

Sommaire

Le contrat d'échange7
FRANÇOIS GLANSDORFF

**Le contrat d'entreprise : examen de la jurisprudence
récente et questions choisies.....37**
JEAN-THÉODORE GODIN ET SÉBASTIEN VANVREKOM

**Le nouveau droit du bail d'habitation à Bruxelles
et en Wallonie..... 111**
NICOLAS BERNARD

Table des matières 181

Le contrat d'échange

FRANÇOIS GLANSDORFF

Avocat au barreau de Bruxelles
Professeur honoraire à l'Université libre de Bruxelles

Section 1.	Échange et vente.....	8
Section 2.	Domaines particuliers.....	9
Section 3.	Éléments constitutifs de l'échange – institutions voisines – qualification de la convention.....	10
Section 4.	Valeurs respectives des choses échangées – Échange avec soulte – Lésion.....	17
Section 5.	Formation du contrat d'échange – conditions de validité.....	20
Section 6.	Transfert de la propriété et des risques	22
Section 7.	Interprétation – Frais – Loi Hypothécaire.....	23
Section 8.	Les obligations des échangistes.....	24
Section 9.	Protection du consommateur échangiste.....	27
Section 10.	Aspects fiscaux.....	32

SECTION 1.

ÉCHANGE ET VENTE

1. L'échange, donc le troc, est une des opérations contractuelles les plus anciennes, bien antérieure à la vente. D'où vient l'échange ? « C'est du don qu'est issu l'échange car le don induit naturellement un contre-don de la part du gratifié, il « oblige ». En couplant deux dons réciproques, les sociétés humaines ont découvert tout le profit qu'elles pouvaient retirer de la circulation des biens, au départ sous la forme primaire de l'échange de biens en nature » (1). Mais avec l'apparition de la monnaie, la vente a largement pris le dessus par la suite : il suffit de voir les places respectives des deux contrats dans le Code civil, et plus encore dans la doctrine et la jurisprudence (cinq pages sur l'échange dans le Traité de De Page !). La raison en est évidemment d'ordre économique. Dans la mesure, écrit Ghestin, « où la diversification des besoins et des produits permettait de plus en plus rarement d'établir une relation adéquate de valeur entre les objets échangés il devenait indispensable de recourir à une mesure de valeur intermédiaire, la monnaie » (2). Car c'est bien cela la différence entre vente et échange : au lieu d'y avoir aliénation d'une chose contre un prix (vente), il y a aliénation d'une chose contre une autre chose (échange).

2. Pour l'évolution du contrat d'échange à travers les âges, je renvoie aux auteurs qui ont le plus largement développé cet historique (3). Venons-en directement au Code civil, dans lequel les articles consacrés à l'échange sont les suivants, en soulignant d'emblée l'article 1707 qui confirme la parenté entre la vente et l'échange :

Art. 1702. *L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre.*

Art. 1703. *L'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente.*

Art. 1704. *Si l'un des copermutants(4) a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue.*

(1) F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats*, Paris, PUF, 2016, p. 270, n° 108.

(2) J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, Paris, LGDJ, 1990, p. 31, n° 33.

(3) Principalement *ibid.*, n° 34 et s. ; B. SOUSI-ROUBI, « Le contrat d'échange », *R.T.D. civ.*, 1978, p. 257 ; F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats*, *op. cit.*

(4) On parle aussi, dans la doctrine, d'échangiste ou de coéchangiste. J'utiliserai indifféremment l'une ou l'autre appellation.

Art. 1705. *Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange, a le choix de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose.*

Art. 1706. *La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange.*

Art. 1707. *Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange.*

Cette parenté entre l'échange et la vente se retrouve dans le droit européen en gestation. Le projet de cadre commun de référence transpose en effet à l'échange, sous réserve d'adaptation, les règles de la vente(5).

SECTION 2.

DOMAINES PARTICULIERS

3. Dans certains domaines, l'échange fait l'objet de règles particulières. Il en est ainsi, sans vouloir être exhaustif, des offres publiques d'échange de valeurs mobilières (OPE), dans le cadre plus large de la pratique des offres publiques d'achat, d'origine anglo-saxonne(6).

Réglementé ou non, l'échange est en principe libre, mais pas toujours. Citons à ce propos, en France, les échanges favorisés ou forcés de biens ruraux, destinés à porter remède au morcellement des terres agricoles afin de constituer des exploitations d'un seul tenant(7). Citons aussi la législation belge, qui remonte aux années 1970, destinée à favoriser l'échange d'immeubles ruraux non bâtis(8).

L'échange est également pratiqué dans le domaine du commerce international, particulièrement en périodes de crise, de pénurie d'aliments (1940-1945 par exemple) ou de logements. Les États qui manquent d'une monnaie crédible facilement convertible pratiquent l'échange (par exemple à l'aide du pétrole) pour se procurer les fournitures ou les biens

(5) F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats, op. cit.*, p. 272, n° 108.

(6) P. A. FORIERS, S. HIRSCH et V. MARQUETTE, *Les offres publiques d'acquisition*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 102, n° 83 ; MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, Paris, Defrénois, 2009, p. 456, n° 804 ; B. SOUSI-ROUBI, « Le contrat d'échange », *op. cit.*, p. 264, n° 13.

(7) J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente, op. cit.*, p. 41, n° 43 ; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 2001, p. 665, n° 12001 ; MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, p. 457, n° 806, et enfin l'analyse fouillée de B. Sousi-Roubi, que l'auteur intitule : « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale » (*op. cit.*, p. 282, n° 40 et s.).

(8) Sur cette législation et ses implications fiscales, voy. *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 50 et s.

d'équipement dont ils ont besoin, ce qui ne manque pas d'ailleurs de susciter diverses difficultés : mise en œuvre de la garantie des vices cachés, difficulté de revente des produits, inexécution insatisfaisante des obligations réciproques, etc. (9).

Cela étant, l'échange demeure une opération relativement rare dans les pays à économie développée(10), sous réserve de certaines pratiques courantes dans le domaine commercial(11) et de l'opération – qu'on rencontre assez fréquemment en matière de promotion immobilière – qui consiste à vendre un terrain moyennant remise de locaux à construire ou à rénover.

Sous réserve aussi de ce qui pourrait se produire dans l'avenir, notamment du fait que l'échange est plus inspiré par la valeur d'usage que par la valeur vénale des choses échangées : « du fait qu'il est plus une voie vers l'utilité que vers la propriété en soi, (l'échange) a la faveur des pratiques postmodernes de type communautaire, comme les échanges de fichiers numériques. Il pourrait bien avoir un nouveau destin dans les recompositions économiques de demain »(12).

SECTION 3.

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ÉCHANGE – INSTITUTIONS VOISINES – QUALIFICATION DE LA CONVENTION

4. L'échange suppose un double transfert, ou un transfert croisé, de droits réels sur des choses, meubles ou immeubles(13). Il s'agit le plus souvent, dans le langage courant, d'un double transfert de propriété, mais il peut s'agir aussi, dans le chef de l'une ou l'autre des parties, d'un démembrement du droit de propriété, donc d'un transfert d'usufruit, de nue-propriété, de droit de superficie ou d'emphytéose, d'une servitude, ou

(9) J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, op. cit., p. 40, n° 42 ; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., p. 664, n° 12001 ; MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, op. cit., p. 457, n° 805, où les auteurs citent aussi, parmi les pratiques financières plus récentes, les accords de SWAPS : devises contre devises.

(10) MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, op. cit.

(11) On reviendra plus loin sur la reprise d'un véhicule ancien lors de l'achat d'un véhicule neuf, ou sur la reprise d'un article vendu à un client, qui choisit un autre article à sa place (*ibid.* et l'espèce, assez proche, rapportée par L. SIMONT et P. A. FORIERS, « *Ex jur contr sp.* », *R.C.J.B.*, 2014, p. 822, n° 121). On évoquera aussi plus loin des phénomènes d'échange en matière d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.

(12) F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats*, op. cit.

(13) En ce compris des biens incorporels comme le fonds de commerce (MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, op. cit., p. 456, n° 804 ; F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats*, op. cit., n° 109).

encore d'un droit de jouissance exclusif dans un contexte de copropriété forcée(14). Il peut aussi y avoir échange de droits indivis(15). Plusieurs combinaisons sont possibles : un droit réel, écrit De Page, « tel qu'un usufruit, peut être échangé contre un immeuble, un autre usufruit ou une nue-propiété ; une servitude contre une servitude, ou contre un immeuble, ou contre un meuble, ou contre un usufruit, etc. »(16). L'objet de l'obligation de chaque échangiste est donc, non pas une chose, mais un droit sur une chose, qu'il s'agisse du droit de propriété ou de n'importe quel autre droit réel(17).

5. Trois questions se posent ici, qui ont une particulière importance en droit immobilier :

- Peut-il s'agir d'un droit sur une chose qui n'existe pas encore, donc sur une chose future ?
- Peut-il s'agir, non d'une chose, mais d'un volume ?
- Peut-il s'agir, non d'un droit réel (générateur d'une obligation de *dare*), mais d'un droit de créance (générateur d'une obligation de *facere*) ?

6. Une chose future ? La réponse est affirmative, au même titre que la vente peut, elle aussi, porter sur une chose qui n'existe pas encore(18) ; et l'on verra plus loin ce qu'il en est du moment où s'opère le transfert de propriété dans cette hypothèse, notamment lorsque la loi Breyne est applicable.

Il en est ainsi de l'échange d'un terrain contre un appartement dans un immeuble à construire, ou de l'échange d'un appartement dans un immeuble existant à détruire avant reconstruction. B. Kohl explique ainsi la raison d'être de l'opération : « L'opération d'échange par un propriétaire d'un bien immeuble actuel contre la propriété d'un immeuble à construire est relativement fréquente ; elle permet par exemple au propriétaire d'un terrain, contacté par un promoteur immobilier en vue de l'érection sur sa parcelle d'un immeuble à appartements, plutôt que de concéder au

(14) P.-Y. ERNEUX et I. GERLO, « La loi Breyne en pratique : essai de cheminement intellectuel (...) », in *La loi Breyne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 179 et s., spéc. p. 186 ; *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n^{os} 44 et s.

(15) *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n^{os} 15 et 49.

(16) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, *Les principaux contrats*, vol. 1, par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 675, n^o 614. Voy. aussi MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.* ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, *op. cit.*, p. 35, n^o 37 ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 2, Bruxelles, Larcier, n^o 23.

(17) B. SOUSI-ROUBI, « Le contrat d'échange », *op. cit.*, p. 268, n^o 22.

(18) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, *op. cit.*, n^o 91.

promoteur un droit de superficie (lui permettant de devenir propriétaire des appartements et de les revendre ensuite aux candidats acquéreurs, le propriétaire du terrain cédant quant à lui à chaque candidat acquéreur une quote-part dans la propriété du terrain), d'échanger la propriété de ce terrain contre un ou plusieurs appartements dans l'immeuble à construire » (19).

7. Un volume plutôt qu'une chose ? C'est l'occasion de rappeler que plus encore que la vente, puisqu'il y a réciprocité, le contrat d'échange suppose l'existence d'un droit réel qui porte sur une chose, plus exactement sur deux choses en l'occurrence (20). Dans cette optique, la Cour de cassation a rappelé qu'on ne peut s'approprier un volume d'espace. Un droit de propriété immobilier distinct de la propriété du sol, dit-elle, « ne peut porter que sur des constructions, ouvrages et plantations. Un espace ouvert au-dessus du sol qui n'est délimité que par des lignes de peinture ou tout autre moyen de marquage au sol ne s'identifie pas à de tels usages » (21).

Toute propriété en sursol procède nécessairement d'un droit de superficie, lequel ne peut être que temporaire (50 ans maximum) (22). Cet arrêt a suscité une certaine perplexité dans la mesure où, au même moment, la Cour de cassation devait décider qu'un droit de superficie peut parfaitement porter sur des bâtiments à construire, et qu'il confère des droits dès ce moment : le droit de construire et de devenir propriétaire des constructions réalisées (23). Pourquoi alors, à défaut de substance corporelle, le droit de superficie ne pourrait-il pas porter sur des volumes d'air (24) ?

(19) « Le champ d'application de la loi Breyne », in *La loi Breyne*, *op. cit.*, p. 26, n° 28. Voy. aussi J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 665, n° 12001 et la note 10, et surtout le n° 11551, où l'auteur décrit deux procédés qui peuvent être utilisés pour parvenir au résultat souhaité : soit l'échange d'une chose présente contre une chose future, soit, en contrepartie de l'obligation de construire des locaux à livrer, le vendeur du terrain cède un certain nombre de tantièmes de sa propriété, en conservant le reste, et par le biais de ces tantièmes restants il se trouve acquérir, par voie d'accession, la propriété des locaux que l'acheteur s'engage à construire (voy. aussi les n°s 11120 et 11121).

(20) Même, on l'a vu, lorsqu'il s'agit d'un bien incorporel tel qu'un fonds de commerce.

(21) Cass., 13 septembre 2013, *R.W.*, 2013-14, p. 1460, *R.C.J.B.*, 2014, p. 288, note J. PÉRILLEUX.

(22) Sur cette limite dans le temps, considérée comme un obstacle au développement de volumes de propriété dans les immeubles, voy. P.-Y. ERNEUX, « La propriété en volumes : Flexibilité et évolution des programmes immobiliers et par voie de conséquence, de leur organisation juridique », *J.T.*, 2014, pp. 85 et s., spéc. n° 16, et les réf.

(23) Cass., 23 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1223.

(24) Voy. J.-Fr. ROMAIN (dir.), *Droits réels. Chronique de jurisprudence 2006-2015*, coll. Les Dossiers du Journal de tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 492, n° 458 ; voy. aussi N. VERHEYDEN-JEANMART et C. MOSTIN, « Jouissance d'immeuble : bail et conventions voisines », in *Aspects récents du droit des contrats*, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, pp. 93 et s., spéc. n°s 49 et s.

Toujours est-il qu'en l'état, on voit mal un volume d'espace faire l'objet d'une convention d'échange.

8. Un droit de créance plutôt qu'un droit réel ? La question semble controversée, et la réponse à y apporter n'est apparemment pas la même en France (25) qu'en Belgique.

En France, J. Ghestin et B. Desché, et d'autres auteurs, considèrent que l'échange peut porter sur des droits de créance (26).

Il n'en va pas de même en Belgique, où De Page est formel : « L'aliénation d'une chose contre une obligation de faire, ou des services, constituerait un contrat innomé » (27). Il en est de même lorsque la contre-prestation consiste en la jouissance d'une chose, exclusive d'un droit réel. Ainsi Simont et Foriers commentent-ils en ces termes deux décisions qui ont certes une vingtaine d'années d'ancienneté, mais qui semblent être toujours d'actualité :

« Aux termes de l'article 1702 du Code civil, l'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre. Il comporte donc une aliénation d'une chose contre une autre. C'est pourquoi un échange de culture selon l'article 30, alinéa 3, de la loi sur le bail à ferme ne constitue pas un échange au sens de l'article 1702 du Code civil (Civ. Courtrai, 16 décembre 1994, *Rev. dr. rur.*, 1995, p. 101). Un tel échange n'implique en effet aucun transfert de propriété mais un simple échange de jouissance de parcelles (*R.P.D.B.*, Compl. XI, v° *Bail à ferme et droit de préemption*, nos 854 à 858).

Le contrat par lequel la jouissance de plus de 13 hectares de culture moyennant le paiement d'un montant équivalent au fermage légal ne constitue pas davantage un échange au sens de l'article 1702 du Code civil même si l'auteur des reçus des paiements l'a qualifié tel (Civ. Namur, 8 janvier 1996, *Rev. not.*, 1996, p. 445 ; *Rev. dr. rur.*, 1996, p. 203). Il appartient en effet au juge de redresser la qualification que les parties – et *a fortiori* une partie – ont donnée à leur convention lorsque cette qualification est inconciliable avec les faits

(25) Du moins sous la plume de certains auteurs.

(26) *Op. cit.*, p. 35, n° 37, les auteurs donnant comme exemple la cession d'un immeuble préfinancé par l'État en contrepartie d'une créance de dommages de guerre. Dans le même sens, B. Sousi-Roubi envisage, outre l'hypothèse classique de l'échange d'un droit réel contre un droit réel (« Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n° 23), celle d'un droit réel contre un droit de créance (n° 22 et celle d'un droit de créance contre un autre droit de créance (n° 26). F. Zenati et T. Revet considèrent, eux aussi, qu'« un droit de jouissance peut être échangé, car sa dation s'analyse comme un transfert de propriété. La propriété ne doit pas ici être comprise comme un droit, encore moins comme un bien, mais comme la chose elle-même (*proprietas*), quelle qu'elle soit, sous le rapport de son appartenance à quelqu'un, qualité qui s'attache à toutes les catégories de biens sans exception. La conception classique de la propriété conduit, au contraire, à une analyse restrictive du domaine de l'échange, qu'elle limite aux droits réels, ce qui ne correspond ni à la réalité, ni à la tradition » (F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats, op. cit.*, p. 274, n° 109).

(27) *Loc. cit.* Je reviendrai ci-après sur la qualification d'une telle convention.

soumis à son appréciation (P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, t. I, n° 407 ; P. Wéry, *op. cit.*, n° 435).

En l'espèce, il ne pouvait être question d'échange dès lors que la convention n'impliquait aucun transfert de propriété et que, au surplus, la contrepartie de la jouissance cédée consistait en un prix en argent. » (28).

9. Quelle est alors, en Belgique, la qualification que doit recevoir une telle opération ? Contrat innomé ou nommé, et dans ce cas lequel ? Reprenons l'hypothèse de l'aliénation d'une chose (ou plutôt d'un droit réel sur une chose) contre un droit de créance consistant en l'accomplissement de services, de travaux, ou de divers engagements de faire. Plusieurs solutions sont possibles :

Soit – pour commencer par une institution charmante mais un peu désuète – il s'agit d'un bail à nourriture, défini comme étant « le contrat par lequel l'une des parties cède un immeuble à l'autre moyennant obligation pour celle-ci de nourrir, loger et entretenir la première, sa vie durant, et de lui faire, à son décès, des funérailles convenables ». On considère qu'il s'agit d'un contrat innomé, proche de la rente viagère (29).

Soit, lorsqu'il s'agit de travaux plutôt que de services, il s'agit d'un contrat d'entreprise, dont le prix peut fort bien être payé autrement qu'en argent. Lorsqu'une chose est transférée, écrit B. Kohl, « non en contrepartie d'un prix (vente) ou d'une autre chose (échange), mais en contrepartie d'une prestation, le contrat reçoit alors la qualification de contrat d'entreprise : l'article 1710 du Code civil, bien qu'il exige qu'un "prix" soit payé en contrepartie de la prestation pour qu'un contrat puisse être qualifié de louage, n'exige pas que le prix soit payé en argent. Quoi que ce soit inhabituel, le prix d'un louage d'ouvrage peut ainsi être payé au moyen d'une chose, mobilière ou immobilière » (30).

Soit, lorsqu'il s'agit d'engagements qui ne constituent ni des services ni des travaux tels qu'envisagés dans les deux hypothèses précédentes, on considère qu'il pourrait s'agir :

- tantôt d'une vente : par exemple l'acquisition pour un euro symbolique d'une entreprise criblée de dettes, moyennant divers engagements pris par l'acquéreur (prise en charge du passif, maintien

(28) *Op. cit.*, p. 821, n° 121.

(29) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, éd. 1952, p. 345, n° 350 ; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 476, n° 11549.

(30) *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 1990-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 16, note 34.

des contrats de travail, etc.). L'euro symbolique n'étant pas ici un prix dérisoire susceptible de conduire à la nullité de l'opération, et n'étant pas davantage une donation déguisée puisque la situation de l'entreprise est telle qu'elle ne vaut réellement pas plus qu'un euro (31) ;

- tantôt d'un contrat innomé : pour revenir à la jurisprudence française, tel est le cas dans une espèce proche de la précédente où il y eut « vente » d'un immeuble rural pour un euro, avec obligation de l'aménager en centre équestre (32), ou encore dans le cas du transfert de la nue-propriété d'un immeuble moyennant l'engagement d'effectuer des réparations (33).

10. Autre hypothèse proche de l'échange : l'aliénation d'une chose contre un droit de jouissance. Droit de jouissance et non droit réel : il ne s'agit donc pas d'un échange (sous réserve de la doctrine française citée à la note 22), on l'a vu, mais le cas échéant d'un bail, dont on rappellera que le prix ne doit pas nécessairement consister en une somme d'argent.

Autre hypothèse encore : l'« échange » d'un droit de créance contre un autre droit de créance. Je renvoie ici à l'analyse que B. Sousi-Roubi a faite d'une telle opération, analyse qui se traduit, soit par la cession de créance (lorsqu'aucun des deux créanciers n'est le débiteur de l'autre), soit par la novation par changement de créance (lorsque l'un des deux créanciers est le débiteur de l'autre), soit par la compensation (lorsque les deux créanciers sont chacun débiteur de l'autre) (34). Cette hypothèse s'est réalisée en France à l'occasion de l'échange d'appartements dont les copermutants n'étaient pas propriétaires, tel qu'organisé par la loi du 1^{er} septembre 1948. La pratique connaît également l'échange de jouissance d'appartements ou de résidences secondaires, par exemple pendant les vacances (35).

(31) Fr. GLANSDORFF, « La vente à un euro, aux confins du droit et de l'économie », in *Droit, économie et valeurs – Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 257 et s. La question reste cependant délicate lorsqu'il s'agit d'un prix « négatif » (B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 1990-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 9).

(32) Cass., 17 mars 1981.

(33) Cass., 12 octobre 1967, ces deux arrêts étant cités par Malaurie et Aynès, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 456, n° 804, note 9 ; la seconde hypothèse était plus proche du contrat d'entreprise, me semble-t-il...

(34) *Op. cit.*, p. 273, n°s 26 et s.

(35) MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 804 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, *op. cit.*, n° 41 ; B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n°s 49 et s.

On rencontre aussi des phénomènes d'échange en matière d'exploitation de droits de propriété intellectuelle, et notamment de droit d'auteur. Ainsi J. Huet cite-t-il la cession de droits de diffusion d'une œuvre entre chaînes de télévision, ou l'échange entre une émission de télévision et un espace publicitaire, tout en reconnaissant que de tels montages relèvent davantage de l'« échange » de services⁽³⁶⁾.

11. D'autres opérations proches de l'échange méritent encore d'être citées pour dissiper toute confusion :

a) La dation en paiement

Lorsqu'il y a vente d'une chose contre un prix mais que, avec l'accord du vendeur ou parce qu'il s'est réservé cette possibilité, l'acheteur se libère par la remise d'une chose en paiement, il n'y a pas échange puisque la remise d'une chose n'était pas prévue *in obligatione*. La chose n'est que *in faculte solutionis*, et le contrat reste une vente. Tous les auteurs s'accordent à ce sujet⁽³⁷⁾.

b) L'obligation alternative

Ici, l'acheteur peut, *in obligatione*, soit payer un prix, soit remettre une chose. Y a-t-il vente ou échange ? C'est ce choix qui déterminera la nature du contrat⁽³⁸⁾.

c) La novation par changement d'objet

Simont et Foriers rapportent l'espèce dans laquelle un jugement du tribunal de commerce de Hasselt du 3 décembre 1997 (*R.W.*, 1997-1998, p. 1294, note de J. Herbots) considère comme un échange la livraison d'un autre cheval de concours par le vendeur d'un premier cheval qui s'était révélé boiteux. Avec l'annotateur du jugement les auteurs se demandent s'il ne s'agissait pas plutôt d'une novation par changement de l'objet de la vente avec, le cas échéant, un caractère transactionnel⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ *Op. cit.*, p. 665, n° 12001, et la note 12.

⁽³⁷⁾ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, *op. cit.*, p. 676, n° 614 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, *op. cit.*, p. 35, n° 37 ; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 74, n° 11121, F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats*, *op. cit.*, p. 275, n° 109. Pour une analyse plus approfondie, voy. B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n°s 25 et 31.

⁽³⁸⁾ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, *op. cit.*

⁽³⁹⁾ *Ibid.* ; voy. aussi B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, p. 272, n° 25.

d) La subrogation réelle

Dans ce cas, comme dans l'échange, une chose prend la place d'une autre. Toutefois, l'échange suppose une relation entre deux patrimoines, ce qui n'est pas le cas dans la subrogation réelle (40).

e) L'apport en société

L'apporteur en nature reçoit « en échange » un certain nombre de parts ou d'actions de la société. S'agit-il, comme on l'a évoqué plus haut, de l'« échange » d'un droit réel contre un droit de créance ? Oui selon certains auteurs français, pour qui une telle opération reste un échange au sens juridique du terme (41), bien qu'on estime généralement qu'il faut y appliquer les règles de la vente... (42). En droit belge, on l'a vu, l'échange ne peut porter que sur le transfert de deux droits réels.

SECTION 4.

VALEURS RESPECTIVES DES CHOSSES ÉCHANGÉES – ÉCHANGE AVEC SOULTE – LÉSION

12. Les choses échangées sont évidemment supposées avoir une valeur équivalente. L'échange est un contrat commutatif, dominé par l'idée d'équivalence entre les prestations. Mais cette évidence est moins simple à traduire dans la pratique qu'il n'y paraît, pour plusieurs raisons.

D'abord, quelle valeur faut-il prendre en considération (43) ? Ensuite, que faire lorsque les valeurs ne sont pas tout à fait équivalentes, ce qui est fréquent, et qu'on veut tout de même réaliser l'échange ? Les parties, écrit De Page, pourraient remédier à l'inéquivalence en concluant deux ventes

(40) Sur les différentes hypothèses que celle-ci peut comporter, voy. B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, p. 269, n° 24. Voy. aussi *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, nos 33 et s.

(41) B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, p. 277, n° 32.

(42) J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 73, n° 11120.

(43) Ainsi, parlant de Hergé et de l'Oreille cassée, Michel Serres écrit ceci à propos de la valeur du fétiche Arumbaya subtilisé dans le musée ethnographique : « ... le fétiche est un objet d'échange. La statuette est en bois, elle a peu de valeur. Mais, comme Marx l'explique, dès lors que la valeur d'échange l'emporte sur la valeur d'usage, la valeur de la marchandise devient beaucoup plus élevée que son prix réel : le diamant dans le fétiche n'est rien d'autre que le signe de cette toute nouvelle et très haute valeur d'échange. Ce n'est pas la pierre précieuse qui attise les convoitises, mais la convoitise de l'échange qui fait le diamant. Marx appelait d'ailleurs le processus mystérieux qui, dans une société capitaliste, fait de l'échange des biens le support de l'échange entre les personnes, le "fétichisme de la marchandise" » (« Une leçon d'ethnologie », in *Tintin au pays des philosophes*, Paris, Philo éditions, 2010, p. 51).

croisées, dont les prix seraient payés par compensation à due concurrence. La solution la plus simple et la moins onéreuse consiste cependant à faire payer une *soulte*⁽⁴⁴⁾ par le coéchangiste qui reçoit la chose la plus importante des deux⁽⁴⁵⁾.

Tous les auteurs soulignent l'importance pratique de l'échange avec soulte, et évoquent à ce propos deux problèmes : l'incidence de la soulte sur la qualification de l'opération, et le régime juridique auquel la soulte est soumise :

a) Qualification de l'opération

Plusieurs opinions se sont affrontées, qui n'ont plus guère qu'un intérêt historique. Aujourd'hui, l'opinion unanime consiste à dire que l'échange avec soulte reste en principe un échange, sauf lorsque la soulte est à ce point importante qu'elle devient l'objet principal de la prestation du coéchangiste concerné. En pareil cas, l'accessoire devant suivre le principal, le contrat doit être requalifié en vente puisqu'on est en présence d'un véritable prix. Le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, dans lequel l'intention des parties prendra parfois le pas sur une appréciation purement quantitative⁽⁴⁶⁾.

Cette appréciation pourra-t-elle amener le juge, si la soulte est importante, à juxtaposer la vente et l'échange au sein d'un seul contrat complexe, ou bien faut-il considérer qu'il y a soit vente, soit échange, mais pas les deux à la fois ? La question est controversée⁽⁴⁷⁾.

b) Régime de la soulte

Si l'opération est requalifiée en vente, la soulte est évidemment soumise au régime juridique du prix dans la vente, et à tout ce que cela implique. Il en est de même lorsque la soulte reste accessoire et que la qualification de l'opération reste inchangée. Ainsi le paiement de la soulte est-il garanti par le privilège du vendeur d'immeuble, alors qu'aucun privilège

(44) Du latin *solutum, solvere*, c'est-à-dire ce qui est payé pour compenser une inéquivalence, comme c'est le cas dans l'échange et dans le partage.

(45) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 618.

(46) Sur tous ces points, voy. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, p. 679, n° 618 ; *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 12 ; F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats, op. cit.*, p. 275, n° 109 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente, op. cit.*, p. 38, n° 40 ; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, nos 11122 et 12003 ; MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, p. 456, n° 803 ; B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, p. 279, nos 33 et s.

(47) En faveur de la juxtaposition : DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, p. 680, note 2 ; en faveur d'une qualification uniforme : MALAURIE et AYNÈS, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, et J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 11122.

ne garantit le coéchangiste en l'absence de soulte. Telle est l'application du principe posé par l'article 1707 du Code civil (application à l'échange des règles prescrites pour la vente)(48). On va voir qu'en revanche, pour ce qui concerne la lésion des 7/12^e, le régime est diamétralement opposé suivant qu'il y a requalification en vente ou que l'opération reste qualifiée d'échange.

À mon sens, l'importance de la soulte est également déterminante dans la qualification de l'opération assez courante que constitue la reprise d'un véhicule ancien lors de la vente d'un véhicule neuf. Plusieurs opinions ont été exprimées à ce sujet (49). L'échange n'est pas exclu, encore que l'importance de la soulte inclinera le plus souvent vers la vente (deux ventes croisées indivisibles), sans compter l'incidence de la volonté des parties.

13. Rescision pour lésion ? Il peut arriver, comme à propos d'une vente, que les parties ou l'une d'elles se soient lourdement trompées sur la valeur de l'une ou l'autre des choses échangées, et que, avec ou sans soulte, l'un des échangistes recueille moins de 5 alors qu'il devait obtenir au moins 12 : c'est la lésion des plus des 7/12^e, qui donne ouverture à la rescision au profit du vendeur dans la vente d'immeubles. Cette possibilité existe-t-elle en matière d'échange ?

L'article 1706 du Code civil reproduit plus haut, répond clairement par la négative : « La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange ». Selon De Page, la raison en est, « non point que le prix n'existe pas dans l'échange, mais que la contrainte qui peut pousser un vendeur à se défaire d'un immeuble à vil prix ne se conçoit guère en matière d'échange. Le résultat cherché par le vendeur n'est pas atteint par l'échange ». Et l'auteur ajoute que « la solution s'applique même à l'échange avec soulte, à la condition que la soulte, par son importance, ne transforme pas le contrat d'échange en contrat de vente »(50).

(48) Mêmes références qu'au n° précédent, et DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 616, 9°.

(49) Voy. not. J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 12001, note 8, et *supra*, note 9.

(50) *Ibid.*, n° 617. Voy. aussi *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 17 ; F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats*, *op. cit.*, p. 278, n° 110 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, *op. cit.*, n° 39 ; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 12002, ce dernier estimant plus simplement que le législateur a craint, pour l'échange, des « difficultés d'évaluation doublement plus délicates ». Pour une critique de l'article 1706 et en faveur d'un alignement de l'échange sur la vente, voy. B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n° 18.

D'où, revenons-y, l'importance d'une qualification correcte de l'opération, principalement (51) lorsqu'il y a paiement d'une soulte. Un exemple chiffré illustre la différence : dans l'opération-type en matière de promotion immobilière telle qu'exposée plus haut, supposons le propriétaire d'un terrain qui vaut 25, qui échange celui-ci contre un appartement à construire (sur ce terrain) qui vaudra 4, avec en plus une soulte de 6. Il reçoit donc 10 pour un immeuble qui vaut 25. Il y a lésion de plus des 7/12^e. Si l'opération est qualifiée de vente, ce qui est possible étant donné l'importance de la soulte, la rescision pour lésion sera envisageable. Si, en revanche, le terrain qui vaut 25 est échangé contre un appartement qui vaut 8, avec en plus une soulte de 2, l'opération restera vraisemblablement qualifiée d'échange, et la rescision pour lésion sera exclue.

Précisons enfin que l'exclusion de la lésion « objective » de plus des 7/12^e n'exclut pas l'application de la lésion dite « qualifiée », lorsqu'il est établi que l'un des échangistes a abusé des faiblesses, de l'ignorance, des besoins etc., de l'autre, et qu'il en est résulté une disproportion importante entre les valeurs des choses échangées (52). Mais on entre là dans le domaine des vices du consentement, que j'aborde plus loin.

SECTION 5.

FORMATION DU CONTRAT D'ÉCHANGE – CONDITIONS DE VALIDITÉ

14. Sur le plan des pourparlers, des « avant-contrats » et promesses de contrat, ou encore de contrat assorti d'un droit de préférence ou de préemption, l'échange se forme de la même manière que la vente et est soumis aux règles du droit commun (53).

Particulièrement dans la pratique immobilière, les promesses unilatérales de vente, ou options d'achat, sont fréquentes. On rencontre aussi le recours à la technique dite des « options croisées », qui est transposable à

(51) Mais pas uniquement : l'existence de l'un ou l'autre droit de préemption, par exemple, peut également dépendre de la qualification de l'opération (J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n° 11122, note 114).

(52) P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, n°s 170 et s.

(53) Voy. B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 1990-2010*, op. cit., n°s 16 et s. *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n°s 3 et s., et n° 26. Ainsi a-t-on précisé que conformément à l'article 1589 du Code civil, la promesse synallagmatique d'échange vaut échange (J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n° 12002).

l'échange. Pour paraphraser cette technique telle qu'elle est décrite dans le cadre de la vente, on pourrait dire que, concrètement, l'un des échangistes promet d'échanger le bien X contre le bien Y pendant un certain délai, et que, concomitamment, le coéchangiste promet d'échanger le bien Y contre le bien X pendant un certain délai qui prend cours au terme du premier(54).

15. Comme la vente, l'échange est un contrat consensuel, qui naît dès qu'il y a accord ferme sur les choses échangées. L'article 1703 du Code civil le dit clairement : « L'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente ». Mais consentement sur quoi ?

On sera attentif à cet égard à la jurisprudence actuelle qui requiert un accord non seulement sur les éléments essentiels de l'échange (à savoir les choses ou droits réels échangés), mais aussi sur les éléments considérés comme substantiels (ou « essentialisés »). Aussi longtemps qu'il n'y a pas accord à ce sujet, l'on reste au stade des propositions ou des projets de contrat. La signature d'un compromis, ici d'échange, constitue un jalon essentiel dans ce parcours(55).

16. Pour le surplus, le consentement des parties doit, à l'instar du droit commun, être exempt de vice. On rappellera plus loin qu'une convention d'échange peut se trouver affectée en raison d'une réticence dolosive. Il en est de même de l'erreur, de la violence, ainsi que – on l'a rappelé – de la lésion qualifiée(56).

Il a été précisé par ailleurs que le consentement devait porter sur le fait d'opérer un échange, et non d'accomplir deux actes concomitants(57).

17. Entre autres conditions de validité du contrat d'échange, on a relevé, à propos de la capacité, la prohibition de l'échange entre époux,

(54) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 285 ; M. VAN MOLLE, « L'acquisition du terrain par le promoteur – lotisseur. Options, condition suspensive ou renonciation à accession », *Jurimpratique*, 2013/2, pp. 107 et s., spéc. n° 13.

(55) À propos de la vente, voy. B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 1990-2010*, *op. cit.*, n° 45 ; P.-Y. ERNEUX et M. VON KUEGELGEN, « La singularité de la vente immobilière à l'aune des contraintes issues du droit administratif ou vers un indispensable retour aux sources du droit des contrats », *Jurimpratique*, 2014/2, p. 214 ; M. VAN MOLLE, « Le contenu minimal d'une offre d'achat », *Kluwer Immobilier*, 2013, n° 11 ; J.R. DIRIX, « L'accord sur le prix et la chose suffit-il réellement pour parfaire la vente ? », *Kluwer Immobilier*, 2012, n° 5.

(56) Sur les conditions de cette dernière, distincte de la lésion de plus des 7/12^e examinée par ailleurs, voy. B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 1990-2010*, *op. cit.*, nos 83 et s.

(57) J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 12002, note 15.

par application de l'article 1595 du Code civil ; la question est cependant controversée(58).

Pour le surplus, la capacité des parties pour procéder à un échange est la même que celle requise pour une aliénation ou une cession de droits de même nature(59).

SECTION 6.

TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ ET DES RISQUES

18. Puisque le contrat d'échange est consensuel (art. 1703 C. civ.), le transfert de propriété s'opère lui aussi *solo consensu*, tout au moins pour les choses certaines et en particulier les immeubles(60).

Le transfert de propriété peut cependant être retardé par diverses circonstances : la nature mobilière de la chose (auquel cas le transfert ne se réalise que par son identification) ; une éventuelle clause de réserve de propriété ; le caractère futur de la chose (en particulier un immeuble à construire), auquel cas le transfert ne se produira que dès que la chose viendra à existence(61), sans perdre de vue, en matière immobilière, l'incidence importante de la loi Breyne dont il sera question plus loin.

19. Quant aux risques, il découle de ce qui précède, et sous les mêmes réserves, que si l'un des objets échangés vient à périr par cas fortuit après la conclusion du contrat, l'autre partie sera quand même tenue de livrer l'autre objet(62).

(58) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 616 ; B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n° 9, note 15.

(59) *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 27 ; voy. aussi F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats, op. cit.*, p. 278, n° 110.

(60) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit. Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 5 ; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*

(61) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 23.

(62) *Ibid.* F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats, op. cit.*, p. 281, n° 111. Si la chose était déjà périée au moment de l'échange, l'article 1601 du Code civil trouverait application (*Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 20).

SECTION 7.

INTERPRÉTATION – FRAIS – LOI HYPOTHÉCAIRE

20. L'interprétation du contrat d'échange. On sait que suivant que l'article 1602, alinéa 2, du Code civil, c'est, en cas de doute, en faveur de l'acheteur que doit s'interpréter le contrat de vente, en tout cas pour ce qui concerne ses clauses usuelles et normales(63). Cette disposition ne s'applique pas au contrat d'échange, où les deux parties jouent un rôle équivalent(64). Ce sont les règles d'interprétation du droit commun qui s'y appliquent, notamment l'article 1162 qui dispose que, toujours s'il y a doute, la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation, donc en faveur du débiteur(65).

21. Les frais d'acte. L'article 1593 du Code civil dispose que « les frais d'acte et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur ». Cette disposition ne s'applique pas à l'échange, même à l'échange avec soulte (sauf bien entendu si le contrat est requalifié en vente), où l'on considère que les frais d'acte se partagent par moitié(66). Précisons que cette modalité n'est que supplétive, et qu'elle ne vise pas les frais d'exécution de leurs obligations par chacune des parties(67).

22. Application de la loi hypothécaire. L'échange d'immeubles réalisant un transfert de propriété, l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (du 16 décembre 1851) s'y applique. Le contrat d'échange doit donc être transcrit pour être opposable aux tiers, au même titre que la vente(68).

On reviendra ci-après sur l'application des articles 27 et 28 de la loi hypothécaire, relatifs respectivement au privilège des copermutants et au sort de l'action en résolution.

(63) P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 401.

(64) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 617 ; *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 23.

(65) Sur la question de savoir quel est le débiteur en faveur duquel l'interprète doit pencher, voy. P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*

(66) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 617 et les réf. ; *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 21.

(67) *Ibid.*, n° 106.

(68) *Ibid.*, n° 616 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, n° 21.

SECTION 8.

LES OBLIGATIONS DES ÉCHANGISTES

23. Nous savons qu'en principe, le droit de la vente s'applique à l'échange (art. 1707 C. civ.). Il en est ainsi en particulier des obligations des échangistes l'un vis-à-vis de l'autre, chacun assumant l'obligation de délivrance de la chose qu'il donne en échange, de même que la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés relatives à cette chose (69).

24. En ce qui concerne la délivrance, la doctrine s'est interrogée sur l'application des articles 1619 à 1621 du Code civil à l'échange. Il s'agit de dispositions supplétives concernant la fixation du prix en cas d'erreur d'évaluation de la contenance stipulée dans l'acte (70).

Toutefois, précise De Page, « la discussion porte moins sur le principe que sur le point de savoir si le juge est lié par la différence de contenance excédant un vingtième ou s'il ne doit tenir compte que d'une différence notable. On soutient, en effet, que l'échange se fait surtout pour des raisons de convenance, et dès lors qu'il ne faut pas exiger une proportion mathématique entre les deux choses échangées. Cette proportion n'est possible que s'il y a un prix. Il est certain que la question est, pour une grande part, de pur fait. Il faut voir si les parties ont traité en raison d'une contenance déterminée. Quel que soit le taux auquel on s'arrête pour déterminer si la différence de contenance vicie le contrat d'échange, il faut admettre que, nonobstant l'inexistence d'un prix, le contrat peut être maintenu moyennant paiement d'une soulte » (71).

25. Quant à la garantie d'éviction, qui met en cause la propriété même de la chose, le législateur a tenu à la conforter par deux dispositions :

- L'article 1704 du Code civil, qui s'apparente à la vente de la chose d'autrui telle que prohibée par l'article 1599 (72) et qui est reproduit

(69) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 616 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, *op. cit.*, n° 38 ; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 12002 ; B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n° 15 ; F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats*, *op. cit.*, nos 111 (délivrance) et 112 (garanties).

(70) Sur la jurisprudence récente à ce propos, voy. B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 1990-2010*, *op. cit.*, n° 139.

(71) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, et p. 677, note 4, où l'auteur nuance le critère tiré du fait que l'échange s'inspire assez souvent de raisons de convenance ; voy. aussi *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 24.

(72) Jugé applicable à l'échange : DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.* ; *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 8.

ci-dessus. C'est une application de l'exception d'inexécution, que l'article 1653 du Code civil confère également à l'acheteur placé dans la même situation (73).

- L'article 1705, également reproduit plus haut, qui offre au créancier un choix identique à celui du droit commun : exécution par équivalent ou résolution.

26. La doctrine précise par ailleurs qu'est applicable à l'échange l'article 1636 du Code civil qui, en cas d'éviction partielle, prévoit que « si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente » (74).

27. La sanction de ces obligations. À l'instar du droit commun, certains griefs relatifs à la conclusion du contrat d'échange peuvent conduire à sa nullité, absolue ou relative.

À propos de la nullité relative, il a été rappelé que le consentement à un contrat d'échange pouvait être vicié par une réticence dolosive (75), ou encore que pouvait être prononcée la nullité de l'échange de la chose d'autrui (76).

Autrefois, la Cour de cassation de France considérait « qu'un coéchangiste ne peut obtenir la résolution de l'échange s'il est dans l'impossibilité, sauf cas de force majeure, de restituer ce qu'il a reçu, notamment s'il a aliéné l'immeuble qui lui avait été cédé » (77). Cette jurisprudence a été critiquée à juste titre par la doctrine, et elle semble bien avoir été abandonnée. Il suffit en effet, si la chose ne peut être restituée, que le demandeur en annulation en restitue la valeur en argent. La restitution peut parfaitement s'effectuer par équivalent, qu'il s'agisse au demeurant de l'annulation ou de la résolution du contrat (78).

(73) J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, *op. cit.*

(74) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, p. 677, note 1.

(75) Cf. *supra* et Cass., 30 juin 2005, *Pas.*, n° 386 ; *R.W.*, 2007-08, p. 1406, note ; l'arrêt est cité par SIMONT et FORIERS, « *Ex jur contr sp.* », *op. cit.*, p. 822 ; voy. aussi B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n° 18.

(76) Cf. *supra*, et *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 8, F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, contrats*, *op. cit.*, p. 278, n° 110 ; B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n° 9, note 15.

(77) *D.*, 1929, 1, 103.

(78) J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, *op. cit.*, n° 38 et les réf. sur la situation du tiers qui aurait acquis des droits sur la chose, voy. B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n° 20.

Quant à la résolution aux torts de l'échangiste défaillant dans l'exécution du contrat, elle constitue comme en droit commun l'alternative à l'exécution forcée. L'échange est par excellence un contrat synallagmatique, donc soumis à l'article 1184 du Code civil. Son corollaire, l'exception d'inexécution, s'y applique également : on l'a vu à propos de l'article 1704 et de la garantie d'éviction (79). Il doit en être de même de la théorie des risques, en cas de perte de la chose (ou des choses) par cas fortuit.

28. Entrent alors en jeu les articles 27 et 28 de la loi hypothécaire, toujours en vigueur. Voici ce que précise la meilleure doctrine à propos du privilège du copermutant :

– Sur l'article 27, 2° :

« Aux termes de l'article 27-2° de la loi hypothécaire, dans un acte d'échange, le copermutant au profit duquel une soulte reste due par son cocontractant, pour combler la différence des valeurs présentées par les biens échangés, peut se prévaloir d'un privilège sur l'immeuble transféré par lui.

Le privilège garantit non seulement la soulte en principal, mais également les dommages et intérêts éventuels dus en cas d'éviction.

Est assimilé à l'échange, au regard de l'article 27-2° de la loi hypothécaire, la dation en paiement d'un immeuble d'une valeur supérieure à la dette entraînant une créance en remboursement de la différence à charge du cessionnaire de l'immeuble » (80).

– Sur l'article 28, où l'on revient au sort de l'action résolutoire :

« Comme il a été dit plus haut, tant l'article 28 que l'article 36 de la loi hypothécaire traitent de l'extinction du privilège et de l'action résolutoire ».

Cependant, la manière dont ces articles sont rédigés, ainsi que les commentaires qui en sont faits par la doctrine, rendent incertaine la question du sort de la condition résolutoire lorsqu'elle est expresse et celle de la déchéance de l'action résolutoire entre les parties tous droits des tiers saufs.

L'article 28 énonce que "L'action résolutoire de la vente établie par l'article 1654 et l'action en reprise de l'objet échangé, établie par l'article 1705 du Code civil, ne peuvent être exercées au préjudice ni du créancier inscrit, ni du sous-acquéreur, ni des tiers acquéreurs de droits réels, après l'extinction ou la déchéance du privilège établi par (l'article 27)".

L'article 36 dispose quant à lui que "Le vendeur, les copermutants, le donateur, les cohéritiers ou copartageants pourront, par une clause formelle de l'acte, dispenser le conservateur de prendre l'inscription d'office. Dans ce cas, ils seront déchus du privilège et de l'action résolutoire ou en reprise ; mais

(79) J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, *op. cit.*

(80) M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 641, n°s 1536 et s.

ils pourront prendre, en vertu de leur titre, une inscription hypothécaire qui n'aura rang qu'à sa date".

Comme on le comprend, l'article 28 s'oppose au recours à l'action résolutoire dès lors que le privilège est éteint, de quelque manière que ce soit. L'article 36 vise précisément ce cas particulier d'extinction du privilège. Sur ce point, l'articulation entre les deux textes est parfaite et l'article 36 semble n'être qu'un cas d'application de l'article 28. Il ne serait donc pas nécessaire de préciser à l'article 36 que l'action résolutoire tombe avec le privilège.

[...] Toutefois, l'article 28 ne concerne que l'action résolutoire de l'article 1654 du Code civil, laquelle n'est elle-même qu'une application de l'article 1184 du même code relatif à la condition résolutoire, toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. Or, la résolution de l'article 1654 n'a pas lieu de plein droit et doit être prononcée par le juge, qui peut toujours accorder des délais pour l'exécution du contrat à la partie défaillante (238).

Dès lors, la jurisprudence décide que l'article 28 n'est pas applicable à la résolution de plein droit qui a lieu en vertu de l'article 1656. En conséquence, lorsque le vendeur a stipulé que la vente sera résolue de plein droit sur une simple sommation de payer faite au débiteur, il peut, bien qu'il soit déchu du privilège, provoquer la résolution de la vente au détriment des créanciers inscrits, du sous-acquéreur, ou d'un autre tiers disposant d'un droit réel ou réalisé sur l'immeuble [...].

Cela se comprend d'autant plus que le pacte commissaire exprès n'est qu'une condition résolutoire expresse qui, comme toute autre condition résolutoire stipulée dans un contrat transcrit, est rendue publique grâce à la transcription. Mais il faut, pour écarter l'application de l'article 28, que l'acte précise que la résolution se produira de plein droit [...]. » (81).

SECTION 9.

PROTECTION DU CONSOMMATEUR ÉCHANGISTE

29. La législation consumériste protège par hypothèse la partie supposée faible – acheteur, locataire, consommateurs divers, etc. – contre le défaut d'information, les abus ou les dangers auxquels peut l'exposer la partie supposée forte. Mais qu'en est-il dans l'échange, où les deux parties sont supposées être sur un pied d'égalité ?

(81) *Ibid.*, p. 645, n°s 1551 et 1552. Au n° 1553, l'auteur traite de la déchéance prévue par l'article 36. Voy. aussi *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 22 et, en ce qui concerne l'article 28, DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, n° 616, 10°. En droit français, sur l'absence de lien entre le privilège du vendeur d'immeuble, qui n'existe pas dans l'échange, et l'action résolutoire, voy. B. SOUSI-ROUBI, « Échange d'immeubles ruraux : bouleversement des principes contractuels au nom d'une meilleure exploitation rurale », *op. cit.*, n° 20.

La question est loin d'être vaine, en particulier en raison de la place prépondérante qu'occupe la loi Breyne dans le domaine de la construction immobilière (82).

§ 1. La loi Breyne

a) Application de la loi

30. À la suite d'abus commis par certains promoteurs, la loi Breyne du 9 juillet 1971 règlemente « la construction d'habitations à construire ou en voie de construction » (83).

On a vu plus haut l'importance que pouvaient prendre les opérations – de vente, mais aussi d'échange – sur plan (appartements à construire) ou clef sur porte (maisons individuelles en construction), et l'importance que prenait dans ce domaine cette législation impérative, tant en ce qui concerne les effets des contrats conclus par les promoteurs immobiliers qu'en ce qui concerne les garanties d'achèvement ou de remboursement. Mais la question qui se pose ici se situe d'abord en amont : c'est celle du champ d'application de la loi. Qu'en est-il dès lors que son article 10 précise les modalités de paiement du prix par l'acquéreur et que, par hypothèse, il n'y a pas de prix dans le contrat d'échange ?

Selon certains, il est difficile de faire rentrer l'échange dans le champ d'application de la loi à défaut de prix, bien qu'il ne soit contestable par personne que la situation du propriétaire d'un terrain qui échange celui-ci contre un appartement à construire mérite la protection de la loi. Plus que tout autre, écrit D. Patart, « ce particulier risque gros. Si l'entrepreneur tombe en faillite, il perdra tout. Il n'aura pas droit à son appartement, puisque celui-ci ne sera pas construit et risque de ne jamais l'être. Il ne pourra par ailleurs pas récupérer son terrain, puisque celui-ci appartiendra en vertu de l'échange à l'entrepreneur et fera partie de la masse faillie » (84). C'est aussi l'opinion qui semble prévaloir en France à propos de la loi de 1967 (équivalent de la loi Breyne), où l'on reconnaît quand même, à

(82) Voy. aussi, en général, P.-Y. ERNEUX, « La protection des consommateurs dans les ventes immobilières : questions d'actualité », in *La vente immobilière – Aspects civils, administratifs et fiscaux*, coll. CUP, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 276 et s.

(83) À propos de cette loi en général, voy. les réf. données par B. KOHL, « Le champs d'application de la loi Breyne », in *La loi Breyne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 29, ainsi que par SIMONT et FORIERS, « *Ex jur contr sp.* », *op. cit.*, n° 119.

(84) D. PATART, « Questions d'actualité en matière de loi Breyne », *Rec. gén. enr. not.*, 2001, pp. 294 et s., spéc. 299, cité par B. KOHL, « Le champs d'application de la loi Breyne », *op. cit.*, n° 29.

propos de l'opération évoquée plus haut, « qu'il est vrai que le destinataire des locaux à construire s'est acquitté de la contrepartie attendue de lui en cédant le terrain et qu'il est, donc, impossible de lui appliquer le régime de versements échelonnés, au fur et à mesure de l'avancement des travaux, prévu par la loi de 1967 » (85).

C'est pourquoi la doctrine actuelle incline majoritairement vers l'application de la loi Breyne à l'échange, au motif que sans être une vente, ce contrat emporte transfert de la propriété d'une habitation à construire, ce qui répond à l'exigence de l'article 1^{er} de la loi (86). Une jurisprudence, certes encore rare, se dessine dans le même sens, toujours au motif que l'échange constitue en réalité un contrat de vente avec transfert de propriété d'autre chose que de l'argent, et auquel les règles de la vente sont applicables mutatis mutandis comme le prescrit l'article 1707 du Code civil (87).

Certains auteurs ajoutent qu'en pratique, « une solution consiste, sans toucher au caractère parfait du contrat d'échange, à subordonner le transfert de propriété du terrain à la production d'une attestation d'architecte certifiant, soit que l'appartement est en état d'habitabilité normale, soit que la valeur de l'appartement en l'état atteint celle du terrain. Toutefois, si l'on opte pour ces solutions, il faut être conscient que le vendeur n'acquerra la propriété du terrain que plus tard et ne pourra donc revendre à des tiers d'autres appartements pendant cette période. Une autre piste serait de scinder l'échange en deux ventes, soumises à leurs propres règles, conclues et exécutées distinctement » (88).

Une autre solution encore, proposée par B. Kohl, est la suivante (après approbation par l'auteur, du jugement précité du tribunal de première instance de Gand du 7 avril 2009 qui considère que la loi Breyne est applicable à l'échange), *de lege ferenda* :

« Demeure toutefois la question du respect, dans ce cas, de l'article 10 de la loi qui précise les strictes modalités de paiement du prix pour les conventions qui entrent dans son champ d'application. Une adaptation de la loi paraîtrait bienvenue, pour tenir compte de la situation particulière du contrat d'échange. En effet, le contrat d'échange prévoit parfois le versement d'une

(85) J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n° 11551, note 283.

(86) B. KOHL, « Le champs d'application de la loi Breyne », op. cit. et les réf. citées à la note 84.

(87) Civ. Gand, 7 avril 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 318 et la note B. KOHL ; *R.W.*, 2009-2010, p. 754 ; dans cette espèce, également commentée par SIMONT et FORIERS, « *Ex jur contr sp.* », op. cit., le contrat d'échange a été déclaré nul en raison de l'absence des mentions obligatoires prescrites par les articles 7 et 12 de la loi Breyne.

(88) P.-Y. ERNEUX et I. GERLO, « La loi Breyne en pratique : essai de cheminement intellectuel (...) », op. cit., p. 184.

soulte, étant la somme d'argent que le copermutant qui donne une chose de moindre valeur verse à l'autre pour équilibrer les prestations. Dès lors, l'article 10 de la loi devrait, selon nous, être adapté pour tenir compte de cet élément. Il pourrait ainsi être aisément prévu, par analogie avec la règle de principe, qu'en cas de convention ayant pour objet l'échange de la propriété ou de droits réels portant sur un terrain ou un immeuble contre la propriété d'une maison ou d'un appartement à construire ou en voie de construction, la soulte éventuelle ne pourrait être exigible, à dater de la passation de l'acte authentique, qu'à partir du moment où le coût des ouvrages exécutés dépassera la valeur de la propriété ou des droits réels portant sur le terrain ou sur l'immeuble échangé, par tranches, les tranches ne pouvant toutefois dépasser le coût des ouvrages exécutés » (89).

b) Effets de l'application de la loi Breyne

31. Il ne saurait être question de passer ici en revue les diverses dispositions impératives de la loi Breyne.

Par rapport au droit commun, on soulignera surtout le décalage introduit entre le moment du transfert de propriété et le moment du transfert des risques, de manière à assurer une meilleure protection à l'échangiste qui acquiert un immeuble à construire ou en voie de construction. Celui-ci devient non seulement propriétaire du terrain et des constructions existantes dès la conclusion du contrat, comme c'est le cas en droit commun, mais encore la propriété des constructions futures lui est-elle transférée « au fur et à mesure de la mise en œuvre des matériaux et de leur incorporation au sol ou à l'immeuble en construction » (90). Aucune clause de réserve de propriété ne peut déroger à cette disposition impérative. La solution est conforme à la règle de l'accession telle qu'elle est inscrite dans l'article 546 du Code civil. Les risques, en revanche, n'incomberont à l'acquéreur qu'à la livraison de la chose au plus tôt, cette livraison « ne pouvant s'opérer avant la réception provisoire des travaux, ou, lorsqu'il s'agit d'un appartement, avant la réception provisoire des parties privatives » (91). La solution est conforme au droit commun du contrat d'entreprise tel qu'il est inscrit dans l'article 1788 du Code civil (92).

