Un mécanisme de veille (juridique) permanente », *op. cit.*, p. 83.

<sup>9</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les biens*, 6<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2015, p. 121.

<sup>10</sup> Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général, adopté le 15/12/2010 à Lomé (Togo), publié au Journal officiel de l'OHADA le 15/02/2011.

<sup>11</sup> Auparavant désigné bail commercial, le bail professionnel est le résultat du changement de terminologie intervenu à la suite de la révision de l'AUDCG de 1997.

<sup>12</sup> L'article 103 de l'AUDCG le définit comme « toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble (...) et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle ». Les immeubles concernés par le bail sont énumérés à l'article 101 de l'AUDCG.

<sup>13</sup> La nature du droit au bail a subi des controverses quand il s'est agi d'assurer la protection du preneur. La confusion avec le droit de propriété a cependant été rapidement levée. Voy., Req. 6 mars 1861, S. 1861, 1, 713. La chambre des requêtes souligne : « *Attendu que le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière entre les mains du bailleur, (...) le preneur n'a pas une possession qui lui soit propre et personnelle* ». Pour l'analyse de cette décision, voy. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2015, pp. 677-681.

<sup>14</sup> Le gérant de la société qui loue a la qualité de mandataire qui reçoit le loyer. Voy. CCJA, 3<sup>e</sup> chambre, 30 janvier 2020, Arrêt n° 030/2020, accessible sur [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org)

<sup>15</sup> Il en est ainsi du titulaire d'un bail emphytéotique. L'emphytéose est un droit réel, démembrement de la propriété, droit de jouissance de longue durée qui permet à son titulaire de retirer l'utilité de la chose sur laquelle elle porte. Voy. P. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les biens*, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 2015, pp. 108-109.

professionnelle puisqu'il prend désormais en compte l'ensemble des professionnels<sup>16</sup>. Il n'est pas marqué par *l'intuitus personae*<sup>17</sup>, de sorte qu'à l'inverse de certains contrats, son caractère transmissible n'est pas discuté<sup>18</sup>.

3. La transmission recouvre les situations dans lesquelles les droits et les obligations du bailleur ou du preneur sont transférés à une autre personne<sup>19</sup>. Elle est rapprochée de notions telles que la mutation qui recouvre tant « *le changement de titulaire du droit qui en résulte que l'opération à l'origine de ce changement* »<sup>20</sup>, le transfert perçu comme « *l'opération juridique de transmission d'un droit, d'une obligation ou d'une fonction* »<sup>21</sup> et la circulation<sup>22</sup>, notion non juridique marquée par le passage d'une valeur, d'un objet, d'une personne à une autre. Ces définitions recouvrent l'opération et non le mécanisme qui la réalise. Pour les besoins de cette analyse, ces notions seront utilisées de manière interchangeable. Un rapport tripartite s'établit entre le bailleur, le preneur et le bénéficiaire de la transmission. Seront surtout analysées les implications de la circulation du bail à l'égard des parties au contrat initial. Le preneur est envisagé comme l'initiateur de la transmission afin de mieux appréhender les effets induits par sa substitution à un tiers quand il transmet sa position de façon isolée ou simultanément à son entreprise. Le bailleur est perçu comme la partie dont les intérêts sont potentiellement en jeu du fait du changement du preneur. La formation du contrat avec le bénéficiaire sera survolée, étant entendu qu'il est censé avoir accepté le principe de l'opération.

4. Le transfert du bail professionnel reçoit un traitement spécifique dont l'ancrage historique réside dans le droit français. Le bail y était régi par le droit commun du louage des choses<sup>23</sup> avant d'être soumis à des règles spécifiques par la loi du 30 juin 1926<sup>24</sup> qui a été rendue applicable à de nombreux pays d'Afrique occidentale française<sup>25</sup>. La transmission a, elle, bénéficié d'un régime dérogatoire au droit commun avec le décret n°53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des

---

<sup>16</sup> A. D. EYANGO DJOMBI, « La notion de Bail Professionnel en droit OHADA et ses implications sur la théorie générale du fonds de Commerce », *Juridical Tribune* 6, n° 1, June 2016, p. 116. Les professionnels désignent les personnes qui exercent des « *activités économiques lucratives règlementées qui peuvent être commerciales, industrielles, rurales, artisanales ou libérales* ». Cf. A. FOKO, « Bail commercial (bail à usage professionnel) » in P. G. POUYOUÉ (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., p. 417. L'AUDCG de 1998 les prenait déjà en compte de sorte que le changement de dénomination vise à harmoniser le titre et le contenu de l'institution. Cf. S. TOÉ, *Droit commercial général, Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, op. cit., p. 135.

<sup>17</sup> Ph. LETOURNEAU, D. KRAJESKI, « Contrat 'intuitu personae' », *Juris-Classeur, Contrats – Distribution*, fasc. n° 200, 2012, n°70.

<sup>18</sup> Il en est ainsi du contrat de distribution. Voy. sur ce point, M. OUDIN, « La transmission des contrats de distribution », *RTD.com.* 2011, p. 447. Les parties à ce contrat restent libres d'organiser la transmission à un tiers. Cependant à l'inverse du bail professionnel, le contrat de distribution ne peut être transmis en tant qu'accessoire à une opération ou un contrat.

<sup>19</sup> Cette définition est déduite du sens générique de la transmission, à savoir « *toute opération par laquelle les droits et les obligations d'une personne sont transférés à une autre* ». Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2014, p. 1035, V° « Transmission ».

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 671, V° « Mutation ».

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 1033, V° « Transfert ».

<sup>22</sup> Le mot « circulation » est utilisé par la doctrine. Voy. notamment, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Répertoire de droit commercial ; bail commercial, Art. 4 « Circulation du bail »*, Dalloz, septembre 2009 (mise à jour juillet 2021).

<sup>23</sup> Ce régime est issu du code civil français de 1804 qui a été rendu applicable à toute l'Afrique occidentale française par le décret du 6 août 1901 portant réorganisation du service de la justice en Guinée, Dahomey et Côte d'Ivoire.

<sup>24</sup> Voy. la Loi du 30 juin 1926 sur le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage industriel ou commercial, *J.O.R.F.*, 58<sup>e</sup> année, n°152, 1<sup>er</sup> juillet 1926, pp. 7210 -7212.

<sup>25</sup> Voy. HSD, *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, Paris, EDICEF, 1989, pp. 31-34.

baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal<sup>26</sup>. Ce texte n'a pas été rendu directement applicable aux colonies, mais ne les a pas moins inspirées. À leur indépendance, les pays de l'OHADA disposaient d'une diversité de textes applicables dont la plupart furent héritées de la France<sup>27</sup>. Le Traité de Port-Louis de 1993 a initié le processus d'uniformisation du droit des affaires qui a conduit à l'adoption de dispositions uniformes.

5. La transmission du bail est aménagée dans plusieurs actes uniformes. Il en est ainsi de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) pour les dispositions communes au bail professionnel<sup>28</sup>, de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSC-GIE)<sup>29</sup> et de l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP)<sup>30</sup>. Le droit des sociétés coopératives ne sera pas convoqué car il n'aménage pas spécifiquement la transmission du bail professionnel<sup>31</sup>. Le bail est ainsi transféré en situation normale comme une valeur échangeable<sup>32</sup>, ou dans un contexte exceptionnel de restructurations de société, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Tenant compte des finalités propres à ces circonstances variables, le législateur OHADA impose la transmission à l'une des parties ou, à l'inverse, la soumet à l'accord des cocontractants. Dans le premier cas, il assure la poursuite du bail ou de l'activité par le bénéficiaire de la transmission tandis que dans le second, il renvoie au bailleur et au preneur l'aménagement de la transmission. Un double objectif transparait de l'attitude du législateur OHADA. Le premier se décline dans la protection de l'activité professionnelle et le second dans la prise en compte des intérêts des parties. Cette bivalence de la transmission du bail n'est pas étrangère aux finalités de l'OHADA et du régime dérogatoire.

6. La protection de l'activité du preneur a motivé le législateur à mettre en place un régime dérogatoire aux baux classiques garant de la stabilité du bail. Alors que ce protectionnisme se conçoit aisément lorsqu'il protège l'activité exercée par le preneur, il l'est moins quand survient la transmission du bail puisqu'il excède le cercle des parties. La transmission de plein droit semble ainsi s'éloigner des principes de la force obligatoire et de l'effet relatif des conventions et se rapprocher davantage de la préservation de l'environnement des affaires et des échanges en général, et de la pérennisation de l'activité en particulier. Comme le souligne un auteur, le risque est grand, dans les matières marquées par une prise en considération de l'économie par le droit, « *d'estomper les concepts juridiques derrière les standards purement économiques et de privilégier des objectifs exclusivement économiques* »<sup>33</sup>. Il est cependant fort heureux que l'OHADA se démarque de toute démarche d'asservissement du droit à l'économie en tenant

---

<sup>26</sup> Voy. *J.O.R.F.*, 1<sup>er</sup> octobre 1953, p. 8618. Il en a résulté l'interdiction des sous-locations et l'aménagement du régime de la cession du bail.

<sup>27</sup> Il s'agit principalement du code de commerce de 1807 et de la loi du 30 juin 1926 qui a été rendue applicable dans certaines colonies par des décrets. Peu de pays ont adopté de nouvelles législations.

<sup>28</sup> La transmission du bail est aménagée aux articles 111, 118 à 122 et 130 de l'AUDCG.

<sup>29</sup> L'AUDSC-GIE a été adopté le 30 janvier 2014, à Ouagadougou et publié au journal officiel de l'OHADA, numéro spécial du 04/02/2014.

<sup>30</sup> L'AUPCAP a été adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam et publié au Journal officiel de l'OHADA, numéro spécial du 25/09/2015.

<sup>31</sup> Cet acte uniforme a été adopté le 15 octobre 2010 à Lomé. Voy. *J.O. OHADA* n°23 du 15 février 2011. Il vient compléter les dispositions de l'AUDCG et de l'AUDSC-GIE. Voy. J. GATSI, *Le droit OHADA des sociétés coopératives, Collection Droits africains et malgaches*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 8.

<sup>32</sup> Le droit au bail est ainsi une marchandise dans le sens d'un bien immatériel. Voy. F. KENDÉRIAN, C. BOURGEOIS, « Le statut français des baux commerciaux face à la problématique européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2013, 3, p. 273.

<sup>33</sup> B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, Dalloz, 1999, p. 104. L'auteur fonde son affirmation sur les procédures collectives.

pour principe que le droit peut servir l'économie, tout en gardant son autonomie. Cette ambivalence imprègne la finalité de sécurité des échanges recherchée<sup>34</sup> par l'OHADA.

7. La « *sécurité juridique et judiciaire* » est, en effet, au cœur des initiatives d'uniformisation et d'interprétation des règles de l'OHADA<sup>35</sup>. Il est admis qu'elle repose sur la connaissance du droit, la stabilité des droits et des relations et leur prévisibilité<sup>36</sup>. La réglementation de la transmission du bail participe de cette recherche de sécurité. L'édition de dispositions uniformes et la fixation de dispositions d'ordre public par le législateur OHADA contribuent à la prévisibilité<sup>37</sup>. Le juge, surtout celui de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), n'est pas en reste. Il veille à la sécurité judiciaire<sup>38</sup> en clarifiant les concepts diversement interprétés par le juge interne<sup>39</sup>. Le contrat se présente aussi comme un moyen de sécuriser la transmission en ce qu'il assure la prévisibilité en fixant les droits et obligations des parties et en imposant, par sa force obligatoire, leur respect. Ainsi, la convention permet d'anticiper les risques en offrant à l'un des cocontractants des garanties sur le maintien de ses avantages. Ces mécanismes de sécurisation, à savoir la loi, la jurisprudence et le contrat, sont pris en compte par le droit OHADA. Le législateur OHADA est, en effet, attaché au caractère conventionnel du bail professionnel<sup>40</sup> même si l'évidence s'est imposé que la liberté des parties seule ne peut encadrer ce contrat<sup>41</sup>. Il tente d'assurer un équilibre entre la protection du bail et le respect du contrat<sup>42</sup>. Dans l'optique de protéger l'activité, il impose la mutation du bail et,

<sup>34</sup> P. G. POUGOUÉ, « Présentation de l'encyclopédie », in P. G. POUGOUÉ (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, éd. Lamy, 2011, p. XVI.

<sup>35</sup> P. G. POUGOUÉ, « Missions et organisation de l'OHADA », *Ohadata D-13-01*, p. 24 ; J. I. SAYEGH, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA - Synthèse des Travaux », *Revue juridique de l'Océan Indien*, n°11, 2010, p. 83. P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Ohadata D-06-50*, p. 1. L'uniformisation se traduit par la suppression des diversités entre les États membres de l'OHADA et par une application uniforme des dispositions y relatives. Pour un aperçu de la diversité des règles applicables avant l'uniformisation, voy. par exemple, HSD, *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, op. cit.

<sup>36</sup> J.-L. BERGEL, « La sécurité juridique », *Revue du notariat*, Volume 110, numéro 2, septembre 2008, pp. 273-274. L'auteur se réfère aux critères exposés par T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Thèse, Paris, Université Paris II, 2006. Voy. également, J. VAN MEERBECK, « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 76, n°1, 2016, p.98. D'origine romaine, la sécurité juridique recouvre la « *certitudo* » qui veut que le sujet de droit sache à l'avance quel comportement juridique est attendu de lui comme de ses semblables et la « *securitas* » qui prescrit le respect des normes, de la jurisprudence et des contrats. D. SOULAS DE RUSSEL, Ph. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n°1, Janvier-mars 2003, pp. 96-97.

<sup>37</sup> D. TRICOT, « Bail à usage professionnel et fonds de commerce », *Ohadata D-12-17*, p. 2.

<sup>38</sup> Elle y procède, à travers les pourvois en cassation dont elle est saisie contre les décisions rendues par ces juridictions internes. P.G. POUGOUÉ, « Les quatre piliers cardinaux de la sagesse du droit OHADA », in *Les horizons du droit OHADA, Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, CREDIJ, 2018, p. 395.

<sup>39</sup> Les juridictions étatiques ne sont effectivement pas à l'abri d'interprétations divergentes. Voy. J. GATSI, « La jurisprudence, source du droit OHADA », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 64 n° 2, 2012, pp. 488 et s. ; V. C. NGONO, « Réflexions sur l'espace judiciaire OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n°6, janvier 2016, p. 206.

