

LA DURÉE DU BAIL COMMERCIAL¹

Par

Catherine DELFORGE

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

Yannick NINANE

Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis

Avocat au barreau de Bruxelles

1.- Le temps œuvre sur le statut de toute relation qui s'y inscrit et il n'en va pas différemment du contrat qui n'est finalement qu'une manifestation, parmi d'autres, des liens que peuvent construire entre eux les hommes.

Au regard de la relation, le rôle exercé par la durée se présente cependant comme étant éminemment paradoxal : souvent perçue comme synonyme de sécurité, elle est pourtant tout autant susceptible de constituer un facteur de déséquilibre lorsqu'elle accentue une inégalité qui préexiste entre les parties contractantes. A travers de multiples interventions, le législateur a reconnu cette réalité et a souvent œuvré sur la durée des contrats spéciaux dans le but soit de précariser², soit de stabiliser³ la relation qui les sous-tend.

2.- Si l'on se tourne vers la matière du bail en particulier, les interventions législatives s'y font davantage stabilisatrices⁴. Tous les baux spéciaux font, en effet, l'objet de mécanismes protecteurs destinés à asseoir la relation contractuelle dans une certaine pérennité. L'objectif, implicite ou avoué, est, le plus souvent, de préserver des institutions relevant de l'intérêt

¹ Sur cette question, voy. spéc. B. LOUVEAUX, « Le bail commercial. Jurisprudence de la Cour de cassation du 1^{er} novembre 1999 au 31 décembre 2003 », in *Le bail et la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, sous la coordination de I. DURANT, C.U.P., 2004, vol. 71, pp. 81-168, spéc. pp. 97-102 ; A. DEVREUX, « Durée du bail – Extinction du bail », in *Le bail commercial*, Kluwer, 2003, 2^e édition, pp. 51-84 ; M. DAMBRE, « De duur en de beeindiging in onderling akkoord of door opzegging van de handelshuur », in *50 ans d'application de la loi sur les baux commerciaux, Actes du colloque du 21 mars 2002*, sous la direction de P. JADOU et M. VLIJES, C.J.B.B., 2002, pp. 31-55 ; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Louvain-la-Neuve, Ed. De Boeck Université, 2002, spéc. pp. 87-134 ; J.M. LETIER, « L'incidence de la qualification de bail commercial quant à la faculté de résiliation triennale accordée au preneur », *J.J.P.*, 2001, pp. 91 et s. ; L. HERVE, « Durée du bail de droit commun et du bail de résidence principale », in *Le bail : questions diverses*, C.U.P., 1999, pp. 101-135 ; J. VANKERCKHOVE et M. VLIJES, « Chronique de jurisprudence – Baux à loyer, baux de résidence principale, baux commerciaux (1988-1992) », *J.T.*, 1993, pp. 769 et s. ; M. DAMBRE, « De formele vermelding van de voorwaarden voor de mogelijkheid tot opzegging door de verhuurder inzake handelshuur », *J.J.P.*, 1993, pp. 122-124 ; Y. MERCHERS, « Wilsautonomie en dwingend recht m.b.t. de duur van handelshuur en pacht », in *Liber Amicorum Willy CALEWAERT, Recht en Criminaliteit*, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 49-62 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *Les baux commerciaux, Les Nouvelles*, Droit civil, VI, Bruxelles, Larcier, 1983, n°1570 ; Y. MERCHERS, « Bail commercial initial, bail commercial renouvelé, bail commercial prorogé, bail commercial tacitement reconduit... et leur durée », note sous Cass., 7 mai 1981, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 537 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1972, Tome IV, n°s 783 et s.

² Les techniques sont, à cet égard, variées : exigence d'une durée maximale, interdiction de conclure un contrat de durée indéterminée ou autorisation de résilier un contrat de durée déterminée.

³ Les techniques sont également diverses : qualification ou la disqualification du contrat – de durée déterminée, « au profit de » celui d'une durée indéterminée –, imposition d'une obligation précontractuelle d'information et contrôle du contenu du contrat, exigence d'une durée minimale, conditions imposées à la résiliation unilatérale d'un contrat de durée indéterminée ou au refus de renouveler ou de reconduire un contrat de durée déterminée.

⁴ Voy., en ce qui concerne le bail de droit commun, Discussion du Conseil d'État, Procès-verbal de la séance du 9 nivôse an XII (31 décembre 1803), in P.A. FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du code civil*, Tome XIV, principalement pp. 218 et s. Voy., en ce qui concerne le bail commercial, spéc. Rapport complémentaire des Commissions réunies de la Justice et des Affaires économiques et des Classes moyennes chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du fonds de commerce, Séance du 6 décembre 1949, *Doc.Parl., Sénat*, 1949-1950, Doc. 36, p. 4 ; Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques et des classes moyennes par M. HUMBLET, 19 novembre 1947, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, Doc. 20, pp. 5 et s.

général – qu’il s’agisse de contribuer à accentuer la réalité d’un droit au logement dans le cas du bail de résidence principale, ou de protéger la « propriété commerciale »⁵ et le fonds de commerce⁶ dans le cas du bail commercial –, par le truchement d’intérêts plus particuliers, présentés comme étant ceux de la « partie faible au contrat » (le locataire). De tels intérêts justifient que des atteintes soient portées à la liberté contractuelle⁷.

Comme nous le verrons *infra*, cette volonté de voir se maintenir dans le temps la relation contractuelle prend une coloration particulière en matière de bail commercial puisque, outre l’exigence d’une durée minimale légale – de neuf ans, entendus comme étant le seuil minimal de stabilité imposé –, le législateur institue un mécanisme de renouvellement propre, distinct notamment de celui que l’on trouve en matière de bail à ferme⁸.

En mettant en œuvre une telle protection, le législateur n’a cependant pas voulu faire fi des intérêts du bailleur, titulaire d’un droit de propriété dont on connaît le statut fondamental que lui accorde notre droit. Les travaux préparatoires attestent à cet égard que c’est davantage, en la matière, la voie de l’équilibre qui est recherchée : celui entre les intérêts du bailleur et du locataire-commerçant, entre la propriété foncière et la propriété commerciale⁹, entre le dirigisme législatif et la liberté contractuelle¹⁰. C’est donc aussi en ayant égard à ce compromis qu’il convient de lire les dispositions légales.

3.- Plan de l’exposé. L’exposé se divise en quatre sections, qui sont autant de questions en lien avec la durée traitées par le législateur spécial.

Dans une première section, nous étudierons la durée du contrat *sensu stricto*, c’est-à-dire, plus spécifiquement, la durée de son exécution. Nous constaterons alors que, par la volonté du législateur, le bail commercial initialement conclu entre les parties est nécessairement un contrat dont la durée est déterminée (§ 1^{er}) et que le choix du terme extinctif n’est pas abandonné à la totale liberté des parties contractantes (§ 2). Le principe, en la matière, est en

⁵ Dans le rapport des commissions réunies de la justice et des affaires économiques chargées d’examiner le projet de loi sur la protection du fonds de commerce (séance du 19 mai 1949, *Doc. Parl., Sénat*, n°384, et spéc. p. 1), on lit à cet égard que « *la propriété commerciale, c’est le fruit du travail consciencieux, avisé et prolongé, du commerçant, de l’artisan, de l’industriel. Cela se traduit sans doute par son outillage, ses approvisionnements, mais aussi et peut-être surtout, par la confiance et la fidélité de sa clientèle et sa réputation professionnelle. Le commerçant, l’artisan, l’industriel, pensent que cela, tout cela, provenant de leur labeur prolongé et honorable, est devenu leur propriété* ». Voy. aussi le Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques et des classes moyennes par M. HUMBLET, 19 novembre 1947, *Doc. parl., Chambre*, 1947-1948, Doc. 20, p. 3.

⁶ La protection du fonds de commerce est la raison première de l’adoption d’une législation protectrice. À cet égard, à côté du choix d’une durée minimale et d’un « droit » au renouvellement, le législateur organise d’autres protections, plus accessoires, mais complémentaires, comme le mécanisme de la révision du loyer (compris comme apportant « un tempérament aussi indispensable qu’équitable à la règle de la durée minimale »), la faculté accordée au preneur d’adapter les lieux loués aux nécessités de son commerce ou industrie, la mise en place d’une procédure de refus de renouvellement et la reconnaissance du droit du preneur au paiement de diverses indemnités. Voy. à cet égard spéc. Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre*, 1946-1947, doc. 27, p. 2 et p. 6.

⁷ Dans le domaine du bail, au souci de stabilité répond le choix d’une durée de principe de neuf ans, sauf règles spéciales. Voy. à cet égard l’article 3 de la loi du 20 février 1991 relative au bail de résidence principale, telle que modifiée par la loi du 13 avril 1997 ; les articles 4 et suivants de la loi du 4 novembre 1969 relative au bail à ferme. Par contre, une telle protection n’existe pas en matière de bail à cheptel, institution différente (voy. l’article 1815 du Code civil en ce qui concerne la durée de ce contrat).

⁸ Articles 8 et 37 de la loi du 4 novembre 1969.

⁹ La lecture des travaux préparatoires atteste l’opposition vive qui s’est manifestée entre les tenants de la propriété foncière d’une part, et de la propriété commerciale, d’autre part. Voy. not. Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1946-1947, doc. 27, pp.16 et s. ; Rapport, séance du 19 mai 1949, *Doc. parl., Sénat*, n°384, pp. 1 et s. ; Rapport de M. HUMBLET, *op.cit.*, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, Doc. 20, pp. 3 et s.

¹⁰ Rapport de M. HUMBLET, *op.cit.*, *Doc. parl., Chambre*, 1947-1948, Doc. 20, p. 6). Ils ne se sont pas départis d’une volonté d’ancre le projet de loi dans la réalité économique et sociale de ses implications concrètes.

effet celui d'une durée impérative de minimum neuf ans, qui n'autorise de tempéraments que dans des limites bien précises (§ 3).

Soulignons d'emblée que nous n'étudierons que les aspects touchant à la durée *sensu stricto*. Nous renvoyons par ailleurs le lecteur aux autres contributions du présent ouvrage qui traitent de problématiques « liées » et, en particulier, à la contribution de Madame D. Janssen consacrée au mécanisme du renouvellement et aux indemnités d'éviction.

Nous envisagerons, dans un second temps, les modes de dissolution du bail, c'est-à-dire toutes les situations où le contrat pourra prendre fin autrement que de manière satisfaisante au regard de la volonté initialement exprimée (exécution et échéance du terme). En ce domaine, aux causes de dissolution du droit commun (§ 1^{er}) se joint, en particulier, un mécanisme propre de résiliation, amiable ou unilatérale (§ 2).

La troisième section invite à se placer à un autre moment pertinent de la relation contractuelle : celui de l'échéance du terme conventionnel. Le législateur organise, en effet, à ce propos deux mécanismes particuliers de poursuite du contrat au-delà de son échéance naturelle : le renouvellement « exprès » et le renouvellement par tacite reconduction.

La dernière section exposera, enfin, deux obligations particulières posées par les articles 5 et 14 de la loi lorsque le bail commercial prend fin : l'obligation faite au preneur de permettre la visite des lieux pendant la période précédant son départ et l'obligation faite au bailleur de « subir » la présence d'un avis de transfert destiné à informer la clientèle constituée par le locataire sortant.

SECTION 1 LA DURÉE DU BAIL

§ 1 Le bail commercial et les classifications doctrinales classiques orientées sur la durée

4.- Dès lors que l'on parle de durée du bail, un premier constat s'impose au juriste: le bail commercial est un contrat à exécution successive (I) en principe de durée déterminée (II). Ceci invite à revenir sur deux classifications doctrinales classiques dont les contours ne sont aujourd'hui plus guère remis en cause.

I Le bail commercial est un contrat à exécution successive

5.- On sait que, contrairement au contrat à exécution instantanée, qui se caractérise par une exécution intervenant en un « *trait de temps* » ou « *en une seule fois* »¹¹, le contrat à exécution successive repose sur une exécution fractionnée ou ininterrompue. Dans le premier cas, on parle de contrat à exécution successive *sensu stricto* ou de « contrat à exécution échelonnée » ; dans le second, de « contrat à exécution continue ».

Il est de l'essence du bail d'accorder au preneur la jouissance temporaire – « *un certain temps* » nous dit l'article 1709 du Code civil – d'un bien appartenant à autrui. Dès lors que ce

¹¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, op. cit.*, Tome III, n° 459.

contrat ne se conçoit jamais sans une certaine durée d'exécution, qui participe directement à son essence¹², il doit assurément être rangé parmi les contrats à exécution successive. Certaines de ses prestations seront d'exécution échelonnée (paiement du loyer, par exemple), d'autres, d'exécution continue (jouissance, par exemple).

Cela étant, on doit bien concéder que le droit n'attache que peu d'effets à une telle qualification. Il se borne, en substance, à reconnaître au contrat à exécution successive un régime dérogatoire au principe de la rétroactivité de la résolution¹³, voire de la nullité¹⁴. Il est, par contre, plus rare que d'autres spécificités y soient rattachées¹⁵.

II Le bail commercial est un contrat de durée déterminée ou indéterminée

6.- La distinction classique. La seconde classification est propre aux contrats à exécution successive, que cette dernière soit échelonnée ou continue : elle invite à distinguer le contrat de durée déterminée et le contrat de durée indéterminée¹⁶.

Là où la distinction entre le contrat à exécution instantanée ou successive repose sur un critère tenant à une modalité de l'exécution des prestations caractéristiques, la distinction entre le contrat de durée déterminée et le contrat de durée indéterminée repose sur un critère tenant aux modalités de l'extinction des obligations contractuelles. En ce sens, ce qui caractérise ces contrats, ce n'est plus tellement l'étalement de leur exécution dans le temps, mais davantage la présence ou l'absence d'un terme conventionnel. Et, à la différence des autres classifications retenues par le Code civil, la présente distinction ne révèle son intérêt qu'à deux moments entre lesquels elle demeure latente : elle interfère au stade de la formation du contrat, par la présence ou l'absence d'une volonté commune de borner la durée des engagements réciproques, et au moment de la disparition du contrat, moment où la volonté initiale est invitée à se déployer.

On enseigne, à cet égard, que le contrat de durée déterminée est celui qui est assorti d'un terme extinctif¹⁷ ou qui porte sur une entreprise bien définie¹⁸. Dans ce cas, la liberté des parties contractantes s'exprime *ab initio* : le contrat est (voulu comme) destiné à prendre

¹² L'apparente simplicité de la définition doctrinale ne parvient cependant pas à masquer toute difficulté, en particulier dans l'application qui doit en être faite dans la pratique. Voy. sur cette question, spéc. Fr. GLANSDORFF, « La définition et les caractéristiques du contrat à prestations successives », *La vie du contrat à prestations successives*, A.B.J.E., 1991, pp. 17 et 20-21 ainsi que les références citées.

¹³ Voy. à cet égard S. STIENS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 689 et s., spéc. n° 157 et s. ; M. FONTAINE, « La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive », note sous Cass., 8 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 379 et s. ; M. FONTAINE, obs. sous Civ. Bruxelles, 19 juin 1997, *J.T.*, 1998, pp. 9 et s.

¹⁴ Voy. en France Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2004, p.186, n°418 et p. 406 et s., n°837 et s.

¹⁵ Il est, notamment, plus rare que soit soulignée la sensibilité plus grande de ces contrats « de durée » à d'autres problématiques juridiques comme, en particulier, l'imprévision et la caducité. On exceptera, cependant, une loi assez ancienne, du 15 juin 1955 relative à certains contrats à long terme (*M.B.*, 23 juin 1955), mais qui ne s'appliquait pas aux baux commerciaux. Le législateur y prévoit un régime particulier s'agissant de certains baux (et concessions) ayant à faire face à une situation d'imprévision au sens où nous l'entendons aujourd'hui.

¹⁶ C'est volontairement que nous préférons parler ici de contrat « de » durée, déterminée ou indéterminée, plutôt que de contrat « à » durée, déterminée ou indéterminée, pourtant plus souvent usitée en doctrine.

¹⁷ Le terme est ici entendu comme une modalité du contrat lui-même, et non une modalité d'une de ses obligations (articles 1168 et s. du Code civil). Voy. à cet égard P. WÉRY, *Le contrat : sa modification, sa transmission, sa suspension et son extinction*, *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 31bis, Ed. Kluwer, janvier 2000, p. 35, n° 310 et s.

¹⁸ Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, *Éléments d'appréciation*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 23. Voy. aussi C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, Préface de P.Y. GAUTIER, P.U.A.M., 2003, spéc. pp. 43 et s.

automatiquement fin lorsque le terme extinctif sera échu ou lorsque toutes les obligations auront été exécutées à la satisfaction des parties.

Le contrat de durée indéterminée se définit *a contrario* comme étant celui qui ne précise aucun terme conventionnel¹⁹. Sa validité ne suscite guère plus de discussions. Sont, en effet, en principe²⁰, seuls bannis les engagements « perpétuels », c'est-à-dire ceux qui lient leur(s) auteur(s) pour une durée définie, mais infinie (article 1780 du Code civil), ce qui n'est pas le cas du contrat de durée indéterminée.

On enseigne, enfin, que le contrat de durée indéterminée prend toujours fin par un acte juridique de rupture, bilatéral (résiliation amiable) ou unilatéral (résiliation unilatérale)²¹.

7.- Situation du bail de droit commun. En droit commun, la durée du bail est traitée par plusieurs dispositions du Code civil (articles 1736 à 1740, 1757 et 1758). On y lit que ce contrat peut être de durée déterminée (c'est le cas du bail écrit précisant un terme²² ou qui ne dit rien de sa durée²³, ainsi que du bail verbal²⁴, ces deux derniers étant présumés avoir été conclus pour une durée d'un mois²⁵) ou indéterminée (contrat écrit qui se dit de durée indéterminée²⁶). Un congé sera *imposé* toutes les fois que le bail n'est pas un bail écrit conclu pour une durée déterminée²⁷.

8.- Situation du bail commercial. Quel que soit le régime spécial qu'il institue – bail de résidence principale, bail à ferme ou bail commercial –, le législateur s'est, par principe²⁸, refusé à abandonner le choix de la durée à l'entière liberté des parties, attestant son souci de pérenniser les liens qui s'y nouent entre parties.

S'agissant des baux commerciaux, on enseigne que ceux-ci sont des contrats de durée nécessairement déterminée (dont le terme sera de neuf ans ou plus). Le législateur prévoit, cependant, à l'article 14, une situation où le bail est de durée indéterminée : celle où le bail est reconduit²⁹.

¹⁹ Pour une précision du contenu de cette catégorie, voy. C. DELFORGE, « Rétractation, résolution et résiliation unilatérales ou quand la volonté d'un seul anéantit ce que la volonté commune a édifié », in *La fin du contrat*, C.U.P., Volume 51, 2001, pp. 79 à 157 ; Th. DELAHAYE, *op.cit.*, 1984, pp. 24 et s.

²⁰ On réservera bien entendu les situations où le législateur autorise lui-même exceptionnellement de tels engagements, comme c'est notamment le cas du bail à vie autorisé par l'article 3 de la loi relative au bail de résidence principale.

²¹ Outre, bien entendu, les causes de dissolution du droit commun. Nous entendons ici uniquement préciser les modes normaux d'extinction du contrat dont la durée est indéterminée : la manifestation postérieure de volonté.

²² Il prendra fin à l'échéance de son terme, conformément à l'article 1737 du Code civil. Un congé ne sera donc pas nécessaire, même s'il reste utile afin d'éviter la tacite reconduction (articles 1738 et 1739).

²³ Dans ce cas, la présomption de l'article 1738 du Code civil serait, cependant, réfragable.

²⁴ On enseigne que, dans ce cas, la présomption de durée déterminée est irréfragable, sans préjudice de l'application de l'article 1758 du Code civil si le bail porte sur un appartement meublé. Sur cette situation, voy. aussi Discussion du Conseil d'État, Procès-verbal de la séance du 9 nivôse an XII (31 décembre 1803), in P.A. FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du code civil*, Tome XIV, Paris, p. 219.

²⁵ Article 1736 du Code civil (sous réserve de l'article 1758 du Code civil).

²⁶ Le bail prendra alors fin moyennant un congé (résiliation), conformément à la théorie générale des contrats.

²⁷ Voy. à cet égard L. HERVE, « Durée du bail de droit commun et du bail de résidence principale », in *Le bail : questions diverses*, C.U.P., 1999, p. 105 ; L. HERVE, « La durée du bail », in *Le droit commun du bail*, sous la direction de G. BENOIT, I. DURANT, P.A. FORIERS, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY, La Charte, Collection « Droit du bail », 2006, pp. 379 à 409.

²⁸ Soulignons les situations où le législateur autorise lui-même la conclusion de baux qui demeurent hors du champ d'application de la loi. On songe ici, principalement, aux baux dits « de circonstances » visés à l'article 2 1° de la loi. Voy. à cet égard également *infra* n° 16.-

²⁹ Cette situation fait l'objet d'un examen plus approfondi *infra* n°s 95.- et s.

§ 2 Le bail initial et l'exigence d'une durée minimale de neuf ans (article 3, alinéa 1^{er})

I Le principe et sa *ratio legis*

9.- Une volonté de protéger le fonds de commerce. Soucieux de préserver le fonds de commerce³⁰, dont le bail constitue l'un des éléments essentiels³¹, le législateur assure une protection plus grande - que ne le fait le droit commun - au preneur qui affecte les lieux qu'il loue à l'exercice de son activité commerciale ou artisanale.

Comme nous l'avons déjà souligné³², cette protection passe principalement par deux mécanismes, complémentaires³³, de stabilisation du droit dont le preneur est titulaire sur le bien où il travaille et entre en contact avec la clientèle³⁴.

L'article 3 alinéa 1^{er} de la loi du 30 avril 1951 dispose, tout d'abord, que « *la durée du bail [ndlr le bail entrant dans le champ d'application de la loi]*³⁵ *ne peut être inférieure à neuf années* »³⁶⁻³⁷. Dans l'esprit du législateur, cette durée minimale, et désormais unique³⁸, de protection est destinée à permettre l'amortissement des investissements réalisés dans les lieux³⁹.

L'article 13 prévoit, ensuite, le droit pour le preneur de solliciter, moyennant le respect de certaines conditions, trois renouvellements⁴⁰.

³⁰ Le projet initial déposé par le gouvernement est d'ailleurs intitulé « Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce » (Projet du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1946-1947, doc. 27). Ensuite, devant le Sénat, l'axe est davantage mis sur la stabilité du bail, condition de la réalisation du fonds de commerce. Le projet devient alors le projet de loi sur les baux commerciaux en vue de la protection du Fonds de commerce (voy. le texte adopté en premier vote au Sénat, Séance du 8 février 1950, *Doc. parl., Sénat*, session 1949-1950, Doc. n° 162). Voy. aussi, sur l'importance de cet élément lors des travaux préparatoires, spéc. Séance du 19 mai 1949, *Doc. parl., Sénat*, session de 1948-1949, Doc. n° 384, p. 8 (« *le but de la loi est de protéger le fonds de commerce* »). Voy. enfin *supra* ce qui a été dit dans la note infrapaginale n° 6.

³¹ Voy. d'ailleurs, à cet égard, la loi du 24 décembre 1951 (*M.B.*, 26 décembre 1951) qui se déclare être une loi « *interprétant la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en vue de la protection du fonds de commerce* ».

³² Voy. *supra* n° 2.-.

³³ Exposé des motifs, Projet de loi du 20 novembre 1946, n°2 et 14, *Doc. Parl., Chambre*, 1946-1947, *Pasin.*, 1951, p. 328.

³⁴ Il paraissait, à cet égard, aux parlementaires « *impossible, d'une impossibilité radicale de permettre au commerçant, à l'artisan, à l'industriel, d'attendre un rendement raisonnable du fruit de leur effort professionnel si on ne les assure pas d'une certaine stabilité dans l'occupation de l'immeuble où ils exercent leur métier* » (Rapport, Séance du 19 mai 1949, *Doc. Parl., Sénat*, session de 1948-1949, Doc. n° 384, p. 2).

³⁵ Voy. not. la situation des baux de circonstances, de durée inférieure et exclu du champ de la loi. Voy. sur ce point la note infrapaginale n° 28 précitée et *infra* le paragraphe n° 16.-

³⁶ La doctrine considère que le délai de neuf ans prend cours avec la jouissance du bien, et non au jour de la conclusion du contrat ou de la délivrance du bien au preneur. Voy. M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 34 qui renvoie notamment à Cass., 15 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, 223.

³⁷ Comme nous le verrons *infra*, conformément aux principes du droit commun, le bail conclu pour une durée d'au moins neuf ans prendra fin à l'échéance de son terme s'il n'a fait l'objet d'aucun renouvellement, sans qu'il soit requis qu'un quelconque congé soit notifié par aucune des parties. Voy. à cet égard Cass., 11 septembre 1987, *R.W.*, 1988-1989, 1322 ; Cass., 7 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, 806 ; *J.T.*, 1980, p. 131. Voy. aussi *infra* n° 88.- et s.

³⁸ Le projet initial du gouvernement retenait une durée de neuf années, mais prévoyait qu'elle pouvait être majorée à douze années lorsque le preneur était légalement ou conventionnellement tenu, dès l'entrée en jouissance, d'effectuer des travaux d'un montant supérieur à une année de loyers, charges comprises. Voy. Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1946-1947, doc. 27, p. 3 et s. ainsi que p. 32 ; rapport de M. HUMBLET, 19 novembre 1947, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, Doc. 20, p. 9 et s.

³⁹ Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre*, 1946-1947, doc. 27, p. 3.

⁴⁰ Voy. à cet égard *infra* n° 88.-.

10.- Mais une volonté de prendre également en compte les intérêts du bailleur. Les travaux préparatoires de la loi attestent cependant que cette protection n'a pas été acquise sans mal et a, au contraire, été au cœur d'un vif débat entre les tenants de la propriété foncière et de la propriété commerciale⁴¹. Par le régime qu'il institue, le législateur a finalement opté en faveur d'« un point d'équilibre (...) entre la protection du fonds de commerce, au sens large et le respect des intérêts légitimes des propriétaires d'immeubles »⁴².

Résultats d'un compromis, les mécanismes légaux relatifs à la durée, que l'on présente comme étant édictés dans le seul intérêt du preneur, ne peuvent pourtant être compris sans avoir égard à cet équilibre qui a été recherché par le législateur. Ils doivent, en particulier, demeurer cantonnés dans les limites strictes que ce dernier leur a assignées, par le choix d'une législation impérative, et non d'ordre public.

II Une exigence « impérative »

A Le principe

11.- Un principe impératif. Initialement voulu comme ressortissant de l'ordre public⁴³, l'article 3 est désormais qualifié de disposition impérative⁴⁴ en ce qu'il assure la protection d'intérêts privés et, plus particulièrement, les intérêts du preneur⁴⁵⁻⁴⁶.

12.- Dans le sens restreint qu'on leur donne aujourd'hui⁴⁷, les lois impératives sont présentées par la doctrine comme étant des lois « auxquelles il n'est pas permis de déroger,

⁴¹ Voy. à cet égard les références *supra* n°2.- Voy. aussi, sur le principe, Y. MERCHERS, *op.cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 532 ; J. VANKERCKHOVE, « Les cinquante ans de la loi sur les baux commerciaux », *Act. jur. baux*, 2000, p. 146, n° 1.

⁴² Rapport, Séance du 19 mai 1949, *Doc. parl., Sénat*, session de 1948-1949, Doc. n° 384, p. 2. Voy. aussi Cass., 14 janvier 2008, R.G. C.07.0234.

⁴³ Voy. Rapport des commissions réunies de la justice et des affaires économiques chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de commerce, Séance du 19 mai 1949, *Doc. parl., Sénat*, session de 1948-1949, Doc. n° 384, p. 4 ; Rapport complémentaire, Séance du 6 décembre 1949, *Doc. parl., Sénat*, session de 1948-1949, Doc. n° 36, p. 3. Ceci se confirme par le souci du législateur d'assurer la stabilité du bail commercial et de réaliser un « but économique et social de la loi », raison qui expliqua, en particulier, le choix d'insérer les dispositions nouvelles dans le Code civil lui-même (*Ibidem*, p. 4).

Le passage de considérations d'ordre public vers le choix de dispositions impératives paraît s'être réalisé lors des discussions devant la commission du Sénat, celle-ci étant davantage soucieuse d'inscrire les dispositions légales dans la continuité du Code civil et d'accorder une plus large liberté aux parties (voy. à cet égard le second rapport complémentaire, Réunion du 6 avril 1950, *Doc. parl., Sénat*, session 1949-1950, Doc. n° 214, spéc. p. 2).

⁴⁴ A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 51 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p.33. Voy. aussi Cass. 23 avril 1953, *Pas.*, 1953, I, 647.

⁴⁵ M. DAMBRE, *op. cit.*, 2002, p. 34 ; A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 51 ; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2002, p. 90, n° 111 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 536-537, n° 9. Voy. aussi Cass., 14 janvier 1965, *J.T.*, 1965, p. 150 et Cass., 2 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 430 cités par B. LOUVEAUX, *op.cit.*, 2002, p. 91, n° 111. Voy. enfin Civ. Mons, 11 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1260 ; Civ. Mons, 17 octobre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1135.

⁴⁶ On soulignera utilement que d'autres dispositions de la loi tendent à protéger les intérêts du bailleur. Il en est, notamment, ainsi de l'article 14, alinéa 1^{er} de la loi qui règle les formalités de la demande de renouvellement (Cass., 19 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, 928).

⁴⁷ La doctrine plus ancienne, de J. DABIN (J. DABIN, « Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois en droit privé interne », *Ann. dr. sc. pol.*, 1939-1940, T. VIII, pp. 190-247) et G. BAETEMAN (G. BAETEMAN, « Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés », note sous Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, p. 163, n° 5), invitait en effet à distinguer au sein des lois impératives celles qui avaient en vue la protection de l'ordre public (loi impérative d'ordre public) ou d'intérêts privés (loi impérative protectrice des intérêts privés). Dans l'un et l'autre cas, les lois sont impératives, car elles « s'imposent nonobstant toute disposition de volonté contraire et auxquelles il est interdit de déroger » (*Ibidem*). G. BAETEMAN souligne, à cet égard, que « le caractère impératif

mais qui ne sont pas d'ordre public, parce qu'elles ne protègent que des intérêts privés, et qui n'entraînent, dès lors, que la nullité relative des conventions contraires et qui n'excluent pas une renonciation ou une confirmation, aux conditions du droit commun et à celles qui sont fixées, en outre, par chaque loi, notamment quant au temps et à la forme »⁴⁸⁻⁴⁹.