Concrètement, en matière de promotion immobilière, ce décalage a pour conséquence « que le promoteur doit supporter les aléas pendant

(89) *Ibid.*, p. 325.

(90) Loi Breyne, art. 4 et 5.

(91) Art. 5, al. 2.

(92) Sur ces questions, voy. Fr. GLANSDORFF, « Le transfert de la propriété et des risques », in *La loi Breyne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 109 et s.

toute la durée des travaux, en ce compris les calamités naturelles, les cas de force majeure ou les incendies d'origine inconnue, pouvant entraîner la perte matérielle de l'immeuble en construction. [...] Le fait d'être propriétaire de l'immeuble en voie de construction permet d'atténuer les risques inhérents aux aléas du concours en cas de faillite du professionnel, dès lors que le terrain et les constructions entamées et payées ne feront pas partie de la masse » (93).

§ 2. Les pratiques du commerce

32. La loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur du 14 juillet 1991 a été remplacée par la LPMC du 6 avril 2010, elle-même devenue le Livre VI du Code de droit économique.

Un contrat d'échange pouvant parfaitement être conclu entre une entreprise et un consommateur, au sens de cette législation, celle-ci est susceptible de s'appliquer à un tel contrat, notamment pour ce qui concerne la prohibition des clauses abusives (94). On a relevé à cet égard que la loi Breyne et les clauses abusives de la LPC (devenues les clauses abusives du CDE) ne se recouvrent que partiellement, notamment en ce qui concerne leurs champs d'application respectifs : alors que la loi Breyne ne vise que les immeubles en voie d'achèvement, écrivait P.-Y. Erneux en 2008, le volet « anti-clauses abusives » de la loi sur les pratiques du commerce est susceptible de s'appliquer à tous les immeubles – observation qui, parmi d'autres, est toujours d'actualité (95).

Il y a également lieu de vérifier, pour déclarer applicable le Livre VI du Code de droit économique en notre matière, si l'échangiste visé est bien un professionnel de l'immobilier, et si celui qui acquiert l'immeuble destine

(93) J. VAN GILS et F. GAUCHE, « La protection de l'acquéreur dans le cadre de la loi Breyne », in *La promotion immobilière*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 53 et s., spéc. p. 67, n° 36.

(94) CDE, art. VI. 82. Il est arrivé cependant que la qualification d'échange, ou d'offre d'échange, soit retenue pour écarter l'application de la loi sur les pratiques du commerce (Comm. Bruxelles, 17 novembre 1994, cité par SIMONT et FORIERS, « *Ex jur contr sp.* », *op. cit.*, p. 822, n° 121).

(95) P.-Y. ERNEUX, « Promotions immobilières et protection du consommateur », *Jurimpratique*, 2008/1, pp. 163 et s., spéc. p. 165 : voy. aussi L.-O. HENROTTE, « Promotion immobilière et droit du consommateur », *Jurimpratique*, 2012/3, pp. 134 et s., et spéc. p. 142 pour ce qui concerne les clauses abusives. Sur l'utilisation assez ambiguë, dans la LPC et dans le Livre VI du CDE, du terme « produit » qui, selon le vœu du droit européen, vise également les immeubles, voy. P.-Y. ERNEUX, « Promotions immobilières et protection du consommateur », *op. cit.*, n° 14.

celui-ci à des fins exclusivement privées, de sorte qu'il puisse être qualifié de consommateur au sens de cette législation (96).

§ 3. La responsabilité du fait des produits défectueux

33. Une des conditions d'application de la loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits défectueux est la « mise en circulation » du produit par le producteur. L'échange peut-il constituer cette mise en circulation ? J'ignore si la question a jamais été posée, à la suite du dommage qu'aurait pu causer une chose échangée contre une autre. La réponse me paraît en tout cas être affirmative, dès lors qu'il y a mise en circulation dès que la chose a été remise à un tiers, quelle que soit la qualité de celui-ci (consommateur, distributeur, importateur, grossiste, détaillant, etc.) et quel que soit le cadre dans lequel s'est opérée la remise : on précise qu'« une commercialisation, ou mise sur le marché, au sens propre de ces termes n'est pas requise, pas davantage, logiquement dès lors, qu'une vente au sens des articles 1582 et 1583 du Code civil » (97).

SECTION 10.

ASPECTS FISCAUX

34. En fonction de la nature des biens échangés et des conditions d'application de l'impôt, l'échange peut être soumis au droit d'enregistrement, à la TVA, ou aux deux ensemble. Dans la plupart des cas, dit-on, la perception du droit d'enregistrement s'avère « plus fréquente que la taxe sur la valeur ajoutée dans la mesure où elle a vocation à s'appliquer à toute vente immobilière, indépendamment de considérations d'assujettissement, d'option ou d'ancienneté du bien » (98). Examinons ces différentes hypothèses.

(96) P.-Y. ERNEUX et I. GERLO, « La loi Breyne en pratique : essai de cheminement intellectuel (...) », *op. cit.*, p. 183.

(97) C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 », in *Les défauts de la chose*, Limal, Bruxelles, Anthemis, U. Saint-Louis, 2015, pp. 295 et s., spéc. p. 315.

(98) R. DOUNY, « Les incidences fiscales de la vente immobilière : questions choisies », in *La vente immobilière – Aspects civils, administratifs et fiscaux*, *op. cit.*, pp. 199 et s., spéc. p. 242.

§ 1. Le droit d'enregistrement

35. À titre d'acte translatif à titre onéreux, l'échange est soumis au droit d'enregistrement(99). Bien qu'ayant pour objet une double transmission, il n'est dû sur la convention d'échange qu'un seul droit de mutation(100). En effet, écrit Fl. Werdefroy, « [l]es deux actes juridiques qui constituent l'échange sont corrélatifs : le droit perçu sur l'une des transmissions couvre également l'autre transmission. Le droit doit néanmoins être perçu sur la transmission qui donne lieu au droit le plus élevé »(101). L'article 45 du Code des droits d'enregistrement dispose ce qui suit : « Le droit est liquidé [...], en ce qui concerne les échanges, sur la valeur conventionnelle des biens compris dans l'une des prestations, en ayant égard à celle qui donnerait lieu au droit le plus élevé si toutes deux étaient consenties moyennant un prix en argent fixé d'après cette valeur [...] ».

Cette valeur conventionnelle doit être indiquée dans l'acte ou dans une déclaration complétive, et Fl. Werdefroy précise à ce sujet que les parties « peuvent également évaluer les biens en nature, sans indiquer dans le contrat une valeur exprimée en argent. La valeur conventionnelle du bien le plus cher est dans ce cas égale à la valeur vénale du bien donné en échange, augmentée de la soulte convenue »(102).

36. Il est utile d'ajouter les précisions suivantes :

- C'est la situation du bien qui détermine le taux et le régime applicables, avec cette particularité que « si les biens immeubles sont situés dans plusieurs Régions, c'est la Région à laquelle appartient le bureau de perception dans le ressort duquel se trouve la partie des biens qui présente le revenu cadastral fédéral le plus élevé qui détermine le taux et le régime applicable. *Quid* si les revenus cadastraux sont équivalents ? »(103).
- Un régime de faveur existe pour l'échange (comme pour la vente) de petites propriétés rurales et d'habitations modestes(104).

(99) Sur les conditions transversales d'exigibilité de ce droit, notamment en cas d'échange, voy. R. DOUNY, « Les incidences fiscales de la vente immobilière : questions choisies », *op. cit.*, p. 243.

(100) La situation est différente en France : cf. J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 11122.

(101) Fl. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement*, t. II, Waterloo, Kluwer, n° 707.

(102) *Ibid.*, et les exemples donnés par l'auteur, auxquels nous renvoyons.

(103) A. CULOT, *Manuel des droits d'enregistrement*, Bruxelles, Larcier, n° 50 ; voy. aussi le n° 76.

(104) *Ibid.*, n° 88 et s. Sur l'échange d'immeubles ruraux non bâtis, voy. *Rép. not.*, « L'échange » (F. DEC-KERS), éd. 1979, n° 50 et s., et Fl. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement*, t. II, *op. cit.*, n° 807.

- Sur l'échange des parties privatives et des parties communes, en cas de vente d'appartements, voy. Fl. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement, op. cit.*, n° 708.
- La vente de constructions à ériger (maison, appartement, etc.) est soumise au droit d'enregistrement au même titre qu'une vente d'immeubles existants(105).
- *Quid* de la prise en charge des frais d'acte ? « Il est généralement admis que les frais de l'acte d'échange sont légalement mis pour moitié à charge des coéchangistes, même en cas d'échange avec soulte. Lorsqu'un des copermutants est tenu de supporter plus de la moitié des frais de l'acte d'échange, il lui est imposé proportionnellement une soulte au profit de l'autre partie. Lorsque les frais ont été totalement mis à charge de celui au profit duquel une soulte en argent a été stipulée, le montant de la soulte sera diminué, pour la fixation de la valeur conventionnelle, de la moitié des frais »(106).

§ 2. La TVA

37. La TVA peut s'appliquer à certains échanges, de la même manière qu'elle s'applique à certaines ventes(107). Et il se peut que la TVA soit exigible sur les deux transmissions réciproques, ou sur l'une d'elles, ou sur aucune(108).

Comment la TVA se concilie-t-elle avec le droit d'enregistrement, lorsque l'un et l'autre trouvent à s'appliquer ?

Une circulaire du 16 novembre 1970 dispose que « [l]orsqu'un immeuble est cédé en échange d'un autre bien et que la transmission du premier n'est pas soumise à la taxe sur la valeur ajoutée, tandis que la cession du second bien est passible de cette taxe, le droit d'enregistrement est dû pour la transmission du premier bien et la taxe sur la valeur ajoutée est due sur l'autre. Exemple : échange entre A et B ; A cède une moitié indivise d'un terrain sur lequel B a érigé un immeuble à appartements, qui lui appartient en vertu d'une autorisation de construire donnée par A qui a renoncé au droit d'accession, moyennant la cession par B des

(105) A. CULOT, *Manuel des droits d'enregistrement, op. cit.*, n° 25.

(106) Fl. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement*, t. II, *op. cit.*, n° 708. Voy. aussi A. CULOT, *Manuel des droits d'enregistrement, op. cit.*, n° 65. En cas d'application cumulative du droit d'enregistrement et de la TVA, hypothèse envisagée ci-après, voy. *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 21.

(107) *Rép. not.*, « L'échange » (F. DECKERS), éd. 1979, n° 71.

(108) *Ibid.*, n° 73.

constructions de l'un de ces appartements ; si la cession de ces constructions rentre dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée, le droit d'enregistrement doit être perçu du chef de la quotité indivise du terrain, cédée par A » (109).

Pour revenir à l'une des figures analysées plus haut, on prendra connaissance avec intérêt de l'étude dans laquelle un auteur anonyme, cité par F. Deckers, envisage « l'hypothèse d'une convention qualifiée d'échange, entre le propriétaire d'un terrain et un professionnel de la construction d'appartements en vue de la vente, par laquelle :

- a. Le premier cède au deuxième les 9/10^e d'un terrain ; et
- b. Le deuxième cède au premier la propriété privative d'un des dix appartements qu'il s'engage à construire sur ce terrain. La cession du terrain supportera le droit d'enregistrement tandis que la livraison de l'appartement sera grevée de la taxe sur la valeur ajoutée » (110).

(109) Circulaire citée par Deckers, *op. cit.*, n° 72. L'auteur examine ensuite, exemples à l'appui, l'hypothèse où une partie seulement du ou des biens compris dans l'un des lots échangés tombe sous l'application de la TVA.

(110) « Les cessions de bâtiments à construire ou récemment construits et les répercussions de l'instauration de la TVA en matière de droits d'enregistrement », Recueil général de l'enregistrement 1971, n° 21423, cité par DECKERS, *op. cit.*, n° 73.

Le contrat d'entreprise : examen de la jurisprudence récente et questions choisies

JEAN-THÉODORE GODIN

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au Barreau de Bruxelles

SÉBASTIEN VANVREKOM

Assistant et chargé de cours à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au Barreau de Bruxelles

Introduction	38
Section 1. Contrat d'entreprise et accès à la profession	39
Section 2. Contrat d'entreprise et troubles de voisinage	53
Section 3. Contrat d'entreprise et résiliation unilatérale par le maître de l'ouvrage.....	58
Section 4. Contrat d'entreprise et action directe.....	91
Section 5. Contrat d'entreprise et preuve	97
Section 6. Contrat d'entreprise et responsabilité décennale	104
Conclusion	109

INTRODUCTION

1. Objet de la contribution. Les dispositions légales qui régissent le contrat d'entreprise sont relativement peu nombreuses et témoignent de ce que les auteurs du Code civil avaient en tête le contrat de construction davantage que le contrat d'entreprise en général. L'apport jurisprudentiel est dès lors considéré comme décisif et justifie d'ailleurs l'existence de nombreuses chroniques de jurisprudence, parfaitement adaptées à rendre compte du contrat d'entreprise.

L'objet de la présente contribution est de participer à cet effort, en utilisant le matériel récemment mis à disposition par nos cours et tribunaux, dans notre champ de recherche.

2. Méthodologie. La détermination de ce dernier a d'abord consisté, méthodologiquement, à identifier une période (2013-2018), au-delà de laquelle il nous a semblé inutile de remonter, en raison de l'existence de plusieurs autres chroniques relatives aux périodes antérieures, et de la difficulté à traiter de manière approfondie, dans le cadre d'une contribution restreinte, une durée temporelle plus large.

Le choix fut également posé de s'en tenir, en principe, aux décisions des cours d'appel et de la Cour de cassation. À nouveau, a prévalu la nécessité de circonscrire raisonnablement l'objet de l'analyse et le souhait de s'en tenir aux juridictions qui, du fait de la structure judiciaire, ont un rayonnement plus important (sans préjudice, évidemment, de la qualité des décisions rendues par les autres juridictions).

Ensuite, nous avons défini notre champ de recherche par son objet matériel, à savoir le contrat d'entreprise au sens large, lequel est traditionnellement défini comme « le contrat par lequel une personne (entrepreneur) s'engage à effectuer, d'une manière indépendante, un travail matériel ou intellectuel au profit de son cocontractant (maître de l'ouvrage), sans représenter celui-ci, moyennant l'engagement réciproque de lui payer un prix (le plus souvent en argent) »⁽¹⁾.

Ce champ de recherche correspondant à plus de 250 décisions disponibles publiquement, il a été fait le choix, en partie arbitraire, d'identifier certaines questions choisies, lesquelles font l'objet d'un traitement plus ou moins approfondi dans la présente contribution.

(1) A. CRUQUENAIRE *et al.*, *Droit des contrats spéciaux*, 4^e éd., Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, p. 343.

3. Limites liées à la méthodologie. Cette méthodologie présente certaines contraintes, externes et internes, lesquelles impactent directement la table de matière de la présente contribution. Elle implique, d'une part, d'accepter d'être tributaire des décisions qui ont effectivement été amenées dans le domaine public. Dans cette mesure, l'actualité jurisprudentielle est faite des décisions publiées (ce qui ne correspond pas nécessairement aux questions les plus importantes ou à celles qui sont les plus utiles pour le praticien ou intéressantes pour le chercheur).

D'autre part, un filtre plus personnel a permis aux auteurs de la présente contribution d'identifier, parmi l'ensemble des sujets possibles, les questions choisies qui ont retenu leur attention, soit en fonction du nombre de décisions publiées, des controverses éventuelles qu'elles mettaient en lumière, ou de l'intérêt que l'on peut y apporter.

4. Plan de la contribution. Au terme de cet exercice de sélection, ont été retenues les questions suivantes, qui retiendront ainsi successivement notre attention(2) :

- Contrat d'entreprise et accès à la profession (Section 1) ;
- Contrat d'entreprise et trouble de voisinage (Section 2) ;
- Contrat d'entreprise et résiliation unilatérale par le maître de l'ouvrage (Section 3) ;
- Contrat d'entreprise et action directe (Section 4) ;
- Contrat d'entreprise et preuve (Section 5) ;
- Contrat d'entreprise et garantie décennale (Section 6).

SECTION 1.

CONTRAT D'ENTREPRISE ET ACCÈS À LA PROFESSION

5. Notion d'accès à la profession – règles applicables. Le Titre 2 du Livre III du Code de droit économique ainsi que la loi du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante (ci-après la « Loi-programme de 1998 »)(3) forment le noyau dur des dispositions portant sur ce qu'il est d'usage de réunir sous la notion « d'accès à la profession ».

(2) Les sections 1, 2 et 6 sont de la plume de Sébastien Vanvrekem ; les sections 3 à 5 sont de celle de Jean-Théodore Godin. Les auteurs remercient Yannick Ninane pour sa relecture avisée. Ils remercient également Éveline Liégeois et Bert D'hondt pour leur assistance dans la mise en œuvre de cette contribution.

(3) Loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante du 10 février 1998, *M.B.*, 21 février 1998, p. XX.

Il se dégage de ce noyau deux éléments essentiels :

- Le premier se retrouve dans la Loi-programme de 1998, par laquelle le législateur impose à toute petite ou moyenne entreprise, personne morale ou personne physique, exerçant une activité exigeant une inscription au registre du commerce ou de l'artisanat(4), de démontrer qu'elle dispose des connaissances de gestion de base, ainsi que, pour 26 activités commerciales et artisanales, des compétences professionnelles(5).
- Le second trouve sa source dans les articles III.15 et suivants du Code de droit économique(6), au travers desquels notamment toute personne physique qui est une entreprise ainsi que toute personne morale de droit belge doit s'identifier et s'enregistrer auprès de la Banque-Carrefour des Entreprises. Lors de cette inscription, l'entreprise doit entre autres mentionner les activités économiques exercées ainsi que les autorisations, licences, agréments, dont dispose l'entité enregistrée ou les qualités pour lesquelles cette dernière est connue auprès des différentes autorités, administrations et services et, le cas échéant, le suivi des demandes y relatives(7).

6. Contrôle par le guichet d'entreprise. C'est aux guichets d'entreprises, et à eux seuls(8), que le législateur confie la tâche de vérifier si les entreprises disposent bien des connaissances de base ou des compétences professionnelles relatives aux activités pour lesquelles elles sollicitent inscription(9). Cette tâche, et l'inscription y afférente, sont d'une grande importance, dès lors que l'article 9 de la Loi-programme de 1998 énonce que, sauf preuve contraire, l'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises en tant qu'entreprise commerciale ou artisanale constitue la preuve qu'il a été satisfait aux exigences en matière de capacités entrepreneuriales. Dans le même sens, l'article III.35 du Code de droit économique accorde

(4) Notions remplacées actuellement par la Banque-Carrefour des entreprises.

(5) Art. 4 et 5 de la Loi-programme de 1998.

(6) Les dispositions du Titre 2 du Livre III du Code de droit économique reprennent les règles anciennement instaurées par la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions, *M.B.*, 5 février 2003.

(7) Notons que les activités des entreprises font l'objet d'une « Nomenclature générale des Activités économiques des Communautés Européennes » dite NACE. Cette nomenclature a été créée dans le but de rassembler les données relatives aux activités économiques exercées dans chaque État membre de l'Union européenne.

(8) Mons (20^e ch.), 13 octobre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, p. 129.

(9) Art. III.59 C.D.E. ; voy. les difficultés par rapport aux guichets d'entreprises soulevées par la doctrine B. LOUVEAUX, « L'accès à la profession des entrepreneurs », note sous Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1297.

une force probante aux données reprises sur les extraits de la Banque-Carrefour des Entreprises(10).

Le lien étroit entre ces deux législations se perçoit donc aisément dès lors qu'en principe, une entreprise inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises pour une activité déterminée est présumée, jusqu'à preuve du contraire, disposer des compétences et titres requis pour exercer cette activité, fût-elle soumise à des compétences professionnelles particulières.

7. Incidences de ces obligations sur le contrat d'entreprise. Ces deux obligations majeures qui pèsent sur tout entrepreneur ne sont pas sans effet sur le contrat d'entreprise que conclurait l'entrepreneur. Deux incidences peuvent ainsi se dégager : l'une a trait à la recevabilité des actions qui seraient mues par l'entrepreneur (§ 1), la seconde porte sur les conditions de validité du contrat d'entreprise conclu (§ 2). Enfin nous discutons la nécessaire distinction entre le défaut d'inscription et la validité du contrat d'entreprise (§ 3.).

§ 1. Défaut d'accès à la profession et condition de recevabilité des actions mues par l'entreprise

8. Irrecevabilité pour défaut d'inscription. L'article III.26 du Code de droit économique énonce que « dans le cas où l'entreprise soumise à inscription est inscrite en cette qualité à la Banque-Carrefour des Entreprises, mais que son action principale, reconventionnelle ou en intervention, introduite par voie de requête, conclusion ou d'exploit d'huissier, est basée sur une activité pour laquelle l'entreprise soumise à inscription n'est pas inscrite à la date de l'introduction de cette action ou qui ne tombe pas sous l'objet social pour lequel l'entreprise soumise à inscription est inscrite à cette date, l'action de cette entreprise soumise à inscription est non recevable. L'irrecevabilité est cependant couverte si elle n'est pas proposée avant toute autre exception ou moyen de défense »(11).

L'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises, en ce compris donc l'inscription de l'entreprise aux activités particulières qu'elle exerce,

(10) Soulignons que jusqu'à la loi du 16 janvier 2003, l'ancien article 9, § 1^{er}, de la Loi-programme de 1998 confiait aux Chambres des métiers et négoce de délivrer les attestations justifiant les capacités entrepreneuriales.

(11) L'ancien article 14 de la loi du 16 janvier 2003 prescrivait au tribunal de déclarer l'action « non recevable d'office » en cas de défaut d'inscription. À présent, l'irrecevabilité est couverte si elle n'est pas soulevée *in limine litis*, cf. *infra*, n° 12.

constitue, selon le législateur, une condition de recevabilité de toute action mue par ladite entreprise(12).

9. Champ d'application. L'article III.26, § 2, du Code de droit économique s'applique à toute action principale, reconventionnelle ou en intervention mue par l'entreprise, qu'elle soit sous forme de conclusion, de requête ou d'exploit d'huissier. *A contrario*, elle ne s'applique « pas aux actes de défense, cet acte fut-il une tierce opposition », comme a pu en juger la Cour de cassation(13).

Dans sa version initiale de 2013, le Code de droit économique conditionnait cette recevabilité à toute « entreprise commerciale ou artisanale ». Dans sa version actuelle, suite à la modification législative engendrée par la loi du 15 avril 2018, toute « entreprise soumise à inscription » auprès de la Banque-Carrefour des Entreprises est concernée(14). Rappelons qu'en ce qui concerne les compétences professionnelles, si l'activité professionnelle en question est exercée par une personne morale, la preuve de la compétence professionnelle est fournie par la personne physique qui y exerce effectivement la direction technique journalière de l'entreprise ou de l'activité professionnelle pour laquelle la compétence professionnelle est fixée(15). L'irrecevabilité de l'action introduite par une entreprise peut être soulevée lorsque celle-ci n'est pas valablement inscrite pour l'activité servant de base à son action, ou lorsque cette activité est exercée en dehors de l'objet social de ladite entreprise. L'une des deux violations suffit, ne s'agissant pas de conditions cumulatives. La cour d'appel de Gand, dans un arrêt du 3 juin 2015 a pu effectivement constater que « même si on admet qu'une activité [...] soit incluse dans la définition d'un objet social, on doit quand même constater qu'une demande est irrecevable s'il n'y a pas d'inscription dans la Banque-Carrefour pour cette activité »(16). La Cour de cassation a, dans le même sens, dit pour droit qu'il appartenait au juge du fond d'examiner les deux conditions de recevabilité, l'absence d'une d'entre elles suffisant à rendre l'action de l'entreprise irrecevable(17).

(12) L'article III.26 du Code de droit économique ne s'applique pas aux actes de défense à une action, cet acte fut-il une tierce opposition, voy. Cass., 2 janvier 2017, R.G. n° C.11.0724.F, disponible sur www.juridat.be.

(13) *Ibid.*

(14) Art. 59 de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *M.B.*, 24 avril 2018 ; art. III.26 Code de droit économique.

(15) Art. 5 de la Loi-programme de 1998.

(16) Gand, 3 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2016, p. 13.

(17) Cass., 8 février 2013, R.G. n° C.11.0615.N, disponible sur www.juridat.be.

10. Moment de la vérification des conditions. C'est à la date d'introduction de son action que l'entreprise doit être inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises sous le code requis. Il ne s'agit donc pas du moment où l'activité a été réalisée. Rien n'empêcherait donc une entreprise de régulariser son inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises, ou son objet social, entre le moment où l'activité litigieuse a été exercée et le moment où elle introduit son action, seule la date d'introduction de cette dernière pouvant avoir effet sur la recevabilité de son action (18).

A contrario, une inscription *a posteriori*, en cours de procédure, est inopérante à faire échec à l'irrecevabilité de l'action. Il ne pourrait d'ailleurs en aller autrement sous peine de permettre une régularisation systématique de la situation et d'ainsi vider de son sens l'article III.26, § 2, du Code de droit économique et la protection qu'il entend instaurer.

La jurisprudence est unanime sur ce point : « Une régularisation en cours de procédure [...] n'est pas prévue par la loi. [...] Le libellé de l'article 14 de la loi de la Banque Carrefour des Entreprise (article III.26 du Code de droit économique) est clair et ne nécessite pas d'interprétation, de sorte que la *ratio legis* de la loi, c'est-à-dire l'intention du législateur de réprimer le travail au noir, ne pourra pas empêcher que le défaut d'inscription mène à l'irrecevabilité de l'action » (19).

Il paraît donc important de contrôler l'objet social de l'entreprise et son adéquation avec son inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises pour l'activité litigieuse au jour de l'introduction du litige (20). De même, si les activités de l'entreprise évoluent ou se développent et changent, il appartient à l'entreprise de modifier son objet social et son inscription pour qu'elle demeure toujours conforme à la réglementation (21).

11. Jurisprudence. Dans une affaire soumise au tribunal de commerce de Bruxelles, une partie défenderesse soulevait l'irrecevabilité de l'action au motif que l'entreprise demanderesse n'était pas, au moment de l'introduction de la procédure, inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises pour l'activité objet de sa demande. L'entreprise demanderesse avait alors subtilement opéré les changements requis et obtenu en cours de procédure auprès de son guichet d'entreprise qu'elle soit inscrite à la

(18) Il en sera autrement à propos de la validité du contrat d'entreprise – *cf. infra*.

(19) Gand, 3 juin 2015, *D.A.O.R.*, 2016/1, pp. 13-17 ; Civ. Bruxelles (91^e ch.), 21 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 675.

(20) J.P. Wavre, 10 juin 2014, *J.J.P.*, 2016, p. 42.

(21) Civ. Anvers, 9 janvier 2018, *R.D.C.*, 2018, p. 489.

Banque-Carrefour des Entreprises pour l'activité litigieuse, avec mention d'une date d'inscription antérieure à l'introduction de l'action. Le tribunal était face à une difficulté dès lors qu'il disposait devant lui d'un extrait de la Banque-Carrefour des Entreprises datant de quelques semaines après l'introduction de la procédure, sur lequel le code d'activité litigieuse n'apparaissait pas, et un second extrait de la Banque-Carrefour des Entreprises produit ultérieurement en cours de procédure, duquel il ressortait que l'entreprise était bien inscrite pour le code d'activité litigieux. Face à cette contradiction, le tribunal ordonna qu'il lui soit produit par la Banque-Carrefour des Entreprises tout l'historique des changements, et des modifications des activités pour lesquels l'entreprise demanderesse était inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises. Cette dernière disposant d'un historique complet de toutes les demandes qui lui parviennent, le tribunal a pu constater qu'une modification était bien intervenue en cours de procédure (22).

12. In limine litis. L'irrecevabilité doit en outre être soulevée *in limine litis* (23), c'est-à-dire soulevée « dans le premier acte de procédure quel que soit l'ordre de présentation des exceptions » (24). Soulignons que conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, consentir à une mesure d'instruction, engage un débat sur le fond, de sorte que l'exception ne peut plus être ultérieurement soulevée (25).

Un débat a existé à propos d'une divergence de texte entre la version néerlandophone et celle francophone de la loi du 16 janvier 2003. La Cour de cassation, dans son arrêt du 28 mai 2010, a bien pu confirmer qu'il n'y avait lieu d'interpréter la loi autrement et que l'exception d'irrecevabilité devait être soulevée *in limine litis* (26).

13. Effet de l'irrecevabilité. Conformément à l'article III.27 du Code de droit économique, les actes de procédure déclarés non recevables en vertu de l'article III.26 interrompent la prescription ainsi que les délais de procédure déterminés sous peine de nullité. Rien n'empêche que la demande déclarée irrecevable soit réintroduite ultérieurement (27).

14. Confirmation de la constitutionnalité de la mesure. La « sanction » de l'irrecevabilité consacrée par le législateur peut paraître sévère.

(22) Comm. Bruxelles (17^e ch. fr.), 26 avril 2018, R.G. n° A/16/06751, inédit.

(23) Civ. Bruxelles (91^e ch.), 21 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 675.

(24) G. DE LEVAL, *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 314.

(25) Cass., 28 avril 2006, R.G. n° C.05.0460.F, disponible sur www.juridat.be.

(26) Cass. (1^{re} ch.), 28 mai 2010, *J.T.*, 2011, p. 6.

(27) Civ. Bruxelles (91^e ch.), 21 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 675.

C'est en ce sens que le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles posa, dans son jugement du 23 octobre 2015, la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle de savoir si l'article III.26, § 2, du Code de droit économique « viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il sanctionne l'entreprise qui fonde une action sur une activité pour laquelle elle n'est pas inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises à la date de l'introduction, en déclarant l'action irrecevable, sans possibilité de régularisation en cours d'instance, ce qui semble une sanction exagérément lourde compte tenu du but de la mesure ? ».

Par son arrêt du 14 décembre 2016⁽²⁸⁾, la Cour constitutionnelle a répondu par la négative, en se basant notamment sur les travaux préparatoires de l'ancienne loi du 3 juillet 1956 relative au registre de commerce, énonçant « qu'à travers cette législation, le législateur entendait réprimer le travail au noir de ceux qui exercent une activité commerciale sans vouloir en supporter les obligations juridiques, sociales ou fiscales et la mesure visait à écarter ces commerçants du prétoire⁽²⁹⁾ ».

§ 2. Défaut d'accès à la profession et conditions de validité du contrat d'entreprise

15. Conditions de validité du contrat d'entreprise. Comme le rappelle précisément la cour d'appel de Bruxelles⁽³⁰⁾, un contrat d'entreprise peut voir sa validité remise en cause dans trois cas : une des quatre conditions de validité visées par l'article 1108 du Code civil fait défaut, une formalité d'un contrat solennel n'a pas été respectée ou des dispositions légales particulières, essentielles à la validité de la formation du contrat ont été violées.

16. Nullité absolue. C'est dans ce cadre qu'il est de jurisprudence constante qu'un contrat d'entreprise ayant trait à des activités pour lesquelles l'entrepreneur ne dispose pas des accès à la profession requis n'est pas valable et doit être frappé de nullité absolue en raison de sa contrariété à l'ordre public⁽³¹⁾. Le caractère absolu de cette sanction engendre

(28) C.C., 14 décembre 2016, n° 160/2016, disponible sur www.const-court.be.

(29) Ann., Sénat, 1955-1956, séance du 29 novembre 1956, p. 47 ; *Pasin.*, 1956, pp. 519-520.

(30) Bruxelles (2^e ch.), 19 octobre 2018, R.G. n° 2014/AR/1777, disponible sur www.juridat.be.

(31) Mons (20^e ch.), 13 octobre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, p. 129 ; Mons (2^e ch.), 29 mars 2016, *Res jur. imm.*, 2016, p. 347 ; Mons, 27 octobre 2015, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction 2015-2016 », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1455 ; Mons (16^e ch.), 21 janvier 2015, *Res jur. imm.*, 2016, p. 112 ; Mons

donc que la nullité doit être soulevée d'office par le juge, qu'elle ne peut être couverte par le maître de l'ouvrage et qu'elle ne peut rétroactivement être modifiée par la délivrance ultérieure de l'accès légalement requis(32). Il en est de même lorsque la convention d'entreprise a déjà été intégralement exécutée(33), voire lorsque toutes les parties à la convention désirent couvrir la nullité(34) ou lorsque l'ouvrage n'est entaché d'aucun vice ni malfaçon(35).

17. Manquement partiel – nullité partielle ? L'entrepreneur qui dans le cadre d'un contrat d'entreprise est amené à exécuter plusieurs activités réglementées doit justifier d'un accès spécifique pour chaque activité(36).

La jurisprudence a dégagé la notion de nullité partielle de la convention d'entreprise en examinant dans les cas litigieux si l'entreprise comportait un ensemble indivisible de prestations ou s'il y avait lieu de dissocier les travaux pour lesquels l'entrepreneur bénéficiait d'un accès à la profession de ceux pour lesquels il n'en disposait pas(37).

18. Ignorance du maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage demeure sensiblement protégé dès lors qu'il ne pourrait être reproché « au maître d'ouvrage particulier, profane en la matière, d'avoir ignoré l'absence dans le chef de son entrepreneur, des accès à la profession nécessaires à l'exécution des travaux en cause » ou d'avoir décidé de poursuivre le chantier sans introduire une action en nullité du contrat(38).

(14^e ch.), 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 60 ; Mons, 18 avril 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1569, Liège, 15 décembre 2011, R.G. n° 2010/RG/1451, www.juridat.be ; Liège, 24 juin 2010, *J.T.*, 2010, p. 599 ; Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454 ; Bruxelles, 28 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 521 ; Mons, 10 septembre 2007, R.G. n° 2004/RG/98, www.juridat.be ; Bruxelles, 23 juin 2004, *Entr. et dr.*, 2004, p. 309 ; Comm. Mons, 13 décembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 366 ; Comm. Namur, 28 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1304. Voy. aussi B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 868 ; L.-O. HENROTTE, « La nullité absolue du contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l'accès à la profession ou l'histoire de "Nemo" en eaux troubles », *Pli jur.*, 2013, p. 13 ; J. BOCKOURT *et al.*, *REFERENCE A COMPLETER*, *op. cit.*, p. 55 ; R. STOKART, « Nullité absolue imputable à la faute de l'entrepreneur », *R.R.D.*, 1997, p. 199.

(32) Liège, 21 décembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 190.

(33) Trib. Brabant wallon, 5 septembre 2014, *Res. jur. imm.*, 2014, p. 362.

(34) Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 163 ; M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », *R.G.D.C.*, 2007, p. 632.

(35) Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014/28, p. 1322 ; J. BOCKOURT *et al.*, *op. cit.*, p. 56.

(36) Bruxelles (2^e ch.), 28 avril 2017, R.G. 2016/AR/1922, inédit ; Trib. Brabant wallon (9^e ch.), 9 décembre 2016, *Res. jur. imm.*, 2017, p. 5 ; Mons (2^e ch.), 6 décembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 299 ; C. WIJNANTS, « Nullité du contrat d'entreprise pour violation des règles d'accès à la profession : rappel des principales », note sous Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454.

(37) Trib. Bruxelles, 23 mai 2017, *Entr. et dr.*, 2018, p. 265 ; Trib. Brabant wallon (9^e ch.), 9 décembre 2016, *Res. jur. imm.*, 2017, p. 5 ; Mons (20^e ch.), 13 octobre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, p. 129 ; Mons (2^e ch.), 29 mars 2016, *op. cit.*, p. 347.

(38) Liège, 23 avril 2015, *Entr. et dr.*, 2016, p. 80.

19. Tempérament – refus d'accorder la répétition. Face à la sévérité de cette sanction absolue, la jurisprudence a quelque peu tempéré non pas l'application de la sanction, mais les effets de cette nullité. Si, en principe, la nullité suppose que les parties soient remises dans la situation qui serait la leur si elles n'avaient pas contracté, la jurisprudence soutient que le juge peut refuser d'accorder la répétition aux deux cocontractants ou à l'un d'eux seulement, sur base des adages *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* et *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, si l'ordre exige qu'ils soient sanctionnés ou que l'un d'eux le soit plus sévèrement, ou encore de l'impossibilité de fait de remettre la situation à son état d'origine(39), voire selon la doctrine, lorsque « l'avantage reconnu ensuite de la répétition à l'un des cocontractants compromettrait le rôle préventif de la sanction de nullité absolue »(40).

20. Tempérament – nullité relative. L'un des deux soussignés s'est récemment permis de quelque peu nuancer cette position absolue et de promouvoir la sanction de la nullité relative(41). Il y était soutenu que la *ratio legis* de la Loi-programme de 1998 semble davantage motivée par la protection d'intérêts privés et corporatistes que par le souci de protéger l'intégrité physique des personnes à la suite de vices de construction, motif d'intérêt général déjà rencontré par d'autres législations.

Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 28 avril 2017 a fait application de cette doctrine(42). La cour était appelée à juger d'un cas particulier dans lequel un entrepreneur ne disposait pas des accès à la profession au moment de la conclusion du contrat d'entreprise, mais disposait bien de ceux-ci au moment de la réalisation des travaux commencés quelques mois plus tard.

(39) Trib. Brabant wallon (9^e ch.), 9 décembre 2016, *Res jur. imm.*, 2017, p. 5 ; Mons (20^e ch.), 13 octobre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, p. 129. Liège, 23 avril 2015, RG n° 2014/RG/420, www.juridat.be : La Cour y refuse la restitution de la valeur des travaux déjà réalisés à titre de sanction du comportement de l'entrepreneur qui savait au moment de la conclusion du contrat qu'il ne disposait pas des accès à la profession requis, outre le fait que l'ouvrage réalisé comportait une série de malfaçon. Voy. également Mons, 3 février 2009, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2011, p. 884 où la Cour, dans son appréciation d'ordonner ou non la restitution des prestations des parties prend en compte le fait que l'entrepreneur ne semble jamais s'être soucié de son obligation de disposer des accès à la profession requis, tout en tenant compte du fait que l'absence de restitution pourrait conduire des maîtres de l'ouvrage peu scrupuleux à spéculer sur le défaut d'accès à la profession de certains entrepreneurs pour obtenir d'eux des travaux sans en supporter en définitive le coût.

(40) B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 869.

(41) A. LELEUX et S. VANVREKOM, « La nullité du contrat d'entreprise et l'accès à la profession », in *Les Nullités en droit privé*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 101 et s.

(42) Bruxelles (2^e ch.), 28 avril 2017, R.G. n° 2016/AR/1922, inédit.

La cour rappelle dans un premier temps que la validité du contrat doit en principe s'apprécier au moment de sa conclusion. Dans son raisonnement, la cour évoque le fait que si la préoccupation du législateur était d'éviter que des personnes incompetentes puissent édifier des ouvrages qui risqueraient ultérieurement de mettre en danger la vie d'autrui, il importe que l'entrepreneur dispose des accès à la profession légalement requis au moment de l'édification de l'ouvrage. Dans le cas qui lui est soumis, la cour retient qu'au moment de l'édification, l'entrepreneur disposait bien des accès requis, de sorte qu'il n'y avait pas de violation de l'ordre public au moment de la conclusion du contrat d'entreprise. En conséquence, la cour considéra qu'il n'y avait lieu de prononcer la nullité du contrat.

21. Position de la Cour de cassation. Par un arrêt du 27 septembre 2018(43), la Cour de cassation a cassé cet arrêt rappelant que la validité d'une convention s'appréciait au moment de sa conclusion, et que le raisonnement de la cour d'appel consistant à apprécier l'atteinte à l'ordre public au moment de l'édification de l'ouvrage violait l'article 6 du Code civil, ainsi que les dispositions relatives à l'accès à la profession.

22. Appréciation. Cette décision laisse donc à penser qu'un entrepreneur qui conclut une convention d'entreprise sans disposer des accès légalement requis ne disposerait d'aucun moyen pour remédier à cette irrégularité même s'il dispose des capacités requises pour régulariser sa situation auprès de la Banque-Carrefour des Entreprises avant le début de l'exécution de la convention d'entreprise. En ce sens, la seule solution serait de contraindre l'entrepreneur à régulariser sa situation, et de conclure une nouvelle convention d'entreprise portant sur les mêmes prestations que celles antérieurement convenues dans la convention initiale invalide.

23. Tempérament – abus de droit. Une autre solution est à trouver dans la doctrine du Professeur Jérémie Van Meerbeeck lequel souligne les « conséquences disproportionnées que peut entraîner la nullité absolue et qui ne répondent pas nécessairement à l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il adopte les législations concernées » dénoncées par les auteurs de doctrine(44). Dans les alternatives proposées, et qui trouveraient application en matière de nullité absolue du contrat d'entreprise, il est fait appel à la théorie de l'abus de droit. En effet, l'auteur retient cette

(43) Cass. (1^{re} ch.), 27 septembre 2018, R.G. n° C.17.0669.F, disponible sur www.juridat.be.

(44) J. VAN MEERBEECK, « Repenser la théorie moderne des nullités », in *Les nullités en droit privé, op. cit.*, 2017, p. 14.

théorie sur base d'un arrêt de la Cour de cassation du 22 septembre 2008, laquelle dit pour droit « [qu'il] peut y avoir abus de droit, même si le droit visé est d'ordre public » (45). De ce fait, l'arrêt de la cour d'appel aurait pu échapper à la cassation dans la mesure où l'abus de droit aurait pu mettre en échec la demande de nullité de la convention d'entreprise, quelles que soient les considérations relatives à la contrariété à l'ordre public.

24. Le pouvoir du juge face à la nullité. La cour d'appel d'Anvers, dans un arrêt du 13 mars 2017 (46), a eu à juger de l'action mue par un maître d'ouvrage à l'encontre des architectes et de l'entrepreneur sur base de la garantie décennale au motif qu'une partie du bâtiment érigé s'était effondrée. La cour d'appel d'Anvers constata que postérieurement aux contrats d'entreprise (architectes et entrepreneur) le Conseil d'État avait annulé l'autorisation urbanistique délivrée, cette annulation intervenant avec effet rétroactif. De ce fait, la cour souleva la nullité des conventions d'entreprise. En se basant sur l'adage *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, la cour estima que le maître de l'ouvrage ne pourrait aucunement se prévaloir d'une convention ayant un objet illicite, et prononça en conséquence l'irrecevabilité de l'action du maître de l'ouvrage. La cour, bien que la nullité n'était sollicitée par aucune des parties, soutint que les contrats ainsi frappés de nullité absolue ne pourraient avoir aucune conséquence juridique.

Si le raisonnement de la cour semble *prima facie* cohérent avec la jurisprudence actuelle, en ce compris celle de la cour d'appel de Bruxelles du 28 avril 2017 (47), cette décision méconnaît selon nous le respect du contradictoire et particulièrement la jurisprudence de la Cour de cassation qui, au travers des arrêts du 14 avril 2005 et 16 mars 2006, dit pour droit que « le juge est tenu d'examiner la nature juridique des faits invoqués par les parties et, quelle que soit la qualification juridique que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d'office aux motifs invoqués devant lui dès lors qu'il n'élève aucune contestation dont les parties ont exclu l'existence par conclusions, qu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation, qu'il ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande et qu'il respecte les droits de la défense » (48). De ce fait, comme le résume judicieusement le professeur J.-Fr. van Drooghenbroeck, « le juge ne peut

(45) Cass. (3^e ch.), 22 septembre 2008, R.G. n° S.05.0102.N, disponible sur www.juridat.be.

(46) Anvers, 13 mars 2017, *T.R.O.S.*, 2017, p. 230.

(47) Bruxelles (2^e ch.), 28 avril 2017, R.G. n° 2016/AR/1922, inédit.

(48) Cass. (1^{re} ch.), 16 mars 2006, R.G. n° C.04.0267.N, disponible sur www.juridat.be ; Cass. (1^{re} ch.), 14 avril 2005, R.G. n° C.03.0148.F, disponible sur www.juridat.be.

ainsi, sans susciter la discussion préalable des parties, fonder sa décision [...] sur une quelconque qualification juridique des faits de la cause que les parties n'ont pu débattre contradictoirement » (49).

La cour d'appel d'Anvers, dans son arrêt, méconnaît selon nous l'enseignement de la Cour de cassation qui aurait imposé à la cour d'appel d'au moins rouvrir les débats après avoir constaté la nullité des conventions d'entreprise pour respecter les droits de la défense. En prononçant l'irrecevabilité de la demande du maître d'ouvrage – bien qu'il eut dû s'agir d'une question de fondement et non de recevabilité selon nous – la cour d'appel d'Anvers a privé les parties de toute contradiction. En outre, il eut appartenu à la cour de poursuivre son raisonnement et d'examiner tous les effets liés à la nullité soulevée d'office des conventions d'entreprise. Si on peut comprendre que la cour d'appel d'Anvers ne veut donner de quelconques effets juridiques aux conventions d'entreprises annulées, elle ne pourrait prononcer la sanction de la nullité sans aborder contradictoirement tous les effets de cette sanction.

§ 3. L'irrecevabilité de l'action et le défaut de validité de la convention ne sont pas intrinsèquement liés

25. Distinction entre défaut d'inscription à la BCE et validité de la convention. Si nous avons pu examiner la question du défaut d'accès à la profession et de son incidence sur la recevabilité de l'action ainsi que la validité de la convention d'entreprise, il peut être tentant de considérer qu'une action irrecevable en vertu de l'article III.26 du Code de droit économique serait automatiquement liée à un défaut de validité de la convention d'entreprise. Or, il est nécessaire de distinguer les deux hypothèses. Cette distinction n'est pas que purement théorique dès lors que la recevabilité de l'action mue par un entrepreneur pourrait être mise à mal en vertu de l'article III.26 du Code de droit économique, alors que la convention d'entreprise dont il entend obtenir exécution ne souffre d'aucune irrégularité.

26. Hypothèse. Prenons ainsi la situation où un entrepreneur conclut une convention d'entreprise, pour laquelle il dispose d'un accès à l'activité d'entreprise, et sous-traite une activité pour laquelle il ne dispose pas

(49) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », in *Le juge et le contrat* (S. STIJNS et P. WÉRY coord.), Bruges, die Keure, 2014, p. 27.

d'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises à un sous-traitant qui, lui, en dispose.

27. Position de la Cour de cassation. Cette situation est admise par la Cour de cassation qui a dit pour droit que « la validité d'un contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur général ne disposant pas de l'accès à la profession pour tout ou partie des travaux visés au contrat ne peut, en règle, être mise en cause lorsque l'entrepreneur ne s'engage pas à effectuer lui-même les travaux nécessitant l'accès à la profession, ceux-ci devant être confiés à des sous-traitants ayant les attestations requises » (50). Rappelons que « le recours à la sous-traitance bénéficiant des accès à la profession est légal pour l'entrepreneur qui ne dispose pas lui-même de ces accès pour autant qu'il ne mène pas une activité d'entreprise générale, sans disposer de cet accès particulier » (51).

28. Nature de l'obligation d'inscription. Sauf à considérer que les règles relatives à la Banque-Carrefour des Entreprises sont d'ordre public, l'absence d'inscription valable n'aurait pas d'incidence sur la validité de la convention d'entreprise. C'est en ce sens que la cour d'appel de Mons a, dans un arrêt du 6 septembre 2018, distingué l'obligation de disposer des accès à la profession, généralement considérée comme relevant de l'ordre public, de l'obligation d'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises (52).

Selon la cour d'appel de Mons, la circonstance que le non-respect par une entreprise d'une obligation soit susceptible d'entraîner des sanctions pénales n'implique pas que les conventions conclues par cette entreprise soient contraires à l'ordre public. La cour rappelle en effet que « n'est d'ordre public 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 » (53). Or la cour relève que la Banque-Carrefour des Entreprises est « une banque de données qui a été créée dans l'objectif de permettre de simplifier les procédures administratives s'adressant aux entreprises ainsi que de contribuer à l'organisation plus efficace des services publics et d'optimiser la transmission et la diffusion des données relatives aux entreprises », de

(50) Cass. (1^{re} ch.), 13 janvier 2012, R.G. n° C.11.0356.F, disponible sur www.juridat.be.

(51) A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, « L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications », in *Droit de la construction* (B. KOHL dir.), coll. CUP, n° 166, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 31 et 32.

(52) Mons (16^e ch.), 6 septembre 2018, *Les Pages*, 2018, p. 40, note. Y. NINANE.

(53) La cour cite Cass., 4 mai 2018, R.G. n° C.16.0145.F, disponible sur www.juridat.be.

sorte que la cour considère qu'il « n'apparaît pas que la convention viole l'ordre public » et qu'il « n'y a [donc] pas lieu de prononcer sa nullité ».

29. Constat du caractère inconciliable des exigences ? Dans le cas précité de l'entrepreneur faisant appel aux services d'un sous-traitant, la validité de la convention d'entreprise ne peut aucunement être remise en cause. Par contre, l'entrepreneur qui souhaiterait introduire une action en justice ayant trait aux prestations accomplies par le sous-traitant, et pour lesquelles l'entrepreneur ne dispose pas d'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises peut voir sa demande déclarée irrecevable.

En effet, en application de l'article III.26 du Code de droit économique, l'entrepreneur ne dispose pas de l'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises pour la ou les activité(s) dont il entend demander justice. Or, la convention qu'il a conclue ne souffre d'aucune irrégularité.

Cette situation est particulièrement problématique pour l'entrepreneur qui ne peut introduire la moindre action judiciaire, alors qu'il dispose d'une convention d'entreprise pleinement valable. L'entrepreneur se voit catégoriquement refuser l'accès au prétoire dès lors qu'il sous-traite et qu'il n'est pas en mesure de régulariser son inscription.

Il convient de souligner que cette difficulté en cas de sous-traitance peut se poser dans d'autres situations. Pensons notamment à la cession de créance ou aux autres formes de transmission des obligations où cette même problématique se pose.

30. La théorie de l'abus de droit. Selon nous, la seule « issue » possible pour l'entrepreneur réside dans la théorie de l'abus de droit déjà citée. Il paraîtrait illégitime qu'un défendeur qui ne pourrait se prévaloir de la moindre irrégularité dans la convention d'entreprise puisse soulever l'exception d'irrecevabilité sans qu'il soit considéré que l'exercice de ce droit soit abusif. Une légère modification législative permettrait sans doute d'éviter cette difficulté. Il pourrait ainsi être conseillé que l'article III.26 du Code de droit économique ne permette de soulever l'irrecevabilité que lorsque l'absence d'inscription met en échec la validité de la convention d'entreprise ou lorsque la demande concerne des prestations exécutées par un tiers valablement inscrit⁽⁵⁴⁾. Il nous semble que cette mention ne changerait en rien la situation actuelle, sauf à permettre d'écarter la difficulté précitée.

(54) La notion de tiers permet ici de viser non seulement le cas de la sous-traitance, mais également des autres cas de transmission de l'obligation tels qu'évoqués ci-avant.

SECTION 2.

CONTRAT D'ENTREPRISE ET TROUBLES DE VOISINAGE

31. Théorie des troubles de voisinage. Consacrée par la Cour de cassation depuis ses arrêts du 6 avril 1960 (55), la théorie des troubles de voisinage repose sur la conception selon laquelle l'équilibre existant entre deux propriétés voisines, compte tenu des charges normales résultant du voisinage, doit être maintenu entre les droits respectifs des propriétaires. Lorsque le propriétaire d'un immeuble, par un fait non fautif, rompt cet équilibre, en imposant au propriétaire voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, il doit être tenu à une juste et adéquate compensation rétablissant l'égalité rompue.

32. Position du problème – l'entrepreneur est-il concerné par cette théorie ? Au fil des années, la jurisprudence a apporté à cette théorie une série de précisions qui ne sont pas sans incidence en matière de contrat d'entreprise. En effet, l'application *ratione personae* de la théorie pose la question de savoir si un entrepreneur pourrait être considéré comme le « propriétaire » au sens de cette théorie, selon les arrêts du 6 avril 1960.

Par un arrêt du 28 janvier 1965, la Cour de cassation a clairement exclu du champ d'application *ratione personae* « l'entrepreneur qui a effectué, sans faute, les travaux » (56).

Un arrêt du 31 octobre 1975 de la Cour de cassation établit que la théorie des troubles de voisinage s'applique non seulement au propriétaire du fonds ayant entraîné le trouble, mais également à « celui qui, disposant à l'égard de ce fonds d'un des attributs du droit de propriété, a fait exécuter les travaux » (57). Selon cette dernière jurisprudence, l'exclusion de l'entrepreneur paraît bien moins certaine que ce qui se dégageait de l'arrêt du 28 janvier 1965, dès lors que la Cour rompt l'idée que la théorie de troubles de voisinage soit attachée au seul droit de propriété.

Dans un arrêt du 9 juin 1983, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence prononcée en 1975 en disant pour droit que le champ

(55) Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, I, p. 915.

(56) Cass., 28 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 521 ; *Adde* Cass., 29 mai 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 934 ; voy. la critique de S. STIJNS et H. VUYE, « Burenhinder: een toepassing van het gelijkheidsbeginsel, dan wel van de evenwichtsleer? Bedenkingen in het licht van de verantwoordingsverplichting van het Hof van Cassatie », *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges, die Keure, 2007, p. 295 où les auteurs énoncent « l'arrêt peut-il être encore plus imprécis ? ».

(57) Cass., 31 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 276.

d'application *ratione personae* devait s'étendre non seulement au propriétaire du fonds ayant entraîné le trouble mais également à celui qui en raison d'un droit réel ou personnel, disposait à l'égard de ce fonds d'un des attributs du droit de propriété, sans avoir égard au fait que ce droit réel ou personnel trouve son origine dans une convention ou dans une disposition légale (58).

33. L'entrepreneur ne peut être exclu du champ d'application de la théorie. S'appuyant sur cette jurisprudence, certains auteurs sont d'avis que l'entrepreneur ne peut être exclu du champ d'application de la théorie. Le Professeur Dalcq soutenait, dès 1960, qu'un entrepreneur tirait un droit personnel de son contrat d'entreprise lequel conférait « par ricochet » un attribut du droit de propriété dans l'exercice de sa mission (59). Trente-cinq ans plus tard il précisait que « pendant la durée des travaux, l'entrepreneur doit être considéré comme un occupant du bien qui possède la jouissance de celui-ci, au même titre qu'un locataire du bien puisqu'on lui reconnaît la qualité de gardien – qui implique un pouvoir de direction et de contrôle avec la jouissance de la chose – au sens de l'article 1384, al. 1, du Code civil » (60).

La position de R.O. Dalcq reçut l'appui de J.-L. Fagnart qui écrivait que « le régime de faveur accordé aux professionnels de la construction devient contestable, dans la mesure où la jurisprudence actuelle impose à d'autres personnes que le propriétaire, l'obligation de réparer le préjudice subi par le voisin lésé » (61).

Dans le même sens, C. Mostin écrivait « avoir été séduit par l'argumentation » de R.O. Dalcq en écrivant « [qu'] en bâtissant l'immeuble [l'entrepreneur] exerce, en vertu du contrat d'entreprise, un des attributs du droit de propriété » (62). Par la suite, cet auteur revint sur sa position, estimant que « dans le cadre du contrat d'entreprise, le propriétaire, maître de l'ouvrage, conserve une large maîtrise de la chose et dispose d'un pouvoir de surveillance sur les agissements de l'entrepreneur » (63).

(58) Cass., 9 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1145.

(59) Voy. R.O. DALCQ, obs. sous Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, I, p. 915 ; voy. également E. JADOUL, « Troubles de voisinage : quand l'entrepreneur joue les troubles fêtes », *R.G.D.C.*, 2017, p. 99.

(60) R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence [1987-1993]. La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 579.

(61) J.-L. FAGNART, « La responsabilité civile [1968-1975], Chronique de jurisprudence », *J.T.*, 1976, p. 612.