<sup>40</sup> A. FOKO, « Bail commercial (bail à usage professionnel) » in P. G. POUGOUÉ (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, éd. Lamy, 2011, p.403. Le législateur laisse le soin aux parties d'aménager un certain nombre de points par contrat. Il ressort de l'article 133 alinéa 1 de l'AUDCG que le respect des stipulations contractuelles s'impose aux deux parties sous peine de résiliation du bail. En outre, suivant l'alinéa 4 du même article, le contrat de bail peut prévoir une clause résolutoire de plein droit.

<sup>41</sup> M. DOUGOUNE, « L'encadrement du bail commercial ; les hésitations entre protectionnisme et libéralisme : Étude comparative France, USA, Canada, Ohada », *Ohadata D-14-02*, p. 1. Voy. aussi, B. D. PYM, « Lumières et ombres du droit africain des affaires : l'exemple du bail à usage professionnel OHADA – Étude critique à l'aune du droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 2020, 1, pp. 213-216.

<sup>42</sup> A. P. SANTOS, K. M. AGBENOTO, « Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général », in J. I. SAYEGH, P.-G. POUGOUÉ, F. M. SAWADOGO, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Paris, JURISCOPE, 2018, p. 290. Cette approche de l'OHADA est constante puisque la

dans une intention protectrice des parties, il interdit certaines transmissions, en leur laissant la liberté d'en aménager la réalisation. Toujours dans cet élan, le juge conditionne, dans certains cas, le transfert du bail à la constitution de garanties. Il est aisément perceptible que le législateur inscrit la transmission dans cet objectif global de sécurité en facilitant la cohabitation de la loi et du contrat qui se nourrissent mutuellement. Il est possible de souscrire à l'affirmation suivant laquelle « *en matière contractuelle, il n'y a pas d'antinomie entre le droit de chaque partie à sa sécurité juridique et la sécurité objective de la règle de droit, puisque celle-ci réside justement dans le contrat lui-même et dans les textes auxquels il se réfère* »<sup>43</sup>. La transmission de plein droit n'entraîne en principe aucune interrogation particulière lorsqu'elle découle d'une exigence légale. Plus précisément, elle devrait être à l'abri de difficultés de qualification et d'interprétation du fait de la prévisibilité de la règle assurée par le législateur. Par ailleurs, les parties au contrat de bail peuvent librement en organiser la transmission, sauf à respecter les dispositions impératives. Le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas en soi, remis en cause. Cependant, la coexistence entre ces deux modalités de la transmission n'est pas exempte de conflits opposant le preneur au bailleur.

8. En premier lieu, les prévisions légales n'épargnent pas le juge de difficultés d'interprétation et de qualification. Le transfert du bail fait appel à des mécanismes diversifiés empruntés au droit des obligations et au droit des successions, et se révèle, de ce fait d'appréhension délicate. La non-uniformisation de ces matières par l'OHADA<sup>44</sup> et la liberté concomitante concédée aux États membres de les régler entraîne des qualifications susceptibles de varier d'un juge interne à l'autre. Par exemple, la cession du bail est susceptible d'être assimilée à une cession de contrat, de créances ou de dettes<sup>45</sup>. Ainsi, suivant l'opération de qualification, la transmission se retrouve adossée à des mécanismes assez formalistes qui en complexifient la réalisation. Des divergences se présentent lorsque le juge rompt la prévisibilité des relations contractuelles en confondant les institutions juridiques. Il en va ainsi de l'amalgame fait entre la sous-location du bail et la location-gérance du fonds de commerce<sup>46</sup>. La viabilité du rapport de transmission et les droits et obligations des parties sont subséquentement affectés. Cela n'est pas sans incidence sur la flexibilité et la sécurité, chères au monde économique. Par ailleurs, la multiplicité des dispositions applicables à la transmission du bail en complique l'appréhension. Plusieurs Actes uniformes sont convoqués, suscitant souvent une application croisée des dispositions avec le risque d'un manque de cohérence ou de complétude. À titre de droit comparé, le législateur français a édicté des règles palliatives des difficultés d'interprétation<sup>47</sup> et opéré une réorganisation des dispositions, en vue d'apporter davantage de cohérence et de clarté au sein des dispositions relatives au bail.

---

CCJA a réaffirmé le respect du principe de la force obligatoire du contrat et de l'intangibilité des conventions. Voy. CCJA, Arrêt n°4 du 9 mars 2006, *Ohadata J-07-11*. Les juges retiennent qu' « *il est de principe, d'une part, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et, d'autre part, qu'il n'appartient pas aux tribunaux de compléter ni de modifier la clause de révision adoptée par les parties* ».

<sup>43</sup> J.-L. BERGEL, « La sécurité juridique », *op. cit.*, p.283.

<sup>44</sup> Des initiatives d'uniformisation ont toutefois été entreprises en droit des obligations et en droit des contrats. Voy. M. FONTAINE, *Avant-Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats*, UNIDROIT, mai 2006. J. I. SAYEGH, P. G. POUYOUÉ, F. M. SAWADOGO, *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA*, Fondation pour le droit continental, 15 avril 2015.

<sup>45</sup> Voy. *infra* n°40.

<sup>46</sup> Voy. *infra*, n°45.

<sup>47</sup> Il en est ainsi du sort du bail en cas de scission ou de transmission universelle du patrimoine. La prise en compte de la scission résulte de la modification de l'article L. 145-16, introduite par la loi n°2014-626 du 18 juin 2014 - art. 6. Avant cette date, la transmission pour scission se voyait attaquée, car opérant une cession et nécessitant de ce fait l'accord du bailleur. Le juge français a rappelé que les deux actes ne sont pas à confondre. Voy. T.G.I., Nanterre (7<sup>e</sup> ch.), 18 mai 2010, obs. G. CAVALIER, *Recueil Dalloz*, 7 avril 2011, n° 14.

9. En second lieu, il apparaît que la coexistence entre la préservation de l'activité professionnelle et la protection des intérêts du bailleur n'est pas si apaisée. En effet, le droit OHADA semble accorder une grande liberté aux parties pour aménager la transmission. Le bailleur a la latitude d'interdire toute transmission du bail et de contredire, ainsi, l'objectif de maintien ou de sauvetage de l'activité professionnelle. Dans sa relation à la loi, le contrat se présente, paradoxalement, comme un élément facilitateur et inhibiteur de la liberté de transférer le droit au bail. Par ailleurs, le rapport du législateur OHADA au contrat se traduit par le minimum d'intervention possible. Il privilégie les modalités contractuelles et s'étend peu sur les garanties destinées à protéger les parties contre les aléas de la transmission<sup>48</sup>. Comparativement, en droit français, la réglementation du bail tient compte de certaines vicissitudes de la transmission et impose l'intervention du législateur. À ce titre, la loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises dite « *Loi Pinel* » a introduit dans le Code de commerce français des dispositions en vue de réduire l'influence de la convention sur la finalité de pérennisation de l'activité professionnelle<sup>49</sup> ou pour protéger davantage les parties<sup>50</sup>. L'option du législateur français apparaît ainsi sans ambiguïté. À travers la transmission légale du bail, il privilégie l'activité commerciale par rapport au maintien du lien contractuel tout en offrant des garanties au bailleur. Partant de ces constats, il convient de se demander si le régime de la transmission du bail professionnel en droit OHADA assure un équilibre suffisant entre la préservation de l'activité et la protection des intérêts des parties.

10. L'analyse revêt un intérêt théorique d'une part, en ce qu'elle se propose d'étudier de manière transversale les actes uniformes qui aménagent le transfert du bail afin de cerner la nature de l'opération et les effets qui en découlent, tout en levant les confusions en s'aidant, autant que possible, de la pratique du juge interne et de celle de la CCJA. Elle s'inscrit au cœur des objectifs assignés au régime dérogatoire du bail tels qu'ils ressortent des textes de l'OHADA et de la doctrine. Cette appréhension de l'existant vise à ouvrir des perspectives en proposant des réaménagements après une mise en lumière des incohérences et incomplétudes qui desservent l'une ou l'autre finalité de la transmission. Au plan pratique d'autre part, la transmission du bail est une opération courante dont les modalités et effets ne sont pas toujours maîtrisés par les acteurs. Le contentieux en la matière le révèle. L'étude ne saurait prospérer sans le recours à la jurisprudence, illustration par excellence de la mise en balance des intérêts, à travers le pouvoir de qualification et d'interprétation du juge.

11. Le législateur OHADA tente de trouver un équilibre entre les droits et obligations des parties au contrat de bail professionnel à travers la protection du bailleur et du preneur. Dans un premier temps, il assure une certaine prévisibilité aux situations de transmission et une sécurité des échanges en imposant le maintien du bail et la poursuite de l'activité. Les intérêts du preneur sont pris en compte par le truchement de la finalité de poursuite de l'activité

---

<sup>48</sup> En droit belge, par exemple, des garanties sont imposées à la partie initiatrice de la transmission. Cf. article 11, III de la Loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux qui prévoit que le preneur originaire qui cède le bail ou sous-loue les locaux, demeure solidairement tenu de toutes les obligations qui dérivent du bail initial. Ce texte est repris au Livre III, Titre VIII, Chapitre II, Section 2 bis du Code civil belge, accessible sur <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>

<sup>49</sup> M. POUMARÈDE, « La réforme du bail commercial par la Loi PINEL », *Droit et Ville*, 1, 2015, pp. 93 et s. Antérieurement, la clause interdisant au locataire de céder son bail ou ses droits à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise était « nulle ». La « loi Pinel » a alourdi la sanction. L'article L. 145-16 du Code de commerce précise désormais que toute clause contraire à la libre cession est réputée non écrite, ce qui a pour conséquence que les actions en justice ne sont pas soumises à un délai de prescription. Cf. C. DENIZOT, *Droit et pratique des baux commerciaux, (Livre 3 Bail : vie et renouvellement)*, Dalloz Action 2021-2022, n°34.06.

<sup>50</sup> Les articles 7 et 8 de la « loi Pinel » encadrent la mise en œuvre et la durée de la clause de solidarité stipulée dans le cadre de la cession du bail.

professionnelle. Il bénéficie, en ce sens, d'une liberté de transmettre son bail exercée par le biais de la conclusion d'actes juridiques. Cependant, la libre transmission subit des restrictions lorsque des circonstances externes au bailleur se présentent. Dans ce cas, le transfert du bail est conditionné par l'intervention d'acteurs tels les créanciers, le juge ou les héritiers. La poursuite de l'activité sera alors évaluée à l'aune d'autres intérêts. Dans un second temps, le législateur a à cœur d'offrir aux parties la latitude d'aménager la vie de leur contrat en vue de se prémunir des risques éventuels de la transmission. Le bailleur est investi de prérogatives en ce sens, tandis que le législateur se mêle peu de l'encadrement de la convention. Les finalités de préservation de l'activité et de protection des parties doivent être conciliées en vue d'une coexistence facilitée. De manière transversale, elles dépendent aussi de la qualification du mécanisme de transmission et de la détermination de ses effets. La conciliation des intérêts par le législateur OHADA implique l'aménagement de la transmission, au titre de la poursuite de l'activité professionnelle (I), et par son encadrement, en vue de la protection des parties (II).

### **I- Une transmission aménagée pour la protection de l'activité professionnelle**

**12.** Dans l'optique de protéger l'activité professionnelle, l'OHADA consacre la transmission du bail en aménageant la substitution de droits et d'obligations qui en résulte. Cette transmission légale entraîne la poursuite du bail malgré le changement du preneur. La prévision du législateur varie suivant la circonstance génératrice de la transmission. Alors que la poursuite du bail est automatique à la suite de la conclusion d'un acte juridique (A), elle est conditionnée lorsque survient un fait juridique (B).

#### **A. La transmission automatique consécutive à la conclusion d'un acte juridique**

**13.** Le droit OHADA aménage la transmission automatique du bail en écartant toute exigence du consentement du bailleur et toute condition formelle de validité. La poursuite de l'activité professionnelle est assurée par l'entremise d'une liberté reconnue au preneur de transmettre son bail selon sa volonté. Le bailleur ne peut non plus empêcher cette transmission en cas de conclusion d'actes juridiques qui entraîne la cessation de ces droits<sup>51</sup>. La poursuite de l'activité sera examinée par l'entremise de la liberté pour le preneur de transmettre le bail dans le cadre d'une cession intégrant les éléments permettant d'exercer l'activité (1) et en cas de restructurations de sa société (2).

#### **1. La transmission libre dans la cession du bail incluant l'activité**

**14.** La cession du bail est spécialement règlementée par l'AUDCG qui distingue la cession envisagée avec les éléments nécessaires à l'exercice de l'activité, de la cession réalisée de façon

---

<sup>51</sup> Aux termes de l'article 110 de l'AUDCG, « *le bail ne prend pas fin par la cessation des droits du bailleur sur les locaux donnés à bail* ». La cessation des droits recouvre de multiples hypothèses de changement de bailleur. Est concerné tout changement de bailleur résultant d'une donation, expropriation, apport en société ou annulation d'un bail emphytéotique portant sur les locaux. Le contrat de bail ainsi transmis, le nouveau bailleur doit le poursuivre avec le preneur. Le juge ne saurait ordonner l'expulsion de ce dernier du fait du changement du bailleur puisque suivant l'alinéa 2 de l'article 101 de l'AUDCG, l'opération entraîne une substitution de plein droit des obligations. Voy. C. A. du Littoral, Arrêt n°194 du 17 novembre 2008, *Ohadata J-10-255*. Le nouveau propriétaire est tenu de remplir les obligations d'un bailleur. Le preneur doit désormais revendiquer son droit au renouvellement du bail ou son droit à une indemnité d'éviction auprès du nouveau bailleur, au risque d'en être privé. Voy. CCJA, Assemblée plénière, Arrêt n°139/2014 du 11 novembre 2014, *Ohadata J-15-229*.



isolée ou avec quelques éléments du fonds de commerce<sup>52</sup>. Seule la première n'est pas conditionnée par l'accord du bailleur. Dite « *de plein droit* »<sup>53</sup>, elle permet au preneur, le cédant, de transmettre le bail au cessionnaire qui se substitue à lui pour la poursuite de l'activité. L'AUDCG ne s'étend toutefois pas sur les éléments dits nécessaires à l'exercice de l'activité. Ils pourraient être déduits de contrats qui portent à la fois sur le droit au bail et les biens corporels et incorporels du cédant. Tel est le cas de la cession du fonds de commerce ou de la cession d'entreprise<sup>54</sup>.

