

**LA LOI DU 30 AVRIL 1951
SUR LES BAUX COMMERCIAUX
«EN VUE DE LA PROTECTION DU FONDS
DE COMMERCE» : OBJECTIFS DU LÉGISLATEUR
ET ARRÊTS RÉCENTS**

PAR

YANNICK NINANE

ASSISTANT AUX FUSL
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

ET

EDOUARD CRUYSMANS

ASSISTANT AUX FUSL ET À L'UCL

PLAN

INTRODUCTION	121
Chapitre I. – LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE.	122
Section 1. – <i>Origines</i>	122
Section 2. – <i>Définition</i>	124
§1. La propriété commerciale	124
§2. Le fonds de commerce	125
Section 3. – <i>Composition</i>	129
§1. Selon l'article 2 de la loi du 25 octobre 1919	129
§2. Selon la doctrine et la jurisprudence	129
I. La clientèle	131
II. L'achalandage	132
III. Le droit au bail	133
IV. Les immeubles	134
V. Les créances et les dettes	135

Section 4. – <i>L'apparition et la disparition du fonds de commerce</i>	136
Section 5. – <i>Caractéristiques du fonds de commerce</i>	137
Section 6. – <i>Statut du fonds de commerce</i>	138
§ 1. Un agglomérat de biens et de valeurs	138
§ 2. Une personnalité juridique propre.	139
§ 3. Un patrimoine particulier.	139
§ 4. Une universalité.	140
I. Une universalité de droit	140
II. Une universalité de fait	141
Chapitre II. – LE FONDS DE COMMERCE TEL QU'APPRÉHENDÉ PAR LA LOI SUR LES BAUX COMMERCIAUX	143
Section 1. – <i>Évolutions législatives</i>	143
§ 1. Contexte socio-économique et revendications des commerçants	143
§ 2. Une première réponse du législateur : la loi du 30 mai 1931	144
§ 3. Les travaux préparatoires de la loi du 30 avril 1951	144
Section 2. – <i>Le fonds de commerce : un intérêt privé à protéger</i>	146
Section 3. – <i>La loi réserve sa protection au fonds de commerce de détail établi dans un immeuble auquel la clientèle est attachée</i>	149
§ 1. Champ d'application de la loi	149
I. Les baux protégés	149
II. Les baux exclus du régime légal	151
III. La protection du fonds de commerce du sous-locataire	152
§ 2. Un cas particulier : l'exclusion du fonds de commerce virtuel	153
Chapitre III. – LA PROTECTION DU FONDS DE COMMERCE TELLE QU'ASSURÉE PAR LES DISPOSITIONS DE LA LOI SUR LES BAUX COMMERCIAUX	154
Section 1. – <i>La durée du bail commercial et des facultés de résiliation</i>	154
§ 1. La durée du bail commercial	154
§ 2. Les facultés de résiliation	156
I. Résiliation par consentement mutuel, la révocation	157
II. Résiliation par déclaration unilatérale du preneur	157
III. Résiliation par déclaration unilatérale du bailleur	158
Section 2. – <i>La cession du bail et la sous-location</i>	159
§ 1. Remarque préliminaire	159

LA LOI DU 30 AVRIL 1951 SUR LES BAUX COMMERCIAUX	121
§2. Rappel du droit commun	160
§3. Recherche d'équilibre dans le système mis en place par le législateur	161
I. Protection et liberté de cession du fonds de commerce	161
II. Prise en compte du droit de propriété foncière	162
Section 3. – <i>Renouvellement du bail</i>	164
§1. Remarque préliminaire	164
§2. Recherche d'équilibre dans le système mis en place par le législateur	164
Section 4. – <i>Indemnité d'éviction</i>	166
§1. Fondement du droit à l'indemnité d'éviction	166
§2. Conditions d'ouverture du droit à indemnité	167
I. La nécessité d'un texte légal	167
II. La nécessité de la perte du fonds de commerce	167
a) Principe	167
b) Exception	170
§3. Le caractère forfaitaire des indemnités d'éviction	171
§4. Une hypothèse particulière : l'indemnité due en cas de résiliation par l'acquéreur des lieux loués	171
Section 5. – <i>Une obligation essentielle du bailleur : s'abstenir de contrarier l'exploitation du fonds de commerce</i>	175
CONCLUSION	176

INTRODUCTION

1. Les dispositions relatives aux baux commerciaux sont contenues dans une section du Code civil qui a pour titre «des règles particulières aux baux commerciaux». On a dès lors tendance à oublier que l'intitulé complet de la loi qui a établi le régime applicable aux baux commerciaux et inséré cette section nouvelle dans le Code civil précisait expressément qu'elle avait été adoptée «en vue de la protection du fonds de commerce». Cet intitulé de la loi «relève qu'au-delà de la réglementation technique du bail proprement dit, le législateur poursuivait un but plus large : la protection du fonds de commerce» (1).

(1) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 799, n° 778a.

Souhaitant remettre cet objectif du législateur au premier plan, il nous a paru utile de commenter les arrêts prononcés par la Cour de cassation au cours des cinq dernières années et qui faisaient expressément référence au fonds de commerce, à sa protection ou à son indemnisation. Nous analyserons ainsi, dans le dernier chapitre de la présente contribution, deux arrêts rendus par notre Cour suprême en matière d'indemnité d'éviction, respectivement le 22 décembre 2006 et le 6 mai 2010 ainsi qu'un arrêt, prononcé le 22 juin 2009, qualifiant de «faute contractuelle» le fait pour le bailleur de «contrarier l'exploitation du fonds de commerce» du preneur.

De nature à mettre ces arrêts récents en perspective, nous commencerons toutefois par rappeler la notion de fonds de commerce, en analysant courtement le contenu et le statut juridique de cette institution (chapitre I) avant d'analyser comment la loi sur les baux commerciaux appréhende ce fonds qu'elle entend protéger (chapitre II).

CHAPITRE I. – LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE

SECTION 1. – *Origines (2)*

2. Le fonds de commerce trouve son origine au XIX^e siècle, dans le développement des pratiques commerciales et économiques (3). L'établissement d'un régime de libertés et l'avènement du droit de propriété modifient profondément les conditions de l'activité commerciale. Les commerçants souhaitent voir le fruit de leur labeur protégé et valorisé (4), estimant que le droit commun n'offre désor-

(2) Pour une analyse plus détaillée des circonstances historiques ayant abouti à la création de la notion de fonds de commerce, voyez P. LE FLOCH, *Le fonds de commerce. Essais sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Paris, L.G.D.J., 1986, pp. 35 et s.

(3) J. DUPOUX, J. HELAL, *Le fonds de commerce* (Que sais-je?), Paris, Presse Universitaire de France, 1981, p. 3; W. GOOSENS, «Onstaansgeschiedenis, rechtsaard en kenmerken van de handelszaak», *De handelszaak – Le fonds de commerce*, Brugge, die Keure, 2001, p. 11, n° 7; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t° 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, pp. 398-399, n° 438; M. FORGES, «Le fonds de commerce : notion, cession et mise en gage», in *Traité pratique de droit commercial*, t° 1 – Principes et contrats fondamentaux, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2009, p. 939, n° 1121; W. VAN GERVEN, H. COUSY, J. STUYCK, *Handels- en economisch recht. Deel 1 – Ondernemingsrecht voorafgegaan door Economisch grondslagenrecht*, 3^e éd., vol. A, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 147, n° 113; M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, «Les baux commerciaux», *Les Nouvelles*, Droit civil, VI, vol. 2, pp. 1 et s., n°s 1348 et s.

(4) G. BENOIT, «Introduction», in *50 ans d'application de la loi sur les baux commerciaux. Actes du colloque du 21 mars 2002* (sous la dir. de P. JADOUL et M. VLIES), Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Brugge, la Charte, 2002, p. 5.

mais plus de garanties suffisantes (5). Leurs revendications sont de deux ordres (6). Premièrement, le développement important de l'activité commerciale – due notamment à l'émergence d'une première forme de capitalisme (7) – permet aux commerçants et artisans de créer et de fidéliser une clientèle. Sans conteste, celle-ci attire les convoitises. Il devient donc nécessaire de disposer d'un moyen efficace non seulement pour valoriser cette clientèle, mais surtout pour protéger les éléments qui permettent de la retenir. Parallèlement, les commerçants souhaitent investir dans leur exploitation commerciale (8). Freinés par le manque de sûretés qu'ils peuvent proposer à leurs créanciers, ils imaginent alors pouvoir mettre en garantie précisément cette nouvelle richesse (9).

L'émergence de la notion de fonds de commerce répond à cette double attente. D'une part, les éléments du fonds sont valorisés puisqu'ils constituent une unité ayant sa propre valeur (10). Le fonds marque en effet l'idée «que l'installation et l'ensemble des moyens employés par le commerçant sont plus importants que le travail personnel de l'homme» (11). D'autre part, l'organisation d'un régime spécifique par la loi du 25 octobre 1919 (12), relatif notamment à la mise en gage du fonds de commerce, permet désormais aux commerçants de garantir efficacement les crédits qu'ils contractent (13).

3. À y regarder de plus près, on s'aperçoit que ces deux revendications sont liées l'une à l'autre. En effet, l'objectif du commerçant,

(5) P. LE FLOCH, *op. cit.*, p. 35.

(6) T. VERBIEST, M. LE BORNE, «Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique?», *J.T.*, 2002, p. 145.

(7) *Ibidem*; W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 5, n° 1.

(8) W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 11, n° 7.

(9) Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes Moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, séance du 19 novembre 1947, n° 20, pp. 2-3; J. VAN GINDERACHTER, *De la nature du fonds de commerce et des conséquences qui en découlent sous l'empire des principes généraux et des lois spéciales*, 2^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydoree Pee, 1938, pp. 7-8, n° 1, et pp. 22-23, n° 22; T. VERBIEST, M. LE BORNE, *op. cit.*, p. 145.

(10) Voyez notamment le Rapport complémentaire des Commissions réunies de la Justice et des Affaires Economiques et des Classes Moyennes chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du fonds de commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord. 1949-1950, séance du 6 décembre 1949, n° 36, p. 3. Sur cette question, voyez également *infra*, les n° 5 et s., et le n° 32.

(11) L. VOGEL, *Traité de droit des affaires*, 19^e éd., t° 1 – Du droit commercial au droit économique, Paris, L.G.D.J. – Lextenso Editions, 2010, p. 392, n° 435.

(12) Loi sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture, ainsi que l'agrégation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation, *M.B.*, 5 novembre 1919.

(13) T. VERBIEST, M. LE BORNE, *op. cit.*, p. 145.

lorsqu'il souhaite accroître son activité, réside dans sa volonté de développer son commerce et, finalement, d'attirer une clientèle plus nombreuse. La conséquence de cet accroissement n'est autre qu'une augmentation de la valeur globale du fonds de commerce, cette valeur lui permettant ensuite de garantir de plus amples investissements auprès de ses créanciers.

SECTION 2. – *Définition*

§1. *La propriété commerciale*

4. Dans la recherche d'un statut spécifique répondant à cette double attente, il fut suggéré d'élaborer un nouveau type de propriété. Imaginée parallèlement à la propriété artistique et littéraire et à la propriété industrielle (14), la propriété commerciale devait permettre de répondre aux revendications des commerçants. Un extrait des travaux préparatoires de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux illustre parfaitement ceci : «le fruit du travail consciencieux, avisé et prolongé, du commerçant, de l'artisan, de l'industriel 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 propriété» (15).

5. La propriété commerciale fut définie tantôt comme «l'ensemble des intérêts, des valeurs et des droits agglomérés autour de l'activité du commerçant» (16), tantôt comme «le domaine qu'exerce un commerçant locataire sur l'immeuble abritant son fonds de commerce» (17).

(14) J.-F. OVERSTAKE, «L'indemnité d'éviction», *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1972, p. 530; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 395, n° 433; W. VAN GERVEN, H. COUSY, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 149, n° 114; L. VOGEL, *op. cit.*, p. 398, n° 441.

(15) Rapport des Commissions réunies de la Justice et des Affaires Economiques chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de Commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord., 1948-1949, séance du 19 mai 1949, n° 384, pp. 1-2.

(16) W. PATERNOSTRE, *Baux commerciaux et protection du fonds de commerce. Commentaire de la loi du 30 avril 1951 suivi d'un formulaire*, Bruxelles, Editions de la Revue de la Banque de Bruxelles, 1951, p. 29, n° 1; voyez aussi la définition quasiment identique donnée par le Rapport de la Commission de la Chambre eu égard à la loi du 30 mai 1931, *Pas.*, 1931, p. 120.

(17) Rapport complémentaire fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes Moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, séance du 14 janvier 1948, n° 128, p. 3.

Cependant, quelle qu'un soit la définition exacte, cette propriété a rapidement été considérée comme inexistante (18). Les travaux préparatoires de la loi du 30 mai 1931 (19) portant des modifications au titre VIII du livre III du Code civil soulignent à cet égard, que la propriété commerciale est considérée comme «une notion vide de contenu positif, aussi fausse qu'anti-juridique» (20), qu'elle apparaît comme «peu fournie, hésitante et imprécise» (21), et qu'«appeler cette aspiration [le fonds de commerce] un “droit de propriété”, c'est commettre une redoutable confusion, traditionnellement dénoncée» (22).

§2. *Le fonds de commerce*

6. L'expression «propriété commerciale» étant exclue, la notion de fonds de commerce lui est préférée notamment parce qu'elle n'a levé aucune critique sur le plan juridique. Diverses lois utilisent alors ce vocable (23), mais aucune ne prend véritablement la peine d'en définir le concept (24). Il est vrai, l'idée est difficile à appréhender. Bien qu'elle revête une importance désormais notoire en droit commercial et en droit économique – et par là-même est peut-être envisagée

(18) W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 29, n° 1; A. GUSTOT, *Les baux commerciaux. Commentaires et jurisprudence*, 3^e éd., Bruxelles, Institut économique et social des classes moyennes, 1972, p. 70; *A contrario*, la France semble recourir à la notion de propriété, sans la rejeter explicitement. Voyez notamment L. VOGEL, *op. cit.*, p. 392, n° 435.

(19) Première réglementation adoptée par la législateur belge en matière de bail commercial (voy. *infra*, n° 41).

(20) Projet de loi et exposé des motifs de la loi du 30 mai 1931, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1928-1929, séance du 21 décembre 1928, n° 64, p. 1. L'exposé des motifs ajoute «qu'aucune dénomination n'est moins propre à la revêtir que celle de 'propriété commerciale'», et que «dans la langue de droit, la métaphore est une figure dangereuse, parce qu'elle tend à mêler des notions hétérogènes et qu'elle favorise, si l'on n'y prend garde, des assimilations et des confusions qui obscurcissent et pervertissent les rapports juridiques les mieux établis».

(21) *Ibidem*.

(22) Rapport fait au nom de la Commission des Affaires économiques et des Classes moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, séance du 19 novembre 1947, n° 20, p. 4.

(23) Voyez la loi fiscale du 24 octobre 1919; la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce; l'arrêté royal n° 64 du 30 novembre 1939 contenant le Codes des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe; la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en vue de la protection du fonds de commerce; l'article 12 des lois relatives au registre de commerce coordonnées le 20 juillet 1964; l'article 11 du Code T.V.A.; les articles 1199 et 1418 du Code civil; l'article 107 du Code des droits de succession; l'article 2 du Code de commerce.

(24) M. FORGES, *op. cit.*, p. 939, n° 1121; Y. DE CORDT, T. LÉONARD, Y. POULLET, C. DEL-FORGE, *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthémis, 2011, p. 84, n° 159; J. CAEYMAEX, J. MATERNE, *Fonds de commerce et contrats*, Liège, Editions du Hersal, 1997, p. 1.1-1; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *Handels- en vennootschapsrecht*, 9^e éd., Malines, Kluwer, 2005, p. 69; R.P.D.B., v° Fonds de commerce, p. 795, n° 1.

davantage comme une notion économique qu'une notion juridique (25) –, il n'existe aucune définition globale, générale et uniforme du fonds de commerce (26).

La notion est à géométrie variable. D'un point de vue strictement juridique, la pratique révèle qu'il s'avère complexe de donner une définition unique pour l'ensemble des opérations juridiques que le fonds pourrait subir (27). On s'aperçoit par ailleurs que la définition juridique ne correspond pas parfaitement à la définition économique (28).

7. Faute de définition légale, de nombreux auteurs se sont attelés à cette tâche difficile. «Ceux qui s'aventurent à définir le fonds de commerce commencent par en confesser leur impuissance : on dit qu'il est plus facile de comprendre que de définir le fonds de commerce et que le fonds de commerce a toujours résisté à une notion claire» (29).

Quant à la jurisprudence, on s'aperçoit au fil des décisions que les juges définissent le fonds en fonction du litige en cause (30), ce qui ne permet pas de dégager une définition générale.

Un premier groupe d'auteurs définit le fonds en mettant en exergue ce pourquoi il a été imaginé, l'exploitation d'une activité commerciale ou artisanale.

D'un point de vue économique, «le fonds de commerce est 'une machine à faire des profits' qui réunit tout ce qui contribue à la prospérité de l'entreprise» (31).

D'un point de vue juridique, M. Vercruysse et E. Lauwers voient le fonds comme «un ensemble de biens corporels et/ou incorporels organisé en vue d'une exploitation industrielle, artisanale ou commerciale et traité par le droit positif comme une

(25) W. GOSENS, *op. cit.*, p. 5, n° 1; J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 19, n° 17.

(26) M. FORGES, *op. cit.*, p. 939, n° 1122; P.-A. FORIERS, R. JAFFERALI, «La cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées», in *La cession du fonds de commerce*, CUP, vol. 76, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 11.

(27) P. LE FLOCH, *op. cit.*, p. 65.

(28) M. FORGES, *op. cit.*, p. 940, n° 1123; P.-A. FORIERS, R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 12.

(29) BAYART, *Etude de la notion de fonds de commerce*, Th. Paris, 1906, p. 8, n° 8, cité par P. LE FLOCH, *op. cit.*, pp. 24 et 65.

(30) P. LE FLOCH, *op. cit.*, p. 24.