Plusieurs questions particulières s'induisent du constat de la présence d'une loi impérative : il s'agit, dans un premier temps, et dans une perspective substantielle, d'apprécier dans quelle mesure la liberté contractuelle est préservée malgré une telle impérativité et donc la mesure dans laquelle les parties sont encore admises à déroger à la loi (point B *infra*). Cette première question invite, dans un second temps, à également revenir sur la théorie des nullités appliquée aux actes juridiques excédant l'autorisation légale⁵⁰, et sur la possibilité maintenue au profit de la personne protégée de renoncer à se prévaloir d'une éventuelle nullité (confirmation de l'acte) (point C *infra*). Dans une perspective procédurale, enfin, l'impérativité oriente le questionnement sur la personne du juge, invitant à préciser quels sont ses pouvoirs lorsqu'il est invité à connaître d'une clause illicite (point D *infra*).

B Les clauses autorisées et les clauses interdites

13.- La loi impérative est une loi à laquelle il n'est pas permis de déroger inconditionnellement⁵¹.

En l'espèce, une confrontation *ab initio* (dans le bail initial) à l'interdiction légale sera exclue, sous peine d'illicéité, et la durée sera automatiquement portée à neuf ans⁵².

Mais, comme nous le verrons, la liberté contractuelle reste entière dans les marges qui débordent cette interdiction, lorsque son exercice n'est plus susceptible de porter atteinte aux intérêts que le législateur a jugés dignes de protection⁵³.

n'empêche pas qu'il y ait des degrés parmi les lois impératives : les unes, imposées de manière absolue, excluent toute dérogation ou renonciation, tandis que les autres admettent des dérogations conditionnées par certaines circonstances de temps et de personnes » (Ibidem p. 164, n° 5).

Sur l'évolution de la terminologie, vers l'acception plus restreinte qu'on lui reconnaît aujourd'hui, voy. aussi A. MEEÛS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 500 et s., n° 3 et s. L'auteur souligne que la notion de loi impérative a été expressément consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 6 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 361 avec les conclusions du Ministère public.

⁴⁸ A. MEEÛS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, p. 514, n° 19. L'auteur critique cependant cette définition classique que retient la doctrine, considérant qu'elle est incomplète en ce qu'elle « néglige un aspect de certaines lois impératives (...) qui est, dans la réalité, leur aspect le plus fondamental », à savoir la portée positive de telles lois lorsqu'elles s'intègrent dans le contrat afin de protéger le cocontractant. « Ainsi, la loi règle d'autorité et de manière positive le contenu du contrat. En particulier, la loi impose à une partie des obligations déterminées à l'égard d'une autre partie dont le législateur entend protéger les intérêts » (Ibidem). L'auteur classe ainsi les lois impératives en deux catégories, la loi sur le bail commercial appartenant à la seconde d'entre elles : d'une part, les lois protectrices des intérêts privés qui interviennent de manière négative, en interdisant expressément d'y déroger et, d'autre part, les lois protectrices des intérêts privés qui œuvrent de manière positive, en imposant aux parties « des obligations à l'égard de leur cocontractants, même si le contrat ne prévoit pas ces obligations et sans qu'il puisse déroger à la loi sur ce point » (Ibidem, pp. 514-515, n° 19).

⁴⁹ On notera que qu'en matière de bail de résidence principale, l'annexe jointe à l'arrêté royal du 4 mai 2007 pris en exécution de l'article 11bis du livre III, titre VIII, chapitre II, section 2, du Code civil (*M.B.*, 25 mai 2007. *Err.* 31 mai 2007) dispose qu'« une règle impérative est une règle à laquelle il ne peut être dérogé dans le contrat, même en cas d'accord entre le bailleur et le preneur ».

⁵⁰ Voy., pour approfondir cette question, spéc. A. MEEÛS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 525 et s.

⁵¹ X. DIEUX, « Le contrat : instrument et objet de dirigisme ? », in *Les obligations contractuelles*, *C.J.B.B.*, 1984, p. 271. Voy. aussi, sur le principe Cass. 23 avril 1953, *Pas.*, 1953, I, 647 qui décide que les dispositions de la loi du 30 avril 1951 sont, par principe, impératives de sorte que les parties ne peuvent y déroger que lorsque cette faculté leur est expressément ou implicitement reconnue.

⁵² Sur le principe, voy. Cass., 14 janvier 2008, R.G. C.07.0234.

Qu'en est-il, concrètement, en ce qui concerne les clauses relatives à la durée insérées dans un contrat de bail commercial⁵⁴ ?

14.- La clause prévoyant une durée inférieure à neuf ans. Comme le précise clairement l'article 3⁵⁵, la clause du bail (initial⁵⁶) qui prévoit une durée inférieure à 9 ans n'est pas valable.

L'interdiction est, en l'espèce, absolue : elle frappe tous les baux, même s'ils ont été constatés dans un acte authentique ou ont fait l'objet d'une déclaration devant le juge. Selon une partie de la doctrine⁵⁷, devraient de même être exclues les clauses qui, sans l'exprimer clairement, ont néanmoins pour effet de réduire la durée à un seuil inférieur à neuf ans⁵⁸.

De telles clauses sont frappées de nullité relative et la durée du bail sera automatiquement portée à neuf ans⁵⁹.

15.- La clause prévoyant une durée indéterminée. Le bail initial ne peut davantage être conclu pour une durée indéterminée⁶⁰ : tous les baux commerciaux sont, au départ, de durée déterminée.

C'est ce qu'a récemment confirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 14 janvier 2008⁶¹ : « *een handelshuur waarvan de partijen geen duur, een onbepaalde duur of een kortere duur hebben bepaald, van rechtswege negen jaar bedraagt* ». Ainsi, la durée est automatiquement portée à 9 ans, sans que le preneur ne soit tenu de faire constater la nullité de la clause⁶².

⁵³ Telle est la position reçue s'agissant de toute loi impérative. Voy. sur ce point H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome I, Bruxelles, Larcier, 1962, 3^e édition, p. 146, n° 98.

⁵⁴ Nous envisagerons ici le sort des clauses insérées dans le bail initial. La durée légale minimale s'applique, cependant, également aux contrats qui ne font l'objet d'aucun écrit. Voy. dans ce sens M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 34 et p. 39; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, *Novelles*, 1984, n°1573 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 90, n° 110.

⁵⁵ On remarquera qu'il avait été proposé, lors des discussions parlementaires, d'offrir la possibilité aux parties de faire le choix d'une durée inférieure à 9 ans s'agissant de la première occupation, sous la condition que cette convention soit homologuée par le juge de paix compétent. Les baux conclus en renouvellement de cette première occupation devaient, par contre, obligatoirement être d'une durée minimale de neuf ans (article 4 du projet adopté devant la Commission de la chambre des affaires économiques et des classes moyennes). Voy. Rapport, 14 janvier 1948, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, Doc. 128, p. 5. Ces voies de plus grande liberté dans le choix de la durée du contrat ont été abandonnées devant le Sénat (Voy. spéc. Rapport, Séance du 19 mai 1949, *Doc. parl., Sénat*, session de 1948-1949, Doc. n° 384).

⁵⁶ Cass., 7 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1031 : l'interdiction de conclure un bail pour une durée inférieure à 9 ans est absolue, mais ne vaut que s'agissant du bail original. Au regard de la loi, les parties pourraient donc, après la conclusion du bail, convenir de résilier amiablement celui-ci et conclure un renouvellement pour une durée plus courte. Nous reviendrons *infra* sur cet arrêt. Voy. encore Civ. Mons, 11 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1260.

⁵⁷ Voy. dans ce sens Y. MERCHERS, *op.cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 536, n° 9.

⁵⁸ Songeons, en particulier, à une condition résolutoire. Selon une même idée, B. LOUVEAUX ajoute que « *le bail ne peut être limité à la durée de vie des parties ou de l'une d'entre elles* » et ce même si le bail est stipulé comme étant conclu *intuitu personae* (B. LOUVEAUX, *op.cit.*, 2002, p. 87, n° 110).

⁵⁹ Voy. récemment Cass., 14 janvier 2008, R.G. C.07.0234.

⁶⁰ Cass., 21 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 323. Voy. aussi Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 537, n° 9 ; B. LOUVEAUX, *op.cit.*, 2002, p. 90, n° 110.

Soulignons que le projet initialement déposé par le gouvernement (Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1946-1947, doc. 27, spéc. p. 33) prévoyait, en son article 6, que « *si le bail est conclu ou une durée inférieure à la durée minimum ou pour une durée indéterminée, le locataire peut, sur le refus du bailleur d'en fixer contractuellement le terme final conformément aux dispositions de l'article 4, faire décréter cette fixation en justice* ». Un amendement fut ensuite déposé aux fins de supprimer cette possibilité (voy. Rapport, 19 novembre 1947, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, Doc. 20, p. 10).

⁶¹ Cass., 14 janvier 2008, R.G. C.07.0234.

⁶² Les faits ayant donné lieu à cet arrêt de la Cour de cassation peuvent être résumés comme suit : le 9 octobre 1981, un bail commercial est conclu devant notaire. Celui-ci précise que sa durée correspond à la durée de vie de la société locataire. A ce

16.- Les baux « de circonstances ». Qu'en est-il des baux dits « de circonstances », c'est-à-dire des locations portant sur un immeuble (ou partie d'immeuble) conclues en considération de circonstances temporaires particulières – location dans le cadre d'une exposition ou d'une foire commerciale, par exemple - qui en constituent la cause première⁶³ ?

Soumettre de tels contrats à l'exigence minimale d'une durée de neuf ans a été jugé déraisonnable par les parlementaires. Et plutôt que d'exclure de tels contrats de la seule exigence légale de stabilité minimale, ceux-ci ont fait le choix de les exclure purement et simplement du champ d'application de la loi (article 2, 1^o)⁶⁴, les abandonnant ainsi au droit commun⁶⁵.

Pour apprécier si la location présente ou non un caractère temporaire au sens de l'article 2 1^o, on aura égard à trois critères :

- la nature du bien loué : usage de matériaux périssables, réalisation d'une construction temporaire, etc. ;
- la destination du bien loué : on songe ici, par exemple, au bail conclu dans le cadre d'une foire ou d'une exposition⁶⁶, mais aussi à la location d'un emplacement de parking liée à un événement précis, etc. ;
- les usages : sont principalement visées les locations liées aux saisons touristiques.

17.- La clause d'essai. Le texte légal interdit également aux parties de stipuler, dans le bail initial, une période d'essai inférieure à neuf ans.

La présence d'une telle clause maintiendra donc intact le droit du preneur⁶⁷ de revendiquer la protection minimale que lui accorde l'article 3⁶⁸.

moment, les statuts prévoient que l'échéance était le 24 septembre 2006. Le 21 mai 1986, cependant, la société locataire devient statutairement une société de durée indéterminée.

Par un courrier daté du 20 septembre 2005 et envoyé par recommandé le 23 septembre 2005, le bailleur adresse au locataire un congé l'invitant à quitter les lieux pour le 24 septembre 2006. Le locataire proteste, prenant appui sur la durée indéterminée du bail qui les lie.

En degré d'appel, par une décision du 6 décembre 2006, le Tribunal de première instance de Louvain qualifie le bail conclu entre les parties de contrat de durée indéterminée et en conclut que sa durée doit être ramenée à un seuil maximal de 99 ans. Selon le tribunal, le bail devait effectivement en principe prendre fin le 1^{er} janvier 2080. Par ailleurs, dès lors que le bail ne prévoyait pas de faculté anticipée au profit du bailleur, le congé du 23 septembre 2005 est déclaré nul. Par application des principes que nous venons de citer, la Cour de cassation décidera que « *De appelrechters die aldus oordelen dat ingevolge voormelde statutenwijziging de handelshuurovereenkomst van onbepaalde duur is, verantwoord hun beslissing niet naar recht* ».

⁶³ Lors des travaux préparatoires, on entendait ici « *le bail qui, en raison de la nature du bien, ou de sa destination et des usages, est normalement consenti pour une période de temps déterminée, ainsi que pour une saison, une foire, etc.* » (article 4, tel qu'amendé par la Commission des affaires économiques et des classes moyennes et tel qu'adopté par la chambre avant sa transmission au Sénat ; voy. Rapport complémentaire, 14 janvier 1948, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, Doc. 128, p. 5). Voy. enfin les amendements déposés par M. BOULANGER et consorts au texte des Commissions réunies de la justice et des affaires économiques et des classes moyennes, *Doc. parl., Sénat*, Session de 1949-1950, n°43, spéc. p. 1 ainsi que le texte adopté en premier vote au Sénat, Séance du 8 février 1950, *Doc. parl., Sénat*, Session 1949-1950, Doc. n° 162, spéc. p. 2.

⁶⁴ Voy. à cet égard la contribution de J.M. Letier dans le présent ouvrage et qui porte spécifiquement sur le champ d'application de la loi.

⁶⁵ Voy. à cet égard le Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1946-1947, doc. 27, p. 34 ; Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques et des classes moyennes par M. HUMBERT, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, spéc. p. 13.

Précisions que, dans un arrêt du 25 mars 1983, la Cour de cassation décidait que « *même si les parties ont conclu un bail d'une durée de un an ou supérieure à un an, l'article 2 1^o reste applicable lorsque, suivant le cours normal des affaires, le bail est consenti pour une durée inférieure à un an, en raison de la nature du bien de sa destination ou des usages* ». Voy. Cass., 25 mars 1983, *J.T.*, 1984, p. 264.

⁶⁶ Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques et des classes moyennes par M. HUMBERT, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, p. 13.

Telle n'était pourtant pas l'intention des auteurs du projet de loi initial⁶⁹. Soucieux de tenir compte, plus largement, de *toutes* les circonstances particulières pouvant justifier une durée plus brève d'occupation⁷⁰, ceux-ci n'avaient, en effet, pas d'emblée exclu la possibilité de tolérer une liberté contractuelle plus grande dans le choix de la durée dès lors que l'accord des parties avait fait l'objet d'un entérinement par le juge de paix compétent⁷¹. Le texte adopté n'a finalement pas maintenu cette faculté et le libellé des articles 2 1^o et 3 invite désormais à considérer que ces clauses sont « hors la loi ».

18.- Les clauses prévoyant une durée supérieure à neuf ans. Le bail conclu pour une durée supérieure à neuf années sera, par contre, pleinement valide⁷².

Un tel bail ne fait, par ailleurs, pas obstacle au droit du preneur de solliciter trois renouvellements⁷³.

C La sanction des clauses illicites

19.- Une nullité relative. La clause qui méconnaît l'article 3 alinéa 1^{er} est illicite et sera frappée de nullité relative⁷⁴.

⁶⁷ Conformément aux principes majoritairement reçus, le bailleur ne disposerait, par contre, pas d'une telle faculté de remettre en cause le contrat: voy. J.P. Anvers, 29 mars 1988, *J.J.P.*, 1988, p. 294 cité par J. VANKERCKHOVE et M. VLIES, *op.cit. J.T.*, 1993, p. 796, n° 83.

⁶⁸ J. VANKERCKHOVE et M. VLIES, *op. cit.*, *J.T.*, 1993, p. 796, n° 83 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 34 ; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2002, p. 93, n° 112 et les références citées.

Il a été décidé qu'un bail conclu à l'essai est censé conclu pour une durée de 9 ans prenant cours au premier jour de la période d'essai si, au terme de la période d'essai, le preneur se maintient dans les lieux sans opposition du bailleur et sans qu'un nouveau bail ait été convenu entre les parties (Cass., 31 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, 1130).

Le principe précité s'applique à tout contrat entrant dans le champ d'application de la loi, tel que qualifié par le juge : ce dernier pourrait être amené à requalifier la convention d'occupation précaire en bail commercial d'une durée de 9 ans lorsqu'il ressort des circonstances que l'intention réelle des parties était de conclure un véritable bail commercial. Voy. à cet égard J.P. Bruxelles (4^e cant.), 13 décembre 2006, *inédit*, R.G. 01A1210 (en l'espèce, la convention d'occupation précaire prévoyait une période d'essai de 15 mois et les parties avaient, le même jour, conclu une promesse de bail commercial – le juge de paix disqualifie la convention considérant que pareille clause d'essai est contraire aux dispositions impératives de la loi) ; J.P. Bruxelles (4^e cant.), 7 novembre 2003, *inédit*, R.G. 03A2296.

⁶⁹ Le texte prévoyait, en effet, la possibilité pour les parties de conclure, s'agissant d'une première occupation, un bail pour une durée inférieure à neuf ans constituant « un premier temps d'épreuve » (Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques et des classes moyennes par M. Humbert, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, p. 10). À l'issue de cette première période, le locataire conservait le droit à bénéficier du renouvellement du bail (*Ibidem*, p. 11).

Pareille faculté était, par contre, exclue pour les occupations suivantes, afin d'éviter les fraudes et le contournement de la loi. Voy. le rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques et des classes moyennes par M. Humbert, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, p. 11. Lors des discussions en commission de la chambre, il fut finalement décidé d'abandonner cette disposition, bien que la question soit demeurée controversée.

⁷⁰ Dans l'esprit du législateur de 1951 et, en particulier des membres de la Chambre des représentants, les baux de circonstances visaient des situations variées : clause d'essai, volonté du bailleur de conclure un bail pour une durée inférieure afin de placer un enfant dans les lieux loués à plus brève échéance. Cette circonstance particulière a été plusieurs fois citée par les travaux préparatoires (Rapport complémentaire, 14 janvier 1948, *Doc. parl., Chambre*, 1947-1948, Doc. 128, p. 2).

⁷¹ Voy. à cet égard le Rapport, *Doc. parl., Chambre*, 1947-1948, p. 10. La personne du juge apparaissait ici comme une garantie pour les parties, ce dernier étant invité à leur faire « les observations opportunes ».

⁷² A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 51 et p. 55 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 37 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 94, n° 114 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 536, n° 9. Rappelons, à cet égard, qu'un bail de plus de neuf ans, valable entre parties, ne sera opposable aux tiers que moyennant sa transcription auprès du conservateur des hypothèques (article 1^{er} de la loi hypothécaire). La jurisprudence a admis que chacune des parties puisse à cette fin contraindre l'autre à passer l'acte authentique nécessaire à la transcription (Bruxelles, 24 février 1970, *Pas.*, 1970, II, 112). Voy. aussi Cass., 14 janvier 2008, R.G. C.07.0234 *a contrario*.

⁷³ M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 37 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, *Novelles*, p. 95.

⁷⁴ Cass., 6 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 361 avec les conclusions du Procureur Général HAYOIT DE TERMICOURT ; Cass., 12 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, 797. Voy. aussi BAETEMAN, « Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts

Comme nous l'avons souligné, dans ce cas, la durée du bail sera automatiquement ramenée dans les limites légales⁷⁵⁻⁷⁶, sans que le preneur ne soit tenu de faire constater la nullité. C'est ce qu'a récemment confirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 14 janvier 2008⁷⁷.

En tout état de cause, si une demande de nullité est formée en justice par le preneur⁷⁸, le juge sera tenu de la prononcer⁷⁹.

20.- Le titulaire du droit de critique. La doctrine⁸⁰ et la jurisprudence⁸¹ majoritaires considèrent que la nullité ne peut être invoquée *que* par le preneur : l'article 3 est une disposition impérative à sens unique. De son côté, le bailleur ne pourra donc, en particulier, invoquer la nullité de la clause afin d'imposer au preneur de demeurer dans les lieux jusqu'au terme minimal des neuf années⁸².

Cela étant, le preneur ne peut davantage détourner la protection légale de sa finalité et servir abusivement ses intérêts. Comme dans d'autres matières, la théorie de l'abus de droit constitue, à cet égard, une limite à l'exercice des prérogatives dont le preneur se prétendrait titulaire⁸³.

21.- La confirmation de la nullité. On enseigne classiquement que la nullité relative peut être couverte. Comme le souligne G. Baeteman, en effet, la loi impérative « *n'impose (...) pas aux intéressés d'accepter sa protection, elle ne fait que la leur proposer pour les motifs et dans les conditions qu'elle détermine* »⁸⁴.

Ainsi, le preneur peut-il renoncer à invoquer la nullité de la clause illicite à la condition, toutefois, que cet acte intervienne à un moment où l'objectif poursuivi par le législateur n'est plus susceptible d'être méconnu. Une renonciation anticipée à la protection légale sera donc exclue⁸⁵. C'est ce qu'exprimait la Cour de cassation dans un arrêt du 6 décembre 1956⁸⁶ où il est décidé que le preneur au bénéfice duquel une disposition impérative a été formulée peut

privés », *R.C.J.B.*, 1960, pp. 158 et s., spéc. p. 168 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome I, Bruxelles, Larcier, 1962, 3^e édition, p. 146, n° 98.

Le bail en tant que tel ne sera donc pas nul.

⁷⁵ M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p.33 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 90, n° 111 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, *Les Nouvelles*, n°1574 ; Y. MERCHERS, *op.cit.*, *Liber Amicorum W. CALEWAERT*, 1984, pp. 54-55 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 537. Voy. aussi Civ. Anvers, 14 décembre 1960, *J.T.*, 1961, p. 136.

⁷⁶ En principe, pourtant, on enseigne qu'une clause qui méconnaît une loi impérative est simplement « annulable » en ce sens qu'elle n'est pas nulle en soi et subsiste tant que la personne protégée décide de ne pas en contester la validité (voy. à ce propos spéc. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome I, Bruxelles, Larcier, 1962, 3^e édition, p. 147, n° 98).

⁷⁷ Cass., 14 janvier 2008, R.G. C.07.0234, précité, note infrapaginale n° 62.

⁷⁸ En l'espèce, le preneur pourra donc exiger la poursuite du contrat jusqu'à l'échéance légalement fixée et solliciter son renouvellement dans les conditions légales (voy. à cet égard *infra* n°88.- ainsi que la contribution consacrée au renouvellement dans le présent ouvrage). Sur ces principes, voy. B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, pp. 92 et 93, n° 112.

⁷⁹ M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 33 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *Liber Amicorum Willy Calewaert*, 1984, p. 54.

⁸⁰ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, pp. 92 et 93 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 34 ; A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 51 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 536-537, n° 9.

⁸¹ Civ. Mons, 11 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1260 ; Civ. Tournai, 3 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 590 ; Civ. Mons, 17 octobre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1135.

⁸² Le bailleur pourra, par contre, user de la faculté de résiliation triennale légalement reconnue. Voy. *infra* n°8 53.- et s.

⁸³ Pour une application, voy. par exemple Civ. Mons, 11 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1260 précité.

Voy. aussi B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 94, n° 113 ainsi que les références citées.

⁸⁴ G. BAETEMAN, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1960, p. 168, n° 9. Dans le même sens, Cass., 15 novembre 2002, R.G. C000390N.

⁸⁵ G. BAETEMAN, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1960, p. 169, n° 9.

⁸⁶ Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, pp. 156 et s., avec la note précitée de G. BAETEMAN, spéc. p. 169 (et les références citées). Voy. aussi, en matière de vente, Cass., 16 novembre 1990, R.G. 6995 disponible sur *Juridat*.

« renoncer à se prévaloir de la nullité de l'obligation qu'il a contractée, pourvu que cette renonciation ne soit pas antérieure à l'exécution de l'obligation ».

La renonciation étant un acte juridique, elle suppose, par ailleurs, une volonté « saine et libre ». Le juge du fond devra, en particulier, s'assurer que le preneur connaissait le vice entachant l'obligation qu'il a contractée et qu'il a librement renoncé à invoquer la nullité qui en découle⁸⁷. Cela étant, si la volonté de renoncer doit être certaine, elle peut être tacite⁸⁸ et, par exemple, résulter de l'exécution qui a été donnée par le preneur à la convention illicite⁸⁹.

D La nullité et le juge

22.- Les pouvoirs du juge du fond en présence d'une clause illicite. On enseignait classiquement que la nullité devait nécessairement être demandée en justice par la (les) personne(s) déclarée(s) titulaire(s) du droit de critique, c'est-à-dire celle(s) seule(s) que le législateur a entendu protéger. On ajoutait qu'à la différence de la nullité absolue, la nullité relative ne pouvait être soulevée d'office par le juge⁹⁰.

La jurisprudence récente de la Cour de cassation relative à la conception factuelle de la cause invite, cependant, à nuancer partiellement ce principe en ce qui concerne les pouvoirs reconnus au juge. Dans un arrêt du 14 avril 2005⁹¹, notre cour suprême décidait, en effet, que « le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable ; (...) il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions ». Comme le souligne J. Fr. Van Drooghenbroeck, « l'arrêt consacre la conception factuelle de la cause, jusque dans ses plus subtils détails. La clarification est copernicienne : non seulement le juge du fond jouit du pouvoir de défaire les qualifications juridiques et corriger les bases légales inopportunément proposées par les parties, mais – au départ des faits spécialement invoqués – il en a même le devoir »⁹².

Il n'est pas certain que la révolution soit copernicienne en ce qui concerne la théorie des nullités. Bien avant 2005, des auteurs avaient, en effet, déjà invité à nuancer la présentation classique du régime des lois impératives, de la théorie des nullités des actes juridiques et des pouvoirs du juge⁹³. Dans une étude consacrée aux lois impératives, A. Meeùs, ancien conseiller à la Cour de cassation, soulignait à cet égard que « même les auteurs les plus

⁸⁷ Voy. X. DIEUX, « Le contrat : instrument et objet de dirigisme ? », in *Les obligations contractuelles*, C.J.B.B., 1984, p. 272 ; A. MEEÛS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1988, p. 516, n° 19 et p. 523, n° 27 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome I, Bruxelles, Larcier, 1962, 3^{ème} édition, p. 147, n°98 (qui ajoute que la personne qui renonce doit également être capable juridiquement) ; G. BAETEMAN, *op.cit.*, R.C.J.B., 1960, p. 170, n° 9. Voy. encore Cass., 6 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 361

⁸⁸ G. BAETEMAN, *op. cit.*, R.C.J.B., 1960, p. 170, n°9.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Le principe classique veut, en effet, que le juge du fond ne puisse soulever d'office une contestation fondée sur la méconnaissance d'une loi impérative dès lors que la partie protégée peut renoncer à la protection légale.

Sur ce principe, voy. not. G. BAETEMAN, *op.cit.*, R.C.J.B., 1960, p. 160 et p. 169, n° 9 ; A. MEEÛS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1988, spéc.p. 499 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982), Les obligations », R.C.J.B., 1986, pp. 33 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 1^{re} édition, 1938, Tome IV, n° 782 et s et Compl., Vol. III, 1952, n°s 782 et s. (en ce qui concerne le bail à ferme).

⁹¹ Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856. Voy. également le commentaire de J.F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge et le contrat », *Recyclage en droit, Quelques aspects de droit judiciaire*, 19 octobre 2006, Bruxelles, F.U.S.L., 2006, pp. 10 et s. ainsi que les références citées.

⁹² J.Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge et le contrat », *R.G.D.C.*, 2007, p. 602.

⁹³ A. MEEÛS, *op.cit.*, R.C.J.B., 1988, spéc. pp. 515-516.

complets sur le sujet, sont très peu explicites quant aux pouvoirs du juge en matière de nullité. Pour la nullité relative, ils se bornent à affirmer que seule la partie protégée peut l'invoquer et que le juge ne peut la soulever d'office, sans avoir égard à la nature et à l'importance de la règle dont elle est la sanction, ni aux caractéristiques de chaque régime légal particulier »⁹⁴.

Selon A. Meeùs, il convient pourtant de tenir compte de la nature de la loi et, en particulier, du but poursuivi par la protection légale sous-jacente. Distinguant les lois impératives ayant une portée négative ou positive, selon qu'elles interdisent uniquement de déroger à leur contenu (portée négative) ou imposent des obligations à charge des parties contractantes (portée positive), il conclut, s'agissant des secondes, au sein desquelles il classe la loi sur le bail commercial, que « *certes, comme la loi n'est pas d'ordre public, la partie protégée peut renoncer, expressément ou tacitement, à son bénéfice, mais cette renonciation est de stricte interprétation (...). La circonstance que la partie protégée n'a pas invoqué expressément la loi impérative qui la protège ne suffit évidemment pas, à elle seule, à établir pareille renonciation. Il est évident et cela résulte de l'arrêt annoté [ndlr l'arrêt du 17 mars 1986] que, dans ce cas, la loi impérative doit être appliquée par le juge du fond, sous la seule réserve qu'il ne soit pas établi qu'il y a eu renonciation valable de la partie protégée ou que l'autre partie n'offre de prouver cette renonciation ; la charge de la preuve de celle-ci incombe, en effet, en cas de contestation sur ce point, à la partie qui oppose la renonciation* »⁹⁵. L'auteur conclut son étude en ajoutant que « *la jurisprudence de la Cour de cassation (...) est formelle et constante : soit de manière explicite, soit de manière implicite, elle décide que le juge du fond doit appliquer d'office les dispositions légales impératives, parce qu'il en est saisi par la loi. Suivant cette jurisprudence, la règle vaut non seulement lorsque la loi impérative régit la contestation dont le juge est saisi, mais aussi lorsqu'il s'agit pour le juge, sur la base des faits qui lui sont soumis, de soulever d'office une contestation qui déterminera la solution à donner au litige (...)* »⁹⁶. En ce sens, la jurisprudence de la Cour de cassation confirmerait, déjà avant 2005, que le juge est tenu d'appliquer une disposition impérative, à la condition de vérifier au préalable si la personne protégée n'a pas valablement renoncé à se prévaloir de la nullité qu'elle induit et de respecter, à cet égard, le principe dispositif et les droits de la défense⁹⁷.

23.- Moyen de nullité et Cour de cassation. La nullité résultant de la méconnaissance d'une disposition impérative peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation⁹⁸. Le moyen qui y prend appui, produit pour la première fois devant la haute juridiction, n'est pas nouveau⁹⁹.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 514, n°18.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 516, n°19.

⁹⁶ A. MEEÛS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1988, p. 522-523, n° 26 et p. 527, n° 29.

⁹⁷ L'auteur ajoute, à cet égard, que le respect de droits de la défense « *conduira normalement le juge à ordonner la réouverture des débats sur l'application de la disposition impérative et celui lui permettra en même temps d'inviter les parties à s'expliquer sur l'existence d'une renonciation éventuelle au bénéfice de la loi* » (*op. cit.*, R.C.J.B., 1988, p. 524, n° 27).

⁹⁸ Cass., 17 mars 1986, R.C.J.B., 1988, pp. 495-498, *précité* ; Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, 708 cité par X. DIEUX, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, C.J.B.B., 1984, p. 271 ; Cass., 2 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, 168 cité par Y. MERCHIERS, *op.cit.*, R.C.J.B., 1988, p. 498 et commenté plus longuement aux pp. 505 et s., n° 8 et p. 520 et s., n° 23.

⁹⁹ Rappelons que, selon la Cour de cassation, « *est nouveau et, partant, irrecevable à l'appui d'un pourvoi en matière civile, le moyen fondé sur des dispositions légales ou un principe de droit qui ne sont ni d'ordre public ni impératifs, qui n'a pas été soumis au juge d'appel et dont celui-ci n'est pas saisi de sa propre initiative* » (Cass., 22 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, 1152).