(62) C. MOSTIN, *Les troubles de voisinages*, Diegem, Kluwer, 1998, p. 76.

(63) C. MOSTIN, N. VERHEYDEN-JEANMART et Ph. COPPENS, « Examen de jurisprudence – 1989 à 1998 – Les biens (suite) », *R.C.J.B.*, 2000, p. 338.

34. L'entrepreneur doit être exclu du champ d'application de la théorie. D'autres auteurs soutiennent la thèse inverse, consistant à dire que l'entrepreneur doit être écarté de l'application de la théorie des troubles de voisinages. Ainsi, O. Jauniaux, écrit « [qu'] il ne nous semble pas que l'évolution au niveau de la détermination du champ d'application *ratione personae* de la théorie des troubles de voisinage autoriserait à remettre en cause l'exclusion des professionnels de la construction de celui-ci. Il échec en effet de ne pas perdre de vue que, quelle que soit l'étendue de leur emprise sur le fonds, lesdits professionnels n'exercent jamais leur pouvoir qu'en fonction d'une habilitation et d'instructions qui leur sont conférées par le maître de l'ouvrage. Ils n'occupent jamais le fonds pour leur propre compte. Lorsqu'en apparence, ils exercent certains attributs du droit de propriété (p. ex., en modifiant fondamentalement le fonds et/ou les constructions y érigées), ils ne le font jamais pour eux-mêmes mais pour compte de et aux frais de » (64).

35. Position intermédiaire. Dans une doctrine plus récente les professeurs Stijns et Vuye (65) soutiennent une position intermédiaire plus nuancée. Les auteurs n'admettent pas l'automatisme véhiculé par certains consistant à écarter d'emblée l'entrepreneur du champ d'application de la théorie des troubles de voisinage. S. Stijns et H. Vuye invitent à une étude au cas par cas, enjoignant au juge du fond de vérifier si au moment où le trouble a été causé, l'entrepreneur était ou non titulaire d'un attribut du droit de propriété. Les auteurs prônent en effet une évaluation *in concreto* de la notion de déséquilibre et de son imputabilité à l'auteur du déséquilibre.

36. Jurisprudence unanime. La jurisprudence est unanime et fait application de la doctrine qui tend à écarter l'entrepreneur du champ d'application *ratione personae* de la théorie des troubles de voisinage, et ce même si le trouble trouve sa source dans la faute de l'entrepreneur ou d'un tiers (66). Ainsi, la cour d'appel d'Anvers a jugé que « les troubles

(64) O. JAUNIAUX, « Théorie des troubles de voisinage et professionnels de la construction », in *Les Troubles de voisinage – Quatre points de vue*, coll. Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 95. L'auteur y fait écho de la position défendue par J. HANSENNE, « Le point sur la théorie des troubles de voisinage », *Ann. dr. Liège*, 1985, pp. 174 et s. S. BOUFFLETTE, « La théorie des troubles de voisinage : de l'équilibre entre protection et limitation », in *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, coll. CUP, vol. 78, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 230.

(65) S. STIJNS et H. VUYE, « Burenhinder: een toepassing van het gelijkheidsbeginsel, dan wel van de evenwichtsléer? Bedenkingen in het licht van de verantwoordingsverplichting van het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 289.

(66) Liège (20^e ch.), 21 octobre 2015, *J.T.*, 2017, p. 177.

de voisinage supposent en effet l'existence de biens voisins entre lesquels se crée un équilibre. L'entrepreneur demeure cependant étranger aux liens juridiques qui naissent de ce voisinage, ce qui entraîne qu'il ne peut rompre l'équilibre créé. La victime ne peut dès lors s'adresser qu'au maître de l'ouvrage » (67).

Dans un arrêt récent de la cour d'appel de Bruxelles (68), le maître d'ouvrage tentait d'esquiver sa responsabilité dans le trouble de voisinage au motif que l'entrepreneur avait de sa propre initiative exécuté des travaux de manière non conforme aux plans d'architecte et que seul l'entrepreneur aurait eu « la garde de fait » du fonds. La cour d'appel n'admet pas ce raisonnement, au motif que, selon elle, « ce n'est pas la garde de fait qui forme la base de la responsabilité mais bien l'article 544 du Code civil. Le fait que l'entrepreneur ait, au mépris des règles de l'art, exécuté les travaux de support d'une manière différente de celle qu'avait prescrit l'architecte ne porte pas préjudice à l'imputabilité de la nuisance anormale au maître de l'ouvrage ». La cour poursuit en considérant que la décision prise par le maître de l'ouvrage, en vertu de son droit de propriété, de faire exécuter des travaux, constitue « la cause de la perturbation de l'équilibre ».

37. Appréciation. Nous partageons la position médiane adoptée par les professeurs Stijns et Vuye, et qui tend à rompre l'automatisme avec lequel un entrepreneur est écarté de l'application de la théorie des troubles de voisinage. La jurisprudence de la Cour de cassation nous enseigne que non seulement le propriétaire peut être tenu responsable de la rupture d'équilibre entre deux fonds, mais également la personne qui en raison d'un droit réel ou personnel dispose à l'égard de ce fonds d'un des attributs du droit de propriété, que ce droit réel ou personnel trouve son origine dans une convention ou dans une disposition légale (69).

Nous ne comprenons dès lors pas la jurisprudence des cours et tribunaux qui semblent actuellement écarter avec « automatisme » les entrepreneurs de toute responsabilité fondée sur la théorie des troubles de voisinage. Ceci est d'autant plus marquant que l'enseignement de la Cour de cassation invite les juges du fond à examiner si l'entrepreneur dispose d'un des attributs du droit de propriété au moment où le trouble ayant créé le déséquilibre entre les fonds a été généré. C'est en ce sens que la

(67) Anvers (7^e ch.), 15 février 2010, *T.B.O.*, 2010, p. 217 ; *adde* Anvers (7^e ch.), 14 avril 2008, *T.B.O.*, 2010, p. 18.

(68) Bruxelles (20^e ch.), 14 juin 2016, *Res jur. imm.*, 2017, p. 135.

(69) Cass., 9 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1145.

position des professeurs Stijns et Vuyve nous semble être en concordance avec la jurisprudence de la Cour de cassation.

Les considérations d'O. Jauniaux consistant à écarter l'entrepreneur au motif que celui-ci n'exerce jamais son pouvoir qu'en fonction d'une habilitation et d'instructions du maître de l'ouvrage ne nous convainc pas. En effet, la Cour de cassation précise que l'origine du droit réel ou personnel conférant un attribut du droit de propriété à l'entrepreneur peut résulter d'un contrat ou d'une disposition légale. R. O. Dalcq soulignait déjà en 1960 que l'attribut du droit de propriété était conventionnellement conféré à l'entrepreneur par le contrat d'entreprise.

Il est de l'essence-même du contrat d'entreprise que le maître de l'ouvrage confère à l'entrepreneur le droit personnel d'exercer sur son fond l'entreprise convenue. Par la conclusion du contrat d'entreprise, le maître de l'ouvrage transmet à l'entrepreneur un droit personnel de disposer sur le fond des attributs du droit de propriété lui permettant de réaliser l'ouvrage stipulé. Cette conception a déjà été admise par la cour d'appel de Bruxelles dans le cadre d'un contrat de bail (70).

38. Clause de garantie contenue dans le contrat d'entreprise.

Cette question peut demeurer inutile dès lors qu'un entrepreneur peut être amené à supporter les conséquences du trouble anormal de voisinage par application d'une clause de garantie contenue dans le contrat d'entreprise (71). Rappelons cependant, comme le soutient la cour d'appel de Liège, que cette clause ne peut être opposée au voisin « victime » en raison de la relativité des effets internes des conventions (72). Dans tous les autres cas, il nous semble utile de déterminer si l'entrepreneur disposait d'un droit réel ou personnel sur le fond et si c'est le fait de cet entrepreneur qui est à l'origine du trouble rompant l'équilibre entre les fonds.

39. Évolution récente. Un arrêt récent de la cour d'appel de Bruxelles laisse entrevoir une certaine évolution en ce sens (73). La cour y juge en effet que la théorie des troubles de voisinage s'appliquerait au propriétaire voisin ou à « un sujet exerçant un droit de jouissance sur le fonds voisin, en tant qu'attribut du droit de propriété » et que cette théorie suppose que

(70) Bruxelles, 1^{er} mars 2000, R.G.A.R., 2000, n° 13.287.

(71) Voy. Cass., 5 mai 1967, R.G. n° F.19670505-2 (somm.), disponible sur www.juridat.be. Voy. également à ce sujet O. JAUNIAUX, « Théorie des troubles de voisinage et professionnels de la construction », in *Les Troubles de voisinage – Quatre points de vue, op. cit.*, p. 114 ; voy. également Bruxelles (20^e ch.), 12 mai 2015, R.T.D.H., 2015, p. 476.

(72) Liège, 27 septembre 2016, R.G.D.C., 2018, p. 30.

(73) Bruxelles (2^e ch.), 9 novembre 2019, R.G. n° 2014/AR/2385, disponible sur www.juridat.be.

« l'on démontre que le trouble trouve son origine dans le comportement d'un titulaire d'un droit sur le fonds » (74).

40. Recours du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur. En cas de condamnation du maître de l'ouvrage sur pied de l'article 544 du Code civil, pourrait-il être légalement subrogé dans les droits du voisin envers son entrepreneur fautif ? La cour d'appel d'Anvers y répond par la négative dans un arrêt du 11 février 2015, en considérant que l'article 1251, alinéa 3, du Code civil suppose l'existence d'une dette pour laquelle il était tenu avec d'autres ou pour d'autres, alors que le maître de l'ouvrage, dans ce cas, s'acquitte de sa propre dette (75).

SECTION 3.

CONTRAT D'ENTREPRISE ET RÉSILIATION UNILATÉRALE PAR LE MAÎTRE DE L'OUVRAGE

41. Modes de dissolution du contrat d'entreprise. Le contrat d'entreprise connaît les modes de dissolution du contrat qui résultent de la théorie générale des contrats, qu'ils soient le fait d'un événement affectant la formation du contrat (principalement, la nullité) ou son exécution (par exemple la théorie des risques ou la résolution). Une caractéristique typique du contrat d'entreprise réside dans la faculté de résiliation unilatérale sans motif par le maître de l'ouvrage, prévue à l'article 1794 du Code civil. La période sous revue a été particulièrement intéressante en ce qu'elle permet de pointer l'interaction entre ce régime et celui de la résolution unilatérale fondée sur l'article 1184 du Code civil.

§ 1. Rappel des principes

a) La résiliation unilatérale

42. Base légale. L'article 1794 du Code civil dispose :

« Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes

(74) Cet arrêt renvoie également à la question de l'imputabilité du trouble. Voy. à ce sujet E. JADOU, « Troubles de voisinage : quand l'entrepreneur joue les troubles fêtes », *R.G.D.C.*, 2017, p. 101, ainsi que les arrêts de principes : Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2009, R.G. n° C.07.0354.F, disponible sur www.juridat.be ; Cass. (1^{re} ch.), 3 avril 2009, R.G. n° C.07.0617.N, disponible sur www.juridat.be.

(75) Anvers (2^e ch.), 11 février 2015, *R.G.D.C.*, 2017, p. 94.

ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ».

43. *Ratio legis*. Essentiellement distincte des règles visées à l'article 1184 du Code civil, qui trouvent leur fondement dans l'inexécution des obligations contractuelles, la faculté de résiliation unilatérale trouve ce *ratio legis* dans l'idée « qu'il n'y a aucune utilité économique à poursuivre l'exécution du contrat d'entreprise lorsque l'ouvrage commandé par le maître de l'ouvrage ne lui convient plus, pour quelque raison que ce soit » (76).

Cette faculté de résiliation unilatérale procéderait d'une règle commune à tous les contrats de service à durée déterminée (et à titre onéreux), selon laquelle le bénéficiaire de la prestation de service a seul, en principe, intérêt à l'exécution de la convention en nature, le prestataire n'ayant qu'un intérêt financier, que l'article 1794 du Code civil protège utilement (77). D'autres tirent du caractère *intuitu personae* du contrat d'entreprise une justification complémentaire à l'existence du droit de résiliation unilatérale (78).

44. *Portée*. L'article 1794 du Code civil est traditionnellement interprété comme octroyant, par dérogation au principe de la convention-loi consacré par l'article 1134 du Code civil (79), une faculté de résiliation (opérant *ex nunc*, pour l'avenir donc) unilatérale au maître de l'ouvrage ayant conclu un contrat d'entreprise à forfait, avant ou pendant l'exécution des obligations contractuelles, moyennant le paiement d'une indemnité équivalente aux dépenses déjà effectuées par l'entrepreneur, à la valeur des travaux réalisés et au bénéfice escompté (80).

(76) Voy. les œuvres de POTHIER et LAURENT, citées par B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 726, note infrapaginale 3224.

(77) P. A. FORTIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 181, cité par A. DELVAUX et al., *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 89, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 462.

(78) B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 726.

(79) Nous partageons, à ce propos, l'analyse en sens contraire de M. Clavie et I. Durant, qui considèrent que « voir dans l'article 1794 une dérogation à l'article 1134, c'est toutefois oublier que cette dernière disposition prévoit aussi la "révocation" des conventions dans les cas que la loi autorise (les auteurs soulignent). Or tel est précisément l'objet de l'article 1794 : prévoir une cause de "dissolution" du contrat autre que la faute ou l'accord mutuel des parties. Ceci étant rappelé, l'article 1794 ne nous paraît nullement être dérogatoire au droit commun même s'il est exact qu'il constitue une disposition exceptionnelle et propre au contrat d'entreprise » (« Des zones d'ombre déjà anciennes aux interrogations nouvelles ou quelques questions relatives à l'article 1794 du Code civil », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Formation Permanente CUP, vol. 63, n° 25, pp. 199-200).

(80) B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 726.

Cet ??? s'applique au contrat d'entreprise au sens large (tel que défini dans l'introduction à la présente contribution, l'interprétation au sens strict étant réservée au contrat d'entreprise de construction), c'est-à-dire à tous les contrats définis par l'article 1710 du Code civil et régis par les dispositions du Code civil reprises sous le chapitre du louage d'ouvrage et d'industrie (art. 1779 à 1799 C. civ.). Il va donc de soi que l'article 1794 du Code civil ne permet pas par exemple, l'indemnisation du mandataire, en cas de résiliation du contrat de mandat par le mandant. L'exercice de qualification du contrat par le juge revêt à cet égard une importance capitale.

Nonobstant le prescrit littéral de l'article 1794 du Code civil, il est communément admis que la faculté de résiliation unilatérale n'est pas limitée aux marchés à forfait, mais vise tous les contrats d'entreprise dont l'ampleur du travail ou la durée sont déterminées (voy. le § 2, a), ci-dessous).

La faculté de résiliation unilatérale existe exclusivement dans le chef du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur ne pouvant s'en prévaloir. Ainsi, l'entrepreneur qui cesserait de sa propre initiative (c'est-à-dire sans invoquer le manquement du maître de l'ouvrage) l'exécution des prestations qui lui ont été confiées, pourra se voir contraindre à l'exécution forcée, éventuellement sous astreinte, ou à la résolution du contrat à ses torts (81).

La résiliation peut être exercée à tout moment, même avant le début de l'exécution, et produit ses effets immédiatement (82). Aucune condition de forme n'étant requise, la résiliation peut être tacite pour autant qu'elle soit certaine (par exemple, le comportement du maître de l'ouvrage qui exécute les travaux lui-même ou les confie à un tiers) (83). Il n'est pas davantage requis que le maître de l'ouvrage motive sa décision (84).

La résiliation n'entraîne pas *ispo facto* la réception des prestations effectuées, ni le transfert des risques. Elle ne met pas non plus fin à la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur relativement aux vices et malfaçons affectant les prestations effectuées avant la résiliation (85).

L'entrepreneur, lié par un contrat d'entreprise à son sous-traitant, peut également faire usage de la faculté de résiliation anticipée visée à l'article 1794 du Code civil. En effet, ces deux parties sont également liées

(81) *Ibid.*

(82) M. CLAVIE et I. DURANT, « Des zones d'ombre déjà anciennes aux interrogations nouvelles ou quelques questions relatives à l'article 1794 du Code civil », *op. cit.*, p. 214.

(83) A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 463.

(84) M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », *op. cit.*, p. 230.

(85) B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, pp. 740-741.

par un contrat d'entreprise, et la Cour de cassation a accepté que l'entrepreneur principal revêt la qualité du maître de l'ouvrage à l'égard du sous-traitant. De plus, il semblerait inéquitable d'ouvrir la faculté de résilier unilatéralement au maître de l'ouvrage mais d'en priver l'entrepreneur, relativement à la même entreprise (86) (voy. § 2, f), ci-dessous).

45. Dédommagement dû à l'entrepreneur. L'exercice du droit de résiliation unilatérale oblige le maître de l'ouvrage au paiement d'une indemnité. Selon la typologie habituelle, l'on vise autant le *damnum emergens* (les dépenses effectuées et les travaux accomplis) que le *lucrum cessans* (à savoir le bénéfice manqué), la preuve de l'un comme de l'autre étant à la charge de l'entrepreneur, sans préjudice de la possibilité, pour le juge, de la possibilité de procéder à une appréciation *ex aequo et bono* (87). Par contre, les autres dommages (l'on pense essentiellement au dommage moral) sont exclus du périmètre de l'indemnisation, de sorte que le principe visé à l'article 1794 du Code civil n'est pas celui, habituel en droit belge de la responsabilité, de la réparation intégrale du dommage subi par l'entrepreneur à la suite de la résiliation unilatérale du maître de l'ouvrage (88).

46. Responsabilité contractuelle de l'entrepreneur. Il est admis que le maître de l'ouvrage garde la possibilité d'invoquer la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur relativement aux vices et malfaçons antérieurs à la résiliation. Dans ces situations, l'on voit le maître de l'ouvrage déduire de l'indemnité de dédit le montant de la réparation du dommage qu'il a subi en raison des fautes commises par l'entrepreneur. Il est par contre généralement admis que le maître de l'ouvrage qui a résilié le contrat, ne peut plus poursuivre sa résolution pour faute grave de l'entrepreneur. Enfin, il est admis que le maître de l'ouvrage ne peut résilier sur la base de l'article 1794 du Code civil si l'entrepreneur est fondé à résoudre sur la base de l'article 1184 du Code civil (car cela lui permettrait de réduire indûment le périmètre de l'indemnisation). Ces situations dites de cumul des articles 1184 et 1794 du Code civil, qui ont fait l'objet de nombreuses décisions publiées dans la période sous revue, font l'objet d'une analyse plus systématique ci-dessous (voy. § 2, b), ci-dessous).

(86) M. CLAVIE et I. DURANT, « Des zones d'ombre déjà anciennes aux interrogations nouvelles ou quelques questions relatives à l'article 1794 du Code civil », *op. cit.*, pp. 206-207.

(87) Voy., pour une analyse approfondie, B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, pp. 741-748.

(88) Contrairement à ce qu'affirme B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 741.

47. Dérogations contractuelles. L'article 1794 du Code civil n'est pas d'ordre public de sorte que les parties peuvent y déroger en limitant ou excluant la faculté de résiliation au bénéfice du maître de l'ouvrage ou, au contraire, en l'attribuant également à l'entrepreneur (89). Elles peuvent, dans le même ordre d'idée, moduler le montant du dédommagement, en le déterminant conventionnellement (ou, par exemple, en convenant des modalités de calcul ou des composantes de l'indemnité de résiliation due en contrepartie de la résiliation unilatérale), par une clause dite de dédit (analysée, et comparée avec la clause pénale, au § 2, c), ci-dessous) (90).

b) La résolution et l'exception d'inexécution

i. La résolution judiciaire

48. Base légale. L'article 1184, alinéa 2, du Code civil dispose : « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. »

Cet article offre une option au créancier d'une obligation contractuelle inexécutée, entre l'exécution forcée (91) et la résolution du contrat, et ceci sans préjudice d'une indemnisation couvrant la réparation du dommage qui subsisterait.

49. Principes de la résolution judiciaire. Concernant la résolution judiciaire, la cour d'appel de Bruxelles a rappelé les principes applicables dans les termes suivants (92) :

« [...] en cas de manquement grave d'une partie à ses obligations contractuelles, l'autre partie peut demander, sur base de l'article 1184 du Code civil, la résolution du contrat aux torts de son cocontractant [...]. Afin d'apprécier la gravité du manquement, il convient de vérifier si celui-ci a privé le contrat de son but ou de son utilité économique pour le créancier [...].

La résolution peut s'accompagner de dommages et intérêts, ceux-ci ayant « pour but de placer le créancier dans la situation dans laquelle il se trouverait

(89) A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 473 et B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 727.

(90) B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 748.

(91) Nous n'examinons pas cette branche de l'alternative dans la présente contribution. Nous évoquons néanmoins rapidement un arrêt intéressant concernant la faculté de remplacement (qui n'est qu'une modalité de l'exécution forcée en nature) dont l'usage « sans recours préalable à l'autorisation du juge suppose que soient remplies plusieurs conditions cumulatives, dont, notamment, celle que l'état des travaux avant l'exercice du remplacement ait fait l'objet d'une constatation contradictoire ou judiciaire [...] », ce qui n'avait été le cas en l'espèce (Mons, 1^{er} mars 2018, n° 2017/RG/313, disponible sur www.juridat.be).

(92) Bruxelles, 1^{er} juin 2018, nos 2013-AR-2452 et 2013-AR-2548, disponible sur www.juridat.be.

si le débiteur avait exécuté son obligation » [...]. En effet, en vertu de l'article 1149 du Code civil, en cas d'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, le débiteur de cette obligation est tenu, sous réserve de l'application des articles 1150 et 1151 du Code civil, d'indemniser entièrement le créancier de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé [...].

La résolution d'un contrat synallagmatique par application de l'article 1184 du Code civil « a, en principe, un effet *ex tunc* et a pour conséquence que les parties doivent, à nouveau, être placées dans une situation identique à celle qui aurait été la leur si elles n'avaient pas contracté ; le contrat résolu ne peut pas constituer pour eux un fondement de droits et d'obligations, hormis le droit à des dommages et intérêts résultant du manquement » [...]. [...].

La résolution du contrat n'a cependant pas nécessairement pour effet de mettre à néant l'intégralité du contrat. Il est ainsi largement admis que les clauses qui ont pour objet de régir les conséquences d'une résolution du contrat survivent à celle-ci [...]. Il en va notamment ainsi des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité dès lors qu'elles ont été spécialement convenues pour l'hypothèse de l'inexécution [...] » (93).

50. Restitutions ou paiement par équivalent. L'on ajoute traditionnellement à ce qui précède que « la résolution entraîne des restitutions ou le paiement par équivalent des choses ou des services dont une partie a bénéficié en exécution du contrat résolu alors que l'autre n'en a pas eu de contrepartie » (94).

51. Primauté de l'exécution en nature ne fait pas obstacle au libre choix du créancier. La cour d'appel de Mons a rappelé que l'article 1184 du Code civil offre le choix au créancier d'un débiteur défaillant, « d'opter, soit pour une résolution des contrats [...] soit pour une exécution forcée en nature » (95), le tout sous réserve du pouvoir modérateur du juge saisi d'une demande de résolution judiciaire, et pour autant que les conditions rappelées ci-dessous soient remplies. La primauté de l'exécution en nature ne fait pas obstacle à ce libre choix du créancier.

52. L'impossibilité de restituer ne fait pas obstacle au libre choix du créancier. Il en va de même pour l'impossibilité de remise en pristin état (i.e. de restituer), qui ne peut davantage faire obstacle à la demande de résolution ainsi que l'a confirmé la Cour de cassation (96) :

(93) Tel était le cas, en l'espèce, d'une clause contractuelle excluant toute condamnation *in solidum* de l'entrepreneur, à propos de laquelle la cour considère « qu'une telle clause demeure valable en cas de résolution du contrat, dès lors qu'elle a précisément vocation à régir l'inexécution par une partie [...] de ses obligations ».

(94) Bruxelles, 8 mai 2015, n° 2012-AR-1042, disponible sur www.juridat.be.

(95) Mons, 10 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/345, pp. 1626 et s.

(96) Cass., 17 novembre 2017, R.G. n° C.17.0090.F, disponible sur www.juridat.be.

« Aux termes de l'article 1184, alinéa 2, deuxième phrase, du Code civil, la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution d'un contrat synallagmatique en application de l'article 1184 du Code civil opère, en principe, *ex tunc* et a pour effet que les parties doivent être replacées dans le même état que si elles n'avaient pas contracté.

La circonstance que la résolution d'un contrat à prestations successives ne peut avoir pour effet d'annuler les prestations réciproques effectuées en exécution du contrat, lorsqu'elles ne sont pas susceptibles de restitution, ne prive pas la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté du droit de demander la résolution dudit contrat.

[...] L'arrêt, qui rejette la demande de résolution du contrat au motif que "les parties s'accordent en l'espèce sur l'exécution quasi-totale du chantier, la remise en pristin état est impossible de même que l'évaluation des travaux effectués", viole l'article 1184 précité. »

53. Enrichissement sans cause. Enfin, il est rappelé que si la remise en pristin état n'est pas possible, l'entrepreneur qui a accompli des prestations, ne pourra pas en obtenir le paiement sur la base du contrat qui est résolu et « ne peut constituer pour les parties un fondement de droits et obligations » (97). Par contre, il lui est possible d'obtenir la réparation de son dommage sur la base d'un autre fondement, tel que l'enrichissement sans cause (lequel implique, concrètement, dans le cadre d'un contrat d'entreprise de construction, l'analyse du coût de la main-d'œuvre et des matériaux, à l'exclusion de tout bénéfice (98)).

ii. La résolution unilatérale

54. Principe – faculté de résolution extrajudiciaire aux risques et périls du créancier. L'article 1184 du Code civil n'empêche pas, conformément à une jurisprudence établie de la Cour de cassation, à une partie de résoudre la convention, à ses risques et périls, en dehors de toute procédure judiciaire.

(97) Bruxelles, 1^{er} juin 2018, n^{os} 2013-AR-2452 et 2013-AR-2548, disponible sur www.juridat.be.

(98) Cass., 27 septembre 2018, R.G. n^o C.17.0669.F, disponible sur www.juridat.be. Cette décision semble réserver aux suites de l'annulation, l'application de l'enrichissement sans cause pour justifier le paiement des travaux à l'entrepreneur et considérer par contre, que dans le cas de la résolution, il n'y a pas lieu d'avoir recours à l'enrichissement sans cause pour justifier le paiement à l'entrepreneur aux torts duquel la convention a été résolue des travaux effectués. L'on n'aperçoit pas le fondement qui permettrait, selon l'arrêt concerné, le paiement desdits travaux.

55. Conditions. La cour d'appel de Mons(99) a rappelé qu'il est « généralement admis qu'une partie à un contrat synallagmatique puisse néanmoins décider, de sa propre autorité et à ses propres risques, de résoudre unilatéralement le contrat, aux conditions, à tout le moins, que :

- son débiteur ait commis une faute contractuelle d'une suffisante gravité pour justifier la résolution judiciaire de la convention(100) ;
- elle soit, en règle générale, précédée d'une mise en demeure qui somme ce débiteur de s'acquitter de ses engagements dans un délai raisonnable(101) ;
- le créancier ait pris les mesures utiles pour constater les défaillances de son débiteur(102) ;
- le créancier notifie de manière claire et non équivoque sa décision de résoudre la convention en précisant, dans cet acte, le manquement qui fonde cette décision. »

56. Appréciation. Cette dernière condition nous semble, en réalité, ne pas être vérifiée par la jurisprudence majoritaire, ainsi que nous le verrons ci-dessous (voy. § 2, b)). La jurisprudence procède en général à l'analyse des comportements, pour voir s'il peut s'en déduire que le créancier a entendu faire usage de la faculté de résolution extrajudiciaire, avant de vérifier si les conditions d'application étaient effectivement remplies. L'on n'a pas eu connaissance, dans la période sous revue, de décisions constatant l'illégalité de la résolution aux torts du débiteur, en raison de l'absence de notification, par le créancier, de sa décision de résoudre en précisant le manquement.

(99) Mons, 28 novembre 2017, n° 2016/RG/861, disponible sur www.juridat.be.

(100) Pour un exemple de décision où le manquement du débiteur de l'obligation n'est pas jugé suffisamment grave, voy. Liège (20^e ch. A), 26 novembre 2015, n° 2014/RG/1084, *Entr. et dr.*, 2018/2, p. 211-213 ou Liège, 3 avril 2014, n° 2013/RG/47, disponible sur www.juridat.be. Pour un exemple en sens contraire, voy. Bruxelles, 30 avril 2015, n° 2011-AR-1320, disponible sur www.juridat.be.

(101) Pour un exemple de décision où l'absence de mise en demeure a fait obstacle à la résolution unilatérale « légitime », voy. Liège, 25 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2017/7, pp. 312 et s. ; voy. également Liège (23^e ch.), 24 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017/34, pp. 1625-1628, duquel il résulte qu'a fautivement mis en œuvre la résolution unilatérale le créancier qui s'est abstenu de mettre en demeure son débiteur alors qu'il n'est pas démontré que la mise en demeure n'aurait pas été inutile (le maître de l'ouvrage « ne démontre nullement avoir mis en demeure son cocontractant de terminer les travaux dans un certain délai, tandis qu'aucun contrat d'entreprise n'est produit susceptible d'établir qu'un délai d'exécution avait été convenu (le maître de l'ouvrage) ne démontre pas davantage que cette mise en demeure aurait été inutile car elle aurait nécessairement manqué son but »).

(102) Voy. Liège, 24 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017/34, pp. 1625 et s., où il est fait reproche au maître de l'ouvrage de n'avoir « pris aucune mesure utile à la sauvegarde des droits de la défense permettant un constat judiciaire a posteriori des manquements qu'elle impute (à l'entrepreneur) ».

57. Indemnisation. Il est admis, en application des articles 1184 et 1149 du Code civil, que l'entrepreneur victime d'une résolution du contrat peut réclamer une indemnité couvrant la perte subie et le bénéfice manqué(103).

Le maître de l'ouvrage victime d'une résolution du contrat peut également obtenir, cela va de soi, l'indemnisation de son dommage. Ainsi en irait-il de ce qu'il a payé à l'entrepreneur (déduction faite de la valeur des travaux, sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause, laquelle doit tenir compte des malfaçons constatées), du trouble de jouissance, de l'éventuel dommage moral, etc. Ce montant peut être couvert par une indemnité de résolution, prévue au contrat d'entreprise, ainsi qu'en a décidé la cour d'appel de Bruxelles(104). La juridiction saisie peut néanmoins réduire ce montant, conformément à l'article 1231 du Code civil(105).

iii. *L'exception d'inexécution*

58. Principe et conditions. Rappelons encore que le créancier d'une obligation en souffrance peut en principe faire usage de l'exception d'inexécution, et s'abstenir à son tour d'exécuter son obligation. Cette exception est soumise à certaines conditions telles que le caractère synallagmatique du contrat, la réalité du manquement, la proportionnalité, etc. Si ces conditions de mise en œuvre ne sont pas respectées, le créancier de l'obligation supporte les risques et se rend, nécessairement, coupable d'un manquement contractuel, qui peut à son tour justifier une sanction.

59. Application. La cour d'appel de Mons a ainsi rappelé que « celui qui entend soulever l'exception d'inexécution, doit démontrer qu'il a suspendu à bon escient l'exécution de ses obligations et doit, partant, établir que toutes les conditions de l'exception étaient établies au moment où il s'en est prévalu, c'est-à-dire qu'à ce moment son cocontractant était en défaut de remplir ses propres obligations [...] »(106).

Dans un autre arrêt la cour d'appel de Bruxelles a considéré, eu égard aux circonstances de la cause que l'entrepreneur a suspendu à tort l'exécution des travaux, en raison du non-paiement de sa facture, dès lors que les conditions de paiement prévue dans la convention avaient été respectées par le maître de l'ouvrage et que, en conséquence, la facture émise n'était

(103) Mons, 22 février 2018, n° 2016/RG/1434, disponible sur www.juridat.be et A. DELVAUX *et al.*, *Le Contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 450.

(104) Bruxelles, 30 avril 2015, n° 2011/AR/1320, disponible sur www.juridat.be.

(105) Bruxelles, 1^{er} avril 2014, *T.B.O.*, 2016, pp. 57 et s.

(106) Mons, 1^{er} mars 2018, n° 2017/RG/313, disponible sur www.juridat.be.

pas due. Cet « arrêt des travaux avant leur achèvement constitue un manquement grave qui justifie la résolution du contrat d'entreprise aux torts de (l'entrepreneur) » (107).

§ 2. Analyse de certains points controversés

a) Contrat à durée indéterminée

60. Champ d'application de l'article 1794 du Code civil. Comme rappelé ci-dessus, nonobstant le prescrit littéral de l'article 1794 du Code civil, il est communément admis que la faculté de résiliation unilatérale n'est pas limitée aux marchés à forfait, mais vise tous les contrats d'entreprise dont l'ampleur du travail ou la durée sont déterminées (108). Ceci est confirmé par un arrêt récent de la cour d'appel de Bruxelles, en ces termes : « l'article 1794 du Code civil est, par la généralité de ses termes, applicable à tout ouvrage quelconque, matériel ou intellectuel, pourvu qu'il s'agisse de l'entreprise d'un travail à forfait déterminé par son objet ou par un terme exprès [...] » (109).

Sont par contre en dehors du champ d'application de cette disposition les contrats d'entreprise à durée indéterminée, ou dont l'objet n'est pas déterminé. Pour ce dernier type de contrats, prévaut néanmoins le principe général de droit selon lequel toute partie à un contrat à prestations successives conclu pour une durée indéterminée a, en règle, le droit de résilier unilatéralement ce contrat, moyennant un préavis raisonnable (110).

61. Confirmation de la Cour de cassation. La Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt prononcé le 29 mai 2015, que l'article 1794 du Code civil « s'applique exclusivement à l'entreprise de travaux qui est déterminée par son objet ou par un terme exprès » et que, par contre, « le maître peut résilier l'entreprise conclue pour une durée indéterminée, par sa seule volonté, sans dédommager l'entrepreneur pour toutes ses dépenses,

(107) Cass., 27 septembre 2018, R.G. n° C.17.0669.F, disponible sur www.juridat.be.

(108) La controverse qui prévalait antérieurement a été tranchée par la Cour de cassation par un arrêt du 4 septembre 1980 (*Pas.*, 1981, I, p. 7). Voy. A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 463 ; B. Kohl vise « le contrat d'entreprise conclu pour une durée déterminée ou relatif à la réalisation d'un ouvrage (matériel ou intellectuel) déterminé » (B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 727).

(109) Bruxelles, 19 septembre 2014, n° 2012/AR/935, disponible sur www.juridat.be. Voy. aussi Mons, 28 novembre 2017, n° 2016/RG/861, disponible sur www.juridat.be.

(110) Nous n'entrons pas dans le débat relatif à la nécessité d'un tel préavis.

de tous ses travaux et de sa perte de bénéfice, sauf clause contractuelle contraire ou résiliation illicite »(111).

62. Application de l'article 1794 du Code civil à un contrat à durée indéterminée. Eu égard à cet arrêt de la Cour de cassation (conforme à sa jurisprudence antérieure), il nous semble que c'est à tort que la cour d'appel de Bruxelles a appliqué l'article 1794 du Code civil à un contrat, dont il résulte des circonstances de fait visées dans l'arrêt, qu'il était à durée indéterminée. Le cas d'espèce portait sur la résiliation, par le maître de l'ouvrage, d'un contrat de prestation de services comptables. Le premier juge avait rejeté la demande portant sur le paiement d'une indemnité de rupture par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur. La cour d'appel va accueillir cette demande, la requalifiant d'indemnité de résiliation fondée sur l'article 1794 du Code civil. Il nous semble que les motifs auxquels la cour a égard témoignent de ce qu'il était en réalité question d'un contrat à prestations successives et à durée indéterminée, que l'on reproche au maître de l'ouvrage d'avoir résilié de manière fautive, à défaut de préavis raisonnable. Ainsi les considérants de la cour qui pointe « la résiliation unilatérale et brutale du contrat [...], pour le moins intempestive. Après cinq années de collaboration ininterrompue, (le maître de l'ouvrage) aurait dû respecter un délai de préavis raisonnable permettant à (l'entrepreneur) de se retourner. Le montant [...] réclamé par (l'entrepreneur) pour l'indemniser “de tout ce qu'elle aurait pu gagner dans cette entreprise” au sens de l'article 1794 du Code civil, est tout à fait raisonnable »(112). Il est admis, *a contrario*, que l'article 1794 du Code civil consacre un droit du maître de l'ouvrage, lequel n'a pas à faire précéder d'un préavis l'exercice de ce droit. De plus, l'indemnité due en application de l'article 1794 du Code civil n'a pas pour objet de réparer le dommage qui résulterait du comportement fautif du maître de l'ouvrage, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard aux circonstances de la rupture pour en octroyer le bénéfice à l'entrepreneur.

63. Application de l'article 1794 du Code civil à un contrat à durée indéterminée (2). Un autre arrêt, également non conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, tient un raisonnement similaire, quoi qu'en référé, en considérant que « le contrat d'entreprise litigieux est réputé avoir été conclu à durée indéterminée, de sorte qu'il peut y être mis fin à tout moment par chacune des parties. Par conséquent, à supposer qu'il soit considéré que le maître de l'ouvrage est à l'origine de la

(111) Cass. (1^{re} ch., N.), 29 mai 2015, R.G. n° C.13.0390.N., *Lar. Cass.*, 2016/2, p. 42.

(112) Bruxelles, 19 septembre 2014, n° 2012/AR/935, disponible sur www.juridat.be.

rupture du contrat [...], il conviendrait alors de constater que celui-ci a fait usage de la faculté de résiliation prévue à l'article 1794 du Code civil, qui autorise, par ailleurs, l'entrepreneur à réclamer, s'il échet, les dommages et intérêts qui y sont prévus, outre ceux qui découleraient de la violation du principe d'exécution de bonne foi des conventions si la rupture devait être considérée comme intempestive [...] » (113). De deux choses, l'une, en effet : soit le contrat est à durée indéterminée et l'article 1794 du Code civil ne peut servir de fondement à l'obligation d'indemnisation consécutive à la résiliation fautive ; soit les conditions d'application de l'article 1794 du Code civil sont réunies, et il n'y a pas lieu, en principe, d'avoir égard aux circonstances de la rupture pour justifier l'octroi de l'indemnité de résiliation à l'entrepreneur.

b) L'application alternative des articles 1184 et 1794 du Code civil

64. Enseignement traditionnel. L'on enseigne traditionnellement (114) que le maître de l'ouvrage qui fait application de l'article 1794 du Code civil est privé de l'option contenue à l'article 1184 du Code civil (quand bien même seraient établis des manquements graves de l'entrepreneur) : il ne peut plus se prévaloir des fautes de l'entrepreneur pour obtenir la résolution (115) ; et il ne peut plus demander l'exécution du contrat. Il peut par contre engager la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur pour obtenir la réparation du dommage subi préalablement à la résiliation.

L'on enseigne encore que le maître de l'ouvrage qui a fait usage de l'option visée à l'article 1184 du Code civil peut par contre toujours résilier le contrat aussi longtemps qu'il n'a pas été résolu (soit que l'action n'ait pas encore abouti, qu'elle ait été rejetée, ou que l'exécution forcée ait été demandée).

(113) Bruxelles, 19 septembre 2014, n° 2014/KR/177, disponible sur www.juridat.be.

(114) M. DURANT et I. CLAVIE, « Des zones d'ombre déjà anciennes aux interrogations nouvelles ou quelques questions relatives à l'article 1794 du Code civil », *op. cit.*, n° 15 à 21 et M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », *op. cit.*, pp. 231-235.

(115) Voy. *contra* l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 13 décembre 1979 citée par M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », *op. cit.*, p. 234. Les arguments développés par cet auteur au soutien de la thèse du cumul possible entre la résiliation, pour l'avenir, et la résolution, en guise de sanction des manquements graves passés, nous semblent exacts d'un point de vue théorique mais l'on regrettera qu'ils n'abordent pas la question, importante en pratique, de l'indemnité due en application de l'article 1794 du Code civil. Cette indemnité reste-t-elle due suite à la résolution, ce qui semblerait paradoxal (compenser la perte de bénéfice de l'auteur du manquement grave). Si l'indemnité n'est pas due, l'on se demande quelle est l'utilité du recours à cette disposition.

Enfin, le maître de l'ouvrage ne semble plus pouvoir bénéficier de la faculté de résiliation unilatérale dès lors qu'il s'est rendu coupable de fautes à ce point graves qu'elles pourraient justifier la résolution du contrat à ses torts.

Si l'auteur de la dissolution est l'entrepreneur, par contre, il ne peut être que question de l'application correcte ou fautive de l'article 1184 du Code civil, dans une discussion étrangère, par hypothèse, à l'article 1794 du Code civil.

65. *Quid dans le silence des parties ?* La discussion relative à cet enseignement est connue de longue date et semble donner lieu à une belle unanimité. Il ne capture cependant pas, à notre sens, une problématique fondamentale liée à l'alternative qu'offrent les articles 1184 et 1794 du Code civil, à savoir le traitement qui doit être réservé aux situations dans lesquelles il est mis fin à un contrat, soit qu'il n'apparaisse pas clairement qui est l'auteur de la dissolution, soit que les parties s'abstiennent d'invoquer une base légale spécifique, soit encore que les parties invoquent erronément une base légale.

Les nombreuses décisions rendues pendant la période examinée ne permettent pas d'établir les lignes de force d'une jurisprudence parfaitement claire à cet égard, ni ne confirment nécessairement l'enseignement traditionnel évoqué ci-dessus. L'enjeu de la réponse à cette question est pourtant central, dès lors qu'il conditionne les conditions d'indemnisation des parties.

66. Examen – Classement – Analyse. L'on examine donc les décisions identifiées après les avoir classées en fonction de la qualification retenue par le juge. Ainsi, parmi les décisions revues, l'on distingue essentiellement (i) les décisions considérant que le maître de l'ouvrage a résilié le contrat, (ii) les décisions considérant que le maître de l'ouvrage n'a pas résilié le contrat (en raison du comportement fautif de l'entrepreneur, qui justifie une résolution à ses torts) et (iii) les décisions considérant que le maître de l'ouvrage n'a pas résilié le contrat (en raison du comportement fautif du maître de l'ouvrage, qui justifie une résolution à ses torts).

L'on effectue ensuite une analyse critique de cette jurisprudence, en attirant l'attention du lecteur sur certains points saillants (iv).

i. Les hypothèses de résiliation unilatérale

67. Hypothèse. Certaines décisions rendues considèrent que le maître de l'ouvrage a résilié le contrat (en l'absence de faute dans le chef de l'entrepreneur).

68. Jurisprudence. Ainsi, saisi d'une demande de dédommagement d'un entrepreneur sur pied de l'article 1794 du Code civil (alors que le maître de l'ouvrage soutenait, quant à lui, avoir résolu la convention aux torts de l'entrepreneur), la cour d'appel de Mons, après avoir rappelé les conditions d'application de la résiliation unilatérale et de la résolution extrajudiciaire, constate qu'il était « loisible (au maître de l'ouvrage) de faire application de l'article 1794 du Code civil ». Elle rappelle, de surcroît, qu'il « est généralement admis qu'en principe, le maître de l'ouvrage qui opte pour l'une des causes de dissolution (résolution ou résiliation unilatérale) exclut l'autre, et encourt toutes les conséquences de son choix [...]. [...] Pour déterminer la voie qu'a choisie le maître de l'ouvrage, il convient d'examiner son intention réelle telle qu'elle s'est manifestée en son temps, sans que la qualification qu'il lui donne ultérieurement s'impose », étant entendu que la simple invocation d'un manquement de l'entrepreneur au moment où le maître de l'ouvrage considère le contrat comme dissous, n'implique pas nécessairement qu'il se prévaut de la résolution unilatérale (116). Dans le cas d'espèce, il est jugé qu'il se déduit des faits que le maître de l'ouvrage a fait usage de la faculté de résiliation unilatérale, dès lors qu'il n'invoquait que des broutilles dans sa notification. La cour considère ensuite, à titre surabondant, que les conditions de la résolution unilatérale ne sont pas remplies, à défaut de manquement suffisamment grave et de mise en demeure. Elle octroie en conséquence l'indemnisation des postes visés à l'article 1794 du Code civil.

69. Jurisprudence (2). Dans un autre cas d'espèce, l'entrepreneur estimait que le maître de l'ouvrage avait tacitement mais certainement résilié le contrat d'entreprise (et postulait le paiement de l'indemnité de résiliation en application de l'article 1794 du Code civil) alors que ce dernier reprochait à l'entrepreneur d'avoir abandonné le chantier, et postulait la résolution à ses torts. La cour considère, dans un premier temps, que le maître d'ouvrage ne fait pas la preuve de l'abandon de chantier. Ensuite, elle relate un ensemble des faits (le maître de l'ouvrage a empêché l'entrepreneur de terminer le contrat, n'a pas payé sa facture, etc.) desquels elle

(116) Mons, 28 novembre 2017, n° 2016/RG/861, disponible sur www.juridat.be.

déduit que l'entrepreneur est fondé « à obtenir l'indemnisation de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise conformément à l'article 1794 du Code civil » (117).

70. Jurisprudence (3). Dans un dernier cas d'espèce, la cour relève qu'« en choisissant délibérément de ne pas avertir l'architecte [...] de l'entame des travaux de construction, et de faire réaliser ceux-ci sans son intervention, (les maîtres de l'ouvrage) a souhaité faire l'économie des honoraires d'architecte, et a ainsi tacitement et certainement mis fin au contrat d'architecture sur la base de l'article 1794 du Code civil. Ils ne peuvent être suivis lorsqu'ils allèguent qu'il appartenait à l'architecte "soit de solliciter la résolution du contrat en justice soit de pouvoir se prévaloir d'une clause résolutoire expresse [...]" » (118). C'est donc à bon droit que l'architecte a estimé que « cet acte constitue au minimum un acte de résiliation unilatérale de la mission (de l'architecte) au sens de l'article 1794 du Code civil ».

ii. La résolution aux torts de l'entrepreneur

71. Hypothèse. Un ensemble de décisions considèrent que le maître de l'ouvrage n'a en réalité (c'est-à-dire contrairement à ce qui est invoqué par l'entrepreneur) pas résilié le contrat, dès lors qu'est établi le comportement fautif de l'entrepreneur, qui justifie une résolution aux torts de ce dernier.

72. Jurisprudence. Ainsi, par exemple, dans un litige où l'entrepreneur demandait que le contrat soit résolu aux torts du maître de l'ouvrage, sur la base de l'article 1184 du Code civil, dont il était également demandé qu'il soit condamné au paiement des travaux réalisés et (de manière plus surprenante) à une clause de dédit sur la base de l'article 1794 du Code civil. Après avoir rappelé les principes qui président à la résolution extrajudiciaire, la cour d'appel considère que les manquements de l'entrepreneur justifient la résolution de la convention à ses torts, et qu'aucun manquement de nature à justifier la résolution aux torts du maître de l'ouvrage n'est établi. Concernant la demande d'indemnité sur pied de l'article 1794 du Code civil, la cour juge, dès lors que le maître de l'ouvrage a résolu le contrat aux torts de l'entrepreneur, il « n'a nullement opté pour une

(117) Mons, 13 décembre 2016, n° 2010/RG/660, disponible sur www.juridat.be.

(118) Liège, 3 février 2015, *J.T.*, 2015, p. 448.

résiliation unilatérale moyennant une compensation », de sorte que cette demande doit être rejetée(119).

73. Jurisprudence (2). Encore, dans ce cas d'espèce, où la cour d'appel de Liège considère que les maîtres de l'ouvrage qui justifient leur volonté de rupture par l'accumulation des manquements qu'ils imputent à l'entrepreneur « n'ont pas entendu faire usage de leur faculté de résilier unilatéralement le contrat sur base de l'article 1794 du Code civil mais ont entendu résoudre unilatéralement la convention sur base de l'article 1184 du Code civil ». La mise en œuvre de cette sanction a lieu sous le contrôle du juge, qui la ratifie dans le cas d'espèce et, au vu de ces motifs, rejette la demande de l'entrepreneur qui tend à l'allocation d'une indemnité de résiliation sur base de l'article 1794 du Code civil, dès lors que le contrat est résolu à ses torts(120).

74. Jurisprudence (3). Également, la cour d'appel de Mons a rejeté la demande de l'entrepreneur en indemnisation sur la base d'une clause de dédit, dès lors qu'il apparaît des faits de la cause que c'est l'entrepreneur qui, par son comportement (qui n'est pas davantage qualifié), a résilié le contrat (lequel était à durée déterminée)(121). Les maîtres de l'ouvrage ne formulaient aucune demande à l'encontre de l'entrepreneur mais il nous semble qu'ils auraient valablement pu soutenir qu'une telle résiliation unilatérale avant l'échéance du terme, était fautive de sorte qu'une demande d'indemnisation eut été fondée.

75. Jurisprudence (4). Dans ce cas d'espèce encore, le maître de l'ouvrage assignait l'entrepreneur en résolution du contrat d'entreprise ; ce dernier considérerait que le maître de l'ouvrage avait résolu unilatéralement, rendant ainsi impossible la réparation en nature. Eu égard aux faits de la cause, la cour considère que « c'est de manière tout à fait légitime, compte tenu des manquements et carences répétés de (l'entrepreneur) et de la nécessaire perte de confiance qui s'en est suivie, que les maîtres de l'ouvrage ont pris l'initiative de résoudre unilatéralement la convention ». Ce faisant, la cour rejette également la demande formulée par l'entrepreneur de se voir octroyer l'indemnité de dédit prévue dans ses conditions générales, dès lors qu'elle constitue « la contrepartie du droit reconnu au

(119) Bruxelles, 8 mai 2015, n° 2012-AR-1042, disponible sur www.juridat.be.

(120) Liège, 27 mars 2014, *R.G.D.C.*, 2015/5, p. 273.

(121) Mons, 11 octobre 2018, n° 2017/RG/506, disponible sur www.juridat.be.

maître de l'ouvrage de mettre anticipativement fin à la convention », cette hypothèse n'étant pas rencontrée en l'espèce⁽¹²²⁾.

76. Jurisprudence (5). Enfin, dans cette affaire où l'entrepreneur considérait que c'est en raison de l'attitude du maître de l'ouvrage que le contrat d'entreprise n'a pas pu être exécuté, de sorte que les maîtres de l'ouvrage ont tacitement (mais certainement) résilié sur la base de l'article 1794 du Code civil. L'entrepreneur postulait donc l'obtention de l'indemnité de dédit prévue dans le contrat d'entreprise. Les maîtres de l'ouvrage reprochaient quant à eux une faute à l'entrepreneur. Confrontée à une situation où un contrat n'est manifestement plus exécuté, alors que les parties se reprochent des fautes respectives, la cour d'appel considère en l'espèce qu'il n'est pas « démontré que les maîtres de l'ouvrage ont décidé de mettre fin unilatéralement à la convention [...] », dès lors que le litige entre les parties semble davantage découler des fautes de l'entrepreneur. En conséquence, « l'indemnité de résiliation réclamée par (l'entrepreneur) n'est pas due »⁽¹²³⁾. Il est surprenant de noter que, dans cet arrêt, la cour ne règle pas le sort du contrat, dont l'exécution n'est pas demandée et dont la fin ne peut pas être raisonnablement contestée. En réalité, il n'a pas été résolu, ni résilié (unilatéralement), et ne fait pas davantage l'objet d'une demande d'exécution.

iii. *La résolution aux torts du maître de l'ouvrage*

77. Hypothèses. Un ensemble de décisions considèrent que le maître de l'ouvrage n'a pas résilié le contrat en application de l'article 1794 du Code civil (contrairement à ce qu'invoquait l'entrepreneur), dans des circonstances où le maître de l'ouvrage invoquait un comportement fautif de l'entrepreneur, qui est considéré comme n'étant pas établi, et ne justifie dès lors pas une résolution à ses torts, mais bien (α) soit le constat d'une résolution fautive par le maître de l'ouvrage, (β) soit la résolution aux torts du maître de l'ouvrage (en cas de manquement grave de sa part).

α. Résolution fautive par le maître de l'ouvrage
(en l'absence de mise en demeure, en l'absence
de manquement suffisamment grave, etc.)

78. Jurisprudence. Ainsi, par exemple, après avoir considéré que « la rupture du contrat se fondant sur un manquement grave dans le chef de

⁽¹²²⁾ Liège, 21 octobre 2015, n° 2013/RG/1506, disponible sur www.juridat.be.

⁽¹²³⁾ Liège, 19 novembre 2015, n° 2014/RG/529, disponible sur www.juridat.be.

(l'entrepreneur), le litige doit être jugé sur la base de l'article 1184 du Code civil, l'application de l'article 1794 du Code civil étant étrangère au cas d'espèce », la cour considère que la résolution n'était pas justifiée, au regard des manquements invoqués dans la décision de mettre fin au contrat. De manière plus surprenante, la cour ajoute que le maître de l'ouvrage ne peut valablement ajouter d'autres motifs graves en cours de procédure que ceux qui sont indiqués dans la décision évoquée ci-dessus⁽¹²⁴⁾. Rien ne nous semble justifier cette décision (même si l'on partage l'opinion selon laquelle ces arguments, avancés *in tempore suspecto*, doivent être pris avec prudence), dont la cour, prudemment, n'assume pas entièrement les conséquences, en répondant à ces griefs.

Cela étant fait, la cour examine les conséquences de cette résolution unilatérale fautive, et décide que « la sanction d'une rupture non justifiée a été prévue contractuellement, et la demanderesse ne peut obtenir que celle-ci, soit la moitié des honoraires promérités jusqu'à l'échéance conventionnelle »⁽¹²⁵⁾. La cour rejette par contre l'indemnité réclamée « au titre de dommages et intérêts en raison du caractère abusif de la révocation intervenue et au titre de réparation à l'atteinte portée à la réputation et à l'image de sérieux professionnel de (l'entrepreneur) » au motif que « la rupture irrégulière est sanctionnée par l'octroi de l'indemnité conventionnelle ; (l'entrepreneur) n'explique pas en quoi la rupture serait abusive. Une mauvaise appréciation d'une faute mineure commise par (l'entrepreneur) dans le chef (du maître de l'ouvrage) n'implique pas *ipso facto* un abus du droit de rupture. [...] »⁽¹²⁶⁾.

79. Jurisprudence (2). Dans un autre cas d'espèce, le maître de l'ouvrage a unilatéralement rompu la convention le liant à un entrepreneur. Ce dernier invoque la résiliation unilatérale par le maître de l'ouvrage, lequel ne pourrait plus, dès lors, invoquer la résolution du contrat aux torts de son cocontractant. La cour considère que, le maître de l'ouvrage justifiant sa volonté de rupture en invoquant un grief, il en ressort clairement que le maître de l'ouvrage « n'a pas entendu faire usage de la faculté de résilier unilatéralement le contrat sur base de l'article 1794 du Code civil mais a entendu résoudre unilatéralement la convention sur base de l'article 1184 du Code civil ». La cour examine donc la validité de cette résolution, et conclut que les différents manquements allégués ne sont pas

(124) Liège, 10 février 2016, n° 2015/RG/492, disponible sur www.juridat.be.

(125) Le contenu de cette clause contractuelle n'apparaît pas dans la décision commentée, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'y attarder davantage ici.

(126) Liège, 10 février 2016, n° 2015/RG/492, disponible sur www.juridat.be.

établis, ou pas suffisamment graves, de sorte que le maître de l'ouvrage « a commis une faute engageant sa responsabilité en considérant unilatéralement le contrat comme résolu ». Le maître de l'ouvrage devrait donc en principe indemniser la totalité de dommage, sans cependant être débiteur de l'indemnité visée à l'article 1794 du Code civil (127).

80. Jurisprudence (3). Dans la même veine mais plus correctement motivée, nous semble figurer l'approche de la cour d'appel de Bruxelles dans le cas d'espèce suivant, où le maître de l'ouvrage poursuit, sans succès, la résolution du contrat d'entreprise. L'entrepreneur invoque dès lors la rupture fautive du maître de l'ouvrage et obtient, en application de l'article 1184 du Code civil, « tous dommages et intérêts découlant de la rupture unilatérale et fautive du contrat », à savoir autant la perte financière, le manque à gagner que le dommage moral (en l'occurrence « une atteinte à leur crédit [...] ainsi qu'à leur image de marque »), lequel aurait été exclu en application de l'article 1794 du Code civil (128).