(31) M. FONTAINE, «L'inclusion des «créances, valeurs et espèces» dans la composition du fonds de commerce», note sous Cass. (1^{ère} chambre), 6 novembre 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 327; J.-G. RENAULT, «Problèmes relatifs à la structure du fonds de commerce. Rapport présenté aux Journées Capitant, Verviers, 1951», *Annales de droit de Louvain*, 1951, pp. 344-345.

universalité» (32). Pour C. Parmentier, le fonds se définit comme «un ensemble de biens meubles affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale» (33), excluant par conséquent les immeubles de la composition du fonds de commerce (34). J.-P. Nemery de Belleaux résume les caractéristiques des biens qui composent le fonds en établissant qu'il est constitué de «l'ensemble des éléments matériels et immatériels, mobiliers et immobiliers, actifs et passifs, affectés à l'exploitation d'une activité commerciale» (35). J. Van Ryn et J. Heenen appréhendent le fonds comme «l'ensemble des biens corporels et incorporels, unis par une destination : l'exploitation d'un commerce déterminé – cet ensemble constituant une *universitas*, c'est-à-dire une chose composée d'éléments [...] mais douée d'une existence distincte de celle des éléments eux-mêmes» (36). Cette dernière définition souligne l'unité du fonds de commerce et sa valeur distincte (37). Quant à J.-G. Renauld, il propose la définition suivante : «le fonds de commerce est un ensemble de biens ou valeurs destiné à être l'instrument d'une exploitation économique et trouvant dans cette finalité leur élément d'unification ainsi que leur raison d'être» (38). Toutes ces définitions recouvrent trois éléments majeurs. Le premier constitue l'idée d'exploitation commerciale. Le deuxième est matériel et comprend les biens et les valeurs indispensables à cette exploitation. Le dernier suppose une activité humaine, faisant passer «l'idée organisatrice du domaine de l'abstraction au plan de la réalité concrète» (39).

Une seconde série d'auteurs insère une composante supplémentaire, la clientèle. Ceux-ci estiment qu'une définition qui ne comprend pas la clientèle est lacunaire puisque tous les éléments faisant

(32) M. VERCRIJSSE, E. LAUWERS, *Le fonds de commerce – I – Théorie générale : la cession des fonds de commerce et des baux commerciaux*, Bruxelles, Larcier, 1967, p. 31. Voyez aussi la définition de la Cour de Cassation, «une universalité dont font partie des biens meubles tant corporels qu'incorporels», Cass., 9 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 293.

(33) C. PARMENTIER, «Théorie générale du fonds de commerce», *Le fonds de commerce (Recyclage en droit – session 1991)*, Bruxelles, Centre des Facultés Universitaires Catholiques pour le Recyclage en droit, 1991, p. 1 ; J. DUPOUX, J. HELAL, *op. cit.*, p. 3. Voyez dans le même sens la définition donnée par Cass., 4 janvier 1954, *Bull.*, 1954, p. 488, le fonds étant «un ensemble de choses, conçu comme instrument d'une activité commerciale».

(34) Pour cette question, voyez *infra*, n° 21.

(35) J.-P. NEMERY DE BELLEVAUX, «Le 'fonds de commerce' constitue-t-il en droit belge, une entité juridique propre spécialement au regard du droit des successions?», *J.T.*, 1976, p. 321.

(36) J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 394, n° 432.

(37) Sur ces questions, voyez *infra*, n° 33.

(38) J.-G. RENAULD, *op. cit.*, p. 347.

(39) *Ibidem*, pp. 345-347.

partie du fonds sont organisés afin de créer, attirer et retenir une clientèle (40). Synthétiquement, le fonds de commerce «est l'ensemble des moyens utilisés pour attirer et fidéliser la clientèle» (41).

Teinté d'une portée économique, le fonds se traduit alors comme «un droit mobilier incorporel, qui porte sur une valeur marquée par un rendement potentiel découvrant la possibilité d'attirer une certaine clientèle qui sera liée à l'organisation de l'établissement commercial» (42).

D'un point de vue juridique, M. Forges voit dans le fonds «un ensemble de biens corporels et incorporels unis par une affectation commune à l'exploitation d'un commerce auquel s'attache une clientèle» (43). Y. Guyon comprend le fonds de commerce comme étant «constitué par l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice des activités commerciales. Il permet essentiellement de retenir la clientèle attirée par le savoir-faire du commerçant, la qualité des marchandises vendues, l'emplacement de l'établissement, l'enseigne, etc. Ses divers éléments présentent une certaine stabilité, une certaine unité, et peuvent se transmettre globalement» (44).

8. Cette deuxième série de définitions nous semble correspondre davantage à la notion de fonds de commerce. En effet, la finalité première du fonds réside dans le développement et la fidélisation de la clientèle; celle-ci est vitale à l'exploitation du fonds de commerce. Cette précision supplémentaire donne tout son sens au fonds.

Suivant ce second courant de définitions, nous nous risquons à proposer notre propre définition: le fonds de commerce est un bien meuble, incorporel et non consommable, composé d'un ensemble de biens meubles (ou immeubles pour autant qu'ils soient les accessoires de biens meubles), corporels ou incorporels, créé dans le but d'attirer et de retenir la clientèle en vue de

(40) C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 1.

(41) F. DEKEUWER-DEFOSEZ, *Droit Commercial*, 3^e éd., Montchrestien, Paris, 1993, p. 268, cité par T. VERBIEST, M. LE BORNE, *op. cit.*, p. 146.

(42) M. GRÉGOIRE, A.-M. STRANART, D. LECHEN, *Sûretés réelles*, partie II, fascicule 3, P.U.B., 5^e éd., p. 108, cité par T. VERBIEST, M. LE BORNE, *op. cit.*, p. 146.

(43) M. FORGES, *op. cit.*, p. 941, n° 1124. L'auteur fait lui-même référence à M. COMBLIN et P. WÉRY, «La cession de l'entreprise individuelle», *GUJE*, 2^e éd. 1997, n° 030. Voyez la définition identique donnée par G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 69.

(44) Y. GUYON, *Droit des affaires*, t° I, Economica, Paris, 1994, p. 665, cité par T. VERBIEST, M. LE BORNE, *op. cit.*, p. 146.

l'exploitation d'une activité artisanale, commerciale ou industrielle, et qui constitue une universalité de fait à laquelle une valeur propre est attachée.

SECTION 3. – *Composition*

§1. *Selon l'article 2 de la loi du 25 octobre 1919*

9. Selon l'article 2 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, ce dernier comprend «notamment la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier de magasin et l'outillage, le tout sauf stipulation contraire. Il peut comprendre les marchandises en stock à concurrence de 50 % de leur valeur».

Trois précisions doivent être apportées eu égard à cette disposition.

Premièrement, cette énumération n'est pas limitative de sorte que le fonds de commerce pourrait contenir d'autres éléments (45). L'utilisation de l'adverbe «notamment» le confirme.

Deuxièmement, la composition du fonds telle qu'énumérée dans cette loi ne concerne qu'une opération juridique particulière : la mise en gage du fonds de commerce (46).

Troisièmement, tous ces éléments ne doivent pas nécessairement être réunis (47). La liste de l'article 2 n'est qu'indicative.

§2. *Selon la doctrine et la jurisprudence*

10. «Le fonds de commerce est une entité complexe. Cette complexité tient à la pluralité des éléments dont il se compose» (48). En théorie, le fonds comprend «tout ce qui est utile à l'organisation et

(45) W. VAN GERVEN, H. COUSY, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 150, n° 115; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 70; *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 796, n° 3; J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 24, n° 24; J.-G. RENAULD, *op. cit.*, p. 342; Cass. (1^{re} chambre), 6 novembre, 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 320.

(46) W. VAN GERVEN, H. COUSY, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 150, n° 115; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 70; C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 3; M. FORGES, *op. cit.*, p. 940, n° 1122. Voyez J. PEETERS, «Baux commerciaux. La notion de fonds de commerce au regard de l'article 10, alinéa 1^{er} de la loi sur les baux commerciaux – *de lege lata*», *Res et Jur. imm.*, 1991, pp. 11-12. L'auteur estime que la composition déterminée dans la loi du 25 octobre 1919 ne peut pas correspondre à la composition du fonds entendu à l'article 10, alinéa 1^{er} de la loi sur les baux commerciaux.

(47) C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 3.

(48) P. LE FLOCH, *op. cit.*, p. 24.

à l'exploitation fructueuse de l'établissement» (49), ainsi qu'«à la réalisation du but économique du fonds» (50). Il peut donc comprendre tous les marchés et contrats en cours issus de l'exploitation du fonds de commerce (51), «l'immeuble où s'exerce le commerce ou l'industrie, le nom commercial, le droit de se dire successeur, le droit de faire état des récompenses d'exposition ou de concours, une propriété littéraire ou artistique, un monopole de vente de certaines marchandises, les contrats d'assurance et de travail en cours, une autorisation ou une concession administrative, la comptabilité, les secrets de fabrication, la licence d'ouverture d'un débit de boissons, les marchés d'achat et de vente, etc. [...]» (52). Dans les faits, il est rare que tous ces éléments soient réunis (53).

11. Fixer une liste exhaustive des éléments constitutifs du fonds de commerce, qu'ils soient considérés comme essentiels ou non, nous paraît impossible. Chaque fonds de commerce dispose de ses propres éléments essentiels, en fonction de sa nature, du type d'activités proposées, ainsi que de la volonté du commerçant qui décide librement des éléments qu'il affecte à l'exploitation de son commerce (54).

Deux restrictions de portée générale doivent toutefois être soulignées. D'une part, plusieurs composants doivent être réunis pour créer un fonds de commerce (55). Un élément unique n'en est pas un. D'autre part, le fonds ne peut comprendre que des éléments utiles à l'exploitation du commerce (56).

(49) J.-G. RENAULD, *op. cit.*, p. 343; J. DUPOUX, J. HELAL, *op. cit.*, p. 3; J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 24, n° 24.

(50) M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 40.

(51) G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 70; C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 7; M. FORGES, *op. cit.*, p. 947, n° 1139. À titre d'exemple, pensons aux contrats de fourniture, aux contrats d'assurance, aux contrats auprès d'institutions bancaires, etc.

(52) J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 24, n° 24.

(53) J.-G. RENAULD, *op. cit.*, p. 343.

(54) Y. DE CORDT, T. LÉONARD, Y. POULLET, C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 86, n° 166; *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 796, n° 5; J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 22, n° 22; J. PEETERS, *op. cit.*, p. 12; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 399, n° 440; M. FORGES, *op. cit.*, pp. 944-945, n°s 1132 et 1135; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 69; C. PARMENTIER, *op. cit.*, pp. 3-4; A. JAUFFRET, «La notion juridique du fonds de commerce et ses conséquences», in *Études de droit contemporain*, t° III, Sirey, Paris, 1959, p. 6. Ce dernier auteur précise que «le caractère essentiel des éléments [constitutifs du fonds] est variable. Ce serait tantôt le droit au bail, tantôt l'enseigne, tantôt une licence, etc. qui constituerait l'élément essentiel».

(55) M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 34.

(56) J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 23, n° 23.

Nous nous limitons, dans cette contribution, à aborder certains éléments plus problématiques.

I. *La clientèle*

12. Lorsque se pose la question délicate de savoir si la clientèle est un élément constitutif du fonds, voire même un élément essentiel, les réponses divergent. Certains auteurs, partisans de ce qu'on appelle la théorie essentialiste, estiment que la clientèle constitue un élément essentiel du fonds de commerce (57). En revanche, les autres «mettent l'accent sur les éléments qui permettent de conquérir ou conserver la clientèle» (58), cette dernière ne constituant qu'une finalité du fonds (59).

13. Nous nous rallions à cette seconde conception. «Beaucoup d'auteurs considèrent la clientèle comme un des éléments essentiels du fonds de commerce. L'erreur nous paraît certaine» (60). La clientèle ne peut être considérée comme un élément constitutif du fonds de commerce, celle-ci devant être appréhendée comme l'objectif de la création ou de l'acquisition d'un fonds (61)-(62). Ainsi, l'union

(57) J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 530; J. VAN DE VORST, «Définition et éléments constitutifs du fonds de commerce», *Revue pratique du Notariat belge*, 1925, p. 258, n° 2; A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 6. Une partie de la jurisprudence admet, elle-aussi, que la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce, soulignant que «les autres éléments du fonds [...] ont pour seul objet de créer, de conserver, et de développer cette clientèle», voyez Liège, 10 mai 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 40; Mons, 10 janvier 1990, *Rev. not.*, 1990, p. 606.

(58) C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 4. L'auteur cite J. VAN RYN et J. HEENEN qui précisent que «être ou devenir propriétaire d'un fonds de commerce, c'est posséder ou acquérir tous les éléments propres à retenir la clientèle d'un établissement commercial déterminé» (*op. cit.*, p. 495, n° 433).

(59) Y. DE CORDT, T. LÉONARD, Y. POULLET, C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 86, n° 167. Eu égard à ces deux points de vue, A. Jauffret nuance en soulignant qu'il s'agit finalement de divergences de mots : «dire que la clientèle est l'élément essentiel, n'est-ce pas dire que l'universalité dite du fonds de commerce ne conserve son autonomie que dans la mesure où elle reste organisée en vue d'une exploitation donnée, en vue de la recherche et du maintien des relations avec les acquéreurs de biens ou de services, n'est-ce pas la clientèle, en définitive, qui est le lien qui retient les éléments du fonds de commerce, qui crée la notion de fonds de commerce?», *op. cit.*, p. 7.

(60) L. VOGEL, *op. cit.*, p. 396, n° 438. L'auteur poursuit en soulignant que «le fonds n'est pas autre chose que le droit à une clientèle. S'il n'y avait pas de clientèle, il n'y aurait pas de fonds de commerce». Cependant, nous estimons qu'assimiler le fonds de commerce à un droit à la clientèle est inexact. Il n'existe pas de droit à la clientèle, celle-ci n'étant qu'une potentialité espérée du commerçant.

(61) J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 396, n° 433. V. M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 326 et s. Pour cet auteur, la finalité première du fonds de commerce est de contribuer à la prospérité de l'entreprise et à la création de profits, la clientèle étant un des moyens pour arriver à cet objectif.

(62) Elle ne peut pas non plus constituer un élément essentiel lors de sa cession.

des différentes composantes constitutives du fonds a «pour objectif de susciter l'adhésion de la clientèle» (63).

14. Faut-il le rappeler, la clientèle est hors commerce, de sorte qu'elle ne peut appartenir à un commerçant (64). Il serait «impropre de citer la clientèle comme élément constitutif d'un fonds puisqu'elle n'est pas susceptible d'appropriation [...]» (65). En effet, la clientèle ne constitue que «le lien qui unit entre eux les différents éléments corporels et incorporels assemblés en vue de l'exploitation d'un commerce et qui donne à cet assemblage, c'est-à-dire au fonds de commerce, outre sa valeur économique, son caractère d'entité juridique distincte des éléments qui la composent» (66).

15. Pour appuyer leur théorie, les auteurs partisans de ce second point de vue se sont fondés sur l'arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1970 (67). Selon eux cet arrêt établirait, en filigrane, que la clientèle ne devrait pas spécialement faire partie du fonds de commerce. Cependant, M. Forges souligne que «cet arrêt n'a pas une telle portée : il se borne à considérer que le juge du fond a pu sans violer la foi due à une convention de cession, et sans se contredire, valider une cession de fonds de commerce dont la clientèle était exclue» (68).

II. *L'achalandage*

16. Souvent considéré à tort comme synonyme de la clientèle, l'achalandage doit être perçu comme «l'aptitude du fonds à se procurer une clientèle, à la conserver et à l'étendre» (69), ou comme «le résultat de la combinaison heureuse des divers éléments qui [...] constituent» (70) le fonds de commerce. D'autres y voient «les avan-

(63) M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 327.

(64) T. VERBIEST, M. LE BORNE, *op. cit.*, p. 146; J. VAN DE VORST, *op. cit.*, p. 259, n° 2; J. PEETERS, *op. cit.*, pp. 13-14.

(65) J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 395, n° 433; T. VERBIEST, M. LE BORNE, *op. cit.*, p. 146; J. CAEYMAEX, J. MATERNE, *op. cit.*, p. 2.2-9.

(66) P. GÉRARD, «Objet et nature juridique de l'indemnité d'éviction prévue par l'article 16, IV, de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux», note sous Cass. (1^{re} chambre), 8 février 1968, *R.C.J.B.*, 1970, p. 376, n° 6.

(67) Cass., 6 novembre 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 320, note M. FONTAINE, «L'inclusion des 'créances, valeurs et espèces' dans la composition du fonds de commerce», pp. 322 et s.

(68) M. FORGES, *op. cit.*, p. 944, n° 1133. Dans le même sens, voy. P.-A. FORIERS, R. JAFFER-ALI, *op. cit.*, p. 14.

(69) Bruxelles, 14 février 1931, *Journal pratique de droit fiscal*, 1931, p. 117, cité par M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 33.

(70) J.-G. RENAULD, *op. cit.*, p. 344.

tages associés à l'emplacement favorable du fonds de commerce» (71). Enfin, certains auteurs, minoritaires, identifient l'achalandage au fonds de commerce (72), ce qui, selon nous, ne correspond pas à la réalité.

17. L'achalandage n'est pas un élément constitutif du fonds de commerce, et encore moins un élément essentiel. Selon la définition du fonds, celui-ci doit être constitué de biens. Or, on ne peut considérer l'achalandage comme un bien. Il est davantage assimilable à des circonstances de fait susceptibles de permettre le développement de l'activité commerciale.

III. *Le droit au bail*

18. Plusieurs auteurs voient le droit au bail comme un élément constitutif et essentiel du fonds de commerce. En effet, «le droit d'occuper et d'exploiter paisiblement l'emplacement commercial (73)», lorsque le commerçant occupe des locaux qui ne lui appartiennent pas (74) est fondamental pour le maintien et le développement de sa clientèle.

Néanmoins, admettre que le droit au bail est d'office un élément essentiel nous paraît équivoque. Tout dépend de la nature du fonds de commerce exploité. Dans certains cas, «l'occupation des locaux [...] n'est pas indispensable» pour le fonds de commerce, et dès lors ne sera pas un élément essentiel lors de la cession de ce fonds (75). Le Tribunal civil de Gand a jugé que «le droit au bail ne constitue pas un élément nécessaire du fonds de commerce en ce sens que la perte du droit au bail ou le transfert du fonds de commerce en un autre lieu entraînerait la disparition de celui-ci» (76).

19. Cependant, au regard du champ d'application de la loi sur les baux commerciaux (77), il s'avère qu'elle ne régit «que les établissements commerciaux (ou artisanaux) dont la clientèle est

(71) B. DU LAING, H. COUSY, «Het pand op de handelszaak : een algemeen overzicht», *De handelszaak – Le fonds de commerce*, Brugge, die Keure, 2001, p. 43, n° 48.

(72) *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 796, n° 5; J.-G. RENAULD, *op. cit.*, p. 344.

(73) Civ. Liège, 11 septembre 1980, *Jur. Liège*, 1980, p. 292.

(74) C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 6.

(75) *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 799, n° 40.

(76) Civ. Gand, 24 janvier 1940, *T. Not.*, 1941, p. 56. Sur la condition de perte du fonds de commerce pour l'octroi de l'indemnité d'éviction, voy. *infra*, n°s 75 et s.

(77) Voy. *infra*, n°s 48 et 49.

essentiellement une clientèle de consommateurs, c'est-à-dire une clientèle qui normalement s'attache au local où l'établissement est installé [...]. Le droit au bail devient ainsi, pour les fonds de commerce qui bénéficient de la protection légale, l'élément essentiel, celui qui est déterminant pour l'acquisition ou la conservation de la clientèle» (78).