**15.** Le fonds de commerce se singularise par le caractère individualisable de ses constituantes qui comprennent différents éléments mobiliers, corporels et incorporels<sup>55</sup> susceptibles d'être « *isolés pour être transmis, cédés, loués ou donnés en garantie d'un emprunt* »<sup>56</sup>. Le droit au bail est séparable des autres éléments du fonds de commerce. Il peut précéder l'existence du fonds de commerce<sup>57</sup>. Par ailleurs, il n'en constitue pas un élément nécessaire, à l'inverse de la clientèle, de l'enseigne ou du nom commercial<sup>58</sup>. Le preneur a la liberté de transmettre son bail lorsqu'il cède son fonds de commerce. La raison en est que le bail constitue « *le support principal du fonds de commerce* »<sup>59</sup>. Toutefois, la cession du fonds de commerce implique en elle-même celle de la clientèle, de l'enseigne ou du nom commercial. À défaut d'une cession simultanée de ce « *noyau dur* »<sup>60</sup>, la cession d'autres éléments mobiliers et immobiliers demeure possible, sans pouvoir être qualifiée de cession de fonds de commerce. La cession du fonds de commerce est soumise aux règles générales de la vente<sup>61</sup> et à des formalités de publicité<sup>62</sup>.

**16.** Contrairement à la cession du fonds de commerce, la cession d'entreprise n'est pas spécifiquement aménagée par l'OHADA. Pourtant, ce contrat apparaît dans plusieurs actes uniformes. L'AUPCAP l'envisage en tant que remède aux difficultés de l'entreprise<sup>63</sup>. La cession d'entreprise désigne, dans ce cas, « *toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont*

---

<sup>52</sup> Cf. article 118 de l'AUDCG. La disposition distingue deux types de cession. La première est celle analysée ici. La seconde qui nécessite une autorisation du bailleur est examinée *infra* aux n°39 et suivants. L'ancien article 86 ne différenciait ni ces deux types de cession ni leur régime, mais se limitait à l'obligation de publicité.

<sup>53</sup> A. P. SANTOS, « Les nouvelles règles du bail commercial et du fonds du commerce », ERSUMA, Formation des formateurs aux actes uniformes révisés, 12 au 15 juillet 2011, p 6, accessible sur [https://biblio.ohada.org/pmb/opac\\_css/doc\\_num.php?explnum\\_id=336](https://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=336) (consulté le 20 septembre 2021)

<sup>54</sup> *Ibid.* Voy. aussi l'article L. 145-16 du Code de commerce français qui vise l'entreprise ou le fonds de commerce.

<sup>55</sup> Ces éléments sont énumérés à l'article 137 de l'AUDCG. Le fonds de commerce peut ainsi comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels tels que les installations, les aménagements et agencements, le matériel, le mobilier, les marchandises en stock, le droit au bail, les licences d'exploitation, les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles et tout autre droit de propriété intellectuelle nécessaires à l'exploitation.

<sup>56</sup> A. P. SANTOS, K. M. AGBENOTO, « Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général », *op. cit.*, p.312.

<sup>57</sup> Voy. Cour d'appel de Ouagadougou, chambre commerciale, Arrêt n°034 du 19 mars 2010, M. Z. A. c/ T. L. J., *Ohadata J-12-85*. Dans cette affaire, le fonds de commerce n'existait pas au moment de la conclusion du contrat de bail. Il a été constitué par le locataire à travers des aménagements de sorte que le bailleur ne pouvait en revendiquer la propriété.

<sup>58</sup> Cf. article 136 de l'AUDCG.

<sup>59</sup> F. DEKEUWER DÉFOSSÉZ, *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, op. cit.*, p. 327.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Article 147 de l'AUDCG.

<sup>62</sup> Article 153 de l'AUDCG.

<sup>63</sup> L'article 7 de l'AUPCAP la prévoit en tant que mesure pouvant figurer dans le projet de concordat et l'article 33 l'envisage comme cause d'ouverture de la procédure de redressement après constatation de la cessation des paiements.

*attachés et d'apurer le passif.* »<sup>64</sup>. L'AUDSC-GIE la prévoit, à titre de possibilité de reprise de la société. La cession d'entreprise recouvre aussi la cession totale ou globale d'actifs par laquelle l'entreprise cède l'intégralité de ses biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles<sup>65</sup>.

**17.** Au régime de la cession de fonds de commerce ou de la cession d'entreprise, doivent être associées les dispositions qui régissent la transmission de plein droit dans le cadre de la cession du bail. Elles confèrent au preneur une libre transmissibilité du bail justifiée par la sauvegarde de l'activité. Le bailleur est protégé par l'AUDCG dans une relative mesure. D'une part, la cession ne lui est opposable que si le preneur accomplit les formalités prévues aux articles 118 et 120 de l'AUDCG. Ce dernier a, en effet, l'obligation de porter la cession à la connaissance du bailleur par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen qui permet d'établir une réception effective par le destinataire<sup>66</sup>. L'absence de notification n'invalide pas la cession, mais la rend inopposable au bailleur<sup>67</sup>. De même, le cessionnaire ne pourra se prévaloir des dispositions protectrices de l'AUDCG, car elles ne bénéficient qu'à l'« *occupant régulier* »<sup>68</sup>. D'autre part, le bailleur a la possibilité de s'opposer à la transmission auprès du juge, dans le délai d'un mois à compter de la signification ou de la notification. Toutefois, il doit justifier de motifs sérieux et légitimes tels que la violation par le preneur des obligations du bail, et notamment le non-paiement du loyer. Cette exigence préserve la liberté de transmission puisqu'elle implique que « *le manquement constaté soit d'une importance caractérisée ou que le preneur ait commis des manquements répétés à ses obligations* »<sup>69</sup>. Par ailleurs, les motifs sont soumis à l'appréciation du juge. En dehors de ces conditions légales, le bailleur, soucieux de se prémunir du changement de débiteur, dispose d'une certaine latitude pour s'aménager des garanties. Toutefois, il pourrait tout aussi refréner l'automatisme de la transmission en stipulant une clause d'incessibilité ou une clause d'agrément du cessionnaire<sup>70</sup>. L'AUDCG n'écarte pas ces potentielles limites à la liberté de cession du preneur. Il pourrait en résulter une incohérence par rapport à l'objectif de protection de l'activité professionnelle qui est le second intérêt à préserver dans la transmission.

**18.** La cession produit ses effets au sein de la relation tripartite entre le cédant, le cessionnaire et le bailleur. Même si l'AUDCG ne s'attarde pas sur le statut des parties, il reste admis que le cessionnaire devient locataire<sup>71</sup> et recueille les droits et obligations du cédant. Il doit poursuivre l'activité prévue, au risque d'être expulsé<sup>72</sup>. Quant au bailleur, il ne peut lui être

---

<sup>64</sup> Article 131, alinéa 3 AUPC.

<sup>65</sup> La cession totale ou partielle d'actif est réglée aux articles 131 et suivants de l'AUPCAP.

<sup>66</sup> Cette notification doit comporter les mentions relatives à l'identité complète du cessionnaire, son adresse et, lorsqu'il est commerçant, son numéro d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier.

<sup>67</sup> Article 119 AUDCG.

<sup>68</sup> CCJA, Assemblée plénière, Arrêt n°126/2014 du 11 novembre 2014, *Ohadata J-15-216*. Ainsi, le cessionnaire du fonds de commerce contre lequel une expulsion avait été prononcée par les juges du fond ne peut faire prospérer l'argument tiré des articles 101 et 102 de l'AUDCG (Ancien) en vertu duquel la résiliation du bail et l'expulsion du locataire ne peuvent être sollicitées qu'en cas de non-paiement du loyer ou de défaut d'exécution d'une clause du bail après mise en demeure, dans le cas où la cession a été faite sans en aviser le propriétaire de l'immeuble.

<sup>69</sup> Voy. B. MARTOR, N. PIKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, LexisNexis, 2004, p. 47.

<sup>70</sup> Pour l'analyse de ces clauses, voy. *infra*, n°50 et s.

<sup>71</sup> En droit belge, l'article 11 de la Loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux prévoit expressément qu'« en cas de cession portant sur l'intégralité des droits du locataire principal, le cessionnaire devient le locataire direct du bailleur ».

<sup>72</sup> Le respect de la destination prévue est une obligation qui s'impose au preneur en vertu de l'article 113 de l'AUDCG. L'expulsion du cessionnaire est précédée d'une mise en demeure. Voy. Tribunal de Première instance de Ngaoundéré, ordonnance n°23 du 27 juillet 2012, *Ohadata J-13-42*

dénié « *la qualité pour agir en expulsion du cessionnaire* »<sup>73</sup>. L'étendue des obligations du cessionnaire diffère suivant qu'il s'agit d'une cession de fonds de commerce ou d'une cession d'entreprise. Dans la première, le cessionnaire ne reprend ni les dettes ni les engagements antérieurs du cédant<sup>74</sup>. Dans la seconde, par contre, l'acquéreur devient propriétaire de l'actif de l'entreprise, mais également de tout son passif. Au total, la cession de bail envisagée avec les éléments pourrait être soumise au régime de la cession du fonds de commerce ou de la cession d'entreprise auquel se superposent les règles propres à ce mécanisme de transmission. Le preneur est aussi libre de transmettre son bail dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actifs.

## 2. La transmission libre dans le cadre des restructurations de sociétés

**19.** Les opérations de restructurations de sociétés que sont la fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif permettent au preneur d'apporter les transformations nécessaires à son activité. Pour ce faire, le législateur lui accorde une liberté de transmettre le bail. Il importe en effet que le bail se poursuive sans que la volonté du bailleur n'entrave la réalisation de l'opération. Cela se justifie d'autant par l'objectif des restructurations qui est de « *faciliter le développement et la croissance d'une ou plusieurs sociétés par agrégation ou par éclatement suivi de reconstitution de sociétés* »<sup>75</sup> et de contribuer ainsi à l'essor économique.

**20.** La fusion peut consister en l'absorption d'une société par une autre ou en la création d'une nouvelle société par deux ou plusieurs autres<sup>76</sup>. Le bail des locaux sera, ainsi, transmis à la société absorbante ou nouvellement créée. Dans le cadre d'une scission<sup>77</sup>, la société, preneuse des locaux, scindée, transmettra son droit au bail à des sociétés existantes ou nouvelles dites bénéficiaires. Enfin, dans l'hypothèse d'un apport partiel d'actifs<sup>78</sup>, la société preneuse apporte une branche d'activités qui « *est traitée comme une entreprise autonome à laquelle aurait été affecté un patrimoine* »<sup>79</sup>. La branche d'activité concernée sera alors transmise à la société bénéficiaire, en même temps que le bail des locaux. La fusion et la scission entraînent une dissolution sans liquidation<sup>80</sup> de la société preneuse du bail, à l'inverse de l'apport partiel d'actif dans lequel la société apporteuse subsiste à l'opération. La société bénéficiaire, elle, recueille le patrimoine dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération<sup>81</sup>.

---

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> C. DENIZOT, *Droit et pratique des baux commerciaux*, op. cit., n°343.05.

<sup>75</sup> D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, Thèse en Droit, Université de Bordeaux, 2015, pp. 27-28.

<sup>76</sup> Voy. l'article 189 de l'AUSC-GIE. Il s'agit des deux modalités de fusion à savoir la « fusion absorption » et la « fusion par création d'une société nouvelle ». Cf. notamment B. MARTOR, S. THOUVENOT, « La fusion des sociétés issues du droit OHADA », *Ohadata D-04-19*.

<sup>77</sup> L'article 190 AUSC-GIE définit la scission comme « *l'opération par laquelle le patrimoine d'une société est partagé entre plusieurs sociétés existantes ou nouvelles* ». En vertu de l'article 195 de l'AUDSC-GIE, l'apport partiel d'actif est soumis au régime de la scission.

<sup>78</sup> Aux termes de l'article 195 de l'AUSC-GIE, il recouvre « *l'opération par laquelle une société fait apport d'une branche autonome d'activité à une société préexistante ou à créer* ». Voy. aussi D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, op. cit., n°103 et s.

<sup>79</sup> C. CHAMPAUD, « Apport partiel d'actif. Notion. Nature juridique de l'opération. Effets. Limites. », *RTD. Com.* 1992, p. 385.

<sup>80</sup> B. MARTOR, N. PIKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, p.138-139. Voy. CCJA, 22 octobre 2015, Arrêt n° 117/2015, accessible sur [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org)

<sup>81</sup> Cf. article 191 de l'AUSC-GIE.

21. Ces opérations se distinguent par leur nature juridique. Elles n'entraînent pas une cession ou un « *faisceau de cessions* », <sup>82</sup> mais une transmission universelle de l'actif et du passif à la société bénéficiaire<sup>83</sup> qui opère de plein droit. L'AUDSC-GIE ne traite pas du sort du bail. La CCJA apporte une réponse en considérant que le bail intègre l'opération de restructuration en tant qu'actif<sup>84</sup>. En droit français, la transmission du bail est expressément visée à l'article L.145-16, alinéa 2 du Code de commerce<sup>85</sup>. Apparaît ici, l'intérêt de compléter les dispositions de l'AUDCG par des règles sur le sort du bail en cas des restructurations. Cette démarche a été adoptée pour la société en liquidation lors de la révision de 2010.

22. La liberté de transmettre le bail dans le cadre des restructurations ne s'exerce alors qu'à l'égard du bailleur. Elle est encadrée par l'OHADA afin de préserver les intérêts des associés et des actionnaires des sociétés concernées. D'une part, le projet est soumis à des conditions de fond et de forme<sup>86</sup> préalables à la transmission du bail. D'autre part, les droits du bailleur sont protégés de l'amoindrissement excessif qu'occasionnerait la transmission de plein droit. En effet, celle-ci donne l'impression que la seule formalité de publicité dans un journal d'annonces légales<sup>87</sup> va suffire à « *substituer un créancier à un autre créancier ou, qui plus est, un débiteur à un autre débiteur sans que les titulaires de créances ou les redevables de la dette, cédées aient été personnellement, directement et indubitablement avertis d'un changement dont ils pourront avoir à supporter des conséquences négatives.* » <sup>88</sup> Plusieurs mesures de sauvegarde des droits du bailleur sont aménagées par l'OHADA. Il peut former opposition au projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actifs<sup>89</sup> si sa créance est antérieure à la publicité du projet, dans le délai de 30 jours à compter de cette publicité. La juridiction compétente rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties. À défaut, la fusion est inopposable au bailleur. Il en résulte que l'opposition ne met pas fin au projet de fusion<sup>90</sup>. Par ailleurs, à l'issue de la transmission, la société bénéficiaire est débitrice

---

<sup>82</sup> Cf. Y. REINHARD, « Apport partiel d'actif. Application du régime des scissions. Transmission universelle de patrimoine », *RTD. Com.* 1991, p. 404.