81. Jurisprudence (4). Un arrêt de la cour d'appel de Liège est exactement de la même trempe, qui considère que le maître de l'ouvrage n'a pas entendu mettre en œuvre la faculté de résiliation unilatérale (alors même que la notification de rupture permettrait raisonnablement de le considérer). La résolution unilatérale ne pouvait par contre être mise en œuvre par le maître de l'ouvrage, en l'absence de faute suffisamment grave de l'entrepreneur. Il est donc jugé que le contrat sera en conséquence résolu aux torts du maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage doit réparer le dommage de l'entrepreneur, à savoir la perte qu'il a subie et le gain qu'il n'a pas fait, lequel « à défaut de pouvoir être fixé à partir d'éléments concrets, [...] sera fixé *ex aequo et bono* [...] » (129).

β. Résolution pour manquement grave du maître de l'ouvrage

82. Jurisprudence. Différente des décisions examinées sous les points 78 à 81 en ce qu'elle fait grief au maître de l'ouvrage non d'avoir résolu fautivement, mais bien d'être à l'origine du manquement grave justifiant la résolution, se situe la décision de la cour d'appel de Liège, qui considère que le maître de l'ouvrage n'avait jamais entendu faire usage

(127) Liège, 3 avril 2014, n° 2013/RG/47, disponible sur www.juridat.be. Dans la suite de cet arrêt, l'entrepreneur est néanmoins indemnisé sur la base de la clause de dédit (réduite). L'on ajoutera donc que si le raisonnement mène à cette conclusion, il eut été plus adapté d'immédiatement prendre la voie offerte par l'article 1794 du Code civil.

(128) Bruxelles, 21 juin 2013, n° 2010/AR/2622, disponible sur www.juridat.be.

(129) Liège, 3 février 2016, *J.L.M.B.*, 2017/7, pp. 312 et s.

de son droit de résiliation unilatérale, et qu'au contraire, l'origine de la rupture se trouve dans les manquements du maître de l'ouvrage. Examinant le dommage, la cour considère que « c'est par contre à tort que les entrepreneurs ont sollicité à titre d'indemnisation due en raison de la résolution fautive du contrat, l'indemnité (de dédit prévue au contrat). En effet, l'indemnité prévue à cet article ne constitue pas la réparation d'un dommage mais la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale prévue par le contrat, faculté dont pour rappel (le maître de l'ouvrage) n'a pas fait usage. En l'espèce, seuls peuvent le cas échéant être réclamés par les entrepreneurs des dommages et intérêts complémentaires à la résolution pour autant qu'ils démontrent avoir subi un préjudice qui n'est pas entièrement réparé par ladite résolution » (130).

83. Appréciation. L'on comprend néanmoins moins que la cour considère, en fait, que l'entrepreneur ne fait pas la preuve de son manque à gagner, alors même qu'elle constate la résolution fautive de la convention (dont il n'est pas considéré qu'elle est à durée indéterminée) par le maître de l'ouvrage, de laquelle il ne semble pas raisonnablement contestable que l'entrepreneur entendait tirer un bénéfice. En effet, ce faisant, la cour d'appel offre sa caution au fait que le maître de l'ouvrage se trouve dans une situation plus favorable en causant la résolution du contrat par son comportement fautif que s'il avait unilatéralement résilié la convention, de sorte que l'indemnité de dédit convenu contractuellement eut été due à l'entrepreneur.

iv. Appréciation

84. La résiliation expresse exclut la résolution. Tout d'abord, l'exercice certain (l'on a envie d'écrire « exprès ») de la faculté de résiliation unilatérale nous semble effectivement devoir couper court à toute demande de résolution (ou d'exécution) par le maître de l'ouvrage. Ce dernier devra donc assumer les conséquences du choix qu'il a posées en invoquant l'article 1794 du Code civil alors qu'une autre voie de sortie, éventuellement plus favorable (mais associée à un risque qu'il n'a pas pris), lui était offerte. Ceci vaut, à notre sens, sans préjudice de la possibilité pour le maître de l'ouvrage d'obtenir la réparation des dommages relatifs à l'exécution du contrat avant la résiliation (dont le montant de l'indemnité de réparation viendra en déduction de l'indemnité de dédit). Autoriser en sus la

(130) Liège, 22 février 2018, n° 2016/RG/1434, disponible www.juridat.be.

résolution reviendrait à priver d'effet l'article 1794 du Code civil, librement mis en œuvre par le maître de l'ouvrage.

85. Tout manquement grave doit exclure la faculté de résiliation. Dans le silence des parties, par contre, il nous semble falloir éviter à tout prix que, en présence d'un manquement grave, le juge puisse considérer que le maître de l'ouvrage a fait usage de la faculté de résiliation unilatérale.

86. Manquement grave de l'entrepreneur. Diverses hypothèses doivent être envisagées, la première étant construite autour du manquement (grave) de l'entrepreneur. Dans cette hypothèse, le maître de l'ouvrage met fin au contrat sans invoquer de faute de son cocontractant (explicitement, ou si cela se déduit du contexte dans lequel intervient la rupture du contrat⁽¹³¹⁾). Confronté à une demande d'indemnisation sur le pied de l'article 1794 du Code civil formulée par l'entrepreneur, ce dernier soutient en effet que le maître de l'ouvrage a exercé son droit visé à l'article 1794 du Code civil (et est donc débiteur de l'indemnité de dédit) ; de son côté, le maître de l'ouvrage invoque les manquements de l'entrepreneur pour justifier l'application de l'article 1184 du Code civil, en ce qu'il permet la résolution unilatérale, à certaines conditions.

L'on enseigne généralement, dans cette hypothèse, que le maître de l'ouvrage qui a mis fin au contrat sans invoquer de faute de son cocontractant, se fonde sur l'article 1794 du Code civil et renonce à demander la résolution judiciaire sur la base de l'article 1184 du Code civil⁽¹³²⁾. La jurisprudence serait sévère dans ces circonstances et tendrait à considérer qu'il n'est plus possible de se prévaloir de la résolution d'un contrat déjà résilié. Ceci implique que le maître de l'ouvrage sera redevable, envers l'entrepreneur d'une indemnité de résolution, alors même que, par hypothèse, il aurait pu prétendre à une indemnisation en application de l'article 1184 du Code civil⁽¹³³⁾.

87. Appréciation. À notre sens, la jurisprudence actuelle n'est pas conforme à la rigueur de ce raisonnement, dès lors qu'elle considère que l'entrepreneur qui est responsable de manquements graves doit voir le

(131) B. Louveaux parle d'acte équipollent à rupture permettant de manière tacite mais certaine de constater la rupture unilatérale, B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie) », *J.L.M.B.*, 2016/31, p. 1488.

(132) A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, pp. 474 et 475, sur la base notamment de Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, pp. 225-228 et note de M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », *op. cit.*

(133) B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, pp. 760-761.

contrat résolu à ses torts, même dans l'hypothèse où le maître de l'ouvrage aurait mis fin à la convention sans invoquer la faute de son cocontractant. C'est ce que semble confirmer la jurisprudence reprise sous le point ii qui, en présence d'un manquement grave de l'entrepreneur, considère que le contrat doit être résolu aux torts de ce dernier (ou à tout le moins que la demande d'indemnité de dédit fondée sur l'article 1794 du Code civil doit être rejetée, à défaut d'avoir été saisie d'une demande de résolution), sans avoir préalablement exclu le recours, par le maître de l'ouvrage, à l'article 1794 du Code civil.

En guise de conclusion intermédiaire, il nous semble donc que, en général, en cas de dissolution « silencieuse » du contrat d'entreprise, si le juge est amené à constater l'existence d'un manquement suffisamment grave de l'entrepreneur, il conclura à la résolution du contrat à ses torts⁽¹³⁴⁾. Ceci ne nous permet pas, de manière certaine, d'infirmer l'enseignement traditionnel en ce qu'il considère que le maître de l'ouvrage qui a fait usage de la faculté de résiliation unilatérale se voit privé du bénéfice de l'option contenue à l'article 1184 du Code civil. Rien ne vient non plus confirmer cet enseignement.

88. Manquement grave du maître de l'ouvrage. La seconde hypothèse vise le manquement grave du maître de l'ouvrage relatif à l'exécution du contrat ou la mise en œuvre fautive de la résolution extrajudiciaire.

En l'absence d'un manquement suffisamment grave de l'entrepreneur (justifiant la résolution à ses torts), les décisions examinées ci-dessus considèrent soit que le maître de l'ouvrage a fautivement résolu le contrat (voy. les décisions examinées sous le ii, α), soit qu'il a fait le choix de résilier unilatéralement (voy. les décisions examinées sous i). Le critère de distinction semble résider dans le comportement du maître de l'ouvrage à l'occasion de la rupture, encore que ce comportement ne fasse ni l'objet d'une appréciation systématique, ni l'objet d'une appréciation uniforme (au-delà de la variété des appréciations en fait).

Par exception à ce qui précède, en présence d'un manquement grave confirmé du maître de l'ouvrage, les décisions examinées nous montrent que le contrat sera résolu aux torts du maître de l'ouvrage (voy. sous iii, β), ce qui confirme l'enseignement traditionnel selon lequel le maître de l'ouvrage est privé du bénéfice de l'article 1794 du Code civil lorsqu'il a

(134) Cette jurisprudence doit être approuvée, qui empêche l'entrepreneur, auteur d'une faute grave, de pouvoir échapper à sa responsabilité contractuelle, et qui lui évite d'en retirer un avantage (l'indemnité de dédit).

commis un manquement susceptible de justifier la résolution du contrat. L'on souscrit au raisonnement qui revient à priver le maître de l'ouvrage du « bénéfice » de l'article 1794 du Code civil, dès lors qu'il est l'auteur d'un manquement grave.

Il apparaît néanmoins en transparence des décisions examinées sous i, que les juges considèrent comme des actes équipollents à résiliation (en application de l'article 1794 du Code civil) des comportements du maître de l'ouvrage qui, sinon, ne manqueraient pas d'être qualifiés de manquement grave.

Ainsi donc, en l'absence d'un manquement grave de l'entrepreneur, l'on se retrouve en présence de décisions qui, selon les cas, tranchent en faveur de la résolution, d'autres en faveur de la résiliation, sans que les critères décisifs apparaissent clairement. Ce constat appelle les commentaires suivants.

89. Appréciation. Tout d'abord, l'on partage la position de la jurisprudence selon laquelle le maître de l'ouvrage, auteur d'un manquement, ne peut pas échapper à sa dette de réparation intégrale en résiliant, pour les besoins de la cause (et en devenant donc redevable d'une indemnité inférieure). Ainsi donc, l'on accueille la jurisprudence reprise sous iii, β, et l'on considère que c'est à tort que la jurisprudence reprise sous i considère que le maître de l'ouvrage a fait usage de la faculté de résiliation unilatérale, si la portée de ces décisions est bien de considérer que certains manquements sont des actes équipollents à résiliation unilatérale, ce qui n'est pas dit expressément mais semble pouvoir être raisonnablement soutenu (135).

(135) Par exemple sur la base de l'arrêt de la cour d'appel de Liège qui, après avoir rejeté la demande de résolution judiciaire introduite par le maître de l'ouvrage (à défaut pour celui-ci de parvenir à démontrer « que la résolution du contrat est imputable à l'entrepreneur »), accueille la demande de ce dernier, fondée sur l'article 1794 du Code civil, au motif que « dans le cas d'espèce, il y a lieu de considérer que les maîtres de l'ouvrage ont eu la volonté de rompre le contrat d'entreprise de manière tacite mais certaine, dès lors qu'après le début d'exécution des travaux, ils ont décidé de ne pas poursuivre leur projet initial » (4 avril 2014, n° 2013/RG/624, disponible sur www.juridat.be). Cette décision n'emporte pas une adhésion sans réserve. D'une part, il est certain que le maître de l'ouvrage poursuit, à ses risques, la résolution du contrat aux torts de l'entrepreneur. D'autre part, elle a pour effet de réduire le périmètre d'indemnisation de l'entrepreneur. La solution à privilégier consisterait à prononcer la résolution aux torts du maître de l'ouvrage et d'indemniser, à ce titre, l'entrepreneur pour la totalité de son dommage. Alternativement, la cour d'appel aurait pu rejeter la demande de résolution aux torts de l'entrepreneur, en raison de l'exercice préalable, par le maître de l'ouvrage, de la faculté de résiliation unilatérale (voy. aussi, par exemple, cette décision qui considère que les griefs invoqués par le maître de l'ouvrage pour motiver la résolution du contrat n'étant pas pertinents, la fin de la convention doit être analysée comme une résiliation unilatérale [B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie) », *op. cit.*, p. 1488]).

Par contre, l'on est plus dubitatif quant à la jurisprudence reprise sous iii, α , qui vise l'hypothèse où l'action, introduite par le maître de l'ouvrage, vient à échouer au motif que les conditions de la résolution ne sont pas réunies, ce qui obligerait le juge à constater que le maître de l'ouvrage a résolu à tort et, éventuellement, à prononcer la résolution à ses torts. Le maître de l'ouvrage sera, dans cette hypothèse, redevable de dommages et intérêts à l'entrepreneur, et pas seulement de l'indemnité visée à l'article 1794 du Code civil (136).

Au regard des décisions analysées sous i et iii. a, l'on s'interroge sur ce qui permet à la juridiction saisie de considérer, en général, que le maître de l'ouvrage a entendu résilier ou résoudre, selon les cas. En particulier, l'on s'interroge sur ce qui permet de considérer, dans certains cas, que les reproches formulés par le maître de l'ouvrage ont été rencontrés à suffisance par l'autre partie, de sorte que ce ne peut être le manquement grave qui justifie la dissolution du contrat (et que le maître de l'ouvrage a entendu résilier unilatéralement – voy. les décisions analysées sous i) et, dans d'autres cas, que c'est le manquement grave (par ailleurs non établis) invoqué par le créancier qui justifie la résolution (et que le maître de l'ouvrage a donc entendu résoudre, à tort), alors qu'il résulte des constatations faites par les arrêts que l'entrepreneur avait démontré, de manière convaincante, ce que le cour confirmera, que les manquements allégués ne sont pas établis.

Certes, il y préside essentiellement une appréciation en fait, et il peut paraître vain de critiquer des appréciations factuelles dans le cadre d'une contribution telle que la nôtre. Il nous semble néanmoins que la juridiction qui considère que l'entrepreneur ne s'est rendu coupable d'aucun manquement grave, devrait prendre la voie offerte par l'article 1794 du Code civil puisque le maître de l'ouvrage a le droit, même sans faute de l'autre partie, de mettre fin au contrat d'entreprise (et que l'article 1794 du Code civil n'exclut pas que l'on puisse invoquer même en cas de manquement de l'autre partie, par exemple parce que ce manquement ne permet pas de poursuivre la résolution). En effet, l'on ne voit pas en quoi l'expression d'un grief ne pourrait pas simplement témoigner de la perte de confiance qui peut justifier qu'un maître d'ouvrage résilie unilatéralement.

(136) B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, pp. 760-761.

Mais il est encore davantage problématique selon nous d'accepter le raisonnement qui revient à permettre au juge de qualifier incorrectement la base légale de la rupture, pour ensuite le reprocher à l'auteur de la rupture, alors même que ce dernier a la faculté de rompre le contrat sans être fautif (la juridiction saisie vérifiant si le maître de l'ouvrage « a ou non commis une faute en rompant unilatéralement le contrat », alors qu'il n'est pas contesté qu'il y a droit, sur la base de l'article 1794 du Code civil).

90. Conclusion intermédiaire. En l'absence de manquement grave, nous pensons qu'il y a lieu, d'abord, d'identifier l'auteur de la dissolution. S'il s'agit du maître de l'ouvrage, il doit nécessairement avoir agi sur la base de l'article 1794 du Code civil, sauf s'il invoque explicitement le manquement grave de l'entrepreneur (à tort, par hypothèse). Il doit alors être condamné, selon le cas, soit au paiement de l'indemnité visée à l'article 1794 du Code civil, soit à la réparation intégrale du dommage, suite à la résolution fautive. S'il s'agit de l'entrepreneur, il ne peut s'agir, dans son chef, que d'une résolution fautive, qui l'oblige à réparer la totalité du dommage subit par le maître de l'ouvrage.

c) Clause pénale versus clause de dédit

i. Qualification des clauses

91. Double importance. La qualification de la clause prévoyant une indemnisation automatique (généralement soit au titre de clause pénale, soit au titre de clause de dédit) revêt une double importance : d'une part, elle conditionne le champ d'application de la clause, en fonction du fait générateur (manquement ou résiliation unilatérale) et, d'autre part, elle conditionne le régime auquel la clause est soumise (réduction ou annulation).

92. Critère de distinction. Le critère de la distinction réside dans l'exigence ou non d'une inexécution fautive, la clause de dédit n'ayant pas pour objet de prévoir la contrepartie due en cas d'inexécution de l'obligation⁽¹³⁷⁾. Ainsi, la Cour de cassation⁽¹³⁸⁾ refuse-t-elle d'étendre à la clause qui se limite à préciser le montant de l'indemnité due en vertu de l'article 1794 du Code civil, la qualification de clause pénale, soit la clause qui fixe forfaitairement la sanction d'une inexécution fautive⁽¹³⁹⁾.

(137) A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 131.

(138) Cass., 30 mars 2001, *Pas.*, 2001, p. 560, cité par B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 750.

(139) A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, pp. 470 et s.

La Cour de cassation précise encore que l'on ne peut assimiler la contrepartie du droit de résiliation unilatéral (i.e. la somme due en application de la clause de dédit) et la réparation du dommage due par le débiteur en cas d'inexécution de son obligation (i.e. la somme due en application d'une clause pénale). La Cour considère que n'est pas une clause pénale (dont l'objet est l'indemnisation forfaitaire du dommage pouvant résulter d'une inexécution) la stipulation d'une somme d'argent qui constitue la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale(140).

93. Jurisprudence. Ont rejeté la qualification de clause de dédit les décisions suivantes :

- Après avoir constaté la faute d'une partie au contrat, le juge s'attelle à qualifier la clause reprise dans les conditions générales de l'entrepreneur. Il en vient à retenir la qualification de clause pénale, dès lors qu'elle maintient la possibilité pour l'entrepreneur de demander l'exécution forcée en cas de renonciation unilatérale par le maître de l'ouvrage, ce que ne ferait pas une clause de dédit(141).
- La cour d'appel de Liège a considéré, réformant en cela le jugement de l'appel duquel elle était saisie, que n'était pas une clause de dédit la clause qui stipule que toute annulation ou résiliation de la commande par le client donne droit à l'entrepreneur à une indemnité de 30 % du prix convenu, qui couvre la perte subie et le manque à gagner et que l'entrepreneur « se réserve le droit d'exiger, au lieu de l'indemnité, l'exécution forcée de la convention [...] ». Dès lors qu'une telle clause permet d'exiger l'exécution forcée, elle doit être qualifiée de clause pénale et pas de clause de dédit, laquelle « constitue la contrepartie du droit reconnu au maître de l'ouvrage de mettre anticipativement fin à la convention » sans que l'entrepreneur ne puisse poursuivre l'exécution forcée du contrat(142).
- Confrontée à une demande de dédommagement suite à la résiliation unilatérale d'un contrat d'entreprise, sur la base d'une clause qui disposait que « si le maître se charge lui-même ou un tiers, de l'exécution de ces travaux, il s'engage à indemniser (l'entrepreneur) à concurrence de 30 % du montant des travaux que celui-ci n'a pas », la cour d'appel de Liège a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une clause de dédit dès lors que, suite à la résiliation, les travaux

(140) Cass., 29 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 476.

(141) Liège, 25 février 2013, *R.G.D.C.*, 2014/4, p. 184.

(142) Liège, 29 janvier 2015, n° 2014/RG/410, disponible sur www.juridat.be.

n'avaient pas été réalisés (ni par le maître de l'ouvrage, ni par un tiers)(143).

94. Appréciation. L'on soulignera que la clarté des principes n'empêche pas la confusion des genres, ou à tout le moins les raccourcis. Ainsi, dans un litige où la juridiction saisie avait conclu que le maître de l'ouvrage « a commis une faute engageant sa responsabilité en considérant unilatéralement le contrat comme résolu », l'on pouvait s'attendre à ce que le maître de l'ouvrage soit condamné à indemniser la totalité de dommage, sans cependant être débiteur de l'indemnité visée à l'article 1794 du Code civil. Au titre de la réparation du dommage relatif au manque à gagner (que l'architecte réclame au titre d'indemnité pour résiliation fautive), l'arrêt rappelle que l'architecte évalue son dommage sur la base de la clause de dédit reprise à la convention et « la Cour estime ce taux excessif et qu'un pourcentage (réduit) est plus adéquat »(144). Cette décision nous semble critiquable, dès lors qu'elle permet le recours à une clause de dédit pour réparer le dommage qui résulte de l'inexécution fautive du contrat, tout en lui appliquant le régime de la clause pénale.

Dans un autre cas, où le maître de l'ouvrage avait postulé, sans succès, la résolution aux torts de l'entrepreneur, et où celui-ci avait par contre obtenu la résolution aux torts du maître de l'ouvrage, la Cour a fait usage d'une clause de dédit (« si le maître de l'ouvrage exécute lui-même les travaux prévus, les annule ou en charge un tiers, il s'engage à indemniser l'entrepreneur de tous ses frais, de tous ses travaux ainsi que du manque à gagner évalué à 10 % du montant des travaux enlevés ») pour offrir une « indemnité de résolution » à l'entrepreneur, dont on comprend qu'elle est destinée à indemniser le *lucrum cessant*(145). Ce raisonnement est surprenant, dans la mesure où il revient à utiliser une clause de dédit pour valoriser le dommage résultant de la résolution du contrat.

ii. *Caractère excessif de la clause de dédit*

95. Réductibilité de la clause. Une discussion intéressante porte sur la réductibilité de la clause de dédit, à l'instar de ce qui se fait pour la clause pénale.

(143) Liège, 24 avril 2014, n° 2013/RG/624, disponible www.juridat.be. Il nous semble que, ce faisant, la cour sanctionne durement la rédaction maladroite de cette clause qui ressemble à s'y méprendre à une clause de dédit.

(144) Liège, 3 avril 2014, n° 2013/RG/47, disponible sur, www.juridat.be.

(145) Bruxelles, 4 novembre 2016, n° 2013/AR/823, disponible sur www.juridat.be.

96. Jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour de cassation (146) refuse de soumettre la clause de dédit au régime visé à l'article 1231 du Code civil ; *a contrario*, le caractère excessif de la clause de dédit n'entraîne pas sa réduction par le juge, mais bien son annulation, pour cause de contrariété à l'ordre public (147). Il n'appartient pas au juge, dans le cas de la clause de dédit, d'apprécier le rapport entre le montant convenu et le dommage susceptible d'être causé par l'inexécution (et éventuellement de réduire ce montant) (148).

Dans la période sous revue, la Cour de cassation a considéré dans un arrêt prononcé le 11 septembre 2015 que l'on ne pouvait réduire la clause de dédit en raison de la faute de l'entrepreneur, en jugeant, à propos d'une clause de dédit, « que cette clause, qui est “une modalité de l'article 1794 du Code civil”, ne s'analyse pas en “une clause pénale mais [en] une stipulation conventionnelle d'une somme d'argent qui constitue la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale” et ne laisse pas au juge un pouvoir d'appréciation [...] », et que le jugement entrepris n'a pu valablement réduire l'indemnité de résiliation jusqu'à concurrence de la moitié au motif que (l'entrepreneur) « ne peut prétendre à l'intégralité de la réparation de son dommage » en raison d'une « faute [en] commune au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur » (149).

97. Mise en œuvre par les cours et tribunaux. Notons tout d'abord que cette approche ne fait pas l'objet d'une mise en œuvre systématique par les juridictions du fond. Ainsi, après avoir constaté que le maître de l'ouvrage avait résilié un contrat d'entreprise en application de l'article 1794 du Code civil, il est jugé (150) que la clause relative à l'indemnisation de l'entrepreneur, doit être écartée, au regard de l'article 7 de la loi du 2 août 2002, en ce qu'elle interdit notamment certaines clauses qui ont pour effet de limiter les droits du client en cas de non-exécution ou d'exécution défectueuse, ou encore d'imposer au client qui n'exécute pas ses obligations, une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé. L'on note que ces interdictions sont relatives à des clauses qui concernent manifestement les sanctions de l'inexécution des obligations, alors que l'hypothèse de la clause de dédit est toute autre. Ce qui n'empêche pas la Cour, au terme de son appréciation, de considérer que « la clause est

(146) Cass., 30 mars 2001, *Pas.*, 2001, p. 560, cité par B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 750.

(147) A. DELVAUX et al., *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, op. cit., pp. 470 et s.

(148) Cass., 29 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 476.

(149) Cass. (1^{re} ch. F.), 11 septembre 2015, R.G. n° C.14.0278.F., *Lar. Cass.*, 2016/4, p. 84.

(150) Liège, 3 février 2015, *J.T.*, 2015, pp. 447 et s.

abusive ; ce montant est tout à fait disproportionné et crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties », avant de considérer que le montant de (...) EUR, évalué *ex aequo et bono*, réparera adéquatement le manque à gagner subi par l'architecte.

98. Appréciation. Ensuite, cette jurisprudence de la Cour de cassation nous semble pouvoir être critiquée. Ainsi certains ont objecté au nom de l'ordre public, que rebuterait la possibilité pour le créancier d'être plus intéressé par l'inexécution du contrat que par son exécution normale⁽¹⁵¹⁾. Cet ordre de justification nous semble incertain dès lors que tel est le choix du législateur, d'octroyer à l'entrepreneur confronté à la faculté de résiliation unilatérale la totalité de son bénéfice, ce qui est constitutif d'une situation favorable dès lors qu'il percevra le bénéfice de son entreprise sans avoir pris aucun des risques y associés.

L'on n'est pas davantage convaincu par le raisonnement qui consiste à considérer que la clause de dédit qui prévoirait un montant excessif eu égard aux postes visés à l'article 1794 du Code civil, devrait nécessairement être requalifiée de clause pénale « révélant que l'intention des parties était d'emblée de considérer que l'usage de la faculté de résiliation unilatérale serait fautif et que le maître de l'ouvrage devrait être sanctionné »⁽¹⁵²⁾. En effet, s'il nous semble admissible d'exclure contractuellement une disposition légale supplétive, il nous semble par contre incongru de considérer comme fautif l'exercice d'un droit d'origine légale, dont on n'a pas écarté l'application.

En réalité, il nous faut distinguer la motivation retenue par la Cour de cassation, de sa décision. En ce qui concerne les motifs, c'est le postulat même à la base de la distinction entre les deux types de clauses qui semble critiquable, à savoir qu'« une clause de dédit ne sanctionne pas l'inexécution d'une obligation contractuelle mais a pour objet de préciser la contrepartie du droit de rupture anticipée [...]. Cette clause de dédit n'a donc pas de caractère exclusivement indemnitaire, il n'appartient pas au juge d'apprécier le rapport entre l'indemnité qu'elle prévoit et le dommage susceptible d'être la conséquence de la résiliation unilatérale »⁽¹⁵³⁾.

(151) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exercer le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent ? », note sous Cass., 22 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 112 et s.

(152) M. CLAVIE et I. DURANT, « Des zones d'ombre déjà anciennes aux interrogations nouvelles ou quelques questions relatives à l'article 1794 du Code civil », *op. cit.*, n° 25.

(153) A. DELVAUX et al., *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 132.

L'on n'aperçoit pas en quoi le caractère exclusivement indemnitaire permettrait de justifier la différence de traitement entre les deux types de clauses. En effet, il nous semble que les deux types de clauses sont essentiellement similaires, dans la mesure où elles ont une nature essentiellement indemnitaire (la clause pénale dépourvue de ce caractère devant être réduite jusqu'au point où elle le retrouve ; la clause de dédit ayant essentiellement pour effet d'être une valorisation conventionnelle du dédommagement dû en application de l'article 1794 du Code civil). Le fait même que les parties puissent moduler l'indemnisation due en application de l'article 1794 du Code civil n'entraîne pas une modification de la nature, indemnitaire, du dédommagement payé. Pour le dire autrement encore, l'indemnité prévue dans une clause de dédit n'est pas la contrepartie d'un droit, d'origine légale (art. 1794 C. civ.). Le droit à l'indemnité aussi est d'origine légale, de sorte que le seul objet de la clause de dédit est, par hypothèse, de fixer le montant du dédommagement⁽¹⁵⁴⁾.

Il nous semble donc que les deux types de clauses visent à réparer un dommage, en déterminant le quantum conventionnellement. La nature de chacune de ces clauses serait, dans cette mesure, essentiellement indemnitaire, la différence résidant davantage dans le fait générateur de l'obligation d'indemniser, à savoir la faute d'un côté (dédommageant la victime de l'inexécution fautive d'une obligation, sans avoir de caractère comminatoire), l'exercice d'un droit de l'autre (dédommageant la victime de l'inexécution non fautive de l'obligation). La nature essentiellement indemnitaire de la clause de dédit n'est pas affectée par la cause – non fautive – du dommage.

L'originalité de l'article 1794 du Code civil consiste davantage dans le fait de priver l'entrepreneur de la possibilité de demander l'exécution forcée, ce qui ne prive pas davantage le dédommagement visé à l'article 1794 du Code civil de son caractère essentiellement indemnitaire.

Sur le fond de la décision de la Cour de cassation, par contre, il semble effectivement que le régime visé aux articles 1226 et suivants du Code civil (en particulier art. 1231 C. civ.), concerne exclusivement les clauses pénales, à l'exclusion des clauses de dédit, encore que l'on lise dans ces dispositions que les clauses pouvant être réduites par le juge tendent à « réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention », sans qu'il y soit précisé si ce dommage doit résulter de l'inexécution fautive ou

(154) M. CLAVIE et I. DURANT, « Des zones d'ombre déjà anciennes aux interrogations nouvelles ou quelques questions relatives à l'article 1794 du Code civil », *op. cit.*, n° 34.

peut aussi résulter d'une inexécution non fautive. Ce débat nous semble inutile, au regard de la créativité des juridictions du fond, soutenues dans cet effort par la meilleure doctrine⁽¹⁵⁵⁾.

99. Jurisprudence. Ainsi, par une décision du 3 mars 2016, le tribunal de première instance du Hainaut a fait une application audacieuse de la jurisprudence de la Cour de cassation, la confirmant pour l'essentiel (en refusant de qualifier de clause pénale la clause qui fixe une indemnité forfaitaire en cas de résiliation unilatérale, et en faisant obstacle à la possibilité pour le juge de la modérer en application de l'article du 1231 du Code civil) et en ayant recours à la théorie de l'abus de droit et à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, pour la réduire. Ainsi, après avoir considéré que le montant de l'indemnité de dédit « excède manifestement les inconvénients subis par (l'entrepreneur) », qu'eu égard aux circonstances de fait décrites, « le montant postulé par (l'entrepreneur), à titre de dédommagement, est excessif » et « qu'en application de la théorie de l'abus de droit et de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, il convient de réduire celui-ci à la somme de [...] ». ⁽¹⁵⁶⁾ Il est plus surprenant que la cour d'appel de Liège se livre à un raisonnement identique, à propos d'une clause qu'elle venait de qualifier de clause pénale, réduite sur la base de l'exécution de bonne foi des conventions et non en application des dispositions spécifiques du Code civil consacrant le rôle modérateur du juge⁽¹⁵⁷⁾.

d) L'application aux professions libérales

100. Rappel. Selon la Cour de cassation, le caractère libéral de certaines professions exercées dans le contexte d'un contrat d'entreprise (architecte par exemple), ne fait pas obstacle au paiement des indemnités dues en application de l'article 1794 du Code civil, dans le cas d'une résolution unilatérale par le client ; il en va autrement pour d'autres professions, telles que les médecins et les avocats, où la rupture *ad nutum* (et, surtout, sans indemnité) doit prévaloir en raison, semble-t-il, des rapports de confiance qui en sont consubstantiels⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibid.*, n° 35.

⁽¹⁵⁶⁾ Trib. 1^{re} inst. Hainaut (div. Charleroi), 3 mars 2016, *R.D.C.*, 2016/7, p. 685. Voy. également Bruxelles (7^e ch.), 14 janvier 2014, *J.T.*, 2014, p. 269.

⁽¹⁵⁷⁾ Liège, 29 janvier 2015, n° 2014/RG/410, disponible sur www.juridat.be.

⁽¹⁵⁸⁾ A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, pp. 464-465. Voy. également, sur cette controverse, B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, pp. 731-735.

101. Cour de cassation. C'est à tout le moins ce que la Cour de cassation considérait, en cassant une décision de la cour d'appel de Liège, qui avait qualifié le contrat-cadre entre un avocat et son client (l'État belge en l'occurrence) de contrat d'entreprise conclu avec un terme précis, et avait accueilli la demande d'indemnisation fondée sur l'article 1794 du Code civil (159). Par son arrêt du 17 février 2011, la Cour de cassation a donc cassé cette décision en s'appuyant sur la relation de confiance unissant l'avocat et son client, et sur les droits de la défense (160).

102. Jurisprudence. Est entre-temps intervenu l'arrêt sur renvoi, prononcé le 23 novembre 2016 par la cour d'appel de Mons, qui a pris à contre-pied tant la cour d'appel de Liège que la Cour de cassation en considérant que le contrat d'entreprise dont question était un contrat à durée indéterminée, de sorte que l'article 1794 du Code civil n'est pas applicable et que le maître d'ouvrage pouvait y mettre fin à tout moment, sans délai de préavis et sans indemnité (en considération du nécessaire lien de confiance entre l'avocat et son client et de la liberté de choix de l'avocat) (161). Notons que la Cour s'abstient de procéder clairement à la qualification du contrat (entreprise versus mandat).

103. Appréciation. Cette décision coupe court au débat, en faisant sortir le contrat concerné du champ d'application de l'article 1794 du Code civil. Il n'en reste pas moins que les arguments persistent, à l'heure où les avocats sont devenus, légalement, des entreprises, au soutien de la thèse selon laquelle, lorsqu'ils sont engagés dans les liens d'un contrat qui entre dans le champ d'application de l'article 1794 du Code civil, rien ne permet de considérer en principe que le client puisse mettre un terme au contrat sans devoir s'astreindre au paiement de l'indemnité de résiliation.

e) Faute relative à la réalisation d'une condition suspensive

104. Jurisprudence. Saisie d'un litige relatif à un contrat d'entreprise affecté d'une double condition suspensive (l'octroi d'un financement et d'une autorisation urbanistique), la cour d'appel de Liège a rejeté la demande de dédommagement de l'entrepreneur fondée sur l'article 1794 du

(159) Liège, 27 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 977, note J. WILDEMEERSCH, « La rupture du contrat avec son avocat a-t-elle un coût ? Réflexions entre souci de rentabilité et respect de la déontologie », cité par A. DELVAUX *et al.*, *Le contrat d'entreprise – Chronique de jurisprudence 2001-2011*, *op. cit.*, p. 467.

(160) Cass., 17 février 2011, *J.T.*, 2011, p. 633, note Fr. GLANSDORFF, cité par B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 732.

(161) Mons, 23 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017/41, pp. 1948 et s.

Code civil, après avoir constaté que le maître de l'ouvrage n'a pas commis de faute dans la demande de permis (grief qui était allégué par l'entrepreneur, qui lui reprochait d'avoir tardé et de ne pas avoir accompli toutes les démarches nécessaires). En conséquence, la condition étant défaillie, la convention cesse d'exister, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'octroyer à l'entrepreneur le paiement de l'indemnité contractuelle de dédit (le contrat ne pouvant sortir ses effets)(162).

105. Appréciation. L'on soulignera la différence entre l'attitude de l'entrepreneur avant la procédure (qui semblait déduire du comportement du maître de l'ouvrage son intention de renoncer à l'entreprise et qui, par conséquent, invoquait la résiliation unilatérale par le maître de l'ouvrage en application de l'article 1794 du Code civil – et donc se prévaloir d'une clause de dédit), de son attitude procédurale (qui revient à invoquer la faute contractuelle du maître de l'ouvrage et considérer la même clause comme une clause pénale).

Dans un autre litige portant sur des faits similaires, la même cour a par contre jugé que le maître de l'ouvrage n'a exécuté de bonne foi les obligations qui lui incombait alors que la condition était pendante, de sorte que le contrat est caduc mais que le maître de l'ouvrage, qui a commis une faute, peut être condamné à des dommages et intérêts(163).

f) Sous-traitance

106. Résiliation du contrat d'entreprise principal. Il a été rappelé ci-dessus que l'entrepreneur, lié par un contrat d'entreprise à son sous-traitant, peut également faire usage de la faculté de résiliation anticipée visée à l'article 1794 du Code civil. Se pose la question de savoir si la résiliation du contrat d'entreprise principal peut constituer un cas de force majeure justifiant la rupture du contrat de sous-traitance, sans indemnité.

107. Force majeure. Certes, il semble évident que l'on doit écarter l'application de l'article 1794 du Code civil, dans la mesure où il donne droit à une indemnisation à payer à l'entrepreneur, dans le cas où la rupture unilatérale résulte d'un cas de force majeure (pour autant que les conditions d'application soient réunies, ce qui fait généralement l'objet d'une appréciation stricte en droit belge).

(162) Liège, 1^{er} octobre 2015, n° 2014/RG/1064, disponible sur www.juridat.be.

(163) Liège, 25 février 2013, *R.G.D.C.*, 2014/4, p. 184.

108. Cause d'exonération. Il semble généralement acquis que l'inexécution du contrat d'entreprise principal, ou sa résiliation unilatérale, par le maître de l'ouvrage ne constitue pas une cause d'exonération dont pourrait se prévaloir l'entrepreneur à l'égard du sous-traitant, qui devra donc à son tour résilier en application de l'article 1794 du Code civil (164).

109. Jurisprudence. Néanmoins, par un arrêt du 21 juin 2013, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que « la rupture fautive, par le maître de l'ouvrage, de ses relations contractuelles avec l'entrepreneur principal a entraîné pour celui-ci la perte de tout intérêt à poursuivre le projet avec son sous-traitant. C'est indépendamment de leur volonté que l'exécution du contrat n'a pu être poursuivie. Le brusque changement d'attitude du maître de l'ouvrage était imprévisible pour l'entrepreneur. Dans les circonstances de l'espèce, l'article 1794 du Code civil ne peut dès lors trouver à s'appliquer » (165). Nous croyons pouvoir déduire de cet arrêt que la cour a considéré que le contrat de sous-traitance était affecté d'un événement de force majeure et que celui-ci faisait obstacle à l'application de l'article 1794 du Code civil.

110. Appréciation. L'on ne peut souscrire à cette décision, contraire à la thèse majoritaire, qui a pour effet de permettre à l'entrepreneur d'être intégralement dédommagé par le maître de l'ouvrage, du fait de la rupture fautive, là où le sous-traitant ne bénéficiera pas d'une indemnisation, le contrat de sous-traitance ayant pris fin en raison d'un cas de force majeure.

SECTION 4.

CONTRAT D'ENTREPRISE ET ACTION DIRECTE

111. Base légale. Une autre spécificité dont le champ d'application est limité au contrat d'entreprise, est celle prévue à l'article 1798 du Code civil, duquel il résulte que :

« Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de

(164) B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, pp. 757-758.

(165) L'on cite ici le sommaire publié de Bruxelles, 21 juin 2013, 2010/AR/2623, disponible sur www.juridat.be.

ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée.

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier.

En cas de désaccord entre le sous-traitant et l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage peut consigner les sommes dues à la Caisse des dépôts et consignations ou sur un compte bloqué au nom de l'entrepreneur et du sous-traitant auprès d'un établissement financier. Le maître de l'ouvrage y est tenu si l'entrepreneur principal ou le sous-traitant l'y invite par écrit. »

112. Titulaire de l'action directe – notion. L'article 1798 du Code civil offre au sous-traitant une action directe contre le débiteur (le maître de l'ouvrage) de son débiteur (l'entrepreneur). Le maître de l'ouvrage ne dispose pas, quant à lui, d'une action contractuelle contre le sous-traitant, ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Liège, saisie d'une telle demande par un maître d'ouvrage (166).

113. Application au cas d'espèce. L'enjeu du litige résidait dans la qualification du contrat par lequel un fournisseur de matériaux (des châssis en l'espèce) fournit un entrepreneur, relativement à un chantier commandé par le maître de l'ouvrage. S'il qualifie ledit contrat de contrat de vente, le juge devra examiner « le recours direct du maître de l'ouvrage contre le fournisseur de matériaux de son entrepreneur, ou contre le fournisseur du sous-traitant. L'action ne peut se fonder dans ce cas que sur le régime de la garantie des vices dans la vente [...] ». En effet, le bénéfice de cette garantie, accessoire du bien vendu, est passé au maître de l'ouvrage par l'effet de la vente, lequel peut donc mettre en cause la responsabilité du fournisseur. Si le juge qualifie le contrat de contrat d'entreprise, comme dans le cas d'espèce (167), le maître de l'ouvrage ne pourra pas invoquer le bénéfice de ladite garantie, dès lors que « les articles 1641 et suivants du Code civil ne s'appliquent pas au rapport entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur ou encore entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant [...] ». Il n'existe pas, pour le surplus, « d'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. Le sous-traitant ne peut voir sa responsabilité contractuelle engagée à l'égard du maître de l'ouvrage ».

(166) Liège, 29 janvier 2015, n° 2013/RG/1237, disponible sur www.juridat.be.

(167) Sur la base des motifs suivants, après avoir apprécié les faits de la cause : « Il s'en déduit que le contrat litigieux portait non sur des choses déterminées d'avance par le fabricant de châssis, tels que des matériaux standards qu'il suffisait de livrer, mais davantage sur un travail spécifique que le client demandait. Ce contrat doit dès lors bien être qualifié de contrat d'entreprise et non de contrat de vente de sorte que l'action (du maître de l'ouvrage) contre le sous-traitant [...] ne trouve aucune base juridique et doit être déclarée non fondée ».

114. Responsabilité civile extracontractuelle. Il est par contre admis que la responsabilité du sous-traitant puisse être engagée sur le plan extracontractuel, « pour autant que la faute imputée au sous-traitant constitue, simultanément et indépendamment du contrat, une violation de l'obligation de précaution qui s'impose à tous [...], et que le préjudice soit différent de celui qui résulte de l'inexécution contractuelle [...] » (168). L'on admet encore que ces conditions d'application strictes ont pour effet de laisser le maître de l'ouvrage désemparé dans ses rapports judiciaires avec le sous-traitant.

115. Application au cas d'espèce. C'est ce qu'a dû juger la cour d'appel de Mons (169), en application des principes rappelés ci-dessus, après avoir constaté la faute quasi-délictuelle du sous-traitant ayant causé un dommage au maître de l'ouvrage, en rejetant la demande de réparation au motif qu'« il est exigé de façon cumulative, que le maître de l'ouvrage démontre : – que la faute extracontractuelle constitue une violation d'une obligation qui s'impose à tous – que le dommage doit être distinct de celui qui résulterait de la mauvaise exécution des obligations contractuelles » [...] ; le dommage (du maître de l'ouvrage) concerne exclusivement l'objet (de l'entreprise) ; le dommage pouvant être réclamé au sous-traitant [...] étant identique à celui pouvant être réclamé, sur le plan contractuel, à l'entrepreneur principal [...], pour la faute commise par ledit sous-traitant, c'est ce recours contractuel qui doit primer » (170).

116. L'action directe profite à toute la chaîne de sous-traitance – rappel de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Il est désormais admis que l'action directe profite à toute la chaîne de sous-traitance, chaque fois contre le débiteur du débiteur du sous-traitant concerné. Rappelons d'ailleurs que cette interprétation (minoritaire jusqu'alors) a été consacrée par la Cour constitutionnelle, en son arrêt du 2 février 2012 (171).

117. Application au cas d'espèce – recours du sous-traitant au troisième degré contre le maître de l'ouvrage. Ceci implique qu'un sous-traitant au troisième degré ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage, ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Liège, faisant écho à l'arrêt de la Cour constitutionnelle selon lequel « lorsqu'il prévoit un mécanisme d'action directe, le législateur confère à une personne qui

(168) Liège, 29 janvier 2015, n° 2013/RG/1237, disponible sur www.juridat.be.

(169) Mons (2^e ch.), 28 février 2017, n° 2013/RG/395 et 2013/RG/1020, disponible sur www.juridat.be.

(170) *Ibid.*

(171) C. const., 2 février 2012, n° 12/2012, *N.J.W.*, 2012/11, n° 264, pp. 419-420.

est tierce au contrat, un droit propre et personnel qu'elle puise dans ce contrat et qu'elle exerce à l'encontre du débiteur de son débiteur ». Et la cour d'embrayer que « l'action directe prévue à l'article 1798 du Code civil ne déroge pas à ce principe. [...] tout sous-traitant, indépendamment de son degré dans la chaîne de sous-traitance, dispose d'une action directe contre le débiteur de son débiteur et non contre le maître de l'ouvrage qui n'aurait pas cette qualité » (172).

118. Assiette de l'action directe – notion. La cour d'appel de Bruxelles a rappelé les principes permettant de déterminer l'assiette de l'action directe, à savoir que « le sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage qu'à raison des créances se rapportant à des travaux relatifs au projet confié par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant [...]. Elles doivent être certaines et exigibles, mais pas nécessairement liquides quant à leur montant [...]. Par ailleurs, l'action du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage ne peut conduire à la condamnation de ce dernier qu'à concurrence des sommes que l'entrepreneur principal est en droit de lui réclamer au moment où l'action directe est intentée [...] » (173).

119. Application au cas d'espèce. La cour considère, au titre des créances se rapportant aux travaux relatifs au projet confié à l'entrepreneur et puis par celui-ci au sous-traitant, autant le *damnum emergens* que le *lucrum cessans*, mais encore l'atteinte à l'image de marque (« atteinte (au) crédit (de l'entrepreneur), ses collaborateurs et sous-traitants n'ayant pas pu être payés à temps, ainsi qu'à leur image de marque, ayant perdu la commande pour un événement prestigieux »). La totalité de cette indemnisation constitue l'assiette de l'action directe.

120. Opposabilité des exceptions - rappel du principe. L'on sait que le maître de l'ouvrage contre lequel une action directe est intentée peut, en principe, opposer au sous-traitant, toutes les exceptions dont il dispose (à l'égard de l'entrepreneur) au moment de l'introduction de l'action directe.

121. Deux arrêts de la Cour de cassation – enjeu des litiges. Deux arrêts de la Cour de cassation sont intervenus coup sur coup, traitant de la compensation des dettes entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur et de l'opposabilité de ladite compensation au sous-traitant exerçant l'action

(172) Liège, 13 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014/34, p. 1613.

(173) Bruxelles, 21 juin 2013, n° 2010/AR/2622, disponible sur www.juridat.be.

directe. Les faits de la cause nous semblent pouvoir être résumés comme il suit. En application d'un contrat d'entreprise, un entrepreneur effectue des travaux pour le compte d'un maître de l'ouvrage, dont une partie en sous-traitance. Les sous-traitants intentent l'action directe dans un premier temps ; postérieurement à l'intentement de cette action, l'entrepreneur fait faillite. Après la faillite, le maître d'ouvrage, faisant usage de mesures d'office, inflige des pénalités à son entrepreneur, qu'il compense avec le solde du prix du marché. Suite à cette compensation, le maître de l'ouvrage n'est plus redevable d'aucun solde de prix vis-à-vis de l'entrepreneur, ce qui réduit d'autant l'assiette de l'action directe. Le maître de l'ouvrage estime pouvoir opposer l'exception de compensation au sous-traitant, qui considère que cette exception est postérieure à l'intentement de l'action directe (et donc inopposable).

122. Opposabilité de la compensation après faillite. La Cour de cassation considère que, par les motifs selon lesquels « l'exception d'inexécution et le droit à la compensation avec la créance qui résulte du manquement sont présumés relever de la nature du contrat synallagmatique, de sorte qu'ils existent avant le manquement et avant l'exercice de l'action directe, et que la circonstance qu'il n'y avait pas de retard avant la faillite et que celui-ci résulte de la faillite est sans intérêt », la cour d'appel justifie légalement la décision selon laquelle « les actions directes (des sous-traitants) sont non fondées dès lors que (le maître de l'ouvrage) n'est plus redevable du solde vis-à-vis de l'entrepreneur principal » (174). À défaut, le maître de l'ouvrage aurait dû faire droit aux demandes fondées sur l'action directe et se serait, par contre, vu dans l'impossibilité d'obtenir de son cocontractant failli le montant des pénalités dues en raison du manquement contractuel.

123. Jurisprudence contraire de la cour d'appel. La Cour de cassation s'est encore prononcée, dans des circonstances de fait essentiellement similaires, encore que l'une des parties à la cause était la caution solidaire de l'entrepreneur, et non l'entrepreneur lui-même. S'abstenant en cela de suivre la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge d'appel avait considéré que, eu égard au montant des actions directes, il n'y avait pas lieu à compensation, et, en conséquence, que le maître de l'ouvrage avait droit au montant total du cautionnement. Ce faisant, le juge d'appel faisant entrer des liquidités supplémentaires dans le circuit, au détriment de la caution (vu la faillite de l'entrepreneur), demanderesse en cassation.

(174) Cass., 15 mai 2014, R.G. n° C.13.0552.N., *Lar. Cass.*, 2014/10, p. 231.

En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge d'appel aurait dû considérer que, les dettes entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur étant compensées, il n'y avait plus lieu d'activer la caution.

124. Cassation. La Cour de cassation casse la décision attaquée au motif que « le maître de l'ouvrage contre lequel une action directe est intentée peut, en principe, opposer au sous-traitant toutes les exceptions dont il dispose au moment de l'introduction de l'action directe. Relève de ces exceptions, le droit à la compensation avec une créance, telle, en l'espèce, la demande de dommages et intérêts pour inexécution, qui est fondée sur l'interdépendance des obligations réciproques des parties, cette exception relevant de l'essence même du contrat synallagmatique, de sorte qu'elle existe avant le manquement même et avant l'exercice de l'action directe » (175). Cette décision a pour effet que les dettes entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur sont compensées, de sorte que la caution ne peut être activée, mais surtout, que l'assiette de l'action directe est réduite à due concurrence.

125. Réflexions autour de la notion de compensation. En creux, se pose la question de savoir le moment de la naissance de l'exception de compensation. Traditionnellement, deux thèses s'opposent : d'une part, l'on peut considérer que l'exception existe au moment où les conditions de la compensation sont réunies. D'autre part, l'on peut considérer que l'exception existe dès la naissance des dettes connexes, même si les conditions de la compensation ne sont réunies que postérieurement. Cette deuxième thèse a été consacrée par la Cour de cassation, dans son arrêt du 4 février 2011 en matière de compensation dans le cadre d'une faillite. Chacune de ces interprétations exclut la compensation avec une dette, fut-elle connexe, née après la faillite, comme dans nos cas d'espèce. Quelle que soit donc l'interprétation finalement retenue, il est certain que, dans les deux cas examinés ci-dessus, la compensation intervient postérieurement à l'exercice de l'action directe. Ceci avait amené le juge d'appel, dans le second cas examiné ci-dessus, à exclure l'antériorité de l'exception par rapport à l'exercice de l'action directe.

126. Appréciation. Ce qui précède oblige par conséquent la Cour de cassation, dans son œuvre de censure, à opérer un détour surprenant par l'exception d'inexécution (176), dès lors qu'il est admis que les exceptions

(175) Cass., 27 février 2015, *Pas.*, 2015/2, p. 516, n° 145.

(176) Dans le premier cas. Dans le second cas, elle opère le détour par « la demande de dommages et intérêts pour inexécution, qui est fondée sur l'interdépendance des obligations réciproques des parties ».

relevant de l'essence même du contrat synallagmatique – telles que l'exception d'inexécution – existent avant le manquement même et avant l'exercice de l'action directe. Le détour du raisonnement par l'exception d'inexécution n'est pas approprié dès lors qu'il ne semble pas, sur la base des éléments de faits relatés dans l'arrêt, qu'une des parties se soit prévalu de l'exception d'inexécution. Il n'est pas davantage pertinent, fondamentalement, de lier la compensation au caractère synallagmatique du contrat. En effet, ce raisonnement permet de ranger l'exception de compensation au rang des exceptions relevant de l'essence même du contrat synallagmatique, au seul motif – fortuit – de la nature des dettes compensées. Enfin, une telle interprétation, conciliante pour le maître de l'ouvrage, est contraire à l'objectif poursuivi par l'article 1798 du Code civil, à savoir la protection du sous-traitant contre la faillite de l'entrepreneur principal.

SECTION 5.

CONTRAT D'ENTREPRISE ET PREUVE

127. Propos introductif. La période sous revue nous permet de faire état d'un ensemble de décisions relatives à la preuve, dont l'originalité n'est pas prégnante, mais qui ont le mérite de constituer un rappel utile du régime de la preuve règlementée appliquée au contrat d'entreprise. À titre préalable il s'agit de rappeler que ces règles s'appliqueront fréquemment à la mise en œuvre par l'entrepreneur dans son œuvre probatoire à l'encontre du maître de l'ouvrage (sauf si celui-ci est une entreprise), étant entendu que la preuve contre les entreprises est libre, en règle, conformément à l'article 1348*bis* du Code civil.

128. Charge de la preuve. Il est fréquemment rappelé, dans les décisions examinées ci-dessous, qu'il appartient à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat d'en rapporter la preuve (art. 1315 C. civ. et 870 C. jud.).

129. Administration de la preuve. Plus rare est le rappel de l'obligation de bonne foi qui préside à l'administration de la preuve et qui contraint chaque partie à y participer, sans préjudice du risque de la preuve. Considérant que les dispositions des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire ne sont pas absolues, et qu'une partie ne peut s'en tenir à une attitude passive au motif qu'elle ne supporte pas le risque de la preuve, il est jugé que la thèse défendue par l'autre partie doit être

accueillie dès lors que la partie taiseuse se comporte d'une manière telle à rendre vraisemblable cette thèse (177).

130. Preuve du contrat – écrit et commencement de preuve par écrit. Après avoir rappelé que la preuve du contrat (et de ses modalités) portant sur un objet excédant 375 EUR doit, en application de l'article 1341 du Code civil, être rapportée par écrit (contre le maître de l'ouvrage qui n'est pas commerçant – lire dorénavant « entreprise »), il a été jugé (178) que ni le devis qui n'est pas signé et accepté par le maître de l'ouvrage, ni la facture immédiatement contestée, ne sont des écrits au sens de cet article. Par contre, un sms envoyé par le maître de l'ouvrage (contre lequel est formulée la demande), dans la mesure où il rend vraisemblable le fait allégué (à savoir l'existence d'un contrat d'entreprise), est bien constitutif d'un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil (soit « tout acte écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qui le représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué ») (179), lequel prévoit, en présence d'un tel commencement de preuve par écrit, que l'article 1341 du Code civil reçoit exception et que sont autorisées les preuves par témoignage et présomption.

Ce commencement de preuve par écrit ayant rendu vraisemblable le fait allégué (ce qui, pour rappel, ne suffit pas à en faire la preuve), la juridiction saisie s'ouvre aux moyens de preuve imparfaits (présomptions et témoignages), au terme de l'analyse desquels elle considère qu'il existe « des présomptions graves, précises et concordantes permettant de considérer qu'un contrat d'entreprise a bien été conclu entre les parties quant aux travaux litigieux ».

131. Preuve du contenu du contrat. Reste encore à faire, en principe, la preuve du contenu, des modalités, dudit contrat. Le juge considère que la demande de paiement de la facture est justifiée dès lors qu'« aucune contestation n'est formulée quant au quantum de la facture ni quant à la qualité des travaux accomplis ». Ce raccourci, qui permet qu'une facture qui ne peut constituer la preuve du contrat, puisse néanmoins, en application des mêmes règles, constituer les preuves des modalités du contrat, nous semble devoir être critiqué. En effet, la partie qui conteste

(177) Bruxelles, 25 mars 2014, *T.B.O.*, 2016, pp. 54 et s.

(178) Liège, 21 mai 2015, *J.T.*, 2016, pp. 128-130.

