

**UNIVERSITE D'ANTANANARIVO  
FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE,  
DE GESTION ET DE SOCIOLOGIE  
DEPARTEMENT DROIT**

---

**MEMOIRE EN VUE DE  
L'OBTENTION DU DIPLOME D'ETUDES  
APPROFONDIES EN DROIT DES AFFAIRES**

**THEME :**

**LE BAIL COMMERCIAL  
A MADAGASCAR**

**PRESENTE PAR :**  
**RAVOAHANGIHARIMAHEFA TIANA MICHEL**

**Date de Soutenance 04 Avril 2007**

**SOUS LA DIRECTION DE :**  
**PROFESSEUR RAMAROLANTO RATIARAY**

**UNIVERSITE D'ANTANANARIVO  
FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE,  
DE GESTION ET DE SOCIOLOGIE  
DEPARTEMENT DROIT**

-----

**MEMOIRE EN VUE DE  
L'OBTENTION DU DIPLOME D'ETUDES APPROFONDIES  
EN DROIT DES AFFAIRES**

THEME :

--

Présenté par : **RAVOAHANGIHARIMAHEFA Tiana Michel**

Sous la direction de : Professeur **RAMAROLANTO Ratiaray**

## **REMERCIEMENTS**

*Nous exprimons nos vifs remerciements à l'endroit de tous nos professeurs pour l'enseignement dispensé tout au long de notre cursus universitaire auprès de la faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie, et pour avoir accepté de nous encadrer dans la réalisation de ce travail.*

*Nous adressons également nos vifs remerciements à l'ensemble du personnel administratif de la faculté de Droit, d'Economie, de Gestion et de Sociologie de l'Université d'Antananarivo, ainsi que tous ceux qui ont participé à l'élaboration de ce mémoire.*

*Veillez trouver ici l'expression de notre profonde reconnaissance !*

# **SOMMAIRE**

## **« LE BAIL COMMERCIAL A MADAGASCAR »**

### **INTRODUCTION**

### **PREMIERE PARTIE : BAIL COMMERCIAL : UN REGIME SPECIFIQUE DU BAIL**

#### **CHAPITRE I : SPECIFICITE AU NIVEAU DES PARTIES**

##### **Section I : LA CAPACITE DES PARTIES**

###### *Paragraphe I : Personnes pouvant donner à bail*

A – Nature juridique du bail commercial

B – Aménagements au pouvoir de consentir un bail

###### *Paragraphe II : Personnes pouvant prendre à bail*

A – Les locataires liés à l'existence d'un fonds

B – Les locataires non liés à l'exploitation d'un fonds

##### **Section II : LE CONSENTEMENT DES PARTIES**

###### *Paragraphe I : Conditions d'existence du consentement*

A – Formation du consentement

B – Régularité du consentement

###### *Paragraphe II : La preuve du consentement*

A – La détermination de la règle de preuve

B – Les moyens de preuve admissibles

#### **CHAPITRE II : SPECIFICITE AU NIVEAU DES ELEMENTS DU CONTRAT**

##### **Section I : LES BIENS OBJET DE LA JOUISSANCE**

A – Distinction entre immeuble et local

B – Les terrains nus

##### **Section II : LA DESTINATION DES LIEUX**

A – Les destinations requises par le statut du bail  
commercial

B – Le respect de la destination des lieux

### **Section III : LA DUREE DE LA JOUISSANCE**

A – Régime juridique de la durée du bail commercial

B – La durée effective de la jouissance

## **DEUXIEME PARTIE : BAIL COMMERCIAL : STATUT PROTECTEUR DU LOCATAIRE**

### **CHAPITRE I : LA PROTECTION PAR LE PRINCIPE DU RENOUVELLEMENT**

#### **Section I : LE DROIT AU RENOUVELLEMENT OU A L'INDEMNISATION**

##### *Paragraphe I : Le renouvellement du bail*

A – Les bénéficiaires du droit au renouvellement

B – Les conditions requises pour le renouvellement

C – Procédure et incidences du renouvellement sur le  
bail initial

##### *Paragraphe II : Le droit à une indemnité d'éviction*

A – Délimitation de la notion d'indemnité d'éviction

B – L'évaluation de l'indemnité d'éviction

#### **Section II : L'EXCLUSION DU PRINCIPE DU RENOUVELLEMENT**

##### *Paragraphe I : Les justifications de cette exclusion*

A – L'existence de motifs graves et légitimes

B – L'état insalubre ou dangereux des lieux loués

##### *Paragraphe II : Les règles de procédure*

A – La notification d'un congé de refus au locataire

B – Les actions laissés au locataire

### **CHAPITRE II : LES AUTRES MECANISMES DE PROTECTION**

#### **Section I : LES DROITS RECONNUS AU LOCATAIRE**

##### *Paragraphe I : Droit de contrôle*

A – Contrôle a priori

B – Contrôle a posteriori

***Paragraphe II : Droit de priorité en cas de reprise***

A – Le bénéficiaire de la réintégration

B – Conditions de la réintégration

**Section II : LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL**

***Paragraphe I : La détermination du loyer***

A – L'initiative de la détermination

B – Les modalités de la détermination du loyer

***Paragraphe II : Modification du loyer commercial***

A – L'évolution du loyer par la procédure de la révision

B – Evolution du loyer en dehors de la procédure de  
révision

***Paragraphe III : Le paiement des loyers***

A – Les loyers à payer

B – Le non paiement des loyers

**CONCLUSION**

**Auteur : RAVOAHANGIHARIMAHEFA Tiana Michel**  
**Thème : « LE BAIL COMMERCIAL A MADAGASCAR**  
**Pagination : 116**

## **RESUME**

La présente étude, portant sur le bail commercial à Madagascar, a pour objectif d'apporter une analyse théorique de l'ordonnance n°60-050 du 22 juin 1960, portant statut des baux commerciaux. Cette recherche conduit à éclaircir les dispositions législatives. Nous avons réalisé cette étude en deux volets : d'une part, le régime du bail commercial en tant que régime spécifique du bail ; d'autre part, le régime du bail en tant que statut protecteur. Elle permet à la fin de constater le caractère lacunaire de la législation et qui invite à d'éventuelle réforme.

**Directeur de mémoire : Professeur RAMAROLANTO Ratiaray**

**Adresse de l'auteur : LOT III C 56 Ifarihy Ankaraoato ANTANANARIVO 101**

## MOTS CLES

**Achalandage** : Partie de la clientèle davantage retenue par l'emplacement du fonds de commerce que par la personne ou l'activité du commerçant.

**Acte sous seing privé** : Acte écrit, généralement instrumentaire, plus rarement nécessaire à l'existence de la situation juridique, rédigé par un particulier et comportant la signature manuscrite des parties.

**Acte d'administration** : Au sens large, acte ayant pour but la gestion normale d'un patrimoine, en conservant sa valeur et en le faisant fructifier.

Au sens étroit, on oppose acte d'administration à acte de disposition ; l'acte d'administration tend à maintenir les droits dans le patrimoine et ne peut de ce fait entraîner leur transmission.

**Acte de disposition** : Acte comportant transmission de droits pouvant avoir pour effet de diminuer la valeur du patrimoine.

**Acte juridique** : Manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit.

**Acte mixte** : Acte qui présente la caractéristique d'être commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre.

Ainsi, la vente d'un appareil ménager par un commerçant à un simple particulier.

**Artisan** : Celui qui exerce, pour son propre compte, un métier manuel pour lequel il justifie d'une qualification professionnelle et prend personnellement part à l'exécution du travail. Il doit être immatriculé au répertoire des métiers.

**Autonomie de la volonté** : Principe de philosophie juridique en vertu duquel la volonté librement exprimée a le pouvoir de créer des obligations.

**Ayant droit** : Celui qui est titulaire d'un droit. Expression volontiers employée comme synonyme d'ayant cause, mais à tort car l'ayant cause est celui auquel les droits d'une personne ont été transmis.

**Bail commercial** : Bail d'un immeuble dans lequel le locataire exploite un fonds commercial ou artisanal dont il est propriétaire. Les baux commerciaux sont soumis à un régime juridique très particulier, caractérisé par un droit de renouvellement, au profit du commerçant locataire, lui conférant ce que l'on appelle faussement « propriété commerciale ».

**Bail emphytéotique** : Bail de longue durée, pouvant atteindre 99 ans, portant sur un immeuble et conférant au preneur un droit réel.



**Bail** : Variété de louage de choses. Le terme bail s'emploie pour désigner le louage d'immeubles, ou d'animaux susceptibles de profit pour l'agriculture.

**Baux d'habitation** : Contrat par lequel le bailleur s'engage à louer un immeuble au locataire en vue d'une habitation.

**Baux immobiliers** : C'est un contrat de louage d'immeuble

**Biens propres** : Bien constituant le patrimoine personnel du mari ou celui de la femme, par opposition aux biens communs et sur lesquels chaque époux propriétaire a tout pouvoir d'administration et de disposition ; encore nommés propres ou biens personnels.

**Biens réservés** : Naguère, biens acquis par la femme mariée au moyen de ses gains et salaires dans l'exercice d'une profession distincte de celle de son mari et qui, sous les régimes communautaires, étaient des biens communs réservés à l'administration, la jouissance et la libre disposition de la femme dans les mêmes conditions que les autres biens communs pour le mari (de tels biens sont aujourd'hui confondus dans la masse unique des biens communs sur lesquels mari et femme ont les mêmes pouvoirs).

**Capacité** : On distingue deux degrés dans la capacité juridique. La capacité de jouissance est l'aptitude à avoir des droits et des obligations (toute personne physique a en principe la capacité de jouissance).

La capacité d'exercice est le pouvoir de mettre en œuvre soi-même ses droits et ses obligations.

**Clause résolutoire** : Convention qui prévoit que la résolution du contrat sera encourue de plein droit en cas d'inexécution totale ou partielle.

**Clientèle** : Ensemble des personnes (clients) qui sont en relations d'affaires avec un professionnel.

**Clause d'indexation** : Clause d'une convention à exécution successive ou à échéance différée en vertu de laquelle la somme portée sur le titre pourra être modifiée au moment du paiement en fonction d'un indice économique ou monétaire.

**Commandement à payer** : Acte signifié au débiteur, par l'intermédiaire d'un huissier de justice, l'invitant à payer sous peine d'être saisi.

**Commerçant** : Personne qui effectue des actes de commerce et en fait sa profession, agissant en son nom et pour son compte.

**Commettant** : Personne qui est représentée ou au nom de qui on agit.

Celui qui agit sous la direction du commettant est le préposé.

**Consensualisme** : Principe en vertu duquel un acte juridique n'est soumis à aucune forme particulière pour sa validité, le consentement ayant à lui seul le pouvoir de créer des obligations.

**Consentement** : Dans la création d'un acte juridique, adhésion d'une partie à la proposition faite par l'autre. L'échange des consentements entraîne l'accord de volonté qui lie les parties.

**Contrat synallagmatique** : Contrat faisant naître à la charge des parties des prestations réciproques (exemple : contrat de vente).

Copropriété (copropriétaires) : Modalité du droit de propriété découlant de la pluralité des titulaires du droit sur la chose d'où il résulte que le droit de propriété de chacun est ramené à une quote-part (1/2, 1/3, 1/4) dont le copropriétaire peut librement disposer, tandis que la gestion du bien indivis lui-même est soumise à l'accord de tous, parce que le droit s'applique, matériellement, à la totalité du bien.

**Dol** : Manœuvre frauduleuse ayant pour objet de tromper l'une des parties à un acte juridique en vue d'obtenir son consentement.

**Droit de propriété** : Droit réel conférant toutes les prérogatives que l'on peut avoir sur un bien ; traditionnellement on distingue trois prérogatives : l'usus, l'abusus ; le fructus.

**Emancipation** : Acte juridique par lequel un mineur acquiert la pleine capacité d'exercice et se trouve assimilé à un majeur.

L'Emancipation est légale lorsqu'elle est accordée directement par la loi (exemple : le mariage émancipe de plein droit) ; elle est volontaire lorsqu'elle résulte d'une manifestation de volonté des détenteurs de l'autorité parentale et de l'intéressé.

Enrichissement sans cause : Enrichissement d'une personne en relation directe avec l'appauvrissement d'une autre, alors que le déséquilibre des patrimoines n'est pas justifié par une raison juridique.

La personne appauvrie peut exercer l'action « de in rem verso ».

**Erreur** : Appréciation inexacte portant sur l'existence ou les qualités d'un fait, ou sur l'existence ou l'interprétation d'une règle de droit.

**Gestion d'affaires** : Fait pour une personne, le gérant, d'accomplir des actes d'administration dans l'intérêt d'un tiers, le géré ou maître de l'affaire, sans que ce dernier l'en ait chargé.

**Indemnité d'éviction** : Indemnité à laquelle peut prétendre le titulaire d'un bail commercial dont le renouvellement est refusé, sans que le bailleur puisse invoquer un droit de reprise.

**Indivision** : Situation juridique née de la concurrence de droits de même nature exercés sur un même bien ou sur une même masse de biens par des personnes différentes, sans qu'il y ait division matérielle de leurs parts.

**Industriel** : Celui qui exerce une activité qui se rapporte à l'industrie.

**Locataire** : Dans le contrat de bail, celui qui obtient le droit d'utiliser la chose louée contre le versement d'une somme d'argent appelée loyer. Le locataire est également désigné par le terme « preneur ».

**Location-gérance** : Contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce, appelé « bailleur » ou « loueur » confie, en vertu d'un contrat de location, l'exploitation de son fonds à une personne appelée « gérant » qui exploite ce fonds en son nom, pour son compte et à ses risques et périls, et qui paie au propriétaire un loyer ou redevance.

Majorité civile : Age fixé par la loi pour user de ses droits civils ou politiques.

**Mandant** : Acte par lequel une personne est chargée d'en représenter un autre pour l'accomplissement d'un ou de plusieurs actes juridiques.

**Mandataire** : Celui qui, dans le mandat, reçoit du mandant pouvoir et mission au nom de ce dernier.

**Mauvaise foi** : Comportement incorrect qui participe à des degrés divers, de l'insécurité, de l'infidélité, voire de la déloyauté. Conduit toujours à un régime de défaveur qui se marque, selon le cas, par l'aggravation de la responsabilité, la perte d'un bénéfice ou l'amointrissement d'un droit.

**Nue-propriété** : Expression consacrée par laquelle on désigne les prérogatives conservées par le propriétaire pendant la période où la chose qui lui appartient fait l'objet d'un démembrement de propriété, à la suite de la constitution d'un droit d'usufruit, d'usage, ou d'habitation au profit d'un tiers.

**Ordre public** : Caractère des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives dans les rapports sociaux.

Les parties ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public.

**Pas-de-porte** : Somme exigée, soit à titre d'indemnité compensatrice du droit au renouvellement d'un bail commercial, soit en supplément de loyer, par le bailleur au moment de la conclusion du bail ou par le locataire qui cède son bail.

**Préposé** : Celui qui accomplit un acte ou exerce une fonction sous la subordination d'un autre.

**Preuve littérale** : Preuve administrée au moyen de la production d'un écrit.

**Preuve testimoniale** : Preuve reposant sur des témoignages, sur les déclarations orales ou écrites des tiers ; preuve par témoins à laquelle est assimilée (pour son admissibilité) la preuve par présomptions et indices.

**Régime matrimonial** : Statut qui gouverne les intérêts pécuniaires des époux, dans leurs rapports entre eux, et dans leurs rapports avec les tiers et dont l'objet est de régler le sort des biens actifs et passifs des époux pendant le mariage et à sa dissolution.

**Résiliation** : Suppression pour l'avenir d'un contrat successif, en raison de l'inexécution par l'une des parties de ses obligations.

**Résolution** : Sanction consistant dans l'effacement rétroactif des obligations nées d'un contrat synallagmatique, lorsque l'une des parties n'exécute pas ses prestations.

**Responsabilité contractuelle** : Obligation de réparer le préjudice résultant de l'inexécution d'un contrat.

**Sous-location** : Contrat par lequel le locataire d'un immeuble le donne à bail à un tiers appelé sous-locataire ; le premier preneur est dit locataire principal.

**Tacite reconduction** : Renouvellement d'un contrat entre les parties à l'arrivée du terme, sans qu'il soit besoin d'un écrit ou de paroles expresses, du seul fait de la poursuite ou du maintien des relations contractuelles préexistantes.

**Terme** : Modalité d'un acte juridique faisant dépendre l'exécution ou l'extinction d'un droit d'un événement futur dont la réalisation est certaine.

**Titre exécutoire** : Titres permettant de recourir à l'exécution forcée.

**Usufruit** : Droit réel principal, démembrement du droit de propriété, qui confère à son titulaire le droit d'utiliser la chose, et d'en percevoir les fruits, mais non celui d'en disposer, lequel appartient au nu-propriétaire.

**Violence** : Fait de nature à inspirer une crainte telle que la victime donne son consentement à un acte que, sans cela, elle n'aurait pas accepté.

## **INTRODUCTION**

Face à la politique de développement des secteurs privés, avec la politique d'encouragement à la création d'entreprises, le bail commercial joue un rôle de plus en plus important dans le monde des affaires. Il constitue un acte nécessaire pour le bon déroulement des activités commerciales, industrielles et artisanales. En effet, l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'une entreprise artisanale implique nécessairement l'utilisation d'un local. Dans le cas où le commerçant ne dispose pas d'un immeuble adéquat, il devrait conclure un contrat de bail.

Actuellement, les difficultés d'accès à la propriété foncière et celles rencontrées dans la construction constituent une entrave à l'essor des investissements. Pour pallier ou remédier à ces incidences, le bail commercial permet d'assurer une certaine stabilité et sécurité aux acteurs économiques par le mécanisme de protection qu'il instaure. Ceci conduit même à déduire la part contributive du système dans le développement économique. Voici quelques intérêts économiques ressentis :

- Au niveau de la micro-économie, le bail commercial, avec le mécanisme de protection qui le caractérise, aux fins d'assurer la sécurité et la stabilité, facilite ou permet une source de revenus du locataire.
- Au niveau de la macro-économie, la stabilité de l'acteur permet la facilité de localisation de celui-ci, notamment pour l'imposition fiscale...
- Au niveau des transactions, le bail commercial assure une garantie indirecte aux créanciers du locataire.

Le système juridique malgache est doté d'un régime particulier du bail commercial, répondant aux exigences d'assurer la stabilité et la sécurité de l'activité. Il a été institué par l'ordonnance 60-050 du 22 juin 1960, parue dans le journal officiel n°106 du 02 juillet 1960 page 1109. Cette législation trouvait son fondement et son principe de base dans la loi française du 30 juin 1926, dite habituellement : « Loi sur la propriété commerciale » laquelle a été étendue à Madagascar par un décret de 1929, déjà abrogé.

Cette loi de 1926 répondait aux réclamations des commerçants, en vue de la protection de leur droit au bail. Elle visait à assurer la protection du locataire en fin de bail, en lui permettant de continuer à exploiter son fonds dans les mêmes lieux, sans courir le risque, à l'expiration du bail, d'être expulsé purement et simplement et de faire bénéficier le propriétaire de la plus-value apportée à l'immeuble.

Cette ordonnance 60-050 constitue l'équivalent du décret français n°53-960 du 30 septembre 1953<sup>1</sup>. Certes, la pratique locale de cette législation semble être bien développée. Elle reçoit une application jurisprudentielle très abondante dans notre système juridique<sup>2</sup>. Toutefois, il faut noter que jusqu'à présent, elle n'avait fait l'objet de réforme, au niveau de la réglementation à l'exception de la modification un peu « ancienne » apportée en 1962. On constate, à cet effet, un grand décalage du droit malgache avec le droit français qui a fait l'objet de nombreuses modifications. En effet, le décret français de 1953 a connu des modifications notables si l'on ne cite que celle portant sur la réglementation du loyer ; celle instituant le régime de la déspecialisation... Cette évolution, dont faisait état le droit français, va progressivement dans le sens d'une amélioration de la protection du locataire par l'extension des prérogatives à lui laissées<sup>3</sup>.

Dans un sens général, le bail commercial se définit comme étant un contrat de louage d'immeuble en vue de l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale.

D'abord, c'est un contrat de bail conférant un droit personnel de jouissance à son titulaire, exercé pendant une certaine durée, en contrepartie d'un prix appelé « loyer ». Il se distingue des autres types de conventions par ces trois éléments, voire le droit de jouissance, la durée et le prix<sup>4</sup> :

- Par la nature juridique du droit qu'il confère, le bail commercial, en tant que bail immobilier, se distingue des conventions translatives de droit réel. Le bail ne confère qu'un droit personnel de jouissance à son titulaire. Ce caractère personnel s'explique par l'absence de droit direct du locataire sur le bien objet du bail. Ainsi, il est à distinguer de la vente qui transmet à l'acheteur la propriété de la chose vendue ; la propriété étant le

---

<sup>1</sup> Voir CODE DES BAUX ET LOYERS Dalloz 1994.

<sup>2</sup> Ces jurisprudences peuvent être consultées dans la Revue de Droit et de Jurisprudence de Madagascar n°3, 2001.

<sup>3</sup> Marie Pierre BAGNERIS : « LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL », édition ECONOMICA 1997 p.8

<sup>4</sup> Philippe DELBECQUE et FRANCOIS COLLART DUTILLEUL « Contrats civils et commerciaux » Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, 1996 p.289 et suivants.

droit réel par excellence. Dans le même sens, le bail commercial se distingue de l'usufruit, qui constitue un démembrement de la propriété et qui confère un droit réel de jouissance sur la chose. Ce droit réel d'un usufruitier se réalise par sa possibilité de jouir et de percevoir les fruits de la chose et d'avoir un droit direct sur celle-ci. C'est ce qui le distingue du bail où la jouissance du locataire est limitée en principe à l'usage du bien à la destination convenue.

- Relativement à sa durée, le bail commercial se distingue des autres conventions, notamment, celles caractérisées par leur précarité. Le bail implique, en effet, le respect d'une certaine durée, qui, avec le mécanisme du bail commercial, peut se rallonger au-delà du terme initial. Cette durée assure pour le locataire « l'exécution de son droit d'usage ». La précarité de certaines conventions implique le caractère « subsidiaire » de la durée et en permet la rupture à tout moment. C'est le cas des conventions précaires qui ne confèrent qu'un droit précaire à leur titulaire.

- Enfin, le caractère onéreux du bail le distingue des autres conventions qui octroient un droit d'usage mais consenti, soit à titre gratuit, soit à prix modique. Tel est l'exemple du commodat<sup>5</sup> qui oblige son bénéficiaire à restituer la chose après usage. Le bail doit toujours être consenti à titre onéreux pour pouvoir recevoir de telle qualification.

Ensuite, c'est une catégorie de baux immobiliers à côté de laquelle, figure le bail d'habitation et le bail rural. Il se distingue de ceux-ci, par sa destination :

- Le bail d'habitation est un contrat par lequel, le bailleur s'engage à assurer la jouissance d'un immeuble au locataire en vue d'une habitation. Le bail rural, en revanche, est une location d'un fonds rural, c'est-à-dire servant à exploiter ou à assurer une exploitation agricole. Le bail rural garantit au preneur une certaine stabilité, sans possibilité de reprise en cours de bail, et comportant en contrepartie certains avantages pour le bailleur.

Le bail commercial est soumis à un régime spécifique caractérisé principalement par le droit de renouvellement au profit du locataire, lui conférant ce que l'on appelle faussement : « propriété commerciale ». Il a l'avantage de conférer un statut particulier aux commerçants qui y recourent par la conclusion d'un contrat de bail commercial. Mais par ailleurs, il présente l'avantage d'étendre son champ d'application aux acteurs de professions libérales.

---

<sup>5</sup> « Le commodat est un prêt à usage par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi », article 1875 du code civil.

Le bail commercial constitue en même temps une opération juridique ou un acte à entreprendre et un statut à acquérir, laissé à la portée de tous les acteurs de la vie économique. Analysé en terme de contrat, il constitue un régime spécifique du bail. En terme de statut, c'est un statut protecteur du locataire.

Ces deux rubriques divisent en deux parties cette étude portant sur le bail commercial à Madagascar :

- la première traitera de l'analyse du bail commercial en tant que régime spécifique du bail ;
- la seconde, de l'analyse du bail commercial en tant que statut protecteur du locataire.



**PREMIERE PARTIE :  
BAIL COMMERCIAL : UN REGIME  
SPECIFIQUE DU BAIL**

Initialement, le régime du bail commercial fut celui du droit commun du bail<sup>6</sup> au même titre que les baux d'habitation et ruraux qui sont des baux immobiliers. L'apparition des régimes dérogatoires de ces baux repose sur l'idée de protéger le locataire qui est en situation de faiblesse par rapport au bailleur. C'est l'unanime intérêt de l'institution de ces régimes particuliers du bail. Or, la conséquence corrélative à l'existence de cette rupture<sup>7</sup> au niveau des réglementations soulève l'idée de spécificité de chacun d'eux en dehors de cette volonté de protection concordante du locataire par le législateur. Toutefois, il faut noter au préalable que cette rupture n'est ni absolue ni effective car il existe des questions qui restent soumises au droit commun. Cette spécificité du bail commercial ne se révèle que dans certains de ses aspects en tant que contrat et qui le diffère des autres baux. L'analyse de la spécificité du bail commercial constitue en quelque sorte une étude comparative avec les autres régimes existant notamment avec les baux ruraux et d'habitation mais aussi avec le régime en vigueur dans le système français<sup>8</sup>, afin de soulever le degré de spécificité qui s'identifie d'abord au niveau des parties contractantes (chapitre premier) et aussi au niveau des éléments du contrat (chapitre II).

---

<sup>6</sup> Articles 1708 à 1762 du code civil.

<sup>7</sup> La rupture s'entend au fait que les catégories de baux énoncées, réglementées unanimement par le droit commun se sont vues chacune régie par des réglementations particulières et spécifiques

<sup>8</sup> La référence au droit français se justifie par la disposition de l'article 4 de l'accord de coopération franco-malgache qui demeure en vigueur et selon laquelle à défaut de texte malgache, les dispositions législatives et réglementaires du droit français en vigueur à Madagascar à la date à laquelle prend effet le présent accord continuent à être appliquées par les juridictions malgaches.

## **CHAPITRE PREMIER : SPECIFICITE AU NIVEAU DES PARTIES**

Dans tout contrat, quelle qu'en soit la nature, les parties en sont le centre de gravité. Cela est si vrai que tant dans sa formation que dans son extinction, le contrat met en cause les parties qu'il lie. Il en résulte que les dispositions contractuelles ainsi que leurs effets ne sont que le résultat de leur volonté commune.

Le bail est un acte juridique contractuel soumis au droit commun du contrat<sup>9</sup>. Le législateur, soucieux d'établir un certain équilibre dans les relations contractuelles aux fins d'une sécurité des transactions, fut-elle relative, impose dans ce droit commun des conditions relatives aux parties, conditions auxquelles est subordonnée la validité du contrat. Ces conditions subjectives tiennent d'une part à la capacité (Section I) et d'autre part, au consentement des parties (Section II) qui pose généralement le principe du consensualisme pour la formation du contrat. Ces deux conditions sont aménagées en fonction de la matière contractuelle.

### **Section I : LA CAPACITE DES PARTIES**

La capacité est définie comme l'aptitude d'une personne à passer un acte juridique tel un contrat. Le droit des contrats prévoit que toute personne peut valablement contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ( Article 65 de la LTGO ). En effet, le contrat conclu par ou avec un incapable est frappé de nullité, c'est-à-dire se voit dénié de tous effets juridiques. L'incapacité peut, en effet, priver une personne de la jouissance d'un droit ou la priver de l'exercice du droit dont elle est titulaire. Cette notion de capacité juridique est généralement conditionnée par l'âge qui est celui de la majorité civile d'où ressort les problèmes des mineurs, mais elle peut aussi s'analyser en la détention de certaines qualités. Ainsi par exemple, le problème de la capacité en matière de contrat de travail ne se pose pas de la même façon qu'en matière de vente. Si dans le contrat de travail, on exige surtout l'âge de la majorité ou de l'émancipation comme condition fondamentale pour pouvoir occuper un travail, dans une vente, le vendeur ne peut, en principe, vendre que la chose dont il est propriétaire c'est-à-dire qu'il ne peut

---

<sup>9</sup> Articles 1301 à 1362 du code civil français/Ordonnance n°66-003 du 2 juillet 1966 sur la théorie générale des obligations.

être que le propriétaire même de la chose vendue pour que cette vente soit valable. Ainsi, en fonction de chaque matière contractuelle, la capacité se définit différemment : tantôt, elle est conditionnée par l'âge, tantôt, elle est subordonnée à la détention de certaines qualités mais le plus souvent, par ces deux conditions cumulativement, ce qui est le cas du bail commercial.

L'identification des qualités ou des statuts respectifs des parties dans un contrat de bail est à première vue une question d'ordre général qui relève du droit commun des contrats. Ceci s'entend de la détermination des personnes qui ont la qualité ou pouvoir pour être bailleur ou locataire. Toutefois, les qualités des parties peuvent être un élément déterminant à la qualification commerciale du bail et notamment au regard du locataire qui est généralement un commerçant. En effet, à titre comparatif, la jurisprudence française a reconnu ce caractère commercial du bail d'immeuble en considérant soit les qualités des deux parties contractantes lorsqu'elles sont toutes commerçantes et traitent pour les besoins de leur activité professionnelle, soit au regard du locataire commerçant qui traite avec un propriétaire non commerçant en vue d'une exploitation commerciale<sup>10</sup>. Dans le même ordre d'idée, la jurisprudence malagasy a retenu que le défaut de statut de commerçant fait échec à l'existence d'un bail commercial<sup>11</sup>. Ainsi, est soulevé l'intérêt d'analyser les parties dans un bail commercial du fait qu'elles conditionnent l'existence ou non du bail. Toutefois, le problème d'identification de la qualité de bailleur (paragraphe I) ne se pose pas de la même façon que celle de locataire (paragraphe II).

### **Paragraphe I : PERSONNES POUVANT DONNER A BAIL**

Le bailleur est celui qui va conférer la jouissance des lieux loués au preneur. Le problème ne se pose pas si le bailleur est le propriétaire des lieux loués car dans ce cas, il ne fait que se prévaloir des droits dont il dispose à l'issue de cette qualité. En revanche, dans le cas où celui qui a donné à bail est un propriétaire concurrent avec d'autres ou même démunie de droit de propriété sur la chose objet du bail, une difficulté peut surgir quant à la détermination de l'étendue des pouvoirs de ce bailleur. Ceci peut, en effet, être

---

<sup>10</sup> Com 14/02/56 JCP 1956 II 9375 ; Com 25/04/83 D 1984 I note Jourdain cité par Michel PEDAMON dans « PRECIS DE DROIT COMMERCIAL » DALLOZ

<sup>11</sup> Civile CA du 02/05/01. Arrêt n° 654 : Il s'agit d'un cas où la personne réclamant le bénéfice du statut des baux commerciaux n'a pas le statut de commerçant.

source de litige entre les copropriétaires entre eux ou avec le locataire, soit au moment de la conclusion du contrat, soit surtout, et éventuellement en cours d'exécution ou même à l'expiration du bail. Avant de procéder à l'analyse de l'étendue des pouvoirs ; d'un côté des propriétaires concurrents et d'un autre côté des bailleurs non-propriétaires ; un préalable est de déterminer la nature juridique du bail commercial car la solution diffère selon que l'acte de bail est un acte d'administration ou de disposition.

## **A – NATURE JURIDIQUE DU BAIL COMMERCIAL**

### **1- Distinction entre acte d'administration et acte de disposition**

Les actes d'administration et de disposition sont les deux catégories d'actes de gestion du patrimoine.

L'acte d'administration s'analyse en tout acte qui permet de faire fructifier une chose ou un bien sans en altérer la substance. Il peut être assimilé parallèlement au droit de propriété au droit ou à l'acte d'un usufruitier de jouir de la chose et d'en percevoir les fruits. L'acte de disposition en revanche suppose pour son auteur la détention d'un droit de disposition de la chose, objet de l'acte. C'est généralement le droit d'un propriétaire de disposer de ses biens ou la réalisation de ce droit car en principe, seul un propriétaire a un droit de disposition. Ces deux actes diffèrent dans leurs effets : le premier permet la gestion du bien tout en conservant sa valeur alors que le second peut porter atteinte ou risque de porter atteinte à cette valeur considérée comme capitale. L'acte de disposition, c'est tout acte qui entraîne une amputation sur le patrimoine de son auteur et dont l'exemple typique est la vente. C'est un acte qui a pour effet de transférer la propriété de la chose vendue dans le patrimoine de l'acheteur et par conséquent, de modifier la consistance du patrimoine de ce premier et du vendeur surtout. A cet effet, la doctrine est amenée à qualifier l'acte d'administration comme un acte normal et courant de gestion pouvant être effectuée par toute personne qui a au moins la jouissance d'une chose. L'acte de disposition, en revanche, en considérant le risque qu'il présente tant pour l'auteur même que pour le bien qui en est l'objet, est considéré comme un acte plus grave de gestion et dont l'exercice est soumis à certaines restrictions du côté de son auteur.

Afin d'identifier la nature juridique du bail, la doctrine classique s'est basée sur deux critères que sont la durée et l'étendue du bail. Relativement au bail commercial, la loi ainsi que la jurisprudence ont relevé d'autres critères qui sont celui du caractère protecteur du statut des baux commerciaux et la destination des lieux.

## 2- Essai de détermination de la nature juridique du bail commercial

Le bail ou le contrat de location en général a été initialement considéré comme un acte d'administration, et ce, en s'appuyant sur la durée du bail et sur l'étendue de la jouissance qu'il confère au preneur.

### 1<sup>er</sup> critère : critère de la durée et de l'étendue de jouissance

Ni le droit commun du bail à loyer, ni les législations spéciales, n'ont déterminé au préalable et expressément la nature juridique du bail. Ce fut alors la doctrine qui entamait l'analyse de la question. Ceci a été à la source de controverse doctrinale. En effet, certains auteurs considèrent le bail comme un acte d'administration car ne confère qu'un droit personnel de jouissance qui ne risque pas d'altérer la substance du bien<sup>12</sup>. Mais l'analyse a évolué en prenant en considération les baux de longue durée à partir de laquelle, pourrait être remise en cause cette question d'altération ou de réduction de la valeur du bien. Par conséquent, il a été retenu en droit français que l'acte de bail reste un acte normal s'il est passé pour une durée au plus de neuf ans, au-delà de laquelle il serait considéré comme un acte de disposition<sup>13</sup>. La notion de durée permet en effet d'apprécier le caractère temporaire du bail. Toutefois il faut reconnaître que malgré ces critères posés, ils ne permettent pas de dissocier le bail commercial du bail en général.

### 2<sup>ème</sup> critère : critère de la destination des lieux et le caractère protecteur de la loi

Sans négliger le critère de durée qui permet de mesurer le caractère temporaire de la jouissance du preneur et qui traduit la normalité de l'acte, la loi ainsi que la jurisprudence ont spécifié le bail commercial de même que le bail rural en se fondant sur la commercialité du bail qui est soumise à une législation protectrice du locataire<sup>14</sup> en lui octroyant un droit au renouvellement.

En effet, le caractère protecteur de la législation spéciale répond à une destination des lieux qui est l'affectation à une exploitation commerciale ou similaire. Or cette

---

<sup>12</sup> Philippe DELEBECQUE et François Collart DUTILLEUL : « CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX » DALLOZ 1996. n° 437.p351

<sup>13</sup> Philippe DELEBECQUE et François Collart DUTILLEUL : op.cit. p 351

<sup>14</sup> « BAUX COMMERCIAUX » DALLOZ 1999 n°11/LAMY 1992 n°793 p 392

affectation nécessaire, selon l'aspiration du législateur, l'octroi de certaines prérogatives au locataire dans son activité, prérogatives qui manifestent cette idée de protection. En effet, l'octroi d'un droit au renouvellement au locataire restreint le droit du bailleur en tant que propriétaire du bien loué. Le législateur et la jurisprudence ont attaché une importance majeure à la destination des lieux et considèrent que le bail commercial, au même titre que le bail rural ou plus exactement ; le fait de consentir de tels baux notamment le bail commercial est un acte particulièrement grave et de lourdes conséquences.

Afin de prémunir le bailleur contre ce risque, le code civil<sup>15</sup> même a institué une certaine restriction à la possibilité pour certaines personnes de consentir un bail commercial. Cette restriction traduit l'importance de l'acte et reflète la volonté du législateur de reconnaître la nature d'acte de disposition au bail commercial. La jurisprudence quant à elle ne fait que confirmer cette position du législateur et estime que le bail commercial est, indépendamment de sa durée, un acte de disposition<sup>16</sup>. Il faut en déduire que, au regard de sa durée, le bail dans son principe, même de longue durée, reste un acte d'administration. Seulement, le caractère particulier de la législation sur les baux commerciaux, notamment la reconnaissance d'un droit au renouvellement au locataire qui modifie le caractère temporaire de la jouissance ne permet pas de considérer le bail commercial comme un simple acte d'administration contrairement au bail d'habitation qui reste un acte d'administration.

La détermination de la nature juridique du bail commercial laisse donc un doute et crée au niveau de la jurisprudence et de la doctrine une controverse. Toutefois, ce type de bail, à la différence des autres, expose le bailleur à des restrictions du fait qu'il voit l'exercice de son droit de propriété restreint. En effet, l'octroi d'un droit de renouvellement au locataire restreint le droit de disposer du propriétaire. Par conséquent, la loi ainsi que la jurisprudence imposent quelques aménagements au pouvoir de consentir un bail commercial.