<sup>83</sup> Pour une transmission universelle dans le cadre d'une fusion-absorption, voy. CCJA, 7 mars 2013, arrêt n°018/2013, Compagnie des bananes de Côte d'Ivoire dite CDBCI c/ Martial Duparc, Fatome Houballah (ep) DUPARC, obs. R. NEMEDEU, *RTD. Com.* 2020, p. 552.

<sup>84</sup> CCJA, 22 octobre 2015, Arrêt n°117/2015, *op. cit.* En l'espèce, il s'agissait de la transmission d'un bail emphytéotique à la société absorbante.

<sup>85</sup> Aux termes de cet article, « *les sociétés issues de la scission, la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine ou la société bénéficiaire de l'apport sont (...) substituées à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail* ».

<sup>86</sup> Les dispositions générales sont prévues aux articles 189 à 199 de l'AUSC-GIE et les règles spécifiques applicables aux sociétés anonymes, aux articles 670 et suivants. Les fusions sont particulièrement encadrées dans les sociétés anonymes compte tenu de leurs incidences sur les actionnaires. Voy. J. I. SAYEGH, « Présentation des dispositions sur la transformation de la société commerciale. Fusion. Scission », *Ohadata, D-06-14*, pp.5 et s. Pour la fusion, voy. B. MARTOR, S. THOUVENOT, « La fusion des sociétés issues du droit OHADA », *Ohadata D-04-19*.

<sup>87</sup> L'article 194 de l'AUSC-GIE prévoit l'insertion du projet de fusion ou de scission dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Le projet est aussi déposé au RCCM du siège social des sociétés participant à la fusion.

<sup>88</sup> C. CHAMPAUD, « Apport partiel d'actifs... », obs. sous Cass. (fr.) com. 3<sup>e</sup> civ., 30 avril 2003, *RTD. Com.* 2003, p. 750.

<sup>89</sup> Voy. article 679 de l'AUSC-GIE qui détermine les effets des restructurations sur les créanciers non obligataires en général, et le bailleur en particulier, dans le cas de la fusion. L'article 684 précise que les dispositions sur la fusion s'appliquent à la scission. Voy. aussi B. MARTOR, N. PIKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, op.cit.*, p.143

<sup>90</sup> P. G. POUGOUÉ et al., « Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in J. I. SAYEGH, P.-G. POUGOUÉ, F. M. SAWADOGO, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*, p. 619.

du bailleur au lieu et place du preneur<sup>91</sup> sans que la substitution n'emporte novation à l'égard du bailleur, de sorte que la créance originaire subsiste. Cet effet de la transmission protège le bailleur qui peut opposer à la société bénéficiaire, toutes les exceptions et les moyens de défense dont il pouvait se prévaloir contre le preneur. Les intérêts semblent converger puisque la transmission automatique garantit la poursuite de l'activité professionnelle tout en offrant des garanties au bailleur<sup>92</sup>. Néanmoins, la libre transmissibilité du bail doit être relativisée. L'OHADA ne règle pas le sort des clauses d'intransmissibilité ou d'agrément qui visent à interdire la réalisation du projet de restructuration ou à la conditionner à la volonté du bailleur<sup>93</sup>.

**23.** Au total, la transmission du bail dans les opérations de restructurations repose sur un équilibre satisfaisant entre préservation du bail et protection des intérêts du bailleur. Ce dernier se voit imposer le transfert du bail et reçoit des garanties en prévision d'aléas qui rompraient ses attentes. La transmission automatique consécutive à la conclusion d'un acte juridique est une parfaite illustration de la liberté du preneur de transférer son bail dans son intérêt. Dans les hypothèses qui suivront, la transmission est subordonnée à une décision indépendante du preneur, nécessitée par une préservation des intérêts d'autrui du fait de la survenance d'un fait juridique.

## **B. La transmission conditionnée consécutive à un fait juridique**

**24.** Le fait juridique à l'origine de la transmission est prévu par les dispositions de l'AUDCG, de l'AUDSC-GIE et de l'AUPCAP. Dans ces cas, la transmission ne repose pas sur une liberté du preneur, mais reste suspendue à une option qui sera validée ultérieurement. Il s'agit ici de soupeser la poursuite de l'activité avec des considérations extérieures au preneur. L'option pour la transmission du bail est requise à la fin de la personnalité (1) ou lors de la cessation des paiements du preneur (2).

### **1. La transmission décidée à la fin de la personnalité du preneur**

**25.** Le législateur OHADA règlemente le sort du bail à la suite du décès d'une des parties contractantes, à travers la règle impérative<sup>94</sup> qui prescrit que « *le bail ne prend pas fin par le décès de l'une ou l'autre des parties* ». Cette prévision se justifie par la survivance de bon nombre d'activités à leur auteur. Au surplus, elle donne une certaine sécurité aux agents économiques<sup>95</sup> en évitant que la fin de l'activité n'entraîne des conséquences économiques et sociales dommageables. Le sort du bail au décès du bailleur ne suscite pas de difficultés particulières. La transmission est, dans ce cas, automatique par application de l'article 110 de l'AUDCG.

**26.** À l'inverse, en cas de décès du preneur, la transmission du bail est soumise à des formalités supplémentaires. En effet, le bail ne sera transmis que sur décision préalable des héritiers à savoir les conjoint, ascendants ou descendants en ligne directe. Le choix leur est laissé de poursuivre le bail ou d'y mettre fin. Dans la première hypothèse, ils devront en faire la demande au bailleur par signification d'huissier de justice ou une notification par tout moyen

---

<sup>91</sup> L'article 679 AUSC-GIE concerne la fusion. La scission produit des effets identiques à la fusion, par extension des dispositions. L'apport partiel d'actifs est placé sous le régime des scissions.

<sup>92</sup> Des garanties légales sont aussi prévues par le législateur dans le cadre des restructurations. Voy. *infra*, n°56.

<sup>93</sup> Voy. *infra*, n°49.

<sup>94</sup> Cette règle est prévue à l'article 111 de l'AUDCG qui fait partie, suivant l'article 134 du même texte, des dispositions d'ordre public.

<sup>95</sup> D. TRICOT, « Bail à usage professionnel et fonds de commerce », *op. cit.*, p. 2.

permettant d'établir la réception effective par le bailleur, dans un délai de trois mois à compter du décès de leur auteur. Les conflits suscités par l'existence de plusieurs demandes sont réglés par l'AUDCG. Le bailleur peut saisir la juridiction compétente, statuant à bref délai, afin de voir désigner le successeur. La poursuite du bail par les héritiers pourrait s'envisager dans la continuité de l'activité professionnelle du *de cuius*, auquel cas, il s'agira d'une transmission du fonds de commerce dont le bail constituerait un élément. Suivant un auteur, en l'absence de demande de poursuite du bail, le maintien dans les locaux en dehors de la volonté du bailleur pourrait être qualifié de voie de fait<sup>96</sup>. L'OHADA accorderait ainsi au bailleur le pouvoir de décider de la poursuite du bail. En effet, en soumettant la continuité du bail à une demande des héritiers adressée au bailleur, la disposition incline à penser que ce dernier pourrait s'y opposer. L'objectif de préservation de l'activité risque d'être entravé. Il eût été plus conforme à cette finalité de prévoir une obligation d'information du bailleur sous forme de notification ou de signification. Dans ce cas, bien qu'opérant de plein droit, la transmission ne serait pas automatique, car subordonnée à une option des héritiers. Au demeurant, il semble que c'est l'esprit de l'article 111<sup>97</sup>.

**27.** La différenciation du régime suivant le décès du bailleur ou du preneur pourrait se justifier par les contraintes induites par la poursuite de l'activité. En effet, une transmission automatique imposerait d'office aux héritiers, l'exercice d'une activité commerciale et l'exécution des obligations correspondantes. Par ailleurs, si l'activité exercée par le précédent preneur était fortement marquée par *l'intuitus personae*, l'intérêt de la poursuivre se trouve fortement amoindri. Il est donc appréciable que l'AUDCG laisse aux héritiers le choix de poursuivre le contrat de bail ou d'y mettre fin.

**28.** Les héritiers admis à poursuivre le bail doivent remplir les conditions préalables à l'exercice de l'activité, notamment les formalités prévues au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier si leur auteur y était inscrit. L'article 45, alinéa 2, de l'AUDCG prévoit en effet qu'« *en cas de décès d'une personne physique immatriculée, ses ayants droit doivent, dans le délai de trois mois à compter du décès, demander la radiation de l'inscription au Registre, ou sa modification s'ils doivent eux-mêmes continuer l'activité* ». Si tous les héritiers reprennent ensemble l'exploitation, ils seront tenus solidairement. Si un seul héritier souhaite continuer l'exploitation du fonds et bénéficiaire du bail du preneur décédé, il sera tenu de s'immatriculer.

**29.** Lorsqu'ils optent pour la fin du contrat, les héritiers pourront rester passifs en attendant l'échéance du délai prévu pour manifester leur intérêt à poursuivre le bail. En effet, l'AUDCG prévoit la résiliation du bail, en l'absence de toute demande, dans le délai de trois mois suivant le décès du preneur. Qu'advierait-il donc des charges locatives dues pendant cette période de réflexion ? Les règles en matière d'indivision devraient s'appliquer, à savoir que les héritiers seront tenus au paiement de ces charges en tant que dettes de la succession. L'AUDCG ne prévoit pas d'autre possibilité de résiliation pour les ayants droit. Ces derniers pourraient néanmoins convenir de la résiliation avec le bailleur sans attendre le délai légal.

**30.** Du point de vue des effets, la transmission du bail est réalisée à titre universel. Les héritiers du preneur recueillent son patrimoine composé de l'actif et du passif. Ils seront ainsi tenus des dettes antérieures au décès, telles que les loyers impayés. Quant au bailleur, il poursuit l'exécution des obligations à leur égard.

---

<sup>96</sup> B. TOGORA, « Sort du bail à usage professionnel en OHADA au décès du preneur », *Ohadata D-13-18*, p.3.

<sup>97</sup> Cf. A. P. SANTOS, K. M. AGBENOTO, « Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général », *op. cit.*, p. 299.

**31.** La seconde hypothèse de transmission du bail consécutive à la fin de la personnalité est la dissolution de la personne morale. Elle a été ajoutée par l'AUDCG de 2010. La liquidation de la personne morale intervient du fait de sa dissolution<sup>98</sup>. Le législateur OHADA n'exclut pas pour autant la reprise de l'activité. L'article 111, alinéa 5 de l'AUDCG dispose que : « *la dissolution de la personne morale preneuse n'entraîne pas, de plein droit, la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité du preneur.*<sup>99</sup> ». Ce texte paralyse la rupture du contrat de bail<sup>100</sup> et empêche le bailleur d'invoquer une clause résolutoire insérée dans le contrat. Le liquidateur est tenu d'exécuter les obligations du preneur, dans les conditions fixées par les parties. La transmission du bail consécutive à la liquidation peut être placée sous le régime de l'AUDCG, de l'AUDSC-GIE et de l'AUPCAP. En effet, des interactions s'établissent entre l'AUDCG, considéré comme le « droit commun » du bail commercial et l'un ou l'autre des actes uniformes.

**32.** Toutefois, la procédure de liquidation organisée par l'AUDSC-GIE pour les causes de dissolution qu'il énumère<sup>101</sup> diffère de celle aménagée au titre des procédures collectives prévues par l'AUPCAP<sup>102</sup> qui implique la cessation des paiements étudiée ci-après. Les deux procédures se rapprochent, néanmoins, par le recours aux opérations de cession globale d'actifs<sup>103</sup> et de fusion, génératrices d'une transmission du bail, respectivement au cessionnaire et à la société absorbante ou nouvellement créée<sup>104</sup>. Il sied d'examiner la transmission du bail découlant de l'AUPCAP. Elle est marquée par l'intervention du juge qui décide de la transmission du bail dans le cadre du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

## 2. La transmission décidée à la cessation des paiements du preneur

**33.** Le fait juridique<sup>105</sup> de cessation des paiements est potentiellement une cause de transmission du bail. Le preneur se trouvant dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible<sup>106</sup> risque d'être immédiatement confronté à la décision du bailleur de résilier le bail afin de limiter le montant des loyers impayés. Toutefois, la cessation des paiements vient bouleverser l'application des règles classiques du bail<sup>107</sup> en le plaçant sous le régime des procédures collectives de redressement judiciaire ou de liquidation des biens qui

---

<sup>98</sup> Voy. article 201 de l'AUSC-GIE.

<sup>99</sup> L'article 79 de l'ancien AUDCG ne comportait pas cette disposition relative au sort du bail suite à la dissolution de la personne morale. Le bail pourra être résilié après une mise en demeure adressée au liquidateur, restée plus de soixante jours sans effet.

<sup>100</sup> J.-C. NGNINTEDEM, « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », *op. cit.*

<sup>101</sup> Les causes de dissolution sont prévues à l'article 200 de l'AUSC-GIE.

<sup>102</sup> L'article 203 de l'AUSC-GIE prévoit en effet que les dispositions sur la liquidation de la société commerciale ne s'appliquent pas lorsque la liquidation intervient dans le cadre des dispositions de l'AUPCAP.

<sup>103</sup> Voy. pour l'arrivée du terme de la société bailleuse dont l'actif et le passif ont été transmis à une autre structure, C. A., Littoral, 04 juillet 2011, Arrêt n°151, accessible sur [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org). La juridiction d'appel infirme la décision rendue en première instance (TPI de Douala-Bonango, jugement n°151/CIV rendu le 03 juin 2009) qui avait fait droit à la demande de l'intimé et ordonné, sous astreinte, l'expulsion du locataire. La cour d'appel a fait application de l'article 78 de l'AUDCG et du principe acquis que « *La continuation du bail de plein droit constitue une exception à l'effet relatif des conventions* ».