§ 3 Les extensions du principe d'une durée minimale de 9 ans

24.- Nous venons de préciser que seul le « nouveau » bail¹⁰⁰ – qui entre dans le champ d'application de la loi - originairement conclu entre les parties est impérativement soumis à l'exigence d'une durée minimale de neuf ans¹⁰¹.

Dans d'autres situations, bien que demeurant le principe, l'exigence perd, par contre, de son intensité, tolérant une plus large expression de l'autonomie contractuelle.

I La durée des renouvellements du bail initial

A La durée des trois premiers renouvellements

25.- Première hypothèse (article 13 alinéa 1^{er}) : l'accord des parties. Par principe, la liberté contractuelle est préservée en ce qui concerne les conditions du renouvellement. Ce l'est également du choix de sa durée. Le législateur tend, en effet, en la matière, à privilégier une solution d'équilibre entre les intérêts en présence¹⁰² : après avoir, à travers une disposition impérative, assuré la stabilité du bail initial pendant neuf ans, il autorise les parties à prévoir un renouvellement d'une durée différente¹⁰³, à la condition toutefois de respecter des exigences strictes, destinées à s'assurer de la libre volonté du preneur qu'il en soit ainsi.

L'article 13 alinéa 1^{er} dispose, en ce sens, que la durée de neuf ans s'applique, *par principe*, à chaque renouvellement¹⁰⁴⁻¹⁰⁵, à moins que les parties conviennent d'une autre durée par acte authentique ou décision de justice¹⁰⁶.

A défaut de respecter ces formalités¹⁰⁷, le preneur pourra se prévaloir de la nullité¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Notons cependant que la Cour de cassation a décidé que l'accord conclu en cours de bail et qui prétend remplacer tous les accords antérieurs est un nouveau bail. C'est dès lors à la date d'entrée en vigueur de ce nouveau contrat qu'il conviendrait de se placer pour calculer le nombre de renouvellements accordés au preneur (Cass., 7 mai 1981, *R.C.J.B.*, 1983, 526).

¹⁰¹ M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 34 ; Y. MERCIERS, *op.cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 535 et s. Voy. aussi Cass., 7 mai 1981, *R.C.J.B.*, 1983, 526, *précité*.

¹⁰² Y. MERCIERS, *op. cit.*, in *Liber Amicorum Wily CALEWAERT*, p. 57 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 35.

¹⁰³ Le système légal est, à cet égard, différent de celui qui avait initialement été proposé par le gouvernement. Ce sont les sénateurs qui ont plaidé en faveur d'une première durée d'occupation de minimum neuf ans, suivie de renouvellements d'une durée qui, quant à elle seule, peut être d'une durée inférieure (sous réserve de l'exercice d'une faculté de résiliation unilatérale). Voy. à cet égard le Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques et des classes moyennes, 19 décembre 1950, *Doc. parl., Chambre*, Session 1950-1951, n°124, spéc. p. 2.

¹⁰⁴ Voy. à cet égard A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 54 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 35 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, pp. 101 et s., n°s 118 et s. Voy. également pour un rappel du principe : Cass., 14 janvier 2008, R.G. C.07.0234.

¹⁰⁵ Les principes énoncés seront également d'application lorsque le bail initial a une durée supérieure à neuf ans. Dans ce sens, voy. B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 96, n° 115 et p. 102, n° 119. Trois renouvellements pourront donc, ici également, être sollicités.

¹⁰⁶ Cass., 7 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1031 (« attendu que c'est uniquement lors de la conclusion du bail originaire que la loi interdit, de manière absolue, de stipuler une durée inférieure à neuf années et qu'ultérieurement les parties peuvent, à condition que leur accord soit constaté par acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge, conformément à l'article 3, alinéa 4 de la loi sur les baux commerciaux, mettre fin à tout moment au bail en cours et, conformément à l'article 13 alinéa 1^{er}, lors de l'expiration du bail convenir d'un renouvellement pour une durée inférieure à neuf années »).

¹⁰⁷ Formalités qui, comme nous le verrons, sont identiques à celles requises en ce qui concerne la résiliation amiable du bail.

¹⁰⁸ Dans ce sens A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 54.

Le preneur serait, ici également, le seul admis à se prévaloir de la nullité, à l'exclusion du bailleur. Voy. sur ce point not. B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 102, n° 118.

26.- Le choix d'une durée plus brève. Est ici assurément visée la situation du renouvellement conclu pour une durée plus brève que neuf années : moyennant le respect des formalités légales, les parties peuvent prévoir que le terme initial est reporté à une échéance plus proche.

27.- Le choix d'une durée plus longue. Selon une partie de la doctrine¹⁰⁹, la généralité des termes de l'article 13 invite à considérer que ce formalisme est également d'application lorsque les parties font le choix d'une durée supérieure à neuf ans, et ce même s'il est évident que l'intention du législateur n'était pas de viser les situations qui sont plus favorables au preneur que ne l'est la protection légale¹¹⁰.

28.- Une situation proche : l'accord des parties constatant le renouvellement du bail sans respecter les conditions légales de sa réalisation. L'article 14 de la loi déchoit le preneur de son « droit » au renouvellement s'il ne se conforme pas aux délais et formalités qu'il impose¹¹¹. Quel sort réserver, dès lors, aux accords qui prétendent « prolonger » la durée du bail, mais sans que les conditions du renouvellement soient respectées ?

La question a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 1981¹¹². Les faits peuvent être résumés comme suit : à l'échéance d'un bail renouvelé pour une durée de neuf années, le preneur avait omis de solliciter un second renouvellement. Les parties étaient cependant d'accord de poursuivre leur relation contractuelle, pour une durée d'un peu plus de quatre ans, accord qui avait été constaté par le juge de paix compétent. Ensuite, peu avant l'échéance de cette prolongation conventionnelle, les parties s'étaient rendues devant un notaire aux fins d'acter leur commune volonté de prolonger le bail d'une année supplémentaire. La Cour de cassation qualifie cet accord de « renouvellement » et refuse d'y voir la conclusion d'un nouveau bail qui serait impérativement soumis à l'exigence d'une durée minimale de neuf ans.

La durée d'un tel renouvellement pourra être inférieure à neuf années pour autant qu'il ait fait l'objet d'un acte notarié ou d'une décision de justice.

Y. Merchiers¹¹³ a salué cette position, qui autorise davantage de souplesse là où la loi est plus exigeante. Selon cette idée, il serait excessif de dénier aux parties, dont la commune volonté de stabiliser leur relation est certaine, le droit d'aménager un régime qui va précisément dans le sens des objectifs de protection que poursuivait le législateur de 1951¹¹⁴.

¹⁰⁹ Dans ce sens Y. MERCHIER, *op. cit.*, R.C.J.B., 1983, p. 539, n° 12.

¹¹⁰ C'est ce que souligne Y. MERCHIER (Y. MERCHIER, *op.cit.*, R.C.J.B., 1983, p. 539, n° 12) lorsqu'elle rappelle « *ce qu'il a voulu éviter, c'est que, par le biais d'un renouvellement de courte durée, le bailleur n'échappe au paiement de l'indemnité d'éviction qui serait due en cas de non-renouvellement du bail et que, abusant de sa position de supériorité, il n'impose ainsi au preneur une situation moins avantageuse peut-être pour lui que celle que lui accorde la protection légale* ».

¹¹¹ Soulignons que cette disposition est impérative, mais protège les intérêts du bailleur, seul admis ici à se prévaloir de la nullité de la demande de renouvellement qui n'en respecte pas les formes et à confirmer l'acte nul. Voy. J.P. Waremme, 12 novembre 1998, J.L.M.B., 1999, p. 650 (qui applique cependant à cette situation la théorie de l'abus de droit) ; J.P. Anvers, 5^e cant., 8 novembre 1994, R.W., 1994-1995, col. 512.

¹¹² Cass., 7 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1031, *précité*, voy. spéc. les notes infrapaginale n° 56 et 105.

¹¹³ Y. MERCHIER, *op. cit.*, R.C.J.B., 1983, p. 535, n°7 et p. 540, n° 15.

¹¹⁴ Y. MERCHIER nuance cependant le propos en considérant que l'on ne pourra cependant « *parler de bail 'renouvelé' que pour autant que, par cette 'prorogation', les preneurs conservent la jouissance ininterrompue du bien loué. Si donc les locataires, après avoir vidé les lieux pendant un certain temps, relouent le même bien, il ne s'agirait plus d'un bail 'renouvelé', mais bien d'un bail entièrement nouveau, avec toutes les conséquences que ceci implique* » (Y. MERCHIER, *op.cit.*, R.C.J.B., 1983, p. 535, n° 7). Voy. à cet égard *infra*.

29.- **Seconde hypothèse : la minorité du bailleur**¹¹⁵. L'article 13 alinéa 2 envisage une seconde situation. Il admet la licéité des clauses prévoyant une durée inférieure à neuf ans dans l'éventualité où le bailleur (ou un des bailleurs) est mineur au moment du renouvellement. Dans ce cas, selon le texte, la durée du renouvellement « peut » être limitée à concurrence de la période restant à courir jusqu'à ce que celui-ci accède à la majorité (article 13, alinéa 2)¹¹⁶.

Selon la doctrine¹¹⁷, le juge statuera en équité en cas de litige portant sur les conditions du renouvellement ; il pourrait donc fixer une durée qui excède la majorité du bailleur.

B La durée des renouvellements suivants

30.- Le législateur n'envisage pas la situation du renouvellement du bail à l'échéance des trois renouvellements auxquels le preneur a « droit » en vertu de l'article 13¹¹⁸.

Eu égard au texte légal¹¹⁹, à la *ratio legis* des principes gouvernant la durée du contrat¹²⁰ et au compromis que le législateur a voulu réaliser entre des intérêts contradictoires, il s'impose d'admettre que la durée minimale de neuf années n'est, à ce moment, plus impérative¹²¹. C'est donc le droit commun du bail qui recouvre son emprise et les parties seront libres de prévoir une durée inférieure à neuf ans sans être tenues de respecter la moindre formalité¹²².

II La durée du contrat de sous-location (article 3, alinéa 2)

31.- L'article 3 alinéa 2 dispose que la durée minimale de neuf ans, prévue à alinéa 1^{er}, s'applique également aux sous-locations « *sans que celles-ci puissent être conclues pour une durée excédant le cours du bail principal* » (et de ses renouvellements). Il s'agit donc

¹¹⁵ Voy., sur le rappel du principe en ce qui concerne la durée de ce renouvellement, Cass., 14 janvier 2008, R.G. C.07.0234.

¹¹⁶ Voy. à cet égard Cass., 16 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 366 et R.G.D.C., 1994, p. 491, avec une note de M. DAMBRE, « Le refus de renouvellement en matière de baux commerciaux au regard des droits du copropriétaire mineur », pp. 495 et s. : l'article 13 de la loi sur les baux commerciaux ne contient aucune exception à la faculté de refus de renouvellement du bail offerte au bailleur par l'article 16, mais permet uniquement au bailleur mineur, en cas de renouvellement du bail, de restreindre ou de faire restreindre la durée de celui-ci à la période restant à courir jusqu'à sa majorité. Il est également décidé que, pas plus qu'un autre copropriétaire, un copropriétaire mineur ne peut imposer aux autres copropriétaires indivisaires le renouvellement du bail lorsque ceux-ci l'ont refusé.

¹¹⁷ Y. MERCHERS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1983, p. 539, n° 12 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, II, n° 1585.

¹¹⁸ Cette situation n'a pas davantage interpellé la doctrine, sous réserve de Y. MERCHERS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1983, pp. 540 et s., n° 16.

¹¹⁹ Le législateur limite, en effet, expressément le « droit » du preneur à « trois renouvellements » (article 13, alinéa 1^{er}).

Il est, à cet égard, utile de rappeler que la question du nombre de renouvellement avait été expressément posée. Avant la loi du 27 mars 1970, le preneur pouvait solliciter deux renouvellements ; le texte actuel en prévoit désormais trois. S'agissant de la première version du texte, la justification donnée était la suivante : « *la période normale du bail plus les deux renouvellements de celui-ci assurent au preneur vingt-sept ans d'occupation, soit le temps d'une génération. Pareil laps de temps permet au locataire de tirer largement profit de son exploitation. Cette limitation évite la substitution d'hérédité du locataire à l'hérédité du propriétaire. Elle laisse ouverte à la jeunesse l'accès aux professions commerciales* » (l'amendement déposé par M. CISELET et M. MOUREAUX au texte des Commissions réunies de la justice et des affaires économiques et des classes moyennes, Séance du 20 décembre 1949, *Doc. parl., Sénat*, Session de 1949-1950, n° 69, p 1).

La question garde d'ailleurs de son actualité : récemment, certains parlementaires ont, en effet, proposé de rendre le renouvellement automatique afin de stabiliser davantage encore les droits du preneur, spécialement face aux spéculations dont fait l'objet le marché immobilier. Voy. dans ce sens, la proposition de loi déposée le 28 janvier 2008 et tendant à modifier le livre III, titre VIII, chapitre II, section 2bis du Code civil afin d'assurer le renouvellement automatique du bail commercial, *Doc. parl., Chambre*, 2007-2008, n° 734 (*développements et texte de la proposition*).

¹²⁰ Rappelons qu'il s'agit à cet égard d'assurer la protection du fonds de commerce et, en particulier, permettre l'amortissement des investissements réalisés.

¹²¹ Y. MERCHERS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1983, p. 541, n° 16 ; J. VANKERCKHOVE et M. VLIJES, *op. cit.*, J.T., 1993, p. 798, n° 101.

¹²² Voy. dans ce sens également Y. MERCHERS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1983, p. 541, n° 16.

d'exceptions possibles à une durée de neuf ans, mais aussi au principe du droit commun selon lequel la sous-location est autonome vis-à-vis du bail principal¹²³.

On peut lire, à cet égard, dans les travaux préparatoires que, selon les parlementaires, « *le principe nemo plus iuris dare potest quam ipse habet était d'incontestable application, en cas de cession, mais restait plus discutable en cas de sous-location* »¹²⁴. Il se justifiait donc d'admettre « *un retour à la liberté des conventions et une prise en considération (..) des prérogatives du bailleur* »¹²⁵.

En conséquence, une partie de la doctrine¹²⁶ et de la jurisprudence¹²⁷ considère que le locataire principal qui entend limiter la durée de la sous-location à concurrence du temps restant à courir en ce qui concerne le bail principal doit le faire expressément dans la convention de sous-location. À défaut, cette dernière sera de neuf années, mais sera inopposable au bailleur principal « *dans la mesure où elle excède le bail principal* »¹²⁸⁻¹²⁹.

Une autre tendance¹³⁰, qui nous paraît plus conforme au texte, voit dans l'alinéa 2 de l'article 3 une interdiction, de droit impératif, de conclure un contrat de sous-location dont le terme viendrait à échéance après le bail principal. En conséquence, la clause du sous-bail qui a pour effet de maintenir celui-ci en vigueur au-delà du terme du bail principal serait donc nulle, de nullité relative¹³¹.

¹²³ M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 36 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, « Les contrats spéciaux – Examen de jurisprudence 1976-1980 », *R.C.J.B.*, 1985, p. 325 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 537, n° 10.

¹²⁴ Rapport complémentaire, Séance du 6 décembre 1949, *Doc. parl., Sénat*, 1949-1950, Doc. 36, p. 6.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, 1984, p. 97, n° 1577, M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 36.

¹²⁷ J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 22 janvier 1998, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 223 ; J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 22 janvier 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 223.

¹²⁸ M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, 1984, p. 97, n° 1577.

¹²⁹ Soulignons encore que ce courant doctrinal et jurisprudentiel en déduit que la responsabilité *contractuelle* du locataire principal peut être engagée à l'égard du sous-locataire.

¹³⁰ P. DE SMEDT, « Over de duur van de onderhuur en de aansprakelijkheid van de onderverhuurder », note sub J.P. Lennik-Saint-Quentin, 22 janvier 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, pp. 225 et 226, prenant notamment appui sur Cass., 3 février 1977, *Pas.*, 1977, I, 606. Voy. enfin J.P. Aarschot, 17 décembre 2002, *R.W.*, 2005-2006, p. 751.

¹³¹ La doctrine et la jurisprudence citées ci-dessus considèrent, quant à elles, que le preneur principal qui omet d'informer le sous-locataire de la durée du bail principal restant à courir engage sa responsabilité *précontractuelle* (*culpa in contrahendo*).

III La durée des locations « jointes » (article 4)

32.- L'exigence d'une durée initiale minimale de neuf ans s'applique¹³² également aux deux situations envisagées à l'article 4 de la loi, c'est-à-dire :

- aux baux d'habitation conclus entre les mêmes parties et relatifs à un même ensemble immobilier
- aux baux portant sur des locaux nécessaires à l'exercice de l'activité considérée (dès lors que le propriétaire desdits locaux, s'il est tiers au bail principal, a été averti de la destination qui leur a été donnée).

Le texte précise cependant, *in fine*, que « *toutefois, si les locaux visés aux deux paragraphes qui précèdent sont pris en location au cours du bail de l'établissement principal, la durée de cette location peut être limitée à celle qui reste à courir jusqu'à l'expiration du bail de l'établissement principal* »¹³³.

Ainsi, contrairement au principe selon lequel *accessorium sequitur principale*, en la matière, le bail accessoire prendra, *en règle*, fin après l'échéance du bail principal s'il a été conclu après celui-ci¹³⁴. Il n'en ira autrement que si les parties ont fait le choix de limiter la durée de la location accessoire à l'échéance du bail principal¹³⁵. Le législateur a, en effet, été soucieux de permettre une concordance temporelle entre des locations « liées »¹³⁶.

À cet égard, selon certains¹³⁷, il ne suffirait cependant pas de stipuler, de façon générale, que le bail accessoire suit le régime applicable au bail principal.

SECTION 2 LA FIN DU BAIL

§ 1 Tableau général des causes d'extinction du bail

I Les principes du droit commun

33.- Les causes normales d'extinction du bail. L'exécution est le mode normal de disparition du contrat : celui-ci s'éteint parce qu'il a atteint son but, que ce soit parce que le terme extinctif est venu à échéance (contrat de durée déterminée) ou parce que les obligations qu'il renferme ont été exécutées à la satisfaction des parties (paiement).

Plus particulièrement, le bail prendra fin à l'échéance du terme initialement convenu en l'absence de volonté commune de voir ses effets se poursuivre dans le temps¹³⁸ ou en cas de

¹³² L'alinéa 1^{er} dispose en effet que « *la durée légale de la location s'applique (...)* », suivent les deux hypothèses reprises. L'article 15 de la loi précise, par ailleurs, que « *le doit au renouvellement s'applique aux baux relatifs aux locaux destinés à l'habitation ou aux locaux accessoires, dans les conditions prévues à l'article 4* ».

¹³³ Par bail principal, la doctrine entend le bail principal et ses renouvellements.

¹³⁴ M. DAMBRE, *op. cit.*, C.J.B.B., 2002, p. 38 ; P. DE SMEDT, « Enkele kanttekeningen bij de huur van bijlokale gebruikt als woonruimte in het kader van een handelshuur », note sous J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 31 août 1995, *T.Huur*, 1997-1998, pp. 230 et s., spéc. p. 233.

¹³⁵ Voy. d'ailleurs l'usage du terme « peut ». Cette exigence est donc supplétive de la volonté et les parties peuvent y déroger.

¹³⁶ Voy. à cet égard not. Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1946-1947, doc. 27, p. 3.

¹³⁷ A. DEVREUX, « Durée du bail – Extinction du bail », *op. cit.*, 2003, p. 52.

non-respect des conditions imposées au renouvellement¹³⁹. Un congé n'est, en principe, pas requis¹⁴⁰.

34.- Les causes anormales d'extinction du bail. Il est cependant des situations où le bail prendra fin de manière « pathologique », sans avoir atteint son but. On parle alors, plus correctement, de dissolution du contrat¹⁴¹.

Conformément au droit commun, on peut citer :

- la nullité qui sanctionne le non-respect des conditions de validité (articles 1108 et s. du Code civil)¹⁴² ;
- la résiliation, amiable¹⁴³ ou unilatérale (articles 3¹⁴⁴, 12¹⁴⁵ et 14, alinéa 3¹⁴⁶) ;
- la survenance d'un cas de force majeure¹⁴⁷⁻¹⁴⁸ et l'application de la théorie des risques (article 1722 du Code civil)¹⁴⁹ ;
- la résolution en cas de manquement grave du cocontractant¹⁵⁰ (article 1184 du Code civil et droit commun du bail)¹⁵¹ ;
- la réalisation d'une condition résolutoire¹⁵².

¹³⁸ À cet égard, peu importe que ce soit le preneur qui n'ait pas sollicité le renouvellement ou le bailleur qui se soit refusé à l'accorder.

¹³⁹ Nous reprenons ici B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 97, n°116. Sur les nuances, voy. cependant *infra* n°s 83.- et s.

¹⁴⁰ Cass., 7 mars 1979, *Pas.*, 1979, 806 et Cass., 11 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 41. Voy. aussi *supra* ce qui a été dit en note infrapaginale n° 37 et *infra* ce qui sera dit concernant l'échéance du contrat et sa poursuite au-delà du terme conventionnel.

¹⁴¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome 2, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 724.

¹⁴² Ce sera le cas en présence d'un dol (Civ. Bruxelles, 29 juin 1995, *res et jur. imm.*, 1995, 171) ou d'une cause illicite (J.P. Ninove, 17 mai 1996, *R.W.*, 1996-1997, 1244).

¹⁴³ Voy. *infra* n°s 54.-et s.

¹⁴⁴ Voy. *infra* n°s 58.- et s. en ce qui concerne les facultés légales de résiliation dont sont titulaires le bailleur et le preneur.

¹⁴⁵ Voy. la faculté de résiliation accordée à l'acquéreur du bien loué, *infra* n° 81.-et s.

¹⁴⁶ Voy. *infra* n°s 99.- et s.

¹⁴⁷ On enseigne que, lorsque survient un cas de force majeure, ou de manière plus générale, une cause étrangère libératoire, l'obligation du débiteur s'éteint par caducité, le débiteur étant de ce fait dégagé de sa responsabilité. Dans les contrats synallagmatiques, les obligations du cocontractant s'éteignent aussi, en raison de l'interdépendance des obligations réciproques.

¹⁴⁸ Soulignons la grande prudence de la jurisprudence dans l'appréciation des conditions requises pour être en présence d'un cas de force majeure. Voy. not. Civ. Mons, 8 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1350 (qui décide que la grave maladie inopinée de l'épouse du preneur ne peut constituer un cas de force majeure le dispensant de l'exécution du contrat) ; J.P. Tournai, 25 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 01/882 (l'accident de santé du preneur lui-même, le poussant à fermer l'établissement faisant l'objet du bail, ne peut être assimilé à un cas de force majeure dès lors qu'il n'y a pas impossibilité d'exécution puisque ledit preneur peut se faire remplacer par un gérant).

¹⁴⁹ On notera avec intérêt que la question a été posée, lors des travaux préparatoires, de savoir si le bailleur était autorisé à mettre fin au bail en raison d'un cas de force majeure. Il fut alors répondu que « l'obligation qu'a le bailleur de donner neuf années à bail n'est pas influencée par des événements de force majeure qui touchent son activité personnelle. En l'occurrence [n.d.l.r. : l'exemple était donné du propriétaire d'un cinéma contraint de cesser son exploitation parce que la salle ne répond plus aux exigences légales], le propriétaire pourra cependant, à l'échéance du triennat, user de la faculté de résiliation (...) si les locaux donnés en location sont à incorporer dans son exploitation transformée, pourvu qu'il se soit réservé cette faculté dans le bail » (Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques et des classes moyennes, 19 décembre 1950, *Doc. parl., Chambre*, Session 1950-1951, n° 124, p. 6).

¹⁵⁰ Voy. not. B. LOUVEAUX, « Action en résolution du bail et concours nécessaire de tous les copropriétaires », *Act.Jur.baux*, 1998, pp. 6 et s. ; E. MATTHEEUSSEN, « Misbruik van het recht op uitvoering van een handelshuur : een theoretische duiding en enkele praktische wenken », *J.J.P.*, 1996, 65.

Pour une application, voy. not. Civ. Liège, 12 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 521 (sommaire) ; J.P. Bruxelles, 4^e canton, 13 décembre 2006, *inédit*, R.G. 01A1210 (résolution du bail aux torts du preneur qui est resté en défaut de payer le loyer et les charges pendant plusieurs années et qui a délaissé les lieux loués ; reconnaissance d'une faute du bailleur qui, suite à un incendie ayant détruit une partie de l'immeuble, n'a pas assisté son locataire qui a, de ce fait, subi une perte financière importante à cause de la fermeture de son commerce).

¹⁵¹ Rappelons que s'agissant du bail, la clause résolutoire expresse est réputée non écrite (article 1762*bis* du Code civil). Voy. Cass., 24 mars 1994, *R.W.*, 1995-1996, col. 1451-1453 et note A. VAN OEVERLEN, "Het toepassingsgebied van het verbod van een uitdrukkelijk ontbindend beding in huurovereenkomsten", qui précise que cette disposition ne distingue pas selon que la clause résolutoire est stipulée en faveur du bailleur ou du preneur. Voy. également *infra* n°s 42.- et s.

II Deux situations particulières : la faillite ou le décès d'une partie contractante

35.- Introduction. On enseigne classiquement que la faillite et le décès sont des événements personnels aux parties qui sont impuissants à constituer une cause d'extinction du bail¹⁵³. Conformément au principe de l'autonomie de la volonté, les parties demeurent cependant, par principe, libres de leur donner des effets que le droit ne leur attribue pas de lui-même.

Il n'en reste pas moins que de tels événements sont de nature à remettre en cause la continuité du contrat ou, à tout le moins, à contrarier son exécution. Ils méritent dès lors que nous nous penchions brièvement sur les effets qu'ils sont susceptibles d'avoir sur le contrat de bail en général et sur le contrat de bail commercial en particulier.

A La faillite de l'une des parties¹⁵⁴

36.- Il est unanimement admis que, par elle-même, la faillite ne met pas fin aux « contrats en cours »¹⁵⁵. Par ce dernier terme, on entend les contrats conclus avant la faillite, auxquels celle-ci ne met pas automatiquement fin¹⁵⁶ et que le débiteur failli n'a pas encore intégralement exécutés¹⁵⁷. Le bail qui n'a pas été dissout par résiliation, résolution, nullité ou dont le terme n'est pas échu avant le jugement déclaratif de faillite appartient bien sûr à cette catégorie.

37.- Ce principe de la continuité des contrats, largement répandu dans les systèmes juridiques européens¹⁵⁸ et qui s'étend à toutes les procédures collectives¹⁵⁹, se voit cependant reconnaître deux tempéraments par la doctrine et la jurisprudence : la faillite met fin aux

¹⁵² Cass., 25 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 339 : la clause autorisant qu'il soit mis fin au bail à défaut d'exploitation des lieux pendant un délai d'un mois n'est pas une condition purement potestative. Rappelons que la clause du bail initial qui a pour effet de déroger à la durée minimale légale de neuf ans est illicite, de sorte que le terme sera automatiquement porté à 9 ans (voy. *supra*, n^{os} 11.- et s.).

¹⁵³ Y. MERCHIEERS, *Le bail en général*, Rep. Not., t. VIII, livre I, Bruxelles, Larcier, 1997, n^{os} 573 et 577 ; L. HERVE, « Les causes de fin de bail en droit commun : approche théorique », in P.-A. FORIERS (dir.), *La fin du bail et son contentieux*, Bruxelles, C.J.B.B., 1998, p. 2, n^o 2.

¹⁵⁴ Nous limitons volontairement notre propos à l'analyse du sort du bail commercial en cas de faillite de l'une des parties. Nous n'aborderons donc pas l'hypothèse du concordat judiciaire qui serait accordé à l'une des parties. Sur cette question, nous renvoyons le lecteur à la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat, *M.B.*, 28 octobre 1997 (et, plus spécialement, à son article 28), ainsi qu'à ses commentaires doctrinaux : L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours avant et après l'entrée en vigueur des nouvelles lois sur les faillites et le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997/3, p. 431, n^o 19, pp. 447 et s, n^{os} 43 et s ; I. DURANT, « Le sort du bail consenti à un preneur déclaré en faillite ou à qui est accordé un concordat judiciaire », *Act. jur. baux*, 1998, pp. 37 et 38, n^{os} 13 à 18.

¹⁵⁵ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p.323, n^o 2780 ; L. HERVE, *op.cit.*, *Act. dr.*, 1997/3, p. 431, n^o 19 ; E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, col. 202, n^o 4.

¹⁵⁶ Sur cette hypothèse, voy. *infra*, n^{os} 38.- à 43.-

¹⁵⁷ Dans le cas contraire, l'obligation éventuelle du cocontractant constituerait une créance de la faillite, qui serait intégrée dans la masse et dont le curateur peut disposer (E. DIRIX, *op. cit.*, *R.W.*, 2003-2004, col. 202, n^o 4).

¹⁵⁸ Voy. dans une perspective de droit comparé, les systèmes juridiques étrangers évoqués par E. DIRIX, *op. cit.*, *R.W.*, 2003-2004, col. 210, n^o 23 et par S. BRIJS, « Artikel 46 Faillissementswet : is de curator van de failliete verhuurder een tovenaer ? », *R.W.*, 2005-2006, col. 55, n^o 5. Plusieurs auteurs soulignent, par ailleurs, que ce principe est également repris par le § 6.1. des *Principles of European Insolvency Law*, selon lequel « *The opening of the proceedings does not automatically terminate a contract to which the debtor is a party* » (voy. not. E. DIRIX, *op. cit.*, *R.W.*, 2003-2004, col. 210, n^o 23 ; A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de la masse », *R.D.C.*, 2004, p. 524, n^o 1).

¹⁵⁹ E. DIRIX, *op. cit.*, *R.W.*, 2003-2004, col. 202, n^o 4 ; A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, *op.cit.*, *R.D.C.*, 2004, p. 524, n^o 1.

contrats conclus *intuitu personae*¹⁶⁰, ainsi qu'aux contrats qui renferment une clause par laquelle les parties conviennent qu'ils prendront fin en cas de faillite de l'une d'entre elles.

Dans les lignes qui suivent, nous proposons d'étudier ces deux exceptions au principe de continuité des contrats en cas de faillite, en les confrontant au régime des baux d'immeubles et aux dispositions de la loi sur les baux commerciaux.

Nous nous arrêterons également brièvement sur l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites¹⁶¹ qui régleme, quant à lui, la situation des contrats auxquels la faillite ne met pas fin.

1° Les contrats auxquels la faillite met fin

a) *L'intuitus personae*

38.- Position du problème. La première question qui se pose est celle de savoir si le bail commercial intègre, en soi ou par la volonté des parties, la catégorie des contrats *intuitu personae* auxquels la faillite met fin.