---

<sup>15</sup> Article 595 alinéa 4 Code civil : « L'usufruitier ne peut, sans le concours du nu-propriétaire, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal. A défaut d'accord du nu-propriétaire, l'usufruitier peut être autorisé par justice à passer seul cet acte ».

Article 1424 alinéa 2 Code civil: « Le mari ne peut, sans l'accord de la femme, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal. Les baux passés par le mari sur les biens communs sont, pour le surplus, soumis aux règles prévues pour les baux passés par l'usufruitier ».

<sup>16</sup> Civ du 14 Mai 1974 RTDCCIV 1975.132.obs.Gérard CORNU

## **B- AMENAGEMENTS AU POUVOIR DE CONSENTIR UN BAIL**

Ces aménagements s'analysent en une restriction imposée à certaines personnes quant à leur possibilité de donner à bail. Il s'agit ici d'identifier l'étendue des pouvoirs des personnes titulaires de droit de propriété (1) et de celles privées de droit de propriété (2)

### **1-Les personnes titulaires de droit de propriété**

La propriété est définie comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue sous réserve de ne pas en user en usurpation de la loi<sup>17</sup> ». Le bail commercial, ayant pour objet de conférer la jouissance des lieux loués au preneur, l'on peut estimer que c'est du pouvoir unilatéral d'un propriétaire de consentir un bail. Une difficulté peut toutefois se présenter lorsque le bail est consenti par un propriétaire concurrent relativement à la situation juridique du bien, difficulté se situant surtout dans l'exécution du contrat. Afin d'y échapper la loi, ainsi que la jurisprudence ont réduit ou du moins, conditionné la capacité de ces propriétaires concurrents.

#### ***1.a- Pouvoir unilatéral du propriétaire***

Le pouvoir unilatéral du propriétaire est de l'essence même de la propriété et qui la distingue des autres types de droit réel. L'on est sans savoir que la propriété permet à son titulaire le droit d'user, de faire fructifier et même d'aliéner selon sa convenance, le bien dont il dispose. Le bail est une opération qui permet de mettre en valeur la propriété et qui est légal du moment qu'il n'est pas destiné à un usage contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ni contraire à l'utilité sociale.

Ainsi, un propriétaire, dans l'exercice de son droit de jouissance et de disposer, peut librement donner à bail un immeuble ou un local à usage commercial sans le concours d'aucune autre personne. Par ailleurs, l'ordonnance 60- 050 du 22 juin 1960 semble ne faire référence, quant à la personne pouvant être bailleur, qu'au propriétaire des lieux loués. Ceci laisse déduire qu'en principe, seul un propriétaire peut donner à bail.

---

<sup>17</sup> Article 544 du code civil : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »



La règle est toutefois restrictive si les biens ou les lieux loués sont la propriété de plusieurs personnes, soit en vertu d'une indivision, soit en vertu du régime de la communauté. Ces personnes voient leur capacité réduite.

### ***1.b- Capacité réduite des propriétaires concurrents***

La notion de propriété concurrente s'entend de toutes les situations dans lesquelles le bien n'est pas la propriété d'une seule personne. Ainsi, elle traduit à la fois la situation d'indivision et celle résultant de la communauté. Le pouvoir des ces propriétaires est, par conséquent, fonction du statut juridique des biens.

#### *i) Le bail des biens indivis*

Jusqu'au moment du partage, tous les indivisaires conservent un droit de propriété sur l'ensemble du bien indivis et chacun est maître de sa quote-part abstraite dont il peut disposer librement. La difficulté est de savoir si un indivisaire peut conclure ou consentir un bail commercial sur un immeuble ou un bien indivis et, s'il l'a déjà fait, quelle est la validité de tel acte sur les autres coindivisaires. Cette question est résolue par le code civil français dans sa rédaction actuelle en son article 815-3 qui pose la règle de l'unanimité<sup>18</sup> comme principe mais qui admet toutefois quelques dérogations. Faute de dispositions précises similaires dans notre droit positif, on se référera aux mentions posées par cet article.

#### *- Principe : la règle de l'unanimité*

Le pouvoir de donner à bail un bien indivis est soumis à la règle de l'unanimité qui signifie qu'il ne peut, en principe, être fait que du consentement unanime des indivisaires. En effet, à la lecture de l'article 815.3, un tel acte ne peut être considéré comme de simple acte d'administration ni comme un pur acte de disposition. Néanmoins, l'acte de bail, ainsi qu'il a déjà été exposé, constitue un acte grave et de lourdes conséquences pour celui qui y consent. Cette règle se justifie par le fait qu'il peut exposer les autres coindivisaires, dans le cas où il a été fait par l'un d'eux, au risque de voir leurs droits entravés par le tiers preneur et de se voir obligés par un bail<sup>19</sup> auquel ils n'ont pas consenti. Elle n'est pas requise seulement pour la conclusion du bail mais aussi

---

<sup>18</sup> Art 815-3 du code civil : « les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis requièrent le consentement de tous les indivisaires. Ceux-ci peuvent donner à l'un ou à plusieurs d'entre eux un mandat général d'administration. Un mandat spécial est nécessaire pour tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis, ainsi que pour la conclusion et le renouvellement de baux. »

<sup>19</sup> Philippe DELEBECQUE et François Collart DUTILLEUL : « Contrats civils et commerciaux », p. 358. n ° 452

à l'occasion de l'octroi de renouvellement et même à la cessation du bail consenti par tous les indivisaires. Cette règle est confirmée par la jurisprudence en admettant qu'il est de principe que dans une indivision, l'un des coindivisaires ne peut, sans le concours des autres, demander l'expulsion d'un locataire ou de l'occupant sans titre<sup>20</sup>.

Toutefois cette règle n'est pas absolue car la loi elle-même admet quelques dérogations.

#### **- Dérogations à la règle de l'unanimité**

Le fondement de ces dérogations repose sur la préservation de l'intérêt commun dans le cas où le refus de consentir d'un indivisaire ou l'incapacité de consentir irait mettre en péril cet intérêt commun. Le code civil français distingue selon que l'indivision est organisée ou non.

##### *\* Cas d'une indivision organisée : désignation d'un administrateur*

L'indivision est organisée quand les indivisaires ont conclu implicitement ou expressément une convention d'indivision qui confère la gestion des biens indivis à un indivisaire. Ce gérant exerce ainsi les mêmes pouvoirs qu'un administrateur des biens d'autrui ou comme le pouvoir d'administration du mari sur les biens communs. La loi requiert un mandat spécial si ce gérant veut conclure un acte de bail sur les biens indivis et dans pareil cas, le consentement des autres ne sera plus nécessaire.

En droit traditionnel malagasy, notamment en matière d'indivision successorale, l'indivision est organisée. En effet, on octroie la gestion de l'indivision à l'aîné de la famille<sup>21</sup>, ce qui constitue un usage admis jusqu'à l'heure. A cet effet, la jurisprudence a reconnu l'opposabilité du bail conclu par un copropriétaire indivisaire en vertu de la règle de la gestion d'affaire<sup>22</sup>. Le juge a, non seulement reconnu la qualité de gérant d'affaire à la personne qui est copropriétaire indivis en vertu de la règle de la gestion d'affaire, mais il a également fondé sa décision sur le caractère utile de l'acte de bail. Ce faisant, il a admis la validité d'un mandat implicite des autres coindivisaires.

La difficulté est donc moindre dans le cas d'une indivision organisée car la personne qui conclut l'acte de bail étant considéré comme l'administrateur mandataire

---

<sup>20</sup> CA. n° 505 du 27/10/71 RDJM 2001 p 168.

<sup>21</sup> DROIT CIVIL. « Biens et sûretés » : A. RAHARINARIVONIRINA et BERTONE A. p. 59 édition CMPL

<sup>22</sup> CA n° 36 et 37 du 16/10/72 « l'acte passé pour la gestion d'un bien successoral, par la tante des autres cohéritiers ; en vertu de la situation particulière qui est sienne, en qualité d'aînée des successibles dans les usages malagasy compte tenu du fait qu'elle habitait seul sur place que la location était un acte utile, portant sur un « terrain vague » depuis 10 ans, doit être considéré comme fait en vertu de la gestion d'affaire alors. Surtout qu'elle a été implicitement ratifiée, les cohéritiers ayant donné congé concomitamment avec leur tante par un seul et même acte.

des autres, il est censé agir au nom et pour le compte de l'indivision donc des autres coindivisaires. Il suffit à celui qui conteste l'acte de rapporter la preuve qu'il n'y a pas de convention d'indivision. Le cas est différent quand l'indivision est inorganisée.

- *Cas d'une indivision inorganisée : habilitation et autorisation judiciaire*

L'indivision est inorganisée lorsque, par opposition à l'indivision organisée, aucun gérant ou administrateur des biens indivis n'est désigné par les coindivisaires. Ceci suppose qu'en dehors de la règle de l'unanimité, il serait difficile, voire, interdit à un indivisaire d'agir seul sans le consentement des autres. En effet, si en dehors du pouvoir légal, un indivisaire a conclu un bail commercial sans le concours des autres, celui-ci n'est pas opposable aux autres coindivisaires et ne produit aucun effet de droit à leur égard. C'est suivant ce raisonnement que la Cour d'Appel d'Antananarivo a jugé qu'en cas de contrats successifs de bail commercial conclus, le premier, par un indivisaire, et le second consenti par les autres coindivisaires au même locataire sur un même immeuble et que le premier bailleur reconnaît la qualité de propriétaires indivis aux autres, demeurent régis par le second bail par eux consenti<sup>23</sup> les relations entre le locataire et les bailleurs que sont les coindivisaires. L'arrêt a ajouté que le congé donné pour le compte d'un seul indivisaire et non au nom de tous les coindivisaires est nul et de nul effet. Le juge, en décidant ainsi est parti de l'absence de consentement unanime qui ne confère pas à un indivisaire la qualité pour agir seul, sans rechercher le caractère utile ou non du premier acte. A titre comparatif, le droit français, en revanche, reconnaît le pouvoir à un indivisaire d'agir seul sous conditions d'être habilité judiciairement<sup>24</sup> ou d'obtenir une autorisation judiciaire<sup>25</sup>, dérogation à la règle de l'unanimité.

---

<sup>23</sup> CA. Antananarivo, 8<sup>e</sup> section n° 1188 ; 05/10/1998 RDJM 2001 P169

<sup>24</sup> Art 815-4 al. 1 Code civil : « Si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre peut se faire habilité par justice à le représenter, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge ».

« A défaut du pouvoir légal, de mandat ou d'habilitation par justice, les actes faits par un indivisaire en représentation d'un autre ont effet à l'égard de celui-ci, suivant les règles de la gestion d'affaires. »

<sup>25</sup> Article 815-5 code civil : « Un indivisaire peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun.

Le juge ne peut toutefois, sinon aux fins de partage, autoriser la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit, contre la volonté de l'usufruitier.

L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'indivisaire dont le consentement a fait défaut.

*ii) Le bail des biens communs*

En fonction du régime matrimonial choisi par les époux, l'administration des biens est différente.

Dans un régime de séparation des biens, « chacun des époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels »<sup>26</sup> sauf application des articles 57 et 58 de la loi 62. 089 sur le mariage<sup>27</sup>. La situation est différente s'ils ont opté pour le régime des biens communs. En effet, dans ce régime, la loi reconnaît au mari le pouvoir d'administrer les biens communs. La question de savoir si le mari peut décider seul à donner à bail à usage commercial un bien commun reçoit une réponse claire en droit français qui exige le consentement de la femme pour de tel acte. En revanche, le droit malagasy ne s'est pas prononcé sur ce point précis. Seulement, la loi exprime tacitement dans ses dispositions que cette administration de la communauté ne doit en aucun cas mettre en péril les intérêts du ménage. Or, il vient d'être analysé que le fait de donner à bail ne peut être assimilé à un simple acte d'administration. Ainsi, par défaut de solution légale précise en la matière, il faut retenir la solution de l'article 10 de la loi n° 67. 030 du 18 décembre 1967 qui dispose que l'un des époux peut demander en justice la séparation des biens lorsque ses intérêts sont mis en péril par le désordre des affaires, la mauvaise administration ou l'inconduite de l'autre époux. Le silence de la loi suppose un pouvoir souverain du juge de rechercher en cas de litige l'enjeu de l'acte qui est fait seul par le mari sans le consentement de la femme.

**2– Les personnes privées d'un droit de propriété**

Il s'agit en principe du locataire principal qui a la jouissance des lieux « de l'usufruitier ». Peuvent-ils consentir un bail commercial sur les lieux dont ils ont la gestion ? Le cas particulier de l'usufruitier est à invoquer en second lieu après celui du locataire principal.

---

<sup>26</sup> Article 57 loi n° 67.030 du 18/12/1967 relative aux régimes matrimoniaux modifié par Loi n°90.014 du 20/07/90

<sup>27</sup> Article 57 de l'ordonnance 62-089 du 1962 sur le mariage : « Chacun des époux peut donner à son conjoint mandat général ou particulier de le représenter ».

Article 58 de la même loi : « chaque fois que l'exige l'intérêt de la famille, lorsqu'un époux est incapable ou défaillant, l'autre époux peut se faire habilité par justice à présenter son conjoint, soit d'une manière générale, soit pour des actes particuliers. Les conditions et l'étendue de cette représentation sont fixées par le juge.

## 2.a – Le locataire principal

La dation à bail permet au bailleur de faire fructifier la chose et d'en percevoir le loyer. Ceci est l'image ou la réalisation même d'un droit réel de jouissance. Le bailleur doit ainsi et en principe être titulaire d'un droit réel de jouissance. Le locataire principal est celui qui bénéficie de la jouissance des lieux, objet matériel du bail. Cette jouissance n'est toutefois qu'un droit personnel bien que cette qualification ait créé une controverse. La raison en est que la violation de ce droit par le bailleur ne confère au preneur que le droit d'engager la responsabilité de ce premier sans disposer d'aucun moyen pour retrouver directement la jouissance de la chose louée<sup>28</sup>. Le droit positif se prononce sur la règle de l'interdiction de sous-location mais réserve des exceptions conditionnées par la clause du bail ou l'accord du bailleur.

### **- Principe : interdiction de sous-louer**

L'ordonnance 60.050 prévoit que « toute sous-location partielle ou totale est interdite sauf stipulation contraire du bail ou accord du bailleur »<sup>29</sup> contrairement au code civil qui pose le principe de la liberté de sous-louer<sup>30</sup>. La sous-location se définit comme un contrat par lequel le locataire principal qui a la jouissance des locaux en vertu d'un bail principal remet à son tour la jouissance de tout ou partie de ses locaux à un tiers dénommé sous-locataire, moyennant un certain prix et pour un certain temps<sup>31</sup>.

Ce principe a pour fondement essentiel la protection du bailleur propriétaire contre la mauvaise foi du locataire. En effet, la sous-location est un contrat qui intéresse principalement le locataire et le sous-locataire. Toutefois, la sous-location d'un immeuble à usage commercial, soumis au régime des baux commerciaux s'annonce contraire à la sécurité juridique et économique du bailleur, si la sous-location est faite à son insu ou si c'est la liberté de sous louer qui serait retenue comme principe. Le locataire pourrait, en effet, fixer discrétionnairement le prix de la sous-location. Or ceci peut être source d'enrichissement sans cause pour le locataire principal dans la mesure où il perçoit un loyer sans que le sien, en vertu de la location principale, ne soit modifié.

---

<sup>28</sup> Philippe MALAURY et Laurent AGNES : « CONTRATS SPECIAUX » 1997 n°621 p.354

<sup>29</sup> Article 20 alinéa 1 de l'ordonnance n°60.050 du 22/06/1960

<sup>30</sup> Article 717 du code civil : « Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. »

Elle peut être interdite pour le tout ou en partie.

Cette clause est toujours de rigueur.

<sup>31</sup> « BAUX COMMERCIAUX » Pierre GARBIT LAMY Droit commercial 1992 p.472 n°1011

En outre, si le sous-locataire exploite un fonds dans les locaux, ceci va donner lieu à l'application du statut des baux commerciaux et par conséquent, à l'octroi d'un droit au renouvellement. Le risque de la liberté de sous-louer dans ce cas est qu'en cas de départ du locataire principal à l'expiration du bail principal, le bailleur va devoir se soumettre et s'obliger par un contrat auquel il n'a pas consenti et notamment à l'obligation de renouvellement ; ce qui semble injustifié. C'est ce qui a fait ressentir, tant en matière de bail d'habitation que de bail commercial, la nécessité de requérir l'accord du bailleur. La jurisprudence, à cet effet, a retenu la mauvaise foi d'un locataire qui conclut une sous-location sans l'accord du propriétaire ; une mauvaise foi qui a donné lieu à l'expulsion du locataire<sup>32</sup>

Toutefois, cette règle n'est pas d'ordre public car n'est pas prescrite à peine de nullité<sup>33</sup> et peut être dérogée par des clauses contraires.

### **- Exception**

L'exception consiste à admettre que le locataire peut sous-louer librement mais pour ce, il faut envisager deux cas :

- Soit par l'existence d'une clause expresse du bail permettant au locataire de sous-louer ;
- Soit à défaut de clause, par l'obtention de l'accord du bailleur avec des conditions particulières.

#### ***1 – L'existence de clause de sous-location dans le contrat de bail***

« Sauf stipulation contraire du bail » : cette expression suppose la possibilité pour les parties d'aménager la règle de la sous-location par des clauses contraires. Cet aménagement doit se faire au moment de la conclusion du contrat. Cette clause constitue une autorisation préalable donnée directement dans le bail principal.

La clause peut être positive ou négative et, selon le cas, sera déterminé le pouvoir ou droit de chaque partie, notamment celui du locataire.

La clause est positive quand elle autorise dans ses termes, donc de manière expresse la sous-location, ce qui répond au sens et condition que veut donner l'article 20

---

<sup>32</sup> TPL Mahajanga n°565 du 25/09/1984 RDJM 2001, p.84

<sup>33</sup> CA. Antananarivo, 8<sup>ème</sup> section, n°781.29/06/1998 RDJM 2001, p.86

de l'ordonnance 60. 050 du 22 juin 1960. En revanche, la jurisprudence admet que la clause soit, tout en révélant cet aspect positif, plus restrictive<sup>34</sup>.

Inversement, elle peut aller dans un sens négatif et consiste à interdire expressément la réalisation de la sous-location.

Ainsi, en vertu de la force obligatoire du contrat, les parties sont tenues respectivement aux dispositions communément convenues et acceptées par elles.

A défaut de clause expresse autorisant la sous-location, cette faculté peut être reconnue au locataire sous des conditions obligatoires.

## ***2 – Le défaut de clause expresse.***

Dans la mesure où les parties n'ont rien prévu sur cette faculté d'accorder ou non une sous-location, le locataire n'est pas pour autant dispensé de cette faculté. En effet, si au cours de l'exécution du contrat, dans le cas où il voudrait sous louer une partie des locaux ou même la totalité, il peut en demander l'autorisation du bailleur. Cette autorisation est requise de manière obligatoire ainsi que la participation directe du bailleur à l'acte de sous-location.

### **- Autorisation du bailleur**

Il s'agit d'une autorisation postérieure à l'acte de bail, un préalable impératif pour le locataire voulant sous-louer. Cette autorisation, de par la disposition de l'article 20 alinéa 2, doit être expressément faite par écrit. Ainsi la cour de cassation de Madagascar a censuré un arrêt de la Cour d'Appel qui décidait que l'accord à une sous-location peut être donné sous toutes les formes et même tacitement<sup>35</sup>

Toutefois, ce caractère exprès ou tacite de l'autorisation du bailleur a suscité un revirement de jurisprudence qui a fini par admettre, dans certains cas, la validité d'une autorisation tacite. L'arrêt précédemment énuméré ainsi que les arrêts ultérieurs considèrent comme autorisation tacite du bailleur, le fait pour ce dernier d'avoir eu connaissance de la sous-location opérée par le locataire sans y faire opposition.

Le juge a considéré que le bailleur accepte tacitement l'opération. La jurisprudence a même étendu son appréciation et reconnaît la validité d'une sous-location sur la base de l'absence de clause l'interdisant dans le contrat de bail initial<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Par exemple, en exigeant un accord écrit du propriétaire. CA Antananarivo, 8<sup>e</sup> section n°117, 16/02/1998 RDJM 2001. p.84

<sup>35</sup> CS n°9, 14/02/1989. RDJM 2001, p.85

<sup>36</sup> CA Antananarivo, 4<sup>e</sup> section, n°696, 10/06/1998. RDJM 2001, p.84

L'autorisation en soi n'est pas suffisante pour la validité de la sous-location, encore faut-il que le locataire, ayant obtenu l'agrément du bailleur, appelle le concours de ce dernier à l'acte.

### **- Concours du bailleur à l'acte**

L'obtention de l'accord du bailleur ne dispense pas le locataire de requérir la participation du bailleur à l'acte de sous-location et par conséquent, d'en fixer seul avec le sous locataire les conditions de la sous-location. En effet, le locataire est soumis à cette seconde obligation, corollairement à la première. La difficulté est de définir ce que la loi veut entendre par concours à l'acte. Il s'explique nécessairement mais non limitativement, par l'alinéa 3 de l'article 20 qui permet au propriétaire bailleur d'intervenir dans la détermination du prix de la sous-location afin de le faire correspondre au loyer du bail principal. Par ailleurs, ce concours du bailleur devrait être élargi au renouvellement de la sous-location ainsi qu'à tout acte qui pourrait mettre en péril ses droits. En effet, cette obligation a pris pour fondement la protection du bailleur contre l'abus et la mauvaise foi éventuelle du locataire.

### ***2.b- Le pouvoir d'un usufruitier***

L'usufruit est un démembrement de la propriété qui confère à son titulaire, le droit d'user et de percevoir les fruits de la chose dont il a la jouissance. Selon la définition du code civil français, c'est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. Il confère ainsi un droit réel de jouissance à son titulaire.

La question de savoir si l'usufruitier peut consentir un bail commercial est résolue clairement en droit français par l'article 595 alinéa 4 du code civil<sup>37</sup>. Cette solution consiste à interdire la conclusion d'un bail commercial par un usufruitier qu'avec le concours du nu-propiétaire ou avec une autorisation judiciaire. On peut concevoir que cette solution donnée par le législateur français constitue une application de la théorie initialement admise consistant à considérer l'acte de bail commercial comme un acte de disposition. En effet, dans le système français, de tel bail est en principe fixé pour une durée de neuf ans au minimum pour être soumis au statut des baux commerciaux. Or, il

---

<sup>37</sup> Article 595 alinéa 4 du code civil : « L'usufruitier ne peut, sans le concours du nu-propiétaire, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal. A défaut d'accord du nu-propiétaire, l'usufruitier peut être autorisé par justice à passer seul cet acte.



faut tenir compte de la disposition de l'alinéa 2 du même article qui reconnaît la validité d'un bail inférieur ou égal à neuf ans et son opposabilité au regard du nu-propriétaire. L'alinéa 4 sus-visé consiste une interprétation a contrario de cette disposition.

En droit malgache, aucune solution n'est prévue de manière précise par une disposition légale. On peut, toutefois, relever une solution dans la réglementation consacrée à la tutelle d'un enfant mineur<sup>38</sup>. Cette tutelle est exercée par le père ou par la mère à défaut de père. Elle autorise le tuteur à administrer les biens du mineur conformément aux intérêts de celui-ci. Ce pouvoir du tuteur est limité aux actes d'administration sans compromettre les droits du mineur. Le législateur interdit expressément à ce premier de consentir un acte d'aliénation ou de disposition concernant les biens immeubles du mineur sans une autorisation soit de l'autre des parents ou d'un tiers qui peut être le juge ou une personne proche du mineur telle que le dispose l'article 102 de la loi sus-visée<sup>39</sup>. Cette nécessité d'une autorisation répond à la volonté du législateur de protéger le mineur contre tout acte frauduleux passé à son encontre. En retenant le caractère d'acte de disposition du bail commercial, on peut conclure que de tel acte limiterait les droits du tuteur et rendait l'acte illégal sauf autorisation des personnes reconnues par la loi sus-visée.

## **Paragraphe II : PERSONNES POUVANT PRENDRE A BAIL.**

L'intérêt de la question de l'identification du locataire d'un bail commercial réside dans le fait de savoir que le locataire va bénéficier des prérogatives reconnues par le statut des baux commerciaux et serait distingué des autres locataires. En d'autres termes, il s'agit de savoir dans quels cas ou dans quelles conditions, le locataire des lieux est considéré comme étant un locataire commercial. A l'analyse le droit positif malgache<sup>40</sup> ne vise comme locataire commercial que des professionnels. Le professionnel s'entend de toute personne qui exerce une activité rémunératrice, à titre de profession habituelle.

---

<sup>38</sup> Loi n°63-022 du 20 Novembre 1963 sur la filiation, l'adoption et la tutelle, JO n°324 du 30 novembre 1963, p.2479

<sup>39</sup> « Le tuteur ne peut consentir aucun acte d'aliénation ou de disposition concernant les biens immeubles du mineur sans une autorisation donnée sous la forme prévue aux articles 97 et 98. L'autorisation de la mère suffit.

<sup>40</sup> Ordonnance n°60-050 du 22 Juin 1960 portant statut des baux commerciaux, JO n°106 du 2 juillet 1960, p.1109.

On peut distinguer, à partir de l'ordonnance 60-050 portant statut des baux commerciaux ; deux catégories de locataire :

- d'un côté, les locataires liés à l'existence et à l'exploitation d'un fonds,
- d'un autre côté, les locataires non subordonnés à l'exploitation d'un fonds.

## **A – LES LOCATAIRES LIES A L'EXISTENCE D'UN FONDS**

Le droit positif malgache, inspiré du droit français, vise principalement comme locataire soit un commerçant, soit un industriel, soit un artisan. La condition majeure est qu'il faut qu'ils exploitent dans les lieux loués un fonds dont ils sont propriétaires. Autrement dit, cela suppose d'abord l'existence d'un fonds (1) qui doit être à la fois la propriété et l'objet de l'exploitation du professionnel (2).

### **1– L'existence d'un fonds**

La qualité de commerçant, d'industriel ou d'artisan ne serait effective sans l'existence d'un fonds exploité par eux. Il importe de donner une brève définition du « fonds » avant de répondre à l'impératif de la preuve de son existence

#### ***1.a- Définition du fonds***

Il n'existe pas une définition convenable du mot « fonds » dont il est question et pris isolément. Toutefois, par analogie à la définition du fonds de commerce<sup>41</sup>, il peut être défini comme l'ensemble des éléments mobiliers corporels et incorporels, permettant à un commerçant, à un industriel ou à un artisan d'exercer son activité et de conquérir une clientèle. En outre, le fonds est de nature mobilière. Il n'est composé que d'éléments mobiliers. Par conséquent, l'immeuble dans lequel est exploité le fonds n'en constitue pas un élément composant. Enfin, il faut noter que le caractère commercial ou artisanal du fonds dépend de la nature de l'activité. Ainsi, le fonds est commercial lorsqu'il sert à l'exercice d'une activité commerciale ou industrielle ; il est artisanal pour l'exercice

---

<sup>41</sup> « C'est l'ensemble des éléments corporels (matériels, outillage, marchandises) et incorporels (Droit au bail, nom enseigne) qu'un commerçant ou un industriel groupe et organise en vue de la recherche d'une clientèle, et qui constitue une entité juridique distincte des éléments qui le composent ». LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUES, édition DALLOZ.

d'une activité purement<sup>42</sup> artisanale. La distinction entre ces deux catégories, voire entre fonds de commerce et fonds artisanal importe peu dans la mesure où l'un et l'autre rentrent dans le champ d'application de l'ordonnance n°60-050 du 22 juin 1960<sup>43</sup>. En revanche, il est indispensable de connaître les éléments permettant d'identifier le fonds.

### ***1.b- Preuve de l'existence du fonds.***

Cette question de la preuve de l'existence du fonds a fait naître divers critères proposés par la doctrine<sup>44</sup>, faute de disposition légale. Si certains auteurs retiennent l'existence d'une clientèle comme critère, d'autres se basent juste sur l'existence d'un achalandage...

Partant de la définition selon laquelle le fonds est l'ensemble des éléments mobiliers et retenir la réunion de ces éléments crée aussi une difficulté. Cette difficulté repose sur la question de savoir comment affirmer que tous les éléments sont réunis et est-ce que tous les éléments sont essentiels. La loi malgache n°2003-038 du 3 septembre 2004 sur le fonds de commerce ne prévoit pas non plus des conditions pour identifier la création définitive du fonds. Elle n'a fait qu'énumérer les éléments constitutifs tout en précisant la clientèle comme un élément obligatoire par rapport aux autres. Cette précision confirme le caractère essentiel de la clientèle et amène à dire que le fonds ne peut exister définitivement sans clientèle. Autrement dit, la clientèle constitue un critère d'identification du fonds. Toutefois, une clientèle ne saurait exister tant qu'il n'y a pas exploitation du fonds ou de ses éléments constitutifs.

### **1<sup>er</sup> critère : l'existence d'une exploitation du fonds.**

La nécessité d'exploiter le fonds part de ce que le seul fait d'être propriétaire d'un fonds ne suffit pas à conférer la qualité de commerçant ou d'artisan<sup>45</sup>. A la qualité de commerçant ou d'artisan, donc de professionnel, celui qui exploite le fonds. L'exploitation du fonds serait ainsi assimilée à sa mise en valeur.

---

<sup>42</sup> A la différence du commerce, l'activité purement artisanale a le caractère civil et échappe à la compétence du tribunal du commerce. Toutefois, du moment que l'artisan spéculé sur son production, ses œuvres, il devient artisan-commerçant soumis au régime général des commerçants.

<sup>43</sup> Article 1 alinéa 1 : La présente ordonnance est applicable, « aux baux d'immeubles bâtis ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne à un commerçant, à un industriel, ou à un artisan accomplissant ou non des actes de commerce ».

<sup>44</sup> Jurisclasseur Commercial – Annexes. Voir Fonds de commerce Fascicule B<sup>2</sup>.

<sup>45</sup> C'est ainsi qu'en cas de location –gérance d'un fonds de commerce, le propriétaire loueur du fonds perd la qualité de commerçant.

Quant à l'identification de l'exploitation, la doctrine distingue<sup>46</sup> selon que le fonds s'exploite dans un local déterminé ou non :

- Dans le premier cas, c'est-à-dire quand l'exploitation nécessite un local ou un immeuble déterminé ; on peut apprécier le début ou l'existence d'une exploitation au moment de l'installation matérielle du fonds. Mais, outre ce critère de l'installation matérielle, on peut aussi se référer aux documents comptables de l'entreprise qui enregistrent toutes les opérations effectuées par elle et justifie l'existence d'une exploitation réelle..
- Dans le second cas, c'est-à-dire, dans le cas où le fonds ne s'exploite pas dans un local déterminé, la doctrine estime que l'exploitation se prouve par la formation d'une clientèle. La clientèle est le second critère et qui confirme l'existence d'une exploitation.

Il faut toutefois reconnaître que ces deux conditions sont complémentaires dans la mesure où cette installation matérielle serait dépourvue de valeur économique et juridique si elle ne permet pas d'attirer une clientèle ou un achalandage.

### **2<sup>e</sup> critère : l'existence d'une clientèle**

La clientèle a une double acceptations. D'abord, elle désigne les personnes qui sont en relations d'affaires avec le commerçant. Généralement, cette catégorie de clientèle est attirée par l'exploitation ou l'activité du professionnel. Mais, la clientèle désigne aussi les personnes ou clients attirée juste par la proximité de l'entreprise ou achalandage<sup>47</sup>. La clientèle réunit ces deux qualités. Elle est liée au fonds et à tous les éléments qui le composent. C'est ainsi que la jurisprudence, la doctrine et la législation sont unanimes pour dire que la clientèle constitue l'élément essentiel du fonds et qu'il ne peut y avoir de fonds sans clientèle. La législation malgache (loi n°2003-038 sur le fonds de commerce) affirme ce caractère essentiel de la clientèle dans son exposé des motifs en disant que « la clientèle est l'essence du fonds de commerce », et le confirme en se prononçant sur le caractère obligatoire de l'élément clientèle<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Jurisclasseur commercial- Annexes . voir : Fonds de commerce. Fascicule B2. 1973

<sup>47</sup> C'est la partie de la clientèle attirée par la proximité et l'emplacement du locataire.

<sup>48</sup> Article 1 alinéa 3 de la loi n°2003-028 : « Le fonds comprend obligatoirement la clientèle et en l'absence de disposition conventionnelle contraire, l'enseigne, ou le nom commercial, le droit au bail et les licences d'exploitation. Ces éléments sont désignés sous le nom de fonds commercial

Toutefois, une nuance est à faire car en se fondant sur la définition du fonds précédemment donnée, la clientèle est une finalité du fonds et cela est confirmé par l'article 1 alinéa 1 de la loi n°2003-028<sup>49</sup>. La nuance existe donc dans l'interprétation de la volonté du législateur qui semble être contradictoire. Est-ce que la clientèle constitue-t-elle un élément du fonds ou bien une finalité ? En effet, en la considérant comme un élément « essentiel du fonds », il faut en déduire que le fonds n'existe en réalité que si une clientèle est identifiée. En revanche, si la clientèle constitue un but du fonds de commerce, cela suppose que le fonds existe préalablement mais qu'il serait seulement dépourvu d'une valeur économique s'il ne permet pas d'attirer une clientèle. Une troisième solution serait de considérer les deux conditions comme cumulatives, c'est-à-dire que la clientèle est à la fois un élément essentiel et une finalité du fonds. Dans ce cas, la solution possible serait que le fonds existe du moment que certains éléments sont réunis mais que cette existence n'est définitive qu'au moment de la formation de la clientèle. Il faut enfin souligner que l'existence d'une clientèle reflète une bonne exploitation du fonds. La jurisprudence française a même jugé que « le nombre de client est indifférent ; un commerçant n'ayant qu'un seul client a une clientèle »<sup>50</sup>.

Il faut en conclure que ces deux éléments, voire l'exploitation du fonds et l'existence d'une clientèle rattachée à cette exploitation constituent les deux conditions majeures mais non limitatives pour identifier le fonds. En revanche, la seule existence du fonds ne permet pas d'être locataire, il faudrait encore que ce fonds soit la propriété et l'objet de l'exploitation du professionnel. Autrement dit, il faut que les qualités de propriétaire et de l'exploitant du fonds se confondent dans la même personne du professionnel.

---

<sup>49</sup> « Le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle »

<sup>50</sup> Cass Commercial 10/06/86. Bull Civ IV n°121, p.102

## **2– La double condition de la propriété et de l’exploitation du fonds**

Le législateur semble imposer comme conditions cumulatives et sine qua non la propriété d’un fonds et son exploitation par un commerçant, un industriel ou un artisan, dans les lieux loués et surtout la confusion de ces deux conditions dans la même personne pour pouvoir être considérée comme locataire d’un bail commercial<sup>51</sup> Le principe est donc cette confusion qui peut se traduire par l’exploitation directe du fonds par le propriétaire. Toutefois, il existe des cas où cette propriété et cette exploitation sont détenues par deux personnes différentes. L’analyse retient l’idée que l’exploitation s’effectue dans un lieu occupé en vertu d’un contrat de bail commercial.

### ***2.a-Le principe de l’exploitation directe par le propriétaire***

C’est le premier mode d’exploitation du fonds prévu par l’article 2 alinéa 1 de la loi n°2003-038 sur le fonds de commerce<sup>52</sup> Le propriétaire du fonds peut assurer cette exploitation directe, soit personnellement, soit par l’intermédiaire d’un préposé.

L’exploitation est personnelle quand c’est le propriétaire même du fonds qui agit et fait tout acte nécessaire pour une bonne exploitation. Donc, il agit personnellement en son nom et pour son compte. Dans ce cas, il sera locataire du bail commercial contracté par lui pour assurer son exploitation.

Lorsque le propriétaire assure son exploitation par l’intermédiaire d’un préposé, ce dernier va agir en représentation de celui-ci, au titre soit d’un mandataire, soit d’un salarié. Dans l’un ou l’autre de ces cas, ni la qualité d’exploitant, ni la qualité de propriétaire du fonds n’est transmise à la personne du mandataire ou du salarié. Seul et reste le véritable propriétaire exploitant le fonds, le propriétaire représenté. A cet effet, seul et demeure responsable des actes passés par le préposé, pour la nécessité de l’exploitation, y compris le contrat de bail commercial, le commettant au nom et pour le compte de qui il agit.

Il faut en déduire que dans le cas d’une exploitation directe par le propriétaire du fonds, quelle que soit la façon ou le mode d’exploitation utilisé, que ce soit personnel ou

---

<sup>51</sup> Voir article 1 alinéa 1 de l’ordonnance n°60-050 précité

<sup>52</sup> « Le fonds de commerce peut être exploité directement ou dans le cadre d’un contrat de location-gérance »

par l'intermédiaire du préposé, la qualité de locataire du bail s'identifie dans la personne du propriétaire du fonds qui peut justifier du titre et de la qualité d'exploitant.

### ***2.b-Exception : séparation de la propriété et de l'exploitation du fonds***

Cette question de séparation de la propriété et de l'exploitation est évoquée car elle engendre le problème de l'identification du locataire, une difficulté que le législateur a omise de prévoir. En effet, le plus souvent, le locataire du bail commercial est propriétaire du fonds qu'il exploite, mais il arrive des cas où cette propriété et cette exploitation sont dissociées dans deux personnes différentes. De telle situation constitue un cas d'exception au principe de la confusion de ces deux titres dans une seule et même personne. Il est essentiel de savoir lequel de l'exploitant et du propriétaire sera le locataire du bail commercial. Avant d'en donner une solution possible, il convient de voir quels sont ces cas d'exception.