20. En définitive, nous estimons qu'à titre général, il est difficile de considérer catégoriquement le bail comme étant un élément essentiel du fonds de commerce. Cependant, dans le cadre des dispositions protégeant le fonds dans la loi du 30 avril 1951, le bail est alors essentialisé. En effet, les auteurs de la loi ont souhaité protéger le fonds de commerce principalement en garantissant la stabilité des baux commerciaux (79). Fonds de commerce et bail commercial sont donc liés.

IV. *Les immeubles*

21. L'immeuble est souvent essentiel au fonds de commerce. Sa situation attire la clientèle, il reçoit des aménagements spécifiques nécessaires à l'exploitation commerciale et devient souvent un réel instrument de production et de distribution pour les commerçants (80).

Pourtant, longtemps l'immeuble est exclu de la composition du fonds de commerce (81). Celui-ci ne doit contenir que des éléments mobiliers, «à l'exclusion des immeubles par nature et par destination» (82). La règle a ensuite été remise en cause, notamment par un arrêt de la Cour de Cassation (83).

Lorsqu'on examine les différentes législations portant sur le fonds de commerce, il est apparu qu'aucune n'exclut les immeubles de la composition du fonds de commerce. Ce constat permet donc d'autoriser un bien immeuble dans la composition du fonds. Il est alors

(78) P. GÉRARD, *op. cit.*, p. 376, n° 5.

(79) J.-B. BLAISE, «Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité», *Rev. trim. dr. comm.*, 1966, p. 843. Voyez également *infra*, n° 54 et n° 72.

(80) *Ibidem*.

(81) Voyez notamment la définition précitée de C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 1; pour de plus amples développements, voyez J.-B. BLAISE, *op. cit.*, pp. 827 et s.

(82) C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 5.

(83) Cass., 27 juin 1975, *Bull.*, 1975, p. 1052; voyez aussi G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 70; W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 26, n° 29. Précisons qu'en France, la règle n'a pas été infléchie.

considéré comme l'accessoire d'un objet mobilier (84), sans avoir pour conséquence d'enlever la qualité de meuble au fonds (85). Une décision intéressante confirme ceci : « sans doute le fonds de commerce comprend un bâtiment servant d'atelier et du matériel, immeuble par destination, mais tout le fonds de commerce constitue, en raison de son universalité, un meuble incorporel; les constructions et immeubles qui servent à l'exploitation de ce fonds en constituent un élément accessoire et inséparable; ils sont donc ameublés et obéissent aux règles qui gouvernent le fonds de commerce » (86). Cependant, selon J. Van Ginderachter, un tel ameublement ne vaut qu'entre parties, et non à l'égard des tiers (87).

V. Les créances et les dettes

22. Sont traditionnellement exclues, sauf convention contraire (88), de la composition du fonds les créances et les dettes, pour autant qu'elles ne soient pas issues des contrats en cours (89). Assimilées au « produit de l'exploitation antérieure du fonds », les créances et les dettes ne sont par conséquent pas des éléments indispensables à l'entreprise et à sa continuité (90).

(84) *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 796, n° 9. Voyez dans le même sens l'exposé des motifs de la loi du 30 mai 1931 qui précise que « la location d'un fonds de commerce ensemble avec l'immeuble où il est exploité est soustraite au champ d'application de loi si l'immeuble apparaît comme l'accessoire du fonds de commerce » (Projet de loi et exposé des motifs de la loi du 30 mai 1931, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1928-1929, séance du 21 décembre 1928, n° 64, pp. 3-4).

(85) M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 17 (voyez *infra*, n° 25).

(86) Comm. Gand, 11 décembre 1923, cité par M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 24. Voyez dans le même sens Liège, 9 janvier 1942, *Pas.*, p. 76; Bruxelles, 12 mai 1950, *J.C.B.*, 1950, p. 271; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 402, n° 443; J.-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 832.

(87) J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, pp. 81-82, n° 68.

(88) Voyez à ce titre l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 1970, *Pas. R.C.J.B.*, 1972, p. 320, note M. FONTAINE, « L'inclusion des 'créances, valeurs et espèces' dans la composition du fonds de commerce »; Liège, 8 mai 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 585; J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, pp. 24-25, n° 22; *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 796, n° 8 et 56; J. VAN DE VORST, *op. cit.*, p. 261; J. LIMPENS, « La notion du fonds de commerce en droit belge », *Rev. dr. int. et de dr. comp.*, 1950, p. 103; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 401-402, n° 433; M. FORGES, *op. cit.*, p. 947, n° 1140; M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, pp. 203-204.

A contrario, voyez M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 322 et s. L'auteur précise ceci : « à notre avis, [...], ces éléments font normalement partie du fonds de commerce, mais il est possible de les exclure à l'occasion d'une opération portant sur le fonds ».

(89) J. LIMPENS, « La notion du fonds de commerce en droit belge », *op. cit.*, p. 103; *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 796, n° 8.

(90) C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 4. Certains auteurs ont pourtant un point de vue différent. M. Fontaine estime que les créances font partie du fonds de commerce étant donné qu'elles « contribuent [au même titre que d'autres éléments] à la bonne marche de l'entreprise », *op. cit.*, pp. 324 et 327.

En revanche, les dettes et créances «conclues dans l'intérêt du fonds ainsi que les marchés en cours» rentrent dans la composition du fonds de commerce, et échappent donc à l'exclusion (91).

SECTION 4. – *L'apparition et la disparition du fonds de commerce*

23. Les auteurs se divisent quant au moment de l'apparition et de la disparition du fonds. Les partisans de la théorie essentialiste, qui voient dans la clientèle un élément constitutif essentiel, considèrent qu'un fonds existe dès l'instant où il acquiert une clientèle (92), ou encore dès le moment où les premiers clients sont servis (93). Le simple fait de réunir les éléments constitutifs du fonds ne suffit pas à lui donner vie, «encore faut-il que l'exploitation ait commencé» (94).

Les opposants à cette théorie, auxquels nous nous rattachons, estiment que le fonds existe dès le moment où il est possible d'attirer et de recevoir la clientèle, dès que l'exploitation commerciale ou artisanale est ouverte au public (95). Pour ceux-ci, nul besoin de servir la clientèle, celle-ci étant la finalité du fonds constitué.

24. Quant à la fin de l'existence du fonds de commerce, la théorie essentialiste voit dans la disparition de la clientèle la cause de son extinction (96). L'autre courant doctrinal estime, pour sa part, qu'il y a disparition lorsque le fonds ne contient plus que des éléments qui ne lui permettent plus de répondre «au but en vue duquel les diverses valeurs originaires ont été groupées» (97).

En tout état de cause, il disparaît d'office lorsqu'il est réduit à un seul et unique élément, le fonds étant défini comme un ensemble de composants (98).

(91) M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 39.

(92) J. DUPOUX, J. HELAL, *op. cit.*, p. 21.

(93) M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, pp. 33-34.

(94) J. DUPOUX, J. HELAL, *op. cit.*, p. 21.

(95) *Ibidem*, pp. 21-22; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 397, n° 434; M. FORGES, *op. cit.*, p. 946, n° 1136.

(96) J. DUPOUX, J. HELAL, *op. cit.*, p. 24.

(97) J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, pp. 28-29, n° 28; M. FORGES, *op. cit.*, p. 946, n° 1136. À titre d'exemple, lorsque la localisation du commerce est un élément essentiel, le fonds disparaît lorsque le bail prend fin.

(98) J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, pp. 28-29, n° 28.

SECTION 5. – *Caractéristiques du fonds de commerce*

25. Le fonds de commerce est une chose mobilière répondant au prescrit de l'article 528 du Code civil (99). Qu'il soit constitué de biens meubles ou immeubles, il conserve son caractère mobilier. Plusieurs conséquences découlent de cette caractéristique : il ne peut être grevé ni d'hypothèque ni de servitude, le vendeur sur fonds de commerce dispose du privilège du vendeur d'effets mobiliers, etc. (100).

26. Le fonds de commerce est également de nature incorporelle (101), qu'il soit composé d'éléments corporels ou incorporels (102). Ce caractère « résulte du fait que les éléments du fonds de commerce sont coordonnées et mis en œuvre sous l'inspiration d'une idée abstraite : la volonté de faire de leur ensemble un instrument de lucre » (103).

La conséquence principale réside dans la non-application des articles 2279 et 1141 du Code civil (104).

27. Enfin, le fonds de commerce est un corps non consommable et non fongible. « Le fonds de commerce continue à subsister tant par la conservation des objets qui ne sont pas destinés à être vendus que par le renouvellement successif des marchandises et du matériel qui en font partie » (105). Il subsiste malgré son exploitation active – et normale – qui engendre le remplacement des éléments consommés (106).

(99) W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 25, n° 28; M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 23; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 397, n° 436; M. FORGES, *op. cit.*, p. 942, n° 1126; *Pandectes belges*, v° Fonds de commerce, 1151, nos 10 et 12; Gand, 30 mars 1988, *T.G.R.*, 1988, p. 69; Liège, 9 janvier 1942, *Pas.*, 1942, II, p. 76.

(100) Voyez M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, pp. 25-27.

(101) *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 797, n° 12; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 397, n° 436; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 70; L. VOGEL, *op. cit.*, p. 400, n° 444; A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 5.

(102) W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 23, n° 23; G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 70; J. VAN DE VORST, *op. cit.*, p. 259, n° 2; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 397, n° 436; M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 27.

(103) M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 27.

(104) Gand, 30 mars 1988, *T.G.R.*, 1988, p. 69; M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 28; J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 85, n° 70; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 398, n° 436; W. GOOSENS, *op. cit.*, pp. 23-24, nos 24 et 25; M. FORGES, *op. cit.*, p. 942, n° 1127; L. VOGEL, *op. cit.*, p. 400, n° 444; A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 5; *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 797, n° 12.

(105) M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 30; voyez aussi J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, pp. 29 et 83, nos 29 et 69; *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 797, nos 11 et 12; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 398, n° 437.

(106) *R.P.D.B.*, v° Fonds de commerce, p. 797, n° 11; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 398, n° 437; M. FORGES, *op. cit.*, p. 943, n° 1130; C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 8; J. VAN GIN-

SECTION 6. – *Statut du fonds de commerce*

28. Diverses théories ont été développées pour qualifier le statut du fonds de commerce. Les travaux préparatoires de la loi de 1931 précisent à cet égard que «l'on se dispute abondamment sur la nature juridique de ce fonds» (107). Ces théories vont du simple agglomérat de biens et de valeurs à l'existence d'une personnalité juridique distincte, en passant par le patrimoine d'affectation et l'universalité de fait et de droit (108).

§1. *Un agglomérat de biens et de valeurs*

29. Certains auteurs considèrent le fonds comme un agglomérat d'éléments divers et disparates, tout en lui reconnaissant néanmoins une certaine unité économique (109). J. Limpens fut un ardent défenseur de cette théorie. Il estimait que «le fonds ne saurait être considéré comme une entité juridique nouvelle puisqu'il n'est pas doué d'un régime juridique propre» (110).

30. Cette thèse ne peut être suivie à partir du moment où il existe une coordination des éléments établie «sous l'inspiration d'une idée abstraite, la volonté de faire de leur ensemble un instru-

DERACHTER, *op. cit.*, p. 83, n° 69, «ses éléments consommables doivent être renouvelés sans cesse afin de conserver sa puissance productive et ils deviennent ainsi inconsumables».

À titre d'exemple, les marchandises peuvent être remplacées, le bail peut faire l'objet de modification, etc.

(107) Projet de loi et exposé des motifs de la loi du 30 mai 1931, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1928-1929, séance du 21 décembre 1928, n° 64, p. 2; Cass., 12 mars 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 187. Voici un considérant intéressant de cet arrêt : «attendu qu'aucune loi ne définit, au point de vue du droit civil, la notion de fonds de commerce, dont la nature juridique fait l'objet de controverses en doctrine et en jurisprudence».

(108) A. DE CALUWÉ, G. VAN FRAEYENHOVEN, *La protection du fonds de commerce* (recyclage en droit – session 1982 – questions d'actualité en droit commercial), Bruxelles, Centre des Facultés Universitaires Catholiques pour le recyclage en droit, 1982, pp. 1-2; J. LIMPENS, «La notion de fonds de commerce en droit belge», *op. cit.*, p. 104, n° 10; W. VAN GERVEN, H. COUSY, J. STUYCK, *op. cit.*, pp. 148-149, n° 114; J. LIMPENS, note sous Cass. (1^{re} chambre), 28 avril 1949, *R.C.J.B.*, 1950, pp. 101-102.

(109) J. LIMPENS, «La notion du fonds de commerce en droit belge», *op. cit.*, pp. 98 et s., n° 1 et s.; J. LIMPENS, note sous Cass. (1^{re} chambre), 29 avril 1949, *op. cit.*, p. 102; W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 21, n° 21; J. VAN DE VORST, *op. cit.*, p. 257, n° 1.

(110) J. LIMPENS, «La notion du fonds de commerce en droit belge», *op. cit.*, p. 99, n° 3; J. LIMPENS, note sous Cass. (1^{re} chambre), 28 avril 1949, *op. cit.*, p. 102. L'auteur précise néanmoins que d'une certaine façon, la théorie de l'assemblage qu'il défend et la théorie de l'universalité se rejoignent. «En effet pour les uns le fonds de commerce est une universalité, bien qu'il ne le soit pas à tous égards; pour les autres le fonds de commerce n'est qu'un assemblage de valeurs disparates, bien qu'en certaines circonstances, cet assemblage offre des symptômes de cohésion». Voyez J. LIMPENS, «La notion du fonds de commerce en droit belge», *op. cit.*, p. 107, n° 13 ainsi que J. LIMPENS, note sous Cass. (1^{re} chambre), 28 avril 1949, *op. cit.*, p. 103.

ment de lucre»(111), cette idée abstraite étant «essentielle pour qu'il y ait fonds de commerce et non plus agglomérat d'éléments disparates» (112).

§2. Une personnalité juridique propre

31. Un courant doctrinal, isolé, a estimé que le fonds de commerce jouissait d'une personnalité juridique propre, «indépendante de celle du commerçant qui en est le propriétaire» (113), disposant de ses propres droits et obligations (114). Rapidement, cette vision est écartée, ayant fait très peu d'adeptes.

En effet, la personnalité juridique ne peut être attribuée sans fondement légal. La Cour de cassation a confirmé, en termes clairs, le rejet de cette théorie dans son arrêt du 6 novembre 1970 : «le fonds de commerce n'est pas une personne morale et n'a pas de patrimoine distinct de celui du commerçant» (115).

§3. Un patrimoine particulier

32. D'autres auteurs ont soutenu que le fonds de commerce pouvait s'appréhender comme un patrimoine spécifique, composé d'un actif propre et d'un passif propre (116). En d'autres termes, «l'ensemble des biens affecté par le commerçant à son activité commerciale [constituerait] un patrimoine d'affectation» (117). Le fondement de cette théorie résidait dans des lois fiscales du 24 août 1919 et du 10 août 1923 qui consacraient, d'un point de vue fiscal, le fonds de commerce comme un réel patrimoine particulier (118). Les lois ayant été abrogées, la théorie s'est rapidement retrouvée sans aucun fondement juridique, de sorte qu'elle fut presque unanimement rejetée (119).

(111) J.-G. RENAULD, *op. cit.*, p. 351; A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 3.

(112) *Ibidem*.

(113) M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 17.

(114) W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 12, n° 10; L. VOGEL, *op. cit.*, p. 396, n° 440.

(115) Cass., 6 novembre 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 322.

(116) W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 13, n° 11; J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 12, n° 9.

(117) J. DUPOUX, J. HELAL, *op. cit.*, p. 32. Voyez dans le même sens L. VOGEL, *op. cit.*, p. 396, n° 440.

(118) J. LIMPENS, note sous Cass. (1^{re} chambre), 28 avril 1949, *op. cit.*, p. 101; W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 13, n° 11; J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 12, n° 9. Les travaux parlementaires de la loi de 1923 précisent que le fonds est «une individualité juridique tout à fait distincte des éléments qui le composent, ayant son actif et son passif propres».

(119) Cass., 6 novembre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 200; W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 14, n° 11; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 394, n° 432; M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 17, n° 9 et p. 18, n° 10; A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 2.

Un autre argument en faveur du rejet de cette théorie peut être trouvé dans le principe de l'unité du patrimoine contenu aux articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, une personne ne pouvant détenir qu'un seul et unique patrimoine, de sorte que le fonds ne peut pas être conçu comme un second patrimoine (120).

§4. *Une universalité*

33. Aujourd'hui, la grande majorité des auteurs accepte le fait que le fonds de commerce représente une entité juridique distincte des éléments qui la compose (121), lui permettant d'être soumis à des opérations juridiques diverses. Cette entité dispose de sa propre valeur, dont le montant est généralement supérieur à la somme des valeurs des éléments qui composent le fonds. Appelée le *goodwill* (122), cette valeur intrinsèque au fonds, issue de «la puissance de production qui caractérise l'ensemble» (123), répond à l'aspiration des commerçants à voir le fruit de leur travail valorisé.

Lorsqu'il s'agit de traduire cette unité économique en un concept juridique, les choses deviennent plus ardues. Le fonds de commerce est considéré comme une universalité, mais il reste à déterminer s'il s'agit d'une universalité de droit ou de fait.

I. *Une universalité de droit*

34. Les partisans de la théorie de l'universalité de droit voient dans le fonds une «universalité juridique comprenant les créances et les dettes de l'exploitation» (124). En effet, «pour que le fonds de commerce puisse constituer une universalité de droit, il faudrait, [...] qu'il englobe tous les droits liés au fonctionnement de l'exploitation» (125). Or, créances et dettes n'entrent pas dans la

(120) M. VERCROYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 18, n° 10.

(121) A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 3; C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 7; M. FORGES, *op. cit.*, p. 941, n° 1125.

(122) Le *goodwill* correspond «à la différence entre la capacité productive d'une entreprise et la rentabilité normale du capital qui y est investi», voyez J.-P. NEMERY DE BELLEVAUX, *op. cit.*, p. 321. Cet auteur précise néanmoins que la valeur globale pourrait aussi être inférieure à l'addition de l'ensemble des éléments qui forment le fonds de commerce. Voyez aussi G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 73.

(123) J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, pp. 29-30, n° 29.

(124) J. DUPOUX, J. HELAL, *op. cit.*, p. 32. Voyez dans le même sens L. VOGEL, *op. cit.*, p. 396, n° 440.

(125) P. LE FLOCH, *op. cit.*, p. 80.

composition du fonds de commerce, excluant la qualification d'universalité de droit (126).

35. Quelques auteurs ont tenté d'invoquer «une universalité de droit en devenir» (127). Se fondant sur le fait que le législateur a organisé un statut juridique propre pour certaines opérations juridiques (la mise en gage), ces auteurs voyaient dans le fonds une entité juridique distincte soumise à un régime juridique distinct et particulier pour certaines opérations juridiques.