39.- Position jurisprudentielle et doctrinale. On enseigne que le contrat de bail n'est pas un contrat *intuitu personae*¹⁶² dès lors qu'en principe, ce n'est pas la personne du cocontractant qui convainc le preneur ou le bailleur de conclure¹⁶³.

Il est cependant envisageable que les parties ne souhaitent pas poursuivre l'exécution du contrat avec un tiers¹⁶⁴ et qu'elles décident de doter leur accord de l'*intuitus personae*. Un tel caractère peut résulter d'une disposition contractuelle expresse ou se déduire implicitement des clauses du contrat ou des circonstances qui l'entourent¹⁶⁵.

Si la validité d'une disposition contractuelle conférant au bail un caractère *intuitu personae* n'est pas discutée en droit commun, la question est plus délicate s'agissant du bail commercial, qui est considéré comme une composante essentielle du fonds de commerce, lequel doit demeurer cessible pour le commerçant. Dès lors, la doctrine majoritaire¹⁶⁶ en déduit que le bail commercial ne pourrait être conclu *intuitu personae*.

¹⁶⁰ J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p.323, n°2780 ; L. HERVE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1997/3, p. 425, n°3 ; L. HERVE, *op. cit.*, C.J.B.B., 1998, p. 7, n° 15.

¹⁶¹ M.B., 28 octobre 1997, pp. 28562 et s.

¹⁶² Y. MERCHERS, *op. cit.*, *Rep. Not.*, t. VIII, livre I, p. 334, n°573 ; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail. Régime général*, Bruxelles, De Boeck Wesmael, 1993, p. 47, n°83. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, n° 482 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, *Le droit du bail*, 1993, p.47 ; Y. MERCHERS, *Les baux, Le bail en général*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 109.

Voy. aussi J.P. Fontaine-l'Evêque, 2 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 1000-1003 qui décide que « *il serait vain d'invoquer le prétendu caractère intuitu personae du contrat de bail qui n'exige nullement une collaboration étroite des parties* ».

¹⁶³ Sur la notion de contrat conclu *intuitu personae*, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1940, p. 422, n° 460bis.

¹⁶⁴ On pense notamment à l'hypothèse de la cession de bail, à celle de la transmission des lieux loués ou, encore, lorsque l'une des parties est une personne morale, à la scission, la fusion ou une prise de participation importante par un tiers.

¹⁶⁵ À ce propos, Y. Merchiers admet que ce caractère *intuitu personae* puisse également se déduire (implicitement) des faits de la cause et, en particulier, « *de la durée du bail, de son prix, de ses conditions et du lien de parenté unissant le bailleur et le preneur* » (Y. MERCHERS, *Le bail en général*, Larcier, *Rep. Not.*, p. 109, n°11. Voy. aussi I. DURANT, *op. cit.*, *Act. jur. baux*, 1998, p. 34, n° 4.

¹⁶⁶ A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 83 qui considère que les parties « *ne peuvent (...) stipuler la résiliation au décès, ni conclure intuitu personae. Mais seul le preneur peut se prévaloir de la nullité de la clause* » ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002,

b) *La clause résolutoire expresse*

40.- Le texte légal. L'article 1762*bis* du Code civil dispose que « *la clause résolutoire expresse [insérée dans un bail] est réputée non écrite* »¹⁶⁷.

41.- Le champ d'application de l'interdiction. L'interdiction établie par l'article 1762*bis* du Code civil s'applique à l'ensemble des baux, qu'ils relèvent du droit commun ou des régimes organisés par les lois particulières¹⁶⁸ en matière de bail de résidence principale, de bail commercial ou de bail à ferme¹⁶⁹.

La Cour de cassation a, par ailleurs, précisé, dans un arrêt du 24 mars 1994¹⁷⁰, que, « *cette disposition, [...] rédigée en termes généraux, ne distingue pas suivant que la clause résolutoire est stipulée en la défaveur de l'une ou de l'autre partie* »¹⁷¹.

L'interdiction établie par l'article 1762*bis* du Code civil ne vise cependant que le pacte comissoire exprès¹⁷², non la condition résolutoire.

La question de la qualification de la clause mettant fin au contrat de bail en cas de faillite de l'une des parties sera donc primordiale, dès lors que le pacte comissoire exprès sera réputé non écrit alors que la condition résolutoire recevra pleine application et mettra fin, de plein droit, au bail¹⁷³ au moment de la survenance de l'événement qu'elle détermine.

42.- Le droit commun du bail. La condition résolutoire, visée par l'article 1183 du Code civil, est définie comme l'événement futur et incertain dont la survenance entraîne de plein droit la dissolution de la convention, remettant « les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». Le pacte comissoire exprès peut, quant à lui, être défini comme la clause permettant au créancier de sanctionner la défaillance de son débiteur et d'obtenir la résolution du contrat à ses torts, tout en évitant le coût et l'incertitude de la procédure

p. 131, n° 153 ; I. DURANT, *op. cit.*, *Act. jur. baux.*, 1998, p. 35, n° 5 ; L. HERVE, *op. cit.*, C.J.B.B., 1998, p. 10, n°8 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *Rep. Not.*, t. VIII, livre I, p. 335, n° 576 ; J. 'T KINT et M. GODHAIRD, *Le bail commercial*, *Rep. Not.*, Bruxelles, Larcier, 1990, p. 88, n° 69 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *Les Nouvelles, Droit civil*, t. VI, *Le louage de choses*, vol. II, *Les baux commerciaux*, Bruxelles, Larcier, 1984, p. 115, n° 1613 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 536, n°9. Voy. aussi ce qui a été dit en ce qui concerne la durée du bail initial.

¹⁶⁷ Sur la sanction de la clause réputée non écrite, voy. spéc. P. WÉRY, « Brèves réflexions à propos de la sanction des clauses contractuelles illicites », note sous Cass., 25 avril 2003, *R.G.D.C.*, 2005, pp. 47-48.

¹⁶⁸ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, pp. 224-225, n° 29.

¹⁶⁹ Concernant le bail à ferme, cette interdiction est relayée par l'article 29, alinéa 3 de la section du Code civil consacrée aux baux à ferme.

¹⁷⁰ Cass., 24 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 305 ; *J.L.M.B.*, 1994, p. 765 ; *R.W.*, 1995-1996 et note A. VAN OEVELEN, « Het toepassingsgebied van het verbod van een uitdrukkelijk ontbindend beding in huurovereenkomsten ».

¹⁷¹ Cette interprétation doit être validée, malgré la *ratio legis* de la loi du 30 mai 1931 ayant inséré l'article 1762*bis* dans le Code civil dans un souci de protection du preneur [voy A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 1995-1996, col. 1452, citant les travaux préparatoires de la loi (Projet de loi portant des modifications au titre VIII du livre III du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, Session 1928-1929, n° 64, p. 4)].

¹⁷² Projet de loi portant des modifications au titre VIII du livre III du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, Session 1928-1929, n° 64, p. 3 ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1996, p. 323, n° 113 ; I. DURANT, *op. cit.*, *Act. jur. baux.*, 1998, p. 35, n° 6.

¹⁷³ Dans le régime du bail de droit commun en tous cas. Sur la question de la validité de la condition résolutoire insérée dans un bail commercial, voy. *infra*, n° 43.-

judiciaire visée par l'article 1184 du Code civil. Le critère de distinction entre ces deux notions réside donc dans l'inexécution fautive du contrat par le débiteur¹⁷⁴.

Ainsi énoncée, la solution paraît simple. Au regard de la pratique, la qualification peut cependant se révéler malaisée.

En effet, d'un point de vue théorique, la survenance de la faillite est un événement futur et incertain qui ne dépend pas (ou, à tout le moins, pas intégralement) de la volonté des parties. C'est en ce sens qu'une partie de la jurisprudence¹⁷⁵ considère que « *la clause de résiliation (sic) en cas de faillite ne ressortit pas de l'idée de faute, la déclaration de faillite n'étant pas en soi un manquement contractuel sanctionnable* »¹⁷⁶. En ce sens, la stipulation d'un tel événement comme cause de dissolution du contrat devrait davantage être qualifiée de condition résolutoire.

On doit pourtant admettre qu'en insérant une telle clause liée à la survenance de la faillite, la volonté des parties aura, le plus souvent, été de se prémunir contre un risque d'inexécution. Au terme d'une analyse méthodique, M.-C. Ernotte en déduit que « *par cette clause, le cocontractant essaye de se prémunir contre les désagréments d'une procédure judiciaire en résolution qui apparaît inévitable, non pas au stade où l'inexécution est consommée mais au stade antérieur, où, bien que n'étant pas encore réalisée, elle apparaît irrémédiable* »¹⁷⁷. Et de conclure que « *la clause résolutoire en cas de faillite ne constituerait qu'une modalité de pacte comissoire exprès* »¹⁷⁸.

Si nous partageons le point de vue de cet auteur lorsqu'elle propose, pour qualifier et interpréter la clause, de rechercher quelle a été l'intention réelle des parties, il nous paraîtrait excessif de systématiquement envisager ce type de clause dans l'optique d'une résolution-sanction. L'insertion d'une telle clause peut, en effet, parfois se justifier par l'*intuitus personae*, « *l'une des parties ne souhaitant pas devoir poursuivre les relations contractuelles avec un autre que son cocontractant* »¹⁷⁹, ce qui sera inévitablement le cas si le curateur décide de poursuivre l'activité du failli et de la céder par la suite à un tiers.

C'est donc au cas par cas, selon la volonté des parties, qu'il conviendra d'apprécier si la clause contrevient ou pas au prescrit de l'article 1762*bis* du Code civil¹⁸⁰.

43.- Le bail commercial. Quand bien même la clause serait qualifiée de condition résolutoire – et serait donc valide au regard du droit commun du bail –, encore conviendrait-il de s'interroger sur sa validité au regard des dispositions applicables au bail commercial et, en

¹⁷⁴ M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte comissoire exprès ? », *Ann. Dr. Lg.*, 1988, p. 176.

¹⁷⁵ Liège, 24 septembre 1986, *Ann. dr. Lg.*, 1988, p. 168 ; Com. Charleroi, 19 mars 1996, *R.N.B.*, 1996, p. 279.

¹⁷⁶ Com. Charleroi, 19 mars 1996, *R.N.B.*, 1996, p. 280.

¹⁷⁷ M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, *Ann. dr. Lg.*, 1988, p. 180.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 181.

¹⁷⁹ M. VANWICK-ALEXANDRE, *op. cit.*, Bruxelles, La Chartre, 2001, p. 224.

¹⁸⁰ Dans cette démarche, on aura notamment égard aux éléments suivants :

- La circonstance que la clause entraîne la dissolution automatique du contrat en cas de faillite ou, au contraire, impose au bénéficiaire de s'en prévaloir. Rappelons, à cet égard, que la condition résolutoire entraînera de plein droit la dissolution du contrat, alors que la clause résolutoire exprès maintient l'option du créancier entre l'exécution et la résolution ;
- l'insertion d'une clause pénale qui accompagne la disparition du contrat, manifestant ainsi l'intention des parties de sanctionner le cocontractant et donc de s'orienter davantage vers la qualification d'une clause résolutoire ;
- la place de la clause dans le contrat et les termes utilisés par les parties.

Voy. aussi sur ce point M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, *Ann. dr. Lg.*, 1988, pp. 180 – 181 ; M. VANWICK-ALEXANDRE, *op. cit.*, Bruxelles, La Chartre, 2001, p. 223.

particulier, de l'article 3 de la loi. Il faut, en effet, rappeler que les parties ne peuvent déroger au principe de la durée minimale de neuf ans¹⁸¹. La doctrine¹⁸² en déduit que toute clause qui a pour effet de contourner l'exigence impérative de cette durée minimale est nulle, de nullité relative.

Nous ne pouvons, dès lors, suivre l'opinion de B. Louveaux lorsqu'il considère que « *le seul fait que la condition sorte ses effets et entraîne la dissolution du bail commercial avant l'expiration de la durée minimale ne suffit pas à entraîner l'inefficacité d'une telle condition résolutoire* »¹⁸³.

2° Les contrats auxquels la faillite ne met pas fin

a) *Cadre général*

44.- Introduction. Comme le souligne B. Louveaux, « *l'ancienneté de la loi n'empêche pas que des questions nouvelles se posent [...], a fortiori lorsque la loi sur les baux commerciaux est confrontée à une législation plus récente* »¹⁸⁴. C'est certainement vrai s'agissant de l'articulation de la loi du 30 avril 1951 avec celle du 8 août 1997 sur les faillites¹⁸⁵ et, en particulier, de l'article 46 de cette dernière législation qui règle le sort des contrats en cours n'ayant pas automatiquement pris fin par la faillite.

Les questions posées par la combinaison des deux législations sont d'autant plus inévitables que les termes de la loi nouvelle sont ambigus et que la jurisprudence, encore hésitante, n'a pas complètement levé le voile sur la portée qu'il convenait d'y réserver.

45.- L'article 46 de la loi sur les faillites. L'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites règle la question des contrats en cours comme suit :

« Dès leur entrée en fonction, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs à l'expiration de ce délai ; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite ».

¹⁸¹ Voy. *supra* n°s 9.- et s.

¹⁸² Dans ce sens, voy. Y. MERCHIERS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1983, p. 536, n° 9.

¹⁸³ B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial, op. cit.*, 2002, p. 132, n°153. Cette position paraît en outre d'autant plus étonnante que l'auteur considère « *qu'il ne peut être tenté de contrevenir au principe [selon lequel le décès de l'une des parties est sans effet sur le bail] en stipulant que le bail est conclu intuitu personae* ». On ne saisit en effet pas ce qui distingue, au regard du caractère impératif de la durée du bail, le décès de la faillite.

¹⁸⁴ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, C.U.P., vol. 71, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 165.

¹⁸⁵ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

b) *Droit de résiliation dans le chef du curateur ou simple droit de cesser l'exécution du contrat ?*

46.- L'interprétation de l'article 46 de la loi sur les faillites. La rédaction de cette disposition, dont certains auteurs ont déjà souligné qu'elle n'était pas la plus heureuse¹⁸⁶, porte à confusion quant à la nature et l'étendue de l'option qu'elle offre aux curateurs.

En effet, l'alinéa 1^{er} impose aux curateurs de décider sans délai « *s'ils poursuivent ou non l'exécution* » des contrats en cours qui n'ont pas pris fin par la seule survenance de la faillite. L'alinéa 2 dispose, quant à lui, que lorsque les curateurs, mis en demeure de prendre position, s'abstiennent de décider dans un délai de quinze jours, « *le contrat est présumé résilié* » et la créance de dommages et intérêts éventuellement dus « *du fait de l'inexécution* » est une dette de la masse. L'alinéa 3 précise, enfin, que lorsque les curateurs « *décident d'exécuter le contrat* », cet engagement constitue une dette de la masse, « *dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite* ».

Certains auteurs ont interprété l'article 46 comme offrant au curateur un véritable droit de résilier les contrats en cours¹⁸⁷. D'autres¹⁸⁸, dont nous partageons l'analyse, y voient la seule consécration du libre choix du curateur de décider, en tenant compte de l'intérêt de la masse, s'il poursuit ou non l'exécution des contrats qui ont été conclus par le failli avant le jugement déclaratif de faillite et auxquels celui-ci n'a pas mis fin¹⁸⁹. La faillite ne crée, en effet, pas un « *droit des contrats spécifique* »¹⁹⁰. Elle ne modifie en rien les droits et obligations des parties¹⁹¹. Et le curateur ne pourrait dès lors se voir octroyer des prérogatives contractuelles différentes de celles dont bénéficiait le débiteur avant la survenance de la faillite¹⁹². On peut en déduire que si le curateur décide de ne pas poursuivre le contrat en cours, celui-ci n'est pas résilié. « *La balle est alors dans le camp du cocontractant* »¹⁹³ qui demeure en droit d'opter soit pour l'exécution du contrat¹⁹⁴, soit pour sa résolution, moyennant dommages et intérêts. L'article 46, alinéa 2 précise que, dans ce cas, la créance de dommages et intérêts constitue une dette dans la masse. Ce faisant, cette disposition œuvre au respect du principe de l'égalité entre créanciers dès lors qu'il place le cocontractant du failli dans la même position que tout autre créancier qui se serait trouvé confronté au défaut du débiteur avant la survenance de la faillite.

L'ambiguïté de la loi réside surtout dans le fait qu'elle dispose qu'en l'absence de réaction, sous quinzaine, du curateur mis en demeure de prendre position, le contrat est « *présumé résilié* »¹⁹⁵. Par cette expression maladroite, le législateur a entendu régler le sort de

¹⁸⁶ A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, R.D.C., 2004, p. 524, n°2 ; S. BRIJS, *op. cit.*, R.W., 2005-2006, col. 55, n° 5.

¹⁸⁷ C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil zien wil », R.D.C., 2005, pp. 253 et s.

¹⁸⁸ E. DIRIX, *op. cit.*, R.W., 2003-2004, col. 201 et s., spéc. col. 204, n° 10 et col. 208 à 210, n°s 22 et 23 ; A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », R.D.C., 2005, pp. 245 et s., spéc. pp.247 à 248, n°s 7 et 8 ; S. BRIJS, *op. cit.*, R.W., 2005-2006, col. 54 et s., spéc. col. 55 à 56, n°s 5 à 6 ; A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : la portée de l'action du curateur », J.T., 2006, pp. 573 et s., spéc. p.577, n°s 9 à 11.

¹⁸⁹ Cette disposition règle également la situation des cocontractants du failli en imposant aux curateurs de prendre attitude « *dès leur entrée en fonction* » et « *sans délai* » et en permettant au créancier de forcer cette décision en mettant les curateurs en demeure.

¹⁹⁰ E. DIRIX, *op. cit.*, R.W., 2003-2004, col. 203, n° 7 qui précise à cet égard que ce principe vaut pour l'ensemble des règles de droit matériel, sauf exceptions expressément prévues par la loi qui doivent s'interpréter restrictivement.

¹⁹¹ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, C.U.P., vol. 71, 2004, p. 166.

¹⁹² E. DIRIX, *op. cit.*, R.W., 2003-2004, col. 203, n° 8 ; S. BRIJS, *op. cit.*, R.W., 2005-2006, col. 55, n° 3. Voy. Aussi dans ce sens J.P. Anvers, 27 juillet 1995, R.W., 1996-1997, p. 508.

¹⁹³ *Ibidem*, col. 204, n°10.

¹⁹⁴ Le créancier ne pourra cependant pas exiger l'exécution en nature des obligations du failli à charge de la masse.

¹⁹⁵ « *Verbroken* » dans la version néerlandaise de la loi.

l'ensemble des contrats en cours, en ce compris les contrats de travail. En effet, afin que le travailleur puisse prétendre à une indemnité de licenciement, il est requis que l'employeur, ou le curateur qui s'y est substitué, prenne l'initiative de mettre fin au contrat de travail¹⁹⁶. En dehors de cette hypothèse, le terme « résilié » doit s'interpréter comme ayant pour conséquence que le débiteur failli est « définitivement en défaut »¹⁹⁷, ce qui permet à son créancier de déclarer sa créance et donne lieu au règlement de la faillite.

47.- La situation en cas de faillite du preneur. Comme nous venons de le préciser, la faillite du preneur ne met pas fin au bail. Le bailleur est donc en droit d'exiger du curateur qu'il continue à exécuter les obligations résultant du contrat et, en particulier, qu'il s'acquitte des loyers. En outre, le jugement déclaratif de faillite rend exigible, à l'égard du failli, toutes les dettes non échues¹⁹⁸. Le bailleur est donc en droit de réclamer le paiement de l'ensemble des loyers à échoir¹⁹⁹.

48.- La situation en cas de faillite du bailleur. La faillite du bailleur se rencontre moins souvent dans la pratique. La Cour de cassation a, cependant, récemment eu l'occasion de se pencher sur la situation d'un curateur qui prétendait prendre appui sur l'article 46 de la loi sur les faillites pour résilier, dans l'intérêt de la masse, un bail commercial portant sur un immeuble appartenant au failli afin de pouvoir céder ledit immeuble à meilleur prix. Dans un arrêt du 24 juin 2004²⁰⁰, la Cour précise :

« La compétence puisée par le curateur dans l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites et qui concerne tous les contrats en cours opposables conclus par le failli, se limite à ce qui est requis dans le cadre d'une bonne administration de la masse et de la garantie du respect du principe de l'égalité des créanciers ».

Ce premier enseignement, qui rappelle les principes, ne souffre aucune discussion. Il faut d'ailleurs préciser que pour refuser de donner effet à un bail qui ne serait pas opposable à la masse des créanciers²⁰¹, il suffit au curateur de soulever cette inopposabilité sans avoir à choisir de poursuivre ou non l'exécution du contrat.

L'arrêt du 24 juin 2004 poursuit en ces termes :

« Il n'appartient pas au créancier de résilier un contrat²⁰² opposable conclu par le failli lorsque la poursuite de ce contrat ne fait pas obstacle à la liquidation normale de la masse. Le curateur peut par contre mettre fin à un contrat qui lie le failli, si la résiliation du contrat²⁰³ est nécessaire à l'administration de la masse en bon père de famille, sans préjudice des droits découlant alors, pour le cocontractant, de la faillite, en raison de l'inexécution du contrat ».

¹⁹⁶ Projet de loi sur les faillites, amendement n°121 du Gouvernement, *Doc. Parl.*, Chambre, Session 1995-1996, n°330/12 ; L. HERVE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1997/3, p. 439, n° 30.

¹⁹⁷ L'expression est empruntée à E. DIRIX, *op. cit.*, *R.W.*, 2003-2004, col. 203, n° 10.

¹⁹⁸ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, article 22.

¹⁹⁹ L. HERVE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 1998, p. 9, n° 7.

²⁰⁰ Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, 1130 ; *R.D.C.*, 2005, p. 241 ; *R.W.*, 2005-2006, p. 53.

²⁰¹ On pense notamment à un bail qui n'aurait pas acquis date certaine avant le jugement déclaratif de faillite ou à un bail qui aurait été conclu par le failli depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de paiements (art. 17, 1° de la loi sur les faillites).

²⁰² Le texte original de l'arrêt, rendu en néerlandais, utilise les termes, juridiquement ambigus, suivants : « *een einde te maken aan een overeenkomst* ».

²⁰³ Ici encore, le terme « résiliation » n'apparaît que dans la traduction française de l'arrêt, la version néerlandaise faisant usage de l'expression « *beëindiging van de overeenkomst* ».

Certains auteurs²⁰⁴, minoritaires, ont vu dans cet arrêt une consécration du droit de résiliation dont disposerait le curateur s'agissant des contrats en cours. Comme la doctrine majoritaire²⁰⁵, nous ne partageons pas cette analyse.

En effet, l'expression « *mettre fin* » (« *een einde stellen* ») utilisée par la Cour paraît avoir une portée générale qui ne doit pas nécessairement être assimilée à la résiliation d'un contrat²⁰⁶. Par ailleurs, on ne saisit pas ce qui justifierait d'octroyer au curateur plus de droits que ceux dont dispose un créancier qui pratique une saisie immobilière et qui est tenu de respecter les baux rendus opposables aux tiers, en vertu de l'article 1575 du Code judiciaire²⁰⁷.

L'option attribuée au curateur par l'article 46 de la loi sur les faillites tend au maintien de l'égalité entre les créanciers du failli et à éviter que l'exécution des contrats en cours n'alourdisse le passif de la masse²⁰⁸. Or, force est de constater que la poursuite de l'exécution du bail n'impose pas de prestation positive dans le chef du bailleur failli – et donc du curateur – dès lors que son obligation principale consiste à permettre la jouissance des lieux loués par le preneur. C'est dans ce sens que P. Van Ommeslaghe écrivait que « *lorsque les clauses du contrat peuvent sortir leurs effets indépendamment de toute intervention ou de toute prestation du curateur, il nous paraît que ce dernier ne pourrait prétendre s'opposer à leur efficacité pour remplacer celle-ci par une inscription au passif de la masse d'une créance de dommages et intérêts* »²⁰⁹.

Dans le même sens, la doctrine française considère que, par l'adoption de l'article L. 622-13 du Code de commerce – qui reconnaît expressément un droit de résiliation au mandataire de justice à l'égard des contrats en cours –, « *le législateur n'a manifestement pas envisagé l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du propriétaire d'immeubles donnés à bail à usage commercial* » et que la pratique de certains mandataires de justice consistant à mettre fin aux baux commerciaux « *pour permettre la cession d'un immeuble libre d'occupation (...) ne saurait recueillir la moindre approbation car elle sacrifie l'entreprise saine du preneur et consacre une expropriation pour cause d'utilité privée* »²¹⁰. On ne pourrait, en effet, admettre que, sous prétexte d'agir dans l'intérêt de la masse et de la saine liquidation de la faillite, le curateur soit autorisé à mettre en difficulté l'entreprise saine du preneur en le privant du droit le plus essentiel qu'il tire de la loi sur les baux commerciaux, à savoir la stabilité de la relation contractuelle.

Pour restituer à l'arrêt du 24 juin 2004 son exacte portée, il faut cependant préciser que le débat soumis à la Cour de cassation ne portait pas sur la nature de l'option réservée au

²⁰⁴ C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN MIEROP, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2005, pp. 253 et s.

²⁰⁵ A. ZENNER et C. ALTER, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2005, pp. 245 et s., spéc. pp.252 à 253, n^{os} 21 et 23 ; S. BRIJS, *op. cit.*, *R.W.*, 2005-2006, col. 54 et s, spéc. col. 57 à 59, n^{os} 12 à 14 ; A. ZENNER et C. ALTER, *op. cit.*, *J.T.*, 2006, pp. 573 et s, spéc. p.577, n^{os} 9 à 11.

²⁰⁶ Dans le même sens, voy. A. ZENNER et C. ALTER, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2005, p.252, n^{os} 21. Le rapport de la Cour de cassation sur l'année judiciaire 2004 abandonne d'ailleurs le terme « résiliation » repris à la traduction de l'arrêt du 24 juin 2004 publiée à la *Pasicrisis*, le titre du commentaire y consacré étant rédigé comme suit : « *L'article 46 de la loi sur les faillites permet au curateur de ne pas poursuivre l'exécution d'une convention conclue par acte authentique* » (Rapp. Cass., 2004, p. 62, cité par A. ZENNER et C. ALTER, *op. cit.*, *J.T.*, 2006, p. 574, n^o 2).

²⁰⁷ Dans ce sens, voy. E. DIRIX, *op. cit.*, *R.W.*, 2003-2004, col. 209, n^o 23 ; A. ZENNER et C. ALTER, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2005, p.248, n^o 8.

²⁰⁸ E. DIRIX, *op. cit.*, *R.W.*, 2003-2004 col. 209, n^o 23.

²⁰⁹ P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomies de la volonté », in *Les sûretés*, Bruxelles, colloque Feduci des 20 et 21 octobre 1983, p. 365.

²¹⁰ F. KENDERIAN, « Le bail commercial relève-t-il du régime des contrats en cours en cas de procédure collective du bailleur ? », *D.*, 2003, *Chroniques*, p. 610.

curateur par l'article 46 de la loi sur les faillites. Il était, en effet, principalement reproché à la décision attaquée d'avoir jugé que « *l'argument du curateur selon lequel la poursuite du bail causerait un préjudice à la masse n'était pas pertinent* ». La Cour de cassation a estimé qu'une telle décision n'était pas légalement justifiée dès lors qu'elle décidait, « *sans vérifier in concreto quelles en furent les conséquences pour la liquidation de la faillite, que rien ne faisait obstacle à ce que [le curateur] réalise l'immeuble nonobstant l'existence du contrat de bail commercial* ».

La question de la nature de l'option du curateur n'a dès lors pas fait l'objet d'une prise de position de principe. L'arrêt du 24 juin 2004 ne semble donc pas remettre en question l'enseignement de la doctrine majoritaire selon lequel l'option du curateur porte uniquement sur la poursuite ou la cessation de l'exécution des contrats en cours, mais ne lui permet pas de résilier un contrat de bail commercial en dehors des conditions posées par la loi²¹¹.

Le preneur occupant l'immeuble d'un bailleur failli est donc en droit de poursuivre l'exécution du bail commercial malgré la faillite. Sa situation sera, cependant, précaire dès lors qu'il ne pourra plus exiger, à charge de la masse, l'exécution en nature des obligations du bailleur failli²¹². Le preneur subissant une perte de jouissance du fait du défaut contractuel du bailleur failli pourra, par contre, invoquer l'exception d'inexécution pour retenir une partie des loyers²¹³.

c) La nature des créances du cocontractant

49.- L'alinéa 2 de l'article 46 de la loi sur les faillites dispose que, lorsque le curateur décide de ne pas poursuivre l'exécution du contrat ou lorsqu'il s'abstient de prendre position dans les quinze jours qui suivent la mise en demeure qui lui est notifiée par son cocontractant du failli, « *la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse* ». Dans cette hypothèse, les arriérés de loyers postérieurs au jugement déclaratif de la faillite du preneur suivent donc le même sort que les arriérés antérieurs à la faillite : ils doivent être considérés comme des dettes dans la masse. Il en va de même de l'éventuelle créance de dommages et intérêts qui accompagnerait la résolution du bail.

L'alinéa 3 précise, quant à lui, que lorsque le curateur décide de poursuivre l'exécution du contrat, « *le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a traité des prestations effectuées après la faillite* ». Dès lors, pour autant que le curateur opte pour la poursuite du bail, les loyers échus postérieurement au jugement déclaratif de faillite constituent également des dettes de la masse²¹⁴.

Quel sort réserver aux indemnités qui seraient dues dans l'hypothèse où, bien que le curateur ait décidé de poursuivre l'exécution du contrat, celui-ci prend fin postérieurement à la

²¹¹ Une telle lecture de l'arrêt du 24 juin 2004 semble pouvoir être confirmée par un arrêt postérieur (Cass., 11 avril 2005, C030383N) à l'occasion duquel la Cour de cassation a précisé que la loi sur les faillites « *ne contient aucune disposition dérogatoire à l'article 14 de la loi sur les baux commerciaux* ». Bien que cet arrêt n'aborde pas la question de la résiliation du bail commercial (mais uniquement de son renouvellement), il nous paraît écarter la conception selon laquelle les dispositions de la loi sur les faillites primerait sur celles de la loi sur les baux commerciaux (dans le même sens, voy. A. ZENNER et C. ALTER, *op. cit.*, *J.T.*, 2006, p. 575, n° 4).

²¹² On pense notamment aux réparations incombant éventuellement au bailleur de nature à permettre la jouissance paisible des lieux.

²¹³ E. DIRIX, *op. cit.*, *R.W.*, 2003-2004, col. 210, n° 23.