#### *i) Les cas d'exception*

Dans la pratique, plusieurs situations peuvent démontrer cette dissociation de la propriété et de l'exploitation d'un fonds. Seulement, il ne s'agit pas de les étudier tous, mais l'on se limitera à présenter trois cas qui illustrent le problème et permettent de le démontrer et de le situer. Ces cas sont de sources légales et conventionnelles. Il s'agit de la location gérance du fonds ; du cas de l'emprunt du fonds et enfin le cas du fonds de commerce dans le régime matrimonial.

#### **Le cas de la location gérance du fonds**

La location gérance est l'autre mode d'exploitation du fonds de commerce selon l'article 2 alinéa 1 de la loi n°2003-038 précité et au sens duquel c'est une exploitation indirecte. La location gérance constitue une exception à la double condition posée par l'ordonnance 60-050 du 22 juin 1960 selon laquelle le locataire commercial serait en même temps propriétaire du fonds et exploitant dudit fonds. En effet, elle est définie par l'alinéa 3 du même article comme une convention par laquelle la personne physique ou morale, propriétaire du fonds de commerce, en concède la location à un gérant, personne physique ou morale qui l'exploite à ses risques et périls. Le locataire gérant, précise le même article, a la qualité de commerçant et il est soumis à toutes les obligations qui en découlent. Il en résulte que dans un contrat de location gérance, le fonds reste la propriété du loueur mais c'est l'exploitation qui est transmise au locataire gérant. Autrement dit,

la loi laisse entendre que le propriétaire a cessé l'exploitation au profit du locataire gérant et qu'en conséquence, il perd la qualité de commerçant<sup>53</sup>.

#### L'usufruit du fonds

C'est d'un côté le cas de l'usufruit du conjoint survivant par le bénéfice de l'attribution préférentielle en cas de décès de l'époux commerçant. Dans ce cas, le conjoint survivant est l'usufruitier qui va poursuivre l'exploitation du fonds tandis que la nue-propriété appartient aux héritiers du défunt.

D'un autre côté, c'est le cas du droit de jouissance des parents sur le bien de leurs enfants mineurs et notamment sur un fonds de commerce d'un mineur. Les parents vont ainsi exploiter le fonds à la place du mineur qui en est le nu-propriétaire.

Dans l'un ou l'autre de ces cas, l'usufruitier est le véritable exploitant du fonds. Ce qui le distingue de la location gérance c'est que dans la location gérance, le loueur a dû être, avant le contrat même, commerçant c'est-à-dire avoir exploité le fonds alors que dans le cas d'un usufruit, le nu-propriétaire aurait pu ne jamais être commerçant.

#### Le fonds de commerce dans le régime matrimonial

Le fonds de commerce d'un commerçant marié est un bien comme tout autre, soumis au régime matrimonial choisi par les époux. Il ne s'agit pas de faire un exposé analytique du sort du fonds de commerce dans chaque type de régime mais il importe uniquement de situer le problème de la dissociation de l'exploitation et de la propriété du fonds.

Dans un régime séparatiste, le fonds sera exploité par l'époux propriétaire en respectant le principe du régime. Dans le régime communautaire en revanche, il y a lieu de distinguer si le fonds est un bien commun, un bien réservé ou un bien personnel. Dans les deux premiers cas, par application de l'article 22 de la loi n°67-030 du 18 décembre 1967 sur les régimes matrimoniaux ; c'est le mari qui administre les biens de la communauté<sup>54</sup>. Dans le second cas, les biens personnels sont administrés personnellement par leur propriétaire. Ces déductions sont la résultante logique du fondement de chacun de ces deux régimes.

---

<sup>53</sup> Il faut en effet souligner que la qualité ou le statut de commerçant est lié à l'exercice d'acte de commerce à titre de profession habituelle. Le commerçant qui a cessé cet exercice voit son titre tombé en caducité.

<sup>54</sup> Constituent des biens communs : - les gains et salaires des époux les derniers communs, les biens acquis avec les gains et salaires et les deniers communs, y compris les biens réservés de la femme soumis à une gestion particulière » article 21 de la loi n°67-030 du 18 décembre 1967 sur les régimes matrimoniaux



Toutefois, en dehors de cette logique légale, les époux peuvent ; dans l'un ou l'autre de ces deux régimes et dans l'un quelconque de ces cas ; prévoir une clause qui confère à l'époux non-proprétaire, l'exploitation du fonds. A partir de là intervient la dissociation de l'exploitation et de la propriété.

Dans ces trois hypothèses qui ne sont pas illusoires, voire dans le cas de location gérance ou d'usufruit du fonds ou convention des époux, la question initialement posée et à laquelle il faudrait donner une réponse c'est qui sera locataire du bail commercial nécessaire à l'exploitation. Serait-ce le propriétaire du fonds ou bien celui qui en assure l'exploitation.

#### *ii) Identification du locataire du bail*

Le droit positif malgache, aussi bien au niveau des textes juridiques qu'au niveau de la jurisprudence, n'a prévu des solutions précises et claires en ces matières. Toutefois, cela n'exclut pas la recherche de solutions positives et elles devraient être tirées de l'interprétation des textes existant. En outre ces solutions devraient être proposées en considérant chacune de ces hypothèses.

#### Solution en cas de location gérance

Le bail commercial et la location gérance sont deux contrats ayant des objets différents. Le bail commercial a pour principal objet, le lieu nécessaire à l'exploitation du fonds. Il lie le propriétaire et le locataire de ce lieu. La location gérance, en revanche lie le locataire gérant avec le propriétaire du fonds et a pour objet principal le fonds. La jurisprudence confirme cette distinction nette et en déduit même que le statut des baux commerciaux ne s'applique pas au contrat de location gérance<sup>55</sup>. En écartant le bénéfice du statut sans vouloir le négliger, on peut envisager deux hypothèses :

La première hypothèse vise le cas où le locataire gérant continue l'exploitation du fonds dans un local appartenant au propriétaire dudit fonds. Par conséquent, ce dernier devrait octroyer un bail commercial au locataire gérant qui sera dans ce cas et en même temps locataire du bail. En outre, le droit au bail constitue un élément essentiel du fonds dans la mesure où il peut constituer la valeur du fonds<sup>56</sup>. La localisation de l'exploitation

---

<sup>55</sup> TPI – Fianarantsoa, ordonnance de référé n°108 du 14/05/97, « La mise en location gérance d'un fonds est à distinguer du bail commercial qui ne concerne pas le local d'exploitation du fonds, le statut des baux commerciaux ne s'appliquant pas à la location gérance »

<sup>56</sup> BERTONE A : « Cours de droit commercial : fonds de commerce et opération sur le fonds de commerce » édition CMPL p19.

permet la localisation de la clientèle qui est à la fois un élément du fonds et un objectif de l'exploitation du fonds.

La deuxième hypothèse vise le cas où l'exploitation préalable par le loueur du fonds a été effectuée dans un local ou un immeuble loué en vertu d'un bail commercial. Faute de jurisprudence et de réglementation en la matière, il est difficile de se prononcer sur la qualité de celui qui est locataire commercial.

En revanche, relativement au bénéfice du statut des baux commerciaux, la solution de principe en droit français, est que c'est le propriétaire, bailleur du fonds qui est locataire du bail commercial et ce, sans avoir à justifier d'une immatriculation aux registres du commerce ou des métiers. La solution en droit malgache est un peu équivoque. En effet, il admet que le propriétaire en cas de gérance libre peut se prévaloir de la simple jouissance mais une difficulté réside dans la signification à donner aux termes : « simple jouissance » et à ses complications. Il est ainsi difficile de se prononcer sur celui qui devrait être considéré comme locataire commercial. La question du bénéfice du renouvellement explicitera la question en matière de location gérance.

#### Solution en cas d'usufruit du fonds

Comme le locataire gérant, en matière d'usufruit, l'usufruitier exploitant a la qualité de commerçant ou d'artisan en vertu de l'exploitation. Mais, à la différence du contrat de location gérance, l'usufruitier n'est tenu d'aucune obligation envers le nu-propiétaire, outre celle de conserver la substance du bien donné en usufruit<sup>57</sup>. L'usufruitier, qu'il s'agisse du conjoint survivant ou des parents du mineur, exerce sur le fonds une partie de la propriété du nu-propiétaire, mais en son nom et pour son compte. Ainsi, il faudrait considérer que pour assurer son droit de jouissance, matérialisé par l'exploitation du fonds, l'usufruitier pourra conclure un bail pour assurer l'exploitation. Par ailleurs, le bail selon la doctrine est un acte d'administration ordinaire pouvant être pris par tout administrateur de patrimoine d'autrui<sup>58</sup>. Seulement, l'usufruitier n'administre pas le fonds pour le nu-propiétaire mais pour son compte. Ainsi, si le bail est nécessaire pour l'administration ; l'usufruitier pourrait en conclure en qualité de locataire. A la fin de l'usufruit, il sera toutefois tenu de restituer le fonds au nu-propiétaire avec les éléments essentiels constituant la valeur du fonds y compris le droit au bail.

---

<sup>57</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent : « Les contrats spéciaux » 10<sup>e</sup> édition CUJAS 1997, p.355 n°622

---

<sup>58</sup> Philippe Malaurie et Laurent AYNES : « Les contrats spéciaux » 10<sup>e</sup> édition CUJAS 1997, p.363 n°643

### Solution en cas de clause d'attribution de gestion dans le régime matrimonial

L'idée retenue est que les époux conviennent ensemble de confier l'administration, voire l'exploitation du fonds à l'un d'eux. Cette possibilité est surtout valable dans le cas de séparation des biens où l'époux propriétaire du fonds en concède l'exploitation à son conjoint. La possibilité est aussi valable pour le cas où dans le régime de communauté, le fonds constituerait un bien propre ou un bien réservé. Dans ce cas, il y a lieu d'appliquer les règles de la représentation générale<sup>59</sup> qui permet au conjoint exploitant d'effectuer tous actes nécessaires à l'exploitation, y compris le fait de contracter un bail commercial. Le fait de prendre à bail étant un acte d'administration ainsi qu'il est dit auparavant. A la différence de l'usufruitier qui agit pour son compte et en son nom, de même que le locataire. Ceci reflète l'image de l'exploitation directe par l'intermédiaire d'un préposé. En droit français à titre comparatif, c'est la règle du contrat de mandat qui s'applique c'est-à-dire que l'époux exploitant n'est qu'un mandataire de son conjoint qui reste par conséquent le véritable locataire du bail.

Dans le cas où le fonds de commerce constituerait un bien commun, l'administration et donc l'exploitation revient au mari mais ce, en représentation de la communauté qui est locataire.

## **B- LES LOCATAIRES NON LIES A L'EXPLOITATION D'UN FONDS**

L'ordonnance n°60-050 du 22 juin 1960 a l'avantage d'étendre son champ d'application et de procurer les avantages qu'elle recouvre à des collectivités publiques, à l'Etat malgache « et même à l'Etat français, aux communes »<sup>60</sup> ; aux dirigeants d'établissement d'enseignement suivant les termes des alinéas 5, 7, 8, 9 de l'article 1. Mais, le propre du droit malgache est son extension aux personnes qui exercent dans les lieux des professions libérales, qualifiées généralement de professionnels libéraux. Avant de ressortir le fondement de cette extension légale, il importe de donner la notion de professionnel libéral au sens du droit malgache.

---

<sup>59</sup> « Le pouvoir général confère le droit de faire des actes conservatoires et des actes d'administration mais non des actes de disposition » article 140 alinéa 2 de la TGO

<sup>60</sup> Il faut reconnaître que l'ordonnance 60-050 a besoin d'une réforme.

## 1- Notion de professionnel libéral au sens du droit malgache

La nécessité d'étudier la notion de professionnel libéral tient au fait qu'en comparant la législation française et la législation malgache, la différence au niveau des régimes de protection révèle une différence de conception. On note une conception restrictive en droit français mais une définition large du droit malgache.

### *1.a- Conception restrictive du droit français*

Dans le droit français, les activités des professionnels libéraux et précisément les baux immobiliers contractés par eux pour l'exercice de leur profession sont soumis à une législation particulière intitulée : « Baux d'habitation ou à usage professionnel »<sup>61</sup>. Il existe ainsi une réglementation indépendante des baux professionnels et des baux commerciaux, contrairement au droit malgache. Cette séparation au niveau de la réglementation témoigne une opposition entre la qualité de professionnel libéral et la qualité de commerçant ou d'artisan. Cette opposition repose d'un côté sur la nature des activités de chacun d'eux et d'un autre côté, sur la distinction entre clientèle civile et commerciale.

#### *i) La nature des activités de chacune de ces qualités*

L'activité ou profession des professionnels libéraux est de nature civile. En fait, la profession libérale traduit en effet tout ce qui n'est ni commercial ni artisanal<sup>62</sup>. La nature civile des professions libérales s'explique par le fait que ce sont des services intellectuels offerts « sans aucun but lucratif » et rémunérés par des honoraires. L'absence de l'idée de spéculation l'oppose surtout à la profession commerciale qui est le critère principal de toute activité commerciale. En effet, le commerçant professionnel puise l'essentiel de ses ressources, des bénéfices résultant de son commerce.

#### *ii) La distinction entre clientèle civile et clientèle commerciale*

Une des raisons principales de la distinction du commerçant et de la profession libérale, ainsi qu'une des raisons de l'absence de protection préalable est cette distinction entre la clientèle civile et clientèle commerciale. En fait, la clientèle civile de la

---

<sup>61</sup> Loi française n°48.1360 du 01/09/48.

<sup>62</sup> Philippe MALAURIE/ Laurent AYNES : « CONTRATS SPECIAUX » 10<sup>e</sup> édition CUJAS 1997 p.346- n°604.

profession est attirée plutôt par l'aptitude professionnelle et intellectuelle du professionnel que par le lieu d'exercice de sa profession. La clientèle commerciale, en revanche est attirée tant par les éléments matériels servant à l'exploitation du commerçant plutôt qu'à la personne même du commerçant. C'est la raison pour laquelle, la clientèle commerciale est considérée, tant par la loi que par la doctrine comme le support matériel de l'activité commerciale. L'élément majeur de la distinction est ainsi et selon la majorité de la doctrine, la confiance que la clientèle civile<sup>63</sup> accorde au professionnel et qui explique le lien étroit qui les attache. Par ailleurs, l'absence de lien entre la clientèle civile et le lieu d'exercice du professionnel fait que la profession libérale est, pour certains auteurs, exclusive d'achalandage<sup>64</sup>.

Ne serait-ce que sur la base de ces deux critères, l'exclusion des baux professionnels du régime des baux commerciaux, dans le droit français s'explique. L'interprétation de la volonté du législateur malgache, à cet effet, s'avère ainsi nécessaire.

### **1.b- Les professionnels libéraux et la profession libérale en droit malgache**

A la lecture des textes que sont l'ordonnance n°60-050 portant statut des baux commerciaux et l'ordonnance n°62-100 du 1<sup>er</sup> octobre 1962 portant réglementation des baux et loyers des locaux d'habitation, on peut déduire que la profession libérale constitue une catégorie finie d'activités libérales. Ceci tient à la distinction faite par le statut des baux commerciaux, entre profession libérale et établissement d'enseignement d'une part et d'autre part, à l'existence d'autres activités libérales non soumises au statut des baux commerciaux mais régis par l'ordonnance sur les baux d'habitation.

#### *i) La distinction faite entre profession libérale proprement dite et enseignement*

Elle se situe au niveau du champ d'application du statut des baux commerciaux. L'enseignement est une activité libérale. C'est ainsi que la Cour de cassation française a jugé dans un arrêt de la chambre commerciale du 03 juin 1986 que l'activité d'auto-école était une activité libérale au motif que l'enseignement est en soi une activité libérale.

---

<sup>63</sup> Pierre LECLERQ : « Les clientèles attachées à la personne » LGDI 1965 p.16 n°15-16.

<sup>64</sup> Pierre LECLERQ : « Les clientèles attachées à la personne » LGDJ 1965 p24 n°25 et suivants.

La distinction faite par le statut des baux commerciaux entre profession libérale et enseignement, réside dans l'objet du bail. En effet, le bail des professionnels libéraux porte soit sur un immeuble soit sur un local, alors que celui des établissements peut porter, outre l'immeuble ou le local, sur des terrains nus, mais sous la condition d'y exercer la profession libérale ou l'enseignement.

Il faut en déduire que la profession libérale et l'enseignement constituent une catégorie d'activités libérales soumises au statut des baux commerciaux. Il existe d'autres catégories qui rentrent dans le champ d'application de la législation sur le bail d'habitation.

*ii) L'existence d'autres activités libérales soumis au statut des baux d'habitation*

En effet, l'alinéa 2 de l'article 1 de l'ordonnance n°62-100 du 1<sup>er</sup> octobre 1962 relative au bail d'habitation soumet à cette ordonnance « le bail des locaux à usage professionnel sans caractère commercial et industriel... dans la mesure où lesdits locaux ne sont pas compris dans l'énumération portée à l'article 1 de l'ordonnance n°60-050 du 22 juin 1960 relative aux baux commerciaux ». Ceci confirme de plus en plus le caractère de « catégorie finie d'activité libérale de la profession libérale et de l'enseignement » qui ne sont ni commerciales ni industrielles.

La difficulté réside dans l'identification des professions libérales, donc des professionnels libéraux. En effet, aucune des deux législations n'a procédé à une énumération. Le seul critère d'identification c'est le statut applicable qui est toutefois fonction de l'activité exercée. Il y a ainsi une carence de la législation, qui ne pourrait être comblée que par la jurisprudence ; une lacune qui ne permet pas d'expliquer le fondement de l'extension de l'application du statut des baux commerciaux à la profession libérale.

## **2- Fondement de cette extension légale**

Le professionnel, en s'exerçant, se constitue une clientèle qui est de nature civile. En partant du fondement du statut des baux commerciaux, le professionnel mérite d'être protégé contre le risque de perte de cette clientèle.

### ***2.a- La constitution d'une clientèle civile***

Les professionnels libéraux exercent des activités de prestations de services à caractère intellectuel et dont les destinataires en sont le public. La partie du public qui entre en relation d'affaires avec le professionnel, de manière habituelle et durable constitue la clientèle de celui-ci. La clientèle du professionnel est liée avec celui-ci par les garanties de compétence et d'honorabilité qu'il détient. Par ailleurs, le professionnel peut conserver sa clientèle par la renommée qu'il détient. Ceci laisse présumer que l'extension a pour fondement de protéger le professionnel contre le risque de perte de clientèle.

### **2.b- La protection du professionnel**

La question qui doit être posée est de savoir pourquoi protéger le professionnel et contre qui ?

Il est fort ressenti que la protection a pour finalité d'éviter la perte massive de clientèle. En effet, le professionnel, comme le commerçant ou l'industriel, puise l'essentiel de ses ressources dans les honoraires obtenus des clients. En outre, la clientèle est l'élément essentiel qui permet de mesurer la renommée du professionnel. Toutefois, ainsi qu'il est soulevé, grâce au critère d'intuitu-personae des relations d'affaires entre la clientèle et le professionnel, l'on conclut que celle-ci ne peut être cédée. Or, la première raison du statut des baux commerciaux, c'est la protection du locataire contre la perte de clientèle, perte pouvant résulter du refus de renouvellement, qui peut compromettre l'activité du professionnel locataire. Ainsi, la soumission des professionnels libéraux au statut des baux commerciaux constitue une manière de les protéger contre cette perte de clientèle, à côté par exemple de l'action en concurrence déloyale. Par ailleurs, cette soumission exclut la distinction entre clientèle civile et clientèle commerciale en droit malgache, ainsi que le caractère incessible de la clientèle du professionnel libéral. Il faut souligner qu'au niveau de la doctrine, l'on commence à admettre la cessibilité de la clientèle civile par le biais de la présentation de la clientèle au prédécesseur. Enfin, il faut apporter la dernière remarque que cette soumission laisse supposer l'importance que présente le lieu d'exercice du professionnel quant à l'attraction de la clientèle.



## Section II : LE CONSENTEMENT DES PARTIES

Le consentement est l'autre condition fondamentale de formation de tout contrat au point que le contrat ne peut exister qu'avec la rencontre des volontés des parties<sup>65</sup>.

Toutefois, selon le type de contrat, la seule existence du consentement peut ne pas être suffisante ni effective pour former le contrat. En effet, il existe des contrats qui ne sont formés qu'avec l'accomplissement de formalité particulière (contrat solennel) ou avec la remise d'une chose (contrat réel). Le bail ne relève d'aucune de ces deux catégories. C'est un contrat consensuel<sup>66</sup> dont la règle de formation obéit au principe du consensualisme<sup>67</sup>. Il est formé du moment que les parties se sont mises d'accord sur les éléments essentiels du contrat.

Le caractère fondamental du consentement s'explique par le fait que c'est cette volonté commune qui va déterminer l'objet du contrat, les droits et obligations respectifs des parties ainsi que les conditions d'exécution du contrat, voire toutes les règles qui vont régir leurs rapports d'obligation avant, pendant, et après le bail. Au surplus, cet élément conditionne même l'existence et la qualification du bail. Ainsi, il y a lieu de voir les conditions d'existence du consentement (paragraphe I) et la preuve de cette existence (paragraphe II).

### Paragraphe I : CONDITIONS D'EXISTENCE DU CONSENTEMENT

Afin qu'un contrat puisse se former légalement et produire ses effets tel que la loi l'exige<sup>68</sup>, il faut qu'il soit le fruit de la volonté réciproque ou unanime des parties qu'il lie. La formation du contrat suppose donc la formation du consentement qui, en droit français, est la condition première avant la capacité des parties, l'objet et la cause du contrat<sup>69</sup>. Par ailleurs, le consentement qui se forme doit être exempt de vices qui le rendent irrégulier.

---

<sup>65</sup> Article 67 LTGO : « Le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties »

<sup>66</sup> Contrat qui se forme par le seul échange de consentement des parties.

<sup>67</sup> Le bail commercial est un contrat obéissant à la théorie générale des contrats prévue dans la LTGO dont la règle du consensualisme

<sup>68</sup> Article 123 LTGO qui est l'équivalent de l'article 1134 du code civil prévoit que le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi.

<sup>69</sup> Article 1108 code civil : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter ; un objet certain et une cause licite dans l'obligation ».

## A- FORMATION DU CONSENTEMENT

La formation du contrat suppose la formation du consentement car le contrat est défini comme l'accord de deux ou plusieurs volontés. Le bail commercial, en tant que contrat, ne peut exister que si le bailleur et le locataire se mettent d'accord pour le conclure. Il s'agit alors d'identifier le moment de cette rencontre des volontés qui en principe est déterminé par l'application du principe du consensualisme, un principe qui connaît des limites.

### 1-Application du principe du consensualisme

Ce principe signifie de manière générale que le seul échange de consentement suffit à former le contrat et à lui donner force obligatoire. C'est le principe posé par la LTGO qui constitue le droit commun des contrats et des obligations. Ce principe exclut l'accomplissement de forme ou de formalité particulière. Le régime du consentement, et, de manière générale, de la formation du bail commercial obéit à ce régime du droit commun bien que le bail commercial soit un bail spécifique. Cela transparaît dans la détermination même des matières d'application de l'ordonnance 60-050<sup>70</sup>.

Ce principe, en effet, a l'avantage de faciliter et d'accélérer la conclusion du contrat en excluant l'accomplissement de forme ou de formalité particulière et surtout la rédaction d'un écrit qui n'est, en principe, requis qu'à titre de preuve. En vertu de ce principe donc, le consentement existe à partir de la rencontre des volontés des parties qui serait aussi le moment de formation du contrat. Quant à la recherche du moment de cette rencontre de volontés, la loi pose le moment de l'acceptation de l'offre de contracter<sup>71</sup>. L'étude des conditions de l'offre et de l'acceptation relève de la théorie générale des obligations. Transposées à l'étude du bail commercial, ces conditions amènent à conclure que par application de cette règle du consensualisme, le bail commercial se forme au moment de la formation du consentement c'est-à-dire au moment de la rencontre des volontés des parties.

Ce principe n'est pas toutefois sans inconvénient dans la mesure où le problème relatif à l'identification du consentement des parties et à son interprétation ne survient et

---

<sup>70</sup> L'ordonnance ne régit que les rapports des parties en ce qui concerne le renouvellement et le prix du bail. Cela confirme la soumission de la formation du bail aux règles communes à tous contrats.

<sup>71</sup> Article 81 LTGO « le contrat se forme par la rencontre des volontés des contractants se manifestant par l'acceptation de l'offre de contracter ».

ne s'annonce que plus tard après la négociation faite par elles. Ceci peut être la source de litiges sur l'exécution et l'existence même du contrat, ainsi que sur les conventions ultérieures adjointes au contrat de base. En somme, il peut être source d'insécurité juridique pour les parties. Le régime du contrat en général et le bail commercial pose une limite à ce principe du consensualisme.

## **2- Limite au principe du consensualisme**

Le principe exclut généralement l'exigence de formalité ou de forme particulière pour former le contrat, notamment la rédaction d'un écrit. En conséquence, le bail peut être conclu verbalement ou par écrit selon la volonté des parties. Les parties peuvent ainsi convenir de conditionner la formation de leur contrat à la rédaction d'un écrit ; c'est une exception conventionnelle de droit commun. Mais, spécifiquement au contrat de bail commercial, l'ordonnance 60.050 exige dans trois cas la rédaction écrite du consentement du bailleur. On assiste ainsi, à côté de l'exception conventionnelle, à une exception légale.

### ***2.a- Exception conventionnelle de droit commun***

C'est l'hypothèse où les parties conviennent de subordonner la formation de leur contrat à la rédaction d'un écrit et cette hypothèse est valable dans tout contrat consensuel, c'est pour cette raison que l'exception conventionnelle est dite de droit commun.

Il y a donc une liberté reconnue aux parties qui n'est que l'application de la liberté contractuelle qui, à côté du consensualisme, n'est que le corollaire du principe de l'autonomie de la volonté, principe considéré comme l'âme du droit commun des contrats<sup>72</sup>. En effet, l'autonomie de volonté signifie que c'est la volonté qui détermine librement ce à quoi les parties s'engagent. Par conséquent elles doivent être libres de décider de leurs engagements respectifs et des conditions de cet engagement. On leur reconnaît cette liberté pour la raison que le résultat de cette liberté pourrait créer pour eux un ordre juridique nouveau et produira effets de manière obligatoire à leur égard et à l'égard des tiers intéressés à leur contrat. Aussi, avant de conclure le contrat définitif, les parties peuvent convenir de conditionner la formation de leur contrat à la rédaction de bail écrit, instituant ce faisant une phase pré-contractuelle dans la formation du contrat.

---

<sup>72</sup> Eric SAVAUX : « LA THEORIE GENERALE DU CONTRAT, MYTHE OU REALITE » LGDJ 1997 p.168 et 169.

Le cas qui illustre cette possibilité est la promesse de bail. La promesse de bail est un avant contrat mais un contrat préparatoire du contrat définitif et dans laquelle les parties fixent les conditions et les éléments essentiels pour la formation et l'exécution du contrat définitif. Dans tel contrat, certes il y a volonté unanime des parties mais qui porte sur la promesse de bail et non sur l'existence du bail. En droit français, la jurisprudence assimile la promesse synallagmatique de bail à un bail ; une solution qui est retenue jusqu'à présent<sup>73</sup>. Cela suppose que du moment que les parties concluent une promesse synallagmatique de bail, elles consentent déjà à l'existence du bail proprement dit et le contrat de bail est présumé former. Le droit français fait ainsi une analogie de la promesse de bail avec la promesse de vente. Pour ce faire, il faut que les conditions prévues dans le contrat préparatoire aient été remplies.

Le juge malgache exclut toutefois cette analogie de la promesse de bail à un bail. Il renvoie à des éléments matériels ; soit le contenu de la clause de la promesse de bail, soit le commencement d'exécution, l'interprétation de la volonté des parties<sup>74</sup>. Dans le cas d'espèce, la promesse de bail contenait une clause qui prévoyait que faute de passation d'un bail écrit dans le délai de un mois, les parties se retrouveraient libres de tout engagement ; autrement dit, aucun contrat ne sera formé. L'on peut identifier la volonté des parties de subordonner la formation de leur contrat et d'assortir leur consentement à la passation d'un écrit.

Enfin, il faut préciser que c'est la loi elle-même qui permet aux parties de déroger à cette règle du consensualisme. En effet, en posant cette règle comme principe de base de la formation du contrat, une règle qui ne requiert que le consentement, à l'exclusion du formalisme, la loi reconnaisse ainsi la liberté aux parties de choisir la forme qu'elles entendent donner à leur contrat. En d'autres termes, la loi leur permet aussi d'exiger comme obligatoire l'écrit pour la formation de leur contrat.

### ***2.b- Exception légale spécifique au bail commercial***

La volonté du législateur est ambiguë quant à la valeur juridique à donner à cette prescription légale mais quoiqu'il en soit, l'ordonnance 60-050 exige dans trois cas, la rédaction écrite du consentement du bailleur.

---

<sup>73</sup> Cour de cassation française du 28 janvier 1924 DH 1924.121 : « L promesse synallagmatique de bail vaut bail lorsqu'elle réunit tous les éléments essentiels à la validité du contrat.

<sup>74</sup> CS n°24 du 14 avril 1970 : « Encourt la cassation l'arrêt qui se borne à énoncer que la promesse de bail vaut bail sans rechercher si, eu égard aux circonstances qui ont entouré la signature du contrat intitulé « promesse de bail », il n'y avait pas lieu d'interpréter la volonté des parties).

### Les cas exigeant l'accord écrit du bailleur

Le premier cas concerne l'affectation spéciale de terrains nus à l'usage commercial, industriel ou artisanal où le bail doit être écrit et le consentement du propriétaire bailleur doit être donné par écrit. C'est l'interprétation qu'il faut donner à l'alinéa 2 de l'article 1 de l'ordonnance ainsi prévu : « Aux baux de terrains nus, affectés spécialement par un bail écrit à un usage commercial, industriel ou artisanal ou sur lesquels, avec le consentement écrit des propriétaires, ont été élevées ou exploitées, soit avant, soit après la conclusion du bail, des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal ». L'affectation spéciale traduit le caractère principal de l'objet du bail, ici l'exploitation des terrains nus pour un usage déterminé. Par ailleurs, par comparaison avec les autres alinéas du même article qui ne mentionnent pas la nécessité de bail écrit pour la location des locaux ou terrains nus à titre accessoire à l'exploitation, l'alinéa sus-visé doit être compris comme imposant la passation par écrit du bail de terrains nus recevant une affectation spéciale principale. En outre, le consentement écrit du propriétaire bailleur des terrains nus pris en location est exigé dans le cas où le locataire envisagerait d'édifier sur les terrains loués des constructions pour les besoins de l'exploitation.

Le second cas vise l'existence de pluralité de bailleurs, le bailleur des locaux principaux étant différent de celui des locaux accessoires. L'ordonnance exige le consentement écrit du bailleur des locaux accessoires et que ce consentement soit donné au moment de la location<sup>75</sup>. Aussi bien le droit français que le droit malgache, dans ce cas de figure, ne vise que le « bailleur accessoire » et celui des locaux principaux. Une interprétation a contrario de cette disposition implique que le consentement écrit du bailleur n'est pas nécessaire si celui-ci est à la fois propriétaire des lieux principaux et accessoires à l'exploitation.

Le troisième cas pour lequel le législateur a prescrit le consentement écrit du bailleur est le cas des régies communales c'est-à-dire en cas de location de locaux ou d'immeubles affectés à des services exploités en régie. Ce cas distingue le droit malgache du droit français. En effet, si le droit malgache prescrit le consentement écrit du bailleur, le droit français permet et reconnaît l'acceptation tacite de celui-ci.

---

<sup>75</sup> Article 1 alinéa 4 de l'ordonnance 60-050 : « Aux baux d'immeubles bâtis, de locaux ou de terrains nus accessoires à l'exploitation d'un fonds de commerce, quand ces immeubles, locaux ou terrains appartiennent à un propriétaire différent de celui de l'immeuble, du local ou du terrain où est situé l'établissement principal, mais à la condition que leur location ait été faite en vue de l'utilisation jointe à celle du fonds principal, que cette destination ait été connue du bailleur accessoire et que celui-ci ait donné son accord par écrit au moment de la location ».

Ces trois cas constituent ainsi des dérogations légales où le législateur requiert l'expression de la volonté du bailleur par écrit. Le problème est de savoir si à défaut d'écrit, le contrat ne peut exister valablement. C'est la question de la force juridique de cette prescription légale.

#### La force juridique de l'écrit

Le bail commercial est un contrat qui se forme par l'accord de volonté des parties contractantes, en l'occurrence le bailleur et le locataire. L'ordonnance 60-050 dans les cas sus-visés exige que la volonté du bailleur soit constatée par écrit. Il faut reconnaître que l'écrit est une condition de forme qui, dans un contrat consensuel, est requis comme preuve mais qui, de par la volonté du législateur peut être exigé en tant que condition de validité de l'acte. On sait que si l'écrit est requis à titre de validité, l'inobservation entraînera la nullité de la convention ; s'il n'est requis qu'à titre de preuve, le défaut d'écrit ne rend pas nul le contrat, lequel reste valable. La difficulté se situera seulement, dans ce dernier cas, au niveau de la preuve de l'acte. Dans les cas sus-visés, l'écrit est une forme prescrite par la loi or la TGO en son article 95 dispose que l'inobservation des formes prescrites par la loi n'entraîne pas la nullité de l'acte juridique (donc, ici, du bail commercial) à défaut de dispositions la prévoyant expressément, que s'il s'agit de formes substantielles. On peut toutefois observer relativement à l'ordonnance 60.050 que le législateur n'a prévu ni expressément ni tacitement la nullité du contrat à défaut d'écrit. Par ailleurs, l'écrit ne peut en aucun cas constituer un élément substantiel du contrat si l'on ne tient compte que du principe général selon lequel le bail peut être conclu verbalement ou par écrit. Il serait ainsi difficile d'admettre l'écrit comme condition de validité du bail commercial ; il serait plutôt conçu juste comme une preuve assurant ainsi une sécurité des transactions des parties contractantes.

### **B – REGULARITE DU CONSENTEMENT**

Le code civil français dans l'article 1109<sup>76</sup> prévoit que « il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». La LTGO, dans son article 69 prévoit, pour que le consentement soit régulier, il doit être donné en connaissance de cause ;

---

<sup>76</sup> Article 1109 du code civil : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. »

la présence de l'erreur et du dol altère cette saine connaissance du contrat par le contractant. En outre, le consentement doit être libre, et à cette liberté s'oppose le vice de la violence.

### 1- L'erreur

« L'erreur vicie la volonté lorsqu'elle est déterminante et porte sur un élément essentiel du contrat ou considéré comme tel par les parties »<sup>77</sup>. Ainsi, l'erreur sur la matière contractuelle viciera le consentement. Relativement au contrat de bail, l'un des contractants a ainsi pu croire conclure un bail commercial alors que l'autre a cru conclure une convention précaire<sup>78</sup>. De même, l'erreur sur l'objet du bail qui est un élément essentiel viciera aussi le consentement, le rend inexistant et annule le contrat. Toutefois, la jurisprudence envisage la possibilité d'interpréter la volonté réelle des parties afin d'éviter la nullité du contrat. Ce pouvoir d'interprétation revient au juge du fond. Ainsi, le désaccord des parties sur la nature juridique du bail appelle seulement interprétation de la volonté des parties et exclut l'erreur. Cette interprétation repose sur des éléments de pur fait et sur les supports matériels du contrat tel que les termes du contrat ou la destination des lieux loués...<sup>79</sup>. Il faudrait, par conséquent, faire la distinction entre l'erreur qui rend inexistant le consentement et qui annule à cet effet le contrat, et celle qui confirme le caractère ambigu de la volonté des parties mais qui, toutefois, est susceptible d'être éclairé et d'être régularisé par le biais de l'interprétation souveraine des juges du fond ; dans ce cas, l'erreur ne sera pas retenue comme viciant le consentement.

### 2-Le dol

Le dol constitue un vice de consentement qui peut rendre nul le contrat. Il consiste en une manœuvre frauduleuse utilisée par l'une des parties pour tromper l'autre. La simple dérogation mensongère opposée par une partie à l'autre, de même que le silence gardé par un plaideur sur l'existence de certaines pièces pouvant être favorables à son adversaire ne sont pas constitutifs de dol<sup>80</sup>. En revanche, la réticence d'une partie, c'est-à-dire le silence d'une partie dissimulant un fait au contractant qui, s'il avait été connu de

---

<sup>77</sup> Article 70 de la LTGO.

<sup>78</sup> Cassation 3<sup>e</sup> civile du 18 mars 1980 n°78-13-125 Bull civ III n°65. p.46.

<sup>79</sup> CS n°72, 24/07/73, CS n°96 22/05/90 RDJM 2001.

<sup>80</sup> CA Antananarivo 4<sup>e</sup> section n°762, 24/06/98 RDJM 2001.

lui l'aurait empêché de conclure le contrat, constitue un dol. C'est ce qu'a jugé la Cour d'appel dans un litige portant sur la formation du bail. En l'espèce, le gérant a conclu un bail commercial au nom de la société qu'il gère, un bail qui est déjà l'objet d'un bail antérieur, non encore échu, à celui contracté, le gérant ayant su l'existence de ce bail antérieur. La Cour d'appel s'est prononcée sur l'annulation du bail postérieur et reconnaît la mauvaise foi du bailleur et du gérant.<sup>81</sup>.