II. Une universalité de fait (128)

36. Depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 4 février 1954 (129), la majorité de la jurisprudence, tant commerciale que civile, considère que le fonds de commerce est une universalité de fait (130), «objet de droit et non sujet de droit puisqu'elle n'a pas la personnalité juridique» (131). Considéré comme une universalité de fait, le fonds «ne serait qu'un amas de valeurs entre lesquelles aucun lien juridique n'existe et dont chacune conserve son individualité particulière et sa nature propre» (132). Cependant, il est difficile de nier qu'un lien réunit l'ensemble des éléments qui constituent le fonds. Plus qu'un simple conglomerat de valeurs et d'éléments divers, il existe bel et bien une affectation commune liée à la réalisation du fonds de commerce (133), ce qui en fait une universalité de fait. Chaque élément conserve ainsi son individualité juridique propre tout en présentant une unité de destination (134),

(126) A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 4; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 394-395, n° 432. Voyez *supra*, n° 22.

(127) W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 19, n° 17; P.-A. FORIERS, R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 15; R.P.D.B., v° Fonds de commerce, p. 797, n° 10.

(128) Pour un examen plus minutieux de l'universalité de fait, voyez P. LE FLOCH, *op. cit.*, pp. 91 et s., n°s 92 et s.

(129) Cass., 4 février 1954, *J.C.B.*, 1955, p. 368.

(130) Voyez notamment Cass., 9 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 138; Gent, 30 mars 1988, *T.G.R.*, 1988, p. 71; Comm. Charleroi, 3 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 718; Liège, 1^{er} octobre 1996, *J.T.*, 1997, p. 276.

Voyez en doctrine G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 69; M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 20; W. GOOSENS, *op. cit.*, p. 18, n° 17; J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 394, n° 432; W. VAN GERVEN, H. COUSY, J. STUYCK, *op. cit.*, p. 149, n° 114; L. VOGEL, *op. cit.*, p. 397, n° 440.

(131) A. DE CALUWÉ, G. VAN FRAEYENHOVEN, *op. cit.*, p. 2.

(132) J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, p. 64, n° 53. Cet auteur voit dans le fonds de commerce une entité juridique nouvelle, *sui generis*, admise comme une universalité mixte, issue à la fois de l'universalité de droit et de l'universalité de fait (voyez pp. 68 et s., n°s 57 et s.). Cette théorie n'a pas été suivie par la doctrine.

(133) J. DUPOUX, J. HELAL, *op. cit.*, p. 34; M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 16.

(134) L. VOGEL, *op. cit.*, p. 396, n° 439.

de sorte que chaque élément est susceptible de faire l'objet d'opérations juridiques, en étant soumis à son propre régime juridique (135).

L'universalité de fait est entendue comme «un ensemble de biens ou d'éléments purement actifs, de nature identique ou différente, qui conservent par rapport au bien unitaire constitué par l'universalité de fait, pris en soi, une large individualité; l'ensemble des biens ou éléments réunis par une communauté de destination est susceptible de faire l'objet d'un droit de propriété et constitue dans les opérations dont il est l'objet un bien au sens technique et scientifique du mot» (136).

37. Cette qualification fait cependant l'objet de certaines critiques doctrinales. On lui reproche essentiellement d'être ambiguë et vague, ne permettant que de constater un «état de fait» sans pouvoir l'expliquer (137), et n'ayant pas «d'autre utilité que d'exprimer l'union qui existe entre les divers éléments du fonds; mais elle est insuffisante pour exprimer un caractère essentiel du fonds : celui-ci n'acquiert une valeur que dans la mesure où ses éléments sont susceptibles d'attirer ou de conserver une clientèle déterminée» (138). Cette qualification n'est, en outre, pas de nature à se voir attribuer un régime juridique particulier (139).

38. Dans l'état actuel de notre droit, la théorie de l'universalité de fait nous paraît être la plus encline à traduire les aspirations des commerçants. Seule une intervention du législateur permettrait de mettre fin aux ambiguïtés qui entourent le statut juridique du fonds de commerce.

(135) *Ibidem*; C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 8.

(136) GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse, Bordeaux, 1931, p. 326, cité par M. VERCRUYSE, E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 20.

(137) J. DUPOUX, J. HELAL, *op. cit.*, p. 34.

(138) J. VAN RYN, J. HEENEN, *op. cit.*, p. 395, n° 432.

(139) P. LE FLOCH, *op. cit.*, p. 92, n° 93.

CHAPITRE II. – LE FONDS DE COMMERCE
TEL QU'APPRÉHENDÉ PAR LA LOI SUR LES BAUX COMMERCIAUX

SECTION 1. – *Évolutions législatives (140)*

§1. *Contexte socio-économique et revendications des commerçants*

39. «La loi sur les baux commerciaux est issue d'une longue campagne menée par des commerçants, exposés, sous le régime du Code [civil] à devoir délaisser, sans indemnité, à la fin de bail, leur fonds de commerce et, partant, le fruit d'années de travail» (141). Le droit commun du bail, tel qu'organisé par le Code civil, permettait en effet au bailleur de bénéficier, à l'échéance du bail, du résultat du fonds de commerce exploité par le preneur dans les lieux loués. Il pouvait ainsi librement soit s'installer lui-même dans les lieux loués et profiter de la clientèle attachée au fonds de commerce du preneur évincé, soit y installer un concurrent de ce dernier, contre des avantages financiers.

40. Les revendications des commerçants susceptibles d'être ainsi évincés et de perdre, sans compensation, leur fonds de commerce trouvaient surtout leur source dans l'évolution socio-économique qui a marqué la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle. En effet, depuis lors, «plus qu'autrefois, le succès du commerçant dépend de son emplacement; le client ne suit plus le détaillant qui se déplace» (142). Le détaillant doit en outre faire face à la concurrence de plus en plus féroce des autres commerçants et des grandes entreprises. Sans protection légale, il se trouvait donc, en fin de bail, dans un état d'infériorité manifeste à l'égard de son bailleur pour en négocier le renouvellement.

Pendant l'entre-deux-guerres, les commerçants sont descendus dans la rue pour réclamer une meilleure protection de leurs fonds de commerce, qui devait être assurée par la garantie d'une plus grande

(140) Pour un historique complet des projets de loi et dispositions législatives ayant précédé la loi du 30 avril 1951, voy. W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, pp. 29 et s., n^{os} 1 et s.; I. MARGREVE, «De la protection des locataires commerçants», *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1961, pp. 517 et s.; J. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, pp. 10 et s., n^{os} 5 et s. Voyez ce même auteur pour une analyse détaillée des travaux parlementaires ayant abouti à la loi du 30 avril 1951.

(141) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 1, n^o 1348.

(142) *Ibidem*, n^o 1349.

stabilité de leurs droits locatifs ou par le paiement d'une indemnité en cas d'éviction par le propriétaire des lieux.

§2. *Une première réponse du législateur : la loi du 30 mai 1931*

41. Le législateur ne pouvait laisser les locataires commerçants plus longtemps à la merci de certains bailleurs abusant de leur situation de supériorité en fin de bail. Il apporta une première (et timide) réponse aux revendications des commerçants par la loi du 30 mai 1931. Cette législation ne rencontrait que partiellement les revendications des locataires commerçants (143) : elle réputa non écrites les clauses résolutoires expresses (article 1762*bis* du Code civil) et rendit inopérante l'interdiction de cession du bail lorsque celle-ci se faisait conjointement avec la cession du fonds de commerce. Cette loi accordait en outre, dans certains cas, au preneur évincé une indemnité qui ne pouvait dépasser les douze derniers mois de loyer et qui était soumise à de rigoureuses conditions (144).

§3. *Les travaux préparatoires de la loi du 30 avril 1951*

42. Le premier projet de loi sur la protection du fonds de commerce fut déposé le 20 novembre 1946 (145). La procédure aboutit à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, en vue de la protection du fonds de commerce. Près de cinq années de travaux parlementaires ont donc été nécessaires à son élaboration (146). Il fallait en effet concilier les revendications des locataires commerçants et des propriétaires des immeubles, les uns souhaitant conserver la valeur de leur fonds de commerce et éviter qu'elle ne se retrouve dans les mains de tiers, les autres cherchant à maintenir leur droit de propriété libre. Le législateur a donc «tenté dans la loi nouvelle de rechercher un “point d'équilibre” entre la protection du fonds de commerce et le respect des intérêts légi-

(143) Elle leur refusait en effet la durée minium du bail, le droit de préférence au renouvellement et le droit d'effectuer des transformations dans l'immeuble contre la volonté du bailleur.

(144) H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 800-801, n° 779; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 1, n° 1351.

(145) Exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1946-1947, séance du 20 novembre 1946, n° 24.

(146) «Les travaux parlementaires ont été longs; précieuses sources d'interprétation, il faut cependant les analyser avec prudence; avant de recevoir leur forme définitive, bien des textes ont été modifiés, et bien des discussions, dépassées» (M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 2, n° 1352).

times du propriétaire d'immeuble» (147). L'objectif principal des auteurs de la loi était la protection et la stabilisation du fonds de commerce et, par conséquent, la protection des intérêts du commerçant, locataire de l'immeuble commercial (148). Cependant, il serait faux de considérer que la loi protège seulement le preneur, certaines dispositions étant prises en faveur du propriétaire (149)-(150). D'autres encore prennent en compte les intérêts des deux parties.

43. Le premier projet de loi était constitué de deux parties, l'une portant sur le «bail de l'établissement à usage industriel ou commercial», l'autre portant sur «la vente et le nantissement du fonds de commerce» (151). Au fil des amendements et des examens du projet, cette seconde partie ne fut pas retenue. La loi actuelle ne contient donc aucune disposition relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce. Or le but initial de la loi était de le doter d'un véritable régime juridique particulier apte à protéger efficacement le commerçant, propriétaire du fonds, dans ses diverses

(147) Rapport des Commissions réunies de la Justice et des Affaires Economiques chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de Commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord. 1948-1949, séance du 19 mai 1949, n° 384, p. 2; Rapport complémentaire des Commissions réunies de la Justice et des Affaires Economiques et des Classes Moyennes chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du fonds de commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord. 1949-1950, séance du 6 décembre 1949, n° 36, p. 3; S. DAVID-CONSTANT, «L'indemnité d'éviction, mode de protection du fonds de commerce en matière de bail commercial», note sous Cass. (1^{ère} chambre), 24 mars 1966, *R.C.J.B.*, 1966, p. 111.

(148) Cass. (1^{ère} chambre), 20 septembre 2001, *R.C.J.B.*, 2003, p. 545; J.P. Ixelles (1^{er} canton), 22 août 1983, *J.J.P.*, 1985, p. 105; M. MATTHYS, «Baux commerciaux : l'indemnité d'éviction, conséquence de la perte du Fonds de commerce et non du droit au bail», note sous; J.P. Ixelles (1^{er} canton), 22 août 1983, *J.J.P.*, 1985, p. 107; P. GÉRARD, *op. cit.*, p. 383, n° 12; J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 531; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 21; C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 28.

(149) B. LOUVEAUX, *op. cit.* p. 21; Rapport des Commissions réunies de la Justice et des Affaires Economiques chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de Commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord. 1948-1949, n° 384, pp. 1-2; Rapport fait au nom de la Commission des Affaires économiques et des Classes Moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, séance du 19 novembre 1947, n° 20, p. 4.

(150) C'est notamment le cas de l'article 14, alinéa 1^{er} de la loi fixant les formalités de la demande de renouvellement (Cass., 19 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 928).

(151) Les deux pôles devaient être réglés afin d'obtenir une protection optimale du fonds de commerce. L'exposé des motifs précise que «à côté de [la stabilité du fonds de commerce] assurée par une réglementation minutieuse du bail et faisant l'objet du chapitre 1^{er} du projet, il était indispensable d'établir, enfin, certaines règles assurant son maximum d'efficacité au nantissement du fonds et entourant la vente de celui-ci de toutes les garanties nécessaires dans l'intérêt de toutes les parties contractantes et des tiers; c'est là l'objet du chapitre II», exposé des motifs du projet de loi sur la protection du fonds de commerce, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1946-1947, séance du 20 novembre 1946, n° 27, p. 2.

opérations juridiques. Cet objectif de départ, ambitieux, n'est donc, en définitive, pas totalement atteint (152).

44. Au fil des examens par les Chambres, le titre de la loi a été modifié plusieurs fois. Initialement, le projet de 1946 s'intitulait «projet de loi sur la protection du fonds de commerce». On ne pouvait être plus clair sur l'intention de ses rédacteurs. Il fut ensuite modifié pour devenir un projet de loi «sur les baux commerciaux en vue de la protection du fonds de commerce». Ce changement s'explique par la volonté de «donner, avant tout, aux baux commerciaux un statut stable. Cependant, les Commissions ont voulu que fut maintenu dans la seconde branche du titre, le but économique et social de la loi», la protection du fonds de commerce (153). C'est d'ailleurs au sein de ce même rapport qu'il est fait mention de la volonté d'insérer la future loi au sein du Code civil. Précisons enfin que par la suite, un amendement a été déposé en vue de supprimer la deuxième branche du titre. Celui-ci a été rejeté s'appuyant sur l'utilité «de rappeler le but économique de la loi» (154). Le rapport continue en précisant néanmoins que «la mention de ce but ne sera d'ailleurs pas conservée dans la pratique puisque le projet s'insère dans le Code civil». Cette prédiction s'est totalement confirmée. En effet, les praticiens ont rapidement abandonné cette mention, de sorte qu'aujourd'hui, on en vient à oublier que la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux est établie «en vue de la protection du fonds de commerce». Cet objectif, fondamental, se reflète cependant dans une série de dispositions que l'on ne peut totalement comprendre qu'en s'y référant.

SECTION 2. – *Le fonds de commerce :* *un intérêt privé à protéger*

45. Le premier projet contenait un article 42 énonçant que «sont nulles et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les stipulations

(152) Précisons que seul le gage fait l'objet d'un régime spécifique en vertu de la loi du 25 octobre 1919. Les autres opérations juridiques sont soumises au droit commun.

(153) Amendement, *Doc. Parl. Sénat*, sess. extr. 1949, n° 12, p. 1; Rapport complémentaire des Commissions réunies de la Justice et des Affaires Economiques et des Classes Moyennes chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de Commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord. 1949-1950, séance du 6 décembre 1949, n° 36, p. 4.

(154) Rapport complémentaire fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes Moyennes par M. HUMBLET, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1950-1951, séance du 23 janvier 1951, n° 207, p. 1.

contraires aux dispositions de la présente loi, ainsi que toutes conventions conclues en vue d'en éluder l'application». Cet article n'est pas repris dans la version finale de la loi. La question de la nature des dispositions de la loi s'est dès lors posée : sont-elles supplétives, de sorte qu'il serait possible d'y déroger par convention ou, si une telle dérogation n'est pas permise, est-ce compte tenu de leur caractère d'ordre public ou simplement impératif?

46. Initialement, la volonté était de conférer à la loi un caractère d'ordre public (155). Il est cependant aujourd'hui certain – et unanimement admis (156) – que ses dispositions n'ont pas ce caractère. En effet, selon la Cour de cassation, «n'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe dans le droit privé les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société» (157). Or, «nous ne sommes évidemment pas ici en présence d'une loi qui remplit ces conditions, mais plutôt d'une loi qui règle des intérêts privés, importants, c'est incontestable, mais privés quand même. Par conséquent, on peut conclure [...] que la loi sur les baux commerciaux [...] ne doit pas être considérée comme une loi d'ordre public [...]» (158).

47. Comme le précise W. Paternostre, «il n'est pas douteux que, vu le but de protection du fonds de commerce que le législateur s'est assigné, certaines dispositions de la loi doivent être rendues applicables nonobstant toute convention contraire» (159). Ces dispositions doivent donc être considérées comme impératives. L'auteur continue en précisant que «d'autres, par contre, sont laissées à la libre appréciation des parties» (160), ces dispositions étant supplétives; l'impérativité étant le principe et les possibilités de dérogations contractuelles l'exception : «toutes les dispositions

(155) Voyez le Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes Moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, n° 20, p. 53; C. DELFORGE, Y. NINANE, «La durée du bail commercial», in *Le bail commercial* (sous la dir. sc. de G. BENOIT, C. DELFORGE, P. JADOUL, G. ROMMEL, M. VRIES), Bruxelles, la Charte, 2008, p. 58, n° 11.

(156) A. LIMPENS, *op. cit.*, p. 553, n° 5; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 828, n° 782A; M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 11, n° 1372; A. GUSTOT, *op. cit.*, p. 23; Cass., 6 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1960, p. 156, note G. BAETEMAN, «Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés», pp. 158-174; Cass., 15 mars 1968, *J.T.*, 1968, p. 289.

(157) Cass., 9 décembre 1948, *J.T.*, 1949, p. 228; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 828, n° 782A.

(158) *Ann. Parl. Sénat*, sess. ord. 1950-1951, séance du mardi 24 avril 1951, p. 1251.

(159) W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 62, n° 36.

(160) *Ibidem*.

auxquelles le texte lui-même ne permet pas de déroger, sont impératives» (161)- (162). La Cour de cassation a précisé, quant à elle, qu'il faut également admettre les dérogations conventionnelles lorsque la loi le permet implicitement : «toutes les dispositions de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux sont, en principe, impératives, les parties ne pouvant y déroger que lorsque cette faculté leur est expressément ou implicitement reconnue» (163). Dès lors, le juge, confronté à une disposition de la loi dont il devra définir le caractère impératif ou supplétif devra non seulement «examiner si la disposition litigieuse contient une formule expresse permettant aux parties d'y déroger» (164), mais également «tenir compte de l'esprit de la loi, et décider en fonction des intérêts que la règle légale visée a eu pour but de protéger» (165).

La loi, telle que nous la connaissons aujourd'hui, est constituée de trois types d'articles. La majorité des dispositions qu'elle contient est de nature impérative (166). Elles ne laissent aucune latitude aux parties, le législateur ayant instauré un régime auquel on ne peut déroger (167). Poursuivant des intérêts privés et n'entraînant que la nullité relative des dispositions qui y dérogeraient, il est important d'identifier la partie que ces dispositions entendent protéger (168). Cette nullité pourra en effet être couverte par la partie ainsi réputée faible. Il sera en outre possible d'y déroger à la condition que la convention établisse un régime plus favorable à cette partie. Les dispositions impératives de la loi sont majoritairement établies en vue de protéger le preneur commerçant contre le propriétaire bailleur de

(161) Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes Moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1950-1951, séance du 19 décembre 1950, n° 124, p. 3; *Ann. Parl. Sénat*, sess. ord. 1950-1951, séance du mardi 24 avril 1951, pp. 1251 et s.

(162) A. LIMPENS, *op. cit.*, p. 553, n° 5; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 20; A. GUSTOT, *op. cit.*, p. 23; A. DEVREUX, *Les baux commerciaux*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1993, p. 5, n° 3; M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, pp. 12 et s., n°s 1373 et s.