²¹⁴ À l'exclusion des éventuels arriérés de loyer antérieurs à la faillite qui entrent dans la masse.

faillite ? Eu égard à la formulation de l'alinéa 3 de l'article 46, il ne semble pas que l'on puisse considérer que l'intégralité des indemnités de rupture²¹⁵ du contrat constitue des dettes de la masse. Il ne s'agit en effet pas, dans leur intégralité, de dettes « *ayant trait à des prestations effectuées après la faillite* ». Afin de déterminer la part des indemnités entrant dans la masse ou constituant des dettes de la masse, la doctrine opte pour un calcul *au prorata* du montant de l'indemnité, en fonction de la durée écoulée depuis le jugement déclaratif de faillite²¹⁶.

B. Le décès de l'une des parties

50.- Les principes. Comme nous l'avons précédemment rappelé, on enseigne classiquement que le bail n'est pas *en soi* un contrat *intuitu personae*²¹⁷. Il s'en déduit qu'il ne prend pas fin en cas de décès de l'une des parties²¹⁸.

Nous avons également déjà eu l'occasion de souligner que la doctrine considère unanimement qu'en la matière, il n'est pas permis aux parties de déroger à la durée légale minimale de neuf ans en ce qui concerne le bail commercial initial : sera donc nulle la clause qui aurait pour effet de limiter la durée du bail à la vie des parties²¹⁹⁻²²⁰.

51.- La situation en cas de décès du bailleur. En cas de décès du bailleur, ses héritiers viennent aux droits et obligations de leur auteur. Il s'ensuit qu'ils ne peuvent être assimilés à des tiers. Ils demeurent donc tenus par la durée du bail, même lorsque celui-ci n'a pas date certaine²²¹. De même, le régime de l'article 12 de la loi sur les baux commerciaux, visant l'aliénation des lieux loués, ne leur est pas applicable.

52.- La situation en cas de décès du preneur. En cas de décès du preneur, les héritiers sont également tenus de poursuivre l'exécution du bail. S'il y a plusieurs héritiers, ils deviennent co-preneurs indivis jusqu'au partage. L. Herve précise, en outre, que, dans cette hypothèse, aucune préférence ne sera accordée, au stade de l'attribution, à ceux qui occupaient les lieux avec le défunt²²².

²¹⁵ On vise ici l'ensemble des indemnités contractuelles, légales ou judiciaires qui accompagneraient la dissolution du contrat.

²¹⁶ L. HERVE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1997/3, p. 441, n°34 ; A. ZENNER et I. VEROUSTRATE, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2004, pp. 528-429, n°12.

²¹⁷ Voy. les références citées à la note 162.

²¹⁸ Ce principe est confirmé par l'article 1742 du Code civil qui énonce que « *le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur, ni par celle du preneur* ». Rappelons que la théorie générale des contrats pose également pour principe que le décès d'une des parties contractantes ne met pas fin au contrat. Ses ayants cause succéderont aux droits et obligations qui en résultent (article 1122 du Code civil). *Comp.* avec la solution que retient, en cas de décès du preneur, l'article 38 de la loi du 4 novembre 1969 (« *en cas de décès du preneur d'un bien rural, le bail continue au profit de ses héritiers ou ayants droit, à moins qu'un congé ait été donné par le bailleur ou par ses héritiers ou ayants droit dans les conditions déterminées* »).

²¹⁹ Voy. les références citées à la note 166.

²²⁰ M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op.cit.*, *Les Nouvelles*, 1984, p. 115, n°1613 : « *la durée à laquelle est soumis [le bail commercial] pour la protection du fonds de commerce implique la nullité de toute clause ayant pour effet de le limiter à la vie des parties* ».

²²¹ Y. MERCHIERS, *op. cit.*, *Rep. Not.*, t. VIII, livre I, p. 335, n°574 ; L. HERVE, *op. cit.*, Bruxelles, C.J.B.B., 1998, p. 10, n°9.

²²² L. HERVE, *op. cit.*, Bruxelles, C.J.B.B., 1998, p. 11, n° 10.

§ 2 La résiliation du bail commercial²²³

53.- Introduction. Dans l'esprit de la loi, poser l'exigence d'une durée minimale²²⁴ n'exclut pas que le bail puisse valablement prendre fin avant l'échéance prévue et, en particulier, avant le terme des neuf années. Outre l'application des modes de dissolution du droit commun que nous venons de citer²²⁵, le législateur spécial réserve, en effet, expressément aux parties, ou à l'une d'elles, la possibilité de mettre anticipativement fin au bail selon des conditions précisées par le même article 3.

Le législateur prévoit, à cet égard, deux modes de résiliation²²⁶, selon qu'elle intervient par consentement mutuel (I) – il s'agit donc de la « révocation » dont parle l'article 1134 du Code civil - ou par déclaration unilatérale de volonté (II).

I La résiliation amiable (*mutuus dissensus*)

A Le principe (article 3, alinéa 4)

54.- Le principe. Confirmant le principe posé à l'article 1134, alinéa 2 du Code civil, la loi spéciale dispose que les parties peuvent, à tout moment²²⁷, mettre fin au bail de commun accord²²⁸⁻²²⁹, pour autant uniquement que celui-ci soit constaté dans un acte notarié ou fasse l'objet d'une déclaration devant le juge de paix compétent²³⁰⁻²³¹.

²²³ Voy. not. le tableau récapitulatif proposé par B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 103, n° 120.

²²⁴ Voy. sur cette question *supra* n°s 9.- et s.

²²⁵ Voy. spéc. *supra* n°s 34.- et s.

²²⁶ Rappelons que nous entendons le terme de « résiliation » comme visant le mode de dissolution du lien contractuel qui intervient « lorsque les parties défont elles-mêmes le contrat qui les lie pour des raisons de leur propre convenance » (Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge, Éléments d'appréciation*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 12, n° 3). Ce mode de dissolution se distingue donc de la résolution qui est, quant à elle, nécessairement « causée » et requiert la preuve d'une faute suffisamment grave du contractant pour autoriser la libération corrélative des deux parties (article 1184 du Code civil). Voy. aussi l'article 1741 du Code civil.

²²⁷ Et ce même, dès lors, juste après la conclusion du contrat : M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 44 ; B. LOUVEAUX, « Le bail commercial. Jurisprudence de la Cour de cassation du 1^{er} novembre 1999 au 31 décembre 2003 », in *Le bail et la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, sous la coordination de I. DURANT, C.U.P., 2004, vol. 71, p. 97 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 122, n° 145 (qui souligne que cet accord des parties peut avoir un effet immédiat ou tolérer un préavis) et pp. 124-125, n° 147 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 537, n° 11 (« sous cette condition de forme, les parties peuvent donc mettre fin au bail initial à la date de leur convenance, même en faisant dépendre la date de la fin du bail de la survenance d'une condition résolutoire »).

Sur le principe, voy. aussi Cass., 15 novembre 2002, R.G. C000390N.

²²⁸ Encore faut-il, bien entendu, que les parties soient d'accord. *Quid* de la demande adressée par un cocontractant et refusée par l'autre ? En ce domaine, la jurisprudence admet largement, par application des principes du droit commun, que le refus du bailleur de résilier le bail avant terme peut être constitutif d'un abus de droit. Ce sera, par exemple, le cas lorsqu'il exige la poursuite aveugle du bail sans avoir égard aux alternatives possibles et raisonnables (dans ce sens : J.P. Messancy, 12 janvier 1994, *J.J.P.*, 1996, p.63, note E. MATHEEUSSEN ; voy. également sur une autre application, en ce qui concerne l'abus de l'option ouverte par l'article 1183, *infra* n°s 63.- et s.). Rappelons, par ailleurs, que la doctrine (S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations, Les sources », *J.T.*, 1996, p. 708) considère que l'abus constitue en soi une faute contractuelle. Appliqué à cette matière, le principe devrait conduire à admettre que le preneur puisse assigner le bailleur en responsabilité si ce dernier refuse abusivement de résilier amiablement le bail qui les lie. Dans ce cas, le locataire pourrait donc solliciter lui-même la résiliation en justice. Voy. dans ce sens M. VANDERMEERSCH et Th. DE RIDDER, « L'abus de droit du bailleur en cas de départ anticipé (fautif) du locataire », note sous J.P. Bruxelles, 29 septembre 1993, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 683 et s.

²²⁹ La fin du contrat consécutive à un acte de résiliation amiable empêche le preneur de solliciter ensuite le renouvellement du bail. Voy. dans ce sens B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 130, n° 152.

²³⁰ M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 44 ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 537, n° 11 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, in *Novelles*, p. 104.

Ce premier type de résiliation est le mode le moins « pathologique » car il procède d'une même volonté que celle qui a créé le lien contractuel. Les formalités légales assurent, par ailleurs, une parfaite information des parties contractantes sur les conséquences de l'accord qu'elles concluent.

B Des formalités impératives

55.- Ratio legis. Le gouvernement, initiateur du projet de loi ayant donné lieu au régime actuel, accorda spontanément une grande confiance aux parties et donc aux clauses de résiliation du bail. On lit ainsi, dans l'exposé des motifs du projet, qu'il « eût été excessif de proscrire les résiliations conventionnelles admises de part et d'autre au cours de l'exercice d'un bail, d'autant plus que maintes circonstances peuvent commander aux parties de mettre fin à un contrat dont aucune d'entre elles ne souhaite voir se prolonger l'exécution. Il convenait seulement d'éviter que les accords de ce genre ne pussent être le résultat d'une contrainte exercée sur la volonté de l'un des contractants dans un but illicite, ou d'une collusion au préjudice de tiers. C'est pourquoi la validité d'accords de ce genre a été subordonnée à une condition formelle : l'entérinement par le juge de paix de la situation du bien loué²³². Ce magistrat devra s'assurer de la liberté réelle des volontés manifestées. Il devra, d'autre part, en se faisant présenter l'extrait de l'inscription au registre du commerce et, s'il constate que le fonds se trouve grevé d'une ou plusieurs inscriptions au profit de créanciers privilégiés, veiller à ce que l'accord qui met fin au bail n'opère pas au détriment des intérêts de ces créanciers »²³³.

En imposant de telles formalités, l'objectif du législateur était donc que l'intervention du notaire ou du juge éclaire les parties (et, en particulier, le preneur) sur leurs droits et obligations afin de mieux prendre la mesure de leur volonté.

56.- Des formalités légales impératives. L'article 3, alinéa 4 est une disposition impérative²³⁴. Il s'en déduit que les parties ne peuvent, sous peine de nullité relative²³⁵, y déroger par une clause du bail²³⁶.

Voy. sur le rappel de ce principe et, en particulier, du respect des formalités : Cass., 24 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 2 ; Cass., 17 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 190 (viole l'article 3, alinéa 4 la décision du juge du fond qui constate que le bail a pris fin de commun accord alors que celui-ci n'a pas respecté les formalités légales).

Voy. enfin J.P. Tournai (2^e cant.), 19 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1279.

²³¹ Ce formalisme a été imposé afin d'éviter que le preneur doive se soumettre à un accord postdaté au moment de la conclusion du contrat, comme condition de cette conclusion. On considéra, en outre, qu'il était plus aisé aux parties de se présenter devant un notaire que devant les prétoires (voy. sur ce point spéc. le rapport des commissions réunies de la justice et des affaires économiques chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de commerce, Séance du 19 mai 1949, *Doc. parl., Sénat*, session de 1948-1949, Doc. n° 384, p. 4).

On déroge ainsi au principe admis en droit commun, où la révocation de l'article 1134 peut également être tacite. Voy. les nuances vues *infra*.

²³² Initialement, en effet, seul un entérinement de l'accord par le juge de paix compétent permettait de le valider. Voy. *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1946-1947, doc. 27, p. 34, article 9. Désormais, donc, le notaire peut jouer le même rôle que celui attribué au juge paix dans le projet initial. A cet égard, la doctrine souligne le rôle actif qu'ils sont légalement invités à jouer en ce sens qu'ils doivent s'assurer du consentement libre et éclairé des parties contractantes (voy. dans ce sens B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 125, n° 148). Cela étant, ils n'ont, par contre, pas pour mission d'apprécier les motifs pour lesquels intervient une résiliation de commun accord (*Ibidem*, p. 126, n° 148).

²³³ Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1946-1947, doc. 27, p. 4.

²³⁴ Cass., 21 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 102.

²³⁵ Cass., 14 septembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 66 (« viole l'article 3 alinéa 4 de la loi le juge qui considère que l'accord des parties a mis fin au bail alors que cet accord ne répondait à aucune des formes imposées »).

En imposant de telles formes, la doctrine²³⁷ et la jurisprudence²³⁸ considèrent majoritairement que la loi entend cependant protéger le seul preneur. Ce dernier est donc seul admis à se prévaloir de la nullité de la résiliation amiable²³⁹ et, en conséquence, à imposer l'exécution du bail jusqu'à son terme²⁴⁰.

57.- La renonciation du preneur à se prévaloir de la protection légale. Conformément aux principes, le preneur peut cependant couvrir la nullité et confirmer l'accord intervenu au mépris des exigences légales parce qu'il renonce à la protection que la loi lui accorde²⁴¹.

C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 15 novembre 2002²⁴², où, confirmant sa jurisprudence antérieure²⁴³, elle décide que « *lorsqu'en violation de l'article 3, alinéa 4, les parties ont mis un terme à leur convention sans que leur accord soit constaté par acte authentique ou par déclaration devant le juge, le locataire ne peut se voir obligé d'invoquer la nullité relative qui en résulte. Le locataire peut donc prouver que le bail commercial a pris fin de commun accord sans que cet accord soit constaté par acte authentique ou par une déclaration devant le juge* »²⁴⁴.

Cette jurisprudence a des conséquences pratiques importantes. Pour autant qu'il le fasse en pleine connaissance de cause²⁴⁵, le preneur peut renoncer à la protection légale : dans ce cas, il sera donc reçu à établir la résiliation amiable du contrat s'il a restitué le bien au bailleur et que ce dernier en a repris possession²⁴⁶. Selon M. Dambre²⁴⁷, cette jurisprudence s'explique

Voy. aussi, sur le principe et ses conséquences, B. LOUVEAUX, *op.cit.*, 2002, p. 126 et s., n^{os} 149 et s.

²³⁶ Dans ce sens A. DEVREUX, *op.cit.*, 2003, p. 53 ; B. LOUVEAUX, *op.cit.*, 2002, p.123 et s., n^o146.

²³⁷ Voy. not. dans ce sens B. LOUVEAUX, *op.cit.*, 2002, p. 127 et s., n^o150 et les références citées.

²³⁸ Cass., 15 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, 2182 ; *Huur*, 2003, p. 68 ; Cass., 17 février 1995, *R.W.*, 1994-1995, 1396 avec les conclusions de l'avocat général BRESSELEERS ; Cass., 14 septembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 66.

²³⁹ B. LOUVEAUX, « Le bail commercial. Jurisprudence de la Cour de cassation, sous la coordination de I. DURANT, C.U.P., 2004, vol. 71, p. 97 ; J. VANKERCKHOVE et M. VLIJES, *op.cit.*, *J.T.*, 1993, p. 796, n^o85.

²⁴⁰ Cass., 14 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 66, précité.

Le bailleur ne peut, de son côté, imposer l'exécution du contrat jusqu'à son terme ; il ne peut, quant à lui, déduire aucune conséquence particulière du comportement du locataire (B. LOUVEAUX, *op.cit.*, C.U.P., 2004, vol. 71, p. 98 et 99).

Voy. en jurisprudence J.P. Messancy, 2 février 2000, *Act.jur.Baux*, 2000, p. 73 (le bailleur ne peut revendiquer l'exécution en nature du bail en prenant appui sur le non-respect des formalités prescrites par l'article 3 alinéa 4).

²⁴¹ J. VANKERCKHOVE et M. VLIJES, *op.cit.*, *J.T.*, 1993, p. 796, n^o85 ; B. LOUVEAUX, *op.cit.*, 2002, p. 124-125 et p. 129, n^o151.

²⁴² Cass., 15 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, 2182 ; *Huur*, 2003, p. 68. Voy. aussi le commentaire de B. LOUVEAUX, *op. cit.*, C.U.P., volume 71, spéc. pp. 97 à 100.

²⁴³ Voy. Cass., 21 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 102 (une résiliation conventionnelle ne respectant pas les conditions légales pouvait être valablement établie par l'exécution qui lui avait été donnée par les parties : c'est le cas lorsqu'elle se déduit des circonstances de l'espèce, notamment si le bailleur a repris possession de son bien et a acheté le mobilier d'exploitation de son ancien locataire) ; Cass., 1^{re} ch. N, 17 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 190 (les parties peuvent déroger à la loi sous la condition que le preneur y ait consenti et qu'un tel accord ne lui soit pas imposé) ; Cass., 27 mai 1983, *Pas.*, 1983, I, 1078 (la preuve de la résiliation amiable peut être rapportée par l'exécution qu'y a donné par le preneur, mais non par témoins).

²⁴⁴ La Cour casse, dès lors, le jugement rendu par le Tribunal de première instance de Gand qui avait considéré que l'article 3, alinéa 4 est une disposition impérative à double sens et avait constaté la résolution du contrat aux torts du locataire sans avoir égard à son argumentation selon laquelle le bail avait été résolu de commun accord au mépris des formalités légales imposées.

²⁴⁵ Conformément aux principes, en effet, la renonciation d'un débiteur à se prévaloir de la nullité d'une obligation peut résulter de l'exécution volontaire de cette obligation pour autant que ce dernier ait eu connaissance du vice qui entachait cette obligation (voy. Cass., 6 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 361, précité).

²⁴⁶ Voy. sur ce point J.P. Messancy, 2 février 2000, *Act.jur.Baux*, 2000, p. 73 (la reprise de possession des lieux par le bailleur, à qui ont été restituées les clefs et qui a occupé son bien pendant plusieurs mois, établit à suffisance la résiliation amiable intervenue entre les parties : le bailleur ne peut ensuite revendiquer l'exécution en nature du bail en prenant appui sur le non-respect des formalités prescrites par l'article 3 alinéa 4) ; J.P. Willebroek, 17 janvier 2000, *J.J.P.*, 2003, p. 41 (un bail est résilié tacitement lorsque le preneur a sollicité la résiliation, offert et payé une indemnité égale à six mois de loyers et que le bailleur a remis les lieux en location : le bailleur formant une demande de résolution judiciaire du bail un an après la demande de résiliation du preneur doit être débouté pour abus de droit) ; J.P. Messancy, 30 juin 1999, *Baux Act.*, 1999, p.124

par la *ratio legis* de la protection sous-jacente aux formalités prescrites : le législateur avait surtout en vue d'éviter qu'une des parties *impose* à l'autre la résiliation. De telles pressions sont moins probables lorsque le preneur a déjà délaissé les lieux loués²⁴⁸. Ceci implique cependant aussi que le preneur qui accepte de quitter les lieux alors que les formalités légales n'ont pas été respectées gardera la possibilité de contester la validité de la résiliation intervenue jusqu'à son départ.

Le preneur doit cependant, comme en tous domaines, agir de bonne foi ; il ne peut abuser de son droit et user de la protection légale dans le but de nuire aux intérêts du bailleur ou d'obtenir un profit manifestement déraisonnable au regard d'une situation donnée²⁴⁹.

II La résiliation unilatérale

58.- Introduction. Mode « anormal » et, dès lors exceptionnel, de dissolution des contrats de durée déterminée²⁵⁰, la résiliation unilatérale ne peut, en ce domaine, intervenir que là où la loi l'autorise expressément, conformément à ce qui est dit à l'article 1134 alinéa 2 du Code civil²⁵¹. Et c'est précisément ce que fait le législateur en matière de bail commercial.

En raison de leur caractère dérogoire au droit commun, et de l'atteinte qu'elles portent au principe de la convention-loi, les facultés de résiliation unilatérale des contrats de durée déterminée sont de stricte interprétation.

Avant de s'arrêter davantage sur les contours de ces facultés légales de résiliation (points B, C, D et E *infra*), il nous paraît utile de rappeler les principes de base qui régissent ce mode de dissolution particulier et son support extérieur qu'est le congé (A).

(l'échange de correspondance par lequel les parties constatent la caducité de leur bail commercial à défaut de constitution de la garantie locative suffit à établir l'existence d'une résiliation amiable) ; J.P. Bruges, 16 juin 1972, *J.J.P.*, 1976, p. 79 (la preuve de la renonciation à se prévaloir des formalités imposées par la loi peut résulter du délaissement des lieux par le preneur et de la reprise de possession par son cocontractant).

²⁴⁷ M. DAMBRE, *op. cit.*, C.J.B.B., 2002, p. 45.

²⁴⁸ L'auteur ajoute, par ailleurs, que le législateur n'a pas expressément exclu l'admissibilité d'une telle preuve.

²⁴⁹ Civ. Mons, 11 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1260 (qui décide, dans une situation où le bailleur, après avoir refusé sans motif le renouvellement, s'était ravisé et avait informé le preneur de son acceptation, que « *en préférant la recherche du seul profit financier lié à la perception d'une indemnité d'éviction, plutôt que la poursuite des relations contractuelles, le preneur, qui ne justifie d'aucun préjudice concret, commet un abus de droit* »).

Soulignons également la décision intéressante suivante : Civ. Tournai, 3 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 590, qui décide que « *une partie au contrat manque à son obligation de loyauté en insérant une clause qu'elle sait nulle et dont elle sait être la seule à pouvoir exciper de la nullité et ce, aux fins d'induire en erreur et de le tromper sur la portée des engagements qu'il a souscrit* ». En ce sens, manquerait également aux exigences de la bonne foi le preneur qui accepte de conclure un accord de résiliation ne respectant pas les formes requises par la loi et dont il sait qu'il est le seul à pouvoir soulever la nullité.

Voy. aussi M. DAMBRE, *op. cit.*, C.J.B.B., 2002, p. 45.

²⁵⁰ Th. DELAHAYE, *op. cit.*, 1984, p. 39.

²⁵¹ On sait, cependant, qu'il est classiquement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que font exception à la règle les contrats de durée indéterminée, où chacune des parties bénéficie alors du droit de rompre unilatéralement le contrat. Tel n'est cependant pas le présent propos.

A La résiliation et le congé

59.- Un acte juridique réceptice²⁵². La résiliation, dont le congé est le support extérieur²⁵³, est un acte juridique unilatéral réceptice²⁵⁴. La notification du congé est donc nécessaire à sa perfection²⁵⁵ : il ne produit d'effets que lorsqu'il parvient à son destinataire²⁵⁶ et que ce dernier peut en prendre connaissance²⁵⁷.

60.- Un acte définitif, irrévocable et indivisible. On enseigne encore que la résiliation est un acte définitif, irrévocable²⁵⁸ et indivisible²⁵⁹.

Il se déduit de ses caractères définitif et irrévocable qu'une fois le congé valablement porté à la connaissance de son destinataire, son auteur ne peut plus y renoncer²⁶⁰. De son côté, le juge ne peut, en principe²⁶¹, plus ordonner l'exécution - en nature ou par équivalent - du contrat²⁶², sous peine d'excéder ses pouvoirs.

61.- Des effets qui se réalisent *ex nunc*. La résiliation est un acte qui ne vaut que pour l'avenir. Contrairement à la résolution, elle n'est donc pas rétroactive et ne permet pas de remettre en cause les prestations antérieurement exécutées à la satisfaction commune des parties²⁶³.

62.- Les sanctions. On enseigne généralement que le congé qui ne respecte pas les conditions légales est nul : il ne produit donc aucun effet, à moins que la partie titulaire du droit de critique renonce à se prévaloir de la nullité²⁶⁴.

²⁵² Voy. par ailleurs *infra* n°67.- (congé donné par le preneur) et n°76.- (congé donné par le bailleur).

²⁵³ Le congé est défini par la Cour de cassation comme l'acte juridique unilatéral par lequel une partie informe l'autre partie qu'elle a décidé de rompre pour l'avenir et définitivement leurs relations contractuelles, et ce sur-le-champ ou après l'écoulement d'un certain délai. Voy. Cass., 11 mai 1981, *J.T.T.*, 1981, 356 ; Cass., 12 septembre 1988, *R.W.*, 1988-1989, 507.

²⁵⁴ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Recueil Sirey, Paris, 1951, pp. 175 et s., n° 181 ; P. WÉRY, *op.cit.*, 2000, pp. 44 et s. ; L. HERVE, *op. cit.*, in *La fin du bail et son contentieux*, C.J.B.B., 1998, pp. 22-23, n° 24.

²⁵⁵ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op.cit.* p. 188, n° 196.

²⁵⁶ Cass., 11 mai 1981, *J.T.T.*, 1981, 356.

²⁵⁷ P. WÉRY, *op.cit.*, 2000, p.44, n° 470.

²⁵⁸ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op.cit.*, 1951, pp. 310 à 316, n°s 341 à 350 ; P. WÉRY, *op. cit.*, 2000, p. 47, n° 500 ; L. HERVE, *op.cit.*, 1998, pp.23 ; Th. DELAHAYE, *op.cit.*, 1984, p.124, n° 103. Voy. en matière de bail commercial B. LOUVEAUX, *op.cit.*, 2002, p. 121, n°144.Voy. enfin *infra* n° 68.- (résiliation par le preneur).

²⁵⁹ En ce sens, une partie au contrat qui entend y mettre unilatéralement fin ne peut le faire que pour le tout, et ne pourrait dès lors se libérer partiellement de ses obligations contractuelles. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, 1951, pp. 316 et s., n°s 651 et s.

²⁶⁰ Sur le principe, voy. Cass., 3 décembre 2007, R.G. C.06.0208.F.

On réservera bien entendu la situation où c'est de commun accord qu'intervient la révocation du congé.

²⁶¹ La jurisprudence a parfois tempéré la règle en présence d'un abus de droit. La Cour de cassation décidait cependant récemment (Cass., 3 décembre 2007, R.G. C.06.0208.F, cité en note précédente) que « la résiliation unilatérale d'une convention entraînant irrévocablement l'extinction de celle-ci, la partie dont elle émane n'a aucun droit à y renoncer. L'absence de pareille renonciation ne peut, dès lors, constituer un abus de droit dans son chef. L'arrêt qui, après avoir constaté que la demanderesse avait dénoncé l'ouverture de crédit qu'elle avait consentie au défendeur, considère que, quel que soit le caractère abusif ou non de cette dénonciation, la demanderesse a commis un abus de droit en maintenant sa décision de rompre ledit crédit, ne justifie pas légalement sa décision ».

²⁶² Voy. en doctrine, Th. DELAHAYE, *op. cit.*, 1984, p. 218, n° 183 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, p.37, n° 147.

²⁶³ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op.cit.*, 1951, p. 242, n° 258.

²⁶⁴ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 121, n°144 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, *C.J.B.B.*, 2002, p. 50 ; Voy. aussi ce qui a été dit *supra* n°s 19.- et s.

On en déduirait logiquement que le congé donné hors des délais légaux serait nul et qu'en conséquence, son auteur serait tenu de notifier un nouveau congé dans le délai précédant la prochaine échéance²⁶⁵.

Une partie de la doctrine considère cependant que, dans cette hypothèse particulière, le congé existe, mais ses effets sont reportés à la prochaine échéance²⁶⁶. La Cour de cassation nous paraît avoir consacré cette solution dans un arrêt du 22 avril 2005 dans lequel elle précise que « *le congé qui n'est pas donné en temps utile avant la date de l'échéance du bail n'est pas frappé de nullité, mais ne peut mettre fin au bail à cette échéance* »²⁶⁷.

A suivre cet enseignement²⁶⁸, les effets du congé tardif seraient dès lors reportés à l'échéance suivante, sans qu'il soit nécessaire de notifier un nouveau congé.

B La faculté de résiliation accordée au preneur (article 3, alinéa 3).

1° Le principe et sa *ratio legis*

63.- Le principe. Le locataire dispose toujours²⁶⁹ de la possibilité de mettre fin au bail à l'expiration de chaque triennat, moyennant un préavis de six mois signifié par exploit d'huissier ou notifié par lettre recommandée²⁷⁰.

64.- Ratio legis. Lors des travaux préparatoires, il fut affirmé que « *cette disposition, réclamée par un grand nombre d'intéressés, se justifie par le fait que le preneur peut, en cours de bail, mourir et que ses héritiers ou son épouse peuvent avoir cent raisons de ne plus continuer les affaires et aussi par le fait que le preneur peut, dans certaines circonstances, trouver trop lourde l'obligation de conserver son bail pendant neuf années* »²⁷¹.

Cela étant, la faculté que réserve l'article 3 au preneur est discrétionnaire : il n'a pas à exposer les motifs de sa décision de rompre et, en particulier, à faire état de circonstances exceptionnelles ou imprévisibles²⁷².

²⁶⁵ M. DAMBRE, *op. cit.*, C.J.B.B., 2002, p. 50. Dans le même sens en matière de bail de résidence principale, voy. M. Vlies, « Les baux de neuf ans ou plus. Les facultés de résiliation anticipée Questions propres à chaque type de congé », in *Le bail de résidence principale. 5 ans d'application de la loi du 20 février 1991*, Bruxelles, La Charte, 1996, p. 141 et les références citées.

²⁶⁶ voy., en ce sens B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 121, n° 144.

²⁶⁷ Cass., 22 avril 2005, R.A.B.G., 2006, n° 1, p.24, cité par L. HERVE, « La durée du bail de résidence principale. Le principe du bail de neuf ans et les possibilités de résiliation », in *Le bail de résidence principale*, Bruxelles, La Charte, 2006, p.179, n° 30.

²⁶⁸ À l'occasion de cet arrêt, la Cour avait à connaître d'un congé notifié par un bailleur en vue de mettre fin à un bail de résidence principal de courte durée. Ce congé avait été notifié avant l'échéance du bail, sans toutefois respecter le délai de trois mois prévu à l'article 3, § 6, al. 4 de la loi sur les baux de résidence principale. Au vu des termes généraux de l'arrêt, son enseignement nous semble toutefois pouvoir être étendu à la matière des baux commerciaux.

²⁶⁹ Il le peut donc également lorsque le bail initial a été conclu pour une durée supérieure à neuf ans ainsi que pendant les périodes renouvellements. De même, le preneur peut, tous les trois ans, mettre en œuvre sa volonté de résilier alors même qu'aucune clause ne lui accorderait expressément pareil droit (contrairement, nous le verrons, à la situation du bailleur). Voy. plus particulièrement B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 104, n° 121.

²⁷⁰ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, pp. 104 et s., n°s 121 et s.

²⁷¹ Rapport des commissions réunies de la justice et des affaires économiques chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de commerce, Séance du 19 mai 1949, *Doc. parl., Sénat*, session de 1948-1949, Doc. n° 384, p. 4. Le principe est rappelé par Cass., 23 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1171.

²⁷² Cass., 6 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, 843. Voy. aussi M. DAMBRE, *op. cit.*, 2002, p. 43 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 106, n°123.

65.- Une disposition impérative. On admet que l'article 3, alinéa 3, est une disposition impérative²⁷³. Les parties ne peuvent, en particulier, y déroger dans une clause du bail initial.