### 3-La violence

La volonté de l'une et de l'autre des parties doit être libre, manifestée sans aucune contrainte. Une hypothèse évoquée par la doctrine<sup>82</sup> est le cas où le bailleur se voit contraint de conclure un bail. Tel est le cas de l'attribution préférentielle du fonds de commerce ; l'héritier de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds est contraint d'octroyer un bail à l'attributaire du fonds. De même en cas de cession de fonds lorsque le cédant est propriétaire de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds, il est obligé de consentir un bail à l'acquéreur. Il faut reconnaître que le bail dans ces cas a un caractère forcé au regard du bailleur. Doit-on considérer de telle contrainte comme viciant le consentement du bailleur ? En principe, la solution serait que le propriétaire de l'immeuble n'est pas forcé de consentir un bail. D'un autre côté, la LTGO exige le caractère injuste de la violence au regard de la victime<sup>83</sup>. La question réside donc dans le fait de savoir s'il y a violence dans ces cas. L'article 1112 du code civil français considère l'existence de violence constituant un vice de consentement dans le cas où la violence est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. Il faut rappeler l'analyse première selon laquelle le fait de donner à bail constitue un acte grave au regard du bailleur jusqu'à le considérer comme un acte de disposition. Sur la base de ces trois idées, le bail consenti par le bailleur serait ainsi injuste dans la mesure où il cause un tort considérable dans le patrimoine du bailleur. Toutefois, il ne faut pas nier que le bail pourrait être essentiel à l'acquéreur du fonds pour l'exploitation dudit

---

<sup>81</sup> CA Antananarivo 8<sup>e</sup> section n°72, 02/02/98 RDJM p.164.

<sup>82</sup>Delebecque et François Collart Dutilleul : « Contrats civils et commerciaux », 3<sup>e</sup> édition – DALLOZ 1996 n°430 p.347.

<sup>83</sup> Article 73 LTGO : « La contrainte vicie le consentement lorsqu'elle résulte d'une violence injuste, d'ordre physique, pécuniaire ou moral, même exercée par ou contre une personne étrangère au contrat ».



fonds. C'est ce caractère essentiel du bail au regard du locataire qui justifie l'obligation du bailleur de consentir un bail.

## **Paragraphe II : LA PREUVE DU CONSENTEMENT**

L'accord des parties au moment de la formation du contrat doit porter sur les éléments essentiels du contrat à savoir la nature juridique du bail, sa durée, son objet et son prix ; par ailleurs, le bail doit être régulier. En cas de désaccord sur l'un de ces éléments ou en cas de contestation par l'une ou l'autre des parties, afin de parer aux inconvénients de la nullité du contrat pour défaut de consentement mutuel, il s'avère nécessaire de déterminer la règle de preuve applicable afin de connaître les moyens de preuve admissibles.

### **A – LA DETERMINATION DE LA REGLE DE PREUVE**

Une difficulté s'annonce dans la détermination de la règle de preuve applicable en matière de contrat de bail commercial faute de réglementation spéciale en la matière. Généralement, cette règle est fonction de la nature juridique de l'acte de bail c'est-à-dire de la question de savoir si le bail commercial, en tant qu'acte juridique, constitue un acte civil ou un acte de commerce. La solution classique est fondée sur le caractère immobilier du bail mais une seconde solution prend en considération la personne de chacun des contractants.

#### **1- Solution fondée sur le caractère immobilier du bail**

Le bail commercial est un acte portant sur un immeuble au sens du code civil du terme<sup>84</sup>. La doctrine a adopté la solution que toute opération portant sur des immeubles sont des actes civils par nature, le bail commercial constituerait ainsi un acte de nature civile<sup>85</sup>. Corollairement à cette théorie, la règle de preuve applicable en cas de litiges relatifs à un contrat de bail commercial serait celle du droit commun, soit rédaction d'un écrit du moment que l'acte excède une certaine somme fixée par la loi et exclusion de

---

<sup>84</sup> Chose non susceptible de déplacement.

<sup>85</sup> Georges Ripert, René Roblot: « Traité de droit commercial » DALLOZ 1999 ; n°314 p.221

la preuve par témoin ou par présomption. Le caractère commercial du bail n'est donc pas fondamental dans cette ligne d'idée.

Une seconde solution est celle qui prend en considération la personne des contractants.

## **2- Solution fondée sur les qualités respectives des contractants**

Le bail commercial est un contrat dans lequel le locataire serait toujours un commerçant, un artisan, voire un professionnel de l'activité. Le bailleur pourrait être un commerçant ou un non commerçant donc une personne civile. La solution analysée est une solution de la jurisprudence française qui fait une distinction entre deux cas:

- d'abord, le cas où le contrat est passé entre un bailleur non commerçant et un locataire commerçant
- ensuite, le cas où les parties sont toutes deux commerçantes.

### ***2.a-Bail consenti par un non commerçant à un commerçant***

La solution de la qualification du bail est de source jurisprudentielle. Cette solution consiste en une théorie selon laquelle un bail consenti par un non commerçant à un commerçant prend la nature d'acte de commerce à l'encontre du commerçant et d'acte civil en faveur du bailleur non commerçant<sup>86</sup>. Cette solution a pour corollaire qu'en cas de litige, la règle de preuve sera celle du droit civil quand il s'agit d'établir une preuve contre le bailleur non commerçant ; en revanche, ce sera la liberté de preuve du droit commercial quand le commerçant est défendeur à l'acte. C'est l'application de la « théorie des actes mixtes »<sup>87</sup>. Il faudrait ainsi identifier celui qui est défendeur au litige et celui qui doit établir la preuve.

### ***2.b- Bail conclu entre commerçants***

La solution est différente dans le cas où le bail commercial est passé entre des commerçants. La jurisprudence se prononce sur le caractère d'acte de commerce d'un tel bail donnant lieu à l'application de la règle de preuve en matière commerciale c'est-à-dire

---

<sup>86</sup> Cass com. 14/02/56 JCP 1956 n° p. ; Gazette du Palais 1956 I.34.

<sup>87</sup> Acte passé entre un commerçant et un non commerçant.

de la liberté de preuve<sup>88</sup>. Cette solution est fondée sur la théorie de l'accessoire. La jurisprudence estime que la dation à bail serait un acte nécessaire et accessoire à l'activité commerciale du bailleur. Cette solution fondée sur la théorie de l'accessoire est confirmative de la solution de principe selon laquelle le bail est un acte de nature civile, seulement le fait qu'il soit consenti par un commerçant le rend acte de commerce par accessoire. La conséquence de la reconnaissance du caractère d'acte de commerce suppose l'application de la règle de la liberté de preuve qui admet la preuve par témoin et par présomption.

Face à ces deux solutions, caractère civil du bail ou distinction selon les qualités des parties, si le droit français s'oriente vers cette deuxième vision, le droit malgache semble retenir, la solution classique du caractère civil du bail commercial et par conséquent, de l'application de la règle de preuve du droit commun<sup>89</sup> sauf pour la location d'immeuble opérée par les intermédiaires de commerce qui est considérée par la loi n°99-025 du 19 Août 1999 portant statut des commerçants, comme un acte de commerce.

## **B – LES MOYENS DE PREUVE ADMISSIBLES**

En retenant la solution selon laquelle le contrat de bail commercial constitue un acte civil par nature, il y a lieu d'appliquer la règle de preuve du droit commun. Cette règle requiert l'écrit comme le moyen le plus efficace. Toutefois, d'autres moyens doivent être relevés dans le cas où le bail est verbal

### **1- L'écrit : moyen de preuve parfait**

L'écrit est le moyen de preuve le plus parfait ; il est souvent qualifié de preuve pré-constituée. En effet, la rédaction écrite du contrat permet une facilité de preuve en cas de litige ou de désaccord. La loi ne prévoit pas la forme de l'écrit. Le bail peut être fait par acte authentique, ce qui est le plus parfait car revêtu de la formule exécutoire, mais le plus souvent, pour plus de rapidité et de simplicité, il est souvent fait par acte sous seings privés. Seulement, le contrat, fait par acte sous seing privé doit être produit en autant d'exemplaires qu'il y a de parties<sup>90</sup> ; c'est la règle ou condition exigée pour tout acte sous

---

<sup>88</sup> Civ du 26/12/1990 S 1952 I.37.

<sup>89</sup> RAMBELOSON Ernest : « Bail à usage commercial, industriel, artisanal, professionnel et ses applications pratiques », CMPL 196

<sup>90</sup> Article 175 de la LTGO : « Les actes sous seings privés qui constatent des conventions synallagmatiques doivent être rédigés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

seings privés et doit comporter la signature des parties pour être valable et être de même valeur qu'un acte authentique

## **2- La preuve d'un bail verbal**

La rédaction du contrat par écrit peut être écartée par les parties en vertu de l'exclusion du formalisme en matière de bail commercial. Le bail verbal, contrairement à l'écrit expose seulement les parties à une difficulté de preuve. Quoiqu'il en soit, les moyens de preuve diffèrent selon que l'on opte pour les règles du droit commun ou pour les règles applicables à la théorie des actes mixtes et à la théorie des actes de commerce par accessoire.

### ***2.a-Les moyens de preuve du droit commun***

La règle de preuve du droit commun du bail est posée par les articles 1715 et 1716 du code civil. L'article 1715 pose la preuve de l'existence du bail tandis que l'article 1716 se rapporte à la preuve du loyer. Ces deux articles font la distinction selon que le bail a reçu commencement d'exécution ou non.

Pour ce qui est de la preuve de l'existence d'un bail, dans le cas où l'une des parties le nie, la loi pose le principe de l'exclusion de la preuve testimoniale « quelque modique qu'en soit le prix »<sup>91</sup> dans le cas où il n'y avait pas commencement d'exécution. On remarque à travers cette disposition, une certaine rigueur par rapport au régime commun de la preuve testimoniale qui est admise au cas où l'objet de l'acte est à prix moindre, fixée légalement. Par ailleurs, ce droit commun de la preuve testimoniale admet quelques exceptions permettant de s'en prévaloir : c'est le cas par exemple si la preuve littérale est impossible à fournir, de même en cas de commencement de preuve par écrit... Une interprétation a contrario de cette règle de l'article 1715 est donnée, selon laquelle en cas de commencement d'exécution, la preuve testimoniale est admise<sup>92</sup>. L'alinéa 2 du même article reconnaît aussi le serment comme moyen de preuve de l'existence du bail.

Quant à la preuve du loyer, en cas de contestation par l'une des parties ; l'article 1716 du code civil ainsi que la jurisprudence reconnaissent comme premier moyen de preuve la quittance constatant le versement de loyers payés<sup>93</sup>. A défaut de quittance,

---

<sup>91</sup> Article 1715 du code civil alinéa 1 : « Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties la nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données »

<sup>92</sup> Philippe MALAURIE et Laurent AYNES : « Contrats Spéciaux » CUJAS 1997 n°650 p366-367 ; DELEBECQUE et FC DUTILLEUL : « Contrats civils et commerciaux » DALLOZ 1996 n°432-433 p.348-349.

<sup>93</sup> Cass 3<sup>e</sup> civ du 20 décembre 197. Bull civ III n°642.

le même article admet le serment du propriétaire. En outre, le locataire peut demander le constat d'experts.

L'on constate ainsi qu'il y a une certaine restriction ou sévérité de la règle de preuve en matière de droit commun. La solution est différente si l'on considère la nature juridique de l'acte de bail.

### ***2.b-Les moyens de preuve fondés sur les théories des actes mixtes et des actes de commerce par accessoire***

Ainsi qu'il a été dit, les moyens de preuve des actes mixtes nécessitent de connaître contre qui doit s'établir la preuve. Si c'est contre le commerçant, le non commerçant à qui incombe la charge de la preuve bénéficie du principe de la liberté de preuve et donc peut rapporter la preuve par tous les moyens même par témoins ou par présomption. En revanche, lorsque la charge de la preuve incombe au commerçant, la liberté de preuve sera écartée au profit du défendeur, mais sera applicable les moyens de droit commun exposés. Cette règle a pour fondement de protéger le bailleur en tant que personne civile.

En revanche, en présence d'un bail conclu entre commerçants, la règle qui s'applique est la liberté de preuve donc il y a là admission de la preuve par tous moyens.

L'administration de la preuve au cours du litige permet d'identifier la volonté réelle des parties. Le juge dans cette optique, jouit de son pouvoir d'appréciation souveraine, il n'est pas tenu des preuves établies par les parties. Cette solution est issue d'une décision jurisprudentielle portant sur un bail verbal d'habitation<sup>94</sup>.

Il faut conclure que les règles du droit commun trouvent une application large dans le contrat de bail commercial tant au niveau de la formation de la volonté qu'au niveau de la règle de preuve en cas de litige. Le consensualisme est la règle sous réserve de formalisme nécessaire et obligatoire dans les cas énumérés, au titre de preuve. Il faut admettre que cet aménagement des règles régissant ces questions de preuve de l'existence du contrat et de l'accord des parties sur les éléments essentiels permet d'éviter la nullité dudit contrat et de ne pas troubler les relations juridiques des parties. Par ailleurs, le recours à la règle de la preuve du droit commun concurremment avec la règle de la liberté de preuve constitue une assise juridique du droit de la consommation qui a pour objet principal de protéger les consommateurs<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> CS n°96, 22 Mai 1990 RDJM 2001 : « L'interprétation d'une convention écrite donc non précise, relève d'une question de pur fait souverainement apprécié par les juges du fond ».

<sup>95</sup> Dans le bail commercial, le contrat peut être passé entre professionnel et bailleur, personne civile classé parmi les consommateurs.

## **CHAPITRE II : SPECIFICITE AU NIVEAU DES ELEMENTS DU CONTRAT**

En reprenant la définition générale du bail selon laquelle le bail est un contrat qui a pour objet de conférer la jouissance d'un lieu à un preneur pendant une durée fixée en contrepartie d'un loyer, cela évoque les autres conditions classiques du contrat, outre celles relatives aux parties, que sont l'objet et la cause du contrat. En effet, l'objet du contrat c'est la jouissance d'un lieu, conférée par le bailleur au locataire et la cause du contrat c'est-à-dire la cause de cette prestation du bailleur, c'est le prix que promet de verser le locataire selon les termes convenus d'accord parties. Ce sont les deux éléments qui conditionnent l'existence même du bail. Certes, ces éléments sont inhérents à tous les baux, mais leur analyse démontre une large spécificité du bail commercial par rapport aux autres baux spéciaux et constitue une dérogation au régime de droit commun du bail.

La spécificité du bail au niveau du loyer se révèle comme une protection du locataire. Il limitera notre étude à celle de la jouissance tout en réservant l'analyse du loyer dans la seconde partie.

Ainsi qu'il vient d'être remarqué, la jouissance est un élément inhérent à tout contrat de bail, donc elle n'est pas singulièrement spécifique au bail commercial. Toutefois, l'étude révèle son intérêt en soulignant le caractère commercial du bail et cet intérêt porte d'abord sur les lieux, objet de la jouissance, la destination de ces lieux et enfin la durée de cette jouissance.

### **Section I : LES BIENS, OBJET DE LA JOUISSANCE**

Les biens qui peuvent être affectés à un bail commercial et qui sont soumis à l'ordonnance 60-050 sont énoncés par l'article 1 de ladite l'ordonnance. Il s'agit essentiellement des immeubles, des locaux et même des terrains nus au niveau desquels est exploité un fonds de commerce ou artisanal ainsi que les immeubles, locaux et terrains nus accessoires à l'exploitation, et ce, même si le propriétaire des lieux dans lesquels le fonds principal est exploité est différent de celui des lieux accessoires. Ceci caractérise

l'objet du bail commercial par rapport à celui du bail d'habitation qui ne vise que les locaux<sup>96</sup> ne rentrant pas dans la réglementation de l'ordonnance 60-050.

Cette disposition de l'article 1 de l'ordonnance 60-050 soulève la question de la distinction entre immeuble et local, celle de la condition de soumission des terrains nus à l'ordonnance et le caractère accessoire ou principal des lieux loués.

## A – DISTINCTION ENTRE IMMEUBLE ET LOCAL

Au sens du code civil, par opposition au meuble, l'immeuble s'entend de : « toute chose qui a une situation fixe, non susceptible de déplacement et traduit toutes les constructions ainsi que le fonds de terre, les plantations et toutes sortes d'édifications rattachées au sol ». Dans ce cas, le local ainsi que les terrains nus constituent des catégories d'immeubles. Or, l'ordonnance procède à la distinction de ces biens et fait la précision qu'il s'agit des immeubles bâtis. Ce sont la doctrine et la jurisprudence françaises qui en donnent une définition plus claire et plus explicite.

Les immeubles bâtis s'opposent au terrain nu et désignent les constructions et bâtiments dans lesquels peut s'exercer le commerce. La question n'a pas soulevé de difficultés au niveau de la jurisprudence.

Le local, en revanche, est défini comme un « lieu clos et couvert »<sup>97</sup> et qui offre une jouissance libre par le locataire traduite par un libre accès de celui-ci à tout instant et par l'existence de clientèle qui lui est personnelle. La jurisprudence française, dans ce sens, a exclu les murs publicitaires de la catégorie de local même comme accessoire car ils ne présentent pas le caractère d'un local<sup>98</sup>. De même, n'ont été considérés comme des locaux, les vitrines et les étalages placés en plein air<sup>99</sup>.

En revanche, si certains emplacements sont assimilés à des locaux en raison du libre accès de la clientèle dans les lieux même non accessibles au public<sup>100</sup>,

---

<sup>96</sup> Article 1 de l'ordonnance 62-100 du 01/10/62 relative au bail d'habitation « Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables, sans préjudice des dispositions non contraires du code civil relative au contrat de louage, au rapport entre bailleurs et locataires ou occupants des locaux appartenant aux catégories ci-après :

- locaux à usage d'habitation à l'exception des hôtels et pensions de famille ;
- locaux à usage professionnel sans caractère commercial et industriel ou pris en location par une personne morale de droit public pour y installer ses services ou des agents dans la mesure où lesdits locaux ne sont pas compris dans l'énumération portée à l'article 1 de l'ordonnance n°60-050 du 22 juin 1960 relative aux baux et loyers ;
- locaux pris en location par des personnes morales exerçant une activité désintéressée, notamment par des associations déclarées et des syndicats ;
- locaux pris en location par des entreprises commerciales ou industrielles à usage exclusive d'habitation pour leur personnel »

<sup>97</sup> Paul DIDIER « DROIT DES AFFAIRES ». Paris 1983 p.104.

<sup>98</sup> Civ 21 janvier 1930 Gaz Pal 1930.1.375 ; Com 11 Mai 1949 D 1949 P.346.

<sup>99</sup> Trib au Seine, 2 Avril 1951 Gaz Pal 1951.1.365 ; Paris 24 février 1934 Gaz Pal 1934 ; Com 21 mai 1954 Gaz Pal 1954.2.38.

<sup>100</sup> CA Paris 20 mai 1959 Rev Loyers 1959 p.546.

les emplacements dépendants<sup>101</sup>, tel l'emplacement dans un supermarché créent des controverses : tantôt, ils sont considérés comme des locaux bénéficiant du statut des baux commerciaux, mais incombant la charge de la preuve au locataire en cas de contestation ; tantôt, ils sont exclus de la définition du local.

Il faut en déduire que la définition d'un lieu ou d'un emplacement, comme un local dépend de divers facteurs et laissée à l'appréciation du juge.

## **B – LES TERRAINS NUS**

Aux termes de l'ordonnance 60-050, le bail commercial peut porter sur des terrains nus dans les mêmes conditions générales que les immeubles bâtis et les locaux. Les terrains peuvent ainsi être l'objet d'un bail commercial qu'il y ait été ou non édifié des constructions et à la seule condition que leur utilisation soit nécessaire à l'exploitation du fonds.

### **1- L'existence ou non de constructions**

Le bail de terrains nus pour une exploitation commerciale, industrielle ou artisanale constitue un bail commercial. L'ordonnance ne pose pas comme conditions particulières l'existence de constructions bâties servant à l'exploitation contrairement au droit français. En effet, dans le régime français du bail commercial, le bail de terrains nus ne pourrait être considéré comme un bail commercial, soumis au statut des baux commerciaux, qu'à la condition que des constructions y soient édifiées pour servir à l'exploitation<sup>102</sup>. Le droit malgache, en revanche, exclut cette exigence. Ce qui paraît fondamental, c'est l'affectation spéciale des terrains à l'exploitation avec le consentement exprès du bailleur. C'est ce qu'il faut déduire de l'interprétation de l'article premier, alinéa 2, de l'ordonnance 60-050<sup>103</sup>.

La condition principale est donc que les terrains nus ou avec constructions, sont essentiels et nécessaires à l'exploitation.

---

<sup>101</sup> C'est-à-dire dépendant d'un autre local d'exploitation et ne dispose pas de clientèle personnelle.

<sup>102</sup> Article 1 alinéa 3 du décret n°53-960 portant statut des baux commerciaux du droit français : « Aux baux de terrains nus sur lesquels ont été édifiées, soit avant, soit après le bail, des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal, à condition que ces constructions aient été élevées ou exploitées avec le consentement exprès du bailleur » ; Com du 9 février 1960 GAZ PAL 1960.1.296.

<sup>103</sup> Aux baux des terrains, affectés spécialement par un bail écrit à usage commercial et industriel ou artisanal, ou sur lesquels, avec le consentement écrit des propriétaires, ont été élevées ou exploitées, soit avant, soit après la conclusion du bail, des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal.



## **2- La condition de la nécessité des terrains nus**

Cette condition implique que le terrain nu soit le lieu compatible avec l'activité à exercer et répond aux besoins de l'exploitation. Tout au moins, l'ordonnance n'exige pas que cette nécessité soit à titre principal mais admet le bail de terrains nus accessoires au bail ou au fonds principal (infra).

Par ailleurs, il est utile de noter que le bail des terrains nus exige le consentement écrit du propriétaire bailleur.

## **C – CARACTERE ACCESSOIRE OU PRINCIPAL DES LIEUX LOUES**

L'ordonnance établit une distinction entre l'utilité principale et accessoire des lieux loués pour l'exploitation. La distinction est fondamentale dans la mesure où les conditions de soumission au statut des baux commerciaux diffèrent selon qu'il s'agit de locaux principaux ou de locaux accessoires à l'exploitation du fonds. La question ne pose pas de difficultés pour les locaux principaux mais celles-ci se présentent surtout dans le cas de locaux accessoires.

### **1- Les conditions des locaux principaux**

La doctrine donne une définition du local principal qui est : « celui affecté principalement à l'exploitation d'un fonds ». La même doctrine relève comme critère principal de l'exploitation l'accès de la clientèle du fonds sur le lieu, celui-ci constitue un point de rattachement de la clientèle au fonds<sup>104</sup>. De même, l'exploitation signifie que l'activité principale y est exercée. Ainsi, la jurisprudence française à titre d'illustration, qualifie de local principal un entrepôt dans lequel la vente du matériel est effectuée et où la clientèle a accès<sup>105</sup>.

Ainsi, la soumission de ces locaux principaux au statut des baux commerciaux repose sur leur caractère principal même, c'est-à-dire sur l'idée que l'activité principale y est exercée, que le fonds principal y est exploité, que l'établissement principal y est localisé.

---

<sup>104</sup> Lamy Droit Commercial « Baux Commerciaux » n°839 p.408 ; Léon Juilliot De La MORANDERE- René RODIERE, ROGER HOUIN : « PRECIS DE DROIT COMMERCIAL » 1968 DALLOZ n°257 p.220.

<sup>105</sup> Cass 3<sup>e</sup> Civ du 13/02/1970 Bull Civ III n°111 p.82.

Sur la base de ces deux critères toujours, c'est-à-dire de l'accès de la clientèle et de l'exercice de l'activité principale, la doctrine et la jurisprudence françaises soulèvent la possibilité de l'existence de plusieurs locaux principaux. En effet, une seule et même exploitation peut s'effectuer dans plusieurs locaux différents dont le caractère de principaux dépend de l'accès des clients<sup>106</sup>.

En somme, le caractère principal des locaux se reconnaît par l'accès des clients sur les lieux et par l'exercice effectif de l'activité principale ou de l'exploitation du fonds principal. Le transfert de l'activité principale dans un autre local fait ainsi perdre le caractère principal au local initial et pourrait être source de déstabilisation dans les relations contractuelles des parties si l'on ne soulève que la « question du changement de destination des lieux loués qui sera analysé plus loin ».

En revanche, les locaux accessoires obéissent à des conditions plus strictes que celles régissant les locaux principaux pour pouvoir être soumis au statut des baux commerciaux.

## **2- Les conditions de soumission des locaux accessoires**

Par opposition au local principal précédemment défini, le local accessoire serait celui où la clientèle ne peut accéder et où l'activité commerciale ou artisanale principale n'est pas exercée. Afin de donner ou de trouver la définition exacte que le législateur avait voulu entendre par local accessoire, il est nécessaire de connaître les conditions imposées par la législation relativement à cette catégorie de local. Généralement, celle-ci exige deux conditions : l'une tenant au propriétaire des locaux accessoires et l'autre au caractère nécessaire desdits locaux.

### ***2-a. Condition tenant au propriétaire***

Le terme générique : « accessoire » traduit une utilité secondaire. Le local accessoire serait ainsi ce qui seconde les locaux principaux ou l'établissement principal. En principe, ce caractère d'accessorité du local est défini par rapport à l'établissement principal exploité par le locataire. Tout au moins, la question de la propriété de ces locaux accessoires n'est pas sans intérêt. En effet, elle pourrait être un critère permettant de confirmer le caractère accessoire des locaux.

---

<sup>106</sup> Lamy Droit Commercial, « Baux Commerciaux » LAMY 1999 n°840 p.408.

En principe, les locaux principaux et accessoires devraient être la propriété d'une seule et même personne. Toutefois, dans l'espèce, cette exigence ne peut se poser comme impérative mais connaît d'abondante dérogation.

*i) Principe de la propriété des locaux principaux et accessoires chez une même et seule personne*

A priori, la loi veut, en effet, que les locaux principaux et ceux accessoires à l'exploitation d'un fonds soient la propriété d'une seule et même personne<sup>107</sup>. Ceci a pour conséquence majeure que le bailleur de ces deux catégories de locaux soit le même et que par conséquent, le locataire n'est lié qu'à un seul bailleur. L'on peut ainsi présumer l'accessoriété des locaux adjoints à un établissement principal servant à une exploitation commerciale ou artisanale.

*ii) Dérogation à cette confusion de propriété*

La condition précédemment posée ne s'impose pas de manière impérative et absolue. L'ordonnance elle-même en prévoit une dérogation en admettant la séparation de la propriété des locaux principaux dans lesquels est situé l'établissement principal et de celle des locaux accessoires joints à l'établissement principal. Autrement dit, la loi admet que les locaux principaux et ceux accessoires à une exploitation commerciale ou artisanale soient la propriété de personnes différentes ; seulement dans ce cas, elle exige le consentement du propriétaire des locaux accessoires pour leur affectation à l'exploitation principale. Toutefois, il faut noter que la seule condition de la propriété ne suppose pas en elle-même la soumission du bail au statut, sujet à une propriété liée ou séparée à celle des locaux principaux, les locaux accessoires devraient effectivement être nécessaires à l'exploitation.

**2- b. Condition de la nécessité des locaux accessoires**

La qualification d'accessoires de certains locaux serait démunie de sens si lesdits locaux ne sont pas affectés à l'établissement principal et que cette affectation soit nécessaire à l'exploitation. L'ordonnance 60-050 exige de manière implicite, dans ses termes cette condition de la nécessité des locaux accessoires. Il faut toutefois soulever

---

<sup>107</sup> Article 1 alinéa 3 de l'ordonnance 60-050 : « Aux baux d'immeubles bâtis, de locaux ou de terrains nus accessoires à l'exploitation d'un fonds, et en rapport direct avec celle-ci et qu'ils appartiennent au propriétaire de l'immeuble, du local ou du terrain où est situé l'établissement principal »

la difficulté rencontrée lors de la recherche même de la signification de ce caractère nécessaire.

*i) Signification de la condition*

Les termes ambigus de la loi ne permettent pas de définir de façon exacte ce que veut dire accessoires. La doctrine utilise les termes « nécessaires, indispensables » à l'exploitation pour en donner un sens. Toutefois, cette condition de « nécessaire » même soulève aussi des difficultés de signification. La question est de savoir quand peut-on dire qu'un local accessoire, est-il nécessaire à l'exploitation ? L'ordonnance 60-050, dans l'alinéa 3 de l'article premier précité, utilise les termes « ...en rapport direct... » c'est-à-dire qu'il faut que les locaux accessoires soient en rapport direct avec l'exploitation. Toutefois, ces termes du législateur malgache semblent flou dans la mesure où il ne prévoit pas le critère de ce rapport direct. En revanche, le droit français est plus claire et explicite dans ses termes et dans le sens voulu être donné au mot « nécessaire » en soumettant les locaux accessoires au statut des baux commerciaux à la condition que « leur privation soit de nature à compromettre l'exploitation de fonds »<sup>108</sup>. L'on peut ainsi interpréter que le caractère nécessaire des locaux accessoires signifie que leur privation risque de compromettre l'exploitation c'est-à-dire porterait préjudice à l'existence même du fonds ou à sa valeur, et même si le locataire bénéficie de local de remplacement, le droit français apprécie la nécessité des locaux accessoires, sans tenir compte de cette possibilité, par rapport à l'exploitation. A cet effet, même s'il y avait eu remplacement du local accessoire, du moment que l'exploitation a été troublée par la privation du local accessoire initial, le locataire peut se prévaloir des droits que lui reconnaît le statut des baux commerciaux dans de pareil cas.

*ii) Le pouvoir d'appréciation de la condition*

Le caractère nécessaire des locaux accessoires signifie ainsi que leur privation compromet à l'exploitation du fonds. Seulement, une autre difficulté est de déterminer dans quels cas cette privation des locaux accessoires compromet-elle l'exploitation ?

Il faut comprendre et reconnaître que cela est fonction de la nature de l'exploitation effectuée. Il faut par conséquent en déduire que la solution ressort de chaque cas d'espèce et relève du pouvoir d'appréciation souveraine du juge. Le droit français pose seulement comme condition générale, que « ne peuvent être considérés comme indispensables les locaux dont la privation apportera une simple gêne à

---

<sup>108</sup> Article 1 alinéa 1 du décret français du 30 septembre 1953 sur le statut des baux commerciaux.

l'exploitant ou rendra l'exploitation plus onéreuse »<sup>109</sup>. A titre d'illustration, la Cour de cassation française déduit le caractère nécessaire de la remise avec cour à l'exploitation du commerce, située à proximité du magasin de vente et utilisée essentiellement pour entreposer des emballages ainsi que du matériel, des instruments ou des véhicules<sup>110</sup>. En revanche, n'est pas considéré comme nécessaire, un entrepôt utilisé exclusivement comme garage et présentant une commodité mais dont la suppression n'entraîne qu'une gêne limitée pour la bonne marche des affaires<sup>111</sup>.

La présence ou non du caractère nécessaire du local accessoire constitue la condition majeure de la soumission de ces locaux au statut. En somme, on peut déduire qu'un local accessoire faisant bénéficier du locataire le statut des baux commerciaux est donc celui affecté à l'exploitation d'un fonds principal et dont la privation constituerait une gêne grave et négative à l'exploitation. L'appréciation de cette conséquence est du pouvoir du juge.

Il faut toutefois noter que cette solution exposée est de l'essence du droit français. Le droit malgache pour sa part semble aussi tenir compte du caractère nécessaire des locaux accessoires et ce, relativement à la destination des lieux loués prévue dans le contrat. Le juge admet même que dans le silence du contrat, le locataire a droit aux locaux accessoires indispensables à l'exploitation<sup>112</sup>.

## **Section II : LA DESTINATION DES LIEUX**

La destination des lieux loués constitue un critère déterminant de la nature juridique du bail<sup>113</sup>. En effet, c'est l'usage que l'on fait des lieux qui permet de se prononcer sur la nature commerciale du contrat et d'en connaître la législation applicable. Les lieux loués doivent ainsi recevoir une destination particulière répondant aux exigences de la législation sur les baux commerciaux. Autrement dit, les lieux doivent être, et ce conventionnellement, affectés à l'exercice d'une activité rentrant dans le champ d'application du statut des baux commerciaux, une affectation que doit respecter le preneur.

---

<sup>109</sup> LAMY Droit Commercial : « Baux Commerciaux » 1999 n°845 p.410.

<sup>110</sup> Cours Cass française du 12 janvier 1965 Bull civ III n°33 p.29.

<sup>111</sup> Cours Cass française du 12 janvier 1965 Bull civ III n°35 p.27.

<sup>112</sup> Il s'agit de l'usage d'une cour pour stocker son bois s'agissant d'un menuisier (Tana Civ. 1400 du 2 mai 1966).

<sup>113</sup> CA Civ 2<sup>e</sup> section, n°268, 04/06/1996 RDJM 2001 ; CA Antananarivo, n°067 du 24/01/1973 RDJM 2001.

Il y a ainsi lieu de voir en premier lieu quelles sont les destinations requises par le statut des baux commerciaux et en second lieu, quelle est la portée de cette obligation du preneur de respecter la destination des lieux en matière de bail commercial.

## **A– LES DESTINATIONS REQUISES PAR LE STATUT DU BAIL COMMERCIAL**

En principe, le régime des baux commerciaux ne s'applique qu'aux locaux affectés à une exploitation commerciale, artisanale ou à l'exercice de profession libérale ainsi qu'il est déjà noté (cf. supra). Il arrive toutefois que le local soit affecté à un usage mixte c'est-à-dire utilisé simultanément pour une activité professionnelle et pour habitation.

### **1-Affectation au commerce, à l'artisanat ou à l'exercice de profession libérale**

Le courant jurisprudentiel est de retenir la destination des lieux loués comme critère de détermination de la nature juridique du bail et par conséquent, comme critère d'applicabilité de l'ordonnance 60.050. C'est l'exemple de la jurisprudence précitée. Il faut toutefois faire la précision que la rétention de ce critère fait rejoindre la jurisprudence à la législation applicable. La loi ainsi que la jurisprudence retiennent que l'affectation commerciale, artisanale ou professionnelle permet de qualifier de commercial le contrat de bail. Autrement dit le bail est commercial et donne application à ladite ordonnance lorsque les lieux loués sont affectés à l'une des exploitations énumérées : commerciale, artisanale ou professionnelle. C'est ainsi que dans l'arrêt précité du 04 juin 1996, la Cour d'appel a jugé qu' « un terrain loué par une coopérative pour y entreposer des bois destinés à la vente sur un marché a reçu une affectation commerciale et dès lors, le bail est commercial ».

De même, l'affectation des lieux loués à l'exploitation d'un fonds de commerce constitue bel et bien un bail commercial soumis au statut<sup>114</sup>. C'est d'ailleurs la condition d'affectation qu'il faudrait retenir de l'interprétation de l'article premier de l'ordonnance.

---

<sup>114</sup> CA Fianarantsoa n°29 du 12 juillet 1995 RDJM 2001 n°3 p.48.

Une interprétation a contrario laisse affirmer que la non-identification d'une activité commerciale, artisanale ou professionnelle dans les lieux loués exclut la qualification commerciale du bail. C'est ainsi que la Cour d'appel a qualifié un contrat de bail d'habitation et non commercial, faute de l'exercice de l'une de ces activités<sup>115</sup>. Dans tous les cas, la destination des lieux consiste en l'affectation des lieux loués par la commune volonté des parties à un usage déterminé. Il arrive toutefois des cas où les lieux loués sont utilisés par le locataire pour un usage mixte et dans ce cas, il est difficile de déterminer la commune intention des parties. C'est le juge qui intervient pour donner une solution à de telle situation.

## **2- Affectation à un usage mixte**

L'usage mixte traduit la situation dans laquelle le locataire sert des lieux loués pour habitation et pour l'exercice de profession commerciale, artisanale ou libérale ainsi qu'il est évoqué. Deux cas peuvent être à l'issue de telle situation :

- dans une situation logique, le professionnel qui loue un local pour s'exercer assortit toujours ce bail d'un usage d'habitation
- le second cas vise la situation dans laquelle les parties contractantes se sont convenus d'un bail d'habitation et d'un bail commercial.

Ces cas ont presque le même sens et supposent l'existence de bail mixte. Les tribunaux, dans les litiges qui leur sont soumis, se sont toujours prononcés sur la primauté de l'usage commercial ou professionnel sur l'usage d'habitation<sup>116</sup>. C'est en ce sens que la Cour d'appel a jugé, dans un arrêt du 24 janvier 1973, que « constitue un bail à usage commercial, le bail consenti à un transitaire sur un local dont une partie avait reçu une affectation professionnelle, le propriétaire n'étant sans savoir que transitaire de son état, le locataire ne manqueront pas d'utiliser le grand hangar compris dans la location, à des fins professionnelles ». L'on peut identifier à partir de cet arrêt que nonobstant la destination d'habitation convenue, le caractère commercial est reconnu au contrat du moment qu'il exerce sur les lieux, même partiellement, une activité professionnelle. De telle décision peut être considérée comme une application de la théorie de l'accessoire pour la raison que le locataire est un professionnel. Cela suppose que l'usage pour habitation n'est ou ne serait toujours que l'accessoire de l'usage commercial ou

---

<sup>115</sup> CA Fianarantsoa n°118 du 27 novembre 1996 RDJM n°3 p.48.