<sup>104</sup> L'article 215 prévoit en effet la cession globale d'actifs ou l'apport de l'actif de la société en liquidation à une autre société par fusion.

<sup>105</sup> P. NGUIHE KANTE, « Réflexion sur la notion d'entreprise en difficultés dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *AFRILEX*, n°3, juin 2003, p. 179.

<sup>106</sup> Il s'agit de la définition de la cessation des paiements prévue à l'article 1-3 de l'AUPCAP. Elle exclut « les situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ».

<sup>107</sup> B. Y. MEUKE, « Brèves observations sur le sort du bail commercial dans les procédures collectives de l'OHADA », *Ohadata D-08-15*, p. 1.

ont la particularité d'être jalonnées par l'intervention du juge, artisan de leur succès<sup>108</sup>. Le maintien du contrat de bail constitue un préalable à sa transmission. Il est prescrit par l'AUPCAP en cas de procédures collectives impliquant le preneur<sup>109</sup>. Cette règle d'ordre public s'inscrit dans le principe général de continuité des contrats de l'article 107 de l'AUPCAP qui écarte toute disposition nationale ou clause contractuelle ou indivisibilité qui stipulerait la résiliation ou la résolution d'un contrat en cours du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective<sup>110</sup>. Il s'agit d'éviter une rupture brutale du « *tissu contractuel sur lequel repose l'entreprise* »<sup>111</sup>, d'autant que les contrats conditionnent la vie de l'entreprise. Il appartient ensuite au syndic de décider de poursuivre le bail<sup>112</sup> ou de le céder<sup>113</sup>. Il devra cependant respecter les conditions de cession éventuellement prévues au contrat de bail. Cette exigence issue de l'article 97 de l'AUPCAP marque le retour à la liberté contractuelle et protège, de ce fait, les intérêts du bailleur<sup>114</sup>. Cependant, elle risque d'affecter la réalisation de l'opération, en l'absence d'encadrement<sup>115</sup>.

**34.** Le redressement judiciaire poursuit des objectifs de sauvetage de l'entreprise et de désintéressement des créanciers<sup>116</sup> dont l'atteinte peut impliquer le contrat de bail<sup>117</sup>. Eu égard à cet équilibre nécessaire entre la sauvegarde des intérêts des créanciers et le maintien de l'activité du preneur, la transmission du bail est soumise aux décisions de celui-ci et du syndic qui seront validées, ultérieurement, par le juge. Le bail peut faire l'objet d'une cession à l'occasion de la cession globale désignée par l'AUPCAP, comme l'une des conditions d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire<sup>118</sup>, à côté de la proposition de concordat. Celle-ci, deuxième condition d'ouverture, lorsqu'il n'apparaît pas de sérieux doutes sur sa réussite et son obtention par les créanciers, peut prévoir la cession de la totalité<sup>119</sup> ou d'une partie des actifs, d'une branche d'activité ou de l'entreprise. Sur ce point, la cession d'entreprise

---

<sup>108</sup> F. M. SAWADOGO, « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso », *Revue Burkinabè de droit*, n°26, Juillet 1994, p. 195.

<sup>109</sup> Voy. article 97 de l'AUPCAP. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard du bailleur n'est pas aménagée spécifiquement par l'AUPCAP. Néanmoins, il pourrait être concerné s'il est le débiteur en liquidation.

<sup>110</sup> La résiliation du bail est soumise à des conditions beaucoup plus restrictives que celle des autres contrats en cours. La résiliation aménagée aux articles 108 al.2 et 109 ne s'applique pas au bail professionnel, en vertu de l'article 97 al.2. Sur les règles relatives à la résiliation, voy. J.-C. NGNINTEDEM, « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », *Ohadata D-10-26*, pp.5 et s. ; B. Y. MEUKE, « Brèves observations sur le sort du bail commercial dans les procédures collectives de l'OHADA », *Ohadata D-08-15*.

<sup>111</sup> C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD. Com.* 2000, p. 783, n°10.

<sup>112</sup> Article 108 al.1. Voy. J.-C. NGNINTEDEM, « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 10. Aux termes de l'article 97 al. 4. de l'AUPC, « *s'il est décidé que le bail ne sera pas poursuivi, celui-ci est résilié sur simple congé formulé par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire* ».

<sup>113</sup> Article 97 de l'AUPCAP.

<sup>114</sup> J.-C. NGNINTEDEM, « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 19.

<sup>115</sup> Voy. *infra*, n°52.

<sup>116</sup> La sauvegarde de l'activité est privilégiée par rapport à sa disparition lorsqu'elle se révèle bénéfique pour la société, en général, et les créanciers, en particulier. Voy. F. M. SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », in J. I. SAYEGH, P.-G. POUYOUÉ, F. M. SAWADOGO, *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, *op.cit.*, p.1111.

<sup>117</sup> F. KENDERIAN, « Bail commercial et réforme de la loi de sauvegarde des entreprises : le bail n'est vraiment plus un contrat comme les autres », *RTD. Com.* 2009, p. 281. L'auteur analyse les changements apportés par l'ordonnance française n°2008-1345 du 18 déc. 2008 « portant réforme du droit des entreprises en difficulté ».

<sup>118</sup> Voy. article 33 de l'AUPCAP. Il s'agit d'une innovation de l'AUPC révisé. L'AUPC de 1998 prévoyait seulement la cession partielle dans le cadre du concordat.

<sup>119</sup> La cession totale des actifs de l'entreprise en difficulté est une innovation de l'AUPCAP révisé prévue à l'article 27 al. 2.



« peut donner des résultats substantiels pour le paiement des créanciers tout en permettant à un repreneur, nouveau propriétaire, de poursuivre l'exploitation, en étant débarrassé du passif du débiteur »<sup>120</sup>. Le contrat de bail sera cédé à travers ces opérations. Une fois l'option de la poursuite de l'activité envisagée suivant l'une ou l'autre modalité, il appartient aux créanciers de l'entériner ou de la rejeter. La transmission du bail sera ainsi décidée à l'issue de la procédure d'homologation du concordat, processus soucieux de réunir les parties. La nature conventionnelle du concordat<sup>121</sup> révèle une prise en compte des intérêts des créanciers qui procèdent à son vote sur initiative du juge<sup>122</sup>. L'efficacité du concordat est suspendue à son approbation par le juge<sup>123</sup> qui s'assure de la prise en compte des intérêts des créanciers et de sa viabilité<sup>124</sup>. La poursuite de l'activité n'est donc pas un objectif ultime. Le juge homologue la cession lorsque les conditions relatives au prix et au paiement sont satisfaisantes<sup>125</sup> et il rend obligatoire la constitution d'un cautionnement, si le prix de la cession n'est pas payé comptant.

**35.** La liquidation des biens procède d'une logique différente. Mettant fin à l'activité de l'entreprise débitrice, elle ne vise pas à la redresser ou à la sauver. En toute logique, elle exclut la validation d'un concordat par les créanciers. L'entreprise peut toutefois réaliser son actif à travers une cession totale ou partielle d'actifs<sup>126</sup>. L'AUPCAP aménage la cession globale d'actifs de l'entreprise en liquidation<sup>127</sup>. Compte tenu des risques éventuels pour la masse des créanciers, elle est ordonnée par le juge-commissaire sur la base d'offres reçues par le syndic. Le transfert du bail pourrait aussi se réaliser dans le cadre d'une opération de fusion<sup>128</sup>. La scission et l'apport partiel d'actifs relatifs à la société en liquidation ne sont pas prévus par l'AUPCAP. Il s'agirait toutefois d'un oubli de l'AUPCAP qui n'empêcherait pas, suivant la doctrine, l'application des règles s'y rapportant<sup>129</sup>. Le bail transmis dans le cadre des procédures collectives produira les effets attachés aux opérations précédemment examinées à savoir la substitution de parties dans la cession d'entreprise ou la transmission universelle à la suite de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actif. Compte tenu du passage forcé effectué par le législateur, des garanties sont accordées au bailleur<sup>130</sup>.

**36.** En somme, le droit des procédures collectives assure un équilibre perceptible entre la transmission du bail aux fins de maintien de l'activité et la protection des intérêts des créanciers.

---

<sup>120</sup> F. M. SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *op. cit.*, p. 1117.

<sup>121</sup> Le concordat est un accord. Il comporte les obligations concordataires dans lesquelles le preneur du bail s'engage à apurer son passif suivant le plan validé. Voy. F.-M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté, OHADA, collection, « Droit uniforme africain »*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 277 ; H. K. DECKON, « Refus d'homologation, homologation et concordat », *Ohadata D-14-22*, p.1. P. EBANGA, « Le concordat du redressement judiciaire dans le droit africain des affaires », *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 12, n°1, 2000, pp. 165-166.

<sup>122</sup> Voy. pour le processus de vote du concordat, les articles 123 et suivants AUPCAP.

<sup>123</sup> H. K. DECKON, « Refus d'homologation, homologation et concordat », *Ohadata D-14-22*, p.6.

<sup>124</sup> F. M. SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *op. cit.*, p. 1273.

<sup>125</sup> Par exemple, lorsque des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ils sont limités à deux (2) ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire.

<sup>126</sup> Cour d'appel de Bobo-Dioulasso, 10 novembre 2010, Arrêt n°016, accessible sur [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org). Dans cette affaire, la cession globale d'actifs a cependant été annulée du fait de l'infirmité du jugement de liquidation et de sa réformation en redressement judiciaire.

<sup>127</sup> Article 160 et suivants de l'AUPCAP.

<sup>128</sup> Conformément à l'article 189 de l'AUSC-GIE, une société en liquidation peut être absorbée.

<sup>129</sup> B. MARTOR, N. PIKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, op. cit.*, p.139-140. La solution est la même, concernant la scission puisque l'article 190, alinéa 2 est rédigé de façon incomplète, mais identique à l'article 189, alinéa 2. Cf. J. I. SAYEGH, « Présentation des dispositions sur la transformation de la société commerciale. Fusion. Scission. », *op. cit.*, p. 6.

<sup>130</sup> Voy. *infra*, n°56.

La finalité de protection de l'activité donne lieu à un régime de transmission légale. Celle-ci n'obère pas la liberté du bailleur et du preneur de convenir des modalités de la transmission. Cependant, l'encadrement du législateur s'avère nécessaire pour une protection équilibrée des parties et de l'activité.

## **II- Une transmission encadrée pour la protection des intérêts des parties**

**37.** À titre de rappel, le régime dérogatoire du bail repose sur un équilibre constant entre la protection du bail et la préservation des intérêts des parties. Cette finalité transparait dans la place que le législateur OHADA accorde à la convention. Il soumet certains types de transmission à la volonté du bailleur, en vue de le protéger (A). Par contre, son intervention est minime sur la liberté de transmettre le bail ou sur les garanties destinées à pallier les aléas de la transmission. Il convient alors d'interroger l'étendue de sa contribution à la prévention des aléas de la transmission (B).

### **A. La convocation légitime de la volonté du bailleur dans certains types de transmission**

**38.** Dans certains cas, le droit OHADA soumet la transmission aux volontés concordantes du bailleur et du preneur. Ainsi, et contrairement aux hypothèses de transmission de plein droit, il prive d'effets les opérations résultant d'une volonté unilatérale du preneur. L'éviction de celle-ci se justifie lorsque la transmission du bail est détachée de l'activité et n'en assure pas le maintien. Il en est ainsi de la cession du bail séparée des éléments essentiels de l'activité (1) et de la sous-location (2).

#### **1. L'éviction de la volonté unilatérale dans la cession isolée du bail ou partielle de l'activité**

**39.** Le preneur a l'obligation d'obtenir le consentement du bailleur dans la cession isolée du bail ou dans la cession du bail avec quelques éléments du fonds de commerce. Dans ce cas, le régime diffère de celui de la cession du bail envisagée dans la première partie<sup>131</sup>. La raison en est que la transmission est envisagée non pas en lien avec l'activité professionnelle, mais par rapport à l'emplacement. Pour cela, le législateur tente d'obvier les risques, découlant pour le bailleur, du changement de son débiteur sans sa volonté et sans que le nouveau preneur ne puisse justifier de l'exercice d'une activité. Son accord est alors requis dans le délai d'un mois à compter de la notification de la cession initiée par le preneur. Passé ce délai, son silence vaut accord. Le silence est, du fait de la loi, interprété comme valant approbation de la cession du bail. Cette exception au droit commun des contrats<sup>132</sup> vise sans doute à régler, avec diligence, le sort d'un contrat dont se désintéresse le preneur. La cession implique, en principe, trois parties, à savoir le bailleur, le cédant et le cessionnaire. Il n'est pas exclu qu'une partie ait une double qualité. En effet, suivant la jurisprudence française, le bailleur pourrait être lui-même cessionnaire sans que cette bivalence invalide l'opération<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Voy. *supra*, n° 14 et s.

<sup>132</sup> Cf. FIENI Pacôme, « Droit commercial général dans l'espace OHADA : étude comparative de l'ancien et du nouvel Acte uniforme, » *Actualités Juridiques, Édition économique* n°3/2012, P.22, *Ohadata D-13-34*, p.12.