(179) Voy. aussi Liège, 5 juin 2015, n° 2014/RG/1656, disponible www.juridat.be (aussi un sms) et Liège (3^e ch. A), 14 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2013/30, pp. 1550 et s. (concernant un virement bancaire portant une communication adéquate, en l'espèce qui reprend en communication l'objet de la facture).

la facture, ne peut raisonnablement devoir, en sus, contester le contenu de ladite facture.

Faisant une application des règles évoquées ci-dessus, dans un autre cas d'espèce, il a été considéré que la demande de permis, signée par le maître de l'ouvrage et mentionnant le nom de l'architecte, fait commencement de preuve par écrit de l'existence d'un contrat d'architecture entre ces parties. Sur la base d'autres éléments, la juridiction détermine ensuite que ceci ne permet pas d'établir une mission complète et qu'au contraire, d'autres éléments accréditent la thèse d'une mission limitée (180).

132. Absence de commencement de preuve par écrit. Dans l'hypothèse où un entrepreneur échoue à fournir le moindre commencement de preuve par écrit, la cour d'appel de Bruxelles a fait application de la preuve règlementée dans toute sa rigueur, en considérant, d'une part, qu'il n'était pas autorisé à utiliser d'autres moyens de preuve, tels que les présomptions et témoignages et, d'autre part, qu'il devait succomber dans sa demande de paiement de travaux exécutés en application d'un contrat dont la preuve n'est pas faite (181).

133. Impossibilité morale de se procurer un écrit. Rappelons qu'en application de l'article 1348 du Code civil, fait également échec à la prééminence de l'écrit l'impossibilité morale de s'en procurer un, laquelle ouvre la possibilité d'apporter la preuve par toute voie de droit (présomptions et témoignages compris).

Ainsi, il est admis que les relations entre l'architecte et son client, dans la phase de consultation préalable à la réalisation d'un projet, lors de laquelle ce dernier réalise certaines esquisses et avant-projets, sont en réalité couvertes par un contrat de consultation préalable, dont il appartient à l'architecte de faire la preuve, et sur la base duquel il peut obtenir une rémunération.

Il est néanmoins admis qu'il est « difficilement concevable pour un architecte de soumettre d'emblée au client qui le consulte un contrat de consultation pour signature » et « qu'il y a impossibilité morale pour un architecte de prouver par un écrit conforme aux exigences du Code civil qu'il a reçu la charge d'examiner si les conditions préalables à la formation

(180) Liège, 3 février 2015, *J.T.*, 2015, pp. 447 et s.

(181) Bruxelles, 20 octobre 2015, *T.B.O.*, 2016, pp. 63-64.

d'un contrat d'architecture sont réunies, et qu'il y a lieu de lui permettre de faire la preuve de ses prestations par toutes voies de droit » (182).

Sur la base des éléments soumis à la cour, auxquels elle peut avoir égard en présence d'une impossibilité morale de se procurer une preuve écrite, elle constate l'existence d'un contrat verbal de consultation préalable, sur la base duquel les prestations de l'architecte doivent être rémunérées.

134. Impossibilité due aux usages. Il est encore rappelé qu'« un usage établi, constant, certain et unanimement admis peut justifier une dérogation à l'exigence d'une preuve littérale. On admet qu'en raison de nécessités pratiques, l'usage généralisé dans un secteur constitue une impossibilité de se réserver un écrit. C'est ainsi que la notion d'impossibilité due aux usages est retenue dans les contrats d'entreprise pour des travaux mineurs [...] » (183).

En l'espèce, il est jugé que ne constituent pas de tels travaux mineurs, ceux qui concernent des livraisons et travaux pour un montant supérieur à 15 000 EUR.

135. Aveu judiciaire. Le maître de l'ouvrage contestait l'existence d'un contrat d'entreprise entre les parties, ce que la cour d'appel rejette au motif que, dans ses conclusions, le maître de l'ouvrage a reconnu l'existence de certains faits, qui constituent un aveu judiciaire, desquels le juge déduit que « les (maîtres de l'ouvrage) ont bien fait appel à (l'entrepreneur) pour la réalisation de travaux de construction dans leur habitation, et qu'il existe donc bien un contrat d'entreprise liant les parties, celui-ci fut il verbal » (184).

Rappelons que la preuve réglementée consacre la prééminence de l'écrit, mais qu'elle met sur le même pied l'aveu (et le serment). En l'absence d'un écrit démontrant l'existence du contrat d'entreprise donc, la preuve de celui-ci pourrait être faite par aveu, à savoir que la partie à laquelle la convention est opposée « a fait l'aveu de son existence, la reconnaissance volontaire d'un fait juridique constituant un aveu, singulièrement si celui-ci est un aveu judiciaire, c'est-à-dire s'il est formulé devant le juge (article 1356 du Code civil) ».

(182) Liège, 10 janvier 2014, n° 2012/RG/1836, disponible sur www.juridat.be.

(183) Liège, 14 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2013/30, pp. 1550 et s.

(184) Cass., 4 septembre 2017, R.G. n° C.16.0542.F/1, consulté sur www.stradalex.com. L'extrait cité provient du pourvoi (p. 5), annexé à l'arrêt.

Saisie par le maître de l'ouvrage, la Cour de cassation est amenée à trancher la question de savoir si, en droit, constitue un aveu, la reconnaissance volontaire d'un fait juridique faite dans les conclusions d'une partie, sans que les conclusions ne soient signées par la partie, et sans que l'avocat ayant signé les conclusions dispose d'un mandat spécial l'autorisant à émettre pareille reconnaissance.

La Cour considère que :

« Aux termes de l'article 1356, alinéa 1^{er}, du Code civil, l'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

L'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire dispose que l'avocat comparait comme fondé de pouvoirs sans avoir à justifier d'aucune procuration, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial.

En vertu de l'article 850 du Code judiciaire, le juge peut, à la demande d'une partie, refuser de faire état de l'aveu qui ne serait pas justifié par la signature de celui dont il émane ou de son fondé de pouvoir spécial.

Il suit de ces dispositions que, à défaut de contestation de la partie à laquelle l'aveu est opposé, le juge ne doit pas exiger la production du mandat spécial conféré à son avocat pour retenir l'existence d'un tel aveu.

Le moyen, qui, en cette branche, est tout entier fondé sur le soutènement contraire, manque en droit. »

136. Appréciation. Ceci est contraire à la jurisprudence antérieure de la Cour (185) mais conforme à la pratique d'autres juridictions (186).

De plus, il nous semble que cette interprétation permette, lorsque l'aveu est exprimé par voie de conclusions, non seulement de déjouer les

(185) Voy. Cass., 15 juin 1990, R.G. n° F-19900615-9, disponible www.juridat.be, qui dispose que : « en ce que l'arrêt refuse de reconnaître l'existence de l'aveu par les première et deuxième défenderesses d'un accord intervenu entre la demanderesse et la deuxième défenderesse au sujet de l'indemnité demandée dans la citation introductive d'instance, par les motifs qu'"on ne saurait adopter la thèse de la (demanderesse) suivant laquelle les conclusions des (première et deuxième défenderesses) contiendraient l'aveu judiciaire de la convention sous seing privé invoquée ; qu'en effet, ces conclusions ne sont pas signées par les parties elles-mêmes et (la demanderesse) n'établit pas que les conseils des (première et deuxième défenderesses) aient disposé du mandat spécial requis à cette fin", alors que l'avocat comparait comme fondé de pouvoirs sans avoir à justifier d'aucune procuration, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial ; que ce mandat *ad litem* implique le pouvoir de reconnaître librement un fait juridique, sans préjudice du droit des parties au désaveu et, pour le juge, de la faculté de refuser, à la demande d'une partie, de faire état d'un aveu qui ne serait pas justifié par la signature de celui dont il émane ou de son fondé de pouvoir spécial ; que, dès lors, en subordonnant la possibilité pour les avocats des première et deuxième défenderesses de reconnaître en conclusions l'existence de l'accord entre parties, soit à la signature de ces conclusions par les parties elles-mêmes, soit à la production d'un mandat spécial, l'arrêt viole les dispositions légales citées par le moyen : Attendu que l'aveu, en tant que mode de preuve, doit émaner de la partie à laquelle il est opposé ou de son fondé de pouvoir spécial ; Qu'un avocat n'a pas le droit de faire un aveu au nom de son client, sauf si celui-ci a conféré à cette fin un mandat spécial ; Que le moyen manque en droit ; ».

(186) Liège, 5 juin 2015, n° 2014/RG/1656, disponible sur www.juridat.be.

attentes légitimes des parties, mais également de contourner à peu de frais les règles de la preuve règlementée, en autorisant le juge à se départir de la prééminence de l'écrit, en déduisant une qualification juridique (le contrat d'entreprise), des pièces produites et d'éléments factuels repris dans les conclusions de la partie qui, en réalité, conteste l'existence dudit contrat à défaut de preuve écrite.

Il nous semble que le formalisme requis par l'aveu a justement pour effet de faire la différence entre l'exercice normal de la défense en justice, ouvrant la porte à des interprétations différentes de faits reconnus, sans pour autant que le juge puisse, ce faisant, se départir des règles régissant la preuve.

137. Aveu extrajudiciaire. Il est rappelé utilement que l'aveu extrajudiciaire est inséparable, en ce qu'il est à prendre dans son entièreté, et pas en partie. Ainsi dans une affaire où l'une des parties se prévalait de la reconnaissance extrajudiciaire de l'autre partie de l'existence d'un contrat d'entreprise, il a été jugé que, dès lors que cette reconnaissance indiquait également que ledit contrat avait été résilié de commun accord et sans indemnité pour aucune des parties, devait être rejetée la demande de la partie qui établissait l'existence du contrat sur la base de cet aveu extrajudiciaire, dès lors qu'il en résultait que le contrat était terminé, sans indemnité pour aucune partie(187).

Encore, entre des parties commerçantes (lire « entreprises »), la preuve la plus fréquemment utilisée réside dans l'exécution des travaux, laquelle emporte, au titre de l'aveu extrajudiciaire, la preuve de l'existence du contrat d'entreprise. Concernant le contenu du contrat, dans le cas d'espèce, il est admis que le projet de contrat envoyé au maître de l'ouvrage, qui n'a ni été signé, ni été contesté, mais au contenu duquel les parties se sont conformées dans l'exercice de leurs obligations, *in tempore non suspecto*, régit la relation entre les parties(188).

138. Preuve de l'identité du cocontractant – commencement de preuve par écrit. Relativement à un contrat d'entreprise portant sur une mission d'architecture relative à un immeuble, qui n'avait pas fait l'objet d'un écrit, les parties étaient contraires quant à l'identité du cocontractant de l'architecte : soit l'occupant de l'immeuble, qui avait payé les premières factures envoyées par l'architecte (avant de refuser de payer la dernière, qui

(187) Anvers, 3 avril 2017, *T.B.O.*, 2017, pp. 378-379.

(188) Bruxelles, 1^{er} avril 2014, *T.B.O.*, 2016, pp. 57 et s.

fait l'objet de la demande dans la décision commentée), soit le propriétaire de l'immeuble, qui avait confié la mission à l'architecte (et serait la contrepartie au contrat, selon l'architecte, sans préjudice du fait que le propriétaire de l'immeuble lui a effectivement demandé d'envoyer les factures à l'occupant).

La juridiction saisie précise utilement, à titre de constat introductif, que ce n'est pas l'existence du contrat qui est l'objet de la discussion, mais bien l'identité du cocontractant de l'architecte. Ce faisant, il nous semble que ce n'est pas la preuve d'un acte juridique qu'il y a lieu de faire, mais bien la preuve d'un fait, à savoir l'identité du maître de l'ouvrage. La cour ne déduit cependant pas cette conséquence de son constat introductif et va, au contraire, s'atteler à juger établie la preuve de l'existence d'un acte *entre telles parties*, en s'astreignant au respect de la preuve règlementée (189).

La cour commence par reconnaître l'existence d'un commencement de preuve par écrit (une proposition de calcul d'honoraires établie par l'architecte, mais contresignée pour accord et faxée par le représentant du propriétaire), qui rend vraisemblable le fait allégué, à savoir l'existence d'un contrat *entre l'architecte et le propriétaire*. Elle examine ensuite un ensemble d'éléments qui accréditent l'existence d'un contrat *entre ces parties*, avant de conclure qu'un tel contrat s'est noué *entre ces parties* (sans préjudice de la substitution de *solvens*, laquelle n'opère pas novation, conformément à l'article 1277 du Code civil) (190).

139. Force probante de la facture. Suite à une demande d'un entrepreneur frustré de ne pas être payé de plusieurs factures qui n'avaient pas été contestées (en temps utile), s'est posée la question de savoir si la facture acceptée (éventuellement tacitement, en l'absence de contestation) dispose, entre commerçants (lire : entreprises), de la même force probante dans le contrat d'entreprise, que de celle dont elle dispose dans le contrat de vente.

Il est rappelé que, en ce qui concerne le contrat d'entreprise, l'acceptation de la facture est une simple présomption de fait, qui ne prive pas le juge de son pouvoir d'appréciation : la facture peut donc faire preuve du contrat, mais cette question sera toujours soumise à l'appréciation du juge. Ainsi, ce n'est qu'au terme d'une analyse du cas d'espèce que le juge considère que le silence du maître de l'ouvrage vaut acceptation, tacite mais certaine, et que les factures doivent donc être payées (191).

(189) Ce qui ne nous semble pas requis par les règles relatives à la preuve règlementée. *Contra* Liège, 3 février 2015, *J.T.*, 2015, p. 447.

(190) Liège, 15 octobre 2015, n° 2014/RG/1363, disponible sur www.juridat.be.

(191) Mons, 10 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/34, pp. 1605 et s.

SECTION 6.

CONTRAT D'ENTREPRISE ET RESPONSABILITÉ DÉCENNALE

140. Propos introductif. La responsabilité décennale, de nature contractuelle(192), se fondant sur les articles 1792 et 2270 du Code civil, permet au maître de l'ouvrage d'engager la responsabilité de l'entrepreneur avec qui il a conclu un louage d'industrie ayant pour objet de gros ouvrages lorsque des vices du sol ou de la construction portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte à la stabilité ou à la solidité du bâtiment(193). Pour ce faire, le maître de l'ouvrage doit démontrer que le vice est imputable à un manquement de l'entrepreneur ou de l'architecte(194).

141. Point de départ de la responsabilité. La Cour de cassation, dans un arrêt de principe du 4 mars 1977 a dit pour droit que le délai de prescription de dix ans, auquel est soumise la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur « prend cours non à partir de la réception provisoire mais à partir de l'agrément définitive »(195). Sur base de cet enseignement, il est de jurisprudence de considérer que seule la réception définitive constitue le point de départ de la responsabilité de dix ans.

La jurisprudence a ultérieurement admis que les parties restaient libres d'attacher conventionnellement à la réception provisoire l'effet d'une agrément définitive, auquel cas le délai débiterait à la réception provisoire(196). La cour d'appel de Bruxelles a jugé que l'agrément qui ferait débiter le délai décennal peut être établie, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre réception provisoire et réception définitive « par toutes voies de droit et résulter de la preuve de la volonté des maîtres de l'ouvrage d'agréer les travaux »(197).

Soulignons, comme le constate la cour d'appel de Liège, que pour des ouvrages d'ampleur limitée il est d'usage de ne pas distinguer la réception provisoire, de la réception définitive, de sorte que le point de départ serait marqué par le seul et unique acte d'agrément(198). En outre, la réception

(192) Bruxelles, 4 novembre 2014, *Res jur. imm.*, 2015, p. 108.

(193) B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 1050.

(194) *Ibid.* citant Cass., 15 décembre 1995, *Entr. et. dr.*, 1997, p. 177 ; J. DEWEZ, « Le régime des vices cachés dans les contrats de vente, de bail et d'entreprise », *R.G.D.C.*, 2008, p. 57.

(195) Cass., 4 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 721.

(196) Bruxelles (2^e ch.), 16 juin 2017, R.G. n° 2012/AR/3149, disponible sur www.stradalex.com ; Trib. Bruxelles (5^e ch.), 14 janvier 2014, *R.C.D.I.*, 2015, p. 25 ; Trib. Nivelles, 8 avril 2011, *Res jur. imm.*, 2011, p. 239.

(197) Bruxelles, 22 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1476.

(198) Liège (3^e ch. B), 6 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1200.

peut être tacite, de sorte que le point de départ de la garantie débiterait au moment de cette réception tacite(199).

142. Nature du délai et interruption. Il est unanimement établi par la doctrine et la jurisprudence que le délai de dix ans consacré par les articles 1792 et 2270 du Code civil est un délai de forclusion et d'action (200). Ceci fut notamment consacré par un arrêt de la Cour de cassation qui a dit pour droit que le délai prévu par les articles 1792 et 2270 est un délai de forclusion lequel ne pouvait être ni interrompu ni suspendu (201). La cour d'appel de Liège précise à bon droit que seule une citation ou une reconnaissance de responsabilité non équivoque pourrait suspendre ou interrompre ce délai (202). Cette impossibilité d'interruption ou de suspension du délai se limite au seul cas de la responsabilité décennale et ne s'étend pas aux autres actions introduites pour vice apparent ou vice caché véniel, lesquelles demeurent soumises au délai de prescription décennal de droit commun qui est bien susceptible de suspension ou d'interruption (203). C'est en ce sens que la cour d'appel de Bruxelles jugea que le délai de 10 ans visé par les articles 1792 et 2270 du Code civil « concerne la responsabilité définie de manière spécifique et limitative par ces dispositions et ne peut être considéré comme un délai général de forclusion qui mettrait fin de manière définitive à toute possibilité d'intenter la moindre action ou demande relative à la responsabilité des constructeurs, quel qu'en soit le fondement » (204).

La cour d'appel de Bruxelles s'est récemment interrogée sur la constitutionnalité de ce régime et a posé la question à la Cour constitutionnelle de savoir si les articles 1792 et 2270 du Code civil violent les articles 10 et 11 de la Constitution au motif que « ces dispositions prévoient un délai de forclusion de dix ans qui déroge au droit commun de la prescription pour les actions personnelles, de sorte que l'action d'un maître d'ouvrage qui porte sur un vice grave affectant la solidité du bâtiment est traitée moins favorablement que l'action du maître d'ouvrage qui a, lors de la réception provisoire-agréation, fait une observation concernant un vice apparent qui

(199) Trib. Flandres occidentale (div. Bruges, 1^{re} ch.), 18 octobre 2017, *T.G.R.*, 2018, p. 105.

(200) Cass., 18 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 303 ; voy. également B. KOHL, *Contrat d'entreprise, op. cit.*, p. 1078.

(201) Cass. (1^{re} ch.), 22 décembre 2006, R.G. n° C.05.0210.N, disponible sur www.juridat.be.

(202) Liège (3^e ch. B), 6 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1196.

(203) Bruxelles (20^e ch.), 28 juin 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 189.

(204) Bruxelles (2^e ch.), 14 janvier 2009, R.G. n° 2007/AR/362, disponible sur www.juridat.be.

n'affecte pas la solidité du bâtiment ou que l'action du maître de l'ouvrage qui se place d'un vice caché qui n'affecte pas la solidité du bâtiment ».

Par un arrêt du 19 juillet 2017, la Cour constitutionnelle y répond par la négative en appréciant si cette distinction n'entraîne pas une limitation disproportionnée des droits du maître de l'ouvrage confronté à un vice grave mettant en péril la solidité de l'édifice. À l'issue d'un examen précis, la Cour relève que :

« les articles 1792 et 2270 du Code civil visent l'intérêt général et plus spécifiquement la protection de la sécurité publique. En prolongeant au-delà de la fin du contrat la responsabilité contractuelle des architectes et des entrepreneurs lorsque la solidité du bâtiment construit est menacée, le législateur a voulu protéger les intérêts du maître de l'ouvrage mais aussi garantir la sécurité publique menacée par des constructions viciées et assurer la sécurité juridique. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que la responsabilité décennale de l'architecte qui résulte de l'article 1792 du Code civil "est d'ordre public et ne peut dès lors pas être exclue ou limitée contractuellement" (Cass., 5 septembre 2014, *Pas.*, n° 495). Alors que le *contrat d'entreprise ou d'architecture se termine normalement par l'agrégation* des travaux, la responsabilité contractuelle de l'architecte ou de l'entrepreneur demeure susceptible d'être engagée pendant une période supplémentaire de dix ans pour les vices graves. Le législateur a dès lors limité dans le temps la responsabilité décennale par un délai de forclusion qui échappe aux causes de suspension et d'interruption prévues aux articles 2242 et suivants du Code civil. La non-activation de la responsabilité dans un délai de dix ans entraîne son extinction. Par contre, l'action ne doit pas être introduite dans un délai utile à partir de la découverte du vice (Cass., 4 avril 2003, *Pas.*, 2003, I, n° 227 ; 2 février 2006, *Pas.*, 2006, I, n° 69). La prescription de droit commun prévue par l'article 2262*bis* du Code civil vise, quant à elle, la responsabilité de droit commun des architectes ou des entrepreneurs qui peut être mise en œuvre, sur la base de l'article 1147 du Code civil, après la réception, pour vices véniels, soit les défauts qui n'affectent pas la solidité des bâtiments. Elle n'est pas d'ordre public et peut faire l'objet de clauses exonératoires ou limitatives, dans les limites du droit commun, dès lors qu'elle vise la protection du maître de l'ouvrage et non la sécurité publique. Cette action en responsabilité doit en outre être introduite en temps utile par le maître de l'ouvrage après la découverte du vice (Cass., 8 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 921 ; 15 septembre 1994, *Pas.*, 1994, n° 382). Le délai de dix ans est par ailleurs suffisant pour apprécier l'existence des risques graves couverts par l'article 1792 du Code civil. Par conséquent, la différence de traitement en cause n'est pas sans justification raisonnable » (205).

143. Limite conventionnelle à la responsabilité. La jurisprudence semble partagée à propos de la faculté pour un architecte d'exclure

(205) C. const., 19 juillet 2017, n° 98/2017.

contractuellement sa responsabilité *in solidum*. Selon le tribunal de première instance du Brabant wallon, ce type de clause est licite dès lors « qu'aucune disposition légale d'ordre public, aucun impératif légal ou moral ne font obstacle à l'insertion d'une telle clause dans un contrat d'architecture » et que ce type de clause « n'exonère pas l'architecte de sa faute professionnelle ou de sa responsabilité décennale, mais limite les effets de l'obligation prétorienne de l'*in solidum* » (206). Ce raisonnement n'est pas admis par la Cour de cassation, qui considère que « La clause en vertu de laquelle l'architecte, en cas de faute concurrente avec celle de l'entrepreneur, n'est redevable de dommages et intérêts au maître de l'ouvrage qu'à concurrence de sa part dans la réalisation du dommage, implique une limitation de la responsabilité de l'architecte à l'égard du maître de l'ouvrage sur la base de l'article 1792 du Code civil et, dans cette mesure, est contraire à l'ordre public » (207). La cour d'appel de Bruxelles s'était déjà ralliée à cette position (208).

Conformément à cette jurisprudence, le tribunal de première instance du Brabant wallon a revu sa position en précisant que ce type de clause n'était valable que « pour les hypothèses autres que celles visées par la garantie décennale » (209), ce que soutient la doctrine. En effet, les clauses de limitation contractuelle de la responsabilité *in solidum* de l'architecte voient leur validité strictement limitée aux cas où l'action en responsabilité ne repose pas sur les articles 1792 et 2270 du Code civil (210). Le tribunal de première instance d'Anvers jugea ultérieurement dans ce même sens (211), tout comme le tribunal de première instance de Turnhout (212).

144. Bref délai et délai utile. La pratique montre qu'il réside parfois une certaine confusion entre la notion de bref délai et de délai utile. L'article 1648 du Code civil, qui en matière de vente, impose que l'action résultant des vices rédhibitoires soit intentée dans un bref délai, n'est pas applicable en matière de contrat d'entreprise (213), en quel cas le juge dé-

(206) Trib. Nivelles, 8 avril 2011, *Res. jur. imm.*, 2011, p. 239.

(207) Cass. (1^{re} ch.), 5 septembre 2014, R.G. n° C.13.0395.N, disponible sur www.juridat.be ; voy. également B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 1074.

(208) Bruxelles (20^e ch.), 1^{er} août 2013, *T.B.O.*, 2015, p. 143 ; voy. également A. DELVAUX et R. SIMAR, « Les responsabilités du promoteur immobilier », in *Responsabilités des intervenants de l'immobilier* (Y. NINANE coord.), coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2015, p. 131.

(209) Civ. Brabant wallon (9^e ch.), 15 mai 2015, *Res. jur. imm.*, 2015, p. 251.

(210) B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 1075.

(211) Trib. Anvers, 16 février 2016, *Entr. et dr.*, 2017, p. 267.

(212) Trib. Anvers (div. Turnhout), 13 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 399.

(213) Trib. Brabant wallon, 27 juin 2014, *Res. jur. imm.*, 2014, p. 333 ; Anvers (7^e ch.), 27 octobre 2008, *T.B.O.*, 2009, p. 249.

cide en fait et par conséquent de manière souveraine si l'action fondée sur des vices cachés a été introduite en temps utile (214). Il n'y a lieu, comme une certaine pratique tendait à le faire, d'assimiler au contrat d'entreprise le bref délai requis par l'article 1648 en matière de vente.

Il est donc important de strictement déterminer si les parties sont engagées sur base d'un contrat de vente, ou celui d'un contrat d'entreprise. Selon la doctrine, en cas de contrat mixte, il y a lieu d'appliquer le principe *accessorium sequitur principale* selon lequel il y a lieu de retenir que la qualification correspondant à l'obligation principale prévue au contrat (215).

Il est de jurisprudence constante de la Cour de cassation que toute action du maître de l'ouvrage en responsabilité en raison de vices cachés doit être intentée dans un délai utile à partir du moment où ce dernier a découvert le vice (216). Au travers de deux arrêts du 4 avril 2003 (217) et 2 février 2006 (218), la Cour de cassation a pu spécifier qu'au contraire de l'action en responsabilité pour vices cachés véniels, l'action en responsabilité décennale ne doit pas être intentée dans un délai utile (219). L'action en responsabilité décennale requiert seulement qu'elle soit introduite dans le délai de dix ans (220). Cette précision s'impose dès lors que certains praticiens semblent encore quelque peu confondre ces notions, lesquelles sont désormais strictement distinguées par la jurisprudence (221).

145. Responsabilité décennale et copropriété. L'action en responsabilité décennale fait parfois l'objet de difficultés lorsque celle-ci intervient dans le cadre d'un immeuble à appartements soumis au régime de copropriété. Le droit d'action est conféré par l'article 577-9, § 1^{er}, du Code civil, lequel permet à l'association des copropriétaires d'agir en qualité de demanderesse ou de défenderesse, conjointement ou non avec un ou plusieurs copropriétaires. Ce droit d'action était déjà reconnu par la jurisprudence avant même les modifications établies par la loi du 2 juin 2010 (222).

(214) Anvers, 23 septembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 299.

(215) Y. NINANE, « Le défaut de la chose vendue selon le régime de la garantie des biens de consommation », in *Les défauts de la chose* (C. DELFORGE et J. VAN ZUYLEN coord.), Limal, Anthemis, 2015, p. 42. Voy. également Anvers, 6 mars 2017, *T.B.O.*, 2018, pp. 38-44.

(216) Cass., 15 septembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 454.

(217) Cass. (1^{re} ch.), 4 avril 2003, R.G. n° C.02.0206.N, disponible sur www.juridat.be.

(218) Cass. (1^{re} ch.), 2 février 2006, R.G. C.04.0529.N, disponible sur www.juridat.be.

(219) Trib. Anvers (12^e ch. B), 9 novembre 2006, *T.B.O.*, 2008, p. 196.

(220) Cass. (1^{re} ch.), 27 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2190 ; voy. B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., p. 1075.

(221) Bruxelles (2^e ch.), 16 juin 2017, R.G. n° 2012/AR/3149, disponible sur www.stradalex.com.

(222) Trib. Liège (5^e ch.), 20 octobre 2008, *R.C.D.I.*, 2009, p. 45 ; Bruxelles (2^e ch.), 23 septembre 1998, *Entr. et dr.*, 2000, p. 338.

Soulignons que le droit d'ester en justice de la copropriété s'entend du droit de solliciter réparation matérielle et du dommage causé aux parties communes. La jurisprudence estime cependant que « l'association n'a ni qualité ni intérêt pour réclamer l'indemnisation de troubles de jouissance subis par les copropriétaires, en raison d'infiltrations affectant l'intérieur des appartements » (223). C'est en ce sens que la doctrine énonce que seuls les copropriétaires « ont la maîtrise de leurs parties privatives lorsqu'il s'agit d'agir en justice contre le promoteur » (224).

Si un copropriétaire peut agir en responsabilité décennale conjointement avec l'association des copropriétaires pourrait-il cependant agir seul ? Le dernier alinéa de l'article 577-9, § 1^{er}, du Code civil énonce que tout copropriétaire peut exercer seul les actions relatives à son lot, après en avoir informé le syndic qui à son tour en informe les autres copropriétaires.

S'il ne peut y avoir de doute quant au fait qu'un copropriétaire dispose bien d'un droit d'action individuel sur son lot, pourrait-il agir seul en ce qui concerne les parties communes de l'immeuble ? Il convient de répondre par l'affirmative. La cour d'appel d'Anvers considère en effet que la notion de lot contenue dans le dernier alinéa de l'article 577-9, § 1^{er}, s'entend non seulement de la partie privative bâtie, mais également de la part indivise qui y correspond (225). Il existe dès lors d'un droit pour un copropriétaire de diligenter une action en responsabilité décennale à l'égard des constructeurs de l'immeuble en vue de réparer des vices graves affectant les parties communes (226).

CONCLUSION

146. La matière du contrat d'entreprise n'est pas aisée, d'autant lorsque peu de dispositions légales le régissent. Tous les contours de ce contrat spécial se dessinent donc majoritairement par la voix des cours et tribunaux. Sans prétendre à l'exhaustivité des décisions analysées, la

(223) Trib. Liège (5^e ch.), 20 octobre 2008, *R.C.D.I.*, 2009, p. 45.

(224) J. VAN GILS, « Quelles sont les possibilités d'action pour l'acquéreur d'un appartement situé dans un immeuble "loi Breyne" subdivisé en différents lots de copropriété sous l'angle de la responsabilité décennale et de la responsabilité de droit commun ? », *R.C.D.I.*, 2015, p. 17.

(225) Anvers (17^e ch.), 19 novembre 2015, *T.B.O.*, 2016, p. 451.

(226) Trib. Brabant wallon, 27 juin 2014, *Res jur. imm.*, 2014, p. 333.

présente contribution s'est voulue de mettre en exergue l'actualité jurisprudentielle réunie sous des questions choisies par les auteurs.

Il peut, à ce stade, en guise de conclusions, être souligné que le contrat d'entreprise se heurte aujourd'hui à une série de situations juridiques face auxquelles ce contrat spécial doit trouver sa place et faire prévaloir ses spécificités. Pensons ainsi au voisinage, à la copropriété, ou encore à toutes les difficultés liées aux conditions particulières de validité que requiert ce contrat.

Les différentes controverses ou discussions mises en exergue dans la présente trouveront de nécessaires prolongements dans les décisions à venir.

Le nouveau droit du bail d'habitation à Bruxelles et en Wallonie

NICOLAS BERNARD

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Section 1. Contexte	112
Section 2. Philosophie (commune) de la réforme.....	114
Section 3. Modifications principales.....	121
Section 4. Dispositions abrogatoires et transitoires	175
Section 5. Des recours en annulation pendants	178

SECTION 1.

CONTEXTE

1. Par la loi spéciale du 6 janvier 2014 (issue de la sixième réforme de l'État), le législateur fédéral a accepté de se dépouiller au profit des Régions de sa compétence liée à la « location des biens ou de parties de biens destinés à l'habitation »⁽¹⁾. Près de cinq ans plus tard sont entrés en vigueur (ces 1^{er} janvier 2018, 1^{er} septembre 2018 et 1^{er} janvier 2019) les trois textes régionaux appelés à prendre le relais. Il s'agit respectivement de l'ordonnance bruxelloise du 27 juillet 2017 « visant la régionalisation du bail d'habitation »⁽²⁾, du décret wallon du 15 mars 2018 « relatif au bail d'habitation »⁽³⁾ et du décret flamand du 9 novembre 2018 « contenant des dispositions relatives à la location de biens destinés à l'habitation ou de parties de ceux-ci » est entré en vigueur ce 1^{er} janvier 2019 »⁽⁴⁾.

La présente contribution se penchera sur les textes bruxellois et wallon. Vu l'importance de ces instruments fondateurs, qui se substituent, intégralement ou très largement, à l'ancienne législation fédérale⁽⁵⁾ (tout en

(1) Jud. art. 6, § 1^{er}, IV, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980, inséré par l'article 15 de loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième réforme de l'État, *M.B.*, 31 janvier 2014. Sur la portée de la dé-fédéralisation du bail d'habitation au profit des régions, voy. entre autres E. CRUYSMANS, « Bail et logement », in *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État* (M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 99 et s., N. BERNARD, « Le bail d'habitation et la sixième réforme de l'État : tirer le meilleur profit de la régionalisation », *J.T.*, 2014, pp. 425 et s. et B. LOUVEAUX, « Opportunités et dangers éventuels de la régionalisation du bail », in *La dé-fédéralisation du bail d'habitation : quel(s) levier(s) pour les Régions ?* (N. BERNARD dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 15 et s.

(2) *M.B.*, 30 octobre 2017. Voy. sur cette ordonnance B. LOUVEAUX, *Droit du bail. Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Larcier, 2018, N. BERNARD, *Le nouveau droit bruxellois du bail d'habitation (l'ordonnance du 27 juillet 2017)*, *Jurimpratique*, 2018/2, P. VAN DEN EYNDE, « Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale », in *La régionalisation du bail* (I. DURANT et É. BEGUIN dir.) Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 237 et s., ainsi que V. DEFRAITEUR, « Le bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale. L'ordonnance du 27 juillet 2017 et le Code bruxellois du logement », *Woninghuur in de drie gewesten anno 2019 / Le bail d'habitation dans les trois régions en 2019*, Les Dossiers du Journal des juges de paix, n° 27, Bruxelles, la Charte, 2019, pp. 111 et s.

(3) *M.B.*, 28 mars 2018. Cf. sur ce décret C. DE RUYT, *Le bail d'habitation à Bruxelles et en Wallonie. Étude comparative*, Limal, Anthemis, 2018, I. DURANT et É. BEGUIN (dir.), *La régionalisation du bail*, Bruxelles, Larcier, 2019, N. BERNARD, *Le nouveau droit wallon du bail d'habitation (le décret du 15 mars 2018, article par article)*, Bruxelles, Kluwer, 2019 (à paraître), ainsi que B. KOHL et C. BARÉ, « Réforme du bail en Région wallonne : le décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation », *Woninghuur in de drie gewesten anno 2019 / Le bail d'habitation dans les trois régions en 2019*, Les Dossiers du Journal des juges de paix, n° 27, Bruxelles, la Charte, 2019, pp. 51 et s.

(4) *M.B.*, 7 décembre 2018. Voy. sur cet instrument A. VAN OEVELEN, « Het Vlaamse Woninghuurdecreet », *R.W.*, 2018-2019, pp. 722 et s., ainsi que M. DAMBRE *et al.*, « Woninghuur in het Vlaams Gewest anno 2019 : overzicht van nieuwigheden in het Vlaams Woninghuurdecreet », *Woninghuur in de drie gewesten anno 2019 / Le bail d'habitation dans les trois régions en 2019*, Les Dossiers du Journal des juges de paix, n° 27, Bruxelles, la Charte, 2019, pp. 1 et s.

(5) Ladite législation fédérale se dédoublait en un droit commun du bail (art. 1714 à 1762bis C. civ.) et une loi dite loi sur les baux de résidence principale (loi du 20 février 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer, *M.B.*, 22 février 1991).

introduisant des régimes locatifs entièrement neufs en matière de colocation, de bail de logement étudiant et de bail glissant), il a semblé judicieux de leur réserver un chapitre dans cet ouvrage dédié aux contrats spéciaux.

2. L'événement est cardinal en effet, pour quatre raisons au moins. D'abord, sur le plan institutionnel, on met fin par là à une anomalie puisque les Régions sont *déjà* compétentes pour la matière du « logement » depuis 1980 (Wallonie et Flandre)(6) et 1989 (Bruxelles)(7) ; il ne leur sera donc plus possible à l'avenir de se défausser sur le pouvoir fédéral pour expliquer leur propre inertie sur certains dossiers.

Ensuite, d'un point de vue statistique, la réforme regarde un très grand nombre d'individus puisque sont concernées par la thématique du bail d'habitation(8) (à titre de bailleur ou de locataire) pas moins d'une personne sur deux à Bruxelles, une sur trois en Wallonie et une sur quatre en Flandre, environ.

Le champ d'application *matériel* de la réforme ne sera pas moins étendu puisque celle-ci impactera non seulement les logements mis sur le marché privé mais aussi ceux qui sont donnés en location par l'entremise d'une agence immobilière sociale, du Fonds du logement (dans le cadre de l'aide locative) ou encore – à Bruxelles à tout le moins – d'une régie foncière communale ou d'un CPAS. Disons-le tout net, la grande majorité des logements locatifs est touchée(9).

Enfin, c'est une page entièrement blanche qui a ainsi été offerte aux Régions, lesquelles ont pu laisser libre cours à leur créativité normative(10).

3. Un mot de présentation formelle maintenant. Par l'entremise de son article 15, l'ordonnance du 27 juillet 2017 a inséré au sein du Code bruxellois du logement un titre XI intitulé « Des baux d'habitation », qui contient la grande majorité des règles de fond de l'ordonnance ; aussi, c'est aux articles *dudit Code* (et non de l'ordonnance) qu'on fera directement référence ici(11). À l'inverse, le texte wallon a été pris de manière autonome (sur l'instance légistique expresse de la section de législation

(6) Art. 6, § 1^{er}, IV, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée.

(7) Art. 4, al. 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, *M.B.*, 14 janvier 1989.

(8) Hors logement social.

(9) 80 % environ, le solde étant constitué par les habitations sociales.

(10) Dans le respect toutefois de cet instrument juridique faîtier qu'est la Constitution, en ses articles 16 (droit de propriété) et 23 (droit au logement) notamment.

(11) Toutefois, l'ordonnance commence par glisser dans le Code certaines dispositions relatives à la lutte contre la discrimination ; il s'agit des articles qui *précèdent* l'article 15.

du Conseil d'État d'ailleurs(12)) ; ceci étant, une « codification » (c'est-à-dire l'insertion du texte nouveau dans le Code wallon du logement et de l'habitat durable) est annoncée par le décret lui-même, qui devra se faire à l'initiative du Gouvernement(13).

4. Que trouve-t-on dans les textes bruxellois et wallon ? Répondent-ils aux attentes ? Quelles en sont les modifications principales ? Font-ils table rase du passé ? Tel est l'objet de la présente contribution. Celle-ci s'ouvrira par un exposé de la philosophie – commune pour une large partie – ayant présidé à la rédaction de l'ordonnance du 27 juillet 2017 et du décret du 15 mars 2018 (Section 2), avant d'égrener les modifications principales introduites par ceux-ci (Section 3). On suivra par l'énoncé des dispositions transitoires et abrogatoires (Section 4), avant de clore le propos avec les recours en annulation auxquels sont confrontés les instruments régionaux (Section 5). De manière générale, le cadre restreint de cette contribution conduit à limiter le spectre aux *nouveautés* introduites par les textes bruxellois et wallon, sans s'appesantir sur les éléments de continuité.

SECTION 2.

PHILOSOPHIE (COMMUNE) DE LA RÉFORME

§ 1. Consensualisme

5. Dès le début, les autorités régionales ont tôt fait connaître leur volonté de ne pas révolutionner un domaine (le bail) jugé relativement consensuel et de ne pas chambouler une législation fédérale qui se distinguait par sa grande stabilité. Il fallait conserver le sens de la mesure qui a toujours caractérisé les travaux législatifs en la matière(14). Les instances ordonnancière et décrétole ont donc eu la sagesse de ne point vouloir

(12) Projet de décret relatif au bail d'habitation, avis du Conseil d'État, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 985/1, p. 79.

(13) Art. 93 du décret wallon du 15 mars 2018.

(14) À Bruxelles, la ministre du Logement a professé d'emblée son ambition de « faire progresser de manière volontariste et dans un rapport équilibré entre locataires et propriétaires, la réglementation du bail d'habitation », le texte se présentant ainsi « comme un projet d'équilibre dans un but de contribution au droit au logement, dans le respect des intérêts de chacune des parties » (projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/1, pp. 1 et 3). « Vous avez cherché à consolider l'édifice, à l'améliorer », a salué un parlementaire pour sa part en Wallonie. « Le texte [...] présente cette qualité majeure de garantir, non seulement la stabilité, mais aussi la lisibilité des droits et des obligations des locataires et des bailleurs. C'était essentiel afin d'assurer un équilibre entre les parties » (projet de décret relatif au bail d'habitation, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, *C.R.I.C.*, n° 86, pp. 35 et 36, souligné par nous).

bouleverser pour bouleverser, et de placer leur texte sous le double signe de l'équilibre et du maintien de l'architecture générale du régime antérieur(15).

6. Il s'infère de cette tempérance une triple conséquence. D'abord, les textes régionaux ont repris une grande partie – parfois mot pour mot – des législations fédérales qui les ont précédés (bail de neuf ans(16), garantie locative(17), etc.) ; en clair, la « matrice » des droits et obligations du bailleur et du locataire est restée globalement inchangée. Bernard Louveaux y lit d'ailleurs un « hommage à la loi de 1991 »(18). On verra cependant que le *statu quo* n'est pas toujours indiqué (lorsque, au contraire, des mesures de correction s'imposaient)(19).

Ensuite, on ne retrouve pas dans l'ordonnance ni dans le décret wallon de disposition particulièrement « clivante ». La régionalisation du bail n'a donc pas été l'occasion d'imposer une régulation des loyers (pour prendre un exemple emblématique), ce que redoutaient certains ; si, certes, une grille de loyers est instaurée à Bruxelles et en Wallonie, elle y demeure purement « indicative »(20).

Enfin, c'est moins dans l'aménagement des règles existantes que s'est exprimée l'inventivité des législateurs régionaux que dans la création de tout nouveaux régimes *ad hoc* en matière de colocation(21), de bail étudiant(22) et de bail glissant notamment(23).

§ 2. Extension du droit commun

7. À côté de ce leitmotiv fondateur, les textes bruxellois et wallon cultivent plusieurs traits communs. Sur le plan légistique tout d'abord, il convient d'épingler aussi l'extension notable que connaît le droit commun, lequel concerne *tous* les types de baux d'habitation (pas exclusivement de

(15) « Le présent projet se veut ainsi novateur là où le besoin s'en ressent tout en veillant à ne pas bouleverser sans nécessité le système existant » (projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/1, p. 3).

(16) Voy. *infra*, n° 68.

(17) Voy. *infra*, n° 75.

(18) B. LOUVEAUX, *Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 21. La « loi de 1991 » désigne la législation fédérale dite les baux de résidence principale (loi du 20 février 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer, *M.B.*, 22 février 1991).

(19) Voy. *infra*, n°s 69 et 75.

(20) Art. 225, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 89, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(21) Voy. *infra*, n°s 79 et s.

(22) Voy. *infra*, n°s 83 et s.

(23) Voy. *infra*, n°s 88 et s.

résidence principale). À Bruxelles, ont migré ainsi vers le droit commun des sujets qui, précédemment, ne s'appliquaient qu'au bail de résidence principale (comme les normes de salubrité(24) et l'enregistrement(25)). Par ailleurs, le surcroît de sévérité qui caractérisait dans le bail de résidence principale des points également réglés (mais de manière moins stricte) dans le droit commun a déteint sur ce dernier ; songeons par exemple à l'interdiction de la sous-location sauf accord écrit et préalable du bailleur, érigée en principe universel(26).

En Wallonie également, un certain nombre de points figurant précédemment dans le régime du bail de résidence principale (normes de salubrité(27) et bail de rénovation(28) par exemple) ont glissé vers le droit commun(29).

8. On s'en doute, pareille évolution confère à ces dispositions une portée plus large et, incidemment, contrebalance quelque peu le rétrécissement du champ d'application du droit commun (le public étudiant étant doté désormais d'un régime propre(30)). Il a les mains moins libres dès lors celui qui donne à bail un bien à des étudiants(31) ou à des résidents secondaires (les deux publics principaux assujettis au seul droit commun). Ce, à plus forte raison que la nature impérative(32) traditionnellement associée au régime locatif de résidence principale a conquis le droit commun (en sus des dispositifs nouveaux relatifs à colocation, au bail de logement étudiant et au bail glissant), comme il va être donné à voir maintenant.

(24) Art. 219, §§ 2 et s., du Code bruxellois du logement. Voy. antérieurement art. 2, § 1^{er}, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(25) Art. 227 du Code bruxellois du logement. Cf. précédemment art. 3, § 5, al. 3, et art. 5bis de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(26) Art. 230, § 5, du Code bruxellois du logement (à comparer avec art. 1717 C. civ.).

(27) Art. 9 du décret wallon du 15 mars 2018. Voy. antérieurement art. 2, § 1^{er}, de la section II du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(28) Art. 50 du décret wallon du 15 mars 2018. Voy. antérieurement art. 8 de la section II du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(29) Voy. de manière générale sur le thème I. DURANT, « Le bail d'habitation en Région wallonne. Cadre générique et dispositions générales », in *La régionalisation du bail d'habitation* (I. DURANT et É. BEGUIN dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 9 et s.

(30) Chapitre IV du titre XI du Code bruxellois du logement et chapitre V du décret wallon du 15 mars 2018.

(31) Il existe certes un régime spécifique pour les étudiants désormais, comme on vient de le dire, mais celui-ci ne règle que *quelques points* (comme la durée et la résiliation anticipée), attendu que le reste de la relation locative demeure gouverné par le droit commun et/ou le bail de résidence principale. En tout état de cause, les parties restent libres à Bruxelles de ne *pas* adhérer à ce régime (art. 253, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement).

(32) Qui a pour effet, on le sait, de prohiber toute clause contractuelle contraire au texte de loi.

§ 3. « Impérativisation » du droit du bail d'habitation

9. Il est une autre convergence à épingler entre Bruxelles et Wallonie : « l'impérativisation » du droit du bail. De fait, en Région bruxelloise pour commencer, l'ensemble du titre XI du Code bruxellois du logement (renfermant les prescriptions relatives aux baux d'habitation) est agrémenté d'un caractère impératif. « Sauf si elles en disposent autrement, les règles du présent titre sont impératives », dispose en effet l'article 216 du Code bruxellois du logement.

Cette solution a le mérite de la clarté. Lorsqu'on a égard toutefois à la situation antérieure, une observation vient directement à l'esprit : la limitation de la liberté contractuelle, ici aussi. Si, précédemment, un caractère impératif coiffait déjà chacune des dispositions du régime du bail de résidence principale⁽³³⁾, le droit commun du bail était d'ordre *supplétif* (pour l'essentiel⁽³⁴⁾), lui. Ici, la position de surplomb conférée à l'article 216 (logé dans les « dispositions générales » placées elles-mêmes en tête du titre XI) fait automatiquement déteindre la nature impérative qu'elle renferme sur *l'ensemble* des règles relatives aux baux d'habitation, qu'il s'agisse d'un bail de droit commun, d'un bail de résidence principale, d'un bail de logement étudiant, d'un bail de colocation ou encore d'un bail glissant. Partant, les parties à un contrat de bail à Bruxelles voient leur autonomie circonscrite.

10. La chose est nettement plus complexe en Wallonie, où les trois catégories de natures juridiques (supplétive, impérative et d'ordre public) coexistent. Dans l'ensemble, toutefois, la tendance est la même qu'à Bruxelles (quoique moins appuyée). Pour faire simple, les régimes spécifiques (bail de résidence principale⁽³⁵⁾, colocation⁽³⁶⁾ et bail étudiant⁽³⁷⁾) sont impératifs ; malgré le silence du décret à son endroit, le bail glissant revêt aussi un caractère impératif à notre estime, ne serait-ce que parce qu'il se greffe sur le régime de résidence principale⁽³⁸⁾.

(33) Art. 12 de la section II (« Des règles particulières aux baux de résidence principale du preneur ») du chapitre II (« Du louage des choses ») du titre VIII (« Du contrat de louage ») du livre III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété »), introduite par la loi du 20 février 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer, *M.B.*, 22 février 1991.

(34) On notait des exceptions en effet, comme l'état des lieux (art. 1730, § 3, C. civ.), la correspondance des charges non forfaitaires aux dépenses réelles (art. 1728^{ter}, § 2, C. civ.) ou encore le paiement de l'indu (art. 1728^{quater}, § 2, C. civ.).

(35) Art. 52, § 5, du décret wallon du 15 mars 2018.

(36) Art. 74 du décret wallon du 15 mars 2018.

(37) Art. 84 du décret wallon du 15 mars 2018.

(38) Cf. art. 86, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

Pour sa part, le droit commun est supplétif (puisque le décret n'indique nulle part qu'il est impératif). Par exception, certaines dispositions du droit commun se voient reconnaître expressément ce label impératif : le principe du bail écrit et ses mentions obligatoires(39), la procédure de transcription judiciaire d'un bail oral (40) ainsi que l'établissement de l'état des lieux d'entrée et de son avenant éventuel (mais pas le contenu de ces documents)(41). Il est d'autres dispositions encore du droit commun à accéder au statut impératif, de façon incidente cette fois (parce que les clauses contractuelles contraires sont frappées de nullité par le décret) : le principe de la correspondance des frais et charges aux dépenses réelles (à moins d'un forfait indiqué dans le contrat)(42) et le remboursement de l'indu au bénéfice du preneur(43).

Pour ne rien arranger, certains articles du droit commun (normalement supplétifs) deviennent impératifs lorsqu'ils s'appliquent à un bail de résidence principale(44). On a là les dispositions afférentes aux obligations du bailleur (délivrer la chose louée en bon état de réparations, entretenir celle-ci, faire jouir paisiblement le preneur et ne pas changer la forme du bien)(45), aux réparations locatives(46), aux normes de salubrité(47) et à la garantie du bailleur pour vices et défauts de la chose louée(48). Autrement dit, il ne sera pas possible au bailleur de résidence principale de s'exonérer de ces devoirs, en dépit du fait que les articles en question n'apparaissent *pas* dans le régime de résidence principale. *A contrario*, rien n'empêche juridiquement le bailleur de mettre à la disposition d'un locataire qui a sa résidence principale ailleurs un logement qui foulerait aux pieds les normes les plus élémentaires de salubrité ; pareille largesse semble peu compatible, avouons-le, avec le caractère d'ordre public dont sont parées lesdites normes, à l'estime tant de la doctrine(49) que la juris-

(39) Voy. art. 3, § 5, du décret wallon du 15 mars 2018.

(40) Cf. à nouveau art. 3, § 5, du décret wallon du 15 mars 2018.

(41) Voy. art. 27, § 6, du décret wallon du 15 mars 2018.

(42) Art. 24, § 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(43) Art. 25, § 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(44) Cf. art. 52, § 6, du décret wallon du 15 mars 2018. Rappelons que ce socle général qu'est le droit commun du bail gouverne les points qui ne sont pas traités par un régime spécifique.

(45) Art. 7 du décret wallon du 15 mars 2018.

(46) Art. 8 et 15 du décret wallon du 15 mars 2018.

(47) Art. 9 du décret wallon du 15 mars 2018.

(48) Art. 10 du décret wallon du 15 mars 2018.

(49) Cf. L. THOLOMÉ et Ch.-É. DE FRÉSART, « L'état du bien loué et le bail de rénovation », in *La dé-fédéralisation du bail d'habitation : quel(s) levier(s) pour les Régions ?* (N. BERNARD dir.), *op. cit.*, pp. 39 et s., ainsi que S. GREGOIRE, « Le Code bruxellois du logement sous l'œil du Conseil d'État : le cas des amendes administratives », *Echos log.*, 2009, n° 1-2, p. 38, entre autres auteurs.

prudence (que l'on soit à Bruxelles(50), en Wallonie(51) ou en Flandre(52) – Cour de cassation en tête(53)).

Enfin, l'interdiction pesant sur le bailleur d'exiger du candidat preneur des données non prévues par le décret(54) est déclarée d'ordre public(55). Ne perdons cependant pas de vue que c'est *aux juges et à la doctrine* qu'il revient *in fine* de reconnaître cette nature d'ordre public à des dispositions normatives (ou pas)(56) ; des surprises ne sont peut-être pas à exclure à ce niveau-là d'ailleurs(57).

§ 4. Modernité et délégation

11. Pour ce qui est du fond, maintenant, reconnaissons qu'une volonté de modernité (et/ou de professionnalisme) souffle sur les textes régionaux, puisqu'a disparu par exemple l'énumération (passablement obsolète il est vrai(58)) des réparations locatives(59). À la place, le pouvoir législatif de chaque Région a préféré renvoyer à *l'exécutif*(60), enceinte plus adaptée pour instruire dans le détail ces questions techniques et qui, pour ce faire, s'entoure en règle des conseils experts requis ; sans musarder, du reste, les gouvernements ont donné corps à cette habilitation(61).

(50) Notamment Civ. Bruxelles fr., 24 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, note N. BERNARD, p. 308.

(51) Entre autres J.P. Fontaine-l'Évêque, 25 septembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1797, note N. BERNARD.

(52) J.P. Anvers, 12 janvier 2017, *R.W.*, 2017-2018, p. 749, par exemple.

(53) Notamment Cass., 10 mai 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 985, note A. VAN OEVELEN et N.j.W., 2013, p. 29, note M. DAMBRE.

(54) En dehors de la « finalité légitime » et des « motifs sérieux, proportionnés » (art. 6, al. 3, du décret wallon du 15 mars 2018).

(55) Art. 6, al. 5, du décret wallon du 15 mars 2018.

(56) Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, I, p. 699. Voy. également Cass., 10 mars 1994, *Bull.*, 1994, p. 237.

(57) Voy. sur la question J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public : libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », in *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, insalubrité, PEB)* (N. BERNARD dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 156 et s.

(58) *Exeunt* les « contre-cœurs », « récrépiment » et autres « targettes » de l'antique article 1754 du Code civil.

(59) Voy. les plus sobres art. 223 du Code bruxellois du logement et art. 15 du décret wallon du 15 mars 2018.

(60) Art. 223, § 3, du Code bruxellois du logement et art. 8, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(61) Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 23 novembre 2017 instaurant une liste non-limitative des réparations et travaux d'entretien impérativement à charge du preneur ou impérativement à charge du bailleur visé à l'article 223 du Code du Logement, *M.B.*, 23 novembre 2017 et arrêté du Gouvernement wallon du 28 juin 2018 fixant les modèles-type de baux, d'état des lieux d'entrée, de pacte de colocation ainsi que la liste non limitative des réparations locatives en exécution du décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 31 août 2018.

Loin d'en demeurer là, les parlements régionaux ont également confié aux bons soins des ministres la mise en œuvre des labels(62), la rédaction des baux-types(63) ainsi que l'élaboration de la grille de référence des loyers(64), ce qui renforce encore la tendance à la délégation législative de sujets techniques au Gouvernement.

§ 5. La figure du contrat-type

12. Dans la foulée, un autre caractère remarquable est à épingle : la promotion de la figure du contrat-type dans la matière du bail. Le législateur ordonnanciel a ainsi assigné à l'exécutif la mission de rédiger un « modèle-type » tant pour le contrat de bail(65) que pour l'état des lieux(66). Ici aussi, le Gouvernement bruxellois a fait preuve de diligence(67). Loin d'être en reste, le législateur wallon a confié une mission largement identique à l'exécutif, ce dont ce dernier s'est ici aussi acquitté(68).

Dans tous les cas, ces instruments ne sont pourvus que d'une valeur indicative ; partant, leur utilisation reste purement facultative pour les parties.