<sup>116</sup> CA Antananarivo, n°180, 12/03/1975 RDJM 2001 p.49.

professionnel. Toutefois, un arrêt récent exclut l'application automatique de cette règle de la théorie de l'accessoire ou du caractère accessoire de l'usage d'habitation et cela amène au critère des locaux accessoires et principaux. Il s'agit d'un arrêt opposant la JIRAMA et la société immobilière GIJO ayant conclu un contrat de bail dans lequel il est stipulé « pour usage d'habitation ». La Cour d'appel jugeait qu'il s'agit d'un bail d'habitation bien que le locataire soit une société commerciale<sup>117</sup>. Le bail a été en effet conclu par la JIRAMA pour y loger son personnel. Il faut comprendre que le sort d'accessoire ou de principal ainsi que de commercial ou de civil des lieux loués dépend de leur destination. On peut conclure que la théorie de l'accessoire ne joue que s'il y a eu affectation cumulée à un usage d'habitation et professionnel, d'un même lieu. En revanche, si le bail professionnel et d'habitation sont séparés, il faudrait, à l'interprétation de la volonté du juge, appliquer des régimes différents.

## **B – LE RESPECT DE LA DESTINATION DES LIEUX**

Ainsi qu'il a été noté, la destination des lieux loués est la condition déterminante du caractère du bail et du régime juridique qui lui est applicable. C'est l'affectation convenue par les parties, une affectation soit commerciale, soit artisanale, soit à une activité libérale. Le respect de cette destination est une obligation qui incombe à tout preneur à bail et au sous locataire, en vertu de la force obligatoire des conventions posée par la LTGO, droit commun des contrats ; c'est pour cela qu'elle relève en général de la règle commune du bail. Par ailleurs, cette obligation est le corollaire de l'obligation du preneur d'user de la chose en bon père de famille. Elle pose a priori le principe de l'interdiction de changer la destination des lieux loués. Toutefois, cette règle connaît des dérogations dans la législation spéciale du droit français et dans la jurisprudence malgache.

---

<sup>117</sup> CA n°687 du 03 mai 2001 : « Attendu qu'en l'espèce, la location n'ayant pas été consentie pour les besoins de l'exploitation commerciale de la JIRAMA, la théorie de l'accessoire ne saurait prospérer et il ne peut donc s'agir que d'un bail d'habitation et non d'un bail commercial ».



## **1– Le principe de l’interdiction de changer la destination convenue**

Ce principe résulte de l’interprétation des articles 1728 alinéa 1 et 1729<sup>118</sup> du code civil qui prévoit en somme la possibilité de résiliation du bail à défaut de respect à la destination convenue. L’interdiction a pour fondement, outre la force obligatoire de la convention, la protection du bailleur contre le déséquilibre dans les intérêts des parties au désavantage du bailleur, et qui peut être une cause et une condition de la résiliation du contrat. Il importe en plus de définir ce qu’il faut entendre par changement de destination des lieux. On peut en donner une définition à deux niveaux par rapport aux conséquences juridiques qui en résulte.

Le premier niveau de changement vise le cas de la mutation du bail commercial en un usage d’habitation. Cette définition résulte des décisions jurisprudentielles françaises et malgaches<sup>119</sup>. Ce changement entraîne un changement de la nature juridique du bail et parallèlement, de la législation applicable.

Le deuxième niveau de changement se révèle en cas de changement d’activité par le locataire mais qui n’entraîne ni changement de la nature juridique ni du régime juridique applicable que le droit français qualifie de déspecialisation.

En principe donc et selon le droit commun du bail, de tels changements devraient emporter résiliation du bail surtout lorsqu’ils causent un dommage au bailleur. Toutefois, cette règle du droit commun connaît des dérogations expresses en droit français, tacite en droit malgache.

## **2– Dérogations à l’obligation de respecter la destination des lieux**

Bien que le changement de destination ait été considéré, surtout dans la jurisprudence française, comme un manquement du locataire à son obligation ci-dessus entraînant résiliation ou du moins, motif de non-renouvellement du bail ; dans bien des cas<sup>120</sup>, les tribunaux ainsi que la loi française reconnaissent au locataire la possibilité d’y procéder. Cette dérogation repose d’un côté sur l’autorisation du bailleur et d’un autre, sur l’autorisation légale par la déspecialisation en droit français.

---

<sup>118</sup> Article 1728 alinéa 1 : « Le preneur est tenu de l’obligation d’user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail ou suivant celle présumée d’après les circonstances, à défaut de convention »

Article 1729 : « Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail ».

<sup>119</sup> CS n°33 du 10 avril 1984 RDJM 2001 ; CS n°37 du 28 mai 1996 p.52

<sup>120</sup> Com 3 janvier 1963. Bull civ III, n°4 ; Com 18 janvier 1965 Bull civ III n°49.

### **2-a. L'autorisation du bailleur**

Cette condition est requise tant par la jurisprudence malgache que française afin d'éviter la résiliation du contrat ou le non-renouvellement ou toute autre conséquence pouvant résulter du manquement du locataire à son obligation. C'est pour cette raison que la Cour d'appel a résilié une sous-location et a expulsé le sous locataire qui a changé la destination des lieux sans l'accord du propriétaire bailleur<sup>121</sup>. Cette autorisation devrait être préalable au changement et formelle selon toujours la décision précitée. Cela suppose une autorisation expresse du bailleur. Toutefois, la jurisprudence elle-même admet l'autorisation tacite en usant du terme : « ratification tacite par le bailleur ». Cette ratification tacite est déduite de « l'absence de contestation et du mutisme du bailleur lors du renouvellement du contrat »<sup>122</sup>. De telle décision résulte du pouvoir d'appréciation souveraine du juge du fond.

### **2-b. La dérogation légale du droit français par la déspecialisation**

La loi française n°71-585 du 16 juillet 1971 instituant la déspecialisation constitue une dérogation légale au droit commun du bail sur l'obligation du preneur de respecter la destination des lieux. La déspecialisation permet en effet au locataire de modifier la destination des lieux soit en terme d'extension, soit en terme de conversion. Dans le premier cas, le locataire qui veut adjoindre au bail des activités connexes ou complémentaires doit notifier au bailleur cette intention et peut demander l'autorisation judiciaire en cas de contestation par ce dernier. En principe, le bailleur ne peut que demander une augmentation des loyers dans le cas où l'extension a entraîné une modification de la valeur locative. Il faut, dans tous les cas, que l'activité soit en relation étroite et nécessaire avec l'exploitation initiale et l'on parle de déspecialisation partielle.

La même législation va plus loin en permettant au locataire de changer ou de modifier intégralement l'activité exercée dans les lieux loués mais sous la condition d'obtention de l'autorisation préalable du bailleur ou à défaut, du juge si l'« activité nouvelle reste compatible avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble » selon toujours les termes de la loi. En droit malgache, aucune législation ne prévoit de telle prérogative du locataire qui, toutefois est observée dans la pratique. Nécessairement, elle requiert l'autorisation du bailleur pour être régulier et pour ne pas

<sup>121</sup> CA d'Antananarivo, n°215, du 12 mars 1980 RDJM 2001 p.87.

<sup>122</sup> CA d'Antananarivo, n°1019 du 06 octobre 1986

constituer une violation au contrat de bail ; une solution classique qui reste valable ; tout changement de la destination convenue dans le contrat, sans l'autorisation du bailleur constitue non seulement une violation à la loi des parties mais aussi un motif légitime d'expulsion du locataire<sup>123</sup>.

En somme, il faut déduire que la destination des lieux devrait être le résultat de la volonté commune des parties, expresse ou tacite et sa modification n'est par conséquent permise qu'à l'issue de cette volonté commune.

### **Section III : LA DUREE DE LA JOUISSANCE**

Le bail est le type idéal de contrat successif. Il crée entre les parties un rapport d'obligation qui implique l'écoulement d'un certain temps pour son exécution. La durée est ainsi un élément inhérent au bail et elle est même considérée comme un élément partiel de la qualification du contrat<sup>124</sup>, conditionnant son existence et sa validité. L'analyse de la durée de la jouissance présente l'intérêt de la distinguer de la durée du contrat. En effet, elles ne doivent pas être confondues. La jouissance, en effet, est la période durant laquelle le locataire use des biens loués, un droit qui peut s'exercer au-delà ou en deçà du terme du contrat. La durée du contrat n'est ainsi qu'un élément déterminant de celle de la jouissance. Il y a ainsi lieu d'abord d'analyser le régime juridique de la durée du bail commercial (A) ensuite de voir la durée effective de la jouissance (B).

#### **A- REGIME JURIDIQUE DE LA DUREE DU BAIL COMMERCIAL**

En tant qu'élément de calcul de la durée de la jouissance du locataire, il est d'intérêt majeur de connaître au préalable le régime juridique de la durée du contrat. Cette étude va permettre de voir en premier lieu les règles de la détermination (1) et en second lieu la règle de la cessation (2).

##### **1- La règle de la détermination de la durée**

Cette question impose de savoir à qui appartient le pouvoir de déterminer la durée et comment la détermine-t-on.

---

<sup>123</sup> CA Mahajanga, 2<sup>e</sup> section, n°89 du 11 mars 1998 : le locataire avait aménagé les lieux pour la vente de débit de boisson alcoolique, une activité qui était expressément défendue par le contrat de bail.

<sup>124</sup> Jacques AZEMA : « La durée des contrats successifs »

### ***1-a. Le pouvoir de détermination***

En règle générale, l'absence de fixation légale de la durée du bail suppose l'application de la règle de la liberté contractuelle d'autant plus que le bail est un contrat consensuel. Cette règle veut, en effet, que ce sont les parties qui fixent d'un commun accord tous les éléments essentiels du contrat, y compris la durée.

En matière de bail commercial, la distinction entre droit malgache et droit français s'annonce nécessaire. Le droit français pose un dirigisme légal quant à la détermination de la durée du bail en posant un minimum légal<sup>125</sup>. Cette durée minimale qui est de 9 ans constitue la durée de principe du bail originaire en droit français bien que le législateur autorise d'y déroger par des conventions précaires exclues du statut des baux commerciaux. Cette intervention du législateur dans l'institution d'un minimum ou d'un maximum légal de la durée du bail fait défaut en droit positif malgache. Par ailleurs, le droit malgache ne fait que distinguer le bail commercial de certaines conventions, par l'exclusion de ces dernières du champ d'application du statut, tels le bail emphytéotique ou l'autorisation d'occupation précaire octroyée par l'administration. Il faut en déduire que le droit français entend limiter le jeu de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté par cette intervention du législateur, limitant ainsi la volonté des parties. Le droit malgache, en revanche, avec ce silence du législateur en la matière semble maintenir cette règle ordinaire de la liberté contractuelle et laisse par conséquent aux parties le soin de fixer conventionnellement la durée de leur contrat. La question importe par la suite de savoir, comment les parties vont-elles procéder à la détermination ?

### ***1-b. La règle de la détermination de la durée***

Comme il n'existe en droit malgache ni un minimum ni un maximum légal, les parties peuvent se fonder sur le caractère successif du contrat. Par conséquent, elles peuvent fixer dans leur contrat une durée comme elles peuvent ne pas en prévoir. Le contrat successif se conclut, en effet, soit pour une durée déterminée soit pour une durée indéterminée. Il convient de préciser que le code civil portant droit commun du bail assimile dans son article 1737<sup>126</sup>, le bail à durée déterminée à un bail écrit et celui à durée indéterminée, à un bail verbal dans son article 1736<sup>127</sup>. Certains auteurs, tels que Philippe

---

<sup>125</sup> Article 3.1 du décret français du 30 septembre 1953 : « La durée du contrat de location ne peut être inférieur à 9 ans ».

<sup>126</sup> Article 1737 : « Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé ».

<sup>127</sup> Article 1736 : « Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux ».

Delebeque et Dutilleul ainsi que Malaurie et Aynes<sup>128</sup> dans leurs ouvrages, émettent des critiques sur cette assimilation dans la mesure où le bail écrit peut ne pas préciser de durée et inversement un bail verbal peut être conclu pour une durée limitée.

La législation malgache sur les baux commerciaux retient cette assimilation du code civil et permet aux parties de fixer ou non la durée du bail. Le droit français, à titre de comparaison, reconnaît aussi la liberté contractuelle des parties mais une liberté limitée par la volonté expresse du législateur. Autrement dit, le bail commercial peut aussi être à durée déterminée ou indéterminée selon la convenance des parties mais sans déroger au minimum légal de 9 ans.

Il faut en conclure que le droit malgache du bail commercial reconnaît aux parties le pouvoir de fixer la durée de leur contrat que ce soit déterminé ou indéterminé et sans se référer à aucun minimum ni à aucun maximum légal. Cette règle de détermination de la durée renvoie à la question de la cessation du bail.

## **2– La règle de la cessation du contrat de bail commercial**

La question de la cessation du bail soulève la règle du congé qui, dans le régime général, est différente selon qu'il s'agit d'un bail déterminé ou d'un bail indéterminé. Le congé connaît toutefois une spécificité en matière de bail commercial.

### ***2-a. Principe du droit commun***

La règle générale de la cessation du bail est prévue par les articles 1736 et 1737 précédemment cités du code civil qui font la distinction entre le bail à durée déterminée et celui à durée indéterminée. Le bail à durée déterminée qualifié de bail écrit cesse par l'arrivée du terme du contrat sans qu'il soit besoin de donner congé selon les termes de l'article 1737. Au contraire, le bail à durée indéterminée ne cesse que par l'effet d'un congé délivré par respect des délais fixés par l'usage des lieux.

L'ordonnance 60-050 fait une dérogation expresse à cette règle du droit commun en usant des termes : « par dérogation aux articles 1736 et 1737 du code civil... » dans l'alinéa 1 de son article 16 et insère ainsi une règle spécifique en matière de bail commercial.

---

<sup>128</sup> Philippe Delebeque et DC Dutilleul : « Contrats civils et commerciaux » DALLOZ 1996 n°462 et 465 p.366 et 364/ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES : « Les contrats spéciaux » CUJAS 1997 n°666 p.371.

### **2-b. Règle spécifique du bail commercial**

Le régime de la cessation du bail commercial et la règle du congé révèlent le caractère spécifique et dérogatoire du statut par rapport au droit commun. La loi prévoit, en effet, que : « Par dérogation aux articles 1736 et 1737 du code civil, les baux des immeubles, locaux ou terrains soumis aux dispositions de la présente ordonnance ne cessent que par l'effet d'un congé donné suivant les usages locaux et au moins six mois à l'avance ». En interprétant les termes de cette disposition, le statut ne fait pas de distinction entre le bail dont la durée est fixée et celui qui ne l'est pas. Tous deux ne peuvent en principe cesser qu'à la suite d'un congé donné six mois avant le terme d'un bail écrit ou avant les délais fixés par l'usage des lieux pour un bail verbal. Autrement dit, le congé est toujours utile qu'il s'agisse de mettre fin à un bail écrit ou verbal. La jurisprudence confirme cette nécessité du congé dans des cas bien précis. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit de mettre fin à un bail à usage mixte où la simple dénonciation du bail ne peut être requise<sup>129</sup>. De même, le congé est nécessaire en cas de bail verbal à durée déterminée<sup>130</sup>.

Toutefois, la jurisprudence elle-même admet une dérogation à cette règle de la nécessité du congé dans le cas par exemple où les parties s'accordent à ce que la libération des lieux se fasse sur simple demande du bailleur<sup>131</sup>. De même, la règle n'est obligatoire que si le locataire a droit au renouvellement ; dans le cas contraire, il y a lieu de se référer au droit commun déjà exposé notamment en ce qui concerne le bail à durée déterminée<sup>132</sup>.

Quant à la forme et au contenu du congé, il se fait en principe par acte extrajudiciaire et doit contenir les motifs de la résiliation du contrat sauf pour le bail dont la durée est subordonnée à la réalisation d'un événement qui permet au bailleur d'en demander la résiliation ; dans ce cas, la demande de résiliation ne requiert pas la précision du motif de cette résiliation, un motif qui est déjà connu au préalable : « la réalisation de l'événement ».

---

<sup>129</sup> CS n°88 du 11 octobre 1994 RDJM 2001 p.73.

<sup>130</sup> CA Mahajanga 2<sup>e</sup> section n°147, du 29 avril 1998 : Il s'agit du cas où le locataire d'un bail verbal conclu à durée déterminée a procédé à une rupture unilatérale du contrat sans donner préavis avant le terme du contrat. Le tribunal l'a condamné à payer des loyers basés non pas sur l'occupation effective mais sur le fait qu'il a rompu unilatéralement le bail à durée déterminée.

<sup>131</sup> CS n°45, du 11 août 1992 RDJM 2001 p.73.

<sup>132</sup> CA n°066, du 24 janvier 1973 RDJM 2001 p.72.

Le congé dans un bail commercial a pour effets de mettre fin au bail et d'éviter la demande de renouvellement par le locataire. Ainsi, la jouissance des biens peut prendre fin par l'effet de ce congé mais cette jouissance peut continuer au-delà du terme du bail.

## **B – LA DUREE EFFECTIVE DE LA JOUISSANCE**

Ainsi qu'il a déjà été évoqué, la durée effective de la jouissance désigne celle pendant laquelle le locataire a pu jouir des lieux loués. Cette durée peut se superposer à celle du contrat (1) mais dans la plupart des cas, la durée du contrat n'est qu'un point de référence de la jouissance en matière de bail commercial (2).

### **1– Superposition de la durée du contrat et celle de la jouissance**

La durée du contrat permet de connaître la délimitation des relations contractuelles des parties dans le temps ainsi que leur lien d'obligations. En règle générale, la détermination de cette durée suppose que le contrat prendra fin à l'arrivée du terme fixé. Cette cessation, ainsi qu'il vient d'être analysée, s'opère par l'effet d'un congé servi par l'une ou l'autre des parties. Le congé, il faut le rappeler, a pour effets de mettre fin au contrat de bail et d'éviter le renouvellement de celui-ci. Si le congé produit ses effets, la jouissance du locataire va cesser avec le bail résilié par l'effet du congé. Dans ce cas, le terme de la jouissance se coïncide avec celui du contrat et par conséquent, la durée effective de la jouissance rejoint celle du contrat de bail.

Le cas ne se présente pas toujours ainsi et même en interprétant la volonté du législateur dans la réglementation du bail commercial, l'on déduit que la durée du contrat n'est qu'un point de référence à la jouissance.

### **2– Durée du contrat : point de référence à la durée de la jouissance**

Si la durée du contrat peut être connue au moment de la conclusion du bail ou du moins présumée, il est difficile de déterminer au préalable pour quelle durée le locataire va-t-il occuper les lieux loués pour y exercer son droit de jouissance. L'ordonnance prévoit en fait un cas où la jouissance peut être abrégée par la volonté des parties, en outre, et en cas inverse, elle prévoit la possibilité de prolonger la jouissance du locataire.

### ***2-a. La diminution de la durée de la jouissance***

Si la jouissance s'exerce en principe en fonction de la durée du contrat, le législateur prévoit la possibilité pour les parties d'écourter cette durée de jouissance dans le cas d'un bail à périodes. C'est un contrat qui offre aux parties la faculté de donner congé à l'expiration d'une période convenue unanimement par elles et ce, par respect de la règle du congé précédemment exposée<sup>133</sup>. En droit français, à titre comparatif, cette faculté s'exerce à chaque période triennale selon les termes légaux<sup>134</sup>. Dans ce cas, si le congé produit ses effets notamment la cessation du bail, il faut en déduire que le locataire cesse son droit de jouissance en quittant les lieux par l'effet du congé. Par conséquent, la durée de la jouissance se voit écourtée par rapport à celle du contrat. Le cas inverse est aussi prévu.

### ***2-b. La continuation de la jouissance au-delà du terme***

En règle ordinaire du bail, le locataire devrait quitter les lieux du moment que le contrat arrive à son terme. Ceci connaît toutefois des dérogations dans les baux spéciaux, dont le bail commercial, où le législateur objecte d'assurer une stabilité du locataire dans l'exercice de son droit de jouissance. A cet égard, l'on verra plus loin que le législateur a posé le principe du renouvellement du bail commercial, une règle qui permet au locataire de poursuivre son activité dans les lieux loués et donc de continuer son droit de jouissance. En outre, le contrat à durée déterminée peut se poursuivre par tacite reconduction<sup>135</sup>. La tacite reconduction permet au locataire de se maintenir dans les lieux.

Dans l'un ou l'autre de ces cas, c'est-à-dire dans le cas d'un renouvellement ou d'une tacite reconduction, la durée du contrat se voit renouvelée et les parties se trouvent en présence d'un nouveau bail, mais la jouissance du locataire se poursuit à une durée supérieure : celle du bail précédent et celle du nouveau bail.

---

<sup>133</sup> Article 16 alinéa 4 de l'ordonnance 60-050 : « S'agissant d'un bail comportant plusieurs périodes, si le bailleur dénonce le bail à l'expiration de l'une des périodes, le congé doit être donné dans les délais prévues à l'alinéa premier ci-dessus ».

<sup>134</sup> Article 3-1 alinéa 2 du décret de 1953 : « A défaut de convention contraire, le preneur aura la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, dans les formes et délais de l'article 5 ».

<sup>135</sup> Article 16 alinéa 2 : « A défaut de congé, le bail fait par écrit se poursuit par tacite reconduction au delà du terme fixé par le contrat, conformément à l'article 1738 du code civil ..." »



Pour conclure, l'analyse du bail commercial en tant que régime spécifique permet :

- d'une part, d'identifier et de délimiter les pouvoirs respectifs des parties, tant au moment de la conclusion du contrat qu'au moment de son exécution
- d'autre part, de déduire que le régime du bail commercial laisse concourir l'application du droit commercial et du droit civil notamment en matière de règle de preuve, par l'application des théories de l'accessoire et des actes mixtes.
- Enfin, de faire jouer la volonté des parties dans la détermination de leurs obligations respectives sauf en matière de loyer.

Toutes ces particularités reposent sur la volonté législative d'offrir une protection au locataire.

**DEUXIEME PARTIE :  
BAIL COMMERCIAL : STATUT  
PROTECTEUR DU LOCATAIRE**

L'institution des statuts spécifiques des baux constitue une voie vers la protection juridique du locataire. En effet, si l'on fait un rappel de l'historique des législations spéciales sur les baux, leur naissance fut déclenchée par les conséquences de la première guerre et spécialement, de la crise immobilière qui a entraîné la pénurie de locaux aussi bien professionnels que d'habitation. Le bailleur a pu profiter de cette pénurie pour refuser le renouvellement du bail et pour le proposer à d'autres locataires avec un prix trop élevé ou même pour s'approprier de l'exploitation. Le locataire, qui doit s'installer se voit contraint d'adhérer aux conditions, mêmes abusives, du bailleur. Le droit commun est apparu insuffisant et inefficace pour empêcher de tel abus<sup>136</sup> par le bailleur. Le législateur est alors intervenu pour élaborer des législations spéciales compatibles à chaque destination du bail. Elles délimitaient les prérogatives des parties et aménageaient leurs rapports juridiques en assurant une protection du locataire. Ces législations spéciales constituent des régimes dérogatoires du bail en général. Le statut des baux commerciaux fournit l'exemple de cette dérogation (voir dans la première partie), une dérogation qui se confirme par l'aménagement de la protection du locataire. On remarque cet aménagement par la réglementation stricte du loyer commercial qui se révèle comme une protection indirecte du locataire. En outre, cette protection se réalise par la reconnaissance du principe du renouvellement en matière du bail commercial (chapitre I) et par l'institution d'autres mécanismes de protection (chapitre II).

---

<sup>136</sup> Il s'agit là d'un abus de droit de propriété et au détriment du locataire.

## **CHAPITRE PREMIER :**

### **LA PROTECTION PAR LE PRINCIPE DU RENOUVELLEMENT**

Cette protection constitue une protection directe du locataire et de son fonds contre les risques du refus du renouvellement. En effet, le locataire qui se heurte à de tel refus risque de rencontrer une moins value de son fonds. Il peut se heurter à une difficulté de réinstallation et corollairement, il court le risque de perdre sa clientèle qui est un élément essentiel du fonds. Afin de parer à ces inconvénients, l'ordonnance 60-050, inspiré de la loi française du 30 juin 1926, étendu à Madagascar en 1929, a posé le principe du renouvellement en matière de bail commercial ; un principe qui constitue l'exception dans le bail d'habitation. Ce principe a un caractère d'ordre public et ne peut être dérogé par des conventions, clauses ou stipulations contraires en vertu de l'article 36 de ladite ordonnance<sup>137</sup>. Ce principe, signifie que le locataire, à la fin du bail, a droit au renouvellement du bail ou à défaut, à une indemnité dite « d'éviction ». Ce n'est que dans des cas exceptionnels que le législateur écarte ce principe en n'octroyant ni renouvellement ni indemnisation. Ceci permet de diviser notre étude en deux sections :

- la première porte sur le droit au renouvellement ou à l'indemnisation ;
- la seconde aura pour objet d'étudier l'exclusion du principe de renouvellement.

#### **Section I : LE DROIT AU RENOUVELLEMENT OU A L'INDEMNISATION**

Le droit des baux commerciaux considère le renouvellement comme un droit acquis par le locataire. Ainsi, le locataire qui veut continuer la jouissance peut, à l'expiration du bail ou à la suite d'un congé donné par le bailleur, demander le renouvellement de son contrat. Le bailleur, de son côté, ne peut le refuser que contre versement d'une indemnité dite d'éviction au locataire, réparant ainsi les préjudices qui lui sont causés par le refus. Cette indemnité n'est donc que la conséquence du refus auquel a droit le bénéficiaire du renouvellement.

---

- <sup>137</sup> Article 36 de l'ordonnance 60-050 : « Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec au droit au renouvellement institué par la présente ordonnance ou aux dispositions des articles 26 et 27.

Il y a lieu de voir successivement ces deux procédures en deux ordres :

- En premier lieu, il y a lieu de développer le renouvellement du bail dans lequel on aura l'occasion de connaître les bénéficiaires de ce droit, les conditions de prétention ainsi que les procédures et les incidences du renouvellement sur le bail initial.
- En second lieu, l'on développera la question de l'indemnité d'éviction comme remplacement du droit au renouvellement.

### **Paragraphe I : LE RENOUVELLEMENT DU BAIL**

Le droit au renouvellement du bail est prévu par l'article 3 de l'ordonnance 60-050. Cet article fait état de liste des bénéficiaires du droit ainsi que les conditions requises pour prétendre à ce droit.

#### **A – LES BENEFICIAIRES DU DROIT AU RENOUVELLEMENT**

L'article susvisé énonce les personnes qui peuvent se prévaloir d'un droit au renouvellement ou à une indemnité d'éviction. Il s'agit à priori du locataire principal ou ses ayants droit mais le législateur reconnaît aussi ce droit à d'autres personnes.

##### **1- Le locataire principal et ses ayants droit**

En principe, le renouvellement du bail est invoqué par le locataire initial ou principal c'est-à-dire par celui qui a conclu le bail avec le bailleur. En d'autres termes, seul celui qui détient un titre locatif opposable au bailleur peut en bénéficier. En conséquence, ne peut être considéré comme locataire, l'occupant des lieux qui s'est constamment comporté comme propriétaire<sup>138</sup> ou un locataire qui a rompu unilatéralement le contrat et qui devient à cet effet un occupant sans droit ni titre<sup>139</sup>. Toutefois, les ayants droit du locataire principal<sup>140</sup> peuvent succéder aux droits de celui-ci et invoquer, par conséquent, le bénéfice du droit au renouvellement.

---

<sup>138</sup> CA Fianarantsoa n°107 du 25 septembre 1996 RDJM 2001 p.54 : en l'espèce, le juge se fondait sur le non paiement des loyers pour retenir cette conclusion. Par ailleurs, l'occupant étant considéré comme un occupant sans droit ni titre.

<sup>139</sup> CA Antananarivo, 8<sup>e</sup> section, n°428 du 15 Avril 1998 RDJM 2001 p.123 : le locataire se prétendait propriétaire de l'immeuble loué.

<sup>140</sup> L'ayant droit est celui qui a acquis un droit de la part du locataire principal soit en vertu d'une cession, soit en vertu de l'ouverture de la succession.

Outre le locataire principal ou ses ayants droits, l'ordonnance du 22 juin 1960 reconnaît, à d'autres personnes, cet avantage.

## **2- Les autres personnes**

L'ordonnance 60-050 octroie le bénéfice du droit au renouvellement à des personnes autres que le locataire principal ou ses ayants droit. En effet, l'article 3 en son alinéa 3 vise le cessionnaire du fonds tandis que l'article 21 de l'ordonnance vise le sous-locataire.

### ***2.a- Le cessionnaire***

Le cessionnaire est celui qui a acquis le droit au bail à la suite de la cession du fonds. La cession de bail en cas de cession de fonds est un acte légal posé même comme une règle d'ordre public ; la dérogation par une convention contraire étant impossible<sup>141</sup>. Ceci constitue un aménagement spécifiant le bail commercial car dans un bail d'habitation, elle ne peut s'effectuer qu'avec l'autorisation expresse du bailleur, au même titre que la sous location<sup>142</sup>. Le cessionnaire du fonds selon l'article 3 susvisé en son alinéa 3 peut se prévaloir des droits acquis par le cédant ; notamment du droit au bail et pourra ainsi demander le renouvellement du bail. Autrement dit, il faut concevoir que le cessionnaire du bail ait droit au renouvellement s'il est propriétaire du fonds. La doctrine ajoute que la cession doit être opposable au bailleur pour que le cessionnaire puisse faire valoir son droit au renouvellement auprès de ce dernier<sup>143</sup>.

Il faut faire la remarque que la cession de bail dont il est question est celle faite par le propriétaire du fonds et non celle résultant de la cession de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds. Dans ce second cas, la question qui est sujet à réflexion se pose de savoir si le cessionnaire de l'immeuble est soumis à l'obligation de renouvellement.

---

<sup>141</sup> Article 37 de l'ordonnance 60-050 : « Sont également réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, la conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur du fonds de commerce ou de l'entreprise ».

<sup>142</sup> Article 10 de l'ordonnance 62-100 : « Le locataire ne pourra, sans l'autorisation expresse du propriétaire, à peine de nullité du contrat passé entre eux, céder son bail ni sous louer... »

<sup>143</sup> Paul ESMEIN : « REGIME DES BAUX COMMERCIAUX » éd. LIBRAIRIES TECHNIQUES 1964 n°25 p.21.

### **2.b-Le sous-locataire**

La sous-location n'est opposable au propriétaire que si celui-ci l'y a autorisée et y a concouru. Le locataire principal qui, nonobstant le refus du propriétaire, consent une sous-location est considéré comme étant de mauvaise foi<sup>144</sup>. En revanche, le sous-locataire peut demander le renouvellement de son bail au locataire principal dans la mesure des droits que celui-ci tient du bailleur, selon les termes de l'article 21 de l'ordonnance 60-050 en son alinéa premier. Cela se justifie par le fait que le sous locataire n'est lié qu'indirectement au bailleur par la sous-location, ce dernier étant censé connaître l'existence de cette sous-location.

Le droit français envisage toutefois la possibilité du sous-locataire de s'adresser directement au bailleur principal pour invoquer le renouvellement de la sous-location. Cette faculté lui est reconnue dans le cas où le locataire principal est déchu de son droit<sup>145</sup>.

De ce qui précède, il existe donc quatre catégories de personnes qui peuvent demander directement le renouvellement du bail au bailleur : le locataire principal ou ses ayants droit, le cessionnaire du fonds en même temps cessionnaire du bail ou ses ayants droit. Le sous-locataire peut aussi s'en prévaloir auprès du locataire principal à concurrence du droit de celui-ci. Seulement, la prétention au droit au renouvellement est subordonnée à des conditions dont certaines ont déjà été évoquées.

## **B – LES CONDITIONS REQUISES POUR LE RENOUVELLEMENT**

Le renouvellement a pour principal avantage de permettre la continuité de la jouissance et de l'exploitation par le locataire. Il empêche ainsi le bailleur de rompre unilatéralement le contrat en fin de bail. Or, l'ordonnance 60-050 exige le respect de certaines conditions pour que les prétendus bénéficiaires puissent se prévaloir de leur droit au renouvellement.

Parmi ces conditions, celle qui est déjà soulevée est l'existence d'un titre locatif c'est-à-dire la qualité de locataire. Autrement dit, il faut qu'il y ait contrat de bail. Ainsi, la première condition est relative au contrat de base lui-même (1). En outre, l'ordonnance

---

<sup>144</sup> TPI Mahajanga n°565 du 25 septembre 1984 RDJM 2001 p.84.

<sup>145</sup> Il faut reconnaître que cette possibilité vise la sous-location régulière c'est-à-dire autorisée par le bailleur.

60-050 semble poser la condition relative aux biens, objet du renouvellement (2). La troisième condition est l'exigence d'une exploitation par le requérant (3). Et enfin, la dernière condition se rapporte à la durée de l'exploitation requise pour permettre la demande de renouvellement.

### 1 – Les conditions relatives au contrat de base

Ainsi qu'il est noté, seul un locataire peut invoquer le droit au renouvellement. Par conséquent, seront exclus les occupants sans titre et les propriétaires apparents. Il faut un contrat de bail à la base et que ce bail soit de nature commerciale<sup>146</sup>.

- Le bail commercial est un bail immobilier, ayant pour objet un immeuble, un local ou un terrain nu. Il ne profite pas ainsi au locataire de meuble ; ce qui explique l'impossibilité d'un locataire gérant d'invoquer le bénéfice du droit au renouvellement car son bail porte sur le fonds qui est un bien meuble<sup>147</sup>, et non, sur le local dans lequel est exploité ce fonds.

- Le bail commercial suppose aussi que l'occupation des lieux soit issue de la conclusion d'un contrat de bail et non en vertu d'un autre acte ne faisant pas acquérir le titre de locataire. Ainsi, l'occupation acquise avec l'autorisation du bailleur ne constitue pas un bail bien qu'elle ait été servie pour une exploitation commerciale. Elle ne permet pas le bénéfice du statut, tant du droit au renouvellement que des autres avantages<sup>148</sup>. De telle occupation rentre dans la catégorie de convention précaire pouvant être rompue à tout moment.

- Le bail commercial n'est ni un bail précaire<sup>149</sup> de courte durée ni un bail de longue durée pouvant conférer au locataire un droit réel. C'est ainsi que l'ordonnance 60-050 écarte de son champ d'application, les autorisations d'occupation précaire données par l'administration, qui peut être retirées à tout moment. De même, les baux emphytéotiques qui présentent pour leur titulaire un caractère quasi perpétuel. Les bénéficiaires ou les titulaires de ces autorisations et de ces baux ne peuvent prétendre à un droit au renouvellement auprès de l'administration ou du bailleur, en vertu de cette exclusion légale.

---

<sup>146</sup> Nous pouvons comprendre à travers la première partie ce qu'il faut entendre par contrat de bail commercial.

<sup>147</sup> Ce caractère mobilier du fonds de commerce s'explique par le fait que il n'est composé que de meubles corporels et incorporels

<sup>148</sup> Il faut préciser que le droit au renouvellement n'est pas le seule avantage dont peut bénéficier le locataire commercial ; il y a aussi le bénéfice du congé, de préavis : CA Antananarivo, 4<sup>e</sup> section, n°1016 du 26 Août 1998 RDJM 2001 p.55.

<sup>149</sup> La précarité suppose que l'occupation peut être rompue à tout moment et même qu'elle n'est pas génératrice de loyer véritable mais de simple. Elle peut même être gratuite.



## 2 – La condition relative à l'objet du renouvellement

Comme le renouvellement permet au locataire de continuer sa jouissance et son occupation, en se fondant sur cette continuité, le bail initial se poursuit par le renouvellement mais il doit porter sur les mêmes objets, sinon, on serait en face d'un nouveau bail, différent du bail initial. Par conséquent, le renouvellement en soi doit porter sur les mêmes biens, objet du bail à renouveler. Dans le cas contraire, c'est-à-dire, si la demande de renouvellement porte sur un local différent, même pour le même commerce, dans ce cas, il y aurait conclusion d'un nouveau bail.

## 3 – L'existence d'une exploitation

L'octroi du droit au renouvellement est subordonné à la condition de l'existence d'une exploitation soit d'un fonds commercial ou artisanal, soit de l'exercice d'une profession libérale, par le requérant. L'ordonnance du 22 juin 1960 n'exige pas le caractère personnel de l'exploitation mais il faut qu'elle existe, et en principe, elle doit s'apprécier à la date de la demande de renouvellement. Le droit français exige expressément le caractère effectif de l'exploitation<sup>150</sup>.

Le droit malgache est muet sur le caractère de l'exploitation, mais on peut envisager la logique qu'il doit s'agir de la même exploitation. En revanche, aussi bien le droit malgache que le droit français précise qu'il appartient au requérant de justifier ou de prouver l'existence de l'exploitation<sup>151</sup>.

Toutefois, l'ordonnance 60-050 dispense le locataire de la preuve de l'exploitation dans le cas où il n'a pas pu l'assurer personnellement pour un motif légitime. De même, si le locataire justifie qu'il a donné le fonds en location gérance ou l'immeuble, en sous location ; dans ces deux cas, il peut se prévaloir de la simple jouissance. La location gérance d'un fonds est, en effet, considérée comme une exploitation de celui-ci. La difficulté repose dans le sens à donner à l'expression « motif légitime » qu'use l'ordonnance 60-050. La jurisprudence française donne des illustrations des cas qui illustrent les motifs légitimes de non-exploitation<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Ce caractère effectif semble signifier en droit français comme l'existence d'une exploitation portant sur un même fonds : Civ 3<sup>e</sup> du 08 octobre 1970 Bull Civ III n°496 citée par CODE DES BAUX ET LOYERS. DALLOZ p684, et d'une exploitation continue.