(163) Cass., 10 juin 1954, *J.T.*, 1954, p. 859; Cass., 19 mars 1971, *Pas.*, 1971, I, 670.

(164) W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, pp. 72-73, n° 40; A. LIMPENS, *op. cit.*, p. 553, n° 5.

(165) M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, n° 1373. Il a ainsi été reconnu que la solidarité mise à charge du preneur originaire en cas de cession du bail commercial ou de sous-location prévue par l'article 11.III n'était pas de nature impérative, même si la loi n'autorise pas expressément qu'on y déroge (Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes Moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, séance du 19 novembre 1947, n° 20, p. 26).

(166) «En ses dispositions essentielles, à la base même de la protection quelle organise, [la loi] s'applique par voie d'autorité» (M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, n° 1373).

(167) W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 63, n° 37.

(168) B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 20, n° 8.

l'immeuble dans lequel l'activité commerciale est exercée (169). Ce n'est cependant pas toujours le cas, certaines dispositions protégeant les intérêts du bailleur (170) et d'autres encore ont été adoptées dans l'intérêt des deux parties (171).

Une deuxième catégorie d'articles est de nature supplétive, la loi permettant aux parties d'y déroger par convention (172), moyennant, pour certains d'entre eux, le respect de certaines conditions de forme (173).

Le troisième type d'articles ne permet de dérogations que lorsque le droit qu'ils garantissent est acquis dans le chef d'une partie (174)-(175).

SECTION 3. – *La loi réserve sa protection au fonds de commerce de détail établi dans un immeuble auquel la clientèle est attachée*

§1. *Champ d'application de la loi*

I. *Les baux protégés*

48. L'article 1^{er} de la loi précise que « tombent sous l'application de la présente section les baux d'immeubles ou de parties d'immeubles qui, soit de manière expresse ou tacite dès l'entrée en jouissance du preneur, soit de l'accord exprès des parties en cours de bail, sont affectés principalement par le preneur ou par un sous-locataire à l'exercice d'un commerce de détail ou à

(169) Tel est le cas notamment de l'article 3 relatif à la durée du bail et de l'article 10 organisant la cession et la sous-location accompagnée de la cession ou de la sous-location du fonds de commerce.

(170) C'est notamment le cas de l'article 14, alinéa 1^{er} de la loi fixant les formalités de la demande de renouvellement (Cass., 19 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 928).

(171) C'est notamment le cas de l'article 6 ouvrant le droit à la révision triennale du loyer (H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 834, n° 782D).

(172) Voyez l'article 9 («sauf convention contraire»).

(173) Voyez l'article 3, alinéa 4 («à condition que leur accord soit constaté par acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge»), et l'article 13, alinéa 1 («sauf accord des parties constaté par un acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge»).

(174) W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 63, n° 38; A. LIMPENS, «Loi du 30 avril 1951, article 25, alinéa final : portée de son caractère impératif», note sous Cass. (1^{re} chambre), *R.C.J.B.*, 2003, p. 553, n° 5.

(175) Voyez l'article 25 («sauf accord des parties survenant après l'ouverture de ce droit»), l'article 29 («nonobstant toute convention contraire, antérieure à la naissance du litige»).

l'activité d'un artisan directement en contact avec le public» (176).

49. De l'exigence d'un bail portant sur un immeuble ou une partie d'immeuble, il se déduit que la loi ne s'applique pas à la location d'un fonds de commerce seul (177).

En outre, la loi ne s'applique pas à toute activité commerciale ou artisanale. Elle ne protège que le commerce de détail, et les artisans, directement en contact avec le public. Le champ d'application du projet initial était beaucoup plus large. Il avait en effet l'ambition, comme c'est le cas en France (178), d'assurer la protection de l'ensemble des propriétaires de fonds de commerce, qu'il s'agisse d'un détaillant, d'un grossiste ou d'un industriel. Ainsi, les locations d'usines ou de bureaux auraient bénéficié de la même protection que celles portant sur des magasins (179). Au cours des discussions parlementaires, la protection du fonds industriel fut considérée comme «indéfendable» par le Sénat (180). Considérant que «le commerce de détail était le principal intéressé à la réforme» et qu'une «opposition de vues entre les deux Chambres eût risqué de priver longtemps encore du bénéfice de la loi ceux qui l'attendent avec une

(176) Pour une analyse de l'ensemble de ces conditions, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, P.-A. FORIERS, «Le champ d'application de la loi», in *50 ans d'application de la loi sur les baux commerciaux. Actes du colloque du 21 mars 2002*, op. cit., pp. 7 et s.; P. GÉRARD, op. cit., p. 375, n° 5; J.-M. LETIER, «Le champ d'application de la loi», in *Le bail commercial* (sous la dir. sc. de G. BENOIT, C. DELFORGE, P. JADOUL, G. ROMMEL, M. VLIES), Bruxelles, la Chartre, 2008, pp. 14 et s., n°s 3 et s.; J.-M. LETIER, «Champ d'application», in *Le bail commercial* (sous la dir. de P. JADOUL), Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 1 et s.; A. DEVREUX, *Les baux commerciaux*, op. cit., pp. 11 et s., n°s 7 et s.; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, T. LÉONARD, Y. POULLET, op. cit., pp. 99 et s., n°s 193 et s.; M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, op. cit., pp. 15 et s., n°s 1378 et s.

(177) Voyez le Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes Moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, séance du 19 novembre 1947, n° 20, p. 27; B. LOUVEAUX, op. cit., p. 96, n° 82. La loi accorde toutefois une indemnité d'éviction, dont le montant est fixé en équité par le juge, au locataire d'un fonds de commerce lorsque «le bail porte simultanément sur le bien loué et le fonds de commerce», à la condition que le preneur «établissee qu'il a augmenté l'importance du fonds de commerce d'au moins 15 %» (article 25, alinéa 6). Voy. *infra*, n° 77.

(178) Article L. 145-1 du Code de commerce français : «Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers, accomplissant ou non des actes de commerce».

(179) M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, op. cit., p. 3, n° 1352 et p. 23, n° 1387. Voy. également l'exposé des motifs du projet de loi sur la protection du fonds de commerce, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord. 1946-1947, séance du 20 novembre 1946, n° 27, p. 11.

(180) Rapport complémentaire des Commissions réunies de la Justice et des Affaires Economiques et des Classes Moyennes chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de Commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord. 1949-1950, séance du 6 décembre 1949, n° 36, p. 4.

légitime impatience» (181), les débats concernant une éventuelle extension de la protection furent reportés à plus tard (182). En réservant sa protection au seul commerce de détail, et à l'artisanat, en contact direct avec le public dans les lieux loués, le législateur a souhaité réserver la protection de la loi «à ceux dont l'achalandage dépend essentiellement de la localisation géographique du fonds» (183). Dès lors que la réforme de la loi s'inscrit dans l'évolution socio-économique décrite ci-dessus (184), tenant compte notamment de ce que la clientèle est plus attachée à l'emplacement du fonds de commerce qu'à son exploitant, cette limitation paraît toutefois légitime. On ne peut toutefois donner tort à I. Margreve lorsqu'elle souligne que «l'intitulé de la loi est [...] beaucoup trop compréhensif car les dispositions législatives sont loin de s'appliquer à tout bail contracté en vue d'une exploitation commerciale» (185).

II. *Les baux exclus du régime légal*

50. L'article 2 prévoit que certains baux, bien que répondant aux conditions de l'article 1^{er} ne bénéficient pas de la protection de la loi et demeurent donc soumis au droit commun. Ces exclusions concernent les baux de circonstance, les baux d'immeubles exemptés ou exonérés de précompte immobilier, les baux consentis par les administrateurs provisoires, les baux d'immeubles à revenu modique et les baux d'immeubles acquis pour cause d'utilité publique (186). Elles furent ajoutées au fil des travaux parlementaires. L'équilibre que souhaitait le législateur trouve ici application, ces exceptions représentant finalement des compensations offertes au bailleur-propriétaire (187).

(181) Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes Moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1950-1951, séance du 19 décembre 1950, n° 124, p. 2.

(182) M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 23, n° 1387.

(183) M. VERCRUYSE et E. LAUWERS, *op. cit.*, p. 177, n° 175.

(184) Voy. *supra*, n° 39.

(185) I. MARGREVE, *op. cit.*, p. 522.

(186) Pour une analyse de chacune des exclusions, voyez N. VERHEYDEN-JEANMART, P.-A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 26 et s.; J.-M. LETIER, «Le champ d'application de la loi», in *Le bail commercial* (sous la dir. sc. de G. BENOIT, C. DELFORGE, P. JADOUL, G. ROMMEL, M. VLIJES), Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 37, n°s 102 et s.; J.-M. LETIER, «Champ d'application», in *Le bail commercial* (sous la dir. de P. JADOUL), Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 33 et s.; A. DEVREUX, *Les baux commerciaux*, *op. cit.*, pp. 21 et s., n°s 24 et s.; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, T. LÉONARD, Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 103 et s., n°s 204 et s.; M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, pp. 77 et s., n°s 1534 et s.

(187) A. GUSTOT, *op. cit.*, p. 7; W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 52, n° 27.

III. *La protection du fonds de commerce du sous-locataire*

51. Dans le régime originellement mis en place par la loi du 30 avril 1951, était seul protégé «le preneur qui avait, sur le fonds de commerce, des droits de propriété ou au moins des droits de jouissance personnel» (188). La Cour de cassation décida en effet, dans un arrêt du 30 avril 1953 que l'affectation commerciale «ne pouvait être théorique», mais «devait être réalisée à l'égard du bailleur par le preneur lui-même» (189). Cela aboutissait à priver le preneur principal du régime de protection établi par et, partant, à ne réserver qu'une protection théorique au sous-locataire, exploitant du fonds de commerce (190). Il en résultait que les fonds de commerce de nombreux cafetiers, souvent sous-locataires, en raison de la tendance des brasseries à conclure des baux d'immeubles et à sous-louer (191), ne bénéficiaient pas de la protection accordée aux autres fonds de commerce de détail, et ce sans motif légitime.

52. Le législateur remédia à cette situation par une loi modificative du 29 juin 1955. C'est depuis lors que l'article 1^{er} précise que l'affectation commerciale accordant le bénéfice de la loi peut être effectuée «par le preneur ou par un sous-locataire». Ainsi, dans le but de protéger le sous-locataire, le texte accorde la protection de la loi au preneur principal, même lorsque ce dernier n'est pas l'exploitant du fonds de commerce hébergé dans les lieux loués.

Elle lui accorde également le droit de solliciter le renouvellement du bail principal dans le but de lui permettre de renouveler le bail du sous-locataire commercial. C'est donc au locataire principal que le preneur doit adresser sa demande de renouvellement. Toutefois, le sous-locataire dispose d'un droit direct au renouvellement, à l'égard du bailleur principal, s'il lui a dénoncé sa demande de renouvellement et si le locataire principal s'est abstenu de solliciter ce

(188) M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 31, n° 1399.

(189) Cass., 30 avril 1953, *J.T.*, 1953, p. 408.

(190) La loi est en effet applicable à la relation unissant le preneur principal et le sous-locataire. Le droit au renouvellement de ce dernier ne pouvait cependant s'exercer qu'à l'égard de son propre bailleur, preneur principal dès lors qu'il restait sans rapport avec le bailleur principal. Or, le preneur ne pouvait bien sûr lui garantir réellement une stabilité qui ne lui était pas garantie dans le cadre du contrat de bail principal.

(191) Dans le but d'imposer à l'exploitant, sous-locataire, des obligations de fournitures en bières (M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 32, n° 1400; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 823, n° 781a).

renouvellement ou s'il lui est refusé pour des motifs qui lui sont personnels (192).

La loi dispose en outre que «si la location principale prend fin avant l'échéance du bail par la faute, à l'initiative ou de l'accord du locataire principal, le sous-locataire devient le locataire direct du bailleur, aux conditions à déterminer de commun accord» ou, à défaut d'accord, aux conditions fixées par le juge de paix (193).

Enfin, la loi permet de répartir l'éventuelle indemnité d'éviction entre le preneur principal et le sous-locataire (194). Nous soulignerons toutefois ci-dessous que, l'indemnité d'éviction étant liée à la perte du fonds de commerce (195), le bailleur ne sera redevable d'aucune indemnité d'éviction envers le preneur principal lorsqu'il lui a refusé le bénéfice du renouvellement mais a conclu un bail direct avec le sous-locataire, de sorte que celui-ci est autorisé à se maintenir dans les lieux et à y exploiter son fonds de commerce (196). De même, la Cour de cassation refuse le bénéfice de l'indemnité d'éviction au preneur principal «lorsque seul le sous-locataire exerce des droits sur le fonds de commerce» et que «la perte du fonds de commerce du locataire résulte du refus de renouvellement opposé par le bailleur». En effet, dans ce cas, «seul le sous-locataire a droit à l'indemnité, à l'intervention du locataire principal» (197).

§2. *Un cas particulier : l'exclusion du fonds de commerce virtuel*

53. L'avènement de l'internet et spécifiquement de l'e-commerce n'a pas manqué de soulever de nouvelles questions juridiques. La question de l'existence d'un fonds de commerce virtuel s'est posée tout comme celle de sa soumission à la loi sur les baux commerciaux.

Nombre d'e-commerçants mettent en œuvre divers moyens afin d'attirer et de fidéliser une «e-clientèle». Au regard des définitions proposées ci-dessus, il faut admettre qu'un fonds de commerce peut se développer seulement virtuellement. En effet, «tout site de com-

(192) Article 11, II, alinéa 2.

(193) Article 11, II, alinéa 3.

(194) Article 25, alinéa 3.

(195) Voy. *infra*, n^{os} 75 et s.

(196) Cass., 8 février 1968, *J.T.*, 1969, p. 583; Cass., 4 mars 1971, *J.T.*, 1971, p. 864.

(197) Cass., 29 novembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1956.

merce électronique ouvert au public est bien un fonds de commerce en ce sens qu'il est destiné à créer et développer une clientèle, et ce indépendamment d'autres éléments matériels (matériel informatique, stock, etc.) ou incorporels (brevets, logiciels, bases de données, licences d'exploitations, etc.)» (198).

Ceci étant établi, il faut vérifier qu'un tel fonds puisse jouir de la protection établie par la loi sur les baux commerciaux de 1951. La première condition réside dans l'existence d'un contrat de bail portant sur un immeuble. Même si un parallèle peut être établi entre le contrat de bail et le contrat d'hébergement que conclut un e-commerçant pour que son site soit hébergé sur un serveur, rien ne nous permet de les assimiler totalement (199)-(200). La loi sur les baux commerciaux n'est donc pas applicable au contrat d'hébergement d'un fonds de commerce virtuel (201).

CHAPITRE III. – LA PROTECTION DU FONDS DE COMMERCE TELLE QU'ASSURÉE PAR LES DISPOSITIONS DE LA LOI SUR LES BAUX COMMERCIAUX

SECTION 1. – *La durée du bail commercial et des facultés de résiliation*

§1. *La durée du bail commercial*

54. L'article 3 de la loi sur les baux commerciaux en vue de la protection du fonds de commerce énonce que «la durée du bail ne peut être inférieure à neuf années».

Initialement, les commerçants souhaitaient la mise en place d'une durée illimitée, leur assurant une parfaite stabilité (202). Les propriétaires ne pouvaient admettre une telle revendication tant elle

(198) T. VERBIEST, M. LE BORNE, *op. cit.*, pp. 146-147.

(199) *Ibidem*, pp. 148 et s. Les auteurs ajoutent qu'il s'agit tout au plus d'un contrat de louage de choses, en admettant néanmoins dans certains cas l'existence d'un contrat mixte.

(200) La loi sur les baux commerciaux fait un parallèle entre l'activité commerciale et le lieu où cette activité prend place, de sorte qu'une protection de ces lieux est organisée. Un tel parallèle ne peut être fait pour le contrat d'hébergement, de sorte que cette protection n'est pas nécessaire.

(201) Pour le surplus, nous renvoyons à T. VERBIEST, M. LE BORNE, *op. cit.*, p. 148. Voyez également T. VERBIEST, «Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique?», *Journal du juriste*, 2003, liv. 23, p. 23.

(202) Exposé des motifs du projet de loi sur la protection du fonds de commerce, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1946-1947, séance du 20 novembre 1946, n° 27, p. 2; I. MARGREVE, *op. cit.*, p. 522.

mettait à mal leur droit de propriété (203). Les commerçants ont ensuite revendiqué, avec succès, la fixation d'un délai minimal de neuf ans accompagné de possibilités de renouvellement (204)-(205).

À la lecture de l'article 3, on en conclut que «le législateur s'est, par principe, 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» (206). Sans aucun doute, l'établissement d'un délai unique (207) de neuf années répond au souci de protéger le fonds de commerce du commerçant (208). Il lui assure une stabilité certaine pendant cette durée (209) ainsi qu'un moyen d'amortir et de valoriser le fruit de son travail (210). Les travaux préparatoires soulignent à ce titre que «pour que cette valorisation du fonds soit possible, il faut, nécessairement, que le commerçant, l'artisan, le

(203) Voyez W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 31, n° 2 et I. MARGREVE, *op. cit.*, pp. 522-523 qui soulignent les raisons avancées par les propriétaires pour refuser l'application d'un système comprenant une durée illimitée.

(204) A. GUSTOT, *op. cit.*, p. 7; W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, pp. 31, n° 2 et p. 51, n° 26.

(205) La durée du bail et le renouvellement de celui-ci sont les deux éléments assurant la stabilité du fonds de commerce. «Si la durée minimum du bail apparaît comme la condition première de la stabilité du fonds de commerce, il est une seconde condition sans laquelle cette stabilité ne pourrait être assurée complètement : c'est le droit de renouvellement du bail pour une durée égale, en principe, à celle du bail en cours» (Exposé des motifs du projet de loi sur la protection du fonds de commerce, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1946-1947, séance du 20 novembre 1946, n° 27, p. 6). Voy. également 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*, *op. cit.*, p. 33.

(206) C. DELFORGE, Y. NINANE, *op. cit.*, p. 56, n° 8.

(207) Initialement, le projet de 1949 établissait deux délais : d'une part, un délai de 9 années, d'autre part un délai de 12 années «si dès l'entrée en jouissance, le preneur est tenu, légalement ou contractuellement, d'effectuer à ses frais des travaux d'aménagement, ou des transformations dont le coût, dans tous les cas, s'élève au moins au montant d'une année de loyer en y comprenant les charges». Voyez l'exposé des motifs du projet de loi sur la protection du fonds de commerce, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1946-1947, séance du 20 novembre 1946, n° 27, pp. 2-3 et 32 et le Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, séance du 19 novembre 1947, n° 20, pp. 9 et s.

(208) W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 31, n° 2, et p. 51, n° 26; Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Economiques et des Classes Moyennes par M. Humblet, *Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, séance du 19 novembre 1947, n° 20, p. 4.