13. Mais ces conventions standards recèlent-elles vraiment une utilité dans la mesure où, de toute façon, le droit bruxellois du bail a été intégralement doté d'un caractère impératif(69) (et le décret wallon du 15 mars très largement lui aussi(70)), ce qui les fait automatiquement prévaloir sur toute disposition conventionnelle contraire et empêche en théorie les parties de s'en distancer par contrat. Il y va d'un « objectif d'uniformisation et de clarification », assure l'auteur du texte bruxellois(71) ; et, en Wallonie, « l'une des volontés du Gouvernement en vue d'améliorer le fonctionnement du marché locatif privé est d'élaborer un modèle de bail-type et d'encourager son utilisation, afin de permettre aux parties à un contrat de bail de disposer d'un document comprenant les clauses

(62) Voy. *infra*, n° 87.

(63) Voy. *infra*, n°s 24 et s.

(64) Voy. *infra*, n°s 59 et s.

(65) Art. 218, § 4, du Code bruxellois du logement.

(66) Art. 220, § 2, du Code bruxellois du logement.

(67) Voy. *infra*, n°s 24 et 38 respectivement.

(68) Voy. *infra*, n°s 25 et 38 respectivement.

(69) Art. 216 du Code bruxellois du logement.

(70) Voy. *supra*, n° 10.

(71) Projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/1, p. 16.

minimales que doit comporter un bail d'habitation et des clauses supplémentaires qu'elles pourraient ou non choisir d'adopter » (72).

Il est vrai, en tous cas, qu'un document de cette nature ne peut que favoriser la prise de conscience par les parties de leurs droits et obligations. Et, comme on le verra (73), les modèles de bail finalement adoptés parviennent à faire droit (dans une certaine proportion) à la liberté contractuelle.

§ 6. L'émergence du « label »

14. Il est un autre concept (transversal) à faire son apparition dans les textes portant régionalisation du bail : le label (74). Le principe d'une telle certification est officiellement acquis dans l'ordonnance bruxelloise, aussi bien pour l'habitat dit solidaire (75) que l'habitat intergénérationnel (76) ou encore le logement étudiant (77) ; il en va de même en Wallonie, pour le seul logement étudiant cependant (78). À nouveau, le chantier a déjà abouti à Bruxelles (en ce qui concerne le logement étudiant) (79).

Pour l'habitat solidaire et l'habitat intergénérationnel, toutefois, la finalité de ces labels n'apparaît pas toujours clairement (renforcement des droits du preneur ? brevet de qualité supplémentaire ? obtention d'un taux isolé pour les allocations sociales ? etc.), pas plus d'ailleurs que les critères de son octroi. On reste en attente, au demeurant, de leur concrétisation.

SECTION 3.

MODIFICATIONS PRINCIPALES

15. Il est matériellement impossible, dans une contribution d'une soixantaine de pages, de traiter chacun des (près de) 200 articles de loi

(72) Projet de décret relatif au bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 985/1, p. 7.

(73) Voy. *infra*, n° 24.

(74) Dont le contenu est systématiquement à définir par le Gouvernement.

(75) Art. 262 du Code bruxellois du logement.

(76) *Ibid.*

(77) Art. 254 du Code bruxellois du logement.

(78) Il s'agit là d'un label « logement étudiant *de qualité* » (art. 78 du projet de décret relatif au bail d'habitation, souligné par nous).

(79) Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 novembre 2017 fixant les conditions que doivent remplir les logements d'étudiants en vue d'obtenir le label « logement étudiant de qualité », *M.B.*, 6 décembre 2017.

que comptent, cumulés, les textes bruxellois et wallon portant régionalisation du bail. Aussi a-t-il été décidé de se concentrer sur les *modifications* (principales) apportées au régime locatif par l'ordonnance ou le décret, en plaçant un accent moindre dès lors sur les dispositifs de toute façon repris intégralement, ou presque, par les législateurs fédérés⁽⁸⁰⁾. Ces nouveautés sont à trouver à la fois dans les règles anti-discrimination (§ 1), dans le droit commun du bail (§§ 2 et 3), dans le régime du bail de résidence principale (§§ 3 et 4) ainsi que dans les nouveaux régimes particuliers que sont la colocation, le bail étudiant et le bail glissant (point 5).

Certains dispositifs se trouvent dans le droit commun du bail d'une Région mais dans le régime de résidence principale d'une autre, ce qui a justifié l'insertion de ce § 3, hybride ; les thématiques du précompte immobilier et de l'enregistrement du bail figurent ainsi dans le droit commun à Bruxelles mais dans le régime de résidence principale en Wallonie. Dans leur grande majorité par ailleurs, les changements ici épinglés sont communs, quant à leur thème, aux deux Régions (travaux économiseurs d'énergie, décès du preneur, durée du bail,) ; l'une ou l'autre nouveauté, toutefois, est propre à Bruxelles (information du preneur en cas de mise en vente du bien loué, règlement alternatif des conflits) ou à la Wallonie (assurance incendie), ce qui fera l'objet d'une mention spécifique.

§ 1. Règles anti-discrimination : données exigibles du candidat preneur

16. Les textes bruxellois et wallon cherchent-ils matérialiser l'exigence générale d'égalité de traitement dans la sélection du preneur ? Ont-ils par exemple dressé une liste de documents susceptibles d'être exigés par le bailleur (attendu que toute demande qui excéderait ce cadre – couleur de peau du preneur ou exercice d'un emploi stable, entre autres – serait prohibée) ? Oui, assurément, et dans les deux Régions. À Bruxelles, tout d'abord, le législateur a élaboré une telle liste (sur le mode limitatif) dans laquelle on trouve le nom et le prénom du candidat preneur, l'indication d'un moyen de communication avec ce dernier, tout document permettant d'attester l'identité du preneur et sa capacité de contracter, le nombre

⁽⁸⁰⁾ On songe ainsi, entre autres nombreux exemples, à la prorogation du bail pour circonstances exceptionnelles (art. 250 à 252 du Code bruxellois du logement et art. 56 du décret wallon du 15 mars 2018) ou au lissage du loyer associé aux baux de courte durée « successifs » (art. 241 du Code bruxellois du logement et art. 58, § 2, du décret wallon du 15 mars 2018).

de personnes qui composent le ménage(81) et, enfin, « le montant des ressources financières dont dispose le preneur ou son estimation »(82). On s'étonnera de l'absence dans cette liste de toute question relative aux animaux domestiques du candidat preneur, alors qu'il s'agit d'une demande traditionnelle des bailleurs.

Lui aussi, le décret wallon sur le bail a dressé une liste limitative des renseignements susceptibles d'être demandés par un bailleur ou un agent immobilier à des candidats preneurs. On a là le nom et prénom du ou des candidats preneurs, l'indication d'un moyen de communication avec le candidat, l'adresse du candidat, la date de naissance de ce dernier ou, le cas échéant, une preuve de sa capacité à contracter, la composition de ménage, l'état civil du preneur (s'il est marié ou cohabitant légal), le montant des ressources financières dont dispose le candidat preneur et, enfin, la preuve du paiement des trois derniers loyers(83).

17. Certains bailleurs ont coutume de demander aux candidats preneurs non seulement la hauteur de leurs revenus mais aussi leur *provenance* (ce qui leur permet d'évincer les allocataires sociaux par exemple). Cette pratique est-elle autorisée par les textes bruxellois et wallon ? Non. Il est dit explicitement à Bruxelles par exemple que « ni l'origine ni la nature des ressources ne peuvent être prises en considération par le bailleur pour refuser un logement »(84). Par-là, les autorités font œuvre de compromis : elles ratifient une pratique existante (demander au candidat locataire combien il gagne), tout en observant une recommandation issue de la Commission de la protection de la vie privée(85) (sur l'interdiction de s'enquérir de la *provenance* des revenus)(86). Et la ministre bruxelloise du Logement de donner des moyens (parfois très concrets) pour parvenir à tenir ces deux caps en même temps(87). Ceci étant, les bailleurs, sans de-

(81) Cette information est importante à la fois pour vérifier la bonne adéquation des lieux et calculer les provisions de charges. Pour autant, une « composition de ménage » en bonne et due forme n'est pas en soi exigée (B. LOUVEAUX, *Droit du bail. Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale, op. cit.*, pp. 198 et 199).

(82) Art. 200ter, § 1^{er}, 1^o à 5^o, du Code bruxellois du logement.

(83) Art. 6, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(84) Art. 200ter, § 3, du Code bruxellois du logement.

(85) Rebaptisée « Autorité de protection des données » le 25 mai 2018.

(86) Recommandation n° 01/2009 du 18 mars 2009 aux bailleurs et agents immobiliers relative au traitement des données des candidats locataires, SE/08/128, pts 64 et s.

(87) « Le montant des ressources du preneur peut être vérifié par la production de documents attestant de ses revenus, tels que, notamment, une fiche de salaire ou de traitement, des extraits de compte bancaire, des allocations de chômage, des allocations de mutuelle, des allocations pour personnes handicapées. L'identité du débiteur des revenus ne peut en principe pas être sollicitée par le bailleur. À cette fin, l'identité du débiteur peut, par exemple, être noircie sur des extraits de compte. Cependant, et pour autant qu'il ait des raisons légitimes de douter de la véracité des documents communiqués, les travaux préparatoires indiquent

mander à connaître le montant mensuel dont dispose le preneur, aiment parfois à connaître le nom de l'employeur de celui-ci, histoire de pouvoir opérer une saisie-arrêt éventuelle sur le salaire en cas d'arriéré de loyer.

Le régime est identique en Wallonie. Seul, ici aussi, « le *montant* des ressources financières dont dispose le candidat-preneur » peut être exigé par le bailleur(88), pas la provenance de celles-ci.

18. Par ailleurs, certains bailleurs ont pour habitude d'exiger des candidats preneurs qu'ils apportent la preuve de la régularité du paiement du loyer associé au bail précédent (ce qui leur permet d'écarter ceux qu'ils ne jugent pas suffisamment solvables ou fiables). Cette pratique est-elle autorisée par les textes bruxellois et wallon ? À Bruxelles, non, puisque ce type de renseignement ne figure pas dans la liste (limitative) des documents autorisés.

En Wallonie, par contre, « [l]a preuve du paiement des trois derniers loyers » fait partie de la liste des renseignements admis(89). Relevons cependant que, dans certains cas, il ne sera tout simplement pas possible de livrer cette preuve ; qu'on songe à des personnes qui sortent de situations de sans-abri ou qui n'ont jamais été locataires auparavant, à des ex-détenus, à des jeunes femmes qui ont été hébergées temporairement dans des maisons maternelles, à ceux qui ont été accueillis chez un parent ou des connaissances, etc. Pour ces raisons, solliciter du candidat preneur une preuve du paiement des trois derniers mois de loyer peut paraître « intrusif »(90). En tout état de cause, cette disposition controversée(91) offre le principal soutien juridique au recours en annulation (partiel) introduit à l'encontre du décret wallon(92).

19. Que se passe-t-il si, dans le présent contexte, le preneur communique au bailleur des informations erronées ? Il s'expose alors aux « sanctions prévues par le Code civil », avertit l'ordonnance du 27 juillet 2017(93), sans autre forme de précision. « Il peut s'agir par exemple de dommages

que le bailleur peut solliciter l'identité du débiteur de revenus, s'il motive sa demande par des éléments objectifs et raisonnables » (projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, rapport fait au nom de la commission du Logement, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/2, p. 60).

(88) Art. 6, al. 2, 7°, du décret wallon du 15 mars 2018, souligné par nous.

(89) Art. 6, al. 2, 8°, du décret wallon du 15 mars 2018.

(90) Selon le mot d'I. DURANT, « Le bail d'habitation en Région wallonne. Cadre générique et dispositions générales », *op. cit.*, p. 55.

(91) Cette information a-t-elle un rapport immédiat avec la capacité du preneur, *hic et nunc*, d'assumer financièrement le loyer ; le passé, en d'autres termes, préfigure-t-il toujours l'avenir ?

(92) Voy. *infra*, n° 98.

(93) Art. 217, § 3, du Code bruxellois du logement.

et intérêts en raison d'une faute précontractuelle », précisent les travaux préparatoires(94). Plus globalement, ce sont les principes de la responsabilité contractuelle(95) et de la responsabilité extracontractuelle(96) qui sont en jeu ici. Ceci étant, une disposition de ce type peine à exciper d'une véritable valeur ajoutée, ces sanctions s'appliquant *de toute façon* en effet (même sans mention dans le Code bruxellois du logement)(97).

En Wallonie, par contre, rien n'est prévu.

§ 2. Bail de droit commun (dans les deux Régions)

a) Articulation du droit commun avec le régime du bail de résidence principale

20. À l'instar de leur homologue fédéral(98), les législateurs bruxellois et wallon déploient le droit commun du bail d'une part(99) et, de l'autre, le régime spécifique des baux portant sur la résidence principale du preneur(100). Comme avant, un rapport d'étroite complémentarité unit les deux. Le droit commun constitue le socle normatif général de la matière du bail, qui s'applique de manière universelle mais uniquement à défaut de réglementation particulière. Toutefois, et parce que le preneur ayant affecté le bien loué à sa résidence principale requiert une protection renforcée, le régime du bail de résidence principale prend la liberté, sur certains points(101), de préciser le droit commun ou d'y déroger(102). Ce

(94) Projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/1, p. 16.

(95) Art. 1147 C. civ.

(96) Art. 1382 C. civ.

(97) Ce que n'a pas manqué de relever le Conseil d'État d'ailleurs : « Le législateur régional bruxellois ne doit pas prévoir que les règles générales en matière de droit des obligations, dont la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, sont applicables. En effet, cette application découle des dispositions pertinentes du Code civil lui-même » (projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, avis du Conseil d'État, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/1, p. 124).

(98) À l'échelle fédérale, voy. d'un côté les art. 1714 à 1762bis C. civ. (formant le droit commun du bail) et, de l'autre, la section 2 (« Des règles particulières aux baux de résidence principale du preneur ») du chapitre II (« Du louage des choses ») du titre VIII (« Du contrat de louage ») du livre III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété »), introduite par la loi du 20 février 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer, *M.B.*, 22 février 1991.

(99) Voy. les chapitres II du titre XI du Code bruxellois du logement et, respectivement, du décret wallon du 15 mars 2018.

(100) Voy. les chapitres III du titre XI du Code bruxellois du logement et, respectivement, du décret wallon du 15 mars 2018.

(101) La durée du bail par exemple (les art. 237 à 239 du Code bruxellois du logement et l'art 55 du décret wallon du 15 mars 2018 aujourd'hui et, hier, art. 3 de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.).

(102) Au nom du principe général de droit *Lex specialis derogat legi generali*.

qui signifie, en creux, que les points qui ne seraient *pas* abordés par le régime du bail de résidence principale restent pleinement soumis alors au droit commun⁽¹⁰³⁾.

21. Une particularité est à noter cependant ici (par rapport au schéma fédéral). C'est que plusieurs *autres* régimes spécifiques (et totalement inédits) font leur apparition aux côtés du bail de résidence principale : le bail de logement étudiant⁽¹⁰⁴⁾, la colocation⁽¹⁰⁵⁾, l'habitat intergénérationnel et solidaire⁽¹⁰⁶⁾ et, enfin, le bail glissant (chapitre VII du titre XI). Fatalement, le champ d'application matériel du droit commun se rétrécit d'autant (les étudiants par exemple constituant auparavant son « public » principal).

b) Information précontractuelle

22. En ce qui concerne les modifications de fond touchant au droit commun, commençons par relever que les législateurs régionaux imposent désormais au bailleur de fournir aux candidats locataires (par l'entremise notamment de toute communication publique ou officielle⁽¹⁰⁷⁾) une série d'informations relatives au logement. Par-là, il s'agit à la fois d'améliorer la transparence du marché locatif, de permettre au candidat locataire de se décider en connaissance de cause et, *last but not least*, de prévenir tout risque de discrimination⁽¹⁰⁸⁾.

Ce devoir s'appliquait déjà au certificat PEB⁽¹⁰⁹⁾ ainsi qu'au montant du loyer et des charges communes⁽¹¹⁰⁾ ; il est élargi à une batterie d'autres

(103) L'état des lieux par exemple (art. 220 du Code bruxellois du logement et art. 27 du décret wallon du 15 mars 2018 aujourd'hui et, hier, les art. 1730 et 1731 C. civ. — quoique ces derniers articles n'ont pas disparu avec la régionalisation du bail à Bruxelles, comme le renseigne, en creux, art. 16, § 3, de l'ordonnance du 27 juillet 2017).

(104) Chapitre IV du titre XI du Code bruxellois du logement et chapitre V du décret wallon du 15 mars 2018.

(105) Chapitre V du titre XI du Code bruxellois du logement et chapitre IV du décret wallon du 15 mars 2018.

(106) Voy. les chapitres VI du titre XI du Code bruxellois du logement et, respectivement, du décret wallon du 15 mars 2018.

(107) De type publicité par exemple.

(108) L'affichage obligatoire du loyer empêche en effet certains propriétaires peu scrupuleux de faire varier le prix de la location en fonction du type de candidat locataire (entendez : surélever subitement le loyer si se présente un individu de couleur par exemple).

(109) Voy. art. 2.2.14, § 1^{er}, du Code bruxellois de l'air, du climat et de la maîtrise de l'énergie ainsi que les art. 34, § 4, et 36 du décret wallon du 28 novembre 2013 relatif à la performance énergétique des bâtiments, M.B., 27 décembre 2013.

(110) Art. 1716, al. 1^{er}, C. civ.

renseignements. À Bruxelles : les charges privatives(111), la description du logement, l'existence ou non de compteurs individuels pour l'eau, le gaz et l'électricité, le mode de gestion de l'immeuble,(112). En Wallonie : le montant du loyer hors charges, le montant des charges communes éventuelles, le caractère forfaitaire ou provisionnel des charges privatives et communes éventuelles ainsi que le montant des charges privatives lorsqu'elles ont un caractère forfaitaire(113). Relevons toutefois que si le support de l'annonce locative se trouve être une affichette (papier) « à louer »(114), il sera malaisé d'y faire tenir l'ensemble des informations requises.

23. Quelle(s) sanction(s) les législateurs a-t-il prévue(s) pour faire respecter leur prescrit ? À Bruxelles comme en Wallonie : la traditionnelle amende administrative (à actionner par la commune en cas de manquement)(115), déjà d'application auparavant(116).

En sus, la Région bruxelloise, soucieuse de pallier un zèle parfois défaillant de la part des pouvoirs locaux, a instauré un nouveau type de sanction : la résolution judiciaire(117). Cette voie peut cependant être questionnée. En effet, une telle sanction se décide en cas de manquement (de la part de l'une ou d'autre des parties) à un devoir contractuel, alors que la présente obligation est d'ordre *précontractuel*. Et le trouble s'épaissit lorsque l'on s'avise que les travaux préparatoires convoquent, eux, le terme de « résiliation »(118).

Il est, à côté de la résolution du bail, un deuxième type de sanction (civile) à Bruxelles : si le bailleur a « sciemment omis » de communiquer une « information complète et exacte » quant aux charges communes, le juge « limite » le montant des charges dues par le preneur à celui qui a été communiqué avant la conclusion du bail(119).

(111) Pour autant qu'elles soient forfaitaires.

(112) Art. 217, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(113) Art. 5, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(114) À l'ancienne, en quelque sorte.

(115) Art. 217, § 2, al. 3, du Code bruxellois du logement et art. 5, § 2, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(116) Art. 1716, al. 2 et 3, du Code civil.

(117) Art. 217, § 2, du Code bruxellois du logement

(118) Projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Rég. Brux.-Cap., 2016-2017, n° A-488/1, p. 15.

(119) Art. 217, § 2, al. 2, du Code bruxellois du logement.

c) Bail-type

24. Le 12 juillet 2018, comme annoncé⁽¹²⁰⁾, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a adopté le bail-type⁽¹²¹⁾... ou plutôt, *les* baux-types. Car on trouve là pas moins de six modèles de bail : un « contrat de bail de résidence principale », un « contrat de bail de droit commun », un « contrat de bail de colocation (résidence principale) », un « contrat de bail de colocation (droit commun) », un « contrat de bail étudiant (résidence principale) » ainsi qu'un « contrat de bail étudiant (droit commun) »⁽¹²²⁾.

Quatre enseignements peuvent être tirés de cet arrêté. D'abord, on n'y trouve nulle trace du bail glissant malheureusement, pas plus que du pacte de location. À titre de comparaison, le législateur wallon y a pourvu⁽¹²³⁾.

Ensuite, le modèle ne fait pas que reprendre les dispositions issues de l'ordonnance du 27 juillet 2017, puisqu'il contient aussi « d'autres dispositions bien connues de la pratique qui concernent des sujets non réglementés » (et non autrement précisés)⁽¹²⁴⁾. Parmi ces sujets, on peut identifier les intérêts de retard (pour le loyer)⁽¹²⁵⁾ et l'assurance incendie⁽¹²⁶⁾, notamment.

Par ailleurs, pour attirer l'attention des parties sur les quelques clauses « purement indicatives [...] que les parties peuvent modifier comme elles le souhaitent », celles-ci apparaissent en *grisé* dans le texte. En autres illustrations, on trouve la clause de désignation de l'expert pour l'établissement de l'état des lieux d'entrée⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁰⁾ Voy. *supra*, n° 12.

⁽¹²¹⁾ Arrêté d'exécution du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 12 juillet 2018 instaurant un modèle-type de bail à valeur indicative, *M.B.*, 6 août 2018.

⁽¹²²⁾ Cf. les annexes 1 à 6 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 12 juillet 2018.

⁽¹²³⁾ Annexe 9 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 juin 2018 fixant les modèles-type de baux, d'état des lieux d'entrée, de pacte de colocation ainsi que la liste non limitative des réparations locatives en exécution du décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 31 août 2018.

⁽¹²⁴⁾ Voy. l'« observation importante » qui ouvre chacune de ces six conventions.

⁽¹²⁵⁾ Cf. art. 4.3 des contrats de bail de résidence principale et de droit commun, art. 5.3 des contrats de colocation (résidence principale ou droit commun), art. 4.2 du contrat de bail étudiant (résidence principale) et art. 4.3 du contrat de bail étudiant (droit commun).

⁽¹²⁶⁾ Cf. art. 15 du contrat de bail de résidence principale, art. 14 du contrat de bail de droit commun, art. 16 du contrat de colocation (résidence principale), art. 15 du contrat de colocation (droit commun), art. 15 du contrat de bail étudiant (résidence principale) et art. 14 du contrat de bail étudiant (droit commun).

⁽¹²⁷⁾ Cf. art. 8.1 des contrats de bail de résidence principale et de droit commun, art. 9.1 des contrats de colocation (résidence principale ou droit commun) et art. 8.1 des contrats de bail étudiant (résidence principale ou droit commun).

Enfin, et dans le même but de favoriser autant que possible l'autonomie contractuelle (en dépit d'un environnement réglementaire impératif), les modèles prévoient sur certains points des « cases à cocher » (lorsque l'ordonnance « prévoit plusieurs possibilités »). À cet égard, la garantie locative fait figure d'exemple emblématique(128).

25. L'exécutif wallon a lui aussi fait diligence, par l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 juin 2018(129). Sept modèles indicatifs sont proposés (un par type de bail d'habitation) : contrat de bail de droit commun, contrat de bail de résidence principale, contrat de bail de colocation de droit commun, contrat de bail de colocation de résidence principale, contrat de bail étudiant de droit commun, contrat de bail étudiant de résidence principale et, enfin, contrat de bail glissant(130).

Toutefois, ces modèles de bail-type risquent de rencontrer peu de succès auprès des parties, à notre estime. Si les points essentiels s'y trouvent, ces documents restent muets sur une série d'aspects pratiques de la vie courante d'une location et n'abordent pas certaines questions juridiques. Pointons autre autres les modifications autorisées ou non au bien loué et le sort éventuel des travaux à la fin du bail, la tolérance d'animaux, l'expropriation, l'affichage et les visites en cas de vente ou mise en location du bien loué, l'existence des statuts et du règlement d'ordre intérieur (si le bien loué est sis dans une copropriété), les retards de paiement et la fixation du taux d'intérêt, la résolution du bail aux torts des parties et la fixation des indemnités de rupture ou de relocation, la solidarité, l'élection de domicile, etc.

26. Le bail-type, quelles que soient sa nature et la Région dont il est issu, oblige-t-il les parties à y recourir ? Non ; en l'état, il n'est pourvu que d'une « valeur indicative »(131), on l'a dit. Attention : si l'utilisation du bail-type est facultative, les normes de fond y enchâssées ne peuvent être écartées lorsqu'elles sont d'ordre impératif (statut auquel l'ordonnance

(128) Cf. art. 7 des contrats de bail de résidence principale et de droit commun, art. 8 des contrats de colocation (résidence principale ou droit commun et, art. 7 du contrat de bail étudiant (résidence principale ou droit commun).

(129) Arrêté du Gouvernement wallon du 28 juin 2018 fixant les modèles-type de baux, d'état des lieux d'entrée, de pacte de colocation ainsi que la liste non limitative des réparations locatives en exécution du décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 31 août 2018.

(130) Cf. les annexes 1, 2, 3, 4, 5, 6 et 10 respectivement de l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 juin 2018.

(131) Art. 218, § 4, du Code bruxellois du logement et art. 3, § 4, du décret wallon du 15 mars 2018.

bruxelloise par exemple émerge intégralement(132)). On peut négliger le modèle, en d'autres termes, mais pas son contenu.

d) Annexe explicative

27. « Le Gouvernement rédige une annexe contenant une explication des dispositions légales », confie l'ordonnance du 27 juillet 2017, dans une même visée pédagogique(133) ; et cette annexe doit être « obligatoirement jointe aux contrats de bail »(134). *Idem* en Wallonie : « Le Gouvernement rédige une annexe pour chaque type de baux, contenant une explication synthétique et pédagogique des dispositions légales »(135).

La démarche est incontestablement salubre. La non connaissance par les justiciables d'une législation certes toujours plus complexe et en inflation constante hypothèque gravement en effet la bonne application du droit du bail. Déjà, l'autorité fédérale s'était astreinte à cette tâche à l'époque(136) ; son *alter ego* bruxellois prolonge l'effort. Dont acte : le 31 mai 2018, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a adopté cette annexe explicative(137) et, le 5 juillet 2018, c'était au tour du Gouvernement wallon(138).

28. Son caractère louable n'exonère pas l'annexe de questionnements(139). Entre autres, la signature éventuelle par les parties de ce document a-t-elle pour effet d'ériger celui-ci en instrument contraignant ? *Quid* par ailleurs si la jurisprudence (dont on sait que l'annexe la répercute dans une certaine mesure) évolue ? Ou si la loi est modifiée ultérieurement (sans que bouge l'annexe) ?

(132) La situation est plus contrastée en Wallonie. Voy. *supra*, n° 10.

(133) Art. 218, § 5, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(134) Art. 218, § 5, al. 2, du Code bruxellois du logement.

(135) Art. 3, § 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(136) Art. 11bis de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil et arrêté royal du 4 mai 2007 pris en exécution de art. 11bis du livre III, titre VIII, chapitre II, section 2, C. civ., *M.B.*, 21 mai 2007, *err.* 31 mai 2007, 21 août 2009 et 16 février 2010.

(137) Arrêté d'exécution du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 31 mai 2018 instaurant une annexe explicative en application de l'article 218, § 5, du Code bruxellois du Logement, *M.B.*, 8 juin 2018.

(138) Arrêté du Gouvernement wallon du 5 juillet 2018 fixant les annexes pour chaque type de baux, la liste des travaux économiseurs d'énergie et la liste des personnes morales autorisées à pratiquer le bail glissant en exécution du décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 3 octobre 2018.

(139) Soulevés notamment par B. LOUVEAUX, *Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale*, *op. cit.*, pp. 224 et s.

Plus fondamentalement, que se passe-t-il si l'annexe contient une erreur ? Précisément, à l'instar de son homologue fédéral de l'époque (140), l'exécutif bruxellois a entaché d'une faute son texte. En matière d'aliénation du bien loué et d'opposabilité d'un bail dépourvu de date certaine (141), celui-ci renseigne que l'acquéreur du logement occupé par le locataire depuis plus de six mois doit exciper d'un des deux motifs (classiques) de résiliation suivants pour mettre fin au contrat : occupation personnelle ou réalisation de travaux importants (142). Fort bien... si ce n'est que l'ordonnance du 27 juillet 2017 avait autorisé un *troisième* cas de figure (la résiliation sans motif mais moyennant indemnité (143)), totalement occulté ici ! Plus que fâcheux pour un document officiel censé apporter une « explication » sur la loi, on en conviendra... Il reste à espérer que, comme le Roi l'a fait à l'époque (144), le Gouvernement bruxellois va réparer son erreur en publiant prochainement une version de l'annexe expurgée de toute faute. Il semble toutefois que ce ne soit toujours pas le cas.

29. Quelle(s) sanction(s) les législateurs bruxellois et wallon ont-ils imaginée(s) en cas d'absence de ce document ? C'est simple : aucune.

e) État du bien loué

i. Régime normal

30. Précédemment, et malgré que les entités fédérées ne fussent point compétentes pour la matière du bail, tout bien loué devait respecter

(140) Le texte, dans sa première version (parue au *Moniteur belge* du 21 mai 2007) était entaché d'une grossière erreur (qui faisait courir le délai de préavis le premier jour du mois au cours duquel celui-ci avait été donné, plutôt que le premier jour *du mois suivant*), contraignant ainsi l'exécutif à remplacer en catastrophe l'annexe litigieuse par une nouvelle (publiée dix jours plus tard), alors que la loi du 25 avril 2007 était déjà en vigueur !

(141) Comprenez : un bail non enregistré, essentiellement.

(142) Voy. le point 10 (« Quelles sont les règles en cas de transmission du bien ? ») de l'annexe, à la page 48.287 du *Moniteur belge* du 8 juin 2018.

(143) « Dans ce cas [absence de date certaine du bail portant sur un bien vendu mais occupé depuis six mois au moins par le locataire], l'acquéreur peut cependant mettre fin au bail, à tout moment, pour les motifs et dans les conditions visées à l'article 237, § 2, 3 et 4 [...] », admet en effet l'article 229, alinéa 3, du Code bruxellois du logement, qui renvoie donc expressément au paragraphe 4 de l'article 237, relatif à la résiliation du bail sans motif mais moyennant indemnité.

(144) Pour rappel, l'arrêté royal du 4 mai 2007 contenant l'annexe fédérale a d'abord paru au *Moniteur belge* du 21 mai 2007, avant de connaître à nouveau les honneurs d'une telle publication le 31 mai 2007 (et, par la suite encore, les 21 août 2009 et 16 février 2010).

un *double* corps de normes de salubrité : fédérales(145) et régionales(146). Une certaine confusion s'ensuivait, que les législateurs bruxellois et wallon ont dissipé heureusement... en tirant un trait définitif sur les prescriptions fédérales(147).

On a donc là un alignement pur et simple des paramètres civils de salubrité sur leurs équivalents administratifs (et bruxellois). Le fait est tout sauf anodin car ces derniers se caractérisent par un haut degré de sévérité, nettement plus élevé en tous cas que des normes fédérales délibérément conçues sur un mode minimal afin de ne pas empiéter sur les attributions des entités fédérées(148) (le logement en l'occurrence(149)) ; ce, alors même que les arrêtés régionaux étaient encore dans les limbes à l'époque.

Une conséquence devrait découler de ce surcroît de sévérité : la multiplication des décisions judiciaires aboutissant à la dissolution du bail pour cause d'insalubrité. Ce risque peut toutefois être relativisé dans la mesure où les réglementations régionales aménagent déjà – et de manière judiciaire – des facultés de dérogation(150).

31. Il reste que la dichotomie de procédures à enclencher par le locataire confronté à une situation d'insalubrité (et débouchant sur des sanctions elles-mêmes différentes) n'a pas changé, ce qui peut également décontenancer.

Il peut par exemple saisir un magistrat en vue d'exercer son option entre résolution judiciaire du bail et exécution forcée des travaux (option organisée par la législation fédérale(151), que les législateurs ordon-

(145) Art. 2, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ. Cf. aussi l'arrêt royal du 8 juillet 1997 déterminant les conditions minimales à remplir pour qu'un bien immeuble donné en location à titre de résidence principale soit conforme aux exigences élémentaires de sécurité, de salubrité de d'habitabilité, *M.B.*, 21 août 1997.

(146) Bruxelles : art. 4 du Code bruxellois du logement et arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2003 déterminant les exigences élémentaires en matière de sécurité, de salubrité et d'équipement des logements, *M.B.*, 19 septembre 2003. Wallonie : art. 3, 3*bis* et 4 du Code wallon du logement et de l'habitat durable et arrêté du Gouvernement wallon du 30 août 2007 déterminant les critères minimaux de salubrité, les critères de surpeuplement et portant les définitions visées à l'article 1^{er}, 1^{er} à 22^{bis}, du Code wallon du logement, *M.B.*, 30 octobre 2007.

(147) Lire en creux art. 219, § 2, du Code bruxellois du logement (ainsi que art. 16, § 4, de l'ordonnance du 27 juillet 2017) et art. 9, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(148) Cf. le projet de loi modifiant certaines dispositions en matière de baux, rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Renaat Landuyt, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 49-717/7, p. 24.

(149) Art. 6, § 1^{er}, IV, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980 et art. 4, al. 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, *M.B.*, 14 janvier 1989.

(150) Voy. notamment art. 7, § 3, al. 7, 2^e tiret, du Code bruxellois du logement et art. de 19 arrêté du Gouvernement wallon du 30 août 2007.

(151) Art. 2, § 1^{er}, al. 6, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

nancier et décréto ont opportunément maintenue(152)). Une exigence préalable conditionne cependant aujourd'hui le choix du preneur : que « la non-conformité ne lui [soit] pas imputable »(153). Autrement dit, on subordonne l'exercice de l'option à l'absence de responsabilité du locataire dans la survenance du problème de salubrité.

Toutefois, il est aussi loisible au preneur d'emprunter la voie administrative plutôt et de déposer plainte auprès de l'administration régionale du logement DIRL(154), dont la décision (sur laquelle il n'a pas de prise) pourra conduire à une fermeture du bien(155).

32. De manière heureuse, l'ordonnance du 27 juillet 2017 donne une indication sur le sort (civil) du bail portant sur un bien frappé par une interdiction (administrative) à la location, ce que le décret wallon ne fait pas. Objet de vifs débats en doctrine(156), cette question est enfin tranchée(157) : le contrat de location subira ainsi la caducité si cette interdiction intervient postérieurement à sa conclusion, et une annulation si elle lui est postérieure (car c'est en pleine connaissance de cause que le bailleur aurait alors décidé de contracter, ce qui requiert une sanction plus forte(158)). Dans les deux cas, la sanction sera « de plein droit » et le bailleur peut devoir au preneur une indemnité, susceptible d'inclure les « frais de relogement » de ce dernier(159).

33. Relativement peu usité dans la matière du bail, ce concept de caducité mérite indubitablement un approfondissement. En fait, la caducité désigne la dissolution d'une convention devenue impossible à exécuter (en nature) du fait de la disparition de son objet en cours de contrat(160). Elle se distingue de la nullité (qui sanctionne un contrat dont il a manqué

(152) Art. 219, § 3, du Code bruxellois du logement et art. 9, § 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(153) Art. 219, § 3, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 9, § 2, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(154) La Direction de l'inspection régionale du logement du Service public de la Région de Bruxelles-Capitale (DIRL) ou, en Wallonie, la Direction générale opérationnelle n° 4 (DGO4).

(155) Art. 7, § 3, et art. 8 du Code bruxellois du logement, et art. 7, al. 3, du Code wallon du logement et de l'habitat durable.

(156) Cf. entre autres L. THOLOMÉ et Ch.-É. DE FRÉSART, « L'état du bien loué et le bail de rénovation », *op. cit.*, pp. 42 et s., ainsi que N. BERNARD « L'impact sur le contrat de bail des règles prises par les Régions en matière de salubrité, d'urbanisme et de performance énergétique. Position de la question », *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*, *op. cit.*, pp. 9 et s.

(157) Art. 219, § 4, al. 1^{er} et 2, du Code bruxellois du logement.

(158) Alors que la caducité n'agit que pour l'avenir, la nullité est rétroactive et, de ce fait, implique la restitution des prestations réciproques (le bailleur rendant au preneur les loyers versés et, en retour, celui-ci versant à celui-là une indemnité d'occupation censée refléter la jouissance tirée du bien loué – et qui peut donc être minorée en cas problème de salubrité).

(159) Art. 219, § 4, al. 4, du Code bruxellois du logement.

(160) Cf. entre autres P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 942 et s.

un élément essentiel au moment de sa *conclusion*), comme de la résolution (qui s'enclenche en cas de manquement *fautif* de l'une des parties à ses obligations). Conceptuellement, déjà, le choix de la caducité paraît judicieux puisque l'interdiction à la location doit ici être *postérieure* à la signature de la convention.

Quelles conséquences emporte ce mode d'extinction du contrat ? On peut en pointer trois. D'abord, la caducité n'agit que pour *l'avenir* (alors que la nullité par exemple a un effet rétroactif⁽¹⁶¹⁾), ce qui présente l'avantage de faire l'économie de la restitution des prestations réciproques, exercice délicat s'il en est (même s'il peut aboutir à offrir une compensation pécuniaire au preneur⁽¹⁶²⁾). Ensuite, la caducité peut parfaitement s'accompagner d'un dédommagement (pour autant, naturellement, que l'impossibilité soit fautive et ait causé un tel préjudice). Enfin, la caducité opère en dehors de toute intervention d'un juge ; liée intimement à cette circonstance très objective qu'est la disparition de l'objet du contrat, la terminaison de ce dernier s'obtient automatiquement⁽¹⁶³⁾, ce qui dispense du passage en justice⁽¹⁶⁴⁾.

ii. *L'ancien marchand de sommeil*

34. À côté du cas de figure de l'interdiction à la location antérieure à la passation du bail, la sanction de la nullité frappe également, à Bruxelles, le contrat de location (associé à un bien qui contrevient aux normes régionales) dont le bailleur a, dans les dix années qui ont précédé, encouru une

(161) Ayant manqué d'un élément essentiel dès sa conclusion, le contrat nul est censé en effet n'avoir jamais existé.

(162) Rétroactive par essence (affecté par un défaut dès l'origine, le contrat est censé n'avoir jamais existé), la nullité suppose le remboursement au preneur des loyers indûment perçus par le bailleur. En retour, celui-ci jouira d'une indemnité d'occupation reflétant l'avantage dont a bénéficié le locataire, en termes d'hébergement, durant l'exécution du contrat annulé. Les juges procèdent, en règle, à une compensation entre les deux montants. Certains d'entre eux, toutefois, n'hésitent pas à *minorer* cette indemnité d'occupation, en fonction du degré d'insalubrité du bien et de l'ampleur des manquements du propriétaire. Le solde (c'est-à-dire la différence entre les loyers restitués au preneur et l'indemnité d'occupation par lui versée) sert à réparer le locataire des troubles de jouissance qu'il a subis. Voy. par exemple J.P. Grâce-Hollogne, 23 juin 2000, *Échos log.*, 2001, p. 17, note L. THOLOMÉ et J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 29 mai 1996, *Échos log.*, 1997, p. 14. Sur le sujet, cf. entre autres J. BAEKE, « Restitutie na vernietiging van woninghuurovereenkomst wegens overtreding van gewestelijke woonkwaliteitsnormen », *T.B.O.*, 2013, pp. 108 à 114.

(163) « Si cette impossibilité [d'exécution] est contestée, la question peut bien sûr – conformément au droit commun – être portée devant le juge, mais celui-ci ne fera que constater, *a posteriori*, l'extinction [...] de l'obligation » (R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies* (R. JAFFERALI dir.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 188).

(164) La caducité ne nécessitant même pas de mise en demeure préalable (contrairement ici aussi à la résolution).

condamnation en état de récidive comme marchand de sommeil⁽¹⁶⁵⁾. Ce, indépendamment ici de toute interdiction à la location éventuelle.

35. Cette solution interroge toutefois, à un triple titre. D'abord, c'est parce que son propriétaire traîne un lourd passé derrière lui que le bien loué subit la sanction la plus forte, même si l'état du logement ne le requiert pas *in se*. Est-on fondé toutefois, pour décider aujourd'hui du sort d'un logement insalubre, de se référer à une situation *antérieure* (vieille d'il y a dix ans peut-être) ? Ce, qui plus lorsque cette situation révolue n'a rien à voir avec le présent bien ? De fait, la nullité s'applique même si le logement qui a valu alors au propriétaire sa condamnation *est un autre* que celui qui est épinglé actuellement par la Direction de l'Inspection régionale du logement.

Ensuite, la sanction de la nullité peut apparaître comme disproportionnée dès lors que la nullité peut s'enclencher *avant* toute interdiction à la location.

Enfin, le bailleur n'est pas le seul à essuyer la sévérité de l'ordonnance du 27 juillet 2017 puisque le législateur a dépouillé ici le preneur de l'option qu'il aurait dû avoir entre la résolution du bail et l'exécution forcée⁽¹⁶⁶⁾. Son tort ? Avoir contracté avec un ancien marchand de sommeil, ce dont il ne pouvait évidemment pas se douter. L'illogisme, en tous cas, n'a pas échappé au Conseil d'État⁽¹⁶⁷⁾.

f) Assurance incendie (en Wallonie uniquement)

36. En cas d'incendie, le locataire en répond (sauf s'il apporte la preuve contraire), dispose en substance le décret wallon sur le bail⁽¹⁶⁸⁾,

(165) Art. 219, § 5, du Code bruxellois du logement. La législation relative aux marchands de sommeil à est à trouver aux art. 433*decies* et s. du Code pénal. Sur cette loi, voy. Ch.-É. CLESSE et F. LUGENTZ, « Les marchands de sommeil », in *Les infractions*, vol. 2, *Les infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 663 et s., ainsi que B. LOUVEAUX et N. BERNARD, « La responsabilité pénale des parties au contrat de bail », *Jurimpratique*, 2010/1, pp. 103 et s.

(166) « *Par dérogation au paragraphe 3* [afférent à ladite option], le juge civil prononce la nullité du bail... », énonce en effet l'article 219, § 5, du Code bruxellois du logement (souligné par nous).

(167) « La question se pose dès lors de savoir si l'exclusion de cette possibilité [l'option précitée] est proportionnée à l'objectif poursuivi par les auteurs du projet, à savoir la protection du preneur. Dans certains cas, les intérêts du preneur, même à l'égard d'un bailleur condamné depuis moins de dix ans et en état de récidive en application du livre II, titre VIII, chapitre III*quater*, du Code pénal, sont mieux protégés par l'exécution de travaux nécessaires à la mise en conformité du bien loué avec les exigences élémentaires de sécurité, de salubrité et d'équipement que par la nullité du bail » (projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, avis du Conseil d'État, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/1, p. 126).

(168) Art. 17, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

dans la ligne du régime précédent(169). Toutefois, la souscription d'une assurance couvrant la responsabilité du preneur n'était jusqu'à présent pas rendue obligatoire (même si la plupart des contrats l'imposaient). Aujourd'hui, elle l'est ; par là, le législateur « vise à responsabiliser le preneur »(170). Dès lors, pour tout bail d'habitation conclu ou renouvelé à partir du 1^{er} septembre 2018 (date d'entrée en vigueur du décret wallon sur le bail(171)), la responsabilité du preneur en cas d'incendie « est couverte par une assurance »(172). Et c'est « préalablement à l'entrée dans les lieux » que, sauf accord contraire des parties, l'assurance devra être souscrite(173).

37. Vu l'importance de l'enjeu, le législateur wallon s'appesantit sur les modalités probatoires. Ainsi le preneur est-il censé « apporter la preuve du paiement des primes » dans le mois suivant l'entrée dans les lieux(174). Et l'opération doit se répéter « annuellement »(175) ; par-là, « il s'agit d'éviter que le preneur ne résilie son assurance après avoir apporté la preuve dans le mois de son entrée dans les lieux », expliquent les travaux préparatoires(176).

Quid en cas de manquement à cette obligation (au début ou en cours de bail) ? Le bailleur est fondé à « solliciter auprès de son organisme assureur assurant l'habitation d'ajouter, au profit du preneur, une clause d'abandon de recours à son contrat d'assurance "habitation" »(177). Concrètement, détaille l'auteur du texte, « l'assurance "habitation" du bailleur ne pourra plus dès lors se retourner vers le preneur, éventuellement responsable d'un incendie, pour récupérer totalement ou partiellement le montant de l'indemnisation qu'elle aura versée au bailleur consécutivement à un sinistre »(178). Une surprime découlera logiquement de cette extension de couverture, à charge du titulaire du contrat d'assurance qu'est le bailleur, mais ce dernier est autorisé par le texte à en « répercuter le coût au

(169) Art. 1733 C. civ.

(170) Projet de décret relatif au bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 985/1, p. 10.

(171) Art. 94 du décret wallon du 15 mars 2018.

(172) Art. 17, § 2, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(173) *Ibid.*

(174) Art. 17, § 2, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(175) *Ibid.*

(176) Projet de décret relatif au bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 985/1, p. 10.

(177) Art. 17, § 2, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(178) Projet de décret relatif au bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 985/1, p. 10.

preneur » (179). En tout état de cause, « la franchise peut être laissée à charge du preneur si sa responsabilité est engagée » (180).

Par ailleurs, le preneur doit apporter « annuellement » la preuve du paiement des primes (181). Si le preneur reste en défaut d'apporter la preuve du paiement des primes dans le mois suivant l'entrée dans les lieux ou, ultérieurement, dans le mois suivant la date anniversaire de l'entrée dans les lieux, le bailleur peut solliciter auprès de son organisme assureur assurant l'habitation d'ajouter, au profit du preneur, une clause d'abandon de recours à son contrat d'assurance « habitation ». Dans ce cas, il peut en répercuter le coût au preneur. La franchise peut être laissée à charge du preneur si sa responsabilité est engagée.

g) État des lieux

i. État des lieux d'entrée

38. Les gouvernements bruxellois et wallon ont reçu mission tous deux d'arrêter un « modèle-type d'état des lieux d'entrée à valeur indicative » (182). Sans musarder, ils se sont exécutés (par arrêtés des 19 octobre 2017 (183) et 28 juin 2018 (184) respectivement).

Il reste à espérer que la longueur de ces nouveaux documents officiels (22 pages à Bruxelles – agrémentées d'une annexe explicative de 8 nouvelles pages – et 27 pages en Wallonie !) ne rebute pas les parties (185). Le risque d'un manque d'effectivité est d'autant plus aigu que ce modèle-type reste d'usage facultatif pour les parties (puisqu'il a « valeur indicative »). Ceci étant, si les parties peuvent se passer du modèle régional, elles restent

(179) Art. 17, § 2, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(180) Art. 17, § 2, al. 2, *in fine*, du décret wallon du 15 mars 2018.

(181) Art. 17, § 2, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(182) Art. 220, § 2, du Code bruxellois du logement et art. 27, § 1^{er}, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(183) Arrêté d'exécution du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 octobre 2017 instaurant un modèle-type d'état des lieux à valeur indicative, *M.B.*, 6 novembre 2017, *err.* 28 novembre 2017. Pour l'anecdote, signalons que, dans la première publication de cet arrêté (celle du 6 novembre 2017), le Gouvernement avait omis d'annexer le modèle-type ! Ce, en plus d'indiquer « ? ? ? » comme date de l'ordonnance portant régionalisation du bail. Heureusement, cette double erreur a été réparée par l'arrêté du 10 novembre 2017 (publié le 28 novembre 2017).

(184) Arrêté du Gouvernement wallon du 28 juin 2018 fixant les modèles-type de baux, d'état des lieux d'entrée, de pacte de colocation ainsi que la liste non limitative des réparations locatives en exécution du décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 31 août 2018.

(185) Et l'on n'a pris en compte ici que la version française.

tenues d'inclure dans leur propre document les mentions imposées par l'ordonnance (186) et le décret wallon (187).

39. Si les parties décident de l'utiliser, que le preneur observe alors une complète vigilance (et suive une parfaite discipline), car on avertit expressément dans le modèle bruxellois : « Si aucun dégât n'est mentionné dans le texte de l'état des lieux, les parties reconnaissent que tout ce qui y est décrit est intact, non défraîchi [*sic*] – taillé – souillé et en bon état [...] ». Voilà dès lors les locataires (plus qu')invités à passer au crible ce long document ; il n'est pas sûr, toutefois, que tous s'y astreindront (ou auront les moyens socio-culturels pour le faire)... Au passage, cette phrase ne va pas sans présenter un certain porte-à-faux avec la philosophie même de l'article 1731 du Code civil (188).

ii. *État des lieux de sortie*

40. Nouveauté : l'hypothèse d'un état des lieux *de sortie* est instituée. Chaque partie est libre dorénavant *d'exiger* l'établissement d'un état des lieux de sortie, que l'on soit à Bruxelles (189) ou en Wallonie (190). Cet état des lieux est contradictoire et s'établit à frais partagés (191). Aucune modalité de rédaction de l'état des lieux n'étant précisée dans le texte, on en déduit que ce document peut aussi bien être dressé par les parties elles-mêmes que par un expert choisi par elles.

Signalons cependant que, contrairement à l'état des lieux d'entrée, l'état des lieux de sortie n'est *pas* imposé par la législation régionale. Là où, à Bruxelles et en Wallonie, les cocontractants « dressent » le premier (192), « chaque partie *peut* requérir l'établissement » du second (193).

41. À Bruxelles comme en Wallonie, l'état des lieux de sortie sera rédigé après la libération des lieux par le preneur, mais *avant* la restitution des

(186) En vertu de l'article 220, § 1^{er}, al. 2, du Code bruxellois du logement.

(187) Art. 27, § 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(188) « S'il n'a pas été fait d'état des lieux détaillé, le preneur est présumé avoir reçu la chose louée dans le même état que celui où elle se trouve à la fin du bail, sauf la preuve contraire, qui peut être fournie par toutes voies de droit » (art. 1730, § 1^{er}, C. civ.).

(189) Comme l'indique le verbe « requérir » utilisé par le législateur (art. 220, § 3, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement).

(190) Comme l'indique le verbe « requérir » utilisé par le législateur (art. 27, § 4, du décret wallon du 15 mars 2018).

(191) Art. 220, § 3, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 27, § 4, du décret wallon du 15 mars 2018.

(192) Art. 220, § 1^{er}, al. 2, du Code bruxellois du logement et art. 27, § 1^{er}, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(193) Art. 220, § 3, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement (souligné par nous) et art. 27, § 4, du décret wallon du 15 mars 2018 (souligné par nous).

clefs au bailleur(194), ce qui semble logique. Rien n'empêche cependant les parties, si elles y consentent (et pourvu qu'il n'y ait pas de discussion sur l'imputabilité d'éventuels dommages), d'établir l'état des lieux avant le départ du locataire ou, à l'inverse, après que le bailleur ait repris possession des lieux(195).

Par ailleurs, en cas de désaccord des parties, le juge désignera un expert pour procéder à l'état des lieux, pourvu que le magistrat soit saisi « avant la date de remise des clefs »(196). Cette dernière précision « contraint pratiquement le bailleur à refuser la remise des clefs et est de nature à entraîner une indisponibilité prolongée des lieux »(197) ; en l'état, cette antériorité de la saisine du juge risque de priver le dispositif de toute application. Quoi qu'il en soit, le jugement est exécutoire nonobstant opposition et n'est pas susceptible d'appel(198) ; il faut éviter précisément une trop longue mise hors circuit du logement.

42. Signalons encore qu'une première décision de justice a été prononcée sur ce point en Wallonie. « S'il a été fait un état des lieux détaillé entre le bailleur et le preneur, celui-ci doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue, suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure », dispose (dans la ligne du régime précédent(199)) le décret du 15 mars 2018(200), qui complète : « Le preneur répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute »(201) (dans le droit fil à nouveau de la loi fédérale(202)). Le tribunal civil de Liège y a vu une « obligation de résultat » dans le chef du preneur, attendu que « s'il appartient au bailleur de rapporter la preuve des dégradations dont il se prévaut, la preuve d'une cause étrangère libératoire est à la charge du locataire ». À cet égard, le refus du bailleur de signer l'état des lieux de sortie « démontre à suffisance l'existence de dégâts locatifs ». Dès lors par ailleurs que le preneur est resté en défaut de fournir la preuve que ces dégâts, apparus

(194) Art. 220, § 3, al. 2, du Code bruxellois du logement et art. 27, § 5, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(195) B. LOUVEAUX, *Droit du bail. Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale*, op. cit., p. 583.

(196) Art. 220, § 3, al. 3, du Code bruxellois du logement et art. 27, § 5, al. 3, du décret wallon du 15 mars 2018.

(197) B. LOUVEAUX, *Droit du bail. Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale*, op. cit., p. 583.

(198) Art. 220, § 3, al. 3, du Code bruxellois du logement et art. 27, § 5, al. 3, du décret wallon du 15 mars 2018. Cf. également art. 1397 du Code judiciaire.

(199) Art. 1731 C. civ.

(200) Art. 28, § 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(201) Art. 16 du décret wallon du 15 mars 2018.

(202) Art. 1732 C. civ.

depuis l'état des lieux d'entrée (qui a été établi contradictoirement, lui), « sont dus à la vétusté », le coût de la remise en état du bien incombe au preneur(203).

h) Travaux économiseurs d'énergie

43. La question énergétique a acquis aujourd'hui une importance dont le pouvoir fédéral était moins conscient (voire pas du tout) au jour de l'adoption de ses législations sur le bail(204). Il était logique dès lors que les Régions répercutent dans leur texte sur le bail cette préoccupation, absente *ab initio* ; ce, au-delà de la nécessaire mise à disposition du locataire du certificat PEB (acquise depuis un certain temps(205)). L'ont-elles fait ? Assurément !

À Bruxelles, par exemple, le bailleur a reçu le « droit » d'exécuter dans le bien loué « tous travaux destinés à améliorer la performance énergétique du logement »(206) ; ce, en cours de bail(207), et sans l'accord du preneur le cas échéant.

Il en va de même en Wallonie, où législateur a purement et simplement assimilé les « travaux économiseurs d'énergie » aux « réparations urgentes » que le bailleur est fondé à imposer à son cocontractant en cours de contrat (et que le preneur est tenu de souffrir)(208).

44. Au rang des conditions, pointons qu'à Bruxelles, le bail doit être d'une durée de neuf ans ou davantage, les travaux ne peuvent durer plus de deux mois et aucune « réduction de jouissance déraisonnable du logement » ne saurait en découler(209). Même, une augmentation de loyer pourra être décidée (à la fois pour amortir les frais exposés par le bailleur et compenser la baisse de la facture énergétique du locataire), de l'accord des deux parties toutefois ici(210).

(203) Civ. Liège (div. Liège), 28 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019 (à paraître).

(204) La législation sur les baux de résidence principale date de 1991 en effet (loi du 20 février 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer, *M.B.*, 22 février 1991) et le droit commun du bail... de 1804 (année d'adoption du Code civil).

(205) Art. 2.2.14 du Code bruxellois de l'air, du climat et de la maîtrise de l'énergie (et, historiquement, art. 17 et s. de l'ordonnance du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale du 7 juin 2007 relative à la performance énergétique et au climat intérieur des bâtiments, *M.B.*, 11 juillet 2007) et art. 34, § 1^{er}, du décret du 28 novembre 2013 relatif à la performance énergétique des bâtiments, *M.B.*, 27 décembre 2013.

(206) Art. 221, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(207) À l'instar *mutatis mutandis* du régime prévu pour les « réparations urgentes » (art. 1724 C. civ., conservé par le législateur régional – ainsi qu'il résulte de l'article 16, § 3, de l'ordonnance du 27 juillet 2017).

(208) Art. 21, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(209) Art. 221, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(210) Art. 221, § 2, du Code bruxellois du logement.

Le texte de loi appelle cependant trois remarques. En l'état actuel, il n'interdit nullement au bailleur de lancer un tel chantier énergétique en *fin de bail* ; dans ce cas-là, le preneur subirait les inconvénients de l'opération (avec son cortège d'inévitables nuisances) *sans* en tirer un quelconque avantage (puisque'il sera invité à quitter les lieux une fois les travaux achevés)(211), ce qui semble peu conforme à l'esprit de la disposition (212).

Dans un registre approchant, on peut s'étonner de voir le bailleur conserver intactes ici ses facultés de résiliation anticipée du contrat de neuf ans. Dès lors, l'ordonnance du 27 juillet 2017 ne saurait empêcher l'intéressé de mettre un terme prématuré au contrat (213) *juste après* la réfection (214), ce qui ne paraît pas davantage compatible avec la philosophie de l'article 221 du Code bruxellois du logement.