<sup>151</sup> Cf. première partie section II p.

<sup>152</sup> Le faillite du locataire est considérée comme excusant la non exploitation Trib Civ Nantes, 1<sup>er</sup> avril 1956 D 1956. 247, l'expropriation : Civ 3<sup>e</sup> 25 juin 1970. D 1970.728 ; Bull Civ III n°442.

Enfin, l'ordonnance 60-050 permet au cessionnaire de se prévaloir des droits acquis par le cédant, et par conséquent, de se prévaloir de l'exploitation effectuée par le cédant.

Cette condition d'exploitation est liée à une condition de durée.

#### **4 – La durée de l'exploitation requise**

Le droit positif impose au requérant la condition d'avoir exploité les lieux pendant une certaine durée, pour pouvoir réclamer le bénéfice du renouvellement. Cette condition de durée diffère selon qu'il s'agit d'un bail écrit ou d'un bail verbal. En cas de bail écrit ou de baux écrits successifs, le demandeur en renouvellement doit avoir exploité le fonds ou exercé une profession libérale dans les lieux loués pendant au moins deux années successives. En deçà de cette durée, le renouvellement du bail écrit est inconcevable<sup>153</sup>.

Pour le renouvellement du bail verbal, la durée de l'exploitation requise est de quatre ans successifs. Autrement dit, pour un bail verbal, le demandeur au renouvellement doit avoir exploité dans les lieux loués pendant au moins quatre années successives pour prétendre le renouvellement.

Enfin, dans le cas où un bail verbal succède à un bail écrit, avant l'expiration des deux ans, la durée nécessaire est de quatre ans.

Ces durées sont issues de l'interprétation de l'article 3 de l'ordonnance 60-050 qui prévoit les conditions relatives au droit au renouvellement, en son alinéa premier<sup>154</sup>. Le délai est compté du jour de la prise de possession des lieux jusqu'au jour de l'expiration du contrat ou de sa reconduction. Plus exactement, le terme retenu pour le calcul de la durée est, soit la date de congé, soit le terme d'usage qui suivra la demande de renouvellement.

---

<sup>153</sup> CA n°005 du 10 novembre 1973 RDJM 2001 p.57.

<sup>154</sup> Article 3 alinéa 1 : « Le droit au renouvellement peut être invoqué par les locataires d'immeubles, de locaux ou de terrains définis à l'article premier ci-dessus, ainsi que par leurs cessionnaires ou ayants droits, tant à l'encontre des bailleurs originaires ou de leurs ayants cause qu'à l'encontre des cessionnaires desdits immeubles, locaux, terrains, à condition qu'ils justifient, soit de l'exploitation d'un fonds à caractère commercial, industriel, artisanal, soit de l'exercice d'une profession libérale, personnellement ou par l'intermédiaire de préposés, soit depuis deux années consécutives en vertu d'un ou plusieurs baux écrits successifs, soit depuis quatre années consécutives en vertu d'un ou plusieurs baux verbaux successifs, ou bien de baux verbaux ou écrits successifs ». En droit français, cette durée est de 3 ans précédant l'expiration du bail ou de sa reconduction sans faire de distinction entre baux verbaux ou écrits.

En somme, celui qui prétend à ce droit doit avoir exploité un fonds ou exercé une profession libérale dans le local ou l'immeuble loué pendant au moins, l'une de ces durées fixées suivant que le bail soit verbal ou écrit.

## **C- PROCEDURE ET INCIDENCES DU RENOUVELLEMENT SUR LE BAIL INITIAL**

Bien que le renouvellement soit le principe posé par le droit du bail commercial, il ne s'opère pas de façon automatique contrairement à la tacite reconduction<sup>155</sup>. En effet, sa mise en application requiert le respect de certaines conditions de déclenchement pour qu'il puisse produire ses effets.

### **1 – Le déclenchement du renouvellement**

En principe, le bail qui arrive à terme<sup>156</sup> peut être renouvelé lorsque le locataire le requiert. Ce renouvellement peut être déclenché à l'initiative du bailleur par la procédure de congé mais il peut aussi être initié par le locataire par une demande faite par lui.

#### ***1.a- Le déclenchement par le congé***

Quelle que soit la nature du bail, à durée déterminée ou à durée indéterminée, il ne cesse que par l'effet du congé. C'est ainsi un mécanisme obligatoire pour mettre fin à un contrat de bail commercial. Il constitue également un préalable au déclenchement du renouvellement du contrat. Il s'agit en l'occurrence du congé simple ou congé de renouvellement et non du congé de refus de renouvellement. Le second est qualifié de tel si le bailleur manifeste expressément sa volonté de refuser le renouvellement et de reprendre les lieux. En revanche, le congé simple, a pour objectif principal d'ouvrir la procédure de renouvellement<sup>157</sup>.

En général, c'est le bailleur qui prend l'initiative de mettre fin au contrat par voie de congé qui suscite la demande de renouvellement de la part du preneur.

---

<sup>155</sup> C'est la reconduction automatique du bail à défaut de congé à l'expiration du bail initial.

<sup>156</sup> Le terme traduit soit le terme du contrat à durée déterminée, soit le terme d'usage dans un contrat à durée indéterminée.

<sup>157</sup> CS n°40 du 12 mai 1987, RDJM 2001 p.100 et 101, CS n°203189 CI du 12 septembre 2000 : « Attendu que le congé simple est donné dans le seul but d'ouvrir une procédure de renouvellement, pour obtenir la modification des conditions du bail et est soumis à l'article 31 tandis que le congé pour refus de renouvellement, donné dans le but de mettre fin au contrat de bail et de reprendre les lieux, est soumis à l'article 32 »

### ***1.b- Déclenchement par la demande du locataire***

L'article 17 de l'ordonnance 60-050 précise qu'à défaut de congé, le locataire qui veut obtenir le renouvellement de son bail, doit en faire la demande, soit dans les six mois qui précèdent l'expiration, soit le cas échéant, à tout moment de sa reconduction. Toutefois, de telle demande peut aussi être nécessaire nonobstant l'existence d'un congé mais dans ce cas, la jurisprudence décide que la validité d'une demande de renouvellement consécutive à un congé est subordonnée à la validité de ce dernier<sup>158</sup>. La demande de renouvellement doit aussi être faite par acte extrajudiciaire suivant la prescription de l'alinéa 2 du même article<sup>159</sup> et doit être présentée au bailleur dans les 6 mois qui précèdent l'expiration du bail ou à tout moment d'un bail à durée indéterminée qu'il y ait ou non tacite reconduction. Par la suite, le bailleur a un délai de 3 mois pour faire connaître sa volonté de refuser ou non dans la même forme que la demande<sup>160</sup> comme ayant accepté le principe du renouvellement selon la même disposition.

## **2 – Les incidences du renouvellement sur le bail initial**

Lorsque le bailleur accepte d'octroyer le renouvellement du bail au locataire, cette procédure va permettre à ce dernier de poursuivre la jouissance des lieux loués. Relativement à cette jouissance du locataire, le renouvellement suppose la prorogation du bail initial. Toutefois, par rapport au bail initial, le renouvellement emporte constitution d'un nouveau bail.

### ***2.a- La prorogation du bail initial***

Cette conséquence est liée à la durée de la jouissance du locataire. Par la procédure de renouvellement, c'est la jouissance reconnue au locataire qui se poursuit. Au surplus, c'est la relation contractuelle elle-même qui est maintenue et qui se poursuit. C'est là une volonté des parties de prolonger le bail initial. Par ailleurs, le renouvellement doit s'opérer sur la base des clauses et des conditions du bail initial. Il y a ainsi maintien de ces clauses et conditions, qui confirme la prorogation. Autrement dit, le bail renouvelé n'est que la prolongation du bail initial expiré.

---

<sup>158</sup> CS n°8 du 14 janvier 1969 RDJM 2001 p.81.

<sup>159</sup> La demande de renouvellement doit être signifiée au bailleur par acte extra-judiciaire. Sauf stipulation ou notification contraire de la part de celui-ci, elle peut, aussi bien qu'à lui-même, lui être valablement adressée en la personne du gérant, lequel est réputé avoir qualité pour la recevoir, s'il y a plusieurs propriétaires la demande adressée à l'un d'eux vaut, sauf stipulation ou notifications contraires, à l'égard de tous.

<sup>160</sup> Article 17 alinéa 4 de l'ordonnance : « Dans les trois de signification de la demande en renouvellement, le bailleur doit, dans les mêmes formes, faire connaître au demandeur s'il refuse le renouvellement en précisant les motifs de ce refus. A défaut d'avoir fait connaître ses intentions, dans ce délai, le bailleur est réputé avoir accepté le principe du renouvellement au bail précédent ».

Il faut noter que de par cet effet du renouvellement, il y a une confusion entre cette procédure et le mécanisme de la tacite reconduction. En fait, la tacite reconduction est une règle généralement admise en matière de contrat à durée déterminée. Elle permet la poursuite de contrat arrivé à terme, dans les mêmes conditions. La tacite reconduction est généralement admise en matière de bail et elle constitue un renouvellement tacite du bail<sup>161</sup>. La différence avec la procédure de renouvellement proprement dite est que le contrat qui se renouvelle par la tacite reconduction devient un contrat à durée indéterminée pouvant être rompu par l'une ou l'autre des parties à tout moment, sous réserve de respecter les conditions légales et conventionnelles du bail initial. Eventuellement, le bénéficiaire du bail reconduit peut se prévaloir du droit au renouvellement.

Le bail renouvelé ne se confond pas toutefois avec le bail initial, c'est le bail initial qui est qualifié de nouveau bail ; c'est le second effet du renouvellement sur le bail initial.

### ***2.b- L'existence d'un nouveau bail***

Le renouvellement du bail a pour effet de donner naissance à un nouveau bail qui n'est que le bail initial renouvelé. Telle est la conséquence généralement admise par la doctrine, en qualifiant de nouveau bail, le bail renouvelé<sup>162</sup>. Le législateur malgache retient aussi cette expression qui traduit la qualité du bail renouvelé.

La question qui suscite réflexion c'est comment déterminer qu'il y a un nouveau bail. En effet, il est de principe que le renouvellement s'opère dans les mêmes clauses et conditions que le bail initial et que les parties maintiennent en principe ces conditions notamment, les clauses essentielles du bail telles la durée ou les clauses relatives au loyer<sup>163</sup>. Par ailleurs, le renouvellement doit porter sur les locaux ou immeubles objet du bail initial.

Il faut reconnaître que sous cet angle, la qualification de « nouveau bail » paraît déplacée dans la mesure où ce n'est que le contrat de base dans son état initial qui continue à courir dans les mêmes conditions.

---

<sup>161</sup> Sur la tacite reconduction. Voir : « REPERTOIRE DE DROIT CIVIL » ENCYCLOPEDIE DALLOZ 1955 ; Tome V p 303 à 305 : « la tacite reconduction a aussi pour effet de prolonger les relations contractuelles par la prise d'effet de la volonté tacite des parties ».

<sup>162</sup> Paul ESMEIN : « Régime des baux commerciaux ». Librairies Techniques 1964 n°35 p.31 ; Paul DIDIER : « Droit des Affaires » 1983 p.115 ; GROUPE REVUE FIDUCIAIRE : « Bail commercial » 2002 n°62 p.251 et 252.

<sup>163</sup> Le droit français est même assez stricte sur cette position et décide que la clause de loyer variable du bail expiré reste régir le bail renouvelé sans que le juge puisse la modifier sur la demande de l'une des parties : Voir note de Jehan-Denis BARBIER dans un arrêt de la Cour de Cassation française, 3<sup>e</sup> Civ du 29 Septembre 1999.www.

Néanmoins, le législateur même réserve la possibilité pour les parties de modifier les conditions du bail aux fins d'une adaptation aux circonstances. C'est ainsi que le loyer du bail renouvelé doit être ajusté à la valeur locative équitable (infra). De même, en principe, la durée du bail serait celle du bail antérieur mais l'ordonnance 60-050 prévoit la liberté des parties de changer d'accord mutuel cette durée, sans toutefois, excéder 9 ans<sup>164</sup>. A cet effet, une nouvelle durée commence à courir. L'existence de nouveau bail ne s'apprécie pas ainsi sur la modification ou non des conditions du bail expiré mais plutôt et surtout sur l'intervention d'une nouvelle durée qui commence à courir. Ce caractère nouveau du bail se justifie ainsi par cette durée qui implique le cours d'un nouveau bail.

## **Paragraphe II : LE DROIT A UNE INDEMNITE D'EVICITION**

Le principe du renouvellement signifie moins le droit du locataire d'obtenir le renouvellement mais plutôt le droit à l'indemnité d'éviction au cas où le bailleur refuse le renouvellement<sup>165</sup>. Cette indemnité répare le préjudice causé au locataire par le refus et elle est généralement versée en somme d'argent mais cela n'empêche pas, dans certains cas, le bailleur de donner un local de remplacement au locataire.

L'indemnité d'éviction peut se confondre avec les autres indemnités prévues par le statut. Ainsi, avant d'analyser la question de son évaluation réelle, il importe d'apporter une délimitation de la notion d'indemnité d'éviction.

### **A- DELIMITATION DE LA NOTION D'INDEMNITE D'EVICITION**

Si l'on donne une définition littérale aux termes : « indemnité d'éviction », c'est une indemnité ou une somme d'argent versée au locataire, en réparation de l'éviction qui lui est causée. Cette éviction consiste en la perte d'un droit au renouvellement à la suite d'un refus par le bailleur. Elle n'est donc due que s'il y a eu refus de renouvellement. Il faut toutefois noter que l'ordonnance 60-050 prévoit trois catégories d'indemnité dont

---

<sup>164</sup> Article 18 alinéa 1 : « En cas de renouvellement, et sauf accord des parties, la durée du nouveau bail doit être égale à la durée contractuelle du bail venu à expiration, sans qu'elle puisse être supérieure à neuf ans »

<sup>165</sup> Article 4 alinéa : « Le bailleur peut refuser le renouvellement à charge de verser une indemnité d'éviction au locataire ».

l'indemnité d'éviction. La délimitation du sens à donner à l'indemnité d'éviction contraint à la distinguer des autres indemnités prévues. Cette distinction est fondée, en premier lieu, sur la nature juridique de l'indemnité d'éviction et, en second lieu, sur les éléments qui la composent.

### **1- La nature juridique de l'indemnité d'éviction**

Il s'agit de savoir à quel titre est versée l'indemnité d'éviction : est-ce qu'elle consiste en une sanction ou en un dommage-intérêt ? Afin de pouvoir tirer une conclusion, il importe de s'appuyer sur le fondement de l'indemnité d'éviction.

#### ***1.a- Le fondement de l'indemnité d'éviction***

L'indemnité d'éviction est le droit du locataire qui substitue au droit au renouvellement. Ainsi, son fondement serait le même que celui du renouvellement. En effet, le locataire, qui demande le renouvellement de son bail, y a intérêt pour continuer son exploitation. Le défaut de renouvellement peut lui causer un préjudice grave au sens que de tel refus suppose que le locataire doit quitter les lieux. A cet effet, il peut se heurter à une difficulté voire même à une impossibilité de réinstallation et qui conduirait à une perte d'une partie ou de la totalité de la clientèle. De cela peut résulter une dévalorisation ou même une perte du fonds de commerce. Face à ces torts causés par le refus, au locataire, le législateur a estimé que le locataire qui se voit opposer à un refus de renouvellement peut invoquer à la place de son droit au renouvellement, un droit à une indemnité au bailleur de par le sens de l'article précité. Ainsi, on peut concevoir que l'indemnité d'éviction constitue un dédommagement du locataire.

#### ***1.b- Indemnité d'éviction : un dédommagement***

C'est la déduction que l'on peut relever du fondement de l'octroi d'une indemnité d'éviction. Elle s'analyse en un dommage-intérêt versé au locataire afin de réparer les préjudices résultant du refus. Elle doit être distinguée de l'indemnité prévue par l'alinéa 5 de l'article 8, de l'ordonnance 60-050<sup>166</sup>. Cette disposition prévoit, en effet,

---

<sup>166</sup> Sauf motif légitime, le bénéficiaire de la reprise doit occuper personnellement les lieux dans un délai de 6 mois, à dater du départ du locataire évincé et pendant une durée minimum de 5 ans. Pendant ce même délai de 5 ans, le local ne peut être affecté à un usage commercial, industriel, artisanal ou à l'exercice d'une profession libérale pour quelque motif que ce soit. En cas d'infraction à ces dispositions, le locataire évincé aura droit à l'indemnité prévue à l'article 4 (indemnité d'éviction) sous déduction toutefois de l'indemnité déjà perçue au titre du précédent alinéa.

une indemnité à titre de sanction reposant sur une faute ou une infraction du bailleur ne respectant pas son droit de reprise et les obligations en résultant. Ces obligations consistent en l'occupation personnelle des locaux pendant les 5 ans suivant la reprise et la non-affectation des locaux objet de la reprise à un usage similaire à ce qu'a fait le locataire évincé<sup>167</sup>.

En revanche, l'indemnité d'éviction est due par le bailleur sans qu'il ait commis aucune faute pour donner lieu à un préjudice<sup>168</sup>. En outre, si l'indemnité prévue à l'alinéa 5 sanctionne une faute du bailleur, postérieure à l'éviction, l'indemnité d'éviction, comme son nom l'indique est liée à l'éviction du locataire. Plus exactement, elle constitue une obligation du bailleur, engendrée par le refus de renouvellement.

Une autre distinction peut être soulevée en se fondant sur les éléments composant l'indemnité d'éviction.

## **2- Les éléments composant l'indemnité d'éviction**

L'ordonnance 60-050 ne donne pas une définition précise de l'indemnité d'éviction. Elle ne fait qu'énumérer les éléments qu'elle doit comprendre. Selon l'article 4 alinéa 2, elle comprend la valeur marchande du fonds augmentée des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à acquitter pour un fonds de même valeur. On peut ainsi envisager qu'en principe, l'indemnité d'éviction doit comprendre la somme de ces valeurs. Toutefois, le même article offre la possibilité au bailleur de prouver que le préjudice subi est moindre, pour obtenir une diminution de charge d'indemnité.

Le législateur a toutefois estimé que l'indemnité peut être une charge lourde pour le bailleur et il peut être amené à préférer le renouvellement plutôt que la reprise<sup>169</sup>. Par conséquent, il a limité la teneur de l'indemnité d'éviction à payer par le bailleur, à la seule indemnité de transfert de fonds, donc, aux seuls frais de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à acquitter pour un fonds de même valeur, sans comprendre la valeur marchande du fonds.

Il s'agit ainsi, d'une indemnité réduite, qui n'est possible qu'en cas de reprise pour reconstruire. Le législateur autorise même le bailleur à s'y soustraire à condition

---

<sup>167</sup> CS n°17 du 08 février 1977 RDJM 2001. P.66 et CS n°7 du 13 janvier 1987 RDJM 2001 p.66.

<sup>168</sup> Jean Derrupé : « BAUX COMMERCIAUX » 1996 p.81.

<sup>169</sup> L'on vise le cas où le bailleur reprend le local pour reconstruire : exposé des motifs de l'ordonnance 62-112 du 01/08/62 JO n° 248 du 12/10/62 portant modification de l'ordonnance 60-050.



d'offrir au locataire un local correspondant à ses besoins et situé à un emplacement équivalent.

Il faut conclure que la notion d'indemnité d'éviction traduit celle due au locataire en réparation des préjudices que peut lui causer le refus de renouvellement. L'évaluation réelle de cette indemnité est le second point principal.

## **B- L'ÉVALUATION DE L'INDEMNITE D'ÉVICTION**

Le législateur n'a pas prévu les méthodes d'évaluation de l'indemnité d'éviction. Il pose juste le principe que celle-ci doit être égale au préjudice subi. En conséquence, l'évaluation tiendra compte de la valeur de ce dommage mais cette évaluation est du pouvoir du juge c'est-à-dire qu'elle est judiciaire.

### **1- Critère d'évaluation : le dommage subi**

A la lecture de l'article 4 alinéa 2, susvisé de l'ordonnance 60-050, le dommage équivaut à la valeur marchande du fonds augmentée des frais divers, mais il peut être moindre selon les cas. Dans tous les cas, le dommage serait la conséquence de la privation du local sur l'exploitation du locataire. L'on peut ainsi envisager deux cas :

- Quand l'emplacement joue un rôle prépondérant dans l'attraction et le maintien de la clientèle<sup>170</sup>, but de l'exploitation et élément essentiel du fonds<sup>171</sup>, sa privation entraînerait, pour le locataire évincé, la disparition du fonds en raison de la perte de clientèle attachée au lieu de situation, au point que la réinstallation s'avère impossible.
- En revanche, lorsque la privation du lieu n'entraîne pas pour le locataire la perte de clientèle et permet ainsi le maintien du fonds, il est alors contraint de procéder au déplacement de son fonds dans un autre local. Dans ce cas, il perd la jouissance du local repris et par conséquent de son droit au bail.

L'intensité du dommage se mesure ainsi par la possibilité de réinstallation ou non du locataire. En cas de réinstallation, l'on peut aussi tenir compte de la zone ou de la proximité de la réinstallation par rapport à l'exploitation initiale. Quoiqu'il en soit, l'indemnité d'éviction est évaluée en fonction du dommage subi.

---

<sup>170</sup> C'est surtout le cas des commerces dits de quartier ou de proximité.

<sup>171</sup> Voir supra

## 2- Evaluation proprement dite

La détermination de l'indemnité à devoir par le bailleur relève du ressort de la juridiction des référés qui peut recourir à des mesures d'expertise pour la détermination suivant les dispositions de l'alinéa 3 et 4, de l'article 31 de l'ordonnance 60-050<sup>172</sup>.

Le juge peut ainsi se baser sur le rapport des experts pour l'évaluation qui tiendra ainsi compte du dommage constaté. L'évaluation correspondra essentiellement, soit au remplacement du fonds, soit au déplacement dudit fonds.

Dans le premier cas, le locataire se voit contraint de céder son fonds en raison de l'attachement de la clientèle au lieu de situation du fonds et en raison de l'impossibilité d'un transfert à faible distance. Dans ce cas, le bailleur devra lui payer une indemnité compensant cette cession du fonds et qui traduit la valeur marchande du fonds auquel le législateur fait référence<sup>173</sup>. Cette valeur marchande devra nécessairement comprendre la valeur du droit au bail dont est privé le locataire ou de celle du pas de porte versé lors de la conclusion du contrat en contrepartie de l'octroi du droit au bail.

En revanche, dans le second cas, cette valeur marchande serait réduite à la seule valeur du droit au bail car le locataire conserve son exploitation et qui constituerait l'indemnité principale. Celle-ci doit être augmentée des frais de déplacement du fonds et de réinstallation en cas de déplacement du fonds.

En conséquence, le bailleur sera tenu d'une indemnité comprenant, soit la valeur marchande du fonds, soit la valeur du droit au bail qui sont considérées comme principales, mais qui peuvent être augmentées des frais accessoires tels les frais de déplacement et de réinstallation ou les frais de mutation en cas d'acquisition de nouveau fonds par le locataire.

---

<sup>172</sup> Article 31 alinéa 3 : « Lorsque le locataire peut prétendre à une indemnité d'éviction, la partie la plus diligente peut, avant même l'expiration du délai prévu au présent article, saisir le juge statuant en matière de référés pour ordonner les mesures d'expertises nécessaires alinéa 4 : « Le rapport d'expertise doit être déposé au greffe dans un délai maximum de deux mois. Il est joint à la procédure diligentée devant le tribunal civil qui statue au fond après son dépôt.

<sup>173</sup> La valeur marchande du fonds est le prix que pourrait obtenir le locataire par la vente du fonds : Paul ESMEIN : « REGIME DES BAUX COMMERCIAUX »

## **Section II : L'EXCLUSION DU PRINCIPE DU RENOUVELLEMENT**

Le principe du renouvellement qui oblige le bailleur à renouveler ou à indemniser le locataire, est un principe d'ordre public, ne pouvant être écarté par des clauses contraires<sup>174</sup>. Néanmoins, la même ordonnance prévoit une exception à ce principe ; une exception qui reconnaît au bailleur la possibilité d'y déroger et d'être libéré de cette obligation. Il faut toutefois reconnaître que de telle exception fait échec aux droits du locataire qui ne pourrait obtenir ni renouvellement, ni indemnisation. Afin de parer aux inconvénients du refus sans indemnité au locataire, l'ordonnance 60-050 soumet cette exception à une règle de procédure tout comme en matière de renouvellement. Il importe ainsi de voir en premier lieu les justifications de cette exclusion légale et en second, la règle de procédure à suivre.

### **Paragraphe I : LES JUSTIFICATIONS DE CETTE EXCLUSION**

L'exclusion du principe du renouvellement trouve ses justifications dans l'article 5 de l'ordonnance 60-050 en son alinéa 2. Cet article vise deux cas bien distincts : d'un côté, l'existence de motifs graves et légitimes que le bailleur peut invoquer à l'encontre du locataire ; d'un autre côté, le cas d'insalubrité ou de caractère dangereux des lieux loués.

#### **A- L'EXISTENCE DE MOTIFS GRAVES ET LEGITIMES**

En vertu de la disposition sus-visée, le bailleur peut refuser le renouvellement du bail sans être tenu au paiement d'aucune indemnité, s'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du locataire sortant. Le législateur s'est limité à poser la condition sans en délimiter le sens et la portée. Cette omission du législateur reflète sa volonté de laisser au juge le soin de définir la notion de motif grave et légitime. Dans tous les cas, l'on peut comprendre qu'il s'agit d'un grief contre le locataire et qui suppose l'existence d'une faute grave de celui-ci justifiant le refus sans indemnité. La jurisprudence révèle, à travers les cas existant, une confusion de la notion avec celle de la faute contractuelle

---

<sup>174</sup> Article 36 de l'ordonnance 60-050 : « Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations, et arrangements qui auraient pour effet de faire échec au droit au renouvellement institué par la présente ordonnance ou aux dispositions des articles 26 et 27 ».

mais la notion de motifs graves et légitimes justifiant le refus sans indemnité peut être étendue.

### **1- Confusion des cas de motifs graves avec la faute contractuelle**

La notion de faute contractuelle est celle prévue à l'article 169 de la LTGO<sup>175</sup>. Il s'agit de l'inexécution d'une obligation contractuelle engageant la responsabilité contractuelle de la partie défaillante et pouvant entraîner la résiliation ou la résolution du contrat. En matière de bail commercial, les cas d'inexécution de ses obligations contractuelles par le locataire sont considérés, aussi bien en droit malgache qu'en droit français<sup>176</sup> comme des motifs graves légitimant le refus sans indemnité. Cette inexécution peut se traduire en termes d'omission ou de commission. Tel est le cas du non-paiement des loyers qui est l'obligation principale du locataire<sup>177</sup>. De même, la modification des lieux loués<sup>178</sup> ainsi que le changement de la destination des lieux<sup>179</sup> sans l'accord du bailleur sont considérés comme des cas de motifs graves et légitimes de refus sans indemnité. En outre, le juge, dans tous ces cas, a prononcé la résiliation du contrat. Une nuance doit ainsi être faite dans la mesure où les deux mécanismes, voire celui du refus sans indemnité et celui de la responsabilité contractuelle, reposent sur une faute de nature à engager la responsabilité de la partie auteur de la faute. La différence réside dans le fait que le grief pour refus sans indemnité n'est qu'une action du bailleur contre le locataire mais ne peut être l'inverse.

Il faut en déduire que, à priori, la notion de motif grave et légitime peut se joindre à celle de la faute contractuelle traduisant l'inexécution de son obligation par le locataire mais cette notion peut être étendue à des fautes de nature différente.

### **2- Extension de la notion de motifs graves de refus sans indemnité**

Malgré l'absence de cas jurisprudentiels autres que ceux précédemment énumérés, le pouvoir d'interprétation reconnu au juge permet d'admettre qu'il peut tenir compte des faits étrangers à l'obligation contractuelle, mais qui est d'une certaine

---

<sup>175</sup> « Si l'un des contractants n'exécute pas ses obligations dans les conditions convenues, l'autre partie peut demander la résolution ou la résiliation judiciaire du contrat et, éventuellement, des dommages-intérêts.

<sup>176</sup> Paul ESMEIN : « Le régime des baux commerciaux » : Librairies techniques 1964 n°54 et 55 ; Guide de Gestion : « Le bail commercial » GRF 2002 p.295 à 300.

<sup>177</sup> CA Antananarivo, 4<sup>e</sup> section, n°697 du 10 juin 1998 RDJM p.79 ; CS n°140196 du 22 Août 2000, BACSM n°163 p.90.

<sup>178</sup> TPI Mahajanga n°611 du 9 octobre 1984 RDJM 2001p.79.

<sup>179</sup> CS N°78 du 13 septembre 1983 RDJM 2001 p.87.

gravité pour permettre au bailleur le refus de renouvellement. En fait, la condition requiert l'existence d'une certaine gravité. Cette gravité peut être appréciée par l'intensité du dommage subi par le bailleur à l'issue de la faute. Il faut admettre que du moment que la faute du locataire serait de nature à entraver les intérêts du bailleur, cette faute sera légitime pour justifier le refus. La faute peut consister en des attitudes injurieuses du locataire ou de ses proposés tel qu'il est admis en droit français<sup>180</sup>.

Par ailleurs, relativement aux conditions requises pour bénéficier du principe du renouvellement, l'on peut reconnaître au bailleur la faculté d'invoquer le manquement du locataire à l'une des conditions requises pour prétendre au renouvellement ou à l'indemnité d'éviction. Tel est par exemple le cas où le locataire ne remplit pas la durée d'exploitation nécessaire ou qu'il ne justifie pas d'une immatriculation au registre du commerce.

Il faut en conclure que la notion de motifs graves et légitimes constitue un champ d'application de l'article 169 de la LTGO précitée mais que cette notion peut s'interpréter largement par les tribunaux et sortir ainsi du cadre strict des obligations contractuelles. Le critère déterminant à retenir est qu'il y ait une faute du locataire, présentant une certaine gravité. L'appréciation de cette faute et de sa gravité relève du pouvoir du juge. Ce premier motif tient des attitudes du locataire, mais le bailleur peut invoquer un motif relatif à l'état de l'immeuble ou des lieux loués.

## **B- LE CARACTERE INSALUBRE OU DANGEREUX DES LIEUX LOUES**

C'est le second motif exigé par l'article 5 sus-visé pour justifier le refus sans indemnité<sup>181</sup>. Ces conditions révèlent la nécessité de reprise sans que l'occupation des lieux ne puisse se poursuivre. De là résulte que l'établissement desdites conditions, entraînerait ainsi l'expulsion ou le départ du locataire sans aucune indemnité. C'est à cet effet que l'établissement de l'un de ces seconds motifs est soumis à une certaine condition.

---

<sup>180</sup> Com du 7 octobre 1958 Bull Cass 1958, 3, 277, Com du 10 octobre 1961 Bull Cass 1961, 3.304 cité par Paul ESMEIN dans : « Le régime des baux commerciaux » 1964 ibid.

<sup>181</sup> « Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail sans être tenu au paiement d'aucune indemnité s'il est établi que l'immeuble doit être totalement ou partiellement démoli, comme étant en état d'insalubrité reconnue par l'autorité administrative, ou s'il est établi qu'il ne peut plus être occupé sans danger en raison de son état ».

## 1- Les conditions de l'insalubrité ou de la ruine des lieux

Généralement, un immeuble ou un local est insalubre lorsqu'il présente une menace pour la santé des voisins ou des occupants tel que l'exige l'article 15 de l'ordonnance 62-072 du 29 septembre 1952 portant codification des textes législatifs concernant la santé publique<sup>182</sup>.

En revanche, le caractère dangereux d'un immeuble se traduit par sa détérioration tel qu'il ne pouvait plus être occupé sans danger<sup>183</sup>.

Ces conditions sont délicates que leur établissement ne peut être laissé à la seule appréciation du bailleur. En effet, la constatation de l'insalubrité du local ou de l'immeuble requiert l'intervention de l'autorité administrative. Autrement dit, l'insalubrité ne peut être établie que sur décision de l'autorité administrative telle qu'il est désigné dans l'article 15 du code de la santé publique et telle que l'exige l'article 5 de l'ordonnance 60-050 précité. Cette condition d'insalubrité exclut ainsi l'intervention du juge du fond qui ne peut apprécier la validité d'une décision administrative. Par ailleurs, la détérioration du local ou de l'immeuble au point « de ne pouvoir plus être occupé » est laissée à l'appréciation du juge, qui dans la majorité des cas, repose sa décision sur un rapport d'expertise. L'expertise est, en effet, nécessaire pour apprécier l'état des lieux pour constater le délabrement ou non des lieux.

Ces deux conditions diffèrent « ainsi dans l'autorité » compétente pour leur établissement. L'état d'insalubrité ne peut être constaté que par une autorité administrative alors que le caractère dangereux relève du pouvoir d'appréciation du juge sur rapport d'expertise. En revanche, lorsqu'il est prononcé sur l'établissement de l'une ou l'autre de ces conditions, les conséquences sont les mêmes.

## 2- Les conséquences de l'établissement de l'un de ces motifs

Lorsqu'une décision administrative établit le caractère insalubre des lieux loués ou lorsque le juge se prononce sur la nécessité de réparation de ces lieux, ces décisions auront pour principal effet d'ordonner « au locataire de libérer les lieux ». Le départ du locataire intervient dans ces cas sans qu'aucune indemnité ne lui soit payée<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Cette ordonnance est paru dans le journal officiel JORM de 1962 p.2239 : Article 15 prévoit dans ces premiers termes : « Lorsqu'un immeuble bâti ou non, attenant ou non sur la voie publique constitue, soit par lui-même, soit par les conditions dans lesquelles il est occupé, un danger pour la santé des occupants ou des voisins... »

<sup>183</sup> CS n°17 du 26 mars 1996 RDJM 2001 p.60.

<sup>184</sup> CA Antananarivo n°618 du 13 Août 1975 ; CA Antananarivo, 8<sup>e</sup> section, n°783 du 29 juin 1998 ; RDJM 2001 p.61.

La décision d'expulsion n'accompagne pas toutefois la décision administrative ou judiciaire mais elle doit faire l'objet d'une demande introduite devant le juge des référés qui tranchera<sup>185</sup>.

La réflexion qui mérite d'être suscitée soulève le cas où les dégradations des lieux résultent des faits du bailleur. Dans ce cas, la disposition de l'article 5 de l'ordonnance 60-050 semble injuste et inéquitable pour le locataire. C'est une possibilité que le législateur doit prévoir.

## **Paragraphe II : LES REGLES DE PROCEDURE**

Comme en matière de renouvellement, le bailleur qui décide de refuser le renouvellement sans payer aucune indemnité doit notifier un congé de refus de renouvellement au locataire. Cette notification laisse à ce dernier la prérogative de se manifester par cette décision de refus.

### **A- LA NOTIFICATION D'UN CONGE DE REFUS AU LOCATAIRE**

Le refus de renouvellement sans indemnité traduit la volonté du bailleur de mettre fin au bail. Il constitue une action rédhitoire intentée par la procédure de congé conformément à l'article 16 de l'ordonnance 60-050<sup>186</sup>. Le congé doit contenir le motif du refus. C'est-à-dire l'un des motifs analysés précédemment. C'est ce qui permet de le distinguer ou de discerner la volonté du bailleur<sup>187</sup>. C'est à cet effet sur la base du motif que l'on peut apprécier la volonté du bailleur de refuser le renouvellement sans payer d'indemnité. Ainsi, bien que le cas constituant des motifs légitimes de non-renouvellement puisse servir de fondement d'une action en résiliation ou en résolution, c'est la règle du congé, une action extra-judiciaire, qui est applicable quand le grief consiste à refuser le renouvellement. Ce congé doit être notifié au locataire 6 mois avant l'expiration du bail ou avant le terme des usages des locaux. Il ne s'agit pas ainsi d'une

---

<sup>185</sup> C'est l'ordonnance 62-072 qui reconnaît cette compétence du juge des référés en son article 16 ; CA 1<sup>ère</sup> section n°251 du 25 mai 1966.

<sup>186</sup> Voir supra.

<sup>187</sup> En effet, la volonté du bailleur de déclencher la procédure de renouvellement ou celle du refus est identifiée dans le motif du congé.

action en justice mais qui ouvre toutefois le droit au locataire d'introduire une action en justice.

## **B- LES ACTIONS LAISSEES AU LOCATAIRE**

Ainsi qu'il a été dit, le congé de refus de renouvellement fondé sur les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance 60-050 a pour objet de mettre fin au contrat sans que le bailleur ait à payer une quelconque indemnité. En conséquence, le locataire se verra privé des prérogatives accordées par le statut ; une conséquence qui lui est préjudicieux<sup>188</sup>.

En outre, l'ordonnance 60-050 ne lui réserve pas un dédommagement ne serait-ce que dans le cas de reprise pour démolition qui peut résulter d'une situation étrangère au locataire. Afin d'atténuer cette situation éventuelle du locataire, le législateur lui réserve une action en assignation du bailleur devant le tribunal. Cette action transforme la procédure en une procédure judiciaire. Elle peut avoir pour objet soit la contestation du motif invoqué par le bailleur en vue de l'annulation du congé, soit la demande de paiement d'indemnité compensant le refus. Le législateur permet au locataire de se prévaloir de cette action dans un délai de 3 mois à compter de la date de la notification du refus par le bailleur. Si le locataire n'agit pas dans ce délai légal, il serait déchu de son droit et le congé délivré produira les effets voulus<sup>189</sup>.