(209) Rapport des Commissions réunies de la Justice et des Affaires Economiques chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de Commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord. 1948-1949, séance du 19 mai 1949, n° 384, p. 2 qui précise qu'il paraît «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». Voyez aussi C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 28 qui précise que «la permanence de l'exploitation représente un intérêt et une valeur économique indiscutables».

(210) Rapport complémentaire des Commissions réunies de la Justice et des Affaires Economiques et des Classes Moyennes chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du Fonds de Commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord. 1949-1950, séance du 6 décembre 1949, n° 36, p. 3.

petit industriel, locataires, possèdent un bail d'une durée satisfaisante, avec des perspectives raisonnables de stabilité» (211).

55. Cet article est impératif (212). Il protège les intérêts privés du preneur (213). Par conséquent, une clause insérée dans le contrat de bail originaire (214) qui établit une durée inférieure à neuf années n'est pas valable (215). Il en est de même pour une clause précisant que le bail est conclu pour une durée indéterminée (216). Dans de tels cas, le bail sera automatiquement ramené à la durée légale de neuf années (217). C'est au preneur qu'il revient d'invoquer la nullité relative, ou de renoncer à l'invoquer (218).

§2. Les facultés de résiliation

56. Bien que le législateur ait établi une durée minimale légale, il ne s'oppose pas à ce qu'il soit mis fin au bail avant son terme (219). Deux modes de résiliation sont prévus, «selon qu'elle intervient par consentement mutuel – il s'agit donc de la 'révocation' dont parle

(211) *Ibidem*; voyez dans le même sens M. DAMBRE, *op. cit.*, p. 33.

(212) A. DEVREUX, «Durée du bail – Extinction du bail», in *Le bail commercial* (sous la dir. de P. JADOUL), Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 51; C. DELFORGE, Y. NINANE, *op. cit.*, p. 58, n° 11; M. DAMBRE, *op. cit.*, p. 33; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, T. LÉONARD, Y. POULLET, *op. cit.*, p. 105, n° 209.

(213) M. DAMBRE, *op. cit.*, p. 33; A. DEVREUX, *Les baux commerciaux*, *op. cit.*, p. 29, n° 31; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, T. LÉONARD, Y. POULLET, *op. cit.*, p. 106, n° 210.

(214) L'interdiction de conclure un bail pour une durée inférieure à neuf ans ne vaut que pour le bail initial: «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 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» (Cass., 7 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1031).

(215) Au contraire d'une clause qui prévoirait une durée supérieure à neuf ans qui serait, quant à elle, parfaitement valide dès lors qu'elle accorde au preneur une plus grande stabilité que le minimum fixé par la loi.

(216) C. DELFORGE, Y. NINANE, *op. cit.*, pp. 61-62, n°s 14-15; A. DEVREUX, «Durée du bail – Extinction du bail», *op. cit.*, p. 51.

(217) *Ibidem*; Cass., 14 janvier 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 85.

(218) M. DAMBRE, *op. cit.*, p. 34; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, T. LÉONARD, Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 105-106, n°s 209-210; M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 96, n° 1575.

(219) Il est intéressant de remarquer que le premier projet de loi ne prévoyait aucune possibilité de résiliation unilatérale du contrat. Toutes deux ont été proposées par des amendements. D'abord celle octroyée au preneur (*Doc. Parl. Ch.*, sess. ord. 1947-1948, séance du 8 décembre 1947, n° 60, p. 2), ensuite celle du bailleur (*Doc. Parl. Sénat*, sess. extr. 1949, n° 13, p. 1). Toutes deux sont reprises dans le projet de loi sur les baux commerciaux en vue de la protection du fonds de commerce, du 8 février 1950, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord. 1949-1950, séance du 8 février 1950, n° 162, p. 2.

l'article 1134 du Code civil – ou par déclaration unilatérale de volonté» (220).

I. *Résiliation par consentement mutuel, la révocation*

57. L'article 3, alinéa 4 permet aux parties de «mettre fin, à tout moment, à condition que leur accord soit constaté par un acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge». I. Margreve souligne qu'une «loi doit cependant mesurer ses dispositions au but à atteindre : elle voulait protéger les exploitants, mais il ne convenait pas de les protéger malgré eux. Aussi a-t-il été admis que moyennant accord des parties [...], il pourrait être mis fin au bail à tout moment» (221).

Cet article ne fait que transposer le principe contenu à l'article 1134, alinéa 2 du Code civil qui veut que les parties peuvent toujours défaire ensemble ce qu'elles ont fait ensemble. Cependant, le législateur a entouré cette faculté de diverses formalités qui protègent, selon la doctrine et la jurisprudence, les intérêts du preneur qui est, par conséquent, «seul admis à se prévaloir de la nullité de la résiliation amiable et, en conséquence, à imposer l'exécution du bail jusqu'à son terme» (222).

II. *Résiliation par déclaration unilatérale du preneur*

58. En vertu de l'article 3, alinéa 3 de la loi, «le preneur peut mettre fin au bail en cours, à l'expiration de chaque triennat, moyennant un préavis de six mois, par exploit d'huissier de justice ou par lettre recommandée à la poste». Il s'agit d'une disposition impérative (223).

Soucieux d'apporter une réponse aux commerçants pour qui la durée légale de neuf années semblait trop longue (224), le législateur

(220) C. DELFORGE, Y. NINANE, *op. cit.*, p. 88, n° 53.

(221) I. MARGREVE, *op. cit.*, p. 524. Les formalités requises par la loi sont établies «en vue d'éviter les actes postdatés et de préserver la liberté d'expression du preneur, qui paraît parfois avoir été considéré comme un incapable d'un nouveau genre!».

(222) M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 103, n° 1590; A. DEVREUX, «Durée du bail – Extinction du bail», *op. cit.*, p. 51; M. DAMBRE, *op. cit.*, p. 44; C. DELFORGE, Y. NINANE, *op. cit.*, p. 91, n° 56; Cass., 21 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 102.

(223) M. DAMBRE, *op. cit.*, p. 41.

(224) Voyez le Rapport des commissions réunies de de la Justice et des Affaires Economiques chargées d'examiner le projet de loi sur la protection du fonds de commerce, *Doc. Parl. Sénat*, sess. ord., 1948-1949, séance du 19 mai 1949, n° 384, p. 4 qui précise que «cette disposition, récla-

a doté le preneur d'une faculté de mettre fin au bail à l'expiration de chaque triennat moyennant la notification d'un préavis de six mois par exploit d'huissier ou lettre recommandée, et ce sans aucun motif.

III. *Résiliation par déclaration unilatérale du bailleur*

59. L'alinéa 5 de l'article 3 stipule que «le contrat de bail peut, en outre, autoriser le bailleur à mettre fin au bail à l'expiration de chaque triennat, moyennant un préavis d'un an, par exploit d'huissier de justice ou par lettre recommandée à la poste, en vue d'exercer effectivement lui-même dans l'immeuble un commerce ou d'en permettre l'exploitation effective par ses descendants, ses enfants adoptifs, ou ses ascendants, par son conjoint, par les descendants ou enfants adoptifs de celui-ci, ou par une société de personnes dont les associés actifs ou les associés possédant au moins trois quarts du capital ont avec le bailleur ou son conjoint les mêmes relations de parenté, d'alliance ou d'adoption».

60. Peut-on y voir une compensation de la faculté offerte au preneur de mettre fin anticipativement au bail commercial? D'une certaine façon oui puisque cet alinéa donne la possibilité au bailleur de mettre fin au contrat avant son terme normal (225). Cependant, on ne peut s'empêcher, à la lecture des alinéas 3 et 5, de penser que le législateur a préféré protéger le commerçant, titulaire du fonds de commerce, plutôt que le bailleur, titulaire du droit de propriété sur l'immeuble mis en location. En effet, cette faculté de mettre fin pour le bailleur est affectée de nombreuses conditions restrictives (226).

61. Elle doit être prévue par le bail, ce qui n'est pas le cas pour le preneur. L'alinéa 3 précise que «le preneur peut mettre fin au bail [...]» tandis que l'alinéa 5 stipule que «le contrat de bail peut [...]

mée 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». Voyez aussi M. DAMBRE, *op. cit.*, p. 41; Cass., 23 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1171.

(225) W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 52, n° 27; A. GUSTOT, *op. cit.*, p. 7.

(226) I. MARGREVE, *op. cit.*, p. 523; une analyse détaillée des conditions est proposée par M. DAMBRE, *op. cit.*, pp. 47 et s.; C. DELFORGE, Y. NINANE, *op. cit.*, pp. 99 et s., n°s 72 et s.; M. LA HAYE, J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, pp. 107 et s., n°s 1596 et s.

autoriser le bailleur à mettre fin au bail [...]. De plus, la clause doit être rédigée de manière précise : « non seulement [elle] doit reprendre expressément la faculté de résiliation anticipée du bailleur, mais il est en outre requis que les conditions de l'article 3, alinéa 5 de la loi sur les baux commerciaux soient mentionnées explicitement; en d'autres termes, l'attention du preneur doit être attirée sur le fait que le bailleur peut résilier, mais uniquement pour exercer lui-même effectivement un commerce dans le bien loué ou pour en permettre l'exploitation effective par ses parents proches » (227). En effet, la résiliation par déclaration unilatérale du bailleur « ne peut être exercée que pour l'exploitation dans les lieux loués d'un commerce par le bailleur ou un de ses proches et moyennant éventuellement paiement d'une indemnité d'éviction (art. 26) » (228), soit lorsque le bailleur exerce un commerce de même nature, soit lorsqu'il ne respecte par le motif auquel il recourt pour résilier le contrat avant terme (articles 25, 26 et 36 de la loi). Ce motif doit obligatoirement être précisé dans le congé. Enfin, le bailleur est soumis à un préavis d'un an alors que le preneur est soumis à un préavis de six mois.

62. Voyant ces différences, l'équilibre voulu par le législateur entre la protection du fonds de commerce du preneur et le droit de propriété du bailleur ne paraît pas pleinement atteint. Ces restrictions importantes pour le bailleur traduisent une réelle volonté de permettre au preneur de se maintenir dans les lieux loués et de valoriser son fonds de commerce tout en lui laissant la possibilité de quitter les lieux loués sans trop de difficultés.

SECTION 2. – *La cession du bail et la sous-location*

§1. *Remarque préliminaire*

63. Dans le cadre, restreint, de la présente contribution, nous nous limiterons à mettre en évidence les objectifs poursuivis par le législateur à travers la réglementation de la cession et de la sous-

(227) M. DAMBRE, *op. cit.*, p. 55. L'auteur ajoute qu'« il n'est pas suffisant d'indiquer en termes généraux l'existence d'une faculté de résiliation à la fin de chaque triennat, bien qu'une reproduction littérale des termes ne soit pas non plus requise ». Voyez également Cass., 11 décembre 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 121 et note M. DAMBRE, « De formele vermelding van de voorwaarden voor de mogelijkheid tot opzegging door de verhuurder inzake handelshuur »; Cass., 4 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 892.

(228) I. MARGREVE, *op. cit.*, p. 523.

location du bail commercial. Après un bref rappel des principes applicables en droit commun (§2), nous analyserons ainsi en quoi le régime mis en place par les articles 10 et 11 de la loi relative aux baux commerciaux favorise la protection et la cessibilité du fonds de commerce, tout en veillant à prendre en compte le droit de propriété du bailleur (§3). La présente section ne traitera donc pas de la réglementation technique mise en place par la loi. Nous renvoyons, pour une analyse détaillée du système et des droits et obligations des différentes parties concernées (229), à la contribution de R. Hardy au présent ouvrage, ainsi qu'aux commentaires exhaustifs déjà consacrés à cette matière (230). Nous ne traiterons par ailleurs pas non plus du régime général applicable à la cession du fonds de commerce (231).

§2. Rappel du droit commun

64. L'article 1717 du Code civil dispose que «le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite».

Il résulte de cette disposition qu'en l'absence de clause d'interdiction, la cession et la sous-location sont toujours permises. En cas de cession de bail, le preneur originaire (cédant) ou le cessionnaire prendra la peine de notifier la cession au bailleur principal, afin que la cession de créance qu'elle contient lui soit opposable, conformément à l'article 1690 du Code civil (232). La cession de dette ne pouvant intervenir que de l'accord du créancier, le preneur originaire

(229) Respectivement le bailleur, le preneur principal et sous-locataire dans le mécanisme de la sous-location et le bailleur, le preneur originaire (cédant) et le cessionnaire dans la cession.

(230) Voy. not. H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 850 à 856, n^{os} 789 à 790b; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, pp. 150 à 180, n^{os} 1677 à 1728; D. MATTHYS, «De overdracht van de handelshuur», in *De handelszaak – Le fonds de commerce*, Brugge, die Keure, 2001, pp. 251 à 270; F. GLANSDORFF et G. STEPANIAN, «La cession de bail et la sous-location», in *50 ans d'application de la loi sur les baux commerciaux. Actes du colloque du 21 mars 2002* (sous la dir. de P. JADOUL et M. VRIES), Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Brugge, la Charte, 2002, pp. 111 à 125; P. STRUYVEN, «La cession du bail et la sous-location», in *Le bail commercial* (sous la dir. sc. de G. BENOIT, C. DELFORGE, P. JADOUL, G. ROMMEL, M. VRIES), Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 271 à 325; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, pp. 442, et s.

(231) Pour une analyse complète, voy. not. P.-A. FORIERS, «Aspects de droit privé de la cession du fonds de commerce. Le contrat de cession de fonds de commerce en droit commun», in *De handelszaak – Le fonds de commerce*, Brugge, die Keure, 2001, pp. 125 à 146; P.-A. FORIERS, R. JAFFERALI, «La cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées», *op. cit.*, pp. 9 à 57; M. FORGES, «Le fonds de commerce : notion, cession et mise en gage», *op. cit.*, pp. 950 à 968.

(232) F. GLANSDORFF et G. STEPANIAN, *op. cit.*, p. 111.

demeurera tenu à l'égard du bailleur de l'ensemble des obligations résultant du bail originaire, jusqu'au terme de celui-ci, sauf accord du bailleur déchargeant le cédant (233). La sous-location constitue, quant à elle, un nouveau bail, distinct du bail principal et qui lui est totalement étranger, conformément à l'article 1165 du Code civil (234).

Par contre, en présence d'une clause d'interdiction, toujours considérée comme licite (235), le preneur ne peut céder son bail ou sous-louer, ni totalement, ni partiellement.

§3. *Recherche d'équilibre dans le système mis en place par le législateur*

I. *Protection et liberté de cession du fonds de commerce*

65. Nous avons déjà précisé ci-dessus (236) que l'extension du bénéfice du régime légal au sous-locataire commercial avait pour objectif de protéger le fonds de commerce de celui-ci. Nous n'y reviendrons pas. Nous nous contenterons en effet, dans les lignes qui suivent, de donner un bref commentaire, au regard de l'objectif du législateur, du régime mis en place par la loi pour garantir la cessibilité du fonds de commerce et du maintien de la protection de celui-ci lorsqu'il est exploité par un cessionnaire ou un sous-locataire.

66. La licéité de principe de la clause d'interdiction de cession du bail ou de sous-location présentait l'inconvénient de permettre au bailleur, en insérant une telle clause, de faire obstacle à la cession ou à la location du fonds de commerce. En effet, «le preneur est propriétaire de son fonds de commerce. Il peut, à ce titre, le vendre ou le louer. Mais, comme le droit au bail est un des éléments essentiels du fonds de commerce (237), la cession ou la location de celui-ci se trouvent paralysées s'il y a interdiction contractuelle, pour le preneur, de céder son bail ou de sous-louer. Il fallait donc déroger à

(233) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 852, n° 790a; P. STRUYVEN, *op. cit.*, p. 274.

(234) Par conséquent, les conditions du bail de sous-location (qui peuvent être différentes de celles du bail principal) ne modifient pas les rapports entre le bailleur et le preneur principal, qui demeure donc tenu de l'ensemble des obligations résultant du bail conclu entre eux (P. STRUYVEN, *op. cit.*, p. 274).

(235) F. GLANSDORFF et G. STEPANIAN, *op. cit.*, p. 111.

(236) Voy. *supra*, n° 51.

(237) Sur cette question, voy. *supra*, nos 18 et s.

l'article 1717 pour donner au preneur commerçant – et c'est le but que la loi poursuit – le libre exercice de son droit à céder son fonds de commerce» (238). La loi dispose donc, en son article 10, alinéa 1^{er}, que «l'interdiction de céder le bail ou de sous-louer [...] ne peut faire obstacle à la cession ou la sous-location faite ensemble avec la cession ou la location du fonds de commerce et portant sur l'intégralité des droits du locataire principal».

En outre, la cession ou la sous-location ainsi rendue possible «introduisant un nouveau commerçant dans les lieux, c'est lui, et lui seul, qui a désormais intérêt à faire valoir à son profit et contre le bailleur, tous les avantages que confère la loi sur les baux commerciaux, puisque c'est le fonds de commerce – dont le cessionnaire est devenu propriétaire – que la loi protège» (239). De nature à permettre une telle relation directe entre le bailleur et le nouveau titulaire de droits sur le fonds de commerce, l'article 11.I. prévoit qu'«en cas de cession portant sur l'intégralité des droits du locataire principal, le cessionnaire [ou le sous-locataire dans l'hypothèse ou la sous-location totale s'accompagne de la cession du fonds de commerce] devient le locataire direct du bailleur» (240). On le constate à nouveau, ce n'est pas tant le preneur que le fonds de commerce que la loi entend protéger.

II. *Prise en compte du droit de propriété foncière*

67. Nous l'avons souligné (241), si la loi a été adoptée «en vue de la protection du fonds de commerce», le législateur n'en a pas moins tenté de concilier les aspirations légitimes des commerçants avec la prise en compte des droits de propriété foncière du bailleur.

68. On précisera tout d'abord à cet égard que l'intervention du législateur en la matière est demeurée cantonnée dans les limites de l'objectif qu'il poursuivait : la libre cession du fonds de commerce du preneur originaire et le maintien de la protection de celui-ci lorsqu'il vient à être exploité par le cessionnaire ou le sous-locataire. Il en résulte que le législateur n'a pas supprimé, en matière

(238) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 850, n° 789a. Dans le même sens : M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 151, n° 1677 et p. 153, n° 1681.

(239) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 853, n° 790a.

(240) Cette disposition introduit une cession de dette «inconcevable en droit jusqu'alors» (M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 169, n° 1712).

(241) Voy. *supra*, n° 41.

de bail commercial, la licéité de principe de la clause d'interdiction de cession ou de sous-location (242). Celle-ci ne sera donc inopérante que dans les seules hypothèses visées expressément par la loi, c'est-à-dire uniquement en cas de «cession ou [de] sous-location faite ensemble avec la cession ou la location du fonds de commerce et portant sur l'intégralité des droits du locataire principal» (243).