A cet égard, pourront être déclarées nulles les clauses qui excluent expressément toute possibilité pour le preneur de mettre anticipativement fin au bail²⁷⁴, mais également celles qui subordonnent une telle faculté à des conditions plus rigoureuses que celles prévues par la loi (imposition de conditions supplémentaires, obligation d'indemnisation du bailleur, etc.)²⁷⁵.

Par contre, rien n'interdit aux parties d'étendre la protection que la loi assure au preneur, en lui permettant de résilier plus aisément le contrat²⁷⁶.

Enfin, par application des principes, le preneur peut renoncer à la protection légale, pour autant qu'une telle renonciation ne soit pas anticipée.

66.- Une faculté de résiliation limitée. Rappelons que la résiliation avant terme ne peut intervenir hors du cadre défini par la loi. En particulier, le preneur ne peut être admis à délaisser les lieux à un autre moment qu'à l'échéance d'un triennat. En agissant de la sorte, il commet une faute, appelant sanction. Le bailleur jouira alors de l'option que lui offre l'article 1184 du Code civil²⁷⁷ entre la résolution du bail aux torts exclusifs du preneur ou l'exécution de celui-ci jusqu'à son terme (que confirme l'article 1741 du Code civil).

Ici, comme en toutes matières, la bonne foi, dans sa fonction modératrice, est cependant susceptible de nuancer la règle. En particulier, le bailleur ne peut abuser de l'option précitée, par exemple, en exigeant l'exécution en nature jusqu'au terme conventionnel alors qu'une telle alternative est manifestement déraisonnable au regard des circonstances de l'espèce²⁷⁸. En agissant de la sorte, il commet, lui aussi, une faute contractuelle susceptible d'engager sa responsabilité²⁷⁹.

La jurisprudence en offre de nombreuses illustrations²⁸⁰. De manière synthétique, on peut considérer que, dans le cas où le preneur a délaissé les lieux sans pouvoir se prévaloir de la

²⁷³ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 104, n°122 et les références citées.

²⁷⁴ Le preneur ne peut en effet renoncer à la protection légale. Voy. dans ce sens Cass., 14 janvier 1965, *R.C.J.B.*, 1965, p. 197 ; Cass., 23 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1171.

²⁷⁵ Cass., 2 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 430 (la clause du contrat qui précise que le bail sera résolu si la garantie locative n'est pas constituée dans un délai déterminé est contraire à l'article 3 de la loi) ; Cass., 14 janvier 1965, *J.T.*, 1965, 151.

Dans ce sens, voy. aussi B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 105, n°122 et les références citées.

Voy. cependant J.P. Tournai (2^e cant.), 20 avril 1999, *Baux Act.*, 2000, p.43 qui décide que la faculté accordée au preneur de résilier le bail à l'expiration de chaque triennat peut être assortie de la stipulation conventionnelle d'une contrepartie à charge de celui-ci, en l'espèce une indemnité de résiliation de deux mois. Une telle conclusion ne nous paraît pas acceptable.

²⁷⁶ Ainsi en sera-t-il, par exemple, de la clause qui autorise une résiliation annuelle du bail par le preneur, ou qui la subordonne à un préavis moindre ou exclut les exigences formelles. Voy. dans ce sens B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 105, n° 122.

²⁷⁷ Sur le principe de l'option en matière de bail, voy. not. Cass., 2 février 1989, *Pas.*, 1989, I, 589 ; Cass., 5 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 17.

²⁷⁸ Voy. par exemple J.P. Bruxelles, 4^e canton, 8 septembre 2003, *inédit*, R.G. 02A1544 (en l'espèce, le locataire avait prétendu résilier le bail 6 mois après la prise de cours d'un nouveau triennat) ; J.P. Messancy, 12 janvier 1994, *J.J.P.*, 1996, 63.

²⁷⁹ Sur cette question, voy. spéc. M. VANDERMEERSCH et Th. DE RIDDER, « L'abus de droit du bailleur en cas de départ anticipé (fautif) du locataire », note sous J.P. Bruxelles, 29 septembre 1993, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 683 et s.

La jurisprudence est ici abondante. Citons, à titre d'exemples, qui cite Civ. Dendermonde, 15 février 1999, *T. Huur*, 1998-1999, p. 223.

²⁸⁰ Cass., 27 février 2004, *Res et Jur.imm.*, 2004, p. 189 ; J.P. Charleroi, 4 septembre 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 438 ; J.P. Messancy, 12 janvier 1994, *J.J.P.*, 1996, p. 63 et note E. MATHEEUSSEN, « Misbruik van het recht op uitvoering van een handelshuur : een theoretische duiding en enkele praktische wenken ».

faculté de résiliation unilatérale ou d'une résiliation amiable en bonne et due forme, le comportement du bailleur pourra éventuellement être déclaré abusif si :

- les motifs avancés par le preneur et fondant son départ étaient légitimes²⁸¹, et non de pure convenance ou commodité ;
- et le refus persistant du bailleur lui procure un avantage qui est hors de proportion avec les charges qu'il impose au preneur : ainsi en sera-t-il, en particulier, lorsque le preneur lui avait proposé des solutions alternatives raisonnables auxquelles il n'a pas voulu avoir égard – on songe spécialement à la présentation d'un remplaçant sérieux et solvable ou à l'offre d'une indemnité « compensatoire » suffisante²⁸².

De même, la jurisprudence a parfois sanctionné le bailleur qui avait tardé à agir contre le locataire fautif²⁸³.

L'abus de droit n'est pas sanctionné d'une déchéance totale du droit. L'exercice du droit sera ramené dans des limites raisonnables, non caractéristiques d'un abus. En la matière, pareille sanction pourra prendre la forme d'une modification judiciaire du choix initialement exprimé par le bailleur, pourtant *en principe* seul titulaire de l'option, en lui imposant la voie de la résolution²⁸⁴.

2° Le régime juridique de la résiliation

67.- La notification du congé. Conformément aux principes²⁸⁵, le congé devra être notifié au bailleur et produira ses effets au moment de sa réception par ce dernier. Le preneur sera alors tenu de restituer les lieux et de répondre des éventuels dégâts locatifs²⁸⁶.

À cet égard, il a notamment été décidé²⁸⁷ que lorsque le destinataire de la lettre est absent et n'a désigné aucun mandataire, le congé est régulier pour autant qu'il soit établi que le

Sur la notion et le régime de l'abus de droit, voy. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1969, p. 524 et s. Voy. aussi, sur le principe de l'exécution de bonne foi, et les critères concrets y applicables, Cass., 16 novembre 2007, R.G. C.06.0349.F (s'agissant des prérogatives contractuelles en vue de réparer un bien donné à bail, lorsque le locataire tarde à y procéder).

²⁸¹ Ont, par exemple, été qualifiées de telles en matière de bail commercial, la cessation d'activité (J.P. Neerpelt, 27 juin 1991, *R.W.*, 1993-1994, pp. 756-757) ou l'extension soudaine des activités commerciales (Civ. Liège, 19 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1989, pp. 1316-1319). Ces décisions sont reprises à M. VANDERMEERSCH et Th. DE RIDDER, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 683 et s., spéc. n° 2. Soulignons, cependant, que ces raisons ne doivent pas rencontrer les conditions de la force majeure, ni de l'imprévision.

Récemment, la Cour de cassation a également admis comme motif légitime du départ du preneur « *des lettres de revendiquant l'incendie ayant détruit le commerce du preneur et proférant des menaces attentatoires tant à ses biens qu'à sa personne et à celle de ses enfants dans l'hypothèse où il rouvrirait le commerce* » (Cass., 27 février 2004, *Res et Jur.imm.*, 2004, p. 189, précité). En sens contraire, c'est également à juste titre qu'il a été décidé que la poursuite par le bailleur de l'exécution en nature du bail ne présentait pas les caractéristiques de l'abus de droit lorsque le preneur ne mettait aucune énergie à trouver un remplaçant, ne présentait aucune raison économique à sa volonté de mettre fin au bail et avait d'autorité décidé de cesser de payer les loyers (Civ. Bruxelles (21^e ch.), 20 décembre 1999, *T. not.*, 2001, p. 277).

²⁸² Pour des exemples jurisprudentiels, voy. M. VANDERMEERSCH et Th. DE RIDDER, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 683 et s.

²⁸³ Pour des exemples jurisprudentiels, voy. M. VANDERMEERSCH et Th. DE RIDDER, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 683 et s. Soulignons que cette situation rencontre davantage les réticences de la doctrine, et avec raison. L'aggravation du préjudice appellera, en tout cas, une sanction différente.

²⁸⁴ Sur les conséquences de cette sanction et, en particulier, l'étendue de la rétroactivité de la résolution, voy. encore M. VANDERMEERSCH et Th. DE RIDDER, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 683 et s.

²⁸⁵ Voy. *supra* n° 59.-.

²⁸⁶ Voy. cependant la protection légale accordée au preneur qui quitte les lieux aux articles 9 (régime supplétif en ce qui concerne le sort des travaux réalisés par le preneur pendant le bail), articles 11 et 16 (droits du sous-locataire), article 27 (droit de rétention du locataire tant que l'indemnité d'éviction ne lui est pas versée) et article 5 (avis de transfert).

²⁸⁷ J.P. St-Trond, 17 décembre 2002, *J.J.P.*, 2005, p.112.

locataire a pris toutes les mesures utiles afin de faire parvenir le congé au bailleur. Le congé notifié dans le cadre d'un bail commercial à l'agent immobilier qui avait assisté le propriétaire décédé au moment de la conclusion du contrat et qui n'a pas avisé le locataire de ce décès est donc valable, l'agent immobilier pouvant être considéré comme le mandataire ou, à tout le moins, comme le gérant d'affaires du bailleur.

En cas de pluralité de bailleurs, le preneur est tenu d'adresser son congé à chacun d'eux, à moins que l'un ait été mandaté par l'(les) autre(s)²⁸⁸.

68.- Le caractère irrévocable du congé²⁸⁹. Le congé est le support de la volonté unilatérale irrévocable du locataire de mettre fin au bail. On en déduit que si, malgré le congé, le locataire se maintient dans les lieux après l'expiration du préavis, le bailleur peut prétendre à une indemnité d'occupation dont l'importance dépendra de la valeur locative du bien²⁹⁰.

69.- Les sanctions. Le congé qui ne respecte pas les formes imposées par la loi est nul²⁹¹. Ainsi privé d'effets, il ne met donc pas fin au bail²⁹².

Par ailleurs, comme nous l'avons déjà souligné²⁹³, à défaut de respecter les conditions légales²⁹⁴, le preneur qui délaisse les lieux commet une faute qui peut engager sa responsabilité contractuelle²⁹⁵.

C La faculté de résiliation accordée au bailleur (article 3, alinéa 5)²⁹⁶

1° Le principe et sa *ratio legis*

70.- Le principe. L'article 3, alinéa 5 accorde au bailleur une faculté plus limitée de résiliation unilatérale du bail. Selon cette disposition, en effet, celui-ci ne peut mettre fin au bail à l'expiration de chaque triennat *que si* cette faculté lui a été expressément réservée par le contrat *et* s'il entend résilier anticipativement afin d'exercer lui-même, ou ses ayants droit, un commerce dans les lieux loués.

Cette faculté de résiliation unilatérale s'applique tant au bail initial²⁹⁷ qu'au bail qui a été renouvelé²⁹⁸.

²⁸⁸ J.P. Saint-Nicolas, 26 décembre 1996, *R.W.*, 1996-1997, 1264. Selon le juge de paix, la preuve du mandat commun peut résulter du fait que l'un des deux copropriétaires du bien s'est précédemment adressé au preneur sur un papier à entête reprenant leurs deux identités et de la circonstance que c'est celui-ci qui s'est chargé de la mise en location du bien appartenant aux deux.

²⁸⁹ Voy. également *supra*, sur le principe en droit commun n° 60.-.

²⁹⁰ A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 52.

²⁹¹ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 106, n° 124, sous réserve toutefois de ce qui a été dit ci-dessus à propos de la sanction applicable au congé notifié hors délai (voy. *supra*, n°62.-).

²⁹² Sur l'exigence faite au bailleur d'agir de bonne foi et de ne pas abuser de son droit d'invoquer la nullité du congé (et donc le maintien du contrat), voy. cependant B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 107, n° 124 et les références citées.

²⁹³ Voy. *supra* n° 66.-.

²⁹⁴ Ainsi en sera-t-il, en particulier, si le preneur donne un congé tardivement. Voy. M. DAMBRE, *op. cit.*, 2002, p. 42.

²⁹⁵ Pour une application, voy. J.P. Zelzate, 8 janvier 1998, *Act. jur. Baux*, 1998, p. 59. Voy. cependant la réserve que constitue l'abus de droit *supra* n° 66.-

²⁹⁶ On prendra soin de bien circonscrire le propos : nous viserons ici la situation d'une résiliation, c'est-à-dire d'un mode de dissolution du bail qui intervient avant l'échéance du terme. On ne parlera donc pas de résiliation (et le bailleur ne devra donc pas respecter les conditions légales qui seront vues *infra*) si le bailleur manifeste sa volonté de mettre fin au contrat au moment de l'échéance du terme. En particulier, dans ce dernier cas, le bailleur ne sera pas tenu de respecter un préavis d'un an.

71.- Un principe impératif. Le principe est impératif, « dans la mesure des intérêts protégés »²⁹⁹, à savoir les intérêts du preneur.

2° Les conditions de la résiliation

72.- Introduction. Le législateur impose des conditions rigoureuses, tant de fond que de forme, au bailleur qui entend mettre fin au contrat avant l'échéance de son terme³⁰⁰ :

- le bail doit avoir prévu cette faculté de résiliation anticipée (a) ;
- le bailleur doit adresser au preneur un congé par exploit d'huissier ou par lettre recommandée à la poste et ce congé devra être donné à l'expiration d'un triennat et respecter un préavis d'au moins un an (b) ;
- une fois les lieux délaissés, le bailleur - ou les personnes limitativement énumérées par la loi - devra *effectivement* occuper le bien aux fins d'y exercer un commerce (c).

a) *Les conditions relatives au contenu du bail*³⁰¹

73.- Ratio legis. Soucieux que l'attention du preneur soit attirée sur la faculté accordée au bailleur de mettre, dans des circonstances bien précises, unilatéralement fin au contrat avant son terme, le législateur pose pour première exigence que le bail en confirme expressément la teneur. Ainsi le bailleur ne peut-il revendiquer un droit de résiliation que sur une base conventionnelle³⁰² et, dans cette éventualité, à l'échéance d'un triennat³⁰³.

Selon l'interprétation doctrinale³⁰⁴ et jurisprudentielle³⁰⁵ récente, l'obligation est, à cet égard, particulièrement rigoureuse : elle suppose une mention des conditions légales de la résiliation.

²⁹⁷ Et ce quand bien même ce bail aurait été conclu pour une durée supérieure à neuf ans (Cass., 25 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, 1273).

²⁹⁸ Dans ce cas, le juge de paix du 1^{er} canton de Bruxelles (J.P. Bruxelles, 13 juin 2002, *J.J.P.*, 2005, pp. 110-112) a décidé qu'« un congé notifié au cours d'un bail renouvelé au siège social du locataire existant au moment de la conclusion du bail originaire et en lequel il avait, en ce bail, fait éléction de domicile, alors que ce siège social a changé, n'est pas valable ; (...) d'autant plus que (...) la demande de renouvellement contenait l'indication précise de ce nouveau siège social ».

²⁹⁹ J.M. LETIER, « L'incidence de la qualification de bail commercial quant à la faculté de résiliation triennale accordée au preneur », note sous Civ. Huy (1^{re} chambre), 31 mai 2000, *J.J.P.*, 2001, p. 97.

³⁰⁰ Prenant appui sur la volonté du législateur de protéger les intérêts du preneur, la doctrine considère que la convention des parties ne peut qu'alourdir ces conditions, non étendre la faculté de résiliation accordée au bailleur. Voy. dans ce sens également B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 116, n° 134.

³⁰¹ On vise ici le *negotium*. La preuve de l'autorisation de résilier anticipativement devra donc être prouvée, preuve qui sera particulièrement délicate à rapporter lorsque le bail n'a pas été fait par écrit.

Voy. par ailleurs B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 108, n° 126 qui souligne que la jurisprudence tolère que la « clause » ne soit pas insérée dans le bail initial, mais fasse faire l'objet d'un accord ultérieur des parties, en cours de bail.

³⁰² À défaut, en effet, le bailleur ne pourra résilier le bail avant l'échéance de son terme. Dans ce sens également voy. B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 108, n° 126.

³⁰³ Voy. sur cette condition B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 113, n° 131 et les références citées.

³⁰⁴ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, C.U.P., 2004, p. 100 ; A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 53.

³⁰⁵ Cass., 3^e ch. F, 4 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1247 et *J.L.M.B.*, 2000, p. 892 (décision sur laquelle nous reviendrons brièvement dans la note suivante) ; Cass., 1^{re} ch. N, 11 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1369 et *J.J.P.*, 1993, p. 121 avec une note de M. DAMBRE, « De formele vermeldingen van de voorwaarden voor de mogelijkheid tot opzegging door de verhuurder inzake handelshuur » ; Cass., 5 décembre 1991, *T. Not.*, 1993, p. 300.

Pour une application par les juridictions de fond, voy. Civ. Anvers (1^{re} ch.), 1^{er} avril 1993, *T. Not.*, 1993, p. 307 ; J.P. Anvers (5^e canton), 24 mars 1992, *T. Not.*, 1993, p. 308 (le bail doit expressément prévoir, notamment, les conditions en relation avec l'intention d'exploiter personnellement le fonds de commerce ; la précision d'une faculté de résiliation triennale est insuffisante).

En ce sens, un renvoi au texte légal ne suffit pas³⁰⁶, pas davantage que la précision, dans le bail, de la faculté qui serait accordée au bailleur de résilier le contrat à l'échéance de chaque triennat moyennant le respect de certaines formes³⁰⁷.

Une reproduction parfaite du texte légal est-elle donc exigée ? Si elle est sans doute prudente, la doctrine³⁰⁸ considère que la rigueur de la jurisprudence récente de la Cour de cassation ne va pas jusqu'à l'imposer. En ce sens, ne devrait pas être déclarée nulle la clause qui, reprenant en substance le contenu des conditions légales, s'en écarte dans son expression littérale. La liberté contractuelle est donc, à cet égard, limitée à sa plus simple expression...

b) Les conditions relatives au congé et au préavis

74.- Des formes et des délais. La loi impose au bailleur de notifier le congé par exploit d'huissier ou lettre recommandée. Par ailleurs, ledit congé devra respecter un préavis d'au moins un an avant l'expiration du triennat en cours³⁰⁹.

Le préavis à respecter correspond au minimum légal autorisé. En conséquence, un préavis plus court invalidera nécessairement le congé et, selon la doctrine³¹⁰, le bailleur sera contraint d'attendre l'échéance du prochain triennat. Par contre, rien n'exclut que le préavis soit d'une durée supérieure à un an³¹¹.

75.- Des mentions obligatoires. Le congé doit être motivé³¹². Plus même, il doit mentionner le seul³¹³ motif légalement admis, à savoir que le bailleur, un de ses proches ou

³⁰⁶ Cass., 4 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1247 et *J.L.M.B.*, 2000, p. 892. Dans cet arrêt, la Cour invalide tant l'interprétation donnée par une partie de la doctrine (M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, « Le louage de choses. Chronique de jurisprudence », *J.T.*, 1954, n° 48) à son arrêt du 6 février 1953 (*Pas.*, 1953, I, 431) - qui ne traite que de la validité du congé, et non de la condition de la clause de résiliation - que la jurisprudence adoptée par certaines juridictions de fond (J.P. Roulers, 28 avril 1995, *R.W.*, 1996-1997, 1204 ; Civ. Bruges (10^e ch.), 10 juin 1994, *R.W.*, 1996-97, p. 1089 s'agissant cependant de la faculté de résiliation faisant suite à une aliénation du bien).

Une partie de la doctrine avait admis que la reproduction du texte n'était pas requise (voy. J. 'T KINT et M. GODHAIRD, *Le bail commercial*, in *Rép.Not.*, VIII, *Les baux*, Livre IV, Bruxelles, Larcier, 1990, n° 98 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1984, p. 108, n°1598. *Contra* M. DAMBRE, « De formele vermeldingen van de voorwaarden voor de mogelijkheid tot opzegging door de verhuurder inzake handelshuur », *J.J.P.*, 1993, p. 124, n°s 6 et 7.

³⁰⁷ Cass, 1^{ère} ch. N, 11 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p.1369 et *J.J.P.*, 1993, p. 121 avec une note de M. DAMBRE ; Cass., 5 décembre 1991, *T. Not.*, 1993, p. 300.

De même, le fait de stipuler un bail d'une durée de six ans ne suffit pas en soi à établir que le bailleur s'est réservé une faculté de résiliation triennale (Cass., 14 septembre 1962, *Pas.*, 1963, I, 58). La clause usuelle « 3-6-9 » ne serait pas davantage suffisante (A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 53 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, C.J.B.B., 2002, p. 50). Devrait également être déclarée nulle la clause qui prévoit « une durée 3-6-9 ans avec tacite reconduction ainsi qu'un préavis de rupture d'un an de part et d'autre » dès lors qu'elle étend les possibilités offertes au bailleur de mettre anticipativement fin au contrat (Contra : Civ. Huy (1^{re} ch.), 31 mai 2000, *J.J.P.*, 2001, p. 91 avec une note de J.-M. LETIER, « L'incidence de la qualification de bail commercial quant à la faculté de résiliation triennale accordée au preneur », pp. 94 à 97 où le tribunal reçoit la validité d'une telle clause, position critiquée par le commentateur).

³⁰⁸ Dans ce sens B. LOUVEAUX, *op. cit.*, C.U.P., 2004, p. 101 qui ajoute que, selon lui, la clause contractuelle ne doit donc pas reprendre *in extenso* la liste des possibilités prévues par l'article 3 : « l'omission de l'une ou l'autre des hypothèses visées par cette disposition restreindrait certes, pour le bailleur, la faculté de donner congé, mais n'entraînerait pas la nullité de la clause, qui demeurerait valable pour les seules hypothèses reprises expressément au contrat, étant entendu que les conditions essentielles (période, durée de préavis, mode de notification) doivent naturellement être mentionnées et respectées. Ainsi, si le contrat omettait d'indiquer la faculté de donner le congé par le conjoint ou par une société de personnes, la clause resterait valable pour les seules hypothèses mentionnées dans le contrat, à savoir l'exploitation effective par le locataire, ses descendants, ses enfants adoptifs ou ses ascendants ». Voy. déjà B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 109, n° 126.

³⁰⁹ Sur cette condition, voy. aussi B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 115, n° 134 et les références citées.

³¹⁰ M. DAMBRE, *op. cit.*, C.J.B.B., 2002, p. 50 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 115, n° 134. Voy. également supra n°62.-

³¹¹ Civ. Liège, 1^{er} mars 1968, *J.T.*, 1968, p. 331. Voy. aussi, sur ce dernier point, M. DAMBRE, *op. cit.*, C.J.B.B., 2002, p. 50.

³¹² M. DAMBRE, *op. cit.*, C.J.B.B., 2002, p. 50 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, *Les Nouvelles*, p. 108.

une société de personnes³¹⁴ dans laquelle il détient la majorité – soit l'un des bénéficiaires *limitativement* cités par la loi³¹⁵ -, envisage d'exploiter une activité commerciale dans les lieux loués³¹⁶.

À cet égard, on admet cependant que l'identité de l'exploitant qui succèdera au locataire ne doit pas être mentionnée³¹⁷.

76.- Les effets du congé. Conformément aux principes³¹⁸, le congé ne produira d'effets que s'il est porté à la connaissance du preneur³¹⁹.

Dans un arrêt du 12 mars 1992³²⁰, la Cour de cassation décidait que « *le congé, lorsqu'il émane du bailleur, doit nécessairement être adressé au preneur, titulaire du droit au bail* »³²¹.

Un tel principe ne peut cependant mener à considérer, comme le fit le juge de paix de Westerlo, qu'« *à peine de nullité, le congé destiné à une société commerciale doit lui être adressé en faisant mention de sa dénomination juridique et non de la simple dénomination commerciale dont il fait usage, le fait que l'adresse mentionnée soit bien celle de la société n'y changeant rien* »³²². Un tel excès de formalisme est d'autant plus critiquable qu'en l'espèce, il ne paraissait pas contestable que le preneur avait effectivement pris connaissance du congé³²³.

Dans un arrêt du 13 juin 1997³²⁴, la Cour de cassation précisait, en outre, que l'acte de résiliation est un acte de disposition qui requiert le concours de tous les copropriétaires³²⁵. Le congé notifié par un seul des co-bailleurs est d'autant moins susceptible de produire effet qu'il se borne uniquement à rappeler l'échéance conventionnelle du bail³²⁶.

Voy. aussi Cass., 4 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 892, *précité* ; Cass., 11 décembre 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 121 ; Cass., 5 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 265 ; Cass., 25 novembre 1954, *Pas.*, 1955, I, p. 267 ; Cass., 6 février 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 431.

³¹³ Ceci contraste donc avec la pluralité de motifs que le bailleur peut invoquer pour refuser le renouvellement du bail.

³¹⁴ On vise donc ici les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives à responsabilité limitée ou illimitée et les sociétés en commandite simple dont les associés ont un lien de parenté, d'alliance ou d'adoption avec le bailleur. Voy. à cet égard B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 112.

³¹⁵ Le législateur les cite limitativement et vise, plus particulièrement, « *ses descendants, ses enfants adoptifs ou ses ascendants, par son conjoint, par les descendants, ascendants ou enfants adoptifs de celui-ci, ou par une société de personnes dont les associés actifs ou les associés possédant au moins les trois quarts du capital ont avec le bailleur ou son conjoint les mêmes relations de parenté, d'alliance ou d'adoption* ». J. Vankerckhove voit dans cette disposition une absurdité : « *A le lire à la lettre, le bailleur pourrait assurer sa reprise personnelle par une société dans laquelle ses ayants droit ont avec lui les qualités requises mais non point lui-même. Or, ce droit de reprendre par le truchement d'une société de personnes devrait à plus forte raison lui être également reconnu* ». L'auteur précise toutefois que « *c'est à ce point évident que le texte précité ne semble point avoir provoqué de difficultés dans la pratique* » (J. VANKERCKHOVE, « Les cinquante ans de la loi sur les baux commerciaux », *Act. jur. baux.*, 2000, p. 147, n° 3).

³¹⁶ Pour un examen plus approfondi des conditions, voy. B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 110, n°s 128 et s.

³¹⁷ Cass., 25 mars 1955, *Pas.*, 1955, I, 820.

³¹⁸ Voy. sur le principe *supra* n° 59.-.

³¹⁹ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 114. Voy. aussi J.P. St-Trond, 17 décembre 2002, *J.J.P.*, 2005, p. 112.

³²⁰ Cass., 12 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, 627.

³²¹ Cette décision invalidait le congé qui avait été notifié au preneur cédant alors qu'il devait l'être au cessionnaire, seul titulaire du droit au bail.

³²² J.P. Westerlo, 12 avril 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 59 et note M. VLIES.

³²³ M. VLIES, note sous J.P. Westerlo, 12 avril 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 65.

³²⁴ Cass., 13 juin 1997, *Act. Jur. Baux*, 1998, p. 5.

³²⁵ Il s'ensuit que l'un des copropriétaires ne saurait davantage, eu égard à la nature indivisible du bail, solliciter la dissolution du contrat sans appeler les autres à la cause.

³²⁶ J.P. Fosses-la-Ville, 4 septembre 1991, *J.L.M.B.*, 1993, 1551 (sommaire).

c) Les conditions relatives à la réalisation du motif de la résiliation

77.- Outre la mention du motif dans le congé, la loi impose sa réalisation effective dans un délai de six mois suivant le départ du preneur. L'activité doit, par ailleurs, être maintenue pendant deux ans³²⁷.

À défaut de respecter ces conditions, le bailleur s'expose à d'importantes indemnités d'éviction³²⁸, à moins qu'il ne puisse faire état d'un motif grave³²⁹.

On considère cependant que le commerce exercé ne devra pas nécessairement être un commerce qui répond aux conditions d'application de la loi sur le bail commercial³³⁰.

L'activité devra, par contre, être obligatoirement exercée par les seules personnes limitativement citées par le législateur³³¹.

3° L'indemnité d'éviction en cas d'exercice d'une activité de même nature

78.- Si le commerce exploité est de même nature que celui qu'exploitait le locataire³³², le législateur prévoit que ce dernier peut prétendre au versement d'une indemnité égale à deux ou trois ans de loyer selon que le bailleur a ou non porté cette intention à la connaissance du preneur au moment de l'éviction (articles 25 et 26 de la loi)³³³.

4° Le contre-préavis du preneur

79.- Le preneur à qui un congé est notifié peut adresser au bailleur un « contre-préavis ».

Dans ce cas, la Cour de cassation³³⁴ considère que c'est à l'échéance du contre-préavis que le bail prend fin, c'est-à-dire ensuite du congé donné par le preneur. En conséquence, ce dernier perd, en particulier, son droit au versement de l'indemnité d'éviction à laquelle il pouvait prétendre dans l'éventualité où le bailleur ne réalise pas le motif invoqué³³⁵.

³²⁷ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 118 (selon qui, en conséquence, le juge appréciera, le cas échéant, la sincérité du motif invoqué par le bailleur, lequel est cependant présumé être de bonne foi).

³²⁸ Voy. à cet égard les articles 25, 30 et 36 de la loi.

³²⁹ Civ. Nivelles, 13 mars 2002, *J.T.*, 2003, p. 10.

³³⁰ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 115, n° 133. Soulignons l'intérêt que peut avoir le bailleur à préciser dans le congé le commerce qui sera exercé dans les lieux délaissés par le preneur : si ce commerce est, en effet, un commerce similaire, l'indemnité d'éviction sera portée à trois ans si le bailleur n'en a pas informé le preneur lors de l'éviction (*Ibidem*). Voy. aussi n° 78.-.

³³¹ Voy. aussi ce qui a été dit *supra* au n° 75.-.

³³² Dans la négative, le bailleur n'est donc tenu au paiement d'aucune indemnité.

³³³ Voy. à cet égard B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 119, n° 141. Voy. par ailleurs la contribution du présent ouvrage consacrée aux indemnités d'éviction.

³³⁴ Cass., 27 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, 89. Le principe est également admis en matière de bail de résidence principale : Cass., 22 juin 1998, *J.J.P.*, 2001, p. 332 avec une note de B. KOHL, « Le sort des obligations du bailleur en cas de contre-préavis du locataire », confirmé par Cass., 15 septembre 2006, R.G. C050327N.