<sup>133</sup> Dans une affaire, une cour d'appel française avait retenu que la cession du droit au bail était dépourvue de cause, car la relation triangulaire, cédant, cessionnaire, bailleur n'existait plus dès lors que le cessionnaire prétendait et le bailleur étaient une seule et même personne. Annulant cette décision, la Cour de cassation affirme que « l'acquisition par le bailleur du droit au bail mis en vente par son locataire a une cause puisqu'elle permet au premier de recouvrer la jouissance matérielle des lieux loués ». Voy. Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 13 octobre 2004 n° 987. Avant cette décision, une cession de ce type était invalidée pour absence de cause. Voy. Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 19 décembre 2000, *D* 2004, *A.J.*, p. 3140. Pour une décision plus récente, voy. Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 30 novembre 2017,

**40.** La qualification du mécanisme de cession est importante, car elle rejait sur l'existence d'une transmission en tant que telle et sur les prévisions des parties. En droit OHADA, l'opération a pu être envisagée comme une cession de dettes caractérisée par la substitution du cessionnaire au preneur, débiteur du bailleur. Dans une espèce, une cour d'appel avait retenu que la cession opérait une substitution au preneur par novation<sup>134</sup>. Cette qualification, bien que rare, apparaît aussi dans la doctrine récente<sup>135</sup>. Dans ce cas, la dette est cédée, suivant le procédé de la novation par changement de débiteur<sup>136</sup>, soumise à l'acceptation du créancier. L'assimilation de la cession du bail à la novation trouve raison dans la particularité de l'opération qui s'apparente à un mélange de cession de créance et de dettes. En effet, dans la dimension active du bail, le preneur dispose de multiples droits tels le droit au renouvellement du bail, la jouissance des lieux opposables au bailleur<sup>137</sup> tandis que l'aspect passif consiste à payer le loyer correspondant. Si la cession de créances est aisément admise, celle des dettes est peu envisageable sans l'accord du créancier. La soumission de la cession à l'accord du cédé est source d'ambiguïtés puisqu'elle s'assimilerait à la formation d'un nouveau contrat entre le cédé et le cessionnaire<sup>138</sup>. La novation qui en découle présente le désavantage du formalisme et est exclusive de la transmission du bail du fait de l'effet extinctif qu'elle entraîne<sup>139</sup>. En effet, l'obligation novée est éteinte avec les sûretés accessoires et aucune de ses caractéristiques ne se retrouve, en principe, dans l'obligation nouvelle. Pourtant, la transmission n'a pas pour vocation de créer un bail nouveau. Plutôt que d'envisager la cession du bail au regard des créances et des dettes, il serait plus conforme à la prévisibilité des rapports de la qualifier de cession de contrat. C'est d'ailleurs l'esprit de la cession aménagée en droit OHADA, en ce que « *le contrat primitif subsiste. Seule la personne du preneur change* »<sup>140</sup>. Une partie de la doctrine retient que la dette est transmise par l'effet de la cession du contrat et il n'est pas nécessaire qu'une cession de dette s'ajoute à la cession de droit<sup>141</sup>. Dans le même sens, la cession du bail commercial doit être envisagée en tant que cession d'une position contractuelle<sup>142</sup> qui se réalise par « *un changement de cocontractant dû à la cession de l'ensemble du contrat en tant qu'unité structurale indivisible* »<sup>143</sup>.

**41.** En droit OHADA, les divergences d'interprétation pourraient être accentuées par l'absence d'un régime de cession de contrat. En droit français, la cession de contrat est

---

n°16-23.498. Dans cette affaire, des preneurs à bail commercial, personnes physiques, cèdent leur fonds de commerce à une société qui, elle-même, le cède au bailleur.

<sup>134</sup> Cour d'appel de Pointe-Noire, Arrêt n°29 du 08 décembre 2009, *Ohadata J-13-84*. La novation est « la substitution, à une obligation que l'on éteint, d'une obligation que l'on crée nouvelle (« novée », par rapport à l'ancienne qu'elle est destinée à remplacer) par changement de créancier, de débiteur... ». Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 693, V° « Novation ».

<sup>135</sup> B. D. PYM, « Lumières et ombres du droit africain des affaires : l'exemple du bail à usage professionnel OHADA – Étude critique à l'aune du droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 2020, p. 225.

<sup>136</sup> Cf. P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2017, p. 814 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, p. 1355.

<sup>137</sup> W. EL-MASRI, « La libération du locataire cédant en cas de cession de bail (commercial) », *RTD. com.* 1995, n°9.

<sup>138</sup> Pour un aperçu des débats sur l'exigence de l'accord du cédé, voy. E. JEULAND, N. BALAT, *Répertoire de droit civil : cession de contrat*, Dalloz, Juillet 2019, n°17 et suivants.

<sup>139</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, p. 1459.

<sup>140</sup> A. FOKO, « Bail commercial (bail à usage professionnel) » in P. G. POUYOUÉ (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA, op. cit.*, p. 430.

<sup>141</sup> Il s'agit d'une conception moniste de la cession de contrat. Voy. P. MALAURIE, L. AYNÈS P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 479-480.

<sup>142</sup> J. MONEGER, « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », *RTD.com*, 2016, p. 427.

<sup>143</sup> W. EL-MASRI, « La libération du locataire cédant en cas de cession de bail (commercial) », *op. cit.*, n°9.

aménagée, depuis 2016<sup>144</sup>, aux articles 1216 et suivants du Code civil, à l'inverse du droit interne de certains pays membres de l'OHADA<sup>145</sup>. Une réforme pourrait s'avérer utile, car ce mécanisme est adapté à la transmission du bail, compte tenu de sa simplicité. Il évite de recourir au mécanisme plus complexe de cession des dettes.

**42.** La portée des obligations dépend naturellement de la qualification retenue. Il a ainsi été naguère admis par la jurisprudence française que le cédant demeurait garant des obligations du cessionnaire, même en l'absence d'une clause de solidarité<sup>146</sup>. Cette position se justifiait, d'une part, par le fait que la cession était limitée à la créance c'est-à-dire au droit du bail et, d'autre part, par l'incessibilité des dettes reliée à l'impossibilité de contraindre un créancier à changer de débiteur<sup>147</sup>. La Cour de cassation française a cependant renversé cette solution en affirmant péremptoirement qu'en « *l'absence de clause contraire, le bailleur ne peut réclamer au cédant les impayés du cessionnaire* »<sup>148</sup>. Cet effet se justifie d'autant plus dans la cession de contrat qui libère le cédant de sa dette à l'égard du cédé, à l'inverse de la cession de dettes. Dans ce cas, l'ancien preneur est déchargé de ces obligations. Sauf convention contraire, le cessionnaire ne supporte pas les impayés du cédant<sup>149</sup>.

**43.** Suivant le régime de la cession de contrat, l'accord du cédé est requis. À défaut, la cession de dettes est imparfaite, le cédant restant tenu à l'égard du créancier tant que ce dernier n'a pas accepté le changement de débiteur<sup>150</sup>. La loi peut, toutefois, prévoir des cas exclusifs de cette exigence. La cession du bail envisagée avec l'activité en fait partie, à l'opposé de la forme de cession analysée ici. Il importe au juge d'opérer une qualification exacte de la convention compte tenu des effets et engagements subséquents. Par exemple, la cession ne saurait être assimilée à une sous-location<sup>151</sup>. Bien qu'elles soient toutes conditionnées par l'autorisation du bailleur, elles s'éloignent quant aux rapports entre les parties.

## 2. L'éviction de la volonté unilatérale dans la sous-location du bail

**44.** La sous-location instaure une relation tripartite dans laquelle le preneur transfère sa position au sous-locataire tout en restant lié au bailleur. Elle est interdite, sauf stipulation contraire du bail. Cette prohibition marque une véritable dérogation avec le droit commun du bail<sup>152</sup>. Elle se justifie par le fait que le locataire initial n'est plus, du fait de la transmission,

---

<sup>144</sup> Voy. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>145</sup> En droit burkinabè, la cession de créances est règlementée, à l'inverse de la cession de dettes, aux articles 1689 et s. du code civil.

<sup>146</sup> Voy. Cass. (fr.) civ. 7 janvier 1947, *RTD civ.* 1947, p. 201, note J. CARBONNIER. Voy. aussi Cass. (fr.) civ. 19 mai 1971, *Bull. civ.* 1971, III, p. 231.

<sup>147</sup> W. EL-MASRI, « La libération du locataire cédant en cas de cession de bail (commercial) », *op. cit.*, n°7. Le locataire cédant perd son droit de créance au profit du cessionnaire, mais reste personnellement tenu des dettes nées du bail.

<sup>148</sup> Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 12 juillet 1988, *Bull. civ.* III, n°125.

<sup>149</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil ; les obligations*, *op. cit.*, p. 1363.

<sup>150</sup> F. M. SAWADOGO, W. D. KABRE, *Théorie générale des obligations*, Édition 2020, p. 266.

<sup>151</sup> Dans une affaire de cession partielle du fonds comprenant l'emplacement, le preneur avait, par acte manuscrit intitulé « Attestation », reconnu « avoir vendu la moitié de sa boutique ». La cour d'appel avait qualifié la convention en sous-location. Pour la CCJA, alors que les termes clairs et sans équivoque de l'acte ne donnent lieu à aucune interprétation, la Cour d'appel a dénaturé l'accord qui fait la loi des parties. Voy. CCJA, 17 décembre 2015, Arrêt n°167/2015, accessible sur [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org)

<sup>152</sup> En effet, en droit burkinabè notamment, le preneur a le droit de sous-louer si cette faculté ne lui a pas été interdite. Cf. article 1717 du code civil applicable au Burkina Faso.

l'exploitant du fonds<sup>153</sup> et par la protection des intérêts du bailleur. Plusieurs règles en attestent. Le preneur ne peut tirer un profit injustifié de l'opération en fixant un sous-loyer supérieur au loyer principal<sup>154</sup>. De même, dans l'hypothèse où la sous-location a été autorisée, l'acte doit être notifié au bailleur, par tout moyen écrit. La volonté du bailleur est strictement interprétée. Ainsi, un accord tacite à la sous-location ne peut être déduit de la réclamation du paiement des loyers aux sous-locataires<sup>155</sup> ni de la perception des loyers par le bailleur<sup>156</sup>. En l'absence des conditions sus-citées, la sous-location n'est pas résiliée de plein droit, mais devient inopposable au bailleur.

45. La sous-location ne doit pas être assimilée à la location-gérance du fonds de commerce qui met à la disposition du locataire-gérant tous les éléments du fonds loué, y compris le droit au bail<sup>157</sup>. L'enjeu de la qualification est grand puisque la sous-location non autorisée peut entraîner la résiliation du contrat de bail. Il en a été ainsi dans une décision du tribunal du commerce de Ouagadougou qui a retenu que « *la location-gérance du fonds de commerce exploité dans un immeuble loué entraîne automatiquement une sous-location de cet immeuble et de ce fait, elle doit être autorisée par le bailleur ou, à tout le moins, être portée à sa connaissance* »<sup>158</sup>. Cette confusion peut nuire à la pratique de la location-gérance du fonds de commerce puisqu'elle la soumet à l'autorisation du bailleur de l'emplacement. La location-gérance n'est en principe pas soumise aux règles de la sous-location. La jurisprudence française considère que la location-gérance n'est pas une sous-location<sup>159</sup> puisque « *le loueur de fonds reste le seul locataire de l'immeuble ; le locataire-gérant bien que disposant de l'immeuble dans les conditions prévues au bail, n'est ni un cessionnaire ni un sous-locataire* »<sup>160</sup>. Le propriétaire du local n'entretient de relations juridiques qu'avec son propre locataire, à savoir le propriétaire du fonds de commerce. Il en découle que c'est ce dernier qui supporte les loyers du bail et qui répond en cas de méconnaissance des clauses du bail<sup>161</sup>. Les juges peuvent toutefois requalifier la location-gérance lorsqu'elle dissimule une sous-location<sup>162</sup> ou sert à

---

<sup>153</sup> F. DEKEUWER DÉFOSSEZ, *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, op. cit.*, p.332.

<sup>154</sup> A. FOKO, « Bail commercial (bail à usage professionnel) », in P. G. POUYOUÉ (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA, op. cit.*, p. 430 ; S. TOÉ, *Droit commercial général, Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, op. cit.*, p. 146.

<sup>155</sup> CCJA, 22 novembre 2013, Arrêt n°101/2013, accessible sur [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org). Dans cette affaire, le propriétaire du local avait réclamé le paiement du loyer aux sous-locataires. Le juge d'appel avait retenu l'existence d'un contrat de bail entre le propriétaire du local et les sous-locataires. La CCJA a cassé cet arrêt, motifs pris de la non-autorisation de la sous-location par la bailleuse.

<sup>156</sup> CCJA, Arrêt n°060/2014 du 23 avril 2014, *Ohadata J-15-151*.

<sup>157</sup> La location-gérance est, aux termes de l'article 138 AUDCG, une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location, en qualité de bailleur, à une personne physique ou morale, locataire-gérant, qui l'exploite à ses risques et périls

<sup>158</sup> Tribunal de Commerce, Ouagadougou, jugement n°030 du 29 Janvier 2019, S./B. C. contre O.M. T., inédit. Voy. aussi dans une affaire où la location-gérance est considérée comme une sous-location, Tribunal de commerce de Ouagadougou, Jugement n°093 du 12 mars 2019, S.M. contre K.A, inédit.

<sup>159</sup> Voy. Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 23 mai 1995, *Bull. civ. III*, n°127. Cass. (fr.) civ.3<sup>e</sup>, 19 mars 2008, *Bull. civ. 2008, III*, n° 54. Il ressort de ce dernier arrêt que « *la mise en location-gérance d'un fonds de commerce ne constitue pas une sous-location, la jouissance des locaux n'en étant que la conséquence accessoire et nécessaire* ».

<sup>160</sup> J. DERRUPPÉ, « Fonds de commerce. Location-gérance, sous-location d'immeuble, qualification », obs. sous Paris, 16<sup>e</sup> ch. B, 14 mars 1991, *RTD.Com.* 1991, p. 380. Voy. aussi, Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 23 mai 1995, obs. J. DERRUPPÉ, *RTD.Com.* 1995, p. 752.

<sup>161</sup> F. DEKEUWER DÉFOSSEZ, *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, op. cit.*, pp.362-363.

<sup>162</sup> Les illustrations sont issues de la jurisprudence française. Voy. Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 7 juillet 2016, n°15-16.101, obs. B. SAINTOURENS, *RTD.Com.* 2016, p. 680.

contourner une interdiction de sous-louer<sup>163</sup>. Il en est de même en cas de disparition du fonds de commerce<sup>164</sup>.

46. La sous-location irrégulière peut provoquer la résiliation judiciaire<sup>165</sup> du bail et l'expulsion du locataire des lieux qu'il occupe, tant de sa personne, de ses biens que de tous occupants de son chef, pour violation des conditions du bail<sup>166</sup>. La sous-location régulière produit de multiples effets. Le sous-locataire et le locataire principal sont respectivement locataire et bailleur avec les obligations qui s'y rattachent. Il en résulte que la sous-location irrégulière et inopposable au bailleur produit tous ses effets dans leur rapport. Il a été décidé dans une affaire que l'article 1134 du code civil empêche le sous-locataire de rompre unilatéralement le contrat, en se fondant sur l'irrégularité de la sous-location<sup>167</sup> découlant d'une faute du locataire principal. Le sous-locataire pourrait, à tout le moins, engager la responsabilité civile de ce dernier<sup>168</sup>. Les rapports entre le bailleur et le locataire principal sont maintenus. Suivant l'AUDCG, le bailleur a la faculté d'exiger l'augmentation du prix du bail principal lorsque le loyer de la sous-location est supérieur. Cette disposition permet d'éviter que la sous-location ne constitue « *un instrument de spéculation entre les mains du locataire* »<sup>169</sup>. L'action est ouverte au bailleur même en cas de sous-location irrégulière<sup>170</sup>.