69. La loi tient compte en outre des intérêts légitimes du bailleur. Elle prévoit ainsi que «lorsque le bailleur ou sa famille habite une partie de l'immeuble, l'interdiction de céder le bail ou de sous-louer reste valable» (244). Le législateur n'a en effet pas voulu imposer au bailleur ou à ses proches la cohabitation avec des personnes qu'ils n'avaient pas choisies (245). On précisera toutefois que cette interdiction n'existe que pour autant qu'elle ait été prévue contractuellement, conformément à l'article 1717 du Code civil.

Le système mis en place permet en outre au bailleur de s'opposer à la cession ou à la sous-location pour «justes motifs» (246). Ceux-ci ne sont pas définis par la loi, qui se contente de préciser que «l'opposition est notamment justifiée si le preneur n'a exercé le commerce dans les lieux loués que depuis moins de deux ans ou si le bail a été renouvelé depuis moins de deux ans, sauf le cas de décès ou autres circonstances exceptionnelles» (247). Ce motif a pour objectif de déjouer la spéculation sur la vente de fonds de commerce (248). L'opposition pourra également être justifiée par d'autres «justes motifs» laissés à l'appréciation du juge (249).

70. Le législateur a, enfin, souhaité éviter que le changement de débiteur imposé par la loi au bailleur ne diminue les garanties de bonne exécution des obligations résultant du bail que lui offrait le preneur originaire (250). En conséquence, la loi dispose, en son article 11.III que «le preneur originaire demeure solidairement tenu de toutes les obligations qui dérivent du bail initial». La loi visant

(242) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 151, n° 1677; F. GLANSORFF et G. STEPANIAN, *op. cit.*, p. 111.

(243) Article 10, alinéa 1^{er} de la loi.

(244) Article 10, alinéa 2 de la loi.

(245) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 851, n° 789b; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 156, n° 1688.

(246) Article 10, alinéa 3.

(247) Article 10, alinéa 4.

(248) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 851, n° 789c; P. STRUYVEN, *op. cit.*, p. 293.

(249) *Ibidem*.

(250) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 854, n° 790a.

uniquement «le bail initial», on précisera que la durée des obligations du preneur originaire ne peut dépasser la durée du bail cédé, quelle que soit la raison pour laquelle il prend fin (251).

SECTION 3. – *Renouvellement du bail*

§1. *Remarque préliminaire*

71. Tout comme pour la cession ou la sous-location, l'objectif n'est pas ici de livrer un commentaire exhaustif du système mis en place par la loi en ce qui concerne le renouvellement du bail commercial. Deux contributions au présent ouvrage traitent de la question. Nous renvoyons donc le lecteur aux développements que P.-F. Van den Driesche consacre aux formalités de la demande de renouvellement et de la réponse du bailleur ainsi qu'à ceux consacrés par F. Desternes aux motifs de refus opposés par le bailleur à la demande de renouvellement et aux conditions différentes qu'il propose à la réception de celle-ci (252).

Notre propos se limitera, ici encore, à mettre en exergue l'équilibre recherché par le législateur, entre l'objectif de protection du fonds de commerce poursuivi par loi et la prise en compte du droit de propriété immobilière du bailleur.

§2. *Recherche d'équilibre dans le système mis en place par le législateur*

72. Le droit au renouvellement, constitue, avec la durée minimale du bail, la garantie de stabilité permettant le développement et le maintien du fonds de commerce (253).

(251) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 171, n° 1714. Ainsi notamment, si le bailleur consent un renouvellement au sous-locataire ou au cessionnaire, le preneur originaire n'est tenu solidairement que des obligations qui dérivent du bail en cours et non des obligations découlant du renouvellement (Cass., 31 janvier 2002, *Pas.*, 2002, liv. 1, 282; *R.W.*, 2004-05, p. 62).

(252) Pour un commentaire exhaustif du régime, voy. également M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, pp. 193 et s.; Y. DENOISEUX, «Evolution de la jurisprudence dans la pratique du renouvellement du bail commercial», in *50 ans d'application de la loi sur les baux commerciaux. Actes du colloque du 21 mars 2002* (sous la dir. de P. JADOUL et M. VLIES), Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Brugge, la Charte, 2002, pp. 157 à 195; D. JANSSEN, «Les péripéties du renouvellement», in *Le bail commercial* (sous la dir. sc. de G. BENOIT, C. DELFORGE, P. JADOUL, G. ROMMEL, M. VLIES), Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 327 à 414; B. LOUVEAUX, *op. cit.*, pp. 659 et s.

(253) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 193, n° 1744.

Il s'agissait, en réalité, de la revendication majeure des locataires commerçants qui souhaitaient se voir reconnaître un droit au renouvellement indéfini de leur bail. En effet, «si ce renouvellement était admis, la durée du bail devenait d'importance tout à fait secondaire puisque, quelle que fût cette durée, la stabilité d'occupation était acquise et, d'autre part, l'indemnité d'éviction (fondée sur l'expulsion du preneur) perdait tout intérêt» (254).

Ce droit au renouvellement indéfini du bail, souhaité par les locataires commerçants, a cependant été écarté par le législateur «parce qu'il aboutissait au 'bail perpétuel' qui entraînait le triple désavantage de déprécier la propriété foncière en la stérilisant, de 'consolider' des commerçants peut-être inutiles et, enfin, de soustraire quantité de locaux au marché, de barrer la route aux nouveaux commerçants et de favoriser, par conséquent, la spéculation sur les cessions de fonds de commerce» (255).

Dès lors, souhaitant concilier l'objectif de protection du fonds de commerce et les droits de propriété foncière, le législateur limita le droit du preneur à solliciter (256) deux, puis trois renouvellements successifs (257).

Dans le même souci de respect du droit de propriété du bailleur, la loi lui a accordé un droit absolu (258) de s'opposer au renouvellement et donc de reprendre son bien. Ce droit ne peut cependant s'exercer que dans un certain délai et moyennant le respect des formes établies par la loi (259). En outre, le bailleur sera tenu

(254) H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 858-859, n° 792A.

(255) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 805, n° 780C; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 199, n° 1755.

(256) Contrairement à ce que précise le titre du §7 de la loi, celle-ci n'accorde en effet pas un véritable «droit au renouvellement du bail» au preneur. Tout au plus lui accorde-t-elle, compte tenu des possibilités de refus offertes au bailleur un «droit éventuel au renouvellement de son bail et un droit casuel à indemnité» (H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 858-859, n° 792B; Y. DENOISEUX, *op. cit.*, p. 159).

(257) Dans sa version d'origine, la loi du 30 avril 1951 limitait ce droit à deux renouvellements successifs. La loi du 27 mars 1970, modifiant l'article 13, alinéa 1^{er} de la loi, étendit ce droit à une troisième demande de renouvellement.

(258) «Attribut de la propriété, le droit de jouir librement du bien est laissée au bailleur; personne ne peut le contraindre à renouveler le bail; le locataire ne peut imposer son maintien dans les lieux contre la volonté de celui dont il détient les droits. Les principes sont saufs. Mais la règle trouve dans les dispositions légales mêmes le correctif qui s'impose; il prémunit le preneur contre toute expulsion arbitraire; car le bailleur qui use de la faculté de refus souverain, sans faire état d'un motif admis comme plausible par le législateur, s'expose à devoir payer l'indemnité la plus lourde, destinée à «assurer la réparation intégrale du préjudice causé au preneur par l'éviction» (M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 194, n° 1746).

(259) Article 14 de la loi. Sur cette question, voy. la contribution P.-F. VAN DEN DRIESCHE au présent ouvrage.

d'invoquer certains motifs (260) et/ou d'assurer le paiement d'une indemnité d'éviction.

Enfin, on soulignera, ici encore, que le droit accordé au preneur ne l'est que dans la limite de l'objectif que la loi s'est fixé, à savoir la protection du fonds de commerce : c'est bien celui-ci que le droit au renouvellement entend protéger et non le commerçant (261). En conséquence, l'article 13 de la loi précise que le droit du preneur «d'obtenir, par préférence à toute autre personne, le renouvellement de son bail» ne lui est octroyé que pour «la continuation du même commerce».

SECTION 4. – *Indemnité d'éviction*

§1. *Fondement du droit à l'indemnité d'éviction*

73. Au cours des travaux parlementaires, les auteurs de la loi ont tenté de rattacher l'obligation du bailleur de payer, dans certains cas, une indemnité d'éviction, à plusieurs fondements du droit commun, «comme si les règles consacrées, inédites et souvent génératrices de droits jusqu'alors inconnus, pouvaient être comprises à partir de principes préexistants et classiques» (262). Furent ainsi évoqués, tour à tour, l'abus de droit, l'enrichissement sans cause, la concurrence illicite. Il fut cependant démontré qu'aucune de ces figures juridiques du droit commun ne permet, à elle seule, de fonder l'ensemble des hypothèses dans lesquelles une indemnité d'éviction est due (263).

Il faut en déduire que, comme d'autres dispositifs mis en place par la loi, «l'obligation, légale et nouvelle, trouve son origine dans les exigences de la protection du fonds de commerce, en concours avec les intérêts légitimes du bailleur. Les exigences du commerce rendent utile et partant désirable, la stabilité du bail, et son renouvellement; ce besoin économique devrait conduire au droit absolu au renouvel-

(260) Article 16 de la loi. Sur cette question, voy. la contribution F. DESTERNES au présent ouvrage.

(261) *Ann. Parl. Sénat*, sess. ord. 1949-1950, séance du 24 janvier 1950, p. 249. Cass., 26 mai 1977, *Pas.*, 1977, I, 980, *J.T.*, 1977, p. 729. Dans le même sens, B. LOUVEAUX rappelle que «la protection du fonds de commerce est la limite de la protection du locataire» (*op. cit.*, p. 22, n° 10).

(262) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 304, n° 1901.

(263) H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 809-812, n° 780E; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 305, n° 1902; D. JANSSEN, *Les indemnités d'éviction en bail commercial*, col. Pratique du droit, vol. 11, Bruxelles, Kluwer, 2000, pp. 45 à 47, n° 24.

lement mais pareille solution se heurte aux prérogatives de la propriété foncière et à l'intérêt général en créant des 'féodaux' du commerce. Il convenait de concilier les intérêts en présence» (264).

§2. Conditions d'ouverture du droit à indemnité

I. La nécessité d'un texte légal

74. L'indemnité d'éviction n'est due que dans les hypothèses limitativement énumérées par la loi (265). En effet, le preneur n'a pas un droit automatique à la poursuite de son bail. Ainsi, si le bail l'y autorise, le bailleur peut résilier le bail conformément à l'article 3, alinéa 5 de la loi sans que cela n'ouvre le droit à indemnité d'éviction s'il exerce son droit en vue d'exploiter personnellement un commerce différent de celui du preneur. Il en est de même en cas de refus de renouvellement (ou de résiliation par de l'acquéreur en application de l'article 12 de la loi) pour le même motif ou pour procéder à la démolition ou la reconstruction de l'immeuble lorsqu'elles ont été rendues nécessaires par son état de vétusté ou par la force majeure (266).

II. La nécessité de la perte du fonds de commerce

a) Principe

75. Par un arrêt récent du 6 mai 2010, la Cour de cassation a rappelé que «pour que le preneur qui se voit refuser le renouvellement du bail puisse prétendre à une indemnité d'éviction, il est requis, en raison du refus, que le fonds de commerce dont il est le propriétaire et qu'il exploite dans le bien loué soit perdu» (267).

(264) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, pp. 305-306, n° 1903. Dans le même sens, voy. PH. GÉRARD, «Objet et nature juridique de l'indemnité d'éviction prévue par l'article 16, IV, de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux», *op. cit.*, p. 383, n° 13; H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 813, n° 780F; D. JANSSEN, *Les indemnités d'éviction en bail commercial*, *op. cit.*, p. 47, n° 24; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, *op. cit.*, p. 968, n° 1030.

(265) Soit celles visées à l'article 16, VI, 25 et 26 de la loi. Ces hypothèses sont d'interprétation restrictive. Elles ne peuvent être étendues par analogie (D. JANSSEN, *Les indemnités d'éviction en bail commercial*, *op. cit.*, p. 49, n° 26).

(266) Article 25, 1° *in fine*. Pour une liste exhaustive de l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le preneur n'a pas droit à une indemnité d'éviction en fin de bail, voy. B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, *op. cit.*, pp. 1022-1023, n° 1089.

(267) Cass., 6 mai 2010, RG C.08.0588.N., <http://www.cass.be>, R.D.C., 2010, p. 896 (sommaire). Pour un commentaire de cet arrêt, voy. B. LOUVEAUX, «L'indemnité d'éviction est liée à l'atteinte au fonds de commerce», *Immobilier*, 2011, n° 8, pp. 1-2.

Le cas d'espèce concernait un rez-de-chaussée commercial donné en location à titre de boucherie. Le preneur déplaça, en cours de bail, son commerce dans un immeuble voisin. Il en conserva toutefois, dans la partie arrière des lieux loués, son atelier de boucherie. La partie avant de l'immeuble, accessible au public fut, quant à elle, sous-louée à une friterie.

Le preneur principal sollicita le renouvellement de son bail commercial. Celui-ci lui fut cependant refusé par les bailleurs. Il postula alors à une indemnité d'éviction en faisant valoir que son atelier de boucherie bénéficiait de la protection légale et qu'il n'y avait pas lieu d'avoir égard au commerce exploité par le sous-locataire. En conséquence, le tribunal de première instance d'Anvers, statuant en degré d'appel, considéra que la disparition de l'atelier de boucherie portait atteinte au fonds de commerce du preneur principal et lui octroya une indemnité d'éviction. Les bailleurs introduisirent un pourvoi contre cette décision. La Cour de cassation considéra, quant à elle, que, dès lors que le preneur «n'a pas exploité son commerce dans le bien loué et qu'il n'était pas davantage propriétaire du fonds de commerce exploité dans le bien, les juges d'appel ne pouvaient, sans violer l'article 25 de la loi du 30 avril 1951, condamner les [bailleurs] à payer une indemnité d'éviction au [preneur]». Elle cassa donc l'arrêt attaqué.

La Cour de cassation reste ainsi fidèle à sa jurisprudence.

Elle rappelle en effet régulièrement que :

«lorsque le sous-locataire est propriétaire du fonds de commerce exploité dans l'immeuble loué, le locataire principal peut demander le renouvellement du bail et, en principe, en cas de refus par le bailleur conformément à l'article 16, IV, contenu dans la loi du 30 avril 1951, exiger l'indemnité d'éviction prévue par ledit article 16.IV; toutefois lorsque, par suite d'un accord conclu entre le bailleur, propriétaire de l'immeuble, et le sous-locataire, propriétaire du fonds de commerce, ce dernier peut poursuivre l'exploitation de ce fonds dans l'immeuble loué, aucune indemnité d'éviction n'est due» (268);

«en accordant au locataire, qui a sous-loué tout ou partie d'un immeuble commercial, le droit d'exiger l'indemnité d'éviction [...], même lorsque le locataire n'exploite aucun fonds de commerce dans le même immeuble, l'article 1^{er} de la loi du 29 juin 1955 n'a eu en vue que les intérêts du sous-locataire commerçant. Dans le cas où le non-renouvellement du bail n'entraîne pas la perte du fonds de commerce, l'indemnité d'éviction n'a pas de raison d'être; dans ce cas, le sous-locata-

(268) Cass., 8 février 1968, *J.T.*, 1969, p. 583 et obs. M. VERCURYSSE; *R.C.J.B.*, 1970, p. 368 et note Ph. GÉRARD.

taire ne peut réclamer cette indemnité au locataire principal, ni celui-ci au propriétaire de l'immeuble loué» (269);

«la loi sur les baux commerciaux a pour but de protéger le fonds de commerce; l'indemnité d'éviction, telle qu'elle est fixée par la loi précitée, vise à indemniser le preneur pour la perte du fonds de commerce qui résulte de l'éviction; dans les cas où la loi autorise aussi des non-propriétaires du fonds de commerce à intenter une action tendant à obtenir une indemnité d'éviction, elle vise encore à protéger les droits du propriétaire du fonds de commerce et à lui permettre d'être indemnisé pour la perte de son fonds de commerce» (270);

«lorsque seul le sous-locataire exerce des droits sur le fonds de commerce» et que «la perte du fonds de commerce du sous-locataire résulte du refus de renouvellement opposé par le bailleur, seul le sous-locataire a droit à l'indemnité, à l'intervention du locataire principal» (271).

76. Cette condition de perte du fonds de commerce, qui n'est pas prévue expressément par le texte de la loi, mais qui a été dégagée par la Cour de cassation de l'objectif de protection du fonds de commerce poursuivi par le législateur, reçoit l'approbation de la doctrine (272). Ph. Gérard résume, en termes clairs, le raisonnement de notre Cour suprême : elle «s'en tient fermement à cette idée que la législation sur les baux commerciaux ne protège pas le droit au bail, envisagé isolément, mais seulement en tant que 'support' du fonds de commerce exploité dans l'immeuble. L'article 16.IV, ne sanctionne pas le refus de renouvellement comme tel; il ne le sanctionne que si, par contre-coup, ce refus a causé au propriétaire du fonds un préjudice qui consiste dans la privation de son bien, c'est-à-dire dans la privation de son droit de propriété sur le fonds» (273).

B. Louveaux précise, quant à lui, que la perte du fonds de commerce ne vise pas nécessairement la fin de celui-ci mais bien la perte d'exploitation dans les lieux loués : «la perte du fonds de commerce doit donc s'entendre non comme la disparition du commerce pro-

(269) Cass., 4 mars 1971, *J.T.*, 1971, p. 364.

(270) Cass, 20 septembre 2001, *Pas.*, 2001, liv. 9-10, p. 1439; *R.C.J.B.*, 2003, p. 545, note A. LIMPENS; *R.W.*, 2003-2004, p. 1217 et note A. VAN OEVELEN.

(271) Cass., 29 novembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1956.

(272) Voy. not. S. DAVID-CONSTANT, *op. cit.*, p. 121, n° 10; Ph. GÉRARD, «Objet et nature juridique de l'indemnité d'éviction prévue par l'article 16, IV, de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux», *op. cit.*, pp. 372 à 391; M. VERCROY, obs. sous Cass., 8 février 1968, *J.T.*, 1969, pp. 584-585; M. MATTHYS, «Baux commerciaux : l'indemnité d'éviction, conséquence de la perte du Fonds de commerce et non du droit au bail», note sous J.P. Ixelles (1^{er} canton), 22 août 1983, *J.J.P.*, 1985, pp. 106 à 112; D. JANSSEN, *Les indemnités d'éviction en bail commercial*, *op. cit.*, p. 56, n° 32; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, *op. cit.*, pp. 971 et s.; Id. «L'indemnité d'éviction est liée à l'atteinte au fonds de commerce», *op. cit.*, p. 1.

(273) Ph. GÉRARD, *op. cit.*, p. 377, n° 7.

prement dit mais comme le fait que celui-ci n'est plus rattaché aux lieux loués» (274).