La saisine du juge par l'action en assignation faite par le locataire laisse ce premier apprécier de la validité du congé et de ses conséquences. Si le juge constate l'absence de fondement du refus, il peut ordonner le versement d'une indemnité d'éviction par le bailleur. En revanche, dans le cas où le locataire est forclos ou que le congé de refus sans indemnité est reconnu fonder, par le juge, celui-ci a tendance à résilier le contrat de bail en se prononçant sur l'expulsion du locataire. Ce dernier, dans des cas particuliers, peut bénéficier d'un droit d'être réinstallé.

---

<sup>188</sup> Le locataire va se heurter aux difficultés normalement rencontrées en cas de refus voire la difficulté de réinstallation, la perte de l'exploitation.

<sup>189</sup> CA d'Antananarivo, 8<sup>e</sup> section, n°444 du 20 avril 1998 ; CA Antananarivo, 8<sup>e</sup> section, n°269, 16 mars 1998 ; CA Mahajanga, 2<sup>e</sup> section, n°391 du 25 novembre 1998 RDJM 2001 p.104.



## **CHAPITRE II : LES AUTRES MECANISMES DE PROTECTION**

Outre le droit de renouvellement, reconnu, comme système de protection directe du locataire, le statut institue d'autres mécanismes tendant au même objectif. En effet, l'ordonnance 60-050 octroie au locataire certains droits au cas où le bailleur exerce son droit de reprise. Par ailleurs, le statut tend à protéger le locataire par la réglementation du loyer commercial.

### **Section I : LES DROITS RECONNUS AU LOCATAIRE**

Dans tout contrat de bail, il est de règle que le bailleur puisse reprendre les lieux loués à la fin du contrat. Le statut des baux commerciaux vise à éviter que le bailleur exerce ce droit de reprise, par l'institution du principe du renouvellement. Toutefois, l'existence de tel principe n'empêche en aucun cas le bailleur de s'en prévaloir en refusant le renouvellement pour un motif quelconque, sans que l'ordonnance 60-050 ait édicté une interdiction de motif comme le reconnaît le juge<sup>190</sup>. La seule restriction que l'on rencontre en cas de refus est le cumul de motifs<sup>191</sup>. Ainsi qu'on l'a analysé, la reprise par le bailleur peut être préjudiciable pour le locataire ; un préjudice qui peut être lourde si celui-ci n'aurait droit à aucune indemnité. Afin de préserver l'intérêt du locataire, le législateur lui réserve des prérogatives qu'il peut user dans deux cas de reprise. Il s'agit du droit de contrôle en cas de reprise personnelle et du droit de priorité en cas de reconstruction.

#### **Paragraphe I : DROIT DE CONTROLE DU LOCATAIRE**

Ce droit est reconnu au locataire dans le cas où le bailleur a décidé la reprise des lieux pour usage personnel. Le droit de contrôle du locataire présente la caractéristique d'être en même temps un contrôle a priori et a posteriori. Il importe d'expliquer cette double nature du contrôle c'est-à-dire pourquoi dit-on que c'est un contrôle a priori et pourquoi est-ce un contrôle a posteriori.

---

<sup>190</sup> CS n°53 du 25 Août 1992 RDJM 2001 p.58

<sup>191</sup> CS n°15 du 09 février 1988 RDJM 2001 P.64 ; CS n°33 du 28 juin 1994 et CS n°61 du 11 mai 1993 RDJM 2001 p.75.

## A- C'EST UN CONTROLE A PRIORI

Le droit de contrôle du locataire est d'abord a priori c'est-à-dire exercé avant même que le bailleur puisse se voir accorder la reprise des lieux. Ce contrôle, affirme le juge, est un contrôle formel et indirect par l'objet auquel il porte et par sa mise en œuvre<sup>192</sup>.

### 1- L'objet du contrôle

Le caractère a priori du contrôle fait qu'il ne s'exerce pas directement sur la reprise mais sur le préalable nécessaire à celle-ci. En effet, le droit de reprise est exercé par la notification du refus de renouvellement au locataire par l'acte formel de congé. Le législateur impose que cet acte contienne le motif du renouvellement, donc de la reprise. Le locataire qui a reçu la notification peut en contester le motif en assignant le bailleur devant le tribunal. Ainsi, le contrôle a priori a pour premier objet, l'acte de congé et son contenu. C'est pour cela qu'il est qualifié de « formel ». La procédure de mise en œuvre du contrôle est ainsi l'action en contestation du congé.

### 2- Mise en œuvre par l'action en contestation du congé

Cette faculté est conférée, par l'ordonnance 60-050, au locataire, en son article 32 alinéa 1 dans un délai de 3 mois à compter de la date de réception du congé de refus par lui. Il s'agit là de lui permettre de constater la validité dudit congé qui lui est délivré<sup>193</sup>. Cette action en contestation délègue le pouvoir de contrôle au juge qui appréciera la régularité ou non, du congé. C'est pour cette raison qu'est justifié le caractère indirect de ce contrôle a priori, bien qu'étant initié par le locataire. C'est à cet effet que les décisions jurisprudentielles précitées prohibent le cumul de motif d'un congé...le rendant nul ou le non-respect du délai légal du congé qui entraîne le report de ses effets. En définitive, ce n'est que quand le juge reconnaît la régularité du congé, que le bailleur exerce effectivement sa reprise, qui est soumise à certaines conditions. Encore est-il que le législateur permet au locataire de contrôler la reprise par le bailleur après le constat de la

---

<sup>192</sup> CA n°772 du 08 Août 1973 RDJM 2001 p.65.

<sup>193</sup> La validité du congé est subordonnée à deux conditions : la notification dans le délai légal et l'existence de motif équitable et légitime.

régularité du congé. Il s'agit d'un contrôle a posteriori exercé en cas de reprise personnelle pour habiter.

## **B- CONTROLE A POSTERIORI DU LOCATAIRE**

Ce droit du locataire est tiré de la lecture de l'article 8 de l'ordonnance 60-050 traitant des conditions de la reprise pour habiter. Il est exercé à la suite d'un congé régulier de refus par le bailleur. Afin de le distinguer du contrôle a priori, il échet de définir son objet et son intérêt.

### **1- L'objet du contrôle**

Le contrôle a posteriori permet au locataire évincé par le refus, de contrôler la réalisation des motifs invoqués pour la reprise personnelle et plus précisément, la réalisation des conditions de la reprise pour habiter. Ces conditions sont celles prévues par l'alinéa premier de l'article susvisé<sup>194</sup> :

- D'abord, la reprise pour habiter doit avoir un caractère personnel pour le bailleur. Cela signifie une occupation personnelle par lui ou des membres de sa famille ou de ceux de son conjoint, au premier degré et ce dans un délai de 6 mois à compter du départ du locataire.
- La seconde condition tient au caractère du local, objet de la reprise, et à l'usage que le bailleur entend en faire. En effet, lorsque le bailleur a exercé la reprise aux fins d'habitation, le local doit être utilisé comme tel<sup>195</sup> et cette utilisation doit être fondamentale pour les bénéficiaires c'est-à-dire répondre à leurs besoins normaux sans qu'il n'y ait possibilité pour eux de trouver un autre local correspondant ou équivalent<sup>196</sup>. Par ailleurs, il doit s'agir d'un local ayant fait l'objet du bail commercial et en principe, du local principal.

---

<sup>194</sup> « Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail s'il reprend les lieux pour les habiter lui-même ou les faire habiter par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, à condition que le bénéficiaire de la reprise ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux et à ceux des membres de sa famille vivant habituellement ou domiciliés avec lui, que ces besoins correspondent à une utilisation normale du local et que celui-ci puisse être adapté par simple travaux d'aménagement à un usage d'habitation. La reprise partielle n'est admise qu'à la condition de ne pas porter atteinte à l'exploitation et à l'habitation du locataire. »

<sup>195</sup> L'affectation du local à un usage autre que d'habitation constitue une infraction à la disposition visée.

<sup>196</sup> CA Antananarivo, 4<sup>e</sup> section n°1012 du 26 Août 1998 RDJM 2001 p.68 : l'existence d'une autre maison d'habitation adaptée pourrait rendre frauduleuse la reprise par le bailleur. La Cour d'appel estime toutefois qu'il incombe au locataire de prouver cet état de fait.

- La question se pose ainsi de savoir si, dans le cas où la reprise porte sur le local accessoire à celui principal, l'on peut dire qu'il y a reprise. Certes, il s'agit là d'un cas de reprise partielle qui est généralement admise à la condition de ne pas porter atteinte à la jouissance du locataire. Par conséquent, la solution serait de tenir compte de la nécessité de ce local accessoire : si celui-ci n'est pas fondamental pour l'exploitation et l'habitation du locataire, on peut ainsi concevoir qu'il s'agisse d'une reprise partielle régulière. En revanche, si le local accessoire est indivisible avec celui principal, la reprise partielle y afférente serait nécessairement nuisible au locataire et lui ouvre droit à un dédommagement d'où l'intérêt de ce droit de contrôle.

## **2- Intérêt du contrôle a posteriori**

Ce type de contrôle trouve son intérêt pour le locataire dans la répression du bailleur de mauvaise foi. L'intérêt consiste à actionner la responsabilité civile de ce dernier en n'ayant pas respecté les conditions de la reprise et à obtenir le versement d'une indemnité d'éviction telle qu'on l'a analysé plus haut : une indemnité excluant celle qui lui est versée normalement à l'issue de la reprise. Cela ne reste toutefois que relative dans la mesure où le locataire n'y a droit que s'il y a défaillance du bailleur dans le respect des conditions précédemment analysées.

L'on peut déduire que la reconnaissance de ce droit de contrôle par le législateur intensifie le principe du renouvellement et confirme, de plus en plus, l'esprit de la législation des baux commerciaux, de protéger le locataire ou de l'indemniser contre les conséquences du refus. Ce droit peut s'exercer en cas de reprise personnelle, surtout en cas de reprise personnelle pour habiter. Dans un autre cas de reprise qui est celui de la reconstruction, le locataire bénéficie aussi d'un droit de priorité.

## **Paragraphe II : DROIT DE PRIORITE DU LOCATAIRE**

En matière de bail commercial, le droit de priorité est une prérogative dont peut jouir le locataire en cas de reprise pour reconstruction suite à une décision administrative de démolition ou lorsque le bailleur estime que des travaux de réparation s'annoncent

nécessaires. En général, il permet la réintégration du locataire dans les locaux ou immeubles reconstruits. Toutefois, ce droit ne s'opère pas de façon automatique pour le locataire, encore faut-il que celui-ci puisse en être bénéficiaire (A). En outre, la réintégration, elle-même, est soumise à quelques conditions (B).

### **A- LE BENEFICIAIRE DE LA REINTEGRATION**

L'intérêt de soulever la question selon laquelle qui peut être bénéficiaire de la réintégration réside dans le fait que ce droit n'est pas dévolu à tout locataire, tel qu'on le conçoit généralement. En fait, il ne profite qu'au locataire qui a rempli au moins deux conditions essentielles :

- 1) D'abord, le bénéfice est accordé au locataire congédié sur la base de ce motif de reconstruction et qui a notifié au bailleur son intention de jouir de la réintégration. Tel qu'il est prescrit par l'article 6 de l'ordonnance 60-050, en son alinéa premier, cette notification doit se faire par acte extra-judiciaire ou par lettre recommandée avec accusé de réception, et ce, dans un délai de trois mois au plus tard, à compter du départ du locataire dans les lieux sous peine de déchéance.
- 2) Ainsi, la deuxième condition tient au fait que le locataire soit en mesure de faire valoir ce droit c'est-à-dire, qu'il n'est pas forclos ou déchu de son droit. La déchéance ou la forclusion est la sanction qui frappe le locataire négligent, qui n'a pas agi dans le délai légal de 3 mois. L'inaction du locataire dans ce délai légal autorise ainsi le propriétaire à disposer du local, suivant l'alinéa 3 du même article.

### **B- CONDITIONS DE LA REINTEGRATION**

Il s'agit des conditions matérielles c'est-à-dire relative à la reconstruction elle-même et sans laquelle le bénéfice du droit de priorité tomberait caduc. Pour que le droit du locataire soit effectif, il faut que la reconstruction y satisfasse. Cela suppose l'existence d'un local équivalent à celui exploité initialement par le locataire. Cette condition d'équivalence est requise tant sur la destination que peut recevoir le local reconstruit que sur la superficie ou les caractéristiques de celui-ci. Autrement dit, le local reconstruit doit répondre aux besoins du locataire c'est-à-dire apte à recevoir l'affectation effectuée lors du bail initial.

Par ailleurs, ledit local doit être apte, en surface, à maintenir l'intensité de l'exploitation initiale. En effet, le droit de priorité reconnu au locataire sera fonction de son droit de jouissance initial et limité à la superficie équivalente à celle des locaux précédemment occupés et répondant aux mêmes besoins commerciaux<sup>197</sup>...

De tout ceci résulte que les indemnités dues au locataire, soit au titre d'indemnité de privation temporaire pour surélévation ou reconstruction, soit au titre d'indemnité d'éviction dans le cas d'un refus de renouvellement pour reconstruction, ne prive pas le droit de priorité au locataire d'un bail commercial. Ce qui mérite d'être souligné, c'est que le législateur ne tient pas compte de l'origine de la vétusté selon qu'elle résulte de l'usage normal des lieux par le locataire ou des fautes de celui-ci lors de sa jouissance ou même des faits du bailleur. Dans ce dernier cas, il est de situation normale que le bailleur procède à la réparation à charge d'indemniser le locataire, et ce, en vertu de son obligation de garantie des faits personnels. Dans les premiers cas, en revanche, la charge de la réparation doit incomber au locataire si elle rentre dans les charges locatives normales prévues par le droit commun<sup>198</sup> et suivant l'accord des parties lors de la conclusion du bail. Seulement, l'existence de non-renouvellement ou de privation temporaire des lieux suppose que la reconstruction constitue en une grosse réparation laissée à la charge du bailleur.

Le fait pour le législateur de ne pas avoir traité la distinction constitue-t-il une volonté de laisser le droit commun du bail régler la question ou celle d'assurer et d'intensifier la protection du locataire. Dans tous les cas, cette omission peut susciter d'éventuelle appréciation du juge.

## **Section II : LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL**

Le loyer est un élément inhérent à tout contrat de bail. Il constitue aussi un élément de qualification du contrat au point que reconnaître de telle qualification à une convention assimilée mais à prix modique est inconcevable. Le loyer, en fait, est la contrepartie de l'équivalent du droit de jouissance reconnu au locataire.

---

<sup>197</sup> Article 7 alinéa premier de l'ordonnance 60-050 : « Lorsque la superficie de l'immeuble reconstruit en raison d'un motif tiré de l'article 5 alinéa 2, est supérieure à celle de l'immeuble primitif, le droit de priorité est limité à des locaux d'une superficie équivalente à celle des locaux précédemment occupés ou susceptibles de répondre aux mêmes besoins commerciaux, industriels, artisanaux ou professionnels que ces derniers ». Cet article 5 alinéa 2 vise le cas de reprise pour démolition au motif d'insalubrité ou de ruine des lieux loués.

<sup>198</sup> Article 1732 du code civil : « Le preneur répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute ».

Plus généralement, c'est le prix de la jouissance, une créance que le bailleur a contre le locataire. Le loyer du bail commercial est variable et cette variation, dans la pratique, résulte toujours d'une demande d'augmentation de la part du bailleur. Afin de protéger le locataire de toute demande

Injustifiée d'augmentation, le législateur est intervenu pour réglementer le loyer du bail commercial. Cette réglementation porte sur trois questions essentielles qui seront traitées successivement :

- celle relative à la détermination du loyer initial mais surtout du loyer du bail renouvelé
- celle traitant des possibilités de modifications du loyer
- celle se posant sur les règles de paiement du loyer.

### **Paragraphe I : LA DETERMINATION DU LOYER**

Avant d'entrer dans les détails de la détermination du loyer, un préliminaire est de soulever la confusion que peut créer la notion même de loyer. Le loyer désigne généralement le prix de la jouissance accordée au locataire, c'est le loyer principal. Toutefois, outre ce loyer principal, il peut s'y adjoindre d'autres éléments qui dans certains cas, selon la volonté des parties, peuvent être ou non des suppléments de loyer qui s'imputent au loyer principal. Il en est ainsi des frais et charges générés par la jouissance, c'est aussi le cas des dépôts de garantie et avances de loyers versés préalablement par le locataire. Ces éléments peuvent, en effet, créer des incidences dans la fixation du loyer. Il ne faut pas non plus omettre la notion de pas de porte qui est une pratique non réglementée mais admise par les usages du bail commercial. Le pas de porte est une somme d'argent versée par le locataire au bailleur avant l'entrée en jouissance ou par le cessionnaire d'un bail. La question de la nature juridique du pas de porte fait jusqu'à présent l'objet d'une analyse doctrinale<sup>199</sup> et de l'appréciation souveraine du juge. Il est essentiel de noter qu'à Madagascar, la question, tant au niveau des réglementations que de la jurisprudence, est inconnue mais au regard de la pratique, le recours à la pratique du pas de porte par certains bailleurs est identifié dans les offres de location lancées.

---

<sup>199</sup> LAMY DROIT COMMERCIAL : « Baux commerciaux » p.576 à 578.

L'intérêt de soulever l'existence de ces autres éléments à côté du loyer principal est de pouvoir en faire la distinction et de pouvoir noter que la définition du terme « loyer » peut varier soit en fonction de la volonté des parties ou même en fonction de la volonté du législateur suivant les circonstances. C'est ainsi que la jurisprudence malgache reconnaît que le terme « loyer » employé par l'article 24 de l'ordonnance 60-050 englobe non seulement les loyers proprement dits mais aussi ses accessoires et notamment, les intérêts de retard et les frais engagés pour aboutir au paiement des loyers<sup>200</sup>.

Notre étude tiendra principalement compte du loyer principal, prix de la jouissance et incidemment, certains de ces éléments cités pourraient entrer en ligne de compte.

Deux questions essentielles sont à soulever dans l'étude de la détermination du loyer :

- la première se pose de savoir à qui revient l'initiative de la détermination ?
- la seconde porte sur les modalités de détermination

## **A- L'INITIATIVE DE LA DÉTERMINATION**

Dans le principe du contrat de bail, le jeu de la liberté contractuelle fait que le loyer en tant qu'élément essentiel du contrat, est fixé librement par les parties. Autrement dit, ce sont les parties qui fixent unanimement le montant du loyer. Cette règle générale est retenue par le bail commercial mais aménagée en matière de bail renouvelé.

### **1- Le loyer du bail initial lors de la conclusion du bail**

Lors de la conclusion du bail, les parties s'accordent sur tous les éléments essentiels du contrat, dont le loyer. C'est l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle qui jouent.

Dans la pratique, les offres de location sont assorties d'une proposition de prix fixé par l'offrant mais la détermination du loyer demeure conventionnelle. Par ailleurs, en vertu de cette règle de la liberté contractuelle, les parties peuvent convenir de faire appel à l'intervention d'un tiers pour fixer le loyer initial. Or, malgré cette intervention de tiers, il faut retenir et comprendre que les parties prennent la dernière initiative de s'accorder

---

<sup>200</sup> CA n°242 du 08 mars 1972 RDJM 2001 P.89 ; il faut remarquer que l'article 24 parle du départ de paiement des « loyers » et non de sa fixation.



ou non sur le prix proposé. Il en va différemment en cas de fixation du loyer d'un bail renouvelé.

## **2- Le loyer du bail renouvelé lors du renouvellement**

En générale, la fixation du prix du bail est toujours laissée à l'initiative des parties. Toutefois, l'ordonnance a prévu dans son article 33 la possibilité de désaccord des parties sur la détermination du loyer en cas de renouvellement et a ainsi autorisé l'intervention du juge qui statue en référé. Par conséquent, la règle de principe est que les parties seules détiennent le pouvoir de déterminer ensemble le prix du bail qui les lie. Seulement, ce pouvoir serait dévolu au juge dans le cas où elles n'arrivent pas à se mettre d'accord. Le juge peut par conséquent, désigner un expert pour fixer le lieu et cette compétence du juge est reconnue par la jurisprudence comme étant d'ordre public<sup>201</sup>.

A cet effet, de par ce caractère d'ordre public de l'article 33, les parties qui ne se mettent pas d'accord sur le prix du bail ne peuvent que se recourir au juge contrairement à la fixation du prix du bail originaire où elles peuvent faire appel à un tiers.

Cette obligation de recourir à l'intervention du juge permet d'éviter que le bailleur propose au locataire une augmentation injustifiée lors du renouvellement. De telle demande constituerait, en effet, une fraude du droit au renouvellement du locataire dans la mesure où elle ne laisse qu'une option à celui-ci : soit il accepte la proposition du bailleur, soit il renonce à son droit. L'appel au pouvoir du juge vise à échapper à de telle situation et intensifie la réglementation stricte du loyer commercial. Ce recours se justifie par l'obligation d'impartialité du juge dans l'exercice de ses fonctions.

## **B- LES MODALITES DE LA DETERMINATION DU LOYER**

La fixation du prix du bail obéit à des règles différentes selon qu'il s'agit d'un bail initial ou du bail renouvelé.

---

<sup>201</sup> CA Mahajanga, 1<sup>ère</sup> section, en matière de référés, n°204, 15/07/1998 : « Doit être confirmée par adoption de ses motifs pertinents et légaux l'ordonnance du juge des référés qui ordonne la nomination d'un expert aux fins de fixer le nouveau montant du loyer et qui rejette l'exception d'incompétence soulevé par le défendeur qui invoquait une clause du contrat de bail dérogeant à la règle de l'article 33 de l'ordonnance 60-050, le dit article étant d'ordre public et ne pouvant en aucun cas faire l'objet d'une dérogation spéciale ».

## **1- Le loyer du bail initial**

Par le jeu de la loi de l'offre et de la demande, les parties sont libres de fixer le loyer initial comme il leur convient. Par conséquent, elles peuvent se référer ou non à certains éléments pour déterminer le contenu du loyer fixé. Quoiqu'il en soit, le bail peut être conclu à prix révisable selon l'article 25 de l'ordonnance 60-050.

### ***1.a- La référence à certains éléments pour la détermination***

En vertu de cette liberté reconnue aux parties dans la fixation du loyer initial, elles peuvent faire référence à des éléments permettant de faciliter cette fixation. Ces éléments peuvent être les facteurs locaux de commercialité tels le lieu d'implantation du local, l'importance de la ville, du quartier où est situé le local... ou encore les prix pratiqués couramment par le voisinage... Toutefois, ceci reste une prérogative pour les parties, une prérogative qu'elles peuvent user discrétionnairement. Mais quels que soient les moyens utilisés par les parties pour déterminer le montant du loyer, le loyer doit être soit à prix ferme, soit à prix révisable.

### ***1.b- Le prix est ferme ou révisable***

Les parties doivent préciser dans leur contrat que le prix du bail est fixe ou révisable. En cas d'omission ou à défaut de précision par les parties, la jurisprudence décide que le bail serait un bail à prix révisable<sup>202</sup>. Cette décision du juge est fondée sur l'équité et l'usage en matière de baux commerciaux. Le bail à prix ferme interdit aux parties toute modification du loyer pendant la durée du bail. Toutefois, la loi elle-même prévoit une exception légale en permettant à la volonté unanime des parties d'y déroger sous certaines conditions notamment dans le cas où il y a eu changement de l'état des lieux.

En revanche, dans le bail à loyer révisable, le chiffre du loyer peut varier en cours de bail et cette variation est fonction de l'évolution d'un index économique qui, aux termes de l'article 27 alinéa 1 de l'ordonnance, traduit les variables du coût de la main d'œuvre des matières premières saisies en œuvre dans l'industrie ou le bâtiment. Cette règle de la révision du loyer sera analysée plus en détail plus loin. L'ordonnance prévoit une réglementation différente dans la fixation du bail renouvelé.

---

<sup>202</sup> CS n°39 du 12 mai 1987 RDJM 2001 p.93 : il s'agissait d'un bail verbal qui ne précise pas le caractère ferme ou révisable du loyer.

## 2- Le loyer du bail renouvelé

Le bail renouvelé est le bail originaire arrivé à expiration et continue d'être par la procédure de renouvellement. L'article 22 de l'ordonnance prévoit que le loyer d'un bail à renouveler doit correspondre à la valeur locative équitable. Elle est, en principe, déterminée amiablement par les parties. A défaut d'accord amiable, le juge interviendra pour cette détermination<sup>203</sup>. L'alinéa 2 du même article prévoit une liste des éléments de détermination de cette valeur locative équitable<sup>204</sup>. Cette liste donnée n'est toutefois qu'énumérative et non limitative, ne serait ce qu'en considération de l'adverbe : « notamment ». Cela suppose que d'autres éléments peuvent entrer en ligne de compte pour rechercher cette valeur locative équitable. Il a été jugé, par exemple, qu'il fallait tenir compte du fait que l'immeuble était construit en matériaux de mauvaise qualité obligeant le locataire à un entretien constant et coûteux<sup>205</sup> ou encore des impenses et des améliorations apportées par le locataire, acquise en fin de bail d'après une clause du contrat du bailleur et qui justifieront donc un loyer plus élevé<sup>206</sup>.

En tout, on peut regrouper ces critères de détermination de la valeur locative en trois éléments :

- les éléments matériels et économiques tels que les caractéristiques propres au local, les facteurs locaux de commercialité ;
- les éléments juridiques tels que la destination des lieux, les obligations respectives des parties.

Sur la base de ces éléments sera ainsi fixé le loyer d'un bail renouvelé. Le loyer, initial ou renouvelé fixé, constitue l'obligation contractuelle principale du locataire. Ce loyer peut toutefois être sujet à révision en matière de bail commercial. Le législateur est intervenu pour régler cette révision du loyer.

---

<sup>203</sup> CS n°33 du 26 avril 1966 RDJM 2001 p110 : « Il appartient aux parties de convenir du nouveau loyer lors du renouvellement d'un bail commercial ; ce n'est qu'à défaut de leur accord que la loi donne qualité au juge pour fixer le prix du renouvellement en recherchant la valeur locative équitable ».

<sup>204</sup> Article 22 alinéa 2 : Celle-ci (c'est-à-dire la valeur locative) est déterminée notamment d'après :

1- la surface totale réelle affectée à l'exploitation du fonds et à la réception du public ;

2- la vétusté et l'équipement des locaux ;

3- la nature et la destination de ces locaux, de leurs accessoires et dépendances ;

4- les ouvertures sur rues ou voies d'accès ;

5- la surface des locaux annexes éventuellement affectés à l'habitation de l'exploitant ou de ses préposés

6- les éléments commerciaux, industriels ou artisanaux ou professionnels qui s'apprécient en fonction de l'importance de la localité, du quartier de la rue, de l'emplacement, ainsi que de la nature de l'exploitation et des commodités offertes pour l'entreprendre et des charges imposées aux locataires.

<sup>205</sup> CA n°441 du 23 décembre 1964 RDJM 2001 p113.

<sup>206</sup> CA n°441 du 23 décembre 1964 RDJM 2001 p.113/ BIMJ n°5 p.198.

## **Paragraphe II : MODIFICATION DU LOYER COMMERCIAL**

Le loyer du bail commercial peut être modifié en fonction de la fluctuation des éléments de référence ou des bases de calcul. Ce changement peut intervenir aussi bien en cours qu'en fin de bail. Il consiste en une variation en hausse ou en baisse du loyer suivant les circonstances. Ainsi, l'on assiste à une évolution de la matière. En général, la procédure de révision est le mécanisme admis pour la modification du loyer commercial. Toutefois, en dehors de cette procédure habituelle de révision, le loyer du bail commercial peut encore connaître des modifications suivant les cas.

Il y a lieu d'examiner les deux points suivants :

- L'évolution du loyer par la procédure de la révision ;
- L'évolution du loyer en dehors de la révision.

### **A –L'EVOLUTION DU LOYER PAR LA PROCEDURE DE REVISION**

La révision du loyer est une procédure applicable à un bail à prix révisable ainsi qu'il est déjà défini plus haut<sup>207</sup>. Elle permet la modification du loyer pendant la durée du bail, mais une modification fondée sur la base des variations de l'indice prévu dans le contrat. Autrement dit, en fonction de la variation de l'index prévu, la révision du loyer pourra s'opérer en hausse comme en baisse. Cette question de la révision du loyer fait l'objet des articles 27 à 29 de l'ordonnance 60-050. Afin de comprendre ce mécanisme, il convient de l'analyser en deux ordres :

- D'abord, l'on identifiera les baux assujettis à la procédure et les conditions d'assujettissement
- Ensuite, l'on traitera de la règle de la procédure proprement dite.

#### **1– Les baux assujettis et les conditions de l'assujettissement**

En vertu de l'article 27 de l'ordonnance 60-050, en son alinéa 2, la révision du loyer peut s'appliquer à un bail venant d'être conclu, initial ou renouvelé. Cette soumission est conditionnée par l'existence d'une clause d'indexation dans le contrat.

---

<sup>207</sup> Bail à prix révisable : dans lequel une clause d'indexation est prévue.

### ***1.a - Baux assujettis : bail initial et bail renouvelé***

Le bail initial ainsi que le bail renouvelé, peuvent, pendant leur durée, être sujets à révision. La loi ne prévoit pas de procédure particulière pour l'un ou l'autre. Le législateur manifeste ainsi la volonté de les soumettre à une réglementation unanime. Celle-ci fait état de l'acte de l'étude du moment de la révision et de ses conditions.

Il faut toutefois souligner la distinction entre la révision du bail renouvelé et la modification du loyer en cas de renouvellement. En effet, ce second cas suppose l'expiration du bail initial et le recours des parties à la procédure dite de renouvellement. Ici, le bailleur peut être amené à demander la modification du loyer en terme d'augmentation. Cette modification repose sur la prescription légale d'ajuster le loyer du bail à renouveler à la valeur locative<sup>208</sup>. Le bail une fois renouvelé, peut par la suite être modifié, comme celui du bail initial, si les parties ont prévu une clause de révision.

### ***1.b- Conditions d'assujettissement : existence d'une clause d'indexation***

Ainsi qu'il a déjà été souligné dans l'exposé portant sur le caractère ferme ou révisable du bail, le recours au bail à prix révisable implique pour les parties la mention expresse d'une clause de révision. L'existence de cette clause renvoie les parties à un indice donné pour calculer la variation du loyer. Seulement en droit malgache, la loi limite l'index susceptible d'être utilisé : c'est l'index économique fonction du coût de la main d'œuvre et des matériaux de construction<sup>209</sup>. Cet index s'impose de manière impérative au point que la référence des parties à un autre mode d'indexation par une clause du contrat la rend nulle et de nul effet<sup>210</sup>. C'est ce qui laisse affirmer le caractère légal de la révision. Le législateur limite la volonté des parties dans le choix du caractère ferme ou révisable du prix. Dans le droit français en revanche, à titre comparatif, il est permis aux parties de recourir à d'autres techniques de révision des loyers par le jeu de la clause d'échelle mobile<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup> Article 22 alinéa 1 de l'ordonnance 60-050 : « Le loyer d'un bail à renouveler doit correspondre à la valeur locative équitable »

<sup>209</sup> L'imposition de l'indexation mesurée sur le coût de la main d'œuvre et des matériaux de construction équivaut au mécanisme de plafonnement en droit français. C'est un mécanisme qui veut que la variation du loyer ne doit excéder celle de l'indice du coût de la construction publié par l'INSEE en droit français.

<sup>210</sup> Article 28 de l'ordonnance 60-050 : « Toute clause stipulant un mode d'indexation autre que celui prévu à l'article 27 (il s'agit de l'index économique prédéfini) est réputée non écrite.

<sup>211</sup> La clause d'échelle mobile a une validité de principe et doit s'appliquer tant que l'une des parties ne demande pas la révision judiciaire du loyer : « Cassation civile du 2 juin 1977, Bull Civ III n°241 cité par GROUPE REVUE FIDUCIAIRE : « Le bail commercial » 2002 p.99.

Il faut toutefois souligner que l'admission de l'indexation dans un bail renouvelé peut créer une incidence à la révision du prix de ce bail. En effet, l'application de l'indexation se heurte à la règle de base selon laquelle le loyer du bail renouvelé doit correspondre à la valeur locative équitable. Le problème se pose alors de savoir si les parties disposent ou non d'une option entre la valeur locative et l'indexation<sup>212</sup>.

Le droit malgache n'a pas prévu cette situation ni au niveau de la réglementation ni au niveau de la jurisprudence. Dans tous les cas, les parties en cas de désaccord doivent recourir à la règle de la procédure de l'article 33 de l'ordonnance qui les invite à le soumettre au tribunal de grande instance qui va statuer à leur place quant à l'estimation de la variation du loyer auquel cas, le juge peut faire appel à l'avis d'un expert<sup>213</sup>. En tant que procédure, la révision doit en principe s'opérer suivant une certaine règle de formalité, laquelle montre la différence du droit malgache avec le droit français.

## **2- La règle de la procédure de révision**

Cette règle vise la question des modalités à suivre dans le cas de la révision du loyer. Par rapport au droit français, on constate un silence remarquable du droit malgache sur la même question. On peut seulement comprendre certaines démarches à travers les caractéristiques générales de la procédure. Par ailleurs, on ne peut que déduire une règle de la fixation du loyer révisé. En revanche, le droit positif malgache omet de préciser la question essentielle du déclenchement de la procédure et surtout l'initiative de ceci<sup>214</sup>.

### ***2.a- Les caractéristiques de la procédure***

De par la disposition de l'alinéa premier de l'article 27 de l'ordonnance, la révision du loyer commercial est d'abord annuelle et périodique.

Elle est annuelle car en principe, elle ne peut s'opérer qu'un an après sa conclusion ou son renouvellement s'il y a eu lieu suivant la première révision ou la révision précédente et suivant la variation de l'indice économique retenu. C'est ce qui explique son caractère périodique. En revanche, le droit français, prévoit la révision

---

<sup>212</sup> La doctrine française affirme l'octroi de cette faculté d'option aux parties.

<sup>213</sup> Cette faculté du juge ne peut être exclue par une clause contraire du bail. CA Fianarantsoa en matière de référé, n°4 du 27 mars 1996 RDJM 2001 p.96.

<sup>214</sup> En droit français, la procédure de révision est déclenchée par la notification d'une demande de révision fait par exploit d'huissier ou par lettre recommandée avec accusé de réception qui doit mentionner expressément le montant du loyer proposé ou offert : [http :www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)

légale triennale mais sous réserve des révisions conventionnelles admises. Certains auteurs proposent de substituer la révision triennale du droit français à une révision annuelle, tandis que d'autres suggèrent même l'institution de l'automaticité de cette révision légale<sup>215</sup>.

Toutefois, cette révision annuelle est subordonnée à la variation de l'index économique requis et selon les termes légaux, cette variation de l'index doit être supérieure à 15% pour permettre une révision du loyer.

On peut en déduire que la révision ne serait demandée qu'un an après la conclusion ou le renouvellement du bail. Quant à l'initiative de la déclencher, elle peut appartenir au bailleur ou au locataire suivant que la modification à apporter est, soit une augmentation, soit une réduction. Le plus souvent, c'est le bailleur qui demande la révision aux fins d'une augmentation. La jurisprudence estime que la date de départ du nouveau taux de loyer serait celle où était intervenu l'accord certain des parties sur le principe de l'augmentation du loyer<sup>216</sup>. Mais qu'en est-il de la règle de fixation du loyer révisé.

## **2.b- La règle de fixation du loyer révisé**

La fixation du loyer révisé est fonction des variations de l'indice de référence sus-visé qui est l'index économique, fonction du coût de la main d'œuvre et des matériaux de construction. Cet index est selon l'article premier du décret n°60-292 du 26 août 1960<sup>217</sup>, calculé pour chaque province, par le service des prix et publié au Journal Officiel.

Les parties auront ainsi juste à se référer à l'index publié au moment de la révision pour calculer ou estimer la révision du loyer et plus exactement, pour procéder à l'augmentation ou à la réduction.

En principe donc, ce sont les parties qui fixent elles-mêmes le nouveau loyer mais ce n'est qu'à défaut d'accord qu'elles se recourront au juge qui va y procéder en vue d'une solution. Ce dernier peut avoir recourt à un expert pour fixer le nouveau loyer, lequel ne peut ainsi excéder au point de vue valeur en application à celle de l'indice légal.

---

<sup>215</sup> Marie-Pierre BAGNERIS : « Le loyer du bail commercial » éd. ECONOMICA, n°238 p.161.

<sup>216</sup> CA Civ n°68 du 28 janvier 1987 RDJM 2001 p.95 : « Le nouveau taux de loyers peut valablement courir à partir de la date de l'accord certain des parties sur le principe de l'augmentation du loyer ».

<sup>217</sup> C'est le décret d'application des articles 25, 26, 27, 28 et 29 de l'ordonnance 60-050 paru dans le Journal Officiel n°119 du 03-09-60 p.1739.

## **B- EVOLUTION DU LOYER EN DEHORS DE LA PROCEDURE DE REVISION**

La procédure de révision est le mécanisme qui permet, en principe, la modification du loyer d'un bail à prix révisable, en fonction de la variation de l'indice économique. Pourtant, en dehors de cette méthode, on peut user d'autres moyens en vue d'une modification du loyer dans des cas prévus par l'ordonnance 60-050 elle-même. Il existe deux cas de modification possible suivant ladite ordonnance à savoir : celle relative au loyer du bail à prix ferme et celle au loyer principal en cas de sous-location. Ces deux cas méritent maintenant d'être analysés.