Concernant, enfin, le relèvement possible du loyer (de l'accord des parties seulement), un minimum de réalisme s'impose. Dans la pratique, et vu le contexte actuel de pénurie de logements, le preneur ne jouit que d'une marge de négociation très faible face à son bailleur (en position incontestablement dominante). Aussi, le locataire n'aura pas réellement le pouvoir de refuser une telle augmentation s'il veut espérer prolonger son séjour au sein du bien loué par-delà l'expiration du contrat (ou, plus immédiatement, éviter une résiliation anticipée).

45. Pour ce qui est maintenant des exigences en vigueur en Wallonie, peuvent être seuls réalisés dans le bien loué les travaux économiseurs d'énergie « dont la liste est établie par le Gouvernement sont réalisés aux conditions fixées par celui-ci »(215). L'exécutif s'est exécuté (216), prestement, mais il renvoie à un autre arrêté (217) (dans un souci – compréhensible – de transversalité) ; partant, les travaux économiseurs d'énergie au sens du décret sur le bail sont tout simplement les travaux éligibles à l'octroi d'une prime « favorisant les économies d'énergie et la rénovation

(211) B. LOUVEAUX, *Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale, op. cit.*, p. 545.

(212) Si le législateur a décidé de faire subir au preneur de tels travaux en cours de location, fût-ce contre le gré de celui-ci, c'est pour lui permettre en contrepartie de jouir après coup du gain énergétique qui en découle.

(213) Pour occupation personnelle par exemple ou sans motif mais moyennant indemnité.

(214) Et pourvu naturellement que les conditions associées au motif de résiliation choisi soient remplies.

(215) Art. 21, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(216) Arrêté du Gouvernement wallon du 5 juillet 2018 fixant les annexes pour chaque type de baux, la liste des travaux économiseurs d'énergie et la liste des personnes morales autorisées à pratiquer le bail glissant en exécution du décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 3 octobre 2018.

(217) Arrêté du Gouvernement wallon du 26 mars 2015 instaurant un régime de primes aux particuliers favorisant les économies d'énergies et la rénovation des logements, *M.B.*, 1^{er} avril 2015.

des logements »(218). Concrètement, peuvent prétendre à cette prime les investissements dans les logements (dont la première occupation en tant que logement à titre principal date d'au minimum vingt ans) ayant au moins l'un des objets suivants : la réalisation d'un audit énergétique, l'isolation thermique du toit ou des combles, l'isolation thermique des murs en contact avec l'ambiance extérieure ou un espace non chauffé ou qui n'est pas à l'abri du gel, l'isolation thermique des planchers, ainsi que l'installation d'une chaudière au gaz naturel à condensation, d'une pompe à chaleur pour l'eau chaude sanitaire, d'une pompe à chaleur chauffage (ou combinée), d'une chaudière biomasse ou encore d'un chauffe-eau solaire(219). Ce sont donc ces travaux économiseurs d'énergie précis que le bailleur est autorisé à entreprendre en cours de bail, et pas d'autres.

i) Réparations

46. Les gouvernements régionaux ont été investis de la mission de rédiger un arrêté qui énumère les différents types de réparations (et leurs débiteurs respectifs) (220), comme l'avait été leur *alter ego* fédéral à l'époque (221). Mais alors que ce dernier n'a jamais accouché du texte promis (222), les exécutifs bruxellois et wallon ont fait diligence, par arrêtés du 23 novembre 2017 (223) et du 28 juin 2018 (224) respectivement.

47. Dans le cadre restreint de cette contribution, concentrons-nous sur le document bruxellois (dont, au demeurant, le texte wallon n'est guère éloigné). D'abord, reconnaissons qu'il fait preuve de complétude puisque, à côté des réparations *sensu stricto* (225), l'arrêté règle la question des éventuels ascenseurs, du chauffage, de l'électricité et du conditionnement d'air (226). Le mérite en revient notamment à la jurisprudence et aux

(218) Art. 2 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 5 juillet 2018.

(219) Art. 6, § 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 mars 2015.

(220) Art. 223, § 3, du Code bruxellois du logement et art. 8, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(221) Art. 2, § 2, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(222) Les exécutifs fédéraux successifs avaient alors instauré alors une sorte de moratoire de fait sur toute initiative dans le domaine du droit du bail ; il fallait éviter en effet de couper l'herbe sous le pied des instances régionales qu'on pressentait déjà à l'époque appelées prochainement à hériter de cette compétence.

(223) Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 23 novembre 2017 instaurant une liste non-limitative des réparations et travaux d'entretien impérativement à charge du preneur ou impérativement à charge du bailleur visé à l'article 223 du Code du Logement, *M.B.*, 8 décembre 2017.

(224) Annexe 7 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 juin 2018 fixant les modèles-type de baux, d'état des lieux d'entrée, de pacte de colocation ainsi que la liste non limitative des réparations locatives en exécution du décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 31 août 2018.

(225) Annexe 1 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 23 novembre 2017.

(226) Annexes 2 à 5 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 23 novembre 2017.

riches travaux de l'Union des géomètres experts de Belgique, dans lesquels a puisé manifestement l'auteur de l'arrêt.

Ensuite, concernant les réparations, le texte énonce une série de « principes généraux » qui ont « inspiré » la rédaction de la liste. Au-delà des prescriptions déjà contenues dans le Code, on y trouve des éléments intéressants. Relèvent du bailleur par exemple les réparations consécutives à « la force majeure », au « vice de construction », à la « malfaçon », de même que le « remplacement des éléments en panne ou défectueux » (pour autant que le preneur l'en ait avisé et n'ait aucune responsabilité dans l'apparition problème). Dans la ligne, ledit preneur, chargé de manière générale de se comporter « de façon raisonnable et prévoyante », est tenu de prévenir le bailleur de « toutes défectuosités ou anomalies » dans le bien loué, à défaut de quoi « il s'expose à devoir supporter l'aggravation des dommages causés par sa passivité ».

Par ailleurs, les responsabilités du preneur comme du bailleur sont soigneusement renseignées dans la liste, une judicieuse présentation graphique en deux colonnes permettant de visualiser aisément leurs champs d'interventions respectifs.

Enfin, les réparations mises à charge du locataire sont décrites avec nettement plus de précision que celles qui incombent au bailleur (libellées souvent sous la forme « autres réparations »). Se manifeste ici, mais à l'intérieur d'un type de réparation donné seulement, la préoccupation d'instituer une sorte de catégorie résiduelle (à charge du bailleur), pour éviter que certains travaux n'échoient à personne et attribuer à l'un ou l'autre des cocontractants les réparations qui n'auraient pas été envisagées expressément par l'exécutif. À titre de comparaison, c'est ce qu'il manque à notre estime dans l'arrêt wallon.

j) Sous-location

48. La question de la sous-location voyait antérieurement s'opposer droit commun du bail (autorisation de la sous-location, sauf dérogation contractuelle)(227) et régime de résidence principale (inversion du schéma : la sous-location n'était admise que de l'accord exprès du

(227) « 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 » (art. 1717, al. 1^{er}, C. civ.).

propriétaire)(228). Qu'ont décidé ici les législateurs régionaux ? Ils ont abrogé le régime propre au bail résidence principale, non sans en emprunter la sévérité pour l'importer au sein du droit commun. « Le preneur peut sous-louer le bien loué avec l'accord exprès ou tacite du bailleur », lit-on dans l'ordonnance(229). La tournure positive de la phrase ne doit pas tromper : à l'instar de la cession de bail(230), la sous-location n'est pas de droit, puisqu'elle requiert le *fiat* du bailleur. Elle est bel et bien vue comme l'exception. Et la formulation est plus claire en Wallonie : « La sous-location est interdite sauf accord écrit et préalable du bailleur »(231).

Le droit commun du bail, dès lors, connaît un renversement de paradigme par rapport à la situation antérieure (quand seule une dérogation conventionnelle pouvait priver le preneur de sa faculté de donner le bien en sous-location). Conséquence : les sous-locations risquent d'être plus rares encore à l'avenir. Ce, alors que cette formule est prisée par un grand nombre de preneurs, étudiants et/ou colocataires au premier chef (formules d'habitat en croissance par ailleurs). Cet état de fait ne serait pas trop grave encore si, dans le même temps, le régime du bail de logement étudiant et/ou de la colocation avai(en)t prévu une facilitation de la sous-location... ce qui n'a été fait qu'en Wallonie, et à propos du seul bail étudiant(232).

49. Une particularité procédurale est à épingle à Bruxelles : comme pour la cession du bail(233), le « projet de sous-location » est notifié par le preneur (via courrier recommandé) au bailleur, au moins quinze jours avant sa conclusion(234). Ce projet comprend « toutes les données d'identification du sous-locataire »(235), en conformité toujours avec l'article 200ter, § 2, du Code du logement (afférent au « document standardisé » répertoriant les données exigibles du candidat preneur sélectionné(236)... document toujours inexistant à ce jour). *A contrario*, le locataire n'est pas tenu de transmettre au bailleur le projet de *contrat* de sous-location par exemple(237).

(228) « [Le preneur] peut sous-louer une partie de ce bien avec l'accord du bailleur [...] » (art. 4, § 2, al. 2, *in limine*, de la section II du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.).

(229) Art. 230, § 5, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(230) Art. 230, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 49 du décret wallon du 15 mars 2018.

(231) Art. 47, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(232) Voy. *infra*, n° 86.

(233) Art. 230, § 2, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(234) Art. 230, § 5, al. 2, première phrase, du Code bruxellois du logement.

(235) Art. 230, § 5, al. 2, seconde phrase, du Code bruxellois du logement.

(236) Art. 200ter, § 2, du Code bruxellois du logement.

(237) B. LOUVEAUX, *Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale*, op. cit., p. 859.

Toutefois, et par opposition ici à la cession de bail (238), il n'est rien dit de la marge de manœuvre du bailleur quant à l'identité du sous-locataire (ou, plus formellement, quant au projet de sous-location). On en infère qu'il n'a *pas* le pouvoir de refuser ce dernier, car l'ordonnance ne prévoit rien de tel ; si le législateur l'avait voulu, il l'aurait exprimé avec plus de netteté, puisqu'il l'a bien fait avec la cession de bail (239). Et, de manière générale, les exceptions s'interprètent restrictivement. N'oublions pas, en finale, que l'accord à donner par le bailleur peut être « tacite » (240) et que, précisément, une absence de réponse de sa part peut raisonnablement s'y apparenter. Il n'empêche, on peut se demander à quoi peut bien servir alors la transmission au bailleur du « projet de sous-location » si, de toute façon, l'intéressé n'a pas les moyens de s'y opposer.

k) Décès du preneur

i. Le principe

50. Le décès du preneur (survivant) a souvent été source de tracasseries pour le bailleur. En effet, et contrairement à ce qui est prévu pour le logement social (241), cet événement ne met *pas fin* au contrat de bail. Or, en cas de succession en déshérence par exemple, le propriétaire éprouve des difficultés à récupérer l'arriéré de loyer (qui continue à enfler à proportion que le bail perdure). Par surcroît, il est impuissant à faire libérer les lieux avant la désignation d'un curateur à succession vacante, ce qui prend un certain temps.

51. Aussi, les législateurs régionaux ont tous deux renversé le régime et, dorénavant, prévoient la dissolution du bail dans cette hypothèse ; ce, dans le double but de libérer le bailleur sans tarder et de lui permettre de réintroduire le bien sur le marché locatif. Les modalités diffèrent toutefois.

À Bruxelles, la question de la résiliation ne se posera que « si le logement est inoccupé après ce décès par les membres du ménage du

(238) Où il est dit *expressis verbis* que le bailleur a le droit de refuser (art. 230, § 2, al. 2, du Code bruxellois du logement).

(239) Art. 230, § 2, al. 2 et 3, du Code bruxellois du logement.

(240) Art. 230, § 5, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(241) Art. 28, § 5, du contrat-type de bail en vigueur dans le secteur du logement social à Bruxelles – que cette convention soit à durée indéterminée ou déterminée (annexe IV et VI respectivement de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 septembre 1996 organisant la location des habitations gérées par la Société du logement de la Région bruxelloise ou par les sociétés immobilières de service public, *M.B.*, 14 novembre 1996).

preneur » (242) et si, cumulativement, le loyer et/ou les charges demeurent impayés pendant deux mois à partir du trépas (243). Et, même à ce moment, toute automaticité est écartée puisque le bailleur « peut considérer le bail comme résilié » (244), sans obligation de sa part. On le voit, l'éventuel occupant jouit d'une considération certaine.

Une préoccupation similaire existe en Wallonie. Si le bail « est résilié » de plein droit trois mois après le décès du preneur, sans préavis ni indemnité (245), « toute personne domiciliée dans les lieux loués depuis plus de six mois à la date du décès du preneur dispose d'un délai d'un mois prenant cours le jour du décès du preneur pour notifier au bailleur sa volonté de reprendre le bail » (246), attendu qu'une absence de réponse de la part de ce dernier emporte son acceptation (247).

52. *Quid* de la garantie locative ? La résiliation éventuelle du bail confère le droit au bailleur de « faire libérer la garantie locative à son profit, à concurrence des montants qui lui sont dus », par le truchement d'une requête unilatérale introduite auprès du juge compétent (248). Ce dernier, à cette occasion, exercera un contrôle sur le respect effectif des conditions mises par le législateur à la dissolution du contrat ; sont notamment visés à Bruxelles, pour l'essentiel, une durée minimale (de deux mois) entre le décès du preneur et la demande de résolution ainsi que (et cumulativement) le non-paiement du loyer pendant ce laps de temps.

Les premières décisions de justice viennent de tomber ; elles témoignent de la réalité de ce contrôle. Dès lors par exemple que « le bailleur ne fournit aucune précision quant au paiement du loyer [ou plutôt, quant au non-paiement] », et en l'absence d'une « date plus précise » du décès (249), le juge de paix de Woluwe-Saint-Pierre a repoussé la requête du bailleur, l'estimant « à tout le moins prématurée » (250). En sens inverse, son homologue de Forest a eu l'occasion, lui, de constater que les loyers « n'ont pas été honorés » depuis le décès (dont la date est ici attestée), ce qui justifie la

(242) Sans que la qualité de membre du ménage soit définie, malheureusement.

(243) Art. 232, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(244) Sans préavis ni indemnité.

(245) Art. 46, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(246) Art. 46, § 2, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(247) Art. 46, § 2, al. 3, du décret wallon du 15 mars 2018.

(248) Art. 232, al. 3, du Code bruxellois du logement et 46, § 4, du décret wallon du 15 mars 2018.

(249) Plus précise en tous cas que le jour simplement de la découverte du cadavre dans les lieux loués.

(250) J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 24 septembre 2018, *J.J.P.*, 2019 (à paraître).

résiliation du bail, assortie de la libération de la garantie locative au profit du bailleur (pour compenser l'arriéré locatif) (251).

ii. *Les meubles*

53. Quel sort est réservé aux meubles éventuels restant dans le bien ? À Bruxelles, le bailleur « peut [en] disposer librement » (252). L'expression est quelque peu trompeuse cependant puisque cela doit se faire dans le plein respect de la loi sur les biens trouvés en dehors des propriétés privées ou mis sur la voie publique en exécution de jugements d'expulsion (253) ; or, en vertu de cette législation, celui qui trouve un tel bien « doit le remettre, sans retard, à une administration communale, de préférence à celle du lieu où ce bien a été trouvé » (254).

Trois questions au moins restent en suspens. D'abord, l'ordonnance ne dit rien – pas davantage que les travaux préparatoires – des *frais* liés au dépôt des meubles à la commune. Le silence du texte, par conséquent, rend hasardeuse toute mise à charge du bailleur de cette somme à notre estime ; déjà que celui-ci doit quérir physiquement les meubles et les amener à la commune... Dans sa toute première version, l'ordonnance prévoyait que « les frais éventuels de stockage des meubles sont à charge de la succession » ; la phrase a disparu, mais le problème demeure. Est-ce alors aux *pouvoirs locaux* de s'acquitter de ce coût (255) ? La chose est incertaine également. En tous cas, on les sait réticents à accepter des objets dont ils devront assumer eux-mêmes le coût de la garde. Dès lors, des problèmes d'effectivité (de la présence disposition) sont à attendre.

Par ailleurs, le bailleur doit-il obtenir un titre exécutoire pour pénétrer dans le logement (et s'emparer des meubles notamment) ? Ici aussi, les travaux préparatoires se taisent malheureusement. Dans la double mesure où le bien est inhabité (ce qui relativise l'atteinte au droit constitutionnel à la protection du domicile (256)) et où entrer dans celui-ci est nécessaire au bailleur pour exercer la mission que la loi lui a confiée (prendre possession des meubles), on est enclin à la négative.

(251) J.P. Forest, 21 septembre 2018, *J.J.P.*, 2019 (à paraître).

(252) Art. 232, al. 2, du Code bruxellois du logement.

(253) Loi du 30 décembre 1975 concernant les biens trouvés en dehors des propriétés privées ou mis sur la voie publique en exécution de jugements d'expulsion, *M.B.*, 17 janvier 1976.

(254) Art. 1^{er}, al. 1^{er}.

(255) Sauf s'il est fait application de l'article 5 de la loi du 30 décembre 1975.

(256) Art. 15 de la Constitution.

Enfin, comment concilier cette obligation (de remise des effets du locataire défunt à l'autorité locale concernée) avec le privilège du bailleur, instauré par la loi hypothécaire (257), sur les meubles garnissant le bien loué (258) ? En effet, si le bailleur n'a d'autre choix que de confier les biens à la commune, comment pourra-t-il encore les « réaliser » pour apurer son éventuelle créance à l'égard du preneur ? Et, en amont, la sûreté réelle est-elle toujours d'application puisque les meubles ne garnissent *plus* l'habitation (placés qu'ils sont au dépôt communal) ? Le Conseil d'État (259) avait soulevé la question *in illo tempore* (260), sans être entendu.

54. Qu'en est-il en Wallonie cette fois ? Le bailleur est tenu de mander un huissier, aux fins de réaliser un « inventaire des biens présents dans l'habitation » (261). Et, lorsque le contrat de location prend fin formellement (soit à l'issue du délai de trois mois qui suit le décès du preneur (262)), le bailleur « dispose » alors des effets du défunt, « en bon père de famille » et « à charge des ayants droit du preneur décédé » (263).

Que recouvre exactement cette obligation de gestion en bon père de famille ? Et qui en assume le coût ? Sur ces questions, les travaux préparatoires expliquent que « le bailleur en dispose en bon père de famille (évacuation, conservation dans un garde-meuble, vente, etc.) aux frais des ayants droit » (264).

(257) Art. 20, 1^o.

(258) Voy. également art. 1752 C. civ. : « Le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer ». Cette disposition continue à s'appliquer à Bruxelles en dépit de la régionalisation du bail (ainsi que le renseigne, lu en creux, art. 16, § 3, de l'ordonnance du 27 juillet 2017).

(259) Projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, avis du Conseil d'État, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n^o A-488/1, p. 132.

(260) La remarque avait été émise à l'époque où l'avant-projet d'ordonnance prévoyait, en lieu et place du dépôt communal, que « le bailleur veille à ce que les meubles du preneur soient préservés. Les frais éventuels de stockage des meubles sont à charge de la succession ». Le constat posé alors par le Conseil d'État semble pouvoir prospérer toujours dans le présent contexte.

(261) Art. 46, § 3, al. 2, première phrase, du décret wallon du 15 mars 2018.

(262) Art. 46, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(263) Art. 46, § 3, al. 2, seconde phrase, du décret wallon du 15 mars 2018.

(264) Projet de décret relatif au bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n^o 985/1, p. 13.

I) Règlement alternatif des conflits (à Bruxelles uniquement)

55. Les modes alternatifs de règlement des conflits ont le vent en poupe actuellement (265), médiation en tête (266). Ceux qui y recourent y voient (à raison) le moyen le plus sûr d'obtenir une décision rapide, peu onéreuse, correctement exécutée (pour la raison simple que les parties ont directement contribué à son élaboration) et qui, *last but not least*, évite souvent la rupture de la relation locative. Il était logique dès lors que le législateur bruxellois intègre cette évolution dans son ordonnance sur le bail, ce qui fut fait.

56. Concrètement, « les parties peuvent régler leur différend à l'amiable en recourant aux services d'un médiateur agréé ou à tout autre processus alternatif », expose le texte (267). Pour le détail de cette offre de modes alternatifs de règlement des conflits, il est renvoyé (268) à l'annexe explicative censée agréer tous les contrats de bail (269). À la manœuvre pour la rédaction de ce document, l'exécutif effectivement décliné différentes solutions possibles (270), en incluant la conciliation d'ailleurs (271).

Pour louable (et dans l'air du temps) soit-elle, l'insertion au sein de l'ordonnance relative au bail de la figure de la médiation n'est pas décisive *in se*. C'est que la loi du 21 février 2005 (272) avait *déjà* admis cette possibilité, en matière de bail y compris (273). De sorte que le présent article 233 du Code du logement se présente davantage comme un rappel adressé aux

(265) Voy. notamment le n° 1/2014 de *Jurimpratique* (« Les modes alternatifs de règlement des conflits »).

(266) Cf. entre autres Th. MARCHANDISE (dir.), *Une autre justice possible ? La médiation dans tous ses états*, Bruxelles, Larcier, 2015.

(267) Art. 233, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(268) Par art. 233, § 1^{er}, *in fine*, du Code bruxellois du logement.

(269) Dont le principe est institué par l'article 218, § 5, du Code bruxellois du logement.

(270) Arrêté d'exécution du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 31 mai 2018 instaurant une annexe explicative en application de l'article 218, § 5 du Code bruxellois du Logement, *M.B.*, 8 juin 2018.

(271) Le Gouvernement oublie cependant de préciser que la conciliation est généralement l'œuvre d'un *magistrat* (« il entre dans la mission du juge de concilier les parties » : art. 731, al. 1^{er}, C. jud.) et qu'elle intervient dans le cadre d'une procédure contentieuse (« toute demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction, peut être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à fin de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction » : art. 731, al. 2, C. jud.). Par opposition, la médiation se déroule *en dehors* du monde de la justice précisément, sous la houlette d'un médiateur, chargé de faire accoucher les parties de leur propre solution ; n'étant pas un juge, le médiateur apparaît comme un véritable tiers extérieur à l'affaire. On le voit, les deux processus accusent de substantielles différences et ne doivent pas être assimilés l'un à l'autre.

(272) Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005.

(273) Art. 1724 à 1737 C. jud.

parties que comme l'instigateur d'une possibilité nouvelle ; sa portée est d'ordre symbolique essentiellement.

57. À côté de la médiation, l'ordonnance du 27 juillet 2017 ouvre à l'arbitrage les portes du Code bruxellois du logement. Ici aussi, la nouveauté est purement textuelle, car un très grand nombre de baux contenait *déjà* une telle clause d'arbitrage(274). Toutefois, si le texte consacre formellement le principe de l'arbitrage, il en limite immédiatement l'application. Et ce, de manière très significative puisque ce n'est qu'« après la naissance du différend » que les parties sont autorisées à soumettre celui-ci à un arbitre(275) ; corrélativement, toute clause d'arbitrage décidée *avant* la survenance du conflit « est réputée non écrite »(276).

Comment l'auteur de l'ordonnance justifie-t-il cette limitation ? Il importe « d'éviter les abus », peut-on lire dans les travaux préparatoires. « Il est en effet fréquent que les contrats de bail contiennent des clauses d'arbitrage contraignant les parties à soumettre leurs litiges à un arbitre précisément désigné, sans toutefois que les parties ne perçoivent toutes les implications et conséquences, notamment pratiques et financières, qui découlent de l'insertion d'une telle clause au sein du contrat de bail. En outre, ce type de clause est régulièrement utilisé pour faire échec à la compétence des juges de paix, qui sont pourtant les juges naturels des litiges locatifs »(277). En tous cas, cette restriction aura des effets lourds dès lors que l'écrasante majorité des clauses d'arbitrage est insérée *ab initio* dans les contrats de bail, dès l'amont donc(278). Mais il est vrai que de nombreux baux-types gratuits circulent sur internet(279), comprenant déjà une telle clause d'arbitrage. Conséquence : les parties qui utilisent ce type de convention la paraphent sans trop y regarder généralement, ne réalisant point qu'elles s'engagent par là à recourir à un arbitre(280). De trop nombreuses désillusions s'en suivaient.

(274) Sur pied des art. 1676 à 1723/1 du Code judiciaire.

(275) Art. 233, § 2, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(276) Art. 233, § 2, al. 2, du Code bruxellois du logement.

(277) Projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/1, p. 35.

(278) Il est fort rare en effet que les parties attendent l'éclatement d'une difficulté entre elles pour se décider à s'adresser à un arbitre ; elles préfèrent généralement anticiper (sur le principe de l'intervention d'un arbitre), tant que leurs relations sont au beau fixe.

(279) Mis en ligne par des arbitres eux-mêmes.

(280) Celui-là même, en règle, qui a « posté » les baux-types...

m) Loyers

58. Sacro-saint, le principe de la libre détermination du loyer(281) n'a pas été entamé par la régionalisation du bail(282). Simplement, en guise de compromis en quelque sorte, les législateurs régionaux mettent à disposition des parties qui le souhaitent certaines balises. Même non obligatoires, ces lignes directrices constituent une grande première en Belgique. Et, concrètement, elles revêtent la forme d'une « grille indicative » des loyers(283).

Facultatif, le dispositif l'est indéniablement. Le législateur bruxellois par exemple a déployé à cet effet un luxe (peu usuel) de termes ne laissant aucune place au doute : grille « indicative » de loyers, à laquelle « pourront » se référer les parties, et (si confirmation était encore besoin) « sans que cela ne constitue une contrainte supplémentaire pour le propriétaire »(284).

59. Le Gouvernement bruxellois a fait preuve de diligence dans la mise en œuvre des prescrits de l'ordonnance. Par arrêté du 19 octobre 2017(285), il a adopté la grille de loyers annoncée par le législateur(286) (alors qu'on attend toujours l'épure wallonne). Cette vélocité s'explique par l'intense travail préparatoire qui a précédé la consécration normative de la grille, cette question étant sur le « métier » de la Région depuis de longues années(287).

« La grille est construite de façon empirique notamment sur la base des données issues d'enquêtes sur les loyers à Bruxelles », explique

(281) Principe qui autorise les parties à fixer le loyer à la hauteur qu'elles entendent, sans considération pour l'état du bien par exemple ni pour le loyer payé par le preneur précédent.

(282) Deux amendements visant à introduire un début de régulation ont même été repoussés à Bruxelles : l'amendement n° 44 (« Pour tout bien immeuble précédemment loué, le loyer de base ne peut être supérieur au loyer de base à charge du précédent preneur, proportionnellement adapté au coût de la vie, sauf si la valeur locative normale du bien loué a augmenté de vingt pour cent au moins par le fait de circonstances nouvelles ou de dix pour cent au moins en raison de travaux effectués dans le bien loué ») ainsi que l'amendement n° 107 (« Sans préjudice des obligations spécifiques pesant sur les opérateurs immobiliers publics, les bailleurs sont tenus, pour les immeubles servant de résidence principale au preneur, de proposer un loyer raisonnable eu égard aux caractéristiques du bien loué »).

(283) Art. 225, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement et chapitre VII du décret wallon du 15 mars 2018.

(284) Art. 225, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement. On imagine que le législateur entendait « le bailleur » (appellation juridiquement plus orthodoxe dans une ordonnance sur le bail) derrière « le propriétaire ».

(285) Arrêté d'exécution du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 octobre 2017 instaurant une grille indicative de référence des loyers, *M.B.*, 6 novembre 2017, *err.* 29 novembre 2017.

(286) Sans même attendre donc la publication – intervenue le 30 octobre 2017 – de l'ordonnance d'habilitation législative du 27 juillet 2017 portant régionalisation du bail.

(287) Voy. entre autres N. BERNARD, « Encadrement des loyers (grille "de référence" et taxation des loyers réels) et déductions fiscales des intérêts des emprunts hypothécaires ("bonus logement") : développements récents », in *La dé-fédéralisation du bail d'habitation : quel(s) levier(s) pour les Régions ?*, *op. cit.*, pp. 287 et s.

l'exécutif(288). En somme, la grille de loyers est descriptive plutôt que prescriptive, reposant sur les riches (et quasi annuelles) données issues de l'Observatoire des loyers. L'idée est de disposer non pas d'un loyer abstrait, calculé en chambre, mais d'un loyer *réel* et objectif (tel que pratiqué sur le terrain), en fonction entre autres de la nature du bien et de sa localisation.

60. La grille de loyers est « aisément accessible au public », dicte l'ordonnance(289) ; « le Gouvernement met la grille indicative des loyers à disposition du public », enchérit le décret(290). Ces promesses n'ont pas tardé à trouver leur matérialisation puisqu'à Bruxelles, dans le courant de l'année 2018, les autorités ont créé un site internet(291) offrant au visiteur la possibilité de connaître le « loyer indicatif de référence »(292) pour tout logement dont il aura préalablement encodé les caractéristiques (type de bien(293), nombre de chambres, superficie habitable, année de construction(294), présence d'une série d'éléments(295), gradient P.E.B.(296) et, enfin, adresse).

Pareille mise en ligne s'est produite aussi en Wallonie(297), en dépit de l'absence d'arrêt. Les critères tiennent notamment à la localisation du bien, au type de logement, à l'époque de construction, au nombre de chambres, à la superficie globale, au chauffage ou encore à la présence de doubles-vitrages.

61. Pour novatrices soient-elles, les grilles de loyers régionales ne sont pas exemptes de questionnements. D'abord, croire que l'existence d'une telle grille va renforcer significativement le pouvoir de négociation du locataire procède quelque peu d'une vue de l'esprit, tant est prononcé aujourd'hui le déséquilibre socio-économique entre les forces en présence (fruit lui-même d'une pénurie sévère de logements abordables

(288) Art. 2, § 2, al. 1^{er}, de l'arrêt du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 octobre 2017.

(289) Art. 225, al. 2, du Code bruxellois du logement.

(290) Art. 89, § 4, du décret wallon du 15 mars 2018.

(291) <https://loyers.brussels>

(292) Ou plutôt, une *fourchette* de loyer, avec un montant bas et un montant haut.

(293) Studio, appartement ou maison ?

(294) Avant ou après 2000.

(295) Garage, chauffage central, double vitrage, régulation thermique, deuxième salle de bain, espaces récréatifs et espaces de rangement.

(296) La « performance énergétique du bâtiment » indiquée sur le certificat du même nom, dont la présence est aujourd'hui obligatoire à titre d'« information précontractuelle » (art. 217, § 1^{er}, al. 1^{er}, 6^o, du Code bruxellois du logement).

(297) http://lampspw.wallonie.be/dgo4/site_grilleloyers/index.php/site/accord

financièrement). Autrement dit, la demande excède très nettement l'offre ; partant, le logement est souvent « à prendre ou à laisser » pour le locataire.

Par ailleurs, l'impact sur la régulation des tarifs locatifs est incertain. Pourquoi en effet un bailleur consentirait-il à raboter ses prétentions financières et à les ramener au niveau de la grille si rien dans la réglementation locative ne l'y oblige ?

Pour terminer, le parti pris d'une grille qui reflète les valeurs *moyennes* du marché n'est pas sans danger. Il est probable en effet (puisqu'il s'agit d'une moyenne) qu'un certain nombre de logements soient actuellement loués à des tarifs *inférieurs* à ces valeurs. Il convient donc d'éviter que la publicité donnée à la grille (par l'entremise du site internet prédécrit (298)) conduise certains bailleurs, peu au fait du secteur immobilier par exemple, à relever leurs prix pour « coller » à la grille.

62. Avant de refermer ce volet consacré aux modifications locatives logées au sein du régime du droit commun du bail (dans chacune des deux Régions), relevons que, techniquement, l'article (89) du décret wallon relatif à la grille de loyers ne figure *pas* dans le chapitre II « Dispositions générales relatives aux baux d'habitation ». Toutefois, la généralité de son libellé, conjugué au fait que cette disposition ne se retrouve dans aucun régime spécifique non plus (299), incline à penser que le législateur a entendu donner une portée transversale à la grille, ce qui la rapproche du droit commun incontestablement.

§ 3. Bail de droit commun dans une Région et régime de résidence principale dans l'autre

a) Précompte immobilier (droit commun à Bruxelles, bail de résidence principale en Wallonie)

63. Les textes régionaux interdisent au bailleur d'imputer le précompte immobilier au titulaire d'un bail de résidence principale (300). Ce faisant, ils placent leurs pas dans le sillage de la loi fédérale (régime du bail de résidence principale (301)).

(298) N° 60.

(299) Cet article 89 forme d'ailleurs un chapitre (VII) autonome à lui tout seul.

(300) « Le précompte immobilier afférent à l'immeuble loué ne peut être mis à charge du preneur d'un bail de résidence principale, d'un bail de logement étudiant ou d'un bail glissant » (art. 226 du Code bruxellois du logement). Du côté wallon, voy. art. 59 du décret wallon du 15 mars 2018.

(301) Art. 5 de section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

64. Le texte bruxellois élargit toutefois le cercle des bénéficiaires puisque « le preneur [...] d'un bail de logement étudiant ou d'un bail glissant » est exonéré lui aussi de l'impôt⁽³⁰²⁾. Sur le plan légistique, toutefois, il peut paraître singulier de glisser dans le droit commun du bail une disposition qui ne s'applique *pas* à l'ensemble des baux d'habitation. De fait, le prescrit est *réservé* à ces trois régimes particuliers, limitativement énumérés que sont le bail de résidence principale, le bail de logement étudiant et le bail glissant.

Une autre interrogation sourd : où reste la colocation ? L'omission de ce dernier régime spécifique est-elle délibérée ? Existe-t-il une raison valable pour répercuter sur les (seuls) colocataires un impôt qui n'affecte en rien les autres types de preneurs⁽³⁰³⁾ ? Les travaux préparatoires observent un fâcheux mutisme sur la question, ce qui peut alimenter la thèse de l'oubli dans le chef du législateur. Accrédite encore celle-ci l'absence de toute mention du précompte immobilier dans les points à régler dans le pacte de colocation (document à signer par l'ensemble des colocataires et qui a vocation à organiser leur vivre-ensemble)⁽³⁰⁴⁾ ; ce, alors même que le législateur a tenu à cette occasion à se montrer aussi exhaustif que possible⁽³⁰⁵⁾.

65. Pour ce qui est de la Wallonie, les choses sont davantage orthodoxes puisque la disposition en question est logée dans le régime du bail de résidence principale⁽³⁰⁶⁾. Ce choix n'empêche cependant pas les colocataires⁽³⁰⁷⁾ et les étudiants⁽³⁰⁸⁾ de bénéficier d'une protection similaire.

(302) Art. 226 du Code bruxellois du logement.

(303) Maintenant en effet que les étudiants bénéficient d'un régime locatif *ad hoc*, lequel peut emprunter par surcroît au *corpus* juridique du bail de résidence principale (art. 255, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement), le bail exclusivement de droit commun est devenu marginal, convenons-en. On peut songer aux locations de secondes résidences, par exemple.

(304) Voy. *infra*, n° 82.

(305) Puisque le pacte « contient au minimum : la clé de répartition du loyer, la ventilation des dégâts locatifs et leur imputation sur la garantie locative dans l'hypothèse de dégâts occasionnés par un ou plusieurs colocataires distinguables de l'ensemble du groupe qu'ils forment, les entretiens et réparations, la division des charges, un inventaire des meubles et de leur provenance, les questions relatives à la garantie locative et à la prise en charge des assurances dont l'assurance incendie, et les modalités d'arrivée, de départ et de remplacement d'un colocataire » (art. 2, 1^{er}, 35^o, du Code bruxellois du logement).

(306) Art. 59 du décret wallon du 15 mars 2018.

(307) Art. 73 du décret wallon du 15 mars 2018.

(308) Art. 83 du décret wallon du 15 mars 2018.

b) Enregistrement (droit commun à Bruxelles, bail de résidence principale en Wallonie)

66. En matière d'enregistrement du bail, les législateurs ordonnanciel et décretaal ont transplanté dans l'ordre juridique bruxellois et wallon l'économie générale du régime fédéral(309). Sur l'identité de la partie commise à cette formalité, tout d'abord, « l'obligation d'enregistrement du contrat de bail repose sur le bailleur »(310), comme avant. Par ailleurs, « les frais liés à un enregistrement tardif éventuel sont entièrement à sa charge [du bailleur] »(311), comme avant également(312). À côté de l'amende, une sanction civile frappe le défaut d'enregistrement au-delà de la période de deux mois ; à cet égard, les Régions bruxelloise(313) et wallonne(314) autorisent elles aussi(315) le départ prématuré du preneur, délié à cet effet de son double devoir d'attendre l'expiration du délai de préavis et de payer une indemnité éventuelle.

67. Trois innovations sont à mettre en exergue malgré tout. D'abord, la possibilité de départ du locataire (sans attendre la fin du préavis ni payer d'indemnité) est subordonnée dorénavant à l'envoi préalable(316) par le preneur à son cocontractant d'une « mise en demeure d'enregistrer le bail », laquelle doit être restée sans suite utile pendant un mois(317). On peut raisonnablement escompter de ce rappel à l'ordre qu'il fera réagir le propriétaire (éventuellement ignorant de l'obligation qui est la sienne), privant de ce fait le preneur de la possibilité de partir sans préavis(318) ni indemnité. D'un côté, la chose peut sembler heureuse : on ne conçoit en effet pas un dispositif dans le but principal de voir s'appliquer la

(309) Art. 5bis de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(310) Art. 227, al. 1^{er}, première phrase, du Code bruxellois du logement et art. 53, première phrase, du décret wallon du 15 mars 2018. Cette disposition est la transposition de l'article 35, al. 1^{er}, 7^o, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (« Région de Bruxelles-Capitale »).

(311) Art. 227, al. 1^{er}, seconde phrase, du Code bruxellois du logement et art. 53, seconde phrase, du décret wallon du 15 mars 2018.

(312) « L'enregistrement tardif » s'entend aussi, plus radicalement, d'un défaut d'enregistrement.

(313) Art. 227, al. 2, du Code bruxellois du logement (« Après la période de deux mois visée à l'article 32, 5^o, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe et aussi longtemps que le contrat de bail n'est pas enregistré par le bailleur, les délais du congé ainsi que les indemnités dues par le preneur au bailleur en application des articles 237, § 5, alinéas 1^{er} et 2, 238, alinéas 3 et 4, et 256, § 2, alinéa 2, ne sont pas d'application [...] »).

(314) Art. 54 du décret wallon du 15 mars 2018.

(315) Cf. précédemment art. 3, § 5, al. 3, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(316) Via lettre recommandée.

(317) Art. 227, al. 2, *in fine*, du Code bruxellois du logement et art. 54 du décret wallon du 15 mars 2018.

(318) Du moins, sans devoir attendre l'expiration du délai de préavis car, en amont, l'ordonnance du 27 juillet 2017 ne libère pas le preneur de son obligation de donner congé (pas davantage que la loi fédérale, du reste).

sanction(319). D'un autre, on peut y voir un « affaiblissement de la protection offerte au preneur » dans la mesure où, pour pouvoir partir, ce dernier doit tout à la fois enclencher cette procédure, attendre l'expiration du délai d'un mois et se ménager la preuve de l'envoi de la mise en demeure(320).

Ensuite, cette possibilité de départ anticipé n'est plus réservée aux baux de neuf ans(321) ; elle concerne *tous* les baux dorénavant, quelle que soit leur durée(322).

Enfin, et c'est propre à la Région bruxelloise ici, la position de l'article de loi dans le Code du logement – au sein du droit commun plutôt que dans le régime spécifique du bail de résidence principale (comme avant(323)) – confère une extension plus grande encore à la sanction civile qui, désormais, concerne *tous les types* de baux d'habitation. En Wallonie, par contre, la disposition en question(324) est demeurée dans le régime du bail de résidence principale.

§ 4. Bail de résidence principale

a) La durée

i. Bail de neuf ans ou plus

68. S'agissant de la durée du bail(325), les législateurs régionaux ont conservé l'alternative traditionnelle entre un contrat de trois ans ou

(319) Rappelons que la procédure de l'enregistrement n'a d'autre objectif que de consolider le séjour du preneur dans le bien loué (et vendu).

(320) Cf. S. GENIN et A. CRUQUENAIRE, « Nouveautés en matière de bail portant sur la résidence principale du preneur en Région wallonne », in *La régionalisation du bail*, op. cit., p. 117.

(321) C'est que les articles de loi concernés (art. 227 du Code bruxellois du logement et art. 54 du décret wallon du 15 mars 2018) se sont émancipés légistiquement de la disposition relative à la résiliation anticipée du bail de neuf ans par le preneur (dans laquelle le législateur fédéral l'avait enfermé : art. 3, § 5, al. 3, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ), pour acquérir un statut autonome.

(322) La Cour constitutionnelle avait été saisie à l'époque d'une question préjudicielle sur le point de savoir si refuser cette possibilité au preneur de courte durée ne heurtait pas le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination consacré par la Constitution ; elle n'a rien trouvé à y redire pourtant (C.C., 9 juillet 2009, n° 109/2009). Sur cet arrêt, voy. notamment A. CRUQUENAIRE, « La sanction du défaut d'enregistrement du bail de résidence principale », *R.G.D.C.*, 2009, pp. 488 et s., M. DAMBRE, « Niet-registratie van een woninghuurcontract van korte duur », *N.j.W.*, 2009, pp. 722 et s., ainsi que N. BERNARD, « La résiliation (sans préavis ni indemnité) d'un bail non enregistré : pour les contrats de courte durée aussi ? », obs. sous J.P. Uccle, 4 mars 2008, *J.J.P.*, 2011, pp. 81 et s.

(323) Art. 3, § 5, al. 3, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(324) Art. 54 du décret wallon du 15 mars 2018.

(325) De résidence principale spécifiquement maintenant.

moins⁽³²⁶⁾ et un autre de neuf ans ou plus⁽³²⁷⁾. Le régime afférent à ce dernier n'a guère changé. Par exemple, on n'a pas touché aux facultés de résiliation anticipée du bail de neuf ans (pour occupation personnelle, pour travaux ou sans motif mais moyennant indemnité)⁽³²⁸⁾.

Tout juste a-t-on ajouté à Bruxelles, dans l'hypothèse d'un contre-préavis du preneur⁽³²⁹⁾, que « le bailleur demeure en ce cas tenu de l'exécution du motif fondant le préavis initial »⁽³³⁰⁾, histoire d'acter l'ascendant pris sur ce point par la Cour constitutionnelle⁽³³¹⁾ sur la Cour de cassation⁽³³²⁾. Il est fâcheux à cet égard que la Wallonie n'ait pas suivi le mouvement.

69. Pour autant, ce *statu quo* ne prête pas nécessairement à réjouissance. C'est qu'on aurait pu en profiter pour *corriger* deux éléments du régime de longue durée qui peuvent poser problème. D'abord, le caractère dégressif de l'indemnité due par le preneur qui résilie prématurément le bail durant le premier triennat (et dont la hauteur est inversement proportionnelle au délai déjà écoulé⁽³³³⁾) n'a guère de sens puisque le risque de voir des dégâts locatifs dans le bien loué *augmente* précisément avec le temps.

Ensuite, l'institution du contre-préavis gagnerait à être étendue au cas de figure du congé donné *à terme* par le bailleur⁽³³⁴⁾. Qu'est-ce qui justifie en effet de réserver cette faculté au cas de figure de la résiliation anticipée ? Le besoin, à l'expiration normale du contrat, n'est-il pas le même

(326) Art. 238 du Code bruxellois du logement et art. 55, § 6, du décret wallon du 15 mars 2018.

(327) Art. 237, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 55, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(328) Art. 237, § 2 à 5, du Code bruxellois du logement et art. 55, § 2 à 5, du décret wallon du 15 mars 2018.

(329) Le preneur est ainsi autorisé, dans l'hypothèse d'une résiliation anticipée du bail de neuf ans par son cocontractant, à lui adresser à son tour un préavis (d'un mois), à tout moment, histoire de se libérer plus tôt (et d'éviter un fâcheux double débours durant quelque mois) s'il venait à trouver rapidement à se reloger ; ce, sans débours. Voy. art. 237, § 5, al. 3, du Code bruxellois du logement.

(330) Art. 237, § 5, al. 3, *in fine*, du Code bruxellois du logement.

(331) C.C., 26 novembre 2009, n° 189/2009, *J.J.P.*, 2010, p. 248, note B. Kohl. Sur cet arrêt, voy. entre autres M. DAMBRE, « De beëindiging van de woninghuur door tegenopzegging of in der minne na de opzegging gegeven door de verhuurder », note sous Cass., 12 janvier 2015, *T.B.O.*, 2016, n° 1, pp. 4 et s., ainsi que N. BERNARD, « Quand la Cour constitutionnelle, au nom notamment du droit au logement, contredit la Cour de cassation sur le contre-préavis du preneur », note sous C.C., 26 novembre 2009, n° 189/2009, *Jurimpratique*, 2014/2, pp. 41 et s.

(332) Cass., 12 octobre 2009, *J.T.*, 2010, p. 577, concl. J. Genicot, note, Cass., 10 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 535, note A. VAN OEVELEN, Cass., 15 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1780 et Cass., 22 juin 1998, *J.J.P.*, 2001, p. 332, note B. KOHL.

(333) Art. 237, § 5, al. 2, du Code bruxellois du logement et art. 55, § 5, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(334) Un congé est toujours nécessaire dans ce cas-là (art. 237, § 1^{er}, al. 2, du Code bruxellois du logement et art. 55, § 1^{er}, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018).

(éviter au locataire – qui aurait trouvé un nouveau logement avant la fin du préavis – un double paiement de loyer) ? Du reste, les délais de préavis sont identiques (six mois). Gageons en tous cas, vu la crise du logement (et le déséquilibre corrélatif entre l'offre et la demande), que le bailleur n'éprouvera pas de difficultés excessives pour trouver rapidement un nouveau preneur(335).

ii. *Bail de trois ans ou moins*

• Régime général

70. En revanche, le bail de courte durée (trois ans ou moins) ne sort pas indemne de la réforme. Plusieurs nouveautés sont à épingle. D'abord, le nombre de prorogations du contrat (autrefois limité à un(336)) ne connaît plus aucun de plafond à Bruxelles (pourvu que la durée cumulée n'excède pas trois ans)(337) ; il n'est donc pas exclu que le preneur doive enchaîner les contrats de très courte durée (six mois par exemple), sans pour autant voir son bail se muer en contrat de neuf ans. Pareille flexibilisation de la relation locative n'ira pas sans fragiliser les preneurs les plus faibles, à notre estime.

La Wallonie s'est montrée plus modérée sur ce point, puisque c'est un doublement seulement du nombre de prorogations – d'une à deux – que le législateur a institué (pour autant ici aussi que la durée globale ne dépasse pas trois ans)(338).

71. Ensuite, les législateurs ordonnanciel et décrétal ont clos l'antique polémique sur la possibilité ou non de mettre fin anticipativement à une convention locative de courte durée(339)... en admettant cette faculté. Dorénavant, le preneur est autorisé officiellement à résilier de manière prématurée un contrat de trois ans ou moins, à tout moment, moyennant un préavis de trois mois et une indemnité équivalente à un mois de loyer(340). Un pouvoir analogue est conféré au bailleur (avec

(335) Il y va aussi d'une question de cohérence : si l'on veut obtenir le déguerpissement effectif du locataire (souhait de tout bailleur qui ne souhaite pas proroger le contrat), pourquoi pénaliser, en leur refusant un départ prématuré, les preneurs qui auraient fait diligence ?

(336) Art. 3, § 6, al. 3, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(337) Art. 238, al. 2, du Code bruxellois du logement.

(338) Art. 55, § 6, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(339) Sur cette vieille controverse, voy. notamment N. BERNARD, « Résiliation anticipée du bail de courte durée : la Cour de cassation tranche enfin ! », obs. sous Cass., 18 décembre 2015, *J.T.*, 2016, pp. 441 et s.

(340) Art. 238, al. 4, du Code bruxellois du logement et art. 55, § 6, al. 4, du décret wallon du 15 mars 2018.

préavis(341) et indemnité(342) identiques), subordonné toutefois au respect d'exigences plus strictes : le congé ne peut être donné qu'après la première année de location et dans le seul but d'occuper personnellement le logement(343).

Pour souple puisse-t-elle paraître, cette dernière disposition (la résiliation unilatérale anticipée du contrat de courte durée par le bailleur) n'en présente pas moins un porte-à-faux manifeste avec à la philosophie même du bail de trois ans ou moins, lequel vise à offrir, aux preneurs qui n'ont pas eu la chance de se voir proposer un contrat de long terme (censé être la norme(344)), une durée à tout le moins garantie(345).

72. Une incongruité est toutefois à épingle à Bruxelles. De manière générale, les dispositions relatives aux facultés de résiliation anticipée du bail de neuf ans (par le bailleur ou le preneur) ne s'appliquent *pas* au contrat de courte durée, prévient l'ordonnance du 27 juillet 2017(346). Toutefois, seul « l'article 237, § 2 et 5 » du Code bruxellois du logement est mis hors jeu(347) (plutôt que « l'article 237, § 2 à 5 »), ce qui vise uniquement la résiliation anticipée par le bailleur pour occupation personnelle(348) et la résiliation anticipée des œuvres du preneur(349). Est-ce à dire que les *autres* facultés de résiliation anticipée (lorsque le bailleur entend réaliser des travaux dans le bien loué(350) ou n'a pas de motif

(341) Trois mois.

(342) Un mois de loyer.

(343) Art. 238, al. 4, *in fine*, du Code bruxellois du logement et art. 55, § 6, al. 5, du décret wallon du 15 mars 2018.

(344) Neuf ans, telle est la durée « présumée » d'un bail de résidence principale en effet, tandis que le contrat de courte durée doit rester « l'exception », expliquait à l'époque le Ministre Wathelet père, initiateur de la loi sur les baux de résidence principale (projet de loi visant à renforcer la protection du logement familial, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 47-1357/1, pp. 12 et 16 respectivement). Il n'est pas anodin à cet égard que le bail de trois ans (ou moins) ait été officiellement associé à des hypothèses de location quelque peu marginales comme « les kots d'étudiants, les jeunes ménages, une occupation professionnelle temporaire » (projet de loi visant à renforcer la protection du logement familial, rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 47-1357/10, p. 5).

(345) En ce sens, J.P. Liège, 30 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 999 : « L'article 3, paragraphe 6, alinéa 4 [de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil, suivant lequel le bail de courte durée « prend fin moyennant un congé notifié par l'une ou l'autre des parties au moins trois mois avant l'expiration de la durée convenue », protège essentiellement le locataire [...] en lui assurant que le bail ne peut prendre fin qu'à ce moment et dans ces conditions restrictives ». Par ailleurs, « *conventionele opzeggingsmogelijkheden zouden de kortlopende huurovereenkomsten daarenboven veel van hun zin ontnemen, omdat de op voorhand afgesproken korte duur op die manier niet eens gewaarborgd zou zijn* », ajoutent M. DAMBRE et B. HUBEAU, *Woninghuur*, Gand, Story-Scientia, 2002, p. 356.

(346) Art. 238, al. 5, du Code bruxellois du logement.

(347) *Ibid.*

(348) Le § 2 de l'article 237

(349) Le § 5 de l'article 237.

(350) Le § 3 de l'article 237.

particulier à faire valoir mais est prêt à débours une indemnité⁽³⁵¹⁾) seraient permises dans le cadre du bail de courte durée ? Nous ne le pensons pas, tant serait patente la violation de l'esprit de cette disposition⁽³⁵²⁾ (et dépourvue de toute justification l'inégalité de traitement entre ces différents types de résiliation anticipée⁽³⁵³⁾). Du reste, les travaux préparatoires font chorus⁽³⁵⁴⁾.

Il y a lieu toutefois de noter que le Conseil d'État avait émis une remarque similaire⁽³⁵⁵⁾, sans avoir été suivi, ce qui peut donner du poids à la thèse inverse (la formule serait alors assumée). Bref, le flou règne.

• Bail de moins de six mois (Bruxelles)

73. Il est une innovation, d'importance, introduite par le (seul) texte bruxellois : le bail spécifiquement d'une durée inférieure à six mois. Celui-ci a pour double caractéristique de ne point être sujet à résiliation anticipée et de « prend[re] fin à l'expiration de la durée convenue »⁽³⁵⁶⁾. Nul n'est donc besoin ici de donner un congé pour voir la convention s'arrêter à l'échéance convenue⁽³⁵⁷⁾. Par opposition, un tel congé est requis pour *tous* les autres contrats de bail de résidence principale⁽³⁵⁸⁾, qu'ils soient de courte durée (mais de six mois au moins)⁽³⁵⁹⁾, de neuf ans⁽³⁶⁰⁾ ou de longue durée (plus de neuf ans)⁽³⁶¹⁾.

(351) Le § 4 de l'article 237.

(352) Déjà, ces modes de résiliation ne peuvent intervenir qu'au triennat, alors que le bail de courte durée fait trois ans maximum. Les délais de préavis ne concordent pas non plus, pas davantage que les montants des indemnités.

(353) Sauf à considérer que les deux modes de résiliation anticipée du bail de neuf ans cités par l'article 238, al. 5, ont ceci de commun qu'ils s'appuient sur un congé donné « à tout moment » (art. 237, § 2, al. 1^{er}, et 237, § 5, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement respectivement), comme dans la présente hypothèse du congé du preneur associé au bail de courte durée (art. 238, al 4, du Code bruxellois du logement – voy. toutefois, pour le congé du bailleur, n° 353).

(354) « Les autres facultés de résiliation prévues par l'article 237 ne sont *pas* applicables », a confirmé la ministre bruxelloise du Logement (projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2016-2017, n° A-488/1, p. 41, souligné par nous).

(355) Projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, avis du Conseil d'État, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2016-2017, n° A-488/1, p. 134.

(356) Art. 238, al. 3, du Code bruxellois du logement.

(357) « L'exécution loyale de la convention » commande toutefois à la partie qui entend voir le bail se terminer effectivement d'avertir de son intention le cocontractant » (B. LOUVEAUX, *Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale*, *op. cit.*, p. 389).

(358) Quant à lui, le bail de droit commun « cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé », dispose l'article 1737 du Code civil (lequel ne cesse d'être applicable en Région bruxelloise – en vertu de l'article 16, § 3, al. 2, de l'ordonnance du 27 juillet 2017 – qu'à l'égard des baux de résidence principale et des baux de logement étudiant, mais *pas vis-à-vis* des autres baux d'habitation dès lors).

(359) Art. 238, al. 4, *in limine*, du Code bruxellois du logement.

(360) Art. 237, § 1^{er}, al. 2, du Code bruxellois du logement.

(361) Art. 239, § 1^{er}, al. 2, du Code bruxellois du logement.

On s'en doute, c'est la brièveté de la durée du bail qui justifie cette dispense de congé. Dans la double mesure où le congé aurait dû être donné trois mois à l'avance(362) et où le délai qu'il fait courir n'aurait pris effet qu'au premier jour du mois qui suit(363), il est probable que le titulaire d'un bail de moins de six mois n'aurait de toute façon pas eu la possibilité matérielle d'adresser ce congé dans les temps(364). C'est un motif (pragmatique) similaire, probablement, qui a commandé d'écarter toute possibilité de résiliation anticipée pour le bail de moins de six mois(365).

74. Ceci étant, le principe même du bail de moins de six mois peut être interrogé, sur un triple plan. D'abord, ce contrat était-il vraiment nécessaire dans la mesure où l'ordonnance du 27 juillet 2017 permet déjà une multitude de baux de courte durée successifs (dont la durée cumulée n'excède pas trois ans)(366) ?

Ensuite, la notion même de résidence principale, pivot de l'application du chapitre III du titre XI du Code bruxellois du logement, ne s'accorde guère avec les micro-séjours(367) ?

Enfin, que se passera-t-il si, à l'échéance du bail de moins de six mois, le preneur reste dans les lieux sans opposition du bailleur ? Comme les autres baux de courte durée(368), le contrat de moins de six mois sera-t-il alors réputé avoir été conclu pour une durée initiale de neuf ans ? En fait, cette règle s'enclenche si le congé requis n'a pas été donné. Or, précisément, le bail de moins de six mois est exclusif de tout congé ! Quelle solution appliquer alors ? Malheureusement, l'auteur du texte observe un mutisme complet sur ce point dans le commentaire des articles du projet d'ordonnance.