La condition d'atteinte au fonds de commerce est également appliquée par les juges du fond. Il a ainsi notamment été jugé que

«lorsque l'indemnité d'éviction vise la réparation du pas de porte lié à un emplacement manifestement privilégié et non pas l'éviction du fonds de commerce lui-même, elle n'entre pas dans les conditions d'application de la loi du 30 avril 1951» (275);

lorsque le commerce n'est plus exploité depuis plus de six mois, alors que le preneur avait enlevé les enseignes et qu'il n'apportait pas la preuve de négociations avec des candidats repreneurs, l'indemnité d'éviction n'est pas due, compte tenu de l'inexistence du fonds de commerce (276).

b) *Exception*

77. L'article 25, dernier alinéa, prévoit le paiement d'une indemnité d'éviction dans un cas particulier, qui n'est pas lié à la perte du fonds de commerce : «lorsque le bailleur est propriétaire du fonds de commerce qui est exploité dans l'immeuble loué et que le bail porte simultanément sur le bien loué et le fonds de commerce, il ne doit pas d'indemnité, à moins que le preneur n'établisse qu'il a augmenté l'importance du fonds de commerce d'au moins 15 %. En ce cas, le juge fixe l'indemnité, en équité, selon la plus-value qui en est résultée pour le bailleur».

Cette situation vise le cas d'industriels (producteurs de voitures, distributeurs de carburants mais également, et surtout, brasseurs) qui donnent en location à des commerçants un immeuble et, simultanément, le fonds de commerce exploité dans le bien loué, imposant à leurs exploitants des contrats de fournitures obligées (277).

La fin du bail n'entraînant pas la perte, pour le preneur, d'un fonds de commerce dont il n'est pas le propriétaire, elle ne lui ouvre pas le droit aux indemnités d'évictions prévues aux articles 16.IV et 25, alinéa 1^{er} de loi (278).

(274) B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, op. cit., p. 973, n° 1035.

(275) J.P. Ixelles (1^{er} canton), 22 août 1983, *J.J.P.*, 1985, p. 104, note M. MATTHYS.

(276) J.P. Wervik, 18 juin 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 1472.

(277) S. DAVID-CONSTANT, op. cit., p. 115, n° 5; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, op. cit., p. 325, n° 1942.

(278) Cass., 24 mars 1966, Cass., 24 mars 1966, *J.T.*, 1966, p. 372 et concl. Proc. Gén. HAYOIT DE TERMICOURT; *R.C.J.B.*, 1966, p. 111 et note S. DAVID-CONSTANT.

Le législateur n'a toutefois pas souhaité lui refuser toute compensation s'il a, par son travail et sa bonne gestion, accru la valeur de l'entreprise dans une mesure importante : «l'indemnité se justifie par la nature du contrat, qui tient souvent tant du louage de service que du louage de choses» (279).

§3. *Le caractère forfaitaire des indemnités d'éviction*

78. Les indemnités d'évictions sont fixées de manière forfaitaire. La loi établit en effet des forfaits équivalents à un, deux ou trois ans de loyer, selon les hypothèses (280). Il en résulte que, dès qu'elle est prévue par la loi et qu'elle entraîne la fin de l'exploitation du fonds de commerce dans les lieux loués, l'indemnité est due, peu importe le préjudice réellement subi (281) par le preneur évincé (282).

Il a ainsi été jugé que le fait que le preneur évincé se rétablisse immédiatement dans le voisinage immédiat et y exerce un commerce identique ne le prive pas du droit à l'indemnité d'éviction (283). La Cour de cassation considère, quant à elle, que «le locataire a pu conserver son droit à l'indemnité d'éviction, bien qu'il ait par ailleurs aliéné le fonds de commerce, lorsque cette aliénation est la conséquence du congé» (284).

§4. *Une hypothèse particulière : l'indemnité due en cas de résiliation par l'acquéreur des lieux loués*

79. L'article 12 de la loi sur les baux commerciaux règle les conditions dans lesquelles l'acquéreur des lieux loués peut résilier le bail

(279) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 325, n° 1942.

(280) L'indemnité de deux ans, prévue en cas d'exploitation par le bailleur ou le nouvel occupant d'un commerce similaire à celui du preneur évincé peut toutefois être majorée ou réduite par le juge à la demande de la partie intéressée, respectivement «si l'indemnité apparaît manifestement insuffisante, en raison du profit que le bailleur a retiré de l'éviction» ou «si l'indemnité apparaît manifestement exagérée en raison de l'état d'abandon ou du déclin du commerce au moment de la reprise» (article 25, alinéas 4 et 5).

(281) Voy. toutefois les articles 16, IV et 25, 3° et 6° qui fixent un forfait minimal égal à trois ans de loyer, «majoré éventuellement des sommes suffisantes pour assurer une réparation intégrale du préjudice causé».

(282) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 313, n° 1918; D. JANSSEN, *Les indemnités d'éviction en bail commercial*, *op. cit.*, p. 49, n° 26; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, *op. cit.*, p. 974, n° 1037.

(283) J.P. Torhout, 14 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2007, p. 581. Voy. toutefois D. JANSSEN, *Les indemnités d'éviction en bail commercial*, *op. cit.*, p. 56, n° 32.

(284) Cass., 12 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 317.

et expulser le preneur. Il précise que cette expulsion ne peut avoir lieu que «*dans les cas énoncés aux 1°, 2°, 3° et 4° de l'article 16*», qui énonce les motifs de refus de renouvellement. Or, l'article 25 de la loi prévoit que le preneur a droit à une indemnité d'éviction dans certaines de ces hypothèses. L'article 26 précise, quant à lui qu'«une indemnité est éventuellement due, dans les cas et suivant les modalités prévues aux articles 25 et 27 [...] par l'acquéreur qui expulse le preneur aux conditions prescrites à l'article 12». On le constate, il résulte de la lecture combinée de ces dispositions que l'acquéreur sera, dans certains cas – mais pas dans tous (285) – tenu de verser une indemnité prévue par la loi en faveur du preneur évincé.

Le Code civil règle également la question de l'indemnisation éventuelle du preneur en cas d'expulsion par l'acquéreur des lieux loués, par les dispositions supplétives contenues un des articles 1744 et suivants.

La question du cumul éventuel des deux régimes s'est donc posée et fit l'objet d'une controverse doctrinale, la grande majorité des auteurs s'accordant pour exclure un tel cumul et n'appliquer le droit commun que dans les hypothèses où aucune indemnité d'éviction n'était due sur le fondement des articles 12, 25 et 26 de la loi sur les baux commerciaux (286). M. La Haye et J. Vankerckhove considéraient, quant à eux, que l'article 26 de la loi n'avait pas pour effet d'exclure, en matière de bail commercial, les articles 1744 et suivants du Code civil, et ce pour deux motifs principaux : il n'y a pas «d'opposition de principe» au cumul des indemnités dès lors que celles prévues par le droit commun sont dues par le vendeur alors que l'indemnité d'éviction prévue par les articles 25 et 26 de la loi sur les baux commerciaux sont à charge de l'acquéreur; il est en outre «difficile de concevoir que le preneur puisse se trouver lésé et privé du bénéfice des dispositions classiques, alors que l'article 26 de la loi ne lui réserve pas d'indemnité de compensation automatique; la thèse qui rejette le cumul a pour effet de lui refuser tout dédom-

(285) C'est ainsi notamment le cas lorsque l'acquéreur invoque sa volonté d'occuper personnellement les lieux loués et qu'il les affecte à un commerce différent de celui du preneur ou lorsque l'expulsion est justifiée par la reconstruction des lieux loués rendue nécessaire par la vétusté ou la force majeure.

(286) Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 857, n° 791a; A. GUSTOT, *op. cit.*, p. 71; W. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 191, n° 168; J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 424, n° 471 et les références citées par M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 189, n° 1739.

agement, et fait jouer contre lui, une loi promulguée en vue de le protéger» (287)- (288).

La Cour de cassation eût, pour la première fois, l'occasion de se pencher sur la question du cumul éventuel des deux régimes à l'occasion d'un arrêt du 8 avril 1965. Elle ne la trancha toutefois pas, préférant fonder sa décision (de rejet) sur une disposition contractuelle contenue dans le bail, compte tenu du caractère supplétif des dispositions du Code civil :

«Les articles 1745, 1746 et 1747 du Code civil, qui accordent une indemnité au locataire évincé, sont supplétifs de la volonté des parties et ne s'appliquent que s'il n'a été fait dans le bail 'aucune stipulation sur les dommages et intérêts' (Code civil, article 1744).

Est une stipulation de cette nature la stipulation, dans le bail commercial, par laquelle les parties, pour régler les conditions et les modalités de l'indemnité d'éviction éventuellement due, conviennent que l'acquéreur pourra mettre fin au bail 'pour l'un des motifs et aux conditions prévues par l'article 12 contenu dans la loi du 30 avril 1951', même s'il résulte de cette disposition que dans certains cas aucune indemnité n'est due» (289).

80. Ce n'est que plus de quarante ans plus tard, par un arrêt du 22 décembre 2006, que la Cour trancha la controverse :

«Les articles 1744 et 1745 du Code civil ont un caractère complémentaire et prévoient des dommages et intérêts de droit commun à payer par le bailleur, en cas de vente du bien, au locataire qui est expulsé du bien loué sur base d'une clause d'expulsion contenue dans le contrat de bail à date certaine.

Les articles 12 et 25-26 de la loi sur les baux commerciaux lus conjointement règlent, de manière propre et dérogatoire au droit commun, les cas dans lesquels et les conditions sous lesquelles il peut être mis fin au bail en cas de vente du bien commercial. La réglementation propre de la loi sur les baux commerciaux est une réglementation globale qui remplace et rend donc caduque la réglementation de droit commun des articles 1744 et 1745 du Code civil» (290).

(287) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 189, n° 1739.

(288) On ajoutera que les dommages que les deux régimes tendent à indemniser sont également différents : l'article 12 de la loi relative aux baux commerciaux indemnise l'atteinte au fonds de commerce alors que les articles 1744 et suivants du Code civil indemnisent le dommage causé par le manquement du bailleur (vendeur) à son obligation de garantie de jouissance paisible à l'égard du preneur (R. SALZBURGER, «L'aliénation du bien loué», in *Le bail commercial* (sous la dir. sc. de G. BENOIT, C. DELFORGE, P. JADOUL, G. ROMMEL, M. VLIÉS), Bruxelles, la Charte, 2008, p. 463, n° 90; B. STOCKMAN, «Cassatie (te) streng : Handelshuurwet voortaan enige bron van vergoeding voor de op basis van artikel 12 Handelshuurwet uitgezette huurder», note sous Cass., 22 décembre 2006, *T.B.O.*, 2007 p. 108).

(289) Cass., 8 avril 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 845.

(290) Cass., 22 décembre 2006, *Pas.*, 2006, liv. 12, p. 2874; *R.W.*, 2007-2008, p. 66, concl. Av. Gén. G. DUBRULLE et note K. VANHOVE; *R.G.D.C.*, 2007, p. 163 et note S. MOSSELMANS; *T.B.O.*, 2007, p. 100 et note B. STOCKMAN.

La Cour de cassation consacre donc la thèse de l'absence de cumul entre les indemnités dues en exécution du droit commun et l'indemnité d'éviction prévue par la loi sur les baux commerciaux dans certaines hypothèses de transmission des lieux loués. Elle va cependant plus loin que l'opinion défendue par la doctrine majoritaire. En effet, en considérant que «la réglementation propre de la loi sur les baux commerciaux est une réglementation globale qui remplace et rend donc caduque la réglementation de droit commun», la Cour prive le preneur commerçant d'obtenir une indemnisation sur la base du droit commun même dans les hypothèses où la loi sur les baux commerciaux ne lui accorde aucune indemnité d'éviction. «Le bailleur-vendeur est ainsi entièrement mis hors cause» (291), seul l'acquéreur étant susceptible de payer une indemnité d'éviction dans les hypothèses prévues par les articles 25 et 26 de la loi sur les baux commerciaux. Il en résulte que, dans les hypothèses où la loi ne prévoit aucune indemnité d'éviction, le preneur perdra son fonds de commerce sans la moindre indemnité, ni de la part du bailleur originaire, ni de la part de l'acquéreur (292).

On conseillera donc au preneur prudent de veiller à réserver date certaine à son bail et de refuser qu'une clause d'expulsion y soit insérée (293) ou, à tout le moins, de se réserver contractuellement le droit aux indemnités de droit commun ou à une autre indemnité forfaitaire pour tous les cas où la loi sur les baux commerciaux ne lui octroie pas d'indemnité d'éviction en cas d'expulsion par l'acquéreur (294). L'indemnité d'éviction ayant été prévue en faveur du preneur, rien ne s'oppose en effet à ce que les parties conviennent d'une indemnisation plus importante (295).

(291) R. SALZBURGER, *op. cit.*, p. 466, n° 94; K. VANHOVE, «The winner takes it all! Geen cumul van vergoedingen bij vervreemding van verhuurd handelspand», *R.W.*, 2007-2008, p. 71, n° 8.

(292) B. STOCKMAN, *op. cit.*, p. 108; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, *op. cit.*, p. 654, n° 711.

(293) B. STOCKMAN, *op. cit.*, p. 108.

(294) S. MOSSELMANS, «Vergoeding voor de ingevolge vervreemding uitgezette handelshuur», *R.G.D.C.*, 2007, p. 169, n° 4.

(295) B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, *op. cit.*, p. 653, n° 710.

SECTION 5. – *Une obligation essentielle du bailleur :
s'abstenir de contrarier l'exploitation du fonds de commerce*

81. La loi du 30 avril 1951 n'édicte que certaines règles, qui se superposent au droit commun et n'y dérogent que lorsque qu'elles sont incompatibles avec lui (296). En dehors de ces règles spéciales, le droit commun du bail subsiste (297). Il en résulte que, sous réserve de la réglementation technique adoptée par la loi du 30 avril 1951, les droits et obligations des parties se définissent par référence au droit commun (298).

Ainsi, le bailleur commercial a, comme en droit commun, pour obligations essentielles, de délivrer les locaux commerciaux, de les entretenir « en état de servir à l'usage pour lequel [ils ont] été loué[s] » et d'en « faire jouir paisiblement le preneur, pendant la durée du bail » (299).

Cette dernière obligation, qualifiée de fondamentale par la doctrine (300), se décline en trois garanties particulières : la garantie du fait du bailleur, la garantie du trouble de droit des tiers et la garantie des vices.

Nous sommes d'avis qu'elle doit être appréciée en ayant égard à l'objectif de protection du fonds de commerce poursuivi par le législateur. En effet, selon nous, la jouissance paisible du preneur recouvre, en matière de bail commercial, l'exploitation paisible du commerce établi dans les lieux loués avec l'accord du bailleur.

Il en résulte que, si le bailleur n'est évidemment pas le garant de la rentabilité du fonds de commerce (301), il ne peut nuire à celui-ci.

H. De Page enseignait ainsi déjà, dans la première édition de son traité, que « si, tout en ayant eu cette jouissance, [le preneur] a dû subir l'effet, soit de certains agissements de tiers, soit des circonstances, qui ont eu pour résultat de rendre son commerce ou sa profession moins fructueux, moins profitables, ce sont là des aléas dont il doit supporter personnellement la charge, et qui ne lui donnent

(296) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 4, n° 1355.

(297) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 799, n° 778.

(298) M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *op. cit.*, pp. 10-11, n°s 1368-1371.

(299) Article 1719 du Code civil.

(300) J. VANKERCKHOVE *et al.*, « Le louage de choses – Les baux en général », *Les Nouvelles*, Droit civil, t. VI, vol. 1, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 447, n° 619.

(301) G. de CRAYENCOUR, « Les contrats annexes – Les ventres commerciaux », in *Le bail commercial* (sous la dir. sc. de G. BENOIT, C. DELFORGE, P. JADOUL, G. ROMMEL, M. VLIÉS), Bruxelles, la Charte, 2008, p. 813.

aucun recours contre le bailleur» (302). Il en résulte, *a contrario*, que si la détérioration du fonds de commerce exploité dans les lieux loués est imputable au bailleur lui-même, il doit être considéré que la baisse de rentabilité du commerce exercé par le preneur constitue, dans son chef, une perte de jouissance, dont le bailleur est responsable.

Nous pensons trouver une confirmation de cette analyse dans un arrêt récent de la Cour de cassation, à l'occasion duquel elle a précisé que «le bailleur commet une faute contractuelle envers le preneur en refusant aux personnes qui y ont droit l'accès à l'immeuble commercial mis en location et, ce faisant, en contrariant l'exploitation du fonds de commerce» (303).

Il ne peut en effet y avoir de manquement contractuel envers le preneur sans obligation contractuelle corrélative. Il en résulte donc que le bailleur a, à tout le moins, l'obligation de s'abstenir de contrarier l'exploitation du fonds de commerce du preneur. Cette obligation de s'abstenir de tout acte nuisible à l'exploitation du fonds de commerce ne constitue, selon nous, qu'une application particulière de la garantie du fait personnel du bailleur, qui lui impose de «n'accomplir aucun acte de nature à porter atteinte aux droits qu'il a conféré au preneur» (304).

CONCLUSION

82. Les quelques développements qui précèdent nous ont permis de constater que la protection du fonds de commerce n'est pas qu'un vœu pieux du législateur. Elle constitue, en combinaison avec le respect des droits de propriété du bailleur, la pierre angulaire de l'ensemble du régime mis en place en matière de bail commercial.

83. L'interprète des dispositions légales doit donc garder cet objectif à l'esprit.

C'est ce qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 6 mai 2010, confirmant sa jurisprudence selon laquelle l'indemnité d'évic-

(302) H. DE PAGE, *Traité Élémentaire de droit civil Belge*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1938, n^{os} 603 et s. (ce sont les soussignés qui soulignent).

(303) Cass., 22 juin 2009, *N.j.W.*, 2009, p. 724 et note I. BOONE.

(304) J. VANKERKHOVE *et al.*, *Le louage de choses – Les baux en général*, *op. cit.*, p. 447, n^o 619.

tion n'est due qu'au propriétaire du fonds de commerce et à la condition qu'il soit porté atteinte à celui-ci.

C'est par contre en totale abstraction du principe de protection du fonds de commerce abrité dans les lieux loués que la Cour de cassation a tranché la controverse relative au cumul de l'indemnité d'éviction avec les indemnités de droit commun en cas d'aliénation des lieux loués et d'expulsion par l'acquéreur. Son arrêt du 22 décembre 2006 aboutit en effet à ce que, dans les cas où la loi ne prévoit pas d'indemnité d'éviction, le preneur puisse être privé de fonds de commerce sans la moindre indemnité, ni de la part de l'acquéreur, ni de la part de son bailleur originaire.

Enfin, la garantie de jouissance paisible due par le bailleur en vertu de l'article 1719 du Code civil emporte, dans le cadre d'un bail commercial, l'obligation de ne pas contrarier l'exploitation du fonds de commerce du preneur. C'est l'enseignement qui nous paraît pouvoir être tiré de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2009.