³³⁵ La solution peut étonner au regard du principe selon lequel le congé est irrévocable et définitif dès qu'il parvient à son destinataire : on s'attendait donc logiquement que si les deux parties se sont successivement adressées un congé, le contrat prend fin par la réception du premier congé (c'est-à-dire, au regard de notre hypothèse de départ, au moment de la réception du congé donné par le bailleur). Cette jurisprudence se justifie par la considération que le preneur qui donne congé, et donc accepte la terminaison anticipée du contrat, ne pourrait ensuite prétendre au versement de l'indemnité d'éviction, au même titre que le preneur qui serait évincé contre son gré.

80.- Il a, par ailleurs, été décidé que la résiliation anticipée du bail exclut la possibilité pour le preneur de solliciter le renouvellement de son contrat³³⁶.

*D La faculté de résiliation accordée à l'acquéreur du bien loué (articles 12 et 16, alinéas 1 à 4)*³³⁷

81.- Une troisième hypothèse de résiliation du bail est précisée à l'article 12 de la loi. Dans les limites qui y sont précisées, le nouvel acquéreur du bien loué peut résilier le contrat selon des modalités plus souples que celles imposées au bailleur originaire.

Cette question étant spécifiquement abordée au chapitre 7 du présent ouvrage, nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur.

E La faculté de résiliation en cas de reconduction du bail (article 14)

82.- Nous renvoyons le lecteur à ce qui sera dit *infra* n^{os} 98 et s.

³³⁶ J.P. Bruges, 21 décembre 1990, *T. Not.*, 1993, 411.

³³⁷ Voy. not, en lien avec cette problématique, B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 117, n° 139 ; M. VLIAS, « La vente du bien loué, des incertitudes légales aux hésitations jurisprudentielles », in *50 ans d'application de la loi sur les baux commerciaux, Actes du colloque du 21 mars 2002*, sous la direction de P. JADOUL et M. VLIAS, *C.J.B.B.*, 2002, pp. 129 à 156 ; M. VLIAS, « Le délai d'exercice du congé donné par l'acquéreur », in *Le bail : Questions diverses*, C.U.P., 1999, pp. 63-98 ; M. VANWICK-ALEXANDRE et L. HERVE, « La vente du bien loué : questions spéciales », *Act. droit*, 1994, pp. 517 à 602 ; Th. DE RIDDER et M. VANDERMEERSCH, « Le point de départ du délai fixé par l'article 12 de la loi sur les baux commerciaux, évolution jurisprudentielle », note sous J.P. Schaerbeek, 9 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 1015 et 1016.

SECTION 3. LA POURSUITE DU BAIL AU-DELÀ DE SON TERME INITIAL³³⁸

83.- Une fois le terme échu, *quid* si les parties manifestent, expressément ou tacitement, leur volonté poursuivre leur relation contractuelle ? Répondre à cette question invite à revenir sur les mécanismes juridiques qui assurent la prolongation des contrats de durée déterminée et que le législateur spécial organise en l'espèce partiellement.

À cet égard, notre droit connaît trois institutions distinctes – le renouvellement, la reconduction et la prorogation – auxquelles il attache un contenu et un régime propres. Avant d'étudier le sort particulier que leur réserve la loi sur le bail commercial, nous proposerons de revenir brièvement sur chacune de ces institutions afin de mieux percevoir la portée de l'intervention législative en la matière.

§ 1 Les mécanismes de prolongation de la relation contractuelle

84.- On distingue classiquement trois mécanismes distincts de « prolongation » des contrats de durée déterminée venus à leur terme.

85.- La reconduction. Selon la majorité des auteurs, il y a « tacite reconduction » lorsque, malgré l'expiration d'un contrat de durée déterminée, les parties continuent à remplir leurs obligations comme si cette échéance n'était pas intervenue. Un nouveau contrat naît alors³³⁹, « (...) *identique au premier (...) portant sur les mêmes clauses et conditions que le précédent* »³⁴⁰.

Cette institution particulière du droit des contrats se singularise par le fait que le consentement des parties à la poursuite des relations contractuelles n'est pas exprès, mais tacite. La volonté est, en l'espèce, présumée à partir du silence gardé par les contractants à l'échéance du terme et les circonstances qui l'entourent - à savoir le fait de continuer à poser des actes d'exécution -. On est alors en présence d'un silence « circonstancié », qui permet d'asseoir le constat d'une volonté - tacite, mais certaine - de conclure un nouveau contrat.

Le mécanisme de la reconduction tacite est consacré par plusieurs législations. C'est le cas du droit commun du bail (article 1738 du Code civil³⁴¹), mais également du droit spécial régissant le bail commercial. Nous y reviendrons³⁴².

³³⁸ Rappelons que le bail dont la durée excède neuf années doit être transcrit auprès du conservateur des hypothèques. A ce propos, voy. not. J.P. Chatelet, 15 février 2001 et Civ. Charleroi, 28 mai 2002, tous deux publiés in *J.L.M.B.*, 2002, 1819 (sommaire : « *la réduction de la durée d'un contrat de bail non transcrit est subordonnée au fait que le tiers qui l'invoque ait contracté sans fraude et soit de bonne foi. Il ne l'est pas s'il connaissait l'existence du contrat et il abuse de son droit d'agir en justice en poursuivant néanmoins une action en validation d'un congé libellé en des termes peu conformes avec la loi régissant le bail commercial* »).

³³⁹ B. KOHL, « La prorogation et la reconduction du contrat », in *La fin du contrat*, CUP, Décembre 2001, vol. 51, p. 276, n° 13 ; B. AMAR LAYANI, « La tacite reconduction », *D.*, 1996, *Chron.*, pp. 143 et s.

³⁴⁰ B. KOHL, *op. cit.*, *C.U.P.*, 2001, vol. 51, p. 276, n° 13.

³⁴¹ L'article 1738 du Code civil dispose en effet que si, après l'échéance d'un bail écrit de durée déterminée, le preneur reste et est laissé en possession des lieux loués, sans qu'un congé lui soit adressé, cette situation de fait s'interprète comme un consentement tacite à la conclusion d'un nouveau bail. Le bail est alors « *reconduit aux mêmes conditions, y compris la durée* ». Sur le principe en droit commun, voy. L. HERVE, *op.cit.*, *Le bail : questions diverses*, C.U.P., 1999, p. 116, n° 17 ; Y. MERCHIEERS, *op. cit.*, p. 431 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, n° 332.

³⁴² Voy. *infra* n° 96.-.

86.- Le renouvellement. Ainsi définie, la tacite reconduction se distingue du « renouvellement », mécanisme spécial de conclusion d'un nouveau contrat qui repose quant à lui sur une manifestation expresse (à tout le moins partiellement) de volonté³⁴³.

Comme nous le verrons, ce mécanisme, que ne prévoit pas explicitement le droit commun du bail – sans doute parce qu'il va de soi dans un régime de liberté contractuelle –, est par contre rigoureusement organisé en matière de bail commercial.

87.- La prorogation. Toujours selon cette même doctrine, on doit, enfin, plus spécifiquement parler de « prorogation » lorsque, au-delà du terme initial, les parties manifestent expressément leur volonté de voir le contrat initialement conclu continuer de produire ses effets³⁴⁴.

Ce troisième mécanisme de poursuite des relations contractuelles se distingue donc de la reconduction et du renouvellement par la circonstance qu'en l'espèce, les parties prétendent uniquement reporter l'échéance du terme originellement convenu³⁴⁵. Elles ne concluent pas un nouveau contrat. En ce sens, proroger, c'est prolonger, au sens strict du terme, un contrat pourtant arrivé à échéance³⁴⁶.

La prorogation se rapproche du renouvellement quant à sa source : ces deux mécanismes supposent une manifestation expresse de volonté, dans le premier cas de maintenir en vie le contrat antérieurement conclu, dans le second, de conclure un nouveau contrat.

Cette dernière forme de prolongation n'est pas visée en tant que telle par la loi sur le bail commercial, qui paraît d'ailleurs ne traiter que du seul renouvellement, présenté comme pouvant être exprès (article 13 et 14) ou tacite (article 14, alinéa 3) - par « tacite reconduction » dit-on généralement -. Ce renouvellement sera, par ailleurs, de durée déterminée (renouvellement exprès, sous les réserves vues *supra*³⁴⁷ et *infra*³⁴⁸) ou indéterminée (renouvellement par tacite reconduction³⁴⁹), selon le cas.

La classification que nous venons de présenter en ressort quelque peu bousculée par le législateur spécial³⁵⁰, posture qui est d'ailleurs sans doute plus proche de la psychologie des contractants³⁵¹. La lecture des arrêts de la Cour de cassation rendus en la matière confirme cette réalité juridique : selon celle-ci, en effet, le renouvellement (au sens légal du terme) emporte naissance d'un nouveau contrat (ce qui en fait un renouvellement au sens doctrinal précité), mais sans disposer des attributs de celui-ci (en particulier, la soumission à une durée

³⁴³ B. AMAR LAYANI, *op. cit.*, D., 1996, *Chron.*, p. 143.

³⁴⁴ Les conséquences concrètes de cet état de fait ne doivent pas être sous-estimées. Si la reconduction fait naître un nouveau contrat, c'est alors bien au moment où elle se réalise qu'il conviendra de se placer pour apprécier le respect des conditions de fond et de forme imposées à sa validité. De même, les accessoires actifs et passifs du contrat reconduit ne seront pas automatiquement intégrés dans le nouveau. B. KOHL, *op. cit.*, C.U.P., 2001, vol. 51, p.277, n° 14, pp. 279 et s., n°s 18 et s.

³⁴⁵ B. KOHL, *op. cit.*, C.U.P., 2001, vol. 51, p. 280, n° 18.

³⁴⁶ L. HERVE, *op. cit.*, C.U.P., 1999, p. 108.

³⁴⁷ Voy. *supra* n° s 25.- à 30.-.

³⁴⁸ Voy. *infra* n° s 88.- et s.

³⁴⁹ Voy. *infra* n° s 92.- et s.

³⁵⁰ En particulier, les termes utilisés le sont souvent dans des sens différents au regard de la classification que nous venons de présenter. C'est d'autant plus palpable à la lecture des travaux préparatoires de la loi. Voy. spécialement les amendements déposés par M. HERSENS, 27 mai 1947, *Doc. parl., Chambre*, 1946-1947, doc. 339, p. 2.

³⁵¹ Force est, en effet, d'admettre que lorsque les parties prétendent « poursuivre » leur relation malgré l'échéance du terme, leur volonté ne sera pas de choisir entre l'un ou l'autre mécanisme, dont les subtilités sont propres au monde juridique. L'examen de cette question au regard de la problématique particulière du bail commercial sera sans doute l'occasion de relativiser les contours théoriquement dessinés entre ces deux dernières institutions.

impérative de minimum neuf années). Sans doute la clarté des principes aurait-elle gagné à l'emploi d'une terminologie différente : le renouvellement (au sens légal du terme) est une prorogation (au sens doctrinal du terme).

§ 2 Le renouvellement du bail (articles 13 à 24)³⁵²

I Les principes

88.- Le principe. L'article 13 de la loi confère expressément au preneur³⁵³ le « droit » de solliciter le renouvellement de son bail³⁵⁴ moyennant le respect des formalités rigoureuses précisées à l'article 14³⁵⁵.

Il limite, cependant, expressément ce « droit » à « *trois renouvellements* » (article 13, alinéa 1^{er})³⁵⁶.

Cela étant, malgré l'intitulé choisi par le législateur³⁵⁷, et contrairement à ce qui prévaut en matière de bail à ferme, le renouvellement ne peut être imposé au bailleur. Ce dernier garde, en effet, le droit de se refuser au renouvellement (article 16)³⁵⁸, quitte à payer une indemnité d'éviction³⁵⁹, laquelle pourra, certes, dans les faits, se révéler fort dissuasive. Cette solution atteste le souci du législateur de maintenir un juste équilibre entre le droit de propriété et l'intérêt qu'a le commerçant ou l'artisan à la protection du fonds de commerce dont il est « propriétaire »³⁶⁰.

³⁵² Pour plus de développements sur cette question particulière, voy. la contribution de D. Janssen dans le présent ouvrage.

³⁵³ En cas de pluralité de preneurs, la demande de renouvellement devra être commune (Cass., 11 avril 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 807).

³⁵⁴ Ce qui suppose, notamment, que cette demande tende à lui permettre de *poursuivre* l'activité précédemment déployée dans les lieux loués (l'article 13 parle d'ailleurs de la continuation du même commerce). Voy. à cet égard Cass., 6 janvier 1983, *Pas.*, 1983, 528. Le principe est maintenu même dans l'éventualité où le bail originaire se limitait à préciser une affection « commerciale », sans précision additionnelle. Cette jurisprudence se comprend au regard de la *ratio legis* du renouvellement, qui est de prolonger la protection du fonds de commerce.

Rappelons, par ailleurs, que le preneur ne peut anticipativement renoncer à un tel droit (J.P. Gand, 19 décembre 1997, *D.A.O.R.*, 1999, p. 88, qui qualifie cependant erronément la loi de loi d'ordre public).

³⁵⁵ Selon la Cour de cassation, l'article 14 alinéa 1^{er} est une disposition impérative formulée dans l'intérêt du bailleur (Cass., 19 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, 928). En cas de nullité de la demande de renouvellement, fondée sur le non-respect des formalités prescrites à l'article 14, le bailleur peut confirmer celle-ci (Cass., 15 mars 1968).

La circonstance que le preneur a conclu le renouvellement du bail avant le délai prévu pour la demande de renouvellement n'exonère pas celui-ci de l'obligation de demander le renouvellement dans le délai prévu à l'article 14, alinéa 1^{er} de la loi sur les baux commerciaux (Cass. 21 mars 2003, *Pas.*, I, 590).

³⁵⁶ Comme nous l'avons précédemment souligné (voy. *supra* n°24.- et s. ainsi que les références citées), la question du nombre de renouvellement a été expressément posée. Avant la loi du 27 mars 1970, le preneur pouvait solliciter deux renouvellements ; le texte actuel en prévoit trois. Lors des travaux préparatoires de la loi du 30 avril 1951, cette question du nombre (limité ? illimité ?) et de la durée (neuf ans ? sept ans ? liberté contractuelle ?) a fait l'objet de nombreuses discussions. Voy. not. Rapport complémentaire, Séance du 6 décembre 1949, *Doc. parl., Sénat*, 1949-1950, Doc. 36, pp. 10 et 11.

³⁵⁷ Le § 7 de la loi s'intitule, en effet, « *du droit au renouvellement du bail* ». Dans sa rédaction, l'article 13 parle quant à lui du « *droit d'obtenir (...) le renouvellement (...)* ».

³⁵⁸ Sur l'importance de ce droit reconnu au bailleur, voy. Projet de la loi sur la protection du fonds de commerce du 20 novembre 1946, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1946-1947, doc. 27, spéc. p. 7.

Voy. aussi, sur le principe et ses conséquences, B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 97, n°s 116 et s.

³⁵⁹ La loi prévoit, en effet, qu'en cas de refus du bailleur, le preneur pourra prétendre au versement d'une indemnité dans les conditions qu'elle détermine. Voy. Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 533. Voy. aussi Cass., 3 janvier 1958, *Pas.*, 1958, I, 456 : contrairement à l'intitulé choisi par le législateur, le preneur n'a pas « *droit au renouvellement du bail* », mais uniquement un droit au paiement d'une indemnité, dans certains cas, lorsque le bailleur refuse le renouvellement.

³⁶⁰ Voy. à cet égard Rapport, 19 novembre 1947, *Doc. parl., Chambre des représentants*, 1947-1948, Doc. 20, spéc. p. 4.

89.- La naissance d'un nouveau contrat. À plusieurs reprises³⁶¹, la Cour de cassation a eu l'occasion de considérer que la procédure prévue aux articles 13 et 14 a pour effet de faire naître un nouveau bail entre les parties et, ce, même s'il ne bénéficie pas de tous les attributs légaux de celui-ci³⁶². Théoriquement, on se rapproche donc de ce que la doctrine nomme « renouvellement »³⁶³.

II Une disposition impérative

90.- L'article 13 est une disposition impérative³⁶⁴, de sorte que les conventions qui y dérogent sont annulables (nullité relative³⁶⁵).

Comme nous l'avons souligné *supra*³⁶⁶, la loi autorise les parties à s'accorder sur un renouvellement d'une durée inférieure à neuf ans dès lors que cet accord est constaté dans un acte authentique ou devant un juge compétent.

III Le régime juridique du renouvellement

91.- La question du renouvellement du bail commercial fait l'objet de développements propres dans le présent ouvrage. Nous y renvoyons le lecteur.

Soulignons uniquement, à cet égard, qu'à lire la jurisprudence, il y a renouvellement *au sens de l'article 13* précité lorsque :

- pendant la période des trois premiers renouvellements, les parties sont d'accord de prolonger leur relation contractuelle, et ce même si la demande de renouvellement ne respectait pas les exigences légales de l'article 14³⁶⁷, sous la condition, à tout le moins, que le preneur ait conservé une jouissance ininterrompue des lieux³⁶⁸ ;
- à l'échéance du troisième renouvellement, intervient un accord par lequel les parties manifestent leur commune volonté pour poursuivre leur relation contractuelle³⁶⁹, à moins que, par cet accord, et les circonstances qui l'entourent, elles n'aient manifesté la volonté de conclure un nouveau bail³⁷⁰ ;
- en présence d'une promesse de renouvellement³⁷¹.

³⁶¹ Voy. Cass., 7 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1031, *précité* en note 100; Cass., 11 février 1972, *Pas.*, 1972, I, 542 ; Cass., 17 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, 1326 ; Cass., 3 janvier 1958, *Pas.*, 1958, I, 456. Voy. aussi not. J.P. Bruxelles (1^{er} cant.), 13 juin 2002, *J.J.P.*, 2005, pp. 110-112.

³⁶² La Cour de cassation a, en effet, eu l'occasion d'affirmer qu'il n'est quant à lui pas soumis à l'exigence impérative d'une durée minimale de neuf ans. Voy. sur la problématique de la durée des renouvellements *supra* n° 24.- et s.

³⁶³ Sur cette définition doctrinale, voy. *supra* n° 86.-.

³⁶⁴ Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 538, n°12.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Voy. *supra* n°25.- et s.

³⁶⁷ Cass., 7 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1031, déjà souvent cité précédemment, qui décide que pareil accord de prolongation est un « renouvellement » et non un nouveau bail qui serait impérativement soumis à l'exigence d'une durée minimale de neuf ans.

³⁶⁸ Si, par contre, le preneur a délaissé les lieux loués, pareil accord de « prolongation » devrait s'interpréter comme étant un nouveau bail soumis à l'exigence d'une durée de neuf ans. Voy. dans ce sens Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 535, n°7.

³⁶⁹ Voy. aussi Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 535, n° 7 (« aucun élément nouveau n'intervient (...) on pourrait donc difficilement prétendre qu'il s'agisse d'un nouveau bail »)

³⁷⁰ Ce qui pourra également être le cas si le preneur a délaissé les lieux et le bailleur repris possession de ceux-ci.

³⁷¹ J.P. Bruxelles, 4^e canton, 10 mai 1994, *J.J.P.*, 1994, p. 379.

§ 3 La reconduction du bail (article 14, alinéa 3)

I Les principes

92.- Le principe. En principe, à défaut de renouvellement, le bail expire de plein droit à l'échéance du terme³⁷². Un congé n'est pas requis.

Le bailleur peut donc solliciter le départ du locataire ou de l'éventuel cessionnaire de ses droits³⁷³.

Le législateur a, cependant, voulu tempérer les effets du non-respect des formes et délais imposés au preneur en matière de renouvellement³⁷⁴. L'article 14 alinéa 3 dispose, en effet, que si le preneur, « *forclos du droit au renouvellement* », demeure dans les lieux loués³⁷⁵, le bail est reconduit et y fait place un bail de durée indéterminée³⁷⁶.

93.- Une disposition impérative. L'article 14 alinéa 3 est une disposition impérative en faveur du preneur³⁷⁷.

Les parties ne sauraient donc valablement prévoir dans le contrat que la reconduction est exclue³⁷⁸.

II Les conditions de la reconduction

A Le preneur est forclos du droit au renouvellement

94.- Le preneur qui est forclos du droit au renouvellement. Le champ d'application de cette disposition paraît clairement circonscrit : est seule visée la situation du locataire qui a encore droit au renouvellement, mais qui est « forclos » à le demander tout en étant laissé en possession du bien³⁷⁹.

³⁷² Cass., 11 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 41 ; Cass., 7 mars 1979, *J.T.*, 1980, p. 131. Voy. aussi M. DAMBRE, *op. cit.*, 2002, p. 39. La solution s'impose en raison de l'absence de règle propre au bail commercial, de sorte que l'article 1737 du Code civil trouve *in casu* à s'appliquer. Voy. également *supra* n° 33.-

³⁷³ J.P. Bruxelles, 4^e canton, 7 novembre 2003, *inédit*, R.G. 03A2296, *précité*.

³⁷⁴ Voy. spéc. les amendements déposés par le gouvernement au projet de loi sur les baux commerciaux en vue de la protection du fonds de commerce, 16 janvier 1951, *Doc. parl., Chambre*, session 1950-1951, n° 185, p. 2 : cet amendement tend à « *concilier les intérêts du bailleur et du preneur dont il tolère le maintien dans l'immeuble* ».

³⁷⁵ Conformément aux principes rappelés *supra*, on vise donc « *une occupation effective et prolongée, non équivoque, connue du bailleur et l'absence d'opposition* » (selon A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 55). Il va de soi qu'en cas d'opposition du bailleur au maintien du preneur dans les lieux, il ne pourra y avoir lieu à reconduction. Le bailleur peut solliciter en justice l'expulsion du locataire. Voy. sur cette question B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 551 et s., spéc. n° 546.

³⁷⁶ Les autres conditions de ce bail sont cependant celles du bail originaire.

Voy. M. DAMBRE, *op. cit.*, 2002, pp. 34 et s. ; Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 542 et s.

³⁷⁷ Comme nous l'avons précédemment dit, la Cour de cassation considère, par contre, que l'alinéa 1^{er} de l'article 14 est une disposition impérative en faveur du bailleur : Cass., 6 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 448 et *R. Cass.*, 1995, 68 et note D. MEULEMANS et S. LUST, « *De minnelijke huurhernieuwing tijdens een handelshuur van onbepaalde duur* ».

³⁷⁸ Civ. Liège, 27 janvier 1987, *R.G.D.C.*, 1987, p. 84. Voy. aussi dans ce sens B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 555, n° 550.

³⁷⁹ Cette clarté du texte n'est cependant qu'apparente si on la confronte à la réalité des différends susceptibles d'émerger dans la pratique. A cet égard, certains juges ont admis l'application de ce régime tant en l'absence de demande de renouvellement dans le chef du preneur (Civ. Bruxelles (21^e ch.), 11 octobre 1996, *Res. jur. imm.*, 1996, p. 165) qu'en cas de refus de renouvellement sur la base d'une décision de justice : Civ. Tournai (3^e ch.), 18 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 66. Une partie de la doctrine (M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *Les Nouvelles, op. cit.*, n°1772) a cependant critiqué cette dernière interprétation dès lors que l'article 14, alinéa 3 de la loi vise spécifiquement le cas de la forclusion du preneur, non celui d'un refus de renouvellement du bailleur.

Dans ces circonstances, le fait pour le bailleur de tolérer le maintien du preneur dans les lieux, sans congé ni opposition d'aucune forme, a une double conséquence : le bailleur est déchu de son droit d'expulser le locataire³⁸⁰ et ce dernier recouvre, de son côté, son droit de demander le renouvellement du bail³⁸¹.

95.- Situation au-delà des trois premiers renouvellements. Qu'en sera-t-il si le preneur se maintient dans les lieux, sans opposition du bailleur, alors qu'il a épuisé toutes les possibilités de renouvellement ?

Cette hypothèse est différente de celle spécifiquement visée par le législateur et qui intervient pendant le temps où la protection légale a vocation à s'étendre. Au-delà des trois renouvellements auxquels le preneur a « droit » sur la base de l'article 13, ce dernier ne bénéficie plus d'une telle faveur législative³⁸², qui a d'ailleurs pleinement joué son rôle pendant la durée jugée satisfaisante par le législateur : le preneur n'a alors plus de « droit » à demander le renouvellement ni à obtenir une quelconque indemnité d'éviction. Dans cette éventualité, c'est en effet le droit commun du bail qui trouve seul à s'appliquer³⁸³. En conséquence, le bail prendra fin moyennant un congé et la durée du préavis sera fonction des circonstances de l'espèce et des usages en vigueur.

Rappelons, enfin, que dans un arrêt du 24 octobre 2002³⁸⁴, la Cour de cassation a décidé que « *si la prorogation consentie nonobstant l'épuisement du droit des preneurs de demander le renouvellement du bail exige un nouveau consentement des parties de sorte qu'il s'opère un nouveau bail, cette circonstance ne fait toutefois pas obstacle à ce que pareille prorogation à la suite de laquelle les preneurs conservent la jouissance ininterrompue du bien stipulée dans le bail originaire, constitue un renouvellement de celui-ci au sens de l'article 13 de la loi sur les baux commerciaux* »³⁸⁵.

B. Une volonté tacite, mais certaine de poursuivre la relation contractuelle

96.- Conformément aux principes³⁸⁶, il n'y aura reconduction que si la volonté des deux parties – le preneur³⁸⁷ et le bailleur³⁸⁸ – de poursuivre la relation contractuelle est certaine.

Voy. encore J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 17 octobre 1995, *J.J.P.*, 1997, p. 168 : « *un bail commercial est 'renouvelé' (sic) par application de l'article 14, alinéa 3, de la loi sur les baux commerciaux lorsque le preneur se maintient dans les lieux sans opposition du bailleur et cela même en présence d'un refus de renouvellement régulièrement et antérieurement notifié par le bailleur au preneur et alors que ce dernier prétend exercer un droit de rétention injustifié* » avec une note critique de M. VLIÉS, « Renouvellement par tacite reconduction », p.175 qui précise que le refus de renouvellement s'oppose à la tacite reconduction du bail, au même titre que le congé notifié par le bailleur.

³⁸⁰ La loi prévoit, en effet, que dans ce cas, un nouveau contrat de durée indéterminée naît entre les parties et que le bailleur ne peut y mettre fin que moyennant un préavis de 18 mois au moins.

³⁸¹ Ce faisant, également, le preneur recouvre donc son droit à l'indemnité d'éviction. Voy. sur ce point Y. MERCHERS, *op.cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 541-542, n° 17.

³⁸² Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 542, n° 18 ; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 554, n° 549.

³⁸³ Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 542, n° 18. L'auteur rappelle que le législateur a volontairement renoncé à appliquer, en matière de bail commercial (contra : bail à ferme), une faculté illimitée de renouvellement.

³⁸⁴ Cass., 24 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1784, *précité*.

³⁸⁵ Un tel renouvellement ne permet pas au preneur de bénéficier du droit que lui reconnaît l'article 13 de solliciter trois renouvellements. Ceci rejoint la position qu'avait déjà tenue la Cour de cassation dans ses arrêts du 7 mai 1981 (Cass., 7 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1030) et 21 février 1991 (Cass., 21 février 1991, RG 8923, n° 338) s'agissant de la prorogation consentie alors que le preneur était forcé du droit au renouvellement en raison du non-respect des formalités prescrites par l'article 14, alinéa 1^{er}.

³⁸⁶ Voy. *supra* n° 85.-.

Cette preuve peut être rapportée par toutes voies du droit s'agissant de faits matériels³⁸⁹.

Selon certains³⁹⁰, la tacite reconduction prévue à l'article 14 ne déroge pas à l'article 1739 du Code civil aux termes duquel elle sera exclue dès que le bailleur a manifesté, de quelque manière que ce soit, sa volonté de mettre fin au bail. À cet égard, si le preneur est autorisé par le bailleur à prolonger l'occupation des lieux pendant une période déterminée, il n'y a pas renouvellement par tacite reconduction, ce dernier mécanisme supposant une inactivité du bailleur, ce qui n'est pas le cas en présence d'un accord³⁹¹ ou d'un désaccord préexistant en ce qui concerne les conditions d'un renouvellement et qui a justifié le refus de celui-ci³⁹².

La doctrine insiste, par ailleurs, sur l'exigence que le preneur demeure en possession du bien loué « pendant un certain temps » et que cette possession à titre de locataire « soit non équivoque, connue du bailleur et [n'ait] fait l'objet d'aucune opposition de sa part »³⁹³. L'exigence est confirmée par les travaux préparatoires, selon lesquels « la continuation de la jouissance du preneur après l'expiration du bail, doit se réaliser dans les conditions telles de publicité et de durée qu'elles impliquent de la part du preneur, une volonté évidente de prolonger son occupation, et plus encore de la part du bailleur, un consentement tacite, mais certain à cette prolongation »³⁹⁴.

III Les effets de la reconduction

97.- Un nouveau bail de durée indéterminée. L'article 14 alinéa 3 dispose que naît entre les parties un nouveau bail de durée indéterminée, dont les conditions sont celles du bail arrivé à échéance. Il ajoute que « le bailleur pourra [y] mettre fin moyennant un congé de dix-

³⁸⁷ La reconduction requiert, en effet, un consentement tacite des parties à la conclusion d'un nouveau contrat. La détention du preneur devra donc être non équivoque et il ne pourra demeurer aucun doute quant à la volonté des parties de poursuivre le contrat au-delà de son terme conventionnel. À cet égard, la Cour de cassation a rappelé à juste titre que « le juge qui constate que (...) les locataires n'ont été autorisés à occuper l'immeuble commercial qu'aux fins de leur permettre de disposer du temps nécessaire à la recherche d'un autre immeuble commercial ne constitue pas un nouveau bail commercial qui serait soumis aux dispositions impératives de la loi sur les baux commerciaux » (Cass., 25 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, 1108). Pour une application récente, voy. J.P. Namur (Sud), 25 octobre 1994, *J.J.P.*, 1997, p. 148.

Voy. également sur ce point L. HERVE, « Durée du bail de droit commun et du bail de résidence principale », in *Le bail : questions diverses*, C.U.P., 1999, p. 111, n°11 et p. 112, n° 12 (où l'auteur affirme qu'on ne pourra parler de tacite reconduction si le preneur a déjà pris en location d'autres locaux dans lesquels il tarde à déménager ses affaires, ou dans la situation où le preneur prétend faire usage de son droit de rétention dans l'attente du paiement de l'indemnité d'éviction à laquelle il a droit) ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 340.

³⁸⁸ Le silence du bailleur devra, en effet, tout autant être univoque. Voy. Cass., 30 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 323 qui précise qu'il faut, à cet égard, un silence circonstancié (perception des loyers échus après la fin du bail, absence de démarche en vue d'une relocation du bien, demande d'indexation du loyer, etc.). Il s'en déduit que le bailleur qui entend maintenir l'échéance initiale a tout intérêt à donner congé au locataire afin de voir appliquer l'article 1739 du Code civil.

³⁸⁹ Dans ce sens L. HERVE, *op. cit.*, C.U.P., 1999, p. 112, n° 11.