(362) Art. 238, al. 4, du Code bruxellois du logement.

(363) Art. 231 du Code bruxellois du logement.

(364) Voire, il devrait envoyer le congé *avant même* la prise de cours du bail !

(365) Les facultés de résiliation anticipée sont en effet énoncées dans le seul alinéa 4 de l'article 238 du Code bruxellois du logement, celui qui traite (exclusivement) des baux de six mois ou plus.

(366) Art. 238, al. 2, du Code bruxellois du logement. Voy. *supra*, n° 70.

(367) Aux yeux de la réglementation sur l'inscription domiciliaire dans les registres de la population, cette « situation de fait » qu'est la résidence principale est intégralement fondée en effet sur « la constatation d'un séjour effectif dans une commune durant *la plus grande partie de l'année* » (art. 16, § 1^{er}, al. 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 1992 relatif aux registres de la population et au registre des étrangers, *M.B.*, 15 août 1992).

(368) Art. 238, al. 6, du Code bruxellois du logement.

b) La garantie locative

75. En matière de garantie locative, les législateurs régionaux sont restés dans la stricte ligne de la loi fédérale. Comme avant donc(369), les catégories de garantie locative régies par la loi sont au nombre de trois : le compte individualisé ouvert au nom du preneur auprès d'une institution financière (deux mois de loyer maximum), la garantie bancaire qui permet au preneur de constituer progressivement la garantie (trois mois de loyer maximum) ou encore la garantie bancaire résultant d'un contrat-type entre un C.P.A.S. et une institution financière (trois mois de loyer maximum également)(370) ; et c'est « au choix du preneur » exclusivement que la garantie empruntera l'une de ces formes (même si, on le sait, la réalité de terrain est parfois autre...).

Ici aussi, toutefois, le *statu quo* peut être source de déception. C'est que la Région wallonne avait entrepris d'instituer un fonds centralisé de garanties locatives(371), qui aurait notamment dispensé les preneurs de faire l'avance, mais elle a reculé, face au coût entre autres. Bruxelles, par contre, est parvenue à porter sur les fonds baptismaux un instrument de ce type (le fonds Brugal)(372).

76. Une nouveauté, d'ordre pécuniaire, est à pointer toutefois à Bruxelles. Précédemment, les intérêts dus par le bailleur pris en défaut de placement en banque de la garantie locative payée en espèces étaient calculés « au taux moyen du marché financier »(373), avec passage cependant aux « intérêts légaux » significativement plus élevés (2 % en 2018 par exemple(374)) à partir du moment où le preneur mettait le bailleur en demeure de déposer l'argent sur un compte(375). Aujourd'hui, ce taux moyen du marché est toujours en vigueur, mais « avec comme minimum le taux légal »(376). Traduction : cette limite inférieure est applicable *dès le départ*, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure. « Cela a en effet semblé nécessaire compte tenu de l'extrême faiblesse des taux du marché

(369) Art. 10, § 1^{er}, al. 2, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(370) Art. 248, § 2, du Code bruxellois du logement et art. 62, § 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(371) Cf. la résolution du Parlement wallon du 25 mars 2015 visant à créer un fonds centralisé des garanties locatives (*Doc.*, Parl. w., sess. 2014-2015, n° 131/6).

(372) Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 28 septembre 2017 organisant une aide régionale à la constitution d'une garantie locative en matière de logement, *M.B.*, 4 octobre 2017.

(373) Art. 10, § 2, al. 1^{er}, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(374) Voy. l'Avis de Administration générale de la Trésorerie relatif au taux d'intérêt légal, *M.B.*, 11 janvier 2018.

(375) Art. 10, § 2, al. 1^{er}, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III C. civ.

(376) Art. 249, § 1^{er}, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

financier actuel, ce qui affaiblissait le caractère de la sanction prévue à cet égard », justifie à cet égard l'auteur du texte (377). À titre surabondant, l'identification du taux moyen du marché était parfois source de complications.

c) Information du preneur en cas de transmission du bien loué (à Bruxelles uniquement)

77. Si, en droit, le propriétaire-bailleur (qui par définition ne s'est point dépouillé de son *abusus* (378)) reste entièrement libre de proposer à la vente le logement loué, il serait inélégant qu'il y procède sans en avertir le principal intéressé, à savoir l'individu qui y vit – son locataire.

Rien cependant ne contraignait le propriétaire par le passé à l'en prévenir. C'est chose faite désormais : « En cas de mise en vente du logement de gré à gré, le bailleur, préalablement à toute communication publique relative à la mise en vente, notifie au preneur, par lettre recommandée à la poste ou par exploit d'huissier, son intention de vendre le logement » (379).

L'intérêt pour le locataire est double : il est prévenu du changement d'interlocuteur à venir et, surtout, il a ainsi l'occasion de faire enregistrer *in extremis* le bail (lequel n'est opposable à l'acquéreur que s'il a date certaine avant l'aliénation (380) – à tout le moins, avant le jour où l'aliénation acquiert elle-même date certaine (381)). En aucune manière, toutefois, cette disposition ne peut être interprétée comme conférant un droit de préemption au preneur ainsi averti.

78. On notera toutefois que l'obligation, ainsi formulée, connaît une quadruple limitation. D'abord, c'est simplement son « intention » (de vendre) que le bailleur est censé communiquer au locataire, en amont, et nullement la matérialisation éventuelle de cette résolution (la vente elle-même). Au locataire alors de se montrer vigilant et d'interpeler le bailleur par la suite sur l'évolution du dossier.

(377) Projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/1, p. 47.

(378) Pouvoir de disposer juridiquement de son bien, entre autres.

(379) Art. 242 du Code bruxellois du logement.

(380) Une exception (à l'absence de subrogation de l'acquéreur dans les droits et obligations locatifs du vendeur) est toutefois aménagée au profit du locataire qui occupe les lieux depuis six mois au moins ; voy. art. 229, al. 2 et 3, du Code bruxellois du logement.

(381) Art. 229, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

Ensuite, seules les ventes « de gré à gré » sont assujetties au prescrit, ce qui distrait subséquentement les ventes publiques de ce devoir d'information. Ce, parce qu'elles sont publiques précisément (et donc ouvertes à tous) ? Malheureusement, le commentaire des articles du projet d'ordonnance n'apporte aucun élément de réponse (382). *A minima*, un peu de cohérence n'aurait pas été superflu avec la disposition (extensive) relative à la subrogation de l'acquéreur du logement loué dans les droits et obligations du bailleur vendeur, laquelle mobilise en effet le terme générique « aliénation » (383) (qui embrasse les ventes publiques).

Par ailleurs, puisque la « vente » est exclusivement concernée, la *donation* du logement pris à bail échappe aussi au prescrit, alors qu'elle engendre pour le preneur des effets identiques. À nouveau, l'article de loi afférent à la subrogation de l'acheteur de l'habitation louée se révèle plus large, puisqu'on y vise « l'acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux » (384), formulation qui englobe le donataire.

Enfin, la présente obligation ne vise que les baux de résidence principale ; par contraste, le principe général (situé dans le droit commun (385)) de la subrogation de l'acquéreur dans les droits et obligations du vendeur gouverne l'ensemble des baux d'habitation (386).

§ 5. Nouveaux régimes

a) Colocation

79. Auparavant, la législation (fédérale) sur le bail ignorait superbement la situation particulière de la colocation ; les seules dispositions applicables en la matière étaient à trouver dans le corps général de règles du droit des obligations, en particulier celles qui arrêtent le sort des obligations souscrites à plusieurs et qui, concrètement, traitent du problème du partage de la dette et du statut corrélatif de l'obligation (divisible, indivisible, solidaire ?) (387). Il en résultait une certaine insécurité juridique.

(382) De manière générale, la pauvreté des travaux préparatoires sur l'information du preneur en cas de vente du bien loué interpelle incontestablement, s'agissant d'un dispositif entièrement inédit (et qui, partant, aurait bien mérité quelques éléments d'explication).

(383) Art. 229, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(384) *Ibid.*

(385) Art. 229 du Code bruxellois du logement.

(386) Voy. sur ce sujet de la subrogation J. FONTEYN, « La transmission du bien loué », in *La régionalisation du bail*, *op. cit.*, pp. 201 et s.

(387) Cf. les sections IV et V du chapitre IV du titre III du livre III C. civ (art. 1197 à 1225).

En 2017 et en 2018, il est devenu impossible de passer sous silence ce mode d'habitat en pleine expansion... et les législateurs régionaux ne se sont point dérobés, en créant *ex nihilo* un régime dédié à la colocation (388).

80. Première caractéristique : la solidarité est de droit désormais, entre colocataires (389). Auparavant, la solidarité ne se présuait pas ; il fallait dès lors qu'elle soit expressément stipulée dans le contrat (390). Aujourd'hui, dit autrement, le bailleur est libre de réclamer l'intégralité du loyer à n'importe lequel de ceux-ci, à charge pour celui qui s'en est acquitté d'ensuite réclamer aux consorts leur part de loyer.

Ce mécanisme est incontestablement de nature à rassurer les bailleurs, à la fois parce qu'il diminue le nombre de démarches à entreprendre et qu'il fait peser une éventuelle insolvabilité sur la tête des copreneurs. Toutefois, le dispositif risque de plomber les colocations avec un grand nombre de signataires dans la mesure où le loyer à supporter (391) par un seul d'entre eux sera fatalement élevé. Relevons encore que la formule retenue par les législateurs bruxellois (392) et wallon (393) a pour effet de cantonner la solidarité aux *obligations* des copreneurs ; quant à leurs droits, c'est individuellement dès lors que les copreneurs devront les réclamer au bailleur, chacun pour sa part (394).

81. Une difficulté se posait avec récurrence antérieurement : la résiliation unilatérale anticipée du bail par un colocataire. Ce, parce que l'accord de tous était requis (395), aussi bien celui du bailleur que des

(388) En plus d'une définition officielle : « la location d'un même logement par plusieurs preneurs qui optent, avec l'accord exprès ou tacite du bailleur, pour l'application du régime propre à la colocation en signant un pacte de colocation tel que prévu par l'article 261, formalisée par la conclusion d'un seul contrat entre les preneurs et le bailleur » (art. 2, § 1^{er}, 34^o, du Code bruxellois du logement). La colocation s'entend donc du (même) bail signé par plusieurs preneurs. Et, en Wallonie, le « bail de colocation » consiste en « la location d'un même bien par plusieurs colocataires ayant signé un pacte de colocation au plus tard à la signature du contrat de bail et dont la date de signature est reprise dans le contrat de bail. Il est formalisé par la conclusion d'un contrat unique entre les colocataires et le bailleur. L'habitation prise en location comprend au minimum une pièce d'habitation ou un local sanitaire commun à tous les colocataires (art. 2, 2^o, du décret wallon du 15 mars 2018).

(389) Art. 259 du Code bruxellois du logement et art. 66 du décret wallon du 15 mars 2018.

(390) Art. 1202, al. 1^{er}, C. civ.

(391) En première ligne en quelque sorte.

(392) « Les colocataires sont tenus solidairement vis-à-vis du bailleur des obligations qui résultent du bail » (art. 259 du Code bruxellois du logement).

(393) « Les colocataires sont solidairement tenus de l'ensemble des obligations qui découlent du bail » (art. 66 du décret wallon du 15 mars 2018).

(394) Cf. C. ROUSSEAU, « Le bail de colocation en Région wallonne », in *La régionalisation du bail*, op. cit., p. 135.

(395) En situation de solidarité à tout le moins (voy. *a contrario* Cass., 17 février 2017, R.G. n^o C.16.0381.N et Cass., 18 décembre 2015, J.T., 2016, p. 441, obs. N. BERNARD). Cf. sur le thème G. CARNOY, « Peut-on quitter la colocation sans l'accord des autres ? », *Carnet de route en droit immobilier*, www.gillescarnoy.be, 22 mars 2017.

autres colocataires ; or, par définition, les autres membres du groupe envisagent avec défaveur tout départ prématuré puisqu'il aboutit à répartir la dette entre *moins de personnes*, augmentant mathématiquement la part de chacun.

Sensibilisés par ce risque de paralysie, les législateurs bruxellois et wallon ont fait prévaloir la mobilité résidentielle du locataire. Cherchant à affranchir son départ de l'assentiment des consorts, ils ont autorisé le colocataire en partance à se trouver un remplaçant, que les autres copreneurs ne peuvent refuser que pour de « justes et raisonnables motifs » (Bruxelles) (396) ou de « justes motifs » (Wallonie) (397). Entrave (à la volonté de partir du colocataire) il y a d'autant moins que, même en l'absence de remplaçant (ou d'acceptation de celui-ci), le colocataire sera libéré de ses obligations s'il accepte d'être lié six mois encore par la solidarité (Bruxelles) (398) ou verse à ses colocataires une indemnité équivalente à trois fois sa part dans le loyer (Wallonie) (399). On rachète sa liberté en quelque sorte ; ceci étant, outrepasser ainsi (grâce à de l'argent – si on en a les moyens naturellement) un refus éventuellement légitime de la part des colocataires restants peut interpellier.

82. Dernière innovation : le pacte de colocation. À signer obligatoirement par les colocataires (400), cet instrument juridique organise les modalités de la vie en commun entre eux : quelle est la part de chacun dans le loyer ? qui paie les charges ? comment régler l'arrivée d'un nouveau colocataire ? Etc. En tous cas, le bailleur n'est nullement partie au pacte, lequel lui est inopposable d'ailleurs. Notons encore que l'exécutif wallon a adopté un modèle-type de pacte (401), à l'inverse de son alter ego bruxellois (qui n'avait cependant pas été investi de cette mission (402)).

S'il faut saluer cette clarification des obligations « horizontales » des copreneurs, il faut prendre garde à ce que ce pacte, par son contenu, n'amène le CPAS ou l'ONem par exemple à la conclusion hâtive que les éventuels allocataires sociaux composant la colocation n'ont droit qu'au taux cohabitant (pour leur revenu d'intégration sociale ou leur chômage).

(396) Art. 260, § 5, al. 3, du Code bruxellois du logement.

(397) Art. 68, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(398) Art. 260, § 7, du Code bruxellois du logement.

(399) Art. 68, al. 3, du décret wallon du 15 mars 2018.

(400) Art. 261, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 72, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(401) Arrêté du Gouvernement wallon du 28 juin 2018 fixant les modèles-type de baux, d'état des lieux d'entrée, de pacte de colocation ainsi que la liste non limitative des réparations locatives en exécution du décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 31 août 2018.

(402) Le Gouvernement wallon ne l'avait pas été davantage, toutefois.

Voué précisément à régler les « modalités pratiques de ce mode d'habitat » (403), le pacte pourrait ainsi donner à voir une organisation de vie fort commune ou intégrée induisant l'impression que les intéressés ne vivent *pas* comme des isolés... même si tel est bien le cas (au regard de la loi (404) ou de la jurisprudence de la Cour de cassation (405)). La vigilance s'indique dès lors.

b) Bail étudiant

83. À côté de la colocation, les législateurs régionaux ont institué de toutes pièces un autre nouveau régime : le bail étudiant (406). De manière générale, on a là un public en attente d'un régime locatif spécifique, c'est-à-dire plus souple et moins verrouillé dans le temps... qui s'adapte en somme au rythme (peu linéaire parfois) des études. Ces souhaits ont été rencontrés, au moins partiellement.

84. La durée, tout d'abord, déroge radicalement aux canons en la matière puisqu'elle est fixée à douze mois, sauf clause contraire (prévoyant une durée inférieure) (407). Ce laps de temps répond à la volonté des étudiants de ne pas s'engager sur le long terme dès lors qu'une hypothèque plane annuellement sur la réussite de leurs études.

Ceci étant, les intéressés réclamaient surtout la possibilité de conclure un bail de *dix mois* (ils passent généralement les grandes vacances en dehors de leur logement étudiant), prolongeable éventuellement de deux mois (en cas de seconde session) et qui, surtout, offrirait la garantie de pouvoir réintégrer le bien à la rentrée ; certes, aujourd'hui, le bail de dix mois est déjà possible, mais il contraint alors l'étudiant, à chaque rentrée académique, à conclure un *nouveau* contrat de bail (et, surtout, à se

(403) Art. 261, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(404) Il faut ainsi, pour être déclarées cohabitantes, que les personnes « vivent sous le même toit » et « règlent principalement en commun leurs questions ménagères » (art. 59, al. 1^{er}, de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant réglementation du chômage, *M.B.*, 31 décembre 1991 et art. 14, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale, *M.B.*, 31 juillet 2002).

(405) Cass., 9 octobre 2017, *J.T.*, 2018, obs. N. Bernard, p. 139.

(406) Ce « bail de logement étudiant » est défini à Bruxelles comme le « bail d'habitation conclu, avec l'accord exprès ou tacite du bailleur, par ou pour un étudiant dans le cadre de l'accomplissement de ses études, pour autant que cet étudiant apporte la preuve, dans les formes et délais fixés par l'article 253, § 2, de son inscription dans un établissement d'études de cycle secondaire ou organisant l'enseignement supérieur, ou celle de son inscription régulière dans une commission d'examen d'un jury central » (art. 2, § 1^{er}, 31^o, du Code bruxellois du logement). Et, en Wallonie, le « bail étudiant » est « le bail d'habitation relatif à la location d'un bien, par ou pour le compte d'un étudiant, dans le cadre de l'accomplissement de ses études et aux conditions du chapitre 5 » (art. 2, 5^o, du décret wallon du 15 mars 2018).

(407) Art. 256, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 80, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

remettre en quête d'un nouveau logement le plus souvent). Ils n'ont pas obtenu satisfaction manifestement.

85. Il n'y a cependant pas qu'en fin d'année qu'une mauvaise surprise peut arriver pour l'étudiant dans son *cursus* ; un échec peut survenir aussi *durant l'année*, contraignant alors l'intéressé à quitter son « kot » nettement plus tôt que prévu (à mi-parcours par exemple (408)). Aussi, et soucieux de ménager de la souplesse à ce public particulièrement nomade que sont les étudiants, le législateur a rendu possible la résiliation unilatérale anticipée. Dans les deux Régions, le preneur étudiant est ainsi libre de mettre fin au bail « à tout moment », moyennant simplement l'envoi d'un préavis de deux mois (409). La Région wallonne ajoute cependant deux conditions. D'abord, le congé doit être envoyé avant le 15 mars obligatoirement (410). Ensuite, le preneur doit à son cocontractant une indemnité de trois mois de loyer (411) (à moins qu'il excipe de circonstances particulières – limitativement énumérées (412)).

Par ailleurs, la Région bruxelloise a autorisé la résiliation du bail par le preneur *avant même* l'entrée dans les lieux (si l'étudiant ayant raté un examen d'entrée par exemple se réoriente et n'a plus besoin dès lors de son kot) (413).

86. Le public étudiant, on le sait, se caractérise par une grande mobilité ; que ce soit pour effectuer un séjour à l'étranger (dans le cadre du programme Erasmus par exemple) ou accomplir un stage, il peut être amené à devoir quitter son logement. Les législateurs régionaux ont-ils veillé, partant, à assouplir par exemple le régime de la sous-location pour les étudiants ? À Bruxelles, nullement. Certes, on a facilité la résiliation anticipée du bail étudiant (414), à l'attention expresse du preneur (car pareille faculté n'a *pas* été reconnue au bailleur (415)), mais cette avancée laisse le problème entier pour l'étudiant qui désire réintégrer « son » bien à la fin de son séjour (ou de son stage). Dès lors, que l'étudiant ait installé

(408) Après la session de janvier.

(409) Art. 256, § 2, al. 2, du Code bruxellois du logement et art. 81, § 1^{er}, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(410) Art. 81, § 1^{er}, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(411) Art. 81, § 1^{er}, al. 1^{er}, *in fine*, du décret wallon du 15 mars 2018.

(412) À savoir, en substance, un refus d'inscription, une cession de bail ou le décès d'un parent (art. 81, § 1^{er}, al. 3, du décret wallon du 15 mars 2018).

(413) Art. 256, § 5, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(414) Voy. *supra*, n° 85.

(415) On a voulu ainsi « préserver le plus possible la quiétude de l'étudiant dans le cadre de son cursus » (projet d'ordonnance visant la régionalisation du bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-488/1, p. 52).

sa résidence principale dans les lieux loués ou non, le principe général sur lequel il doit se rabattre (en l'absence de règle propre) est identique : la sous-location est proscrite, sauf accord exprès du bailleur (416).

En Wallonie, par contre, « l'étudiant amené à être éloigné de son lieu d'étude habituel pour une période supérieure à un mois en vue de la poursuite de ses études » a reçu l'autorisation expresse de donner le bien en sous-location, pourvu qu'il obtienne l'accord de son cocontractant (417). « Sont visés : un départ à l'étranger ou dans un autre établissement d'enseignement secondaire ou supérieur dans le cadre de programme Erasmus ou similaires, les stages... », détaille l'auteur du texte « Est par contre exclu un retour chez les parents, un départ vers un couvent ou autres pour la préparation des examens » (418). Où se niche cependant la souplesse par rapport au régime classique de la sous-location (419) ? Voire, ne s'agit-il pas d'une régression (du point de vue du preneur) dans la mesure où, au sein du régime traditionnel, il n'est nul besoin dans le chef de ce dernier de justifier son envie de donner le bien en sous-location ? La nouveauté, ici, tient en ce que l'accord du bailleur peut être « présumé », et que tel est le cas si, dans les deux mois de notification (par recommandé) à lui faite du « projet de l'étudiant de sous-louer le bien », le bailleur n'a pas manifesté son refus (420). Conséquence : contrairement à la sous-location « normale », le preneur étudiant doit exciper d'un motif particulier (un séjour Erasmus, en clair) pour espérer pouvoir sous-louer et, par surcroît, il est tenu de communiquer à son cocontractant un « projet » dont le décret ne dévoile rien du contenu. En revanche, l'étudiant peut aller de l'avant si le bailleur tarde à réagir ; et il semble que la preuve du motif puisse être apportée postérieurement à la notification du projet (421).

87. Sensibles à l'air du temps, les législateurs ordonnancier et décretal ont institué l'idée d'un « label » (associé au bail étudiant), à définir par le Gouvernement (422). Toutefois, seul l'exécutif bruxellois a, par arrêté

(416) Art. 230, § 5, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement. Voy. *supra*, n° 48.

(417) Art. 82, § 1^{er}, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(418) Projet de décret relatif au bail d'habitation, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 985/1, p. 20.

(419) Art. 47, al. 1^{er}, et 60, § 1^{er}, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018. Signalons toutefois que l'article 60 ne s'applique pas au bail étudiant (art. 77 du décret wallon du 15 mars 2018).

(420) Art. 82, § 1^{er}, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(421) Mais dans les deux mois précités (cf. C. HÉLAS, « Le bail étudiant en Région wallonne », in *La régionalisation du bail*, *op. cit.*, p. 181).

(422) Art. 254 du Code bruxellois du logement et art. 78 du décret wallon du 15 mars 2018.

du 16 novembre 2017(423), fixé les conditions d'obtention dudit label. Celles-ci tiennent essentiellement(424) à la salubrité(425), à lutte contre l'incendie(426) et à l'information précontractuelle (les éléments à donner par le bailleur au candidat locataire)(427). En sus, le label « peut être complété par une évaluation qualitative du logement étudiant » portant sur une série de critères de confort supplémentaires (équipement, proximité, connectivité, performance énergétique et acoustique)(428). En sus, le bailleur devra s'engager sur l'honneur à utiliser le modèle de contrat de bail de logement étudiant promu par les autorités et fournir divers documents (une copie du certificat de performance énergétique valable et une « communication claire, harmonisée et transparente du loyer et des charges et consommations provisionnelles ou forfaitaires, qu'elles soient privatives ou communes, pratiquées ou qui le seront lorsque le bien sera loué »)(429).

Une double remarque doit néanmoins être formulée à propos de l'ambition affichée du label d'attester de la conformité du bien aux normes de salubrité(430). D'abord, la plus-value d'un label sur ce point est à relativiser dans la mesure où, par définition, tous les logements sis à Bruxelles (locatifs ou non) sont *déjà* censés respecter les critères de salubrité(431). Ensuite, et plus fondamentalement, la faisabilité même d'un tel contrôle est sujette à caution dès lors que l'ordonnance du 27 juillet 2017 a empêché la Direction de l'Inspection régionale du logement de vérifier l'état des habitations *avant* l'entrée du preneur dans les lieux(432). Dans ces conditions, comment pourrait-elle garantir au candidat locataire que le

(423) Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 novembre 2017 fixant les conditions que doivent remplir les logements d'étudiants en vue d'obtenir le label « logement étudiant de qualité », *M.B.*, 6 décembre 2017.

(424) Art. 3, 1^o à 3^o, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 novembre 2017.

(425) Concrètement, le bien doit être conforme à l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 septembre 2003 déterminant les exigences élémentaires en matière de sécurité, de salubrité et d'équipement des logements, *M.B.*, 19 septembre 2003.

(426) On vise par-là l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 avril 2004 déterminant les exigences complémentaires de prévention contre les incendies dans les logements mis en location, *M.B.*, 5 mai 2004, *err.* 11 juin 2004.

(427) Art. 217, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement. Voy. *supra*, n^{os} 22 et 23.

(428) Art. 4, § 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 novembre 2017.

(429) Art. 6 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 novembre 2017.

(430) Art. 3, 1^o, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 novembre 2017.

(431) Art. 4, § 1^{er}, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(432) C'est désormais le « bien loué » qui doit observer les normes de salubrité en effet (au vu du nouvel art. 219, § 2, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement), et non plus le logement « propos[é] à la location (dans l'ancien art. 5 du Code bruxellois du logement).

bien est en règle (puisqu'elle n'a pas encore été autorisée à y pénétrer) ? Sur quoi repose alors le label ?

c) Bail glissant

88. Un peu marginale peut-être⁽⁴³³⁾, une pratique locative des plus stimulantes a cours en Belgique depuis plusieurs années : le « bail glissant ». Par ce dispositif, le propriétaire rétif à l'idée de passer contrat directement avec un locataire en vulnérabilité sociale confie plutôt la gestion de son bien à une association qui assume à sa place le rôle de bailleur (et en assume les tracas). Surtout, l'association accompagne le preneur durant l'exécution du contrat et l'assiste dans l'accomplissement de ses obligations locatives. Si, au terme de cette sorte de temps d'épreuve, le locataire est jugé suffisamment apte, le bail « glisse » sur la tête du propriétaire et l'association se retire, laissant le preneur dans un rapport de face-à-face avec le bailleur⁽⁴³⁴⁾.

89. Ce mécanisme novateur, les Régions bruxelloise et wallonne lui ont donné une consécration juridique (par une définition officielle insérée dans le Code du logement⁽⁴³⁵⁾) aussi bien qu'un régime locatif *ad hoc*. Signalons cependant que le mécanisme wallon a été introduit à la toute fin du processus législatif, par le biais d'un amendement parlementaire⁽⁴³⁶⁾ (inspiré directement par l'ordonnance bruxelloise⁽⁴³⁷⁾).

D'abord, seules des associations disposant d'une autorisation officielle sont habilitées à faire du bail glissant ; du reste, « le Gouvernement arrête

(433) Cf. néanmoins l'expérience (fructueuse) de l'a.s.b.l. Habitat service en région liégeoise, par exemple.

(434) Sur ce mécanisme, voy. S. Lux, « Le bail glissant : un (stimulant) mécanisme à consacrer, pérenniser et développer », in *La dé-fédéralisation du bail d'habitation : quel(s) levier(s) pour les Régions ?*, op. cit., pp. 361 et s.

(435) Il s'agit à Bruxelles d'un « bail de résidence principale conclu avec l'accord exprès ou tacite du bailleur principal, par une des personnes morales définies par le Gouvernement en vue de sous-louer simultanément le bien loué à une personne qui dispose du droit, à l'issue de son accompagnement social et pour autant que les objectifs de celui-ci soient atteints, de se voir automatiquement céder le bail principal dont elle devient ainsi le preneur direct » (art. 2, § 1^{er}, 33^o, du Code bruxellois du logement). En Wallonie, le bail glissant est un « bail d'habitation au sens du Décret relatif au bail d'habitation, conclu entre un bailleur et un des opérateurs immobiliers déterminés par le Gouvernement en vue d'une sous-location du bien loué à une personne en état de précarité qui dispose du droit, à l'issue de son accompagnement social et pour autant que les objectifs de celui-ci soient atteints, de se voir automatiquement céder le bail principal dont elle devient ainsi le preneur direct » (art. 2, 38^o, du Code wallon du logement et de l'habitat durable).

(436) Amendement déposé par des députés de la majorité le 27 février 2018, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 985/12.

(437) « L'objectif est de répondre à l'association Habitat et Services qui souhaitait que soient mieux précisées les modalités du bail glissant », concède l'un des auteurs de l'amendement. « Cette démarche est également inspirée de l'ordonnance bruxelloise » (C.R.A.C., Parl. w., Commission des pouvoirs locaux, du logement et des infrastructures sportives, 2017-2018, n° 95, p. 66).

la liste » des heureuses élues, enjoignent les textes régionaux⁽⁴³⁸⁾, sans préciser toutefois les critères présidant à cette sélection. Cette liste n'a pas encore été adoptée à Bruxelles, malheureusement, alors que la Wallonie⁽⁴³⁹⁾ y a pourvu⁽⁴⁴⁰⁾.

Ensuite, c'est le véhicule juridique de la location/sous-location qui est privilégié pour le bail glissant⁽⁴⁴¹⁾, pour une durée maximale de trois ans⁽⁴⁴²⁾ (et sous le régime de résidence principale)⁽⁴⁴³⁾. Dans le même registre, on notera que le mécanisme de la cession de bail a été retenu pour incarner juridiquement le glissement⁽⁴⁴⁴⁾.

90. À cet égard, « le bailleur ne peut s'opposer » au glissement, préviennent ordonnance bruxelloise⁽⁴⁴⁵⁾ et décret wallon⁽⁴⁴⁶⁾ ; au risque d'être insistants ou redondants, ceux-ci ajoutent (ailleurs) que le glissement s'opère « sans nouvel accord du bailleur »⁽⁴⁴⁷⁾. Convergentes, ces

(438) Art. 264, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 86, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(439) Arrêté du Gouvernement wallon du 5 juillet 2018 fixant les annexes pour chaque type de baux, la liste des travaux économiseurs d'énergie et la liste des personnes morales autorisées à pratiquer le bail glissant en exécution du décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 3 octobre 2018.

(440) On a les sociétés de logement de service public (celles qui sont visées au chapitre 2 du Titre III du Code wallon du logement et de l'habitat durable), les agences immobilières sociales et les associations de promotion du logement (*cf.* art. 191 du Code wallon du logement et de l'habitat durable), les centres publics d'action sociale ainsi qu'un dernier groupe composé comme suit : les centres de service social, les épiceries sociales, les restaurants sociaux, les services de médiations de dettes, les maisons d'accueil, les maisons de vie communautaire, les maisons d'hébergement de type familial, les abris de nuit, les services d'insertion sociale, les relais sociaux, les organismes sociosanitaires privés des relais sociaux, les services et dispositifs d'accompagnements des violences entre partenaires et des violences fondées sur le genre, les services d'aide et de soins aux personnes prostituées, les maisons arc-en-ciel, les services de logement supervisés, les services de logements encadrés novateurs, les services résidentiels pour adultes, les services résidentiels pour jeunes, l'initiative locale d'intégration des personnes étrangères et d'origine étrangère, les associations de santé intégrée, les centres de planning, les conventions de revalidation fonctionnelle, les hôpitaux, les initiatives d'habitations protégées, les maisons de soins psychiatriques, les plates-formes de concertation en santé mentale, les services et réseaux agréés d'aide et de soins spécialisés en assuétudes, les services de santé mentale, agréés ou subventionnés en vertu du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé (partie décrétable). Voy. art. 3, 1^o à 4^o, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 5 juillet 2018.

(441) Art. 263, § 1^{er}, al. 2, du Code bruxellois du logement et art. 85, § 1^{er}, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018. On aurait pu songer aussi au mandat de gestion par exemple.

(442) Si un processus de réinsertion sociale prend fatalement un certain temps, il faut aussi mettre des balises temporelles à l'expérimentation. Après un certain délai, de toute façon, l'association aura une vue suffisamment claire sur les chances du sous-locataire d'assumer la relation locative de manière autonome. Il faudra soit faire évoluer (glisser) le sous-preneur vers le haut, soit terminer le bail et laisser sa chance à un autre. Sans compter qu'au-delà d'une certaine période, le statu quo (avec l'intercession de l'association) pourrait s'apparenter à de l'assistanat.

(443) Art. 265, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 87, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(444) Art. 264, § 3, al. 1^{er}, du Code bruxellois du logement et art. 86, § 3, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018. La novation, toutefois, avait ses partisans aussi.

(445) Art. 264, § 3, al. 3, du Code bruxellois du logement.

(446) Art. 86, § 3, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(447) Art. 264, § 3, al. 4, du Code bruxellois du logement et art. 86, § 3, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

formules attestent à suffisance de la mise hors jeu du bailleur quant à la décision de faire glisser le bail et, en amont, quant à l'appréciation même des progrès du sous-preneur, en amont.

Non seulement le bailleur n'est-il donc pas autorisé à jouer un quelconque aucun rôle dans la décision de faire glisser le bail (qui incombe exclusivement à l'acteur associatif), mais il lui est interdit de contester celle-ci. Cette absence complète de pouvoir décisionnel dans le chef des bailleurs pourrait décourager certains d'entre eux de s'engager dans la voie du bail glissant. À la base, déjà, ils n'ont pas reçu de droit de veto sur la personne du sous-preneur...

91. Quel(s) changement(s) juridique(s) apporte exactement le glissement ? Ils sont au nombre de deux essentiellement : le sous-locataire – devenu locataire principal – ne doit plus suivre l'accompagnement social et, surtout, la durée du bail passe à neuf ans(448). Un résultat positif ponctuant l'évaluation des aptitudes du locataire doit conduire en effet à pérenniser le séjour de celui-ci. C'est la logique même du système, nécessairement basé sur la perspective d'une « récompense » pour l'occupant. Si ce dernier est jugé autonome, il doit pouvoir voler de ses propres ailes, et plus longtemps.

Il faut toutefois déplorer que cette prolongation de la durée du bail ne soit pas prévue *expressis verbis* en Wallonie. En l'absence de toute précision dans les travaux préparatoires(449) (très largement elliptiques sur la thématique du bail glissant en général), on se perd en conjectures. Nous voilà donc en présence d'un « angle mort » dans le décret, plus que fâcheux. Partant, on ne voit rien dans le texte qui pourrait fonder, en droit, un(e) quelconque prorogation/prolongation/renouvellement du bail après glissement. La chose, ne le cachons pas, nous paraît extrêmement problématique... et, sur le plan du fond, peut passer pour absurde. C'est que, rappelons-le, l'institution du bail glissant prend obligatoirement fin après trois ans au plus tard (tant le bail principal que la sous-location)(450). Quel temps resterait-il alors au preneur qui aurait démontré pourtant son aptitude à gérer seul une relation locative ? Et comment, avec cette faible perspective de pérennité dans le bien loué, motiver le sous-locataire à satisfaire (avant glissement) à ses obligations tirées du bail et de

(448) Art. 265, § 3, du Code bruxellois du logement.

(449) Notamment, la « justification » de l'amendement déposé par des députés de la majorité le 27 février 2018, *Doc., Parl. w., sess. 2017-2018, n° 985/12*.

(450) Art. 87, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

l'accompagnement social ? La période restant à courir risque en tous cas d'être réduite à portion congrue si l'évaluation des progrès du sous-locataire a lieu à la fin de la deuxième année ; et signalons à cet égard que le bail glissant peut avoir une durée *inférieure* à trois ans⁽⁴⁵¹⁾. Sans compter que le décret lui-même perdrait totalement de son sens en pareille hypothèse, lui qui évoque en toutes lettres une possibilité de cession du bail « au terme de [...] la troisième année »⁽⁴⁵²⁾ (c'est-à-dire à un moment où, de toute manière, le bail glissant s'arrête) ! *A minima*, voilà une singulière manière de responsabiliser le preneur et d'en récompenser « l'autonomie »⁽⁴⁵³⁾. Un résultat positif ponctuant l'évaluation des aptitudes du locataire doit, en bonne logique, conduire à stabiliser le séjour de celui-ci. C'est la philosophie même du système, nécessairement basé sur la perspective d'une « gratification » pour l'occupant. Si ce dernier est jugé suffisamment indépendant, il doit pouvoir voler de ses propres ailes, et plus longtemps.

92. Une autre inquiétude émerge, tant à Bruxelles ici que dans le sud du pays : nulle part les législateurs régionaux n'ont-ils retranché du régime du bail de résidence principale (applicable au bail glissant on l'a dit) les règles relatives à la dissolution du contrat avant terme ; pour rappel, le bail de trois ans autorise désormais une telle opération (à l'initiative du preneur comme du bailleur)⁽⁴⁵⁴⁾. Et pas davantage le chapitre sur le bail glissant n'énonce-t-il des règles spécifiques de résiliation anticipée qui viendraient supplanter les prescriptions générales. Il faut théoriquement conclure de ces éléments que les facultés traditionnelles de résiliation anticipée valent *aussi* dans le présent contexte.

On peine à croire cependant que telle ait pu être l'intention des autorités bruxelloises et wallonnes. Admettre que le bailleur puisse mettre fin à tout moment au bail (certes pour occupation personnelle et après la première année⁽⁴⁵⁵⁾) alors que l'essai est toujours en court reviendrait à court-circuiter celui-ci et à priver d'effet le principe même du test ; ce serait « contraire à l'objectif du bail glissant d'inscrire durablement le

(451) Cf. l'adjectif « maximale » associé à cette durée par l'article 87, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(452) Art. 86, § 3, al. 2, du décret wallon du 15 mars 2018.

(453) Art. 87, § 2, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(454) Art. 238, al. 4, du Code bruxellois du logement et art. 55, § 6, al. 4 et 5, du décret wallon du 15 mars 2018.

(455) Art. 238, al. 4, *in fine*, du Code bruxellois du logement et art. 55, § 6, al. 5, du décret wallon du 15 mars 2018.

locataire dans son logement » (456). Et penser que, de son côté, l'association serait libre de se retirer quand elle veut, abandonnant par là son sort le sous-preneur (qu'elle est censée accompagner de près), n'a pas plus de sens.

SECTION 4.

DISPOSITIONS ABROGATOIRES ET TRANSITOIRES

§ 1. Dispositions abrogatoires

93. À propos des dispositions abrogatoires, il y a lieu de dire d'emblée que le législateur bruxellois a fait choix de ne *pas* supprimer en bloc le droit commun fédéral du bail (art. 1714 à 1762*bis* C. civ.) (457). Le trait n'est tiré que sur *certain*s de ces articles (458). Ceux-ci, dans leur majorité, cessent de s'appliquer à l'égard de *l'ensemble* des baux d'habitation (459), mais l'un ou l'autre ne disparaît qu'en présence d'un bail de résidence principale ou d'un bail de logement étudiant par exemple (460).

Lues en creux, ces énumérations révèlent qu'un grand nombre de dispositions du Code civil fédéral sont *toujours d'application* à Bruxelles, malgré le transfert de la compétence du bail d'habitation aux Régions en 2014 et la promulgation subséquente de l'ordonnance du 27 juillet 2017. On trouve là l'article 1714 (mentions obligatoires du contrat de

(456) C. HÉLAS et C. ROUSSEAU, « Le bail glissant en Région wallonne », *op. cit.*, p. 199.

(457) Le régime du bail de résidence principale passant bien, lui, à la trappe (art. 16, § 4, de l'ordonnance du 27 juillet 2017).

(458) Formellement, ceux-ci « cessent d'être applicables en Région de Bruxelles-Capitale » à tout ou partie des baux d'habitation tels que régis désormais par la Code (art. 16, § 3, al. 1^{er} et 2, de l'ordonnance du 27 juillet 2017).

(459) On trouve là l'article 1714*bis* (location d'une chambre d'étudiant), l'article 1716 (mention du loyer et des charges communes sur les annonces locatives), l'article 1717 (sous-location et cession de bail), l'article 1720 (réparations à charge du bailleur), les articles 1743, 1748 et 1750 (vente du bien loué) ainsi que les articles 1754 à 1756 (réparations locatives) ; voy. art. 16, § 3, al. 1^{er}, de l'ordonnance du 27 juillet 2017. La raison qui a guidé cette sélection est simple : sur ces points, l'ordonnance a instauré des règles nouvelles et exhaustives, qui supplantent dès lors les anciennes.

(460) Ces contrats-là ne sont dès lors pas régis par les articles 1736 à 1740 du Code civil (durée du bail et congé), ni par les articles 1757 et 1758 du même Code (durée de location de meubles et des logements meublés), comme l'explique l'article 16, § 3, al. 2, de l'ordonnance du 27 juillet 2017. Il est exact que les articles du droit commun fédéral sur la durée du bail par exemple n'ont pas lieu d'être dans un contexte de bail de résidence principale ou de bail de logement étudiant, où l'ordonnance règle la question de manière exhaustive (art. 237 et s. du Code bruxellois du logement d'une part et, de l'autre, art. 256 du Code bruxellois du logement). Précisément, les articles concernés (1736 à 1740, 1757 et 1758 C. civ.) ont tous trait à la durée du bail. *A contrario*, la colocation et le bail glissant – non cités par l'article 16, § 3, al. 2, de l'ordonnance du 27 juillet 2017 – restent gouvernés par ces dispositions (mais pas par les articles 1714*bis*, 1716, 1717, 1720, 1743, 1748, 1750 et 1754 à 1756 précités du Code civil, comme on vient de le voir).

bail), l'article 1715 (preuve du bail), l'article 1719 (obligations du bailleur), l'article 1721 (vices de la chose), l'article 1722 (destruction du bien par cas fortuit), l'article 1724 (réparations urgentes), l'article 1725 (trouble d'un tiers), etc.

94. Le choix fait par la (seule) Région bruxelloise de ne pas supprimer l'entière du droit commun fédéral interpelle incontestablement. Il est permis par exemple de s'interroger sur le maintien en vigueur dudit l'article 1714 du Code civil. Non seulement la substance de celui-ci est-elle reprise(461) (et enrichie !) par le nouvel article 218 du Code du logement mais, surtout, ces deux dispositions s'opposent sur la forme à donner au bail. Là où le premier admet le bail verbal(462), le second impose l'écrit(463) ! Certes, l'article 1714 du Code civil prend soin de s'ouvrir par ces mots : « Sauf dispositions légales contraires [...] ». Toutefois, la localisation de l'article 218 du Code au sein même du droit commun confère à ce dernier une portée extensive ; voilà introduite par-là, au nom de l'adage *Lex posterior derogat priori*, une dérogation générale à cet article 1714, dont la question de la raison d'être se pose dès lors avec acuité.

On peut émettre une remarque analogue à propos de l'indexation. Suivant l'article 224 du Code bruxellois du logement (situé dans le droit commun régional), elle s'applique toutes les fois où « elle n'a pas été exclue expressément »(464) alors que, aux termes de l'article 1728*bis* du Code civil, elle doit pour ce faire avoir été « convenue » par contrat au préalable(465). Certes, cette dernière disposition a son importance car elle recèle la formule d'indexation(466) à laquelle l'article 224 du Code bruxellois du logement renvoie(467) ; il n'était pas interdit toutefois de rapatrier celle-ci au sein dudit article 224, histoire de former un tout cohérent (et unique).

95. Au final, un constat se dessine, teinté d'amertume. Le maintien de pans entiers du droit commun fédéral oblige désormais le citoyen à jongler avec les textes de loi : Code bruxellois du logement (droit commun et régimes spécifiques), Code civil... et dispositions abrogatoires de

(461) Partiellement il est vrai.

(462) « Sauf dispositions légales contraires on peut louer ou par écrit, ou verbalement » (art. 1714, al. 1^{er}, C. civ.).

(463) « Tout bail entrant dans le champ d'application du présent titre doit être établi dans un écrit » (art. 218, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement).

(464) Art. 224, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

(465) Art. 1728*bis*, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. civ (« Région de Bruxelles-Capitale »).

(466) Art. 1728*bis*, § 1^{er}, al. 2 à 6, C. civ (« Région de Bruxelles-Capitale »).

(467) Art. 224, § 1^{er}, du Code bruxellois du logement.

l'ordonnance du 27 juillet 2017 (pour voir en amont si l'article du Code civil en question continue ou non d'être applicable)(468). Et, ce qui n'arrange rien, ces textes émanent de niveaux de pouvoir *différents* (régional et fédéral).

96. À titre de comparaison, le législateur wallon n'a pas hésité, lui, à faire passer de vie à trépas le droit commun dans son intégralité (pour en rapatrier les dispositions dans son décret relatif au bail d'habitation)(469). Il en résulte une simplification et une rationalisation significatives du paysage réglementaire, qu'il faut saluer.

§ 2. Dispositions transitoires

97. Un mot, pour clore ce point, sur les dispositions transitoires. Le principe général est simple, à Bruxelles ou en Wallonie : le texte nouveau a vocation à régir immédiatement tous les contrats de bail d'habitation, même ceux qui sont *déjà conclus* au jour de l'entrée en vigueur de l'ordonnance(470) (fixée au 1^{er} janvier 2018(471)) ou du décret(472) (arrêtée au 1^{er} septembre 2018(473)).

Des exceptions sont toutefois ménagées. À Bruxelles, il s'agit essentiellement des données exigibles du preneur, des informations précontractuelles, de la forme (écrite) du bail, du sort du contrat en cas d'interdiction à la location, de la cession du bail et de la sous-location, du bail de logement étudiant et, enfin, de la colocation ; tous ces sujets-là gouvernent uniquement les baux conclus ou renouvelés *après* l'entrée en vigueur de l'ordonnance(474). En Wallonie, on trouve là les dispositions afférentes à la forme (écrite) du bail, aux mentions obligatoires du contrat, à l'annexe explicative, à la transcription judiciaire des baux oraux, à l'assurance incendie et au bail de courte durée, de même que les tout nouveaux régimes dédiés à la colocation et au bail étudiant ; ici aussi, ces points ne

(468) Sans compter que le régime du droit commun s'applique généralement en cheville avec un ou plusieurs régimes spécifiques (bail de résidence principale, bail de colocation, etc.).

(469) Art. 92, § 1^{er}, du décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 28 mars 2018.

(470) Art. 17, § 3, du Code bruxellois du logement.

(471) Art. 17, § 1^{er}, de l'ordonnance du 27 juillet 2017 et art. 2 de l'arrêté d'exécution du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 octobre 2017 instaurant un modèle-type d'état des lieux à valeur indicative, *M.B.*, 6 novembre 2017, *err.* 28 novembre 2017.

(472) Art. 91, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(473) Art. 94 du décret wallon du 15 mars 2018.

(474) Art. 17, § 2 et s., de l'ordonnance du 27 juillet 2017.

sont applicables qu'aux baux conclus ou renouvelés à partir de l'entrée en vigueur du décret(475).

SECTION 5.

DES RECOURS EN ANNULATION PENDANTS

98. Impossible de conclure ce vaste tour d'horizon sans signaler que les mois qui vont suivre seront d'une importance cruciale pour l'ordonnance du 27 juillet 2017 et le décret du 15 mars 2018, car la Cour constitutionnelle aura à se prononcer prochainement sur plusieurs recours visant à l'annulation de nombre de leurs dispositions. Concernant le texte bruxellois, les recours(476) postulent l'anéantissement des articles relatifs à l'extension(477) de la liste des données exigibles du candidat preneur sélectionné(478), à la sanction civile(479) frappant le bail portant sur un logement interdit à la location ou dont le bailleur est un ancien marchand de sommeil(480), à l'augmentation de loyer consécutive à la réalisation de travaux économeurs d'énergie(481), à la notification au bailleur du « projet de sous-location »(482), à l'illimitation du nombre de prorogations du bail de courte durée(483), à la faculté de résiliation anticipée de ce même contrat(484), à la terminaison sans congé du bail de moins de six mois(485) et, enfin, à l'invalidation de la clause d'arbitrage glissée d'entrée de jeu dans le bail(486).

Pour sa part, le texte décréteil est (à peine) moins affecté, puisque sont dans le collimateur des requérants(487) les dispositions ayant trait aux

(475) Art. 91, al. 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(476) Portant les numéros de rôle 6917 et 6918 et parvenus au greffe de la Cour les 3 et 4 mai 2018, ces recours émanent respectivement de la Chambre d'arbitrage et de médiation d'une part et, de l'autre, de deux associations de défense du droit au logement (le Rassemblement bruxellois pour le droit à l'habitat et la Fédération bruxelloise de l'union pour le logement). Voy. le *Moniteur belge* du 13 juin 2018, p. 49.260.

(477) À la discrétion de l'exécutif.

(478) Art. 200ter, § 2, seconde phrase, du Code bruxellois du logement.

(479) Nullité ou caducité.

(480) Art. 219, § 4 et 5, du Code bruxellois du logement.

(481) Art. 221, § 2, du Code bruxellois du logement.

(482) Art. 230, § 5, al. 1^{er} et 2, du Code bruxellois du logement.

(483) Art. 238, al. 2, du Code bruxellois du logement.

(484) Art. 238, al. 4, du Code bruxellois du logement.

(485) Art. 238, al. 3, du Code bruxellois du logement.

(486) Art. 233, § 2, al. 2, du Code bruxellois du logement.

(487) Portant le numéro de rôle 7014 et parvenu au greffe de la Cour 2 octobre 2018, ce recours est issu d'un faisceau d'associations de défense des personnes vulnérables en général (ATD Quart-Monde Belgique, Confédération des Syndicats Chrétiens de Belgique, Fédération Générale du Travail de Belgique, Rassemblement wallon pour le droit à l'habitat, Présence et Action Culturelles, Action Chrétienne Rurale des Femmes

documents susceptibles d'être demandés par le bailleur au preneur (la preuve du paiement des trois derniers loyers, au premier chef) (488), à la réalisation des travaux économeurs d'énergie en cours de bail (489), à la garantie locative (490) et à la solidarité obligatoire entre colocataires (491).

Affaire à suivre dès lors !

- Femmes en milieu rural, Vie féminine, Réseau wallon de lutte contre la pauvreté, Rassemblement des Associations de Promotion du Logement, Mouvement Ouvrier Chrétien, Ligue des Droits de l'Homme, Centre National des Equipes Populaires, Fédération des maisons d'accueil et des services d'aide aux sans-abri et Fédération des Services Sociaux). Voy. le *Moniteur belge* du 26 octobre 2018, p. 82.031.

(488) Art. 6, al. 2, 5°, 7° et 8°, 3 et 4, du décret wallon du 15 mars 2018.

(489) Art. 21 du décret wallon du 15 mars 2018.

(490) Art. 62, § 1^{er}, du décret wallon du 15 mars 2018.

(491) Art. 66 du décret wallon du 15 mars 2018.

Table des matières

Sommaire	5
Le contrat d'échange	7
FRANÇOIS GLANSORFF	
Section 1. Échange et vente	8
Section 2. Domaines particuliers	9
Section 3. Éléments constitutifs de l'échange – institutions voisines – qualification de la convention	10
Section 4. Valeurs respectives des choses échangées – Échange avec soulte – Lésion	17
Section 5. Formation du contrat d'échange – conditions de validité	20
Section 6. Transfert de la propriété et des risques	22
Section 7. Interprétation – Frais – Loi Hypothécaire	23
Section 8. Les obligations des échangistes	24
Section 9. Protection du consommateur échangiste	27
§ 1. La loi Breyne	28
a) Application de la loi	28
b) Effets de l'application de la loi Breyne	30
§ 2. Les pratiques du commerce	31
§ 3. La responsabilité du fait des produits défectueux	32
Section 10. Aspects fiscaux	32
§ 1. Le droit d'enregistrement	33
§ 2. La TVA	34

Le contrat d'entreprise : examen de la jurisprudence

récente et questions choisies37

JEAN-THÉODORE GODIN et SÉBASTIEN VANVREKOM

Introduction38

Section 1. Contrat d'entreprise et accès à la profession39

§ 1. Défaut d'accès à la profession et condition de recevabilité
des actions mues par l'entreprise41

§ 2. Défaut d'accès à la profession et conditions de validité
du contrat d'entreprise45

§ 3. L'irrecevabilité de l'action et le défaut de validité
de la convention ne sont pas intrinsèquement liés50

Section 2. Contrat d'entreprise et troubles de voisinage53

Section 3. Contrat d'entreprise et résiliation unilatérale
par le maître de l'ouvrage.....58

§ 1. Rappel des principes.....58

a) La résiliation unilatérale.....58

b) La résolution et l'exception d'inexécution62

i. La résolution judiciaire62

ii. La résolution unilatérale64

iii. L'exception d'inexécution66

§ 2. Analyse de certains points controversés.....67

a) Contrat à durée indéterminée.....67

b) L'application alternative des articles 1184 et 1794
du Code civil69

i. Les hypothèses de résiliation unilatérale.....71

ii. La résolution aux torts de l'entrepreneur72

iii. La résolution aux torts du maître de l'ouvrage74

α. Résolution fautive par le maître de l'ouvrage
(en l'absence de mise en demeure, en l'absence
de manquement suffisamment grave, etc.).....74

β. Résolution pour manquement grave du maître de l'ouvrage..76

iv. Appréciation.....77

c) Clause pénale versus clause de dédit.....82

i. Qualification des clauses.....82

ii. Caractère excessif de la clause de dédit.....84

d) L'application aux professions libérales88

e) Faute relative à la réalisation d'une condition suspensive89

f) Sous-traitance90

Section 4.	Contrat d'entreprise et action directe.....	91
Section 5.	Contrat d'entreprise et preuve.....	97
Section 6.	Contrat d'entreprise et responsabilité décennale	104
Conclusion		109

Le nouveau droit du bail d'habitation à Bruxelles et en Wallonie.....

NICOLAS BERNARD

Section 1.	Contexte	112
Section 2.	Philosophie (commune) de la réforme	114
§ 1.	Consensualisme.....	114
§ 2.	Extension du droit commun.....	115
§ 3.	« Impérativisation » du droit du bail d'habitation	117
§ 4.	Modernité et délégation	119
§ 5.	La figure du contrat-type.....	120
§ 6.	L'émergence du « label ».....	121
Section 3.	Modifications principales.....	121
§ 1.	Règles anti-discrimination : données exigibles du candidat preneur	122
§ 2.	Bail de droit commun (dans les deux Régions)	125
a)	Articulation du droit commun avec le régime du bail de résidence principale.....	125
b)	Information précontractuelle	126
c)	Bail-type	128
d)	Annexe explicative	130
e)	État du bien loué	131
i.	Régime normal.....	131
ii.	L'ancien marchand de sommeil.....	134
f)	Assurance incendie (en Wallonie uniquement)	135
g)	État des lieux.....	137
i.	État des lieux d'entrée.....	137
ii.	État des lieux de sortie.....	138
h)	Travaux économiseurs d'énergie	140
i)	Réparations	142
j)	Sous-location.....	143
k)	Décès du preneur	145

i.	Le principe	145
ii.	Les meubles	147
l)	Règlement alternatif des conflits (à Bruxelles uniquement) ..	149
m)	Loyers	151
§ 3.	Bail de droit commun dans une Région et régime de résidence principale dans l'autre	153
a)	Précompte immobilier (droit commun à Bruxelles, bail de résidence principale en Wallonie)	153
b)	Enregistrement (droit commun à Bruxelles, bail de résidence principale en Wallonie)	155
§ 4.	Bail de résidence principale	156
a)	La durée	156
i.	Bail de neuf ans ou plus	156
ii.	Bail de trois ans ou moins	158
•	Régime général	158
•	Bail de moins de six mois (Bruxelles)	160
b)	La garantie locative	162
c)	Information du preneur en cas de transmission du bien loué (à Bruxelles uniquement)	163
§ 5.	Nouveaux régimes	164
a)	Colocation	164
b)	Bail étudiant	167
c)	Bail glissant	171
Section 4.	Dispositions abrogatoires et transitoires	175
§ 1.	Dispositions abrogatoires	175
§ 2.	Dispositions transitoires	177
Section 5.	Des recours en annulation pendants	178