47. Le droit OHADA est assez restrictif concernant le droit au renouvellement du bail du sous-locataire. En effet, ce dernier ne peut l'obtenir qu'auprès du locataire principal et dans les limites de la durée du bail, s'il s'agit d'un bail à durée indéterminée. Il n'existe ainsi aucun lien direct entre le bailleur et le sous-locataire. Il conviendrait cependant de prévoir un rapport direct entre le sous-locataire et le bailleur dans certaines hypothèses. À titre de droit comparé, en droit français, la loi prévoit que le bail pourra être renouvelé « *sans qu'il ne soit tenu compte des droits du locataire principal dans l'hypothèse où le propriétaire a expressément ou tacitement, autorisé ou agréé la sous-location* »<sup>171</sup>. La jurisprudence française consacre le droit direct, dans le cas où la non-obtention du renouvellement résulte d'une faute du locataire principal. En droit belge, le sous-locataire bénéficie du droit direct, dans les hypothèses où le locataire s'est abstenu de demander le renouvellement et en cas de rejet de la demande pour des motifs personnels à celui-ci<sup>172</sup>. Il est même prévu une substitution du locataire principal par le sous-locataire lorsque la location principale prend fin avant l'échéance du bail par le fait du premier.

---

<sup>163</sup> Cass. (fr.) civ. 3e, 26 juin 2007, n°04-10.295.

<sup>164</sup> Cette requalification se justifie par le fait que l'existence d'une clientèle au moment de la conclusion du contrat est un des critères de distinction entre une location-gérance du fonds de commerce et un bail commercial. Voy. B. SAINTOURENS, « La requalification en sous-location, relevant du statut des baux commerciaux, d'un acte de location-gérance de fonds de commerce pour disparition de la clientèle », obs. sous Pau, 2<sup>e</sup> ch., 28 février 2008, n°06-02715, Bourgeois c/ EURL PHO, inédit, *RTD. Com.* 2008, p. 499.

<sup>165</sup> Celle-ci n'est pas automatique, même si la sous-location était irrégulière. Voy. Tribunal de commerce de Ouagadougou, Jugement n°093 du 12 mars 2019, S.M. contre K.A., *op. cit.*

<sup>166</sup> CCJA, 08 mars 2012, Arrêt n°011/2012, accessible sur [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org). Voy. aussi, Tribunal de première instance de Yaoundé – Ekounou, Jugement n°07/COM du 07 avril 2011, *Ohadata J-14-42*.

<sup>167</sup> Tribunal de commerce de Ouagadougou, Jugement n°093 du 12 mars 2019, S.M. contre K.A., *op. cit.*

<sup>168</sup> Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 18 septembre 2012, n°11-21.693, *AJDI* 2012, p. 753.

<sup>169</sup> A. P. SANTOS, K. M. AGBENOTO, « Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général », *op. cit.*, p. 303. Voy. dans le même sens, B. DIALLO, note sous Cour d'appel de Dakar, Chambre civile et commerciale 2, Arrêt n° 384/2005 du 7 avril 2005, LECOINTRE / DIALLO, *Ohadata J-06-187*, p. 6.

<sup>170</sup> Dans une espèce, où le montant des sous-loyers dépassait largement le loyer initial, la CCJA retient malencontreusement la notion d'« enrichissement mensuel sans cause » pour résilier le bail. Voy. CCJA, 08 mars 2012, Arrêt n° 011/2012, *op. cit.*

<sup>171</sup> Article L. 145-32, alinéa 2, du Code de commerce français. Cela s'applique aussi à la sous-location partielle lorsque les lieux faisant l'objet du bail principal ne forment pas un tout indivisible matériellement ou dans la commune intention des parties. C. DENIZOT, *Droit et pratique des baux commerciaux, op. cit.*, n°351.33.

<sup>172</sup> Article 11 de la Loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux.

Au total, les volontés concordantes des parties sont privilégiées dans les formes de transmission du bail qui ne visent pas la continuité de l'exploitation. L'intérêt réside surtout dans la protection du bailleur. La prévention des risques liés au transfert du bail participe également de cette finalité.

## B. L'anticipation souhaitable des risques de la transmission

**48.** Dès la conclusion du contrat, les parties peuvent anticiper les risques encourus en stipulant diverses clauses. L'OHADA leur accorde une certaine liberté de placer des limites à la transmission du bail. La cohérence d'une telle permissivité avec la finalité de protection de l'activité professionnelle mérite d'être appréciée. L'intervention du législateur peut s'avérer opportune pour encadrer la liberté des parties de décider de la destinée du bail (1) ou pour aménager des garanties palliatives des aléas de la transmission (2).

### 1. L'encadrement de la liberté de transmettre le bail

**49.** Dans l'optique de se prémunir contre les aléas d'un changement de position, le bailleur peut stipuler des clauses restrictives de la transmission. Comment s'apprécie la validité de telles clauses en présence d'une transmission censée opérer de plein droit<sup>173</sup> ? Plus encore, il est loisible de s'interroger sur la concordance entre le maintien ou la sauvegarde de l'activité professionnelle et l'existence de clauses contractuelles protectrices des intérêts du bailleur.

**50.** La clause d'agrément conditionne toute transmission à l'agrément du transmis. Elle introduit, de la sorte, *l'intuitus personae* dans la transmission<sup>174</sup>. *L'intuitus personae* est dit « objectif » lorsqu'il tend à détourner les risques contractuels grâce aux garanties d'exécution<sup>175</sup>. Dans cette optique, la clause d'agrément se justifie pleinement par la protection du bailleur contre le risque de se voir imposer un preneur qui ne réunit pas les conditions recherchées ou n'offre pas de garanties suffisantes. Le bailleur ne saurait toutefois entraver de manière injustifiée la transmission du bail. À titre de droit comparé, en droit français, la jurisprudence apprécie la validité de la clause d'agrément à la lumière de sa fonction qui est de garantir le respect des obligations par le bénéficiaire de la transmission. Par un arrêt de principe, la Cour de cassation française souligne que la clause d'agrément « *ne permettrait pas au bailleur de refuser son consentement à la cession sans motifs légitimes* »<sup>176</sup>. Autrement dit, la jurisprudence française admet la clause d'agrément, mais s'autorise à écarter le refus d'agrément lorsque ce droit est exercé pour des motifs étrangers à sa fonction<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> Cette interrogation est partagée par A. P. SANTOS, K. M. AGBENOTO, « Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général », *op. cit.*, p. 302.

<sup>174</sup> L'agrément se situe « *dans le cadre d'une relation, entre deux ou plusieurs personnes, marquée par la présence de l'intuitus personae* ». Cf. A. LE RUYET, *L'agrément en droit des sociétés – Contribution à une simplification du Droit*, Thèse en Droit, Université de Rennes 1, 2017, p.8. L'agrément est beaucoup usité en droit des sociétés, particulièrement en matière de la cession des titres sociaux au point que sa définition s'en imprègne souvent. Voy. du même auteur, p. 7, la définition de l'agrément comme « une manifestation de volonté de la société destinée à préserver l'intuitu personae des rapports entre ses associés, et dont l'expression est encadrée par une procédure légale, ayant pour effet d'approuver ou de refuser le bénéficiaire proposé, tiers ou associé, d'un transfert de droits sociaux ou de prérogatives sociétaires ».

<sup>175</sup> À l'inverse de *l'intuitus personae* « *objectif* » qui recherche une garantie, celui dit « *subjectif* » est inspiré par un sentiment et est donc un élément essentiel du contrat. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat 'intuitu personae' », *op. cit.*, n°33.

<sup>176</sup> Cass. (fr.) req. 16 novembre 1927, *DP* 1928, I, 61.

<sup>177</sup> N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse en Droit. Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2014, p. 420, accessible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01168586op> (consulté le 14 août 2021).

51. En droit OHADA, la validité des clauses d'agrément n'est pas réglée. Les transmissions de plein droit consacrées par le législateur ne les neutralisent pas non plus. Elles doivent plutôt s'y adapter. À titre illustratif, dans les procédures collectives, le syndic devra respecter la clause d'agrément stipulée dans le contrat de bail lorsqu'une cession est envisagée. Il ne saurait se prévaloir de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la cession pour s'y soustraire<sup>178</sup>. Ces clauses n'apparaissent pas en réelle disharmonie avec l'objectif de poursuite de l'activité professionnelle tant qu'elles se cantonnent à protéger le bailleur, en lui permettant de s'assurer de la fiabilité du bénéficiaire de la transmission.

52. La clause d'intransmissibilité du bail peut être stipulée par le bailleur en vue d'interdire toute transmission du bail. Sa validité s'apprécie à la lumière des dispositions d'ordre public ou exclusives des stipulations contractuelles contraires. Les règles de l'AUDCG n'excluent pas la possibilité pour le bailleur de prévoir l'incessibilité du bail et ne confèrent pas un statut impératif à la cession automatique du bail. La distanciation d'avec le droit commun des louages est peu perceptible dans ce cas puisque le locataire y bénéficie d'un droit de céder le bail, sauf interdiction<sup>179</sup>. À titre de comparaison, le droit français prohibe les clauses d'interdiction de céder le bail lorsque la cession porte sur le fonds de commerce. Ainsi, l'article L. 145-16, disposition d'ordre public<sup>180</sup>, précise que toute clause contraire à la libre cession est réputée non écrite<sup>181</sup>. Dans les procédures collectives, l'article 97 AUPCAP soumet la cession du bail aux conditions éventuellement prévues au contrat conclu avec le bailleur. Dans le même contexte, la résiliation du bail du fait de l'ouverture d'une procédure collective est paralysée par l'article 107 de l'AUPC<sup>182</sup>. Peut-on en déduire une prohibition des clauses d'incessibilité ? Cela est très improbable, car la non résiliation imposée du bail ne saurait être assimilée à une transmission à un tiers. Suivant un auteur<sup>183</sup>, l'AUPCAP semble moins protecteur des intérêts du cédant que l'AUDCG qui confère au preneur une liberté de cession du bail qui ne peut être restreinte sauf motifs légitimes. En droit français, la clause qui subordonne la cession du bail à l'accord du bailleur ne produit aucun effet dans les procédures collectives. La cession y est judiciaire et forcée<sup>184</sup>. Dans le cadre des restructurations en droit OHADA, aucune disposition n'écarterait plus les clauses d'intransmissibilité. Le droit français adopte une tout autre démarche. En effet, les sociétés bénéficiaires sont, « *nonobstant toute stipulation contraire, substituées à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail* »<sup>185</sup>. Dès lors, aucune clause limitative n'est permise<sup>186</sup>. Les limites apportées à la convention servent à garantir la libre transmission du bail et, conséquemment, la protection de l'activité professionnelle. Ne faudrait-il pas assurer, en droit OHADA, une protection légale de la transmission à visée protectrice de l'activité ? La liberté contractuelle est certes prégnante dans le monde des affaires et indispensable aux acteurs, mais il ne faut perdre de vue que le preneur n'est pas toujours en position de négociateur lors de la conclusion du contrat de bail. En

---

<sup>178</sup> J.-C. NGNINTEDEM, « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 19.

<sup>179</sup> Voy. à ce titre, l'article 1717 du code civil applicable au Burkina Faso.

<sup>180</sup> J. P. BLATTER, « Liberté contractuelle dans la rédaction des baux commerciaux et modes alternatifs de règlement des conflits », *AJDI* 2003, p.921.

<sup>181</sup> Il découle de cette sanction que les actions en justice échappent au délai de prescription. C. DENIZOT, *Droit et pratique des baux commerciaux*, *op. cit.*, n°34.06. Avant cette règle, les clauses étaient déclarées nulles.

<sup>182</sup> Voy. *supra*, n°33.

<sup>183</sup> Y. B. MARE, « Le régime du bail commercial en cours dans les procédures curatives d'insolvabilité », *Penant*, n°907, 1 avril 2019, n°21.

<sup>184</sup> Aux termes de l'article L. 642.7, « le tribunal détermine les contrats (...) de location (...) nécessaires au maintien de l'activité au vu des observations des cocontractants du débiteur transmises au liquidateur ou à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné. Le jugement qui arrête le plan emporte cession de ces contrats ».

<sup>185</sup> Article L.145-16 al.2 du code de commerce.

<sup>186</sup> C. DENIZOT, *Droit et pratique des baux commerciaux*, (Livre 3 Bail : vie et renouvellement), *op. cit.*, n° 34.06.



outre, il n'est pas certain qu'il perçoive réellement, à la formation du bail, les conséquences attachées à l'insertion d'une telle clause.

**53.** Dans un autre sens, la liberté du bailleur pourrait être encadrée en octroyant un droit de préemption au preneur qui lui offre l'opportunité d'acquérir la propriété du local mis en vente. Cette prérogative met son activité à l'abri des aléas liés aux changements de propriétaires du local. Cette hypothèse n'est pas règlementée par l'AUDCG et ne relève pas de la compétence de la CCJA<sup>187</sup>. Par contre, le droit français en fournit une illustration. Prévu à l'article L.145-46-1 du code de commerce, le droit de préemption revêt un caractère d'ordre public et s'interprète strictement<sup>188</sup>. Il ne peut être écarté ou aménagé par contrat. Le bailleur est dénué de sa liberté de choisir son cocontractant. Il a l'obligation de notifier la vente du local au preneur afin que ce dernier, s'il est intéressé, marque son acceptation en retour pour former le contrat. Le droit de préemption est issu de la loi « Pinel » de 2014. Il se justifie par la préservation des commerces de proximité, dans un contexte d'essor préoccupant des grandes distributions. Les pays de l'OHADA sont épargnés pour l'instant par l'hégémonie des grands groupes de sorte que l'imposition de la préemption semble prématurée, à ce stade. En fin de compte, la liberté de décider de la transmission du bail mérite d'être encadrée afin d'éviter qu'elle ne soit essentiellement l'affaire du bailleur placé en position de force au moment de la conclusion du contrat. Néanmoins, cette perte de prérogatives pourrait être compensée par l'aménagement de garanties en faveur du bailleur qui est exposé aux risques d'une opération qu'il ne peut interdire dans certaines hypothèses.