### **1- La modification du loyer en cas de bail à prix ferme**

Contrairement au bail à prix révisable, le bail à prix ferme, ainsi qu'il est défini, interdit toute modification du loyer pendant la durée du bail. Ceci ne reste toutefois que théorique dans la mesure où le législateur lui-même autorise les parties à y déroger en procédant à l'opération. Cette faculté, toutefois, est soumise à deux conditions majeures : la première concerne la modification du loyer du bail à prix ferme qui est subordonnée à la situation de l'état des lieux, la seconde veut que ces deux exigences ne puissent être menées qu'avec l'accord mutuel des parties.

#### ***1.a- L'existence de modification de l'état des lieux***

L'état ou les caractéristiques des lieux loués peuvent jouer un rôle essentiel dans la détermination du prix du bail initial. Dans ce cas, il est juste et équitable que, nonobstant le caractère ferme du bail, le prix du loyer varie ou évolue en fonction de l'état des lieux et des modifications y apportées. Le changement peut non seulement s'analyser en la modification de la superficie des locaux, mais peut aussi consister en une amélioration desdits lieux. Il peut résulter de l'exécution de l'obligation d'entretien ou de réparation incombant à chacune des parties<sup>218</sup>. En réalité, il doit s'agir de travaux qui pourraient préjudicier à l'un ou à l'autre des parties ou des travaux de nature à augmenter ou à diminuer la valeur locative des lieux loués et qui requièrent pour cela leur accord commun pour être exécutés. Ces travaux peuvent être initiés par le bailleur ou par le locataire. Dans tous les cas, leur consentement mutuel est nécessaire, tant en ce qui touche la décision sur la modification des lieux que sur celle relative au loyer.

---

<sup>218</sup> Ces obligations résultent de la nature même du contrat sans que les parties ne puissent les écarter...



### ***1.b- La nécessité de l'accord des parties***

Bien que le législateur ne l'ait pas prévu expressément, l'accord des parties y est requis. Cette exigence trouve sa première justification dans le principe de la force obligatoire du contrat et de la règle du consensualisme qui régit la fixation du prix du loyer initial. Le loyer étant le fruit de la volonté contractuelle, sa modification doit aussi être interprétée dans le même sens<sup>219</sup>.

De plus, une seconde justification est que le changement de l'état des lieux peut être préjudiciable pour l'une ou l'autre des parties. Cette condition est liée aux obligations respectives des parties c'est-à-dire :

- Pour le bailleur, il a l'obligation de garantir la jouissance paisible des biens par le locataire. Une modification unilatérale des lieux pourrait engendrer des frictions entre les parties et va constituer de sa part une violation de l'obligation contractuelle portant préjudice au locataire surtout<sup>220</sup>. Ce préjudice étant la restriction du droit de jouissance devant revenir au locataire.
- En revanche, le locataire, de son côté, est tenu à une obligation de restitution en fin de bail. Celle-ci consiste à rendre conforme les lieux à leur état primitif, s'il le faut. Par ailleurs, il y a lieu de signaler que la modification de l'état des lieux pourra influencer le prix de l'exploitation de ceux-ci par le locataire.

La modification, dans ce sens, pourrait se traduire par une augmentation du loyer en cas d'amélioration des lieux loués et de la jouissance du locataire. Ou elle peut, d'autre part, réaliser une baisse sensible si la jouissance voit diminuée en cas de détérioration des lieux.

Il faut ainsi conclure que la modification d'un loyer du bail à prix ferme est toujours possible en fonction de l'évolution de l'état des lieux loués et à chaque fois que cela se présente. Elle reste, toutefois, une prérogative laissée à la commune volonté des parties sans laquelle elle peut causer une résiliation du contrat.

Ce qui mérite une remarque particulière, c'est qu'une décision de la Cour de cassation de Madagascar qui jugeait que la révision du prix du bail à prix ferme, le transforme en bail révisable. Cette solution est critiquable dans la mesure où le bail révisable suppose la référence des parties à une indexation. La question qui se pose par

---

<sup>219</sup> Voir supra : sur le consentement des parties.

<sup>220</sup> C'est le droit français qui illustre ce cas : cas où le bailleur a supprimé une deuxième escalier : Cass Civ du 14 octobre 1964 Bull civ I n°445 ; Cass Civ du 08 octobre 1962, BCI n°398 : le bailleur a restreint les facilités d'accès au local loué : dans ces deux cas, le bailleur était tenu de remettre les lieux en état.

la suite est de savoir si l'on peut ou non assimiler les cas de modifications des lieux loués à un index économique.

## **2- La modification du loyer en cas de sous-location**

La sous-location constitue un acte frauduleux<sup>221</sup> de la part du locataire. Il peut en tirer quelquefois des avantages superflus. En effet, le locataire qui sous-loue un local peut se prévaloir les mêmes droits que le bailleur à la limite des attributs de la propriété. Il peut y imposer des prix ainsi que des conditions à l'insu du bailleur et il peut même exiger le versement d'un pas-de-porte. Si on laisse jouer le jeu de la liberté contractuelle, toutes manœuvres peuvent se réaliser au préjudice du bailleur<sup>222</sup>. C'est pour cette raison que le législateur a institué le pouvoir de contrôle du bailleur sur les actes du locataire, en posant le principe de l'interdiction de sous-louer. Ce principe tend à soumettre la sous-location à l'autorisation du bailleur et avec son concours notamment dans la fixation des conditions du bail et du prix du loyer. La sous-location ainsi conclue emporte modification du loyer du bail principal. Une telle modification s'opère en termes d'augmentation et admet l'immixtion judiciaire comme le prévoit l'article 20 de l'ordonnance 60.050 dans son alinéa 3<sup>223</sup>.

### ***2.a- La nature de la modification : augmentation du loyer***

La modification du loyer est une faculté laissée au bailleur qu'il peut user dans le cas où le prix de la sous-location ou le sous-loyer excède le montant du loyer principal. Ladite modification ne peut s'analyser qu'en une augmentation du loyer principal conformément au sous-loyer. L'inverse s'avère impossible si l'on s'accorde à une interprétation a contrario de la disposition. Autrement dit, la diminution du prix de la sous-location serait impossible. On peut retenir comme fondement de cette augmentation celui de la valeur locative des lieux loués.

Quant à la fixation du nouveau prix, le législateur fait appel à l'intervention du juge en cas de désaccord des parties.

---

<sup>221</sup> Frauduleux dans le sens que il va en tirer avantage notamment le maintien de son droit de renouvellement s'il le fait à l'insu du bailleur. Le droit français évoque même le cas où le locataire dissimule la sous-location en un contrat de location-gérance. De telle mauvaise foi constitue une violation de disposition légale et contractuelle justifiant la résiliation du bail.

<sup>222</sup> Cf supra

<sup>223</sup> Lorsque le loyer de la sous-location est supérieur au prix de la location principale, le propriétaire a la faculté d'exiger une augmentation correspondante au loyer de la location principale, augmentation qui, à défaut d'accord entre les parties, est déterminée conformément à l'article 33.

### **2.b- L'immixtion judiciaire**

La même disposition réserve cette possibilité dans le cas où les parties ne s'accordent pas sur le mode d'évaluation de l'augmentation. Ceci laisse retenir qu'en principe, c'est la liberté contractuelle qui joue. En réalité, devant les difficultés généralement rencontrées, l'on renvoie les parties devant le juge pour la fixation de l'augmentation conformément à la procédure de l'article 33 de l'ordonnance relative au renouvellement du bail. La fixation se fera ainsi sur la base du prix de la sous-location et permet au juge d'user de son pouvoir d'appréciation.

## **Paragraphe III : LE PAIEMENT DES LOYERS**

Le loyer est la créance du bailleur contre le locataire et inversement, l'obligation de ce dernier envers le bailleur. Comme l'ordonnance 60-050 ne prévoit pas de dispositions particulières sur les modalités de paiement, il y a lieu de retenir la règle générale selon laquelle « la créance est quérable et non portable ». En conséquence, face à cette lacune légale, le loyer du bail commercial est quérable et se règle en ce sens chez le locataire. Mais, ceci ne constitue qu'une interprétation générale. Plus juridiquement, l'absence de prescription légale reflète la volonté du législateur de dévoluer la question de modalités de paiement, au champ contractuel et donc à la liberté contractuelle. Par conséquent, les parties fixeront dans le contrat, le lieu de paiement, le moment et le terme du paiement, le mode de règlement... En revanche, l'ordonnance envisage la possibilité d'une consistance variée du loyer à payer (A) et la règle procédurale en cas de non-paiement (B) qui font l'objet de l'analyse qui suit.

### **A – LES LOYERS A PAYER**

Ainsi qu'il est soulevé initialement, le loyer peut être défini de différentes manières : au moment de la conclusion du contrat, il s'entend du loyer principal prix de la jouissance avec les accessoires convenus d'accord parties ; au moment du paiement, il peut comprendre divers éléments et peuvent même porter intérêt au profit ou au débit de l'une ou de l'autre des parties. Au moment du paiement, par conséquent, le locataire est tenu de régler le loyer aux termes échus avec les accessoires qui sont les charges et les prestations dues par lui au bailleur. Ces accessoires sont différents du loyer mais peuvent

être payés cumulativement avec le loyer. Par ailleurs, le loyer à payer pourrait être différent selon qu'il y a eu paiement anticipé ou paiement retardé.

Il y a ainsi lieu de distinguer :

- d'une part, les loyers des charges et prestations dues par le locataire ;
- d'autre part, les loyers en cas de paiement anticipé ou de paiement retardé.

### **1- Les loyers et les charges et prestations dues par le locataire**

Les loyers d'un côté et les charges et prestations du locataire envers le bailleur d'un autre côté, constituent des obligations à la charge du locataire. Fréquemment, ils sont de nature pécuniaire.

Ce qui les distingue c'est que le loyer est le prix de la jouissance reconnu au locataire alors que les charges et prestations « rémunèrent simplement le service rendu par le propriétaire qui met son local à la disposition du locataire »<sup>224</sup>. Autrement dit, les diverses charges contributives du bailleur afin de permettre la jouissance paisible du locataire seront remboursées par ce dernier à la fin de bail ou au terme convenu dans le contrat. Tel est par exemple le cas des frais d'entretien, les taxes locatives...

### **2- Les loyers en cas de paiement anticipé ou de paiement retardé**

En partant toujours de la définition selon laquelle le loyer est en principe celui fixé préalablement et d'accord parties au moment de la conclusion ou du renouvellement du contrat ou encore, celui issu de la procédure de révision, ce loyer peut connaître un changement en une majoration ou en une réduction au moment du terme de paiement. Ce cas est prévu par l'article 23 de l'ordonnance 60-050 qui vise le cas du paiement anticipé et celui du paiement retardé.

Le paiement anticipé traduit l'existence de versement par le locataire d'une avance de loyer ou plus exactement de « loyers payés d'avance ». Ces avances de loyers peuvent prendre diverses formes et même les fonds déposés à titre de garantie sont, de par la loi, considérés comme des avances de loyers. Dans ce cas, prévoit l'alinéa 1 de cet article, les loyers payés d'avance excédant la somme qui correspond au prix du loyer

---

<sup>224</sup> Paul DIDIER : « DROIT DES AFFAIRES » édition PARIS Ve 1984 p.110 et 111.

de deux termes portent intérêt au profit du locataire au taux pratiqué par la Banque de Madagascar selon les termes de la disposition. Autrement dit, les loyers à payer au terme convenu, dans le cas où il y a eu paiement anticipé par le locataire, seront réduits du taux d'intérêt à considérer.

En revanche, en cas de paiement retardé par le locataire, les loyers à payer au terme convenu sera majoré des intérêts de retard calculé en fonction du même taux au profit du bailleur en vertu de l'alinéa 2 du même article.

Ces intérêts de retard constituent les dommages intérêts incombant au locataire en réparation du préjudice causé au bailleur du fait du retard de paiement. L'ordonnance prévoit aussi le cas où le locataire refuse de payer le loyer au terme convenu.

## **B – LE NON PAIEMENT DES LOYERS**

Le loyer est l'obligation principale du locataire. Le non-paiement engage la responsabilité contractuelle de celui-ci et l'exposerait aux sanctions d'inexécution de l'obligation contractuelle. La loi envisage la résiliation du contrat mais sous conditions d'avoir respecté une certaine règle de procédure.

### **1- La résiliation du contrat**

La résiliation du contrat n'est qu'une des sanctions possibles en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle. La résiliation, il faut le rappeler, selon la disposition de l'article 165 de la LTGO, met fin au contrat pour l'avenir et laisse subsister les effets passés. Ainsi, elle anéantit le contrat pour l'avenir. Elle se différencie de la résolution par ses effets car la résolution, en revanche, anéantit rétroactivement le contrat ainsi que les effets qu'il a produits. La résiliation est, en principe, judiciaire à la suite d'une action introduite par la partie victime de l'inexécution. Mais, elle peut aussi être conventionnelle et c'est ce que prévoit l'article 24 de l'ordonnance 60-050. En effet, les parties peuvent prévoir dans le contrat une clause de résiliation de plein droit en cas de non-paiement du

loyer. Et même si de telle clause n'est pas prévue expressément dans le contrat, elle demeure sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques<sup>225</sup>.

Toutefois, suivant les dispositions de l'article 24, cette clause de résiliation ne produit pas ses effets de manière automatique ; elle est soumise au respect de certaine règle de procédure.

## **2- La règle de procédure**

Selon les termes de l'article 24 visé, la clause de résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement à payer demeuré infructueux ; et ce commandement doit mentionner ce délai à peine de nullité. A cet effet, il faut que le bailleur, qui veut se prévaloir de la clause résolutoire du contrat notifie au locataire un commandement de payer. On assiste ainsi au caractère obligatoire de ce commandement. Toutefois, en cours de procédure, le jeu de la clause peut aussi être suspendu par le juge.

### ***2.a- Caractère obligatoire du commandement***

La règle posée par l'article 24 est d'ordre public. La clause ne peut en aucun cas produire effet qu'à la suite du commandement de payer infructueux. C'est ainsi que le juge a décidé dans la jurisprudence précitée que le commandement ne peut être suppléé par une lettre recommandée. En effet, le commandement est un acte judiciaire signifié au locataire par un huissier de justice. Cet acte suppose que le créancier, donc le bailleur soit muni d'un titre exécutoire.

On constate toutefois une évolution au niveau de la jurisprudence, qui atténue ce caractère d'ordre public du commandement de payer. En effet, le juge reconnaît aussi, récemment, la possibilité pour le bailleur de substituer le commandement par une sommation d'exécution. C'est aussi un acte extra-judiciaire qui se distingue du commandement par le fait qu'elle ne se repose pas sur un titre exécutoire. Le défaut de commandement exclurait ainsi en principe le jeu de la clause de résiliation. Toutefois, cela n'est que théorique.

En cas d'absence de commandement de payer, la jurisprudence reconnaît au juge le pouvoir d'apprécier souverainement la sanction à prononcer. Tantôt, le juge ordonne

---

<sup>225</sup> CA Antananarivo, n°184 du 12 mars 1975 RDJM 2001 p.91.

l'expulsion du locataire en se fondant sur la défaillance et la mauvaise foi de celui-ci<sup>226</sup>, tantôt, le juge exclut l'expulsion et condamne seulement le locataire au paiement des loyers échus<sup>227</sup>.

Il faut en déduire que pour que joue la clause de résiliation de plein droit, qui a pour effets de mettre fin au contrat et d'expulser le locataire, la signification d'un commandement à payer est obligatoire. Toutefois à défaut de commandement, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation souveraine pour la sanction à prononcer. Il peut même suspendre la procédure de la résiliation.

### ***2.b- La suspension de la procédure de résiliation***

Par son pouvoir d'appréciation souveraine, le juge peut suspendre la résiliation en accordant un délai de grâce au locataire qui ne peut dépasser un an selon l'article 1244 du code civil auquel l'alinéa 2 de l'article 24 de l'ordonnance 60-050 nous renvoie. La condition de cette suspension est qu'aucune décision de justice prononçant la résiliation ne soit définitivement rendue. Ce délai de grâce va aussi permettre au locataire d'acquitter ses dettes dans les conditions fixées par le juge. Si le locataire arrive à payer les loyers échus dans le délai accordé, la clause résolutoire ne joue pas. A l'inverse, si les loyers restent impayés pendant le délai imparti, la clause et la procédure de résiliation reprennent son cours et le locataire devrait acquiescer à la décision prononcée par le Tribunal.

---

<sup>226</sup> CA n°57 du 09 décembre 1997 RDJM 2001 p.91.

<sup>227</sup> CA Antananarivo, 4<sup>e</sup> section, n°1011 du 26 Août 1998 RDJM 2001 p.90.

L'analyse du bail commercial, en tant que statut protecteur du locataire permet de comprendre l'esprit de la législation. Non seulement, il assure la stabilité de jouissance du locataire par le mécanisme du renouvellement, mais encore, il la renforce par l'octroi de larges prérogatives au locataire servant à freiner les droits normaux du bailleur. Tel est le cas du droit de priorité du locataire en cas de reconstruction par le bailleur. Ce droit lui permet de récupérer son renommé. De même, la réglementation stricte du loyer commercial reflète la volonté du législateur de restreindre le pouvoir des parties, surtout, du bailleur dans la possibilité de modification du loyer.



## CONCLUSION

A l'issue de cette étude, la législation sur les baux commerciaux révèle une ambiguïté dans certaines de ses dispositions et laisse une large place à la volonté contractuelle et au pouvoir d'appréciation souveraine du juge.

Le régime juridique du bail commercial à Madagascar n'octroie pas un cadre adapté à l'évolution de la pratique des affaires ; nonobstant son esprit protecteur du locataire. Avec son champs d'intervention assez restreint, elle ne permet pas de résoudre tous les problèmes engendrés par l'opération de bail commercial.

L'objectif de l'étude est donc d'inciter le pouvoir législatif à prévoir une réforme de cette ordonnance n°60-050 du 22 juin 1960. Cette réforme devrait tendre à rendre plus explicite l'appréhension de cette législation, et la rendre plus appropriée par rapport au contexte afin de faciliter sa mise en œuvre notamment en matière de détermination de l'indemnité d'éviction...

Par ailleurs, la réglementation particulière par le législateur, des obligations spécifiques des parties en matière de bail commercial, est vivement souhaitée, afin de rendre efficace le statut des baux commerciaux. Il s'agit surtout des droits et obligations pour l'amélioration d'activité du locataire tel le droit de changer la destination des lieux loués pendant la durée du contrat, qui est une opération fréquente dans la pratique.

# **BIBLIOGRAPHIE**

## **OUVRAGES**

- Marie-Pierre BAGNERIS : « Le loyer du bail commercial ». Edition ECONOMICA.
- André BERTONE : « Cours de droit commercial : Fonds de commerce et opération sur le fonds de commerce » Edition CMPL 1996.
- DELBECQUE Philippe et DUTILLEUL François Collart : « Contrats civils et commerciaux ». 3e édition Dalloz 1996.
- Jean DERRUPE : « Les Baux commerciaux » édition DALLOZ 1996.
- Paul DIDIER « Droit des affaires ». Edition Paris V 1984.
- Paul ESMEIN : « Régime des baux commerciaux ». Edition LIBRAIRIES TECHNIQUES 1964.
- Pierre GARBIT : « Baux Commerciaux » LAMY Droit Commercial 1992
- Roger HOUIN : « Précis de Droit commercial » DALLOZ 1968.
- Pierre LECLERQ : « Les clientèles attachées à la personne » LGDJ 1965
- Philippe MALAURIE et Laurent AYNES : « Contrats spéciaux » 1997 10e édition CUJAS
- Michel PEDAMON : « Précis de Droit commercial » DALLOZ.
- Alison RAHARINARIVONIRINA et André BERTONE : « Droit Civil Biens et Sûretés ». Edition CMPL
- Ernest RAMBELOSON : « Bail à usage commercial, industriel, artisanal, professionnel et ses applications pratiques ». Edition CMPL.
- Georges RIPERT et René ROBLOT : « Traité de droit commercial » 1998
- Eric SAVAUX : « La théorie générale du contrat: mythe ou réalité » LGDJ 1997.

## **REVUES**

- Groupe Revue fiduciaire BAIL COMMERCIAL 2002 (Guide de Gestion RF)

## **ENCYCLOPEDIES**

- LAMY Droit commercial 1992/1999.
- Jurisclasseur Commercial – Annexes Fonds de commerce Fascicule B2.
- Répertoire de droit civil ENCYCLOPEDIE DALLOZ 1955 Tome V

## **CODES**

- Code civil édition
- Code des Baux et loyers Dalloz.

## JURISPRUDENCE

- Com. 14 Février 1956 J.CP 1956 II 93
- Com. 25 Avril 1983 D.1984 I notre Jourdain
- CA 2 Mai 2001 Arrêt n°654, CA d'Antananarivo
- CA d'Antananarivo n°505 du 27 octobre 1971
- CA n°36 et 37 du 16 octobre 1972
- CA d'Antananarivo, 8° section, n°1188 du 5 Octobre 1998
- TPI Mahajanga n°565 du 25 Septembre 1984
- CA d'Antananarivo, 8° section, n°781 du 29 Juin 1998
- CA d'Antananarivo, 8° section, n°117 du 16 Février 1998
- Cour Suprême n°9, 14 Février 1989
- CA d'Antananarivo, 4° section n°696 du 10 Juin 1998
- Com. 10 Juin 1986 Bull Civ IV n°121 p.102
- TPI Fianarantsoa ordonnance de référé n°108 du 14 Mai 1997
- Com. 3 Juin 1986
- Com. 28 Janvier 1924 DH 1924 .121
- CS n°24 du 14 Avril 1970
- Com. 14 Février 1956 JCP 1956, Gaz Pal. 1956 I 34
- Civ. 26 Décembre 1990 S.192 I 37
- Civ. 3e, 20 Décembre 1997 Bull Civ III n°642
- CS n°96, 22 Mai 1990 RDJM 2001
- CA n°242, 8 Mars 1972 RDJM 2001 p.89
- Ca de Mahajanga, 1ère section, en matière de référés, n°204, du 15 Juillet 1998
- CS n°33 du 26 Avril 1966 RDJM 2001 p.110
- CA n°441 du 23 Décembre 1964 RDJM 2001 p.113
- CA n°441 du 23 Décembre 1964 RDJM 2001 p.113/BINJ n°5 p.198
- Civ 2 Juin 1977, Bull Civ III n°241 cité par Groupe
- CA de Fianarantsoa, en matière de référé, n°4 du 27 Mars 1996 RDJM 2001 p.96
- CA Civ n°68 du 28 Janvier 1987 RDJM 2001 p.95
- Civ 14 Octobre 1964 Bull Civ I n°445
- Civ 8 Octobre 1962, Bull Civ I n°398
- CA d'Antananarivo n°184, 12 Mars 1975 RDJM 2001 p.91

- CA n°57, 9 Décembre 1997 RDJM 2001 p.91
- CA d'Antananarivo, 4e section, n°1011 du 26 Août 1998 RDJM 2001 p.90
- CA de Fianarantsoa n°107 du 25 Septembre 1996 RDJM 2001 p.54
- CA d'Antananarivo, 8e section, n°428 du 15 Avril 1998 RDJM 2001 p.123
- RPI Mahajanga, n°565 du 25 Septembre 1984 RDJM 2001.
- CA d'Antananarivo, 4e section, n°1016 du 26 Août 1998 RDJM 2001 p.55
- Civ.3e du 8 Octobre 1970 Bull Civ III
- Trib. Civ Nantes, 1er Avril 1956 D 1956 .247
- Civ 3e, 25 Juin 1970 D 1970. 728, Bull Civ III n°442
- CA n°005 du 10 Novembre 1973 RDJM 2001 p.57
- CS n°40, 12 Mai 1987, RDJM 2001 p.100 et 101
- CA n°203 189 CI du 12 Septembre 2000
- CA n°8 du 14 Janvier 1969 RDJM 2001 p.81
- 3e Civ 29 Septembre 1999
- CA d'Antananarivo, 4e section, n°697 du 10 Juin 1998 RDJM p.79
- CS n°140196, 22 Août 2000 BACSM n°163
- TPI Mahajanga n°611 du 9 Octobre 1984 RDJM 2001 p.79
- Com. 7 Octobre 1968 Bul Cass 1958, 3, 277.
- Com. 10 Octobre 1961 Bul Cass 1961, 3, 304

## LES PRINCIPALES ABREVIATIONS

CA	: Cour d' Appel
TPI	: Tribunal de Première Instance
CS	: Cour Suprême
Com	: Cour de cassation française chambre commerciale
JCP	: Jurisclasseur périodique
D	: Dalloz
Gaz-Pal	: Gazette du Palais
Bull Civ	: Bulletin Civil
DH	: Dalloz Hebdomadaire
S	: Sirey
RDJM	: Revue de Droit et de Jurisprudence de Madagascar
Civ	: Cour de cassation française chambre civile
BACSM	: Bulletin des Arrêts de la Cour Suprême de Madagascar
JO	: Journal Officiel

## **LES PRINCIPAUX TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES CITES**

- Ordonnance n°62-007 du 31 Juillet 1962 sur la preuve des obligations
- Loi n°66-003 du 02 Juillet 1966 sur la Théorie générale des obligations
- Loi n°67-030 du 18 Décembre 1967 relative aux régimes matrimoniaux
- Ordonnance n°60-050 du 22 Juin 1960 portant statut des baux commerciaux
- Loi n°2003-038 du 3 Septembre 2004 sur le fonds de commerce
- Ordonnance n°62-100 du 1er Octobre 1962 portant réglementation des baux et loyers des locaux d'habitation
- Loi française n°48-1360 du 1er Septembre 1948
- Loi n°99-025 du 19 Août 1999 portant statut des commerçants
- Décret n°60-292 du 26 Août 1960 (JO n°119 du 3 Septembre 1960 p.1739) portant Application de l'ordonnance n°60-050.

## TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS

SOMMAIRE

RESUME

<b>INTRODUCTION</b> .....	1
<b>PREMIERE PARTIE : BAIL COMMERCIAL : UN REGIME SPECIFIQUE DU BAIL</b> .....	5
<b>CHAPITRE I : SPECIFICITE AU NIVEAU DES PARTIES</b> .....	7
<b>Section I : LA CAPACITE DES PARTIES</b> .....	7
<i>Paragraphe I : Personnes pouvant donner à bail</i> .....	8
A – Nature juridique du bail commercial .....	9
1- Distinction entre acte d’administration et acte de disposition .....	9
2- Essai de détermination de la nature juridique du bail commercial.....	10
1 <sup>er</sup> critère : de la durée et de l’étendue de jouissance .....	10
2 <sup>e</sup> critère : la destination des lieux et le caractère protecteur de la loi .....	10
B – Aménagements au pouvoir de consentir un bail .....	12
1- Les personnes titulaires de droit de propriété.....	12
1.a- Pouvoir unilatéral du propriétaire .....	12
1.b- Capacité réduite des propriétaires concurrents .....	13
i) Le bail des biens indivis .....	13
ii) Le bail des biens communs .....	16
2- Les personnes privées d’un droit de propriété.....	16
2.a- Le locataire principal .....	17
2.b- Le pouvoir d’un usufruitier.....	20
<i>Paragraphe II : Personnes pouvant prendre à bail</i> .....	21
A – Les locataires liés à l’existence d’un fonds .....	22
1- L’existence d’un fonds .....	22
1.a- Définition du fonds .....	22
1.b- Preuve de l’existence du fonds .....	23

1 <sup>er</sup> critère : l'existence d'une exploitation du fonds .....	23
2 <sup>e</sup> critère : l'existence d'une clientèle .....	24
2- La double condition de la propriété et de l'exploitation du fonds .....	26
2.a- Le principe de l'exploitation directe par le propriétaire.....	26
2.b- Exception : séparation de la propriété et de l'exploitation du fonds .....	27
i) Les cas d'exception .....	27
ii) Identification du locataire du bail ....	29
B – Les locataires non liés à l'exploitation d'un fonds .....	31
1- Notion de Professionnel libéral au sens du droit malgache .....	32
1.a- Conception restrictive du droit français.....	32
i) La nature des activités de chacune de ces qualités.....	32
ii) La distinction entre clientèle civile et clientèle commerciale	32
1.b- Les professionnels libéraux et la profession libérale en droit malgache.....	33
i) La distinction faite entre profession libérale proprement dite et enseignement .....	33
ii) L'existence d'autres activités libérales soumis au statut des baux d'habitation .....	34
2- Fondement de cette extension légale.....	34
2.a- La constitution d'une clientèle civile .....	34
2.b- La protection du professionnel .....	34
<b>Section II : LE CONSENTEMENT DES PARTIES .....</b>	<b>36</b>
<i>Paragraphe I : Conditions d'existence du consentement .....</i>	<i>36</i>
A – Formation du consentement .....	37
1- Application du principe du consensualisme .....	37
2- Limite au principe du consensualisme .....	38
2.a- Exception conventionnelle de droit commun .....	38
2.b- Exception légale spécifique au bail commercial .....	38
B – Régularité du consentement .....	41
1- L'erreur .....	42
2- Le dol .....	42



3-La violence .....	43
<b>Paragraphe II : La preuve du consentement .....</b>	<b>44</b>
A – La détermination de la règle de preuve .....	44
1- Solution fondée sur le caractère immobilier du bail .....	44
2- Solution fondée sur les qualités respectives des contractants... ..	45
2.a- Bail consenti par un non commerçant à un commerçant .....	45
2.b- Bail conclu entre commerçants .....	45
B – Les moyens de preuve admissibles .....	46
1- L’écrit : moyen de preuve parfait .....	46
2- La preuve d’un bail verbal .....	47
2.a- Les moyens de preuve du droit commun .....	47
2.b- Les moyens de preuve fondés sur les théories des actes mixtes et des actes de commerce par accessoire .....	48
<b>CHAPITRE II : SPECIFICITE AU NIVEAU DES ELEMENTS DU CONTRAT .....</b>	<b>49</b>
<b>Section I : LES BIENS OBJET DE LA JOUISSANCE .....</b>	<b>49</b>
A – Distinction entre immeuble et local .....	50
B – Les terrains nus .....	51
1- L’existence ou non de constructions .....	51
2- La condition de la nécessité des terrains nus .....	52
C – Caractère accessoire ou principal des lieux loués .....	52
1- Les conditions des locaux principaux .....	52
2- Les conditions de soumission des locaux accessoires .....	53
2.a- Condition tenant au propriétaire .....	53
i) Principe de la propriété des locaux principaux et accessoires chez une même et seule personne .....	54
ii) Dérogation à cette confusion de propriété .....	54
2.b- Condition de la nécessité des locaux accessoires.....	54
i) Signification de la condition .....	55
ii) Le pouvoir d’appréciation de la condition .....	55
<b>Section II : LA DESTINATION DES LIEUX.....</b>	<b>56</b>

A – Les destinations requises par le statut du bail commercial.....	57
Chapitre 1    Affectation au commerce, à l’artisanat ou à l’exercice de profession libérale.....	57
Chapitre 1    Affectation à un usage mixte .....	58
B – Le respect de la destination des lieux .....	59
1- Le principe de l’interdiction de changer la destination convenue .....	60
2- Dérogations à l’obligation de respecter la destination des lieux.....	60
2.a- L’autorisation du bailleur .....	61
2.b- La dérogation légale du droit français par la despécialisation.....	61
<b>Section III : LA DUREE DE LA JOUISSANCE .....</b>	<b>62</b>
A – Régime juridique de la durée du bail commercial .....	62
1-La règle de la détermination de la durée .....	62
1.a- Le pouvoir de détermination .....	63
1.b- La règle de la détermination de la durée .....	63
1-La règle de la cessation du contrat de bail commercial .....	64
2.a- Principe du droit commun .....	64
2.b- Règle spécifique du bail commercial .....	64
B – La durée effective de la jouissance .....	66
1-Superposition de la durée du contrat et celle de la jouissance.....	66
2-Durée du contrat : point de référence à la durée de la jouissance .....	66
2.a- La diminution de la durée de la jouissance .....	67
2.b- La continuation de la jouissance au delà du terme .....	67
<b>Conclusion de la première partie .....</b>	<b>68</b>
<b>DEUXIEME PARTIE : BAIL COMMERCIAL : STATUT PROTECTEUR DU                                   LOCATAIRE .....</b>	<b>69</b>
<b>CHAPITRE I : LA PROTECTION PAR LE PRINCIPE DU                                   RENOUVELLEMENT.....</b>	<b>71</b>
<b>Section 1 : LE DROIT AU RENOUVELLEMENT OU A L’INDEMNISATION ..</b>	<b>71</b>
<i>Paragraphe I : Le renouvellement du bail .....</i>	<i>72</i>
A – Les bénéficiaires du droit au renouvellement .....	72
1-Le locataire principal et ses ayants droit .....	72

2-Les autres personnes .....	73
2.a- Le cessionnaire .....	73
2.b- Le sous-locataire .....	74
B – Les conditions requises pour le renouvellement .....	74
1-Les conditions relatives au contrat de base.....	75
2-La condition relative à l’objet du renouvellement .....	76
3-L’existence d’une exploitation .....	76
4-La durée de l’exploitation requise .....	77
C – Procédure et incidences du renouvellement sur le bail initial .....	78
1-Le déclenchement du renouvellement .....	78
1.a- Le déclenchement par le congé .....	78
1.b- Le déclenchement par la demande du locataire .....	79
2-Les incidences du renouvellement sur le bail initial .....	79
2.a- La prorogation du bail initial .....	79
2.b- L’existence d’un nouveau bail .....	80
<b><i>Paragraphe II : Le droit à une indemnité d’éviction</i></b> .....	81
A – Délimitation de la notion d’indemnité d’éviction .....	81
1-La nature juridique de l’indemnité d’éviction .....	82
1.a- Le fondement de l’indemnité d’éviction .....	82
1.b- L’indemnité : un dédommagement .....	82
2-Les éléments composant de l’indemnité d’éviction .....	83
B – L’évaluation de l’indemnité d’éviction .....	84
1-Critère d’évaluation : le dommage subi .....	84
2-Evaluation proprement dit .....	85
<b>Section II : L’EXCLUSION DU PRINCIPE DU RENOUVELLEMENT .....</b>	86
<b><i>Paragraphe I : Les justifications de cette exclusion.....</i></b>	86
A – L’existence de motifs graves et légitimes .....	86
1-Confusion des cas de motifs graves avec faute contractuelle .....	87
2-Extension de la notion de motifs graves de refus sans indemnité .....	87
B – L’état insalubre ou dangereux des lieux loués .....	88
1-Les conditions de l’insalubrité ou du ruine des lieux .....	89
2-Les conséquences de l’établissement de l’un de ces motifs.....	89

<i>Paragraphe II : Les règles de procédure</i> .....	90
A – La notification d’un congé de refus au locataire .....	90
B – Les actions laissées au locataire .....	91
<b>CHAPITRE II : LES AUTRES MECANISMES DE PROTECTION</b> .....	92
<b>Section I : LES DROITS RECONNUS AU LOCATAIRE</b> .....	92
<i>Paragraphe I : Droit de contrôle</i> .....	92
A – Contrôle a priori .....	93
1-L’objet de contrôle .....	93
2- Mise en œuvre par l’action en contestation du congé .....	93
B – Contrôle a posteriori .....	94
1-L’objet du contrôle .....	94
2-L’intérêt du contrôle a posteriori .....	95
<i>Paragraphe II : Droit de priorité en cas de reprise</i> .....	95
A – Le bénéficiaire de la réintégration .....	96
B – Conditions de la réintégration .....	96
<b>Section II : LE LOYER DU BAIL COMMERCIAL</b> .....	97
<i>Paragraphe I : La détermination du loyer</i> .....	98
A – L’initiative de la détermination .....	99
1-Le loyer du bail initial lors de la conclusion du bail .....	99
2-Le loyer du bail renouvelé lors de renouvellement .....	99
B – Les modalités de la détermination du loyer .....	100
1-Le loyer du bail initial .....	101
1.a- La référence à certains éléments pour la détermination .....	101
1.b- Le prix est ferme ou révisable .....	101
2-Le loyer du bail renouvelé .....	102
<i>Paragraphe II : Modification du loyer commercial</i> .....	103
A – L’évolution du loyer par la procédure de la révision .....	103
1-Les baux assujettis et les conditions d’assujettissement .....	103
1.a- Baux assujettis : bail initial et bail renouvelé .....	104
1.b- Conditions d’assujettissement : existence d’une clause d’indexation .....	104

2-La règle de la procédure de révision .....	105
2.a- Les caractéristiques de la procédure .....	105
2.b- La règle de fixation du loyer révisé .....	106
 B – Evolution du loyer en dehors de la procédure de révision .....	107
1-La modification du loyer en cas de bail à prix ferme .....	107
1.a- L’existence de modification de l’état des lieux .....	107
1.b- La nécessité de l’accord des parties .....	108
2-La modification du loyer en cas de sous-location .....	109
2.a- La nature de la modification : augmentation du loyer .....	109
2.b- L’immixtion judiciaire .....	110
 <i>Paragraphe III : Le paiement des loyers</i> .....	110
A – Les loyers à payer .....	110
1-Les loyers, les charges et prestations dues par le locataire.....	111
2-Les loyers en cas de paiement anticipé ou de paiement	
Retardé .....	111
B – Le non paiement des loyers .....	112
1-La résiliation du contrat .....	112
2-La règle de procédure .....	113
2.a- Caractère obligatoire du commandement .....	113
2.b- La suspension de la procédure de résiliation .....	114
 <b>Conclusion de la deuxième partie</b> .....	115
<b>CONCLUSION</b> .....	116

## **BIBLIOGRAPHIE**

## **JURISPRUDENCE**

## **ANNEXES :**

### **Abréviations**

Les textes de loi et textes réglementaires cités