³⁹⁰ M. VLIES, « Renouvellement par tacite reconduction », note sous J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 15 octobre 1995, *J.J.P.*, 1997, p. 174. Voy. aussi sur cette question B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, pp. 553 et s.

³⁹¹ J.P. Namur (Sud), 25 octobre 1994, *J.J.P.*, 1997, p. 148, précité à la note 386.

³⁹² Civ. Nivelles, 13 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, 1617 et *J.T.*, 2003, p. 10 avec une note de D. STERCKX (« (...) le désistement par le preneur de sa demande de renouvellement n'engendre pas création, à la date d'expiration du bail initial, d'un bail à durée indéterminée, puisqu'à partir de cette date il n'y a pas de consensus sur un élément déterminant du contrat de location, à savoir notamment le loyer et, partant, pas de bail ; Que si le désistement intervient après l'expiration du bail par les aléas d'une procédure judiciaire pour trancher les différends relatifs aux conditions d'un renouvellement et que l'occupation se poursuit, une indemnité d'occupation est due au-delà de l'expiration du bail (...) »). Dans le même sens, sur le principe, voy. Cass. 7 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 510. Voy. enfin M. VLIES, *op. cit.*, *J.J.P.*, 1997, p. 174

³⁹³ Y. MERCHERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1983, p. 536, n° 8. Voy. aussi B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 552, n° 547.

³⁹⁴ Rapport, Réunion du 10 avril 1951, *Doc. parl., Sénat*, Session 1950-1951, n° 233, spéc. p. 4.

huit mois au moins, sans préjudice du droit, pour le preneur, de demander le renouvellement »³⁹⁵.

À cet égard, le tribunal de première instance de Furnes a décidé, dans un jugement du 7 mai 1992³⁹⁶, que les parties sont autorisées à « régulariser » leur situation et à convenir d'un renouvellement du bail avec effet rétroactif³⁹⁷.

La Cour de cassation a confirmé cette décision dans un arrêt du 6 mai 1994³⁹⁸. Elle décide alors que « *les parties au contrat (...) peuvent convenir, après la naissance d'un bail à durée indéterminée à défaut de demande de renouvellement de bail, que le bail est renouvelé pour une durée de neuf ans prenant cours à l'expiration de la précédente période de neuf ans* »³⁹⁹.

IV La résiliation unilatérale du contrat reconduit

98.- L'article 14 dispose que le bail reconduit se mue en un bail de durée indéterminée. Il se conçoit donc que la résiliation devienne le mode « naturel » pour y mettre fin. Le législateur spécial est, cependant, partiellement intervenu afin d'alourdir les conditions imposées au bailleur qui entend donner congé.

A La résiliation par le bailleur (article 14, alinéa 3)

99.- L'article 14 alinéa 3 prévoit que le bail reconduit peut, à tout moment, être résilié par le bailleur, moyennant un congé de minimum 18 mois⁴⁰⁰, et ce sans préjudice du droit du preneur de solliciter un renouvellement⁴⁰¹.

B La résiliation par le preneur (article 1736 du Code civil)

100.- La loi ne dit rien de la situation du preneur. S'agissant d'un contrat devenu de durée indéterminée, la théorie générale des obligations contractuelles lui accorde cependant un droit de résiliation unilatérale.

À défaut de disposition spéciale en la matière, c'est le droit commun de l'article 1736 du Code civil qui s'applique⁴⁰² et le preneur n'est donc tenu qu'au respect d'un délai de préavis d'un mois.

³⁹⁵ Ce principe posé par la loi est notamment rappelé récemment in Cass., 14 janvier 2008, R.G. C.07.0234.N, spéc. p. 16.

³⁹⁶ Civ. Furnes (4^e ch.), 7 mai 1992, *R.W.*, 1994-1995, p. 1373.

³⁹⁷ Il ajoutait, par ailleurs, que l'article 14 étant de droit impératif, pour la protection du bailleur, ce dernier peut renoncer à la sanction de nullité relative.

³⁹⁸ Cass., 6 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 448 ; *R. Cass.*, 1995, p. 68 et note D. MEULEMANS et S. LUST.

³⁹⁹ Dans le même sens : J.P. Wolvertem, 15 février 1996, *J.J.P.*, 1996, p. 347 qui ajoute que le renouvellement amiable intervenu dans ces circonstances ne doit respecter aucune des formalités. Le bailleur, en faveur duquel est énoncé l'article 14 alinéa 1^{er} peut dispenser le preneur de son obligation de respecter de telles exigences.

⁴⁰⁰ Le préavis pourrait cependant être plus long. Voy. dans ce sens B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 559, n° 553 (ainsi que les références citées). Le congé dont le préavis est inférieur est irrégulier et il ne sortira ses effets qu'à l'échéance d'une période de dix-huit mois.

⁴⁰¹ Voy. aussi le rappel du principe in Cass., 14 janvier 2008, *précité*.

⁴⁰² Dans ce sens P. DE SMEDT, « Opzeggingstermijnen bij een handelshuur van onbepaalde duur », note sous J.P. Saint-Trond, 3 novembre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, pp. 1071-1072, n° 4 ; L. HERVE, *op.cit.*, C.U.P., 1999, p. 108 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, 2002, p. 40. *Contra* D. MEULEMANS et S. LUST, *op. cit.*, *R. Cass.*, 1995, p. 67, n°3, qui considèrent que, dans ce cas, l'article 3, alinéa 3 de la loi doit être appliqué par analogie et que, partant, une durée de préavis de six mois doit être respectée par le

La Cour constitutionnelle a récemment eu à connaître d'une question préjudicielle, posée par le Tribunal de commerce de Tongres, et portant spécifiquement sur la conformité des articles 14 (résiliation par le bailleur moyennant un préavis de dix-huit mois) et 1736 (résiliation par le preneur moyennant un préavis d'un mois) aux articles 10 et 11 de la Constitution. Son arrêt a été rendu le 10 mai 2007⁴⁰³.

En l'espèce, un bail commercial de neuf ans avait été reconduit pour une durée indéterminée. Le bailleur pouvait donc y mettre fin moyennant un congé de dix-huit mois conformément à l'article 14. La loi restant muette quant au préavis à respecter par le preneur, le juge de paix avait décidé que l'article 1736 du Code civil était applicable de sorte que celui-ci ne devait respecter qu'un préavis d'un mois. Mais une telle différence de traitement n'est-elle pas discriminatoire⁴⁰⁴ ?

La Cour constitutionnelle considère que la différence de traitement repose sur un critère objectif, à savoir la qualité de la partie au contrat de bail, preneur ou bailleur. Elle est, par ailleurs, la conséquence du silence de la loi sur les baux commerciaux en ce qui concerne la situation du preneur d'un bail reconduit⁴⁰⁵. Après avoir repris les travaux préparatoires de la loi et rappelé la volonté législative de protéger le preneur à travers l'imposition d'un congé de 18 mois au bailleur qui n'a pas réagi à son maintien dans les lieux, la Cour constate que le législateur n'a pas entendu assurer une protection similaire au profit du bailleur. Elle en déduit que le droit commun de l'article 1736 est effectivement applicable et décide que son application ne constitue pas une mesure disproportionnée. Selon elle, en effet, « *le bail à durée indéterminée n'est que la conséquence de l'inaction du bailleur, qui, à l'expiration du bail à durée déterminée, a laissé le preneur en possession des lieux loués, de sorte que celui-ci peut ensuite prétendre à une protection renforcée contre un congé donné par le bailleur, laquelle consiste en un préavis de dix-huit mois. En outre, l'article 1736 du Code civil, qui s'applique si le bail à durée indéterminée est résilié par le preneur, est de droit supplétif, si bien que, comme le juge a quo le relève, les parties peuvent conclure des conventions dérogoratoires. La simple constatation que le congé d'un mois, que le preneur est tenu de respecter en application de l'article 1736 du Code civil, est plutôt court pour permettre au bailleur de réaffecter le bien, n'est pas suffisante pour conférer à la mesure un caractère disproportionné* »⁴⁰⁶.

preneur (qui n'est cependant pas tenu d'attendre l'échéance d'un triennat pour résilier le bail). La jurisprudence paraît également divisée, certaines décisions imposant le respect du délai de droit commun repris à l'article 1736 du Code civil (J.P. Arlon, 19 mars 1999, *Act. jur. Baux*, 1999, p. 121), d'autres faisant une application analogique de l'article 3, alinéa 3 de la loi (J.P. Saint-Trond, 3 novembre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 1070 ; Civ. Louvain, 27 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, liv. 7, p. 612).

⁴⁰³ Cour const., arrêt n°76/2007, 10 mai 2007, R.G. 4073.

⁴⁰⁴ L'appelante soutenait que la différence de traitement ainsi opérée entre les deux parties au contrat reconduit n'est pas raisonnablement justifiée, notamment au regard de la protection déjà assurée par d'autres dispositions au preneur, mais également au principe posé par l'article 3 de la loi et qui n'autorise le preneur à résilier le bail anticipativement que moyennant un préavis de six mois et à l'échéance d'un triennat. Et de souligner que le bail dont question était un bail « 3-6-9 ans », soit un bail qui n'est pas un bail « sans précision » de sa durée comme dans la situation envisagée par l'article 1736 du Code civil.

⁴⁰⁵ Le Conseil des ministres avait rappelé que l'article 1736, qui est supplétif, n'entraîne aucune conséquence manifestement disproportionnée. Il rappelle que le long délai imposé au bailleur se justifie par la volonté du législateur d'« *assurer la stabilité du fonds de commerce, tandis que le loyer continue d'être dû* » (*Ibidem*, p. 3). Il soulignait, par ailleurs, que « *la différence de traitement ne résulte pas de l'article 1736 du Code civil, mais d'une lacune dans la loi sur les baux commerciaux* » (*Ibidem*).

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 6.

SECTION 4 LES DROITS ET OBLIGATIONS LIÉS À LA FIN DU BAIL COMMERCIAL

101.- En fin de bail, quelle qu'en soit la cause, le preneur est tenu dans une mesure comparable au droit commun : il doit restituer les lieux et répondre des éventuels dégâts locatifs⁴⁰⁷.

La loi sur le bail commercial prévoit cependant deux règles particulières :

§ 1 L'avis de transfert (article 5)⁴⁰⁸

102.- Principe. La loi entend protéger l'activité exercée par le preneur pendant la durée du bail, ce qui explique l'existence de mécanismes originaux. Dans ce sens, l'article 5 de la loi autorise le preneur à apposer sur les lieux loués, pendant une durée de six mois suivant son départ⁴⁰⁹, un avis indiquant l'endroit où il a transféré son activité⁴¹⁰. Ce principe vaut quelle que soit la cause pour laquelle le contrat prend fin⁴¹¹.

L'avis sera placé par lui et à ses frais⁴¹².

Les travaux préparatoires invitent, à cet égard, à « (...) interpréter les mots 'locaux' et 'avis apparent' dans le sens d'une mesure qui doit être utile pour l'ancien occupant et qui ne doit pas devenir vexatoire pour l'occupant nouveau »⁴¹³.

La loi ne dit rien du contenu d'un tel avis⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ Il pourra, par ailleurs, être tenu d'autres obligations prévues par la convention. A cet égard, il a été décidé que le locataire dont le bail est résilié avant son échéance légale peut prétendre à la restitution d'une partie du pas-de-porte lorsque celui-ci représente une composante du loyer amortissable sur la durée totale du bail : Civ. Bruxelles, 2 mars 1988, *J.J.P.*, 1988, p. 167.

⁴⁰⁸ On soulignera utilement que la loi reste, par contre, muette en ce qui concerne l'éventuel avis que pourrait souhaiter apposer le bailleur sur la façade de son bien, soit à l'échéance du bail, soit en vue de vendre. A défaut de dispositions légales spécifiques, c'est donc le droit commun qui s'applique en la matière, sous réserve d'une application adaptée aux spécificités de la législation spéciale (notamment en ce qui concerne le « droit » au renouvellement du preneur). Voy. sur ce point B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 673, n° 657.

⁴⁰⁹ L'affichage peut bien entendu être réalisé avant le départ du preneur qui, à ce moment, jouit du bien conformément au bail. Voy. aussi dans ce sens B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 660, n° 654.

⁴¹⁰ Conformément aux principes, le preneur ne pourra abuser de son droit. L'avis apposé sur la façade ne pourrait ainsi être gênant ou injurieux pour le bailleur ou le nouveau locataire : J.P. Arlon, 20 décembre 1996, *Baux Act.*, 1998, p. 9 cité par A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 56. Voy. aussi sur le principe Commission du Sénat, session 1949-1950, n° 36, p.7 qui souligne que « la mesure doit être utile pour l'ancien occupant et (...) ne doit pas devenir vexatoire pour l'occupant nouveau ». Par ailleurs, il a été admis que si l'avis doit être suffisamment grand pour interpeler le public, on ne peut pour autant aller jusqu'à nuire à l'esthétique de l'immeuble ou au commerce du locataire suivant : J.P. Arlon, 20 décembre 1996, *Act.Jur.Baux*, 1998, p. 10.

⁴¹¹ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 660, n° 654 qui ajoute que ce droit est maintenu au profit du preneur qui a omis de solliciter le renouvellement du bail ou dont la faute a été sanctionnée d'une résolution.

⁴¹² A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 57 ; M. DAMBRE, *op. cit.*, 2002, p. 40 et les références citées.

⁴¹³ Rapport complémentaire des Commissions réunies de la Justice et des Affaires économiques et des Classes moyennes chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du fonds de commerce, Séance du 6 décembre 1949, *Doc. parl., Sénat*, 1949-1950, Doc. 36, p. 7.

Voy. aussi B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 660, n° 655 qui invite le preneur à respecter les « principes de loyauté et d'exécution de bonne foi des contrats ». Et de souligner qu'à cet égard, l'objet de cet avis est uniquement d'informer la clientèle ; il ne peut être détourné de son but.

⁴¹⁴ Voy. pour davantage de précisions quant à ce contenu B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 670, n° 656.

103.- Sanctions. Le bailleur ou le nouveau locataire doivent subir, sans indemnité, cette charge. Le respect de ce droit peut être assuré par une condamnation à l'exécution en nature⁴¹⁵, le cas échéant sous astreinte (article 1385*bis* du Code judiciaire).

Il a, par ailleurs, été décidé que le bailleur qui enlève l'avis apposé par le locataire commet une faute qui engage sa responsabilité. À cet égard, la sanction pourra prendre la forme d'une réparation en nature, par l'imposition d'une prolongation du délai d'affichage⁴¹⁶. Le bailleur pourra également être tenu au versement de dommages et intérêts⁴¹⁷, dont la hauteur est généralement fixée forfaitairement⁴¹⁸.

§ 2 Le droit de visite du bailleur (article 14)

104.- Principes. De son côté, le preneur est contraint de tolérer des visites dans les lieux loués durant les dix-huit mois qui précèdent la fin du bail (article 14, alinéa 4).

Sont, en l'espèce, visées les visites de candidats à la location, mais aussi, le cas échéant, d'un expert envoyé par le bailleur⁴¹⁹.

Cela étant, conformément au droit commun, le bailleur doit exercer son droit dans le respect des exigences de bonne foi (article 1134, alinéa 3 du Code civil). Il devra ainsi avertir le locataire du jour et de l'heure de la visite⁴²⁰. En cas de différend, le juge de paix est compétent.

Il reste prudent de préciser, dans le bail, les modalités de l'exercice du droit de visite.

105.- Sanctions. Le preneur qui refuse de s'exécuter engage sa responsabilité contractuelle. Selon la doctrine⁴²¹, il pourrait être condamné à des dommages et intérêts ou se voir refuser le renouvellement du bail en raison d'un motif grave.

CONCLUSION

106.- Malgré le relatif silence du Code civil et l'intérêt réduit que cette question suscite traditionnellement en théorie générale des contrats, la durée dans laquelle peut s'étendre une relation contractuelle demeure parmi les plus délicates à traiter. C'est assurément un domaine dans lequel les principes et classifications classiques sont souvent fragilisés par l'application qu'en donne la jurisprudence et, certainement dans une mesure plus large encore, par l'aménagement qu'y réserve la pratique à travers la rédaction des clauses contractuelles. En la matière, le doute est d'autant plus présent que le législateur lui-même, lorsqu'il intervient pour aménager le régime de la durée d'un contrat, prend le plus souvent soin de mettre en

⁴¹⁵ A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 57.

⁴¹⁶ J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 9 avril 1952 cité par D. JANSSEN, *Le bail commercial, op. cit.*, p. 36.

⁴¹⁷ À charge, bien entendu, pour le locataire d'établir qu'il a subi un dommage et que les conditions de la responsabilité sont réunies : J.P. Bruxelles, 29 septembre 1983, *Res et Jur. Imm.*, 1984, p. 25. Voy. dans le même sens B. LOUVEAUX, *op. cit.*, 2002, p. 671, n° 656*bis*.

⁴¹⁸ Civ. Bruxelles, 17 février 1955, cité par D. JANSSEN, *Le bail commercial, op. cit.*, p. 36

⁴¹⁹ A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 57.

⁴²⁰ A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 57.

⁴²¹ A. DEVREUX, *op. cit.*, 2003, p. 57

œuvre un cadre sur mesure, en fonction des intérêts qu'il entend plus particulièrement protéger, selon qu'il a choisi de favoriser la stabilité ou la précarité du lien contractuel.

En ce qui concerne plus particulièrement le bail commercial, nous avons constaté que le législateur a ouvertement opté pour la stabilité, posture qu'il privilégie également s'agissant des autres baux faisant l'objet d'une réglementation particulière. Ce souci de voir se maintenir dans le temps la relation contractuelle se réalise à travers deux instruments complémentaires : l'imposition d'une première durée d'occupation minimale et impérative de neuf ans (article 3, alinéa 1^{er} de la loi du 30 avril 1951⁴²²) et l'octroi au preneur d'un « droit » à solliciter trois renouvellements d'une durée *en principe* égale (article 13). À travers le choix législatif d'une durée idéale de trente-six ans, c'est-à-dire l'équivalent d'un peu plus d'une génération, l'objectif poursuivi est clairement posé : protéger le fonds de commerce du locataire⁴²³, la continuité des droits dont ce dernier jouit sur l'immeuble où il entre en contact avec la clientèle devant lui permettre de valoriser au mieux les investissements, matériels et immatériels, qu'il y met en œuvre.

107.- La présente étude aborde successivement les différentes problématiques pouvant être rattachées au régime, légal et jurisprudentiel, de la durée du bail commercial, en prenant pour fil conducteur les moments-clés de la vie de ce contrat : sa durée d'exécution (section 1), les modalités de sa disparition, à terme ou de manière anticipée (section 2) et, enfin, la possible prolongation de ses effets au-delà du terme convenu ou imposé (section 3). Les obligations relatives à la cessation du contrat ont, enfin, retenu notre attention (section 4).

108.- Nous avons ainsi précisé, dans un premier temps, la durée *sensu stricto* que doit présenter le bail commercial (section 1). Ce contrat, que le législateur appréhende, sous une réserve⁴²⁴, comme étant nécessairement un contrat de durée déterminée⁴²⁵, ne voit pas le choix de son terme totalement abandonné à la liberté contractuelle : une durée minimale de neuf ans *doit* impérativement être respectée s'agissant du bail initial (article 3, alinéa 1^{er}).

Nous avons alors souligné que, selon une doctrine aujourd'hui unanime, cette disposition est impérative à sens unique⁴²⁶ ; elle tend à la protection des intérêts du seul preneur. Plusieurs conséquences s'induisent de ce constat : seul ce dernier peut se prévaloir de la nullité d'une clause du bail initial qui retiendrait un terme plus court ou aurait pour effet d'é luder l'exigence légale. Lui seul, encore, peut couvrir la nullité et renoncer à la protection qui lui est offerte, pour autant qu'il le fasse en pleine connaissance de cause et postérieurement à la naissance de l'obligation⁴²⁷. Cela étant, la conception factuelle de la cause, récemment consacrée par notre Cour suprême, confirme qu'en la matière, le juge est autorisé à soulever la méconnaissance de la loi et, le cas échéant, à prononcer la nullité de la clause contractuelle si le preneur n'a pas valablement renoncé à l'invoquer⁴²⁸.

⁴²² Selon cette disposition, en effet, « la durée du bail ne peut être inférieure à neuf années ».

⁴²³ Voy. *supra* n° 9.-

⁴²⁴ Il s'agit de la tacite reconduction envisagée à l'article 14, alinéa 3 de la loi. Voy. sur ce point *supra* n° 97.-

⁴²⁵ Voy. *supra* n°s 6.- et s.

⁴²⁶ Voy. *supra* n° 11.-.

⁴²⁷ Voy. *supra* n° 21.-.

⁴²⁸ Voy. *supra* n°s 22.- et 23.-

Au-delà de cette première période de (relative⁴²⁹) stabilité contractuelle, le législateur autorise une plus large expression des volontés, même si cette liberté demeure une liberté « surveillée ».

Premièrement, les parties ne peuvent doter les trois premiers renouvellements du bail d'une durée inférieure – voire également, selon une partie de la doctrine, supérieure - à neuf années qu'en soumettant leur accord au juge de paix ou à un notaire (article 13, alinéa 1^{er})⁴³⁰. Ce n'est, en effet, qu'au terme des renouvellements légalement prévus, une fois que la protection légale a rencontré son but, que l'autonomie redevient entière⁴³¹.

Toute marge de manœuvre est, ensuite, exclue s'agissant de la durée des contrats de sous-location⁴³² : non seulement l'exigence minimale de neuf ans s'y applique, mais, qui plus est, de tels baux *ne peuvent* être conclus pour une durée excédant le cours du bail principal (article 3, alinéa 2)⁴³³.

La liberté contractuelle est, enfin, plus largement de mise s'agissant des « *locations jointes* »⁴³⁴. Même si l'exigence d'une durée minimale de neuf ans s'y applique également par principe, le législateur admet que, lorsque ces locations sont conclues pendant le cours du bail dont elles constituent l'accessoire, leur durée soit inférieure et corresponde à celle qui reste à courir jusqu'à l'expiration de ce dernier (article 4)⁴³⁵.

109.- Nous nous sommes, ensuite, arrêtés sur les modes d'extinction du bail commercial (section 2). À cet égard, nous avons souligné que le législateur spécial ne déroge pas au régime du droit commun des contrats de durée déterminée : à défaut d'être renouvelé⁴³⁶, le bail prend en principe automatiquement fin à l'échéance de son terme⁴³⁷.

Le législateur reste également largement dans le giron du droit commun en ce qui concerne les causes de dissolution du bail. Celles que reçoit la théorie générale des contrats⁴³⁸ (nullité, théorie des risques, résolution ou réalisation de la condition résolutoire) demeurent en effet applicables, à défaut d'être expressément exclues ou aménagées. À cet égard, seule la résiliation amiable⁴³⁹ se voit soumise à un formalisme que n'impose pas l'article 1134 alinéa 2 du Code civil.

La loi ne prévoit, en outre, aucune exception au droit commun en vertu duquel ni le décès, ni la faillite de l'une des parties ne mettent fin au contrat⁴⁴⁰. Le bail commercial survivra dès lors au décès de l'une des parties, les héritiers de la partie décédée lui succédant dans ses droits et

⁴²⁹ Comme nous l'avons vu, en effet, les parties demeurent libres de résilier, de commun accord, le bail commercial avant cette échéance de neuf années. Voy. *supra* n^{os} 55.- et s.

⁴³⁰ Voy. *supra* n^o 25.-

⁴³¹ Voy. *supra* n^o 30.-

⁴³² Voy. *supra* n^o 31.-

⁴³³ Voy. *supra* n^o 31.-.

⁴³⁴ Voy. *supra* n^o 32.-

⁴³⁵ Voy. *supra* n^o 32.-.

⁴³⁶ Articles 13 à 24 de la loi. Voy. *supra* n^o s 25.- à 30.- (durée des renouvellements) et n^o s 88.- à 91.- (principes gouvernant le renouvellement, entendu comme un mode de prolongation de la relation contractuelle dans le temps).

⁴³⁷ Voy. *supra* n^o 33.- et la note infrapaginale 44. Voy. aussi, en ce qui concerne le droit commun du bail, *supra* n^o 7.-.

⁴³⁸ Voy. *supra* n^{os} 34.- et s.

⁴³⁹ Le législateur spécial confirme, à cet égard, l'article 1134 du Code civil, qui autorise le *mutuus dissensus*, mais soumet les parties à un formalisme impératif que ce dernier ne connaît pas. Voy. *supra* n^o 56.- et 57.-

⁴⁴⁰ Voy. *supra* n^{os} 35.- et s.

obligations⁴⁴¹. La faillite de l'une des parties aura, quant à elle, pour conséquence de laisser libre choix au curateur de poursuivre ou non l'exécution du bail en cours sans, toutefois, lui réserver un véritable droit de résiliation du bail en dehors des hypothèses prévues par la loi⁴⁴². En conséquence, le choix du curateur de ne pas poursuivre l'exécution du contrat de bail commercial ouvre la voie à une action judiciaire du cocontractant, fondée sur l'inexécution des obligations contractées par le failli⁴⁴³.

Cela étant, comme il le fait s'agissant des autres baux soumis à des lois particulières, et par dérogation au droit commun des contrats, le législateur accorde à chacune des parties au bail commercial⁴⁴⁴ — en ce compris au successeur du bailleur en cas d'aliénation du bien en cours de bail⁴⁴⁵ —, une faculté de résiliation unilatérale⁴⁴⁶. Ces *partijbeslissingen* sont, cependant, soumises à des exigences de fond et de forme rigoureuses, tout particulièrement en ce qui concerne la prérogative reconnue au cocontractant du preneur (bailleur ou acquéreur de l'immeuble). Ce faisant, le législateur use d'une technique fréquemment mise en œuvre s'agissant des contrats de durée déterminée dont il tolère la coexistence avec une faculté de résiliation unilatérale. En tant qu'entorses à la stabilité contractuelle recherchée, de telles prérogatives doivent, en effet, se réaliser dans un cadre qui préserve les intérêts du cocontractant ayant à subir la décision de rupture, et ce d'autant plus lorsque celui-ci est par ailleurs, par lui-même, jugé digne d'une protection accentuée.

110.- Nous avons encore souligné que, comme l'admet le droit commun, le bail commercial peut voir ses effets se prolonger au-delà de l'échéance de son terme (section 3). À cet égard, la loi du 30 avril 1951 organise, plus particulièrement, deux modes de poursuite de la relation contractuelle selon que le consentement des parties est exprès (renouvellement) ou tacite (tacite reconduction).

Le renouvellement, strictement organisé aux articles 13 à 24⁴⁴⁷, requiert une manifestation expresse des volontés et, dans le prolongement des principes classiques, fait naître un nouveau contrat, dont la durée sera, en principe⁴⁴⁸, également de neuf années.

L'article 14, alinéa 3 prévoit, ensuite, un second mode de prolongation de la relation contractuelle qui ne repose plus sur un consentement exprès : la reconduction tacite du bail, pour une durée indéterminée⁴⁴⁹, qui sera retenue lorsque le preneur est forcé à solliciter un renouvellement, mais demeure dans les lieux loués sans opposition du bailleur (silence circonstancié). Le nouveau contrat né d'une telle reconduction prendra fin par un congé dont le régime est également organisé par la loi lorsqu'il est le fait du bailleur. S'agissant du congé donné par le preneur, le droit commun de l'article 1736 du Code civil trouve, par contre, à s'appliquer, à défaut de dispositions spéciales. Le rappel de ce principe a, cependant, été l'occasion de souligner que, récemment⁴⁵⁰, notre Cour constitutionnelle a jugé que la

⁴⁴¹ Voy. *supra* n° 50.-

⁴⁴² Voy. *supra* n° 36.-

⁴⁴³ Voy. *supra*, n^{os} 46.-et 48.-

⁴⁴⁴ Voy. *supra* les n^{os} 63.- à 69.- (résiliation par le preneur), les n^{os} 70.- à 80.- (résiliation par le bailleur) et n° 98 (résiliation, par les parties, d'un bail qui a fait l'objet d'une reconduction tacite ; dans ce cas, cependant, le congé est le mode naturel auquel les parties peuvent recourir pour mettre fin au contrat, devenu un contrat de durée indéterminée).

⁴⁴⁵ Voy. *supra* n° 81.-

⁴⁴⁶ Voy. *supra* n° 53.-

⁴⁴⁷ Nous renvoyons également le lecteur à la contribution qui y est consacrée dans le présent ouvrage.

⁴⁴⁸ Sous les réserves que nous venons d'énoncer *supra*.

⁴⁴⁹ Voy. *supra* n^{os} 91.- et s.

⁴⁵⁰ Cour const., 10 mai 2007, arrêt n°76/2007,R.G. 4073, à l'examen duquel il est procédé au n° 100.-

différence de traitement existant ici entre le bailleur (tenu de respecter un préavis de 18 mois) et le preneur (tenu de respecter un préavis d'un mois) n'est pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. De manière à peine voilée, la responsabilité d'une telle situation est placée sur les épaules du bailleur, qui a été négligent en tolérant, sans s'y opposer, le maintien du preneur dans le bien qui lui appartient et en n'organisant pas conventionnellement le régime de la reconduction ou les modalités du congé donné par son cocontractant. Sans doute une intervention législative se justifierait-elle, en ce domaine, afin d'assurer un meilleur équilibre des droits des parties, sans nécessairement aller jusqu'à imposer une équivalence parfaite des délais imposés de part et d'autre.

111.- Nous avons clos cette étude en soulignant que le législateur de 1951 a complété la spécificité du régime applicable au bail commercial en précisant, aux articles 5⁴⁵¹ et 14⁴⁵² de la loi, deux obligations particulières, que le principe de l'exécution de bonne foi des conventions aurait lui-même toléré en l'absence de consécration légale (section 4) : une obligation faite au bailleur, et au locataire suivant, de subir la présence d'un avis de transfert destiné à informer la clientèle et l'obligation, corrélative, qui est faite au locataire de tolérer, durant les mois qui précèdent son départ, des visites dans le bien qu'il loue.

112.- Ces différentes questions attestent à suffisance combien réglementer les différents aspects de la durée d'un contrat constitue en soi un instrument de politique législative déterminant. C'est probablement la raison pour laquelle cette question n'est désormais que rarement abandonnée à la totale liberté des parties contractantes et, lorsqu'elle l'est, fait en soi l'objet de clauses contractuelles particulièrement sophistiquées.

Le régime que retient la loi de 1951 a suscité de nombreuses questions, et en suscitera encore. C'est aussi avec le temps, et les clarifications ponctuelles qu'il permet, qu'émergent de nouvelles interrogations, lesquelles sont par ailleurs autant d'occasions offertes au juriste de s'interroger sur la pertinence de principes classiques qu'il croyait pourtant acquis.

⁴⁵¹ Voy. *supra* n° s 102.- et 103.-

⁴⁵² Voy. *supra* n° s 104.- et 105.-