## 2. L'aménagement des garanties protectrices des parties

**54.** La circulation du bail peut être confrontée à des aléas d'ordre financier. Le bénéficiaire de la transmission pourrait être insolvable ou rechigner à remplir ses obligations. Une sécurité financière, guidée par les considérations pécuniaires, se justifierait<sup>189</sup>. Les garanties légales ou conventionnelles constituent un des moyens de sécurisation de la transmission. En effet, la loi peut en imposer la constitution ou laisser les parties juger de leur utilité.

**55.** Il pourrait être opportun d'imposer des garanties légales aux parties afin de mettre le bailleur à l'abri des risques de la transmission. En rappel, le cédant est libéré du fait de la cession du bail. Mais si cela se comprend aisément lorsque la cession a recueilli l'accord du cocontractant cédé, on pourrait hésiter davantage à admettre cette libération lorsque, de par décision de la loi, la cession est autorisée de plein droit<sup>190</sup>. À titre comparé, en droit belge, la loi prévoit en cas de cession et de sous-location que « *le preneur originaire demeure solidairement tenu de toutes les obligations qui dérivent du bail initial* »<sup>191</sup>. Une telle solidarité n'est prévue ni par le législateur OHADA ni par son homologue français. Ce dernier a

---

<sup>187</sup> CCJA, Assemblée plénière, Arrêt n°008/2014 du 04 février 2014, *Ohadata J-15-99*. Il s'agissait, en l'espèce, du non-respect du droit de préemption du preneur et de la vente de l'immeuble à un tiers. Les juges ont décidé que la question relevait de la propriété d'un immeuble régi par le droit national camerounais et non par le droit uniforme OHADA.

<sup>188</sup> Il comporte plusieurs exclusions portant sur le type de locaux concernés, le type de cession et les droits du bailleur. Voy. M. POUMARÈDE, La réforme du bail commercial par la Loi PINEL, *op. cit.*, pp. 94-95 ; F. PLANCKEEL, « Le nouveau droit de préemption du locataire commercial », *AJDI* 2014, p. 595 ; F. KENDERIAN, « Précisions de la Cour de cassation sur la nature et le champ d'application du droit de préemption du locataire commercial », *RTD. Com.* 2018, p. 605 ; J. MONÉGER, « Du droit de préférence conféré au preneur à bail commercial en cas de vente du local loué », *RTD. Com.* 2020, p. 596.

<sup>189</sup> N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>190</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 1363.

<sup>191</sup> Article 11, III de la loi belge sur les baux commerciaux.

néanmoins à sa décharge, son attitude affichée d'en faire le domaine réservé des parties<sup>192</sup> et une pratique répandue de la solidarité conventionnelle. Une solidarité du cédant pour les dettes du cessionnaire pourrait être envisagée en droit OHADA pour une durée limitée.

**56.** Dans d'autres formes de transmission, l'OHADA impose des garanties, en maintenant le rapport tripartite entre le bailleur, le preneur et le bénéficiaire, après l'opération. Ce dernier vient en renfort pour garantir l'exécution des obligations de l'ex-preneur. La solidarité passive prévue dans le cas de l'apport partiel d'actifs et de la scission<sup>193</sup> en est une illustration. Les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des créanciers obligataires et non-obligataires de la société scindée, aux lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard<sup>194</sup>. En droit français, la jurisprudence française a, « *par une lecture créatrice du texte, fait peser la solidarité sur la bénéficiaire et l'apporteuse (...)* »<sup>195</sup>. La solution protège les créanciers de l'apporteuse qui peuvent recouvrer leur créance sur les mêmes éléments d'actif. Les parties à l'opération d'apport partiel d'actif peuvent écarter l'engagement solidaire par convention<sup>196</sup>. Dans ce cas, les créanciers non obligataires peuvent s'opposer à l'opération avec l'objectif de préserver leur gage<sup>197</sup>. La constitution de garanties est aussi prévue dans le cadre de la fusion lorsque les créanciers s'opposent au projet<sup>198</sup>. Dans les procédures collectives, le bailleur est protégé du fait de la non résiliation du bail. Il bénéficie d'un privilège pour les douze derniers mois de loyers échus avant la décision d'ouverture de la procédure collective ainsi que pour les douze mois échus ou à échoir postérieurement à cette décision<sup>199</sup>.

**57.** L'opportunité d'une intervention du législateur se pose aussi par rapport à la limitation des garanties contractuelles. L'OHADA se garde d'intervenir dans la convention. En droit français, par contre, la garantie conventionnelle subit des restrictions légales. Le premier exemple est fourni à l'article L. 145-16-1 du code de commerce qui soumet à des conditions le jeu de la garantie solidaire stipulée au contrat. Le bailleur est obligé d'informer le cédant de tout défaut de paiement du cessionnaire, dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle celui-ci aurait dû acquitter la somme<sup>200</sup>. La durée de la garantie consentie par le preneur cédant au bailleur subit une limitation importante en ce que « *si la cession du bail commercial s'accompagne d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, celui-ci ne peut l'invoquer que durant trois ans à compter de la cession dudit bail* »<sup>201</sup>. Eu égard à cette disposition, les dettes du cessionnaire sont couvertes durant les trois (3) premières années suivant la cession. Le législateur met fin à la pratique des garanties solidaires « perpétuelles »

---

<sup>192</sup> En effet, lors d'une question parlementaire, il a été précisé que la garantie solidaire relevait de la liberté contractuelle. Voy. C. DENIZOT, *Répertoire Dalloz Action Droit et pratique des baux commerciaux : Livre 3 Bail : vie et renouvellement*, *op. cit.*, n°343.11.

<sup>193</sup> À titre de rappel, l'apport partiel d'actifs n'entraîne pas la disparition de la société apporteuse et est placé sous le régime des scissions.

<sup>194</sup> Article 688 de l'AUSC-GIE. Les dispositions des articles 670 et suivants de l'AUSC-GIE concernent les opérations réalisées par les sociétés anonymes et les articles 382 et 383, celles effectuées par les SARL.

<sup>195</sup> P. LE CANNU, « La solidarité entre sociétés apporteuse et bénéficiaire en cas d'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions », *obs. sous civ. 2<sup>e</sup>*, 19 février 2009, n°05-22.044, *RTD. Com.* 2009, p.389.

<sup>196</sup> Article 689 de l'AUSC-GIE

<sup>197</sup> P. G. POUGOUÉ et al., « Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *op. cit.*, p. 621.

<sup>198</sup> Voy. *supra*, n°22.

<sup>199</sup> Article 97 et suivants de l'AUPCAP.

<sup>200</sup> La Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 portant modification du statut des baux commerciaux (dite Loi Pinel) a introduit cette nouvelle disposition dans le code de commerce. Les juges du fond retiennent cependant que le non-respect du délai imposé au bailleur pour prévenir le cédant ne l'empêche pas d'agir en garantie. Voy. C.A. Pau, 13 avril 2021, n° 20/01042, *A.J.D.I.* 2021, p.517.

<sup>201</sup> Article L. 145-16-2.

et libère le cédant d'une charge potentiellement excessive. En effet, ce dernier risquait d'être tenu à l'égard du bailleur pour toutes les sommes dues par le preneur cessionnaire pour la durée du bail, sa prolongation et ses renouvellements. La Cour de cassation française a souligné le caractère d'ordre public<sup>202</sup> de ces dispositions. Ainsi, « *fixer une limite légale à l'engagement répondait à un impératif de salubrité juridique et financière* »<sup>203</sup>.

**58.** La clause de solidarité subit également une limitation en droit français lors de la cession du bail effectuée dans les procédures collectives, car elle aurait des répercussions sur la possibilité de redressement et de reprise de l'entreprise en difficulté. En ce sens, est réputée non écrite la clause de garantie solidaire classique qui impose au débiteur des dispositions solidaires avec le cessionnaire même si elle est inscrite dans le contrat conclu avec le bailleur<sup>204</sup>. Plutôt que cette garantie solidaire classique, les parties pourraient prévoir la clause de solidarité inversée stipulant que le cessionnaire est garant de la totalité des sommes dues par le preneur à la date de cession du bail. Ici, le risque est grand de décourager les reprises en cas d'arriérés de loyers élevés. Le code de commerce français tente d'y remédier. L'article 642-7, alinéa 3, prévoit que les contrats, objets de cession dans le cadre d'une cession d'entreprise « *doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure* ». Cependant, toute clause imposant au cessionnaire d'un bail des dispositions solidaires avec le cédant est réputée non écrite. Toujours en droit français, cette clause de solidarité inversée est valide en cas de cession isolée du bail dans le cadre de la liquidation judiciaire<sup>205</sup>. Toutefois, elle est réputée non écrite lorsque le bail est cédé dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise<sup>206</sup>. Le législateur français poursuit l'objectif de faciliter la transmission du bail, en limitant le coût de la reprise<sup>207</sup>. En droit OHADA, rien de tel n'est prévu. Si le contrat de bail stipule une clause de garantie solidaire classique ou inversée, il faut la respecter<sup>208</sup>. Ces silences du législateur ne favorisent pas l'objectif de sauvetage de l'entreprise. Au total, les garanties s'avèrent utiles pour prémunir le bailleur des risques d'insolvabilité dus au changement de son débiteur. Elles doivent néanmoins être encadrées afin de ne pas peser excessivement sur le garant ou annihiler les efforts de préservation de l'activité.

## CONCLUSION

**59.** Actif de l'entreprise doté d'une valeur marchande, le bail professionnel fait l'objet d'une circulation qui occasionne le changement d'une partie sans remettre en cause les droits et obligations découlant du contrat. Au terme de l'analyse, la transmission du bail est porteuse d'enjeux multiples auxquels le droit OHADA n'est pas indifférent. D'une part, il s'agit d'en assurer la prévisibilité auprès des parties et des acteurs économiques en fixant des hypothèses de transmission de plein droit et de transmission conventionnelle du bail. Les enjeux touchent également aux droits du bailleur, aux intérêts du preneur ou de personnes étrangères au contrat

---

<sup>202</sup> Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 11 avril 2019, n°18-16.121.

<sup>203</sup> J. MONÉGER, « De la cession du bail et de la garantie du cédant pour les dettes du cessionnaire : sens et nature de l'article L. 145-16-2 du code de commerce », obs. sous Cass. (fr.) civ. 3<sup>e</sup>, 11 avril 2019, n°18-16.121, *RTD.com.* 2019, p.339, n°5.

<sup>204</sup> Article L. 641-12 alinéa 5 du Code de commerce français

<sup>205</sup> F. KENDÉRIAN, « Loi Pacte et bail commercial : neutralisation de la clause de solidarité du cessionnaire dans les plans de cession d'entreprises en difficulté », *RTD. Com.* 2019, n°12.

<sup>206</sup> Le changement est intervenu avec la loi Pacte du 22 mai 2019 qui neutralise la clause de solidarité inversée. Avant la loi Pacte, seule la clause stipulant la solidarité à l'égard du cédant était réputée non écrite.

<sup>207</sup> F. KENDÉRIAN, « Loi Pacte et bail commercial : neutralisation de la clause de solidarité du cessionnaire dans les plans de cession d'entreprises en difficulté », *op.cit.*, n°9.

<sup>208</sup> Y. B. MARE, « Le régime du bail commercial en cours dans les procédures curatives d'insolvabilité », *op. cit.*, n°21.

initial, tels les créanciers autres que le bailleur et les héritiers. Il ressort de ces intérêts divers, une transmission du bail à double finalité.

**60.** Il s'agit, en premier lieu, de la protection de l'activité qui est garantie par la reconnaissance au preneur d'une liberté de transmettre son bail lorsque l'opération est associée à la cession du fonds de commerce ou de l'entreprise ou à des restructurations qui visent à redynamiser l'entreprise ou à lui donner un nouvel élan. Il apparaît logique que le changement n'affecte pas la poursuite de l'activité. La transmission opère alors de plein droit, c'est-à-dire sans autorisation du bailleur. La survenance d'un fait juridique atténue cette libre transmission et soumet la poursuite de l'activité professionnelle à l'appréciation d'acteurs autres que le preneur. Ces situations recouvrent la fin de la personnalité du preneur ou la cessation des paiements de son entreprise. Le législateur s'assure, dans ces cas, que les droits des créanciers sont respectés ou que les bénéficiaires de la transmission sont disposés à se plier aux contraintes induites par la poursuite de l'activité.

**61.** En second lieu, le régime de la transmission du bail vise à protéger les intérêts du bailleur. Dans cet élan, le législateur soumet la validité de l'opération à son consentement. Les hypothèses couvrent la cession isolée du bail, la cession du bail associée à quelques éléments du fonds de commerce et la sous-location. En outre, il reconnaît aux parties la liberté de fixer certaines modalités de la transmission, sous réserve du respect des dispositions impératives. Par ailleurs, dans des circonstances exceptionnelles de sauvetage de l'entreprise ou de restructurations, il modère le passage forcé de la transmission de plein droit, en imposant la constitution de garanties au bénéfice du bailleur.

**62.** Ainsi décrite, la transmission du bail ne paraît pas susciter de difficultés particulières. Toutefois, bien que l'office des juges internes et de la CCJA soit primordial pour la résolution des conflits, il n'est pas exempt d'amalgames quant à la qualification des modalités et des effets de la transmission. Par ailleurs, le législateur OHADA accorde une place privilégiée à la liberté contractuelle. Cette attitude permissive semble louable puisqu'elle priorise la protection des parties, mais elle peut être difficilement conciliable avec la protection de l'activité. Il en va ainsi de la non neutralisation par les actes uniformes des clauses d'intransmissibilité qui écarteraient la liberté de transmettre le bail. La préférence marquée pour la liberté contractuelle se perçoit également dans l'absence de garanties légales destinées à pallier les défaillances du bénéficiaire de la transmission dans les opérations courantes telles les cessions et les sous-locations. Il n'intervient pas non plus pour limiter les garanties conventionnelles afin d'éviter qu'elles ne pèsent excessivement sur les parties et n'annihilent les efforts de sauvegarde de l'activité professionnelle. Il ne faut perdre de vue que les parties se trouvent souvent dans une position inégale à la conclusion du contrat. Le législateur pourrait paralyser les clauses d'intransmissibilité et compenser la perte de liberté qui en résulte pour le bailleur par des garanties légales ou, à tout le moins, conditionner l'interdiction de la transmission à l'existence de motifs soumis au contrôle judiciaire. Cette dernière solution a le mérite de préserver la liberté contractuelle, tout en prévenant les abus qui pourraient en résulter.