

CHAPITRE 15 : LA CONCURRENCE ET LE BAIL COMMERCIAL

Gonzague de Crayencour
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

Du point de vue particulier de la concurrence, le marché locatif commercial semble fonctionner en toute liberté entre les différents acteurs concernés, que ce soit dans la quête des meilleurs emplacements locatifs, lors de la fixation du loyer, dans l'élaboration des clauses contractuelles ou encore, dans l'affectation des lieux.

Dans ce domaine, la concurrence court-elle le risque d'être faussée du fait de la puissance de certains acteurs (grands investisseurs immobiliers ou chaînes commerciales) ? Quels mécanismes régulateurs trouvent à s'appliquer dans ce cas ?

Par ailleurs, qu'en est-il des relations entre différents locataires réunis en un même lieu d'exploitation dans le cadre de contrats qui les lient respectivement à leur bailleur ? Ces relations diffèrent-elles de celles qui peuvent naître du voisinage dans un quartier ou une rue commerçante ? Quel régime juridique particulier leur appliquer dans ce cas ?

Dans la section 1 seront examinées à cet égard les relations entre le bailleur et le locataire.

Les relations de concurrence entre locataires au sein d'un même complexe commercial font l'objet de la section 2.

Section 1 Les relations entre le bailleur et le locataire. Sauvegarde de la concurrence et régulation

§1 Introduction

I. Constat

A La puissance du grand commerce

Le parc immobilier commercial est particulièrement diversifié. Il est réparti entre une multitude d'opérateurs et d'exploitants : depuis le simple particulier jusqu'au grand investisseur, pour ce qui est du bailleur ; depuis le petit commerçant exerçant en personne physique jusqu'à la grande chaîne multinationale pour ce qui est du locataire.

Au moment de conclure un bail commercial, le jeu de l'offre et de la demande fonctionne sans guère d'entraves.

Rien n'interdit au propriétaire d'imposer ses conditions, pour autant qu'elles soient compatibles avec les dispositions légales impératives.

Rien ne l'empêche d'avantage de privilégier parmi les candidats locataires ceux qui présentent le maximum d'attraits et de solvabilité. Le marché, l'évolution des goûts et besoins du consommateur ainsi que la conjoncture dictent ici leur loi.

Cela entraîne comme conséquence que finalement les emplacements les plus prisés sont occupés par les grandes chaînes, les marques puissantes et que le petit commerce indépendant se trouve progressivement écarté des shopping centers structurés et des rues les mieux classées. D'autres menaces se développent actuellement pour le petit commerce traditionnel, sous la forme d'une redécouverte, par les grandes chaînes, de ce qu'il est convenu d'appeler les « *convenience stores* » (magasins de proximité axés sur la satisfaction des besoins immédiats) sans compter les différentes formes de commerce à distance (par correspondance, téléachat, e-commerce, etc.)¹.

Il ressort de ce constat que le véritable rapport de force n'est pas tant entre le bailleur et son (candidat) locataire qu'entre le grand commerce et le petit commerce, ainsi que dans la faculté d'adaptation.

B Des contrats très détaillés et contraignants

Avec les premiers grands shopping centers, début des années 1970, s'est développée, en matière de bail commercial, la pratique de contrats particulièrement détaillés, « à l'anglo-saxonne ». Ces documents volumineux donnent à première vue le sentiment que la liberté de mouvement du locataire se trouve très réduite.

En réalité, dans le cadre de l'activité convenue, la liberté d'exploitation proprement dite du locataire subit peu de restriction (choix de l'assortiment, aménagement du local, etc.), mais il s'avère que les dispositions du droit commun ne suffisent plus à régler les droits et obligations dans l'environnement complexe des centres commerciaux.

Les objectifs du bailleur sont de conserver la maîtrise de la gestion du centre commercial et d'en assurer la rentabilité. Le succès est au prix d'une certaine discipline.

On relève ainsi un développement des clauses contractuelles dans les domaines suivants² :

- travaux de constructions et d'aménagement, répartition entre les parties ;
- charges (entretien, promotion, animation, équipements communs) ;
- standardisation des procédures, budgétisation, relevés, modalités de paiement, garanties, assurances, etc. ;
- modalités d'exploitation (heures d'ouverture, usage des parties communes...) ;
- prise en compte des nouvelles réglementations (environnement, sécurité/incendie...) et de leurs évolutions ;
- affectation des lieux loués et « mix » commercial.

Sous peine de rendre le shopping center ingérable, les propriétaires ne peuvent se permettre de consentir de conventions « à la carte » et les contrats soumis à la signature des exploitants prennent la forme de contrats standards que les propriétaires rechignent à renégocier.

À cet égard, on peut se demander si la qualification de contrats d'adhésion serait totalement adéquate, cette notion s'étant surtout développée dans le cadre des contrats d'assurance qui font l'objet de dispositions spécifiques. La relation entre l'assuré (consommateur privé) et

¹ 2.250.000 belges ont acheté via internet en 2004. Source : *Insites*.

² Voir Chapitre 16.

l'assureur professionnel justifie des principes d'interprétation qui ne sont pas forcément transposables entre professionnels³.

On examine au chapitre 16 certaines dispositions contractuelles habituellement en usage dans les centres commerciaux.

C Des loyers parfois élevés

Certains lieux ont la faveur du public, d'autres perdent leur attrait. Il s'opère un tassement des loyers dans certains emplacements moins bien situés, isolés, etc., et une hausse des loyers dans les quartiers qui connaissent un regain d'intérêt par suite de divers facteurs fortuits ou favorisés, voire planifiés.

Dans les emplacements de premier choix, les loyers sont parfois très élevés. C'est le marché qui fixe la valeur locative et, lors de la conclusion du bail, cette loi de l'offre et de la demande joue sans entrave. Seuls les exploitants disposant d'importants moyens financiers (grandes marques et chaînes) peuvent offrir les pas-de-porte et les loyers demandés pour les meilleurs emplacements.

Les grandes marques sont prêtes à déboursier un surloyer de pure convenance pour s'implanter aux emplacements stratégiques. Nés aux États-Unis, les « *flagship stores* » apparaissent dans nos grandes villes. Ces « magasins porte-drapeaux » se veulent de véritables « vitrines » d'une marque. Ils proposent des surfaces importantes et personnalisées situées dans des lieux stratégiques.

Dans l'échelle des valeurs locatives (depuis les magasins de proximité jusqu'aux boutiques des rues les plus réputées du centre-ville en passant par les « *baanwinkels* » (magasins de banlieue), les galeries marchandes, etc.), les shopping centers structurés se situent en haut de la chaîne, juste après les boutiques/magasins situés dans les meilleures rues marchandes des centres-ville⁴.

II Liberté du commerce et de l'industrie

L'article 7 du décret des 2-17 mars 1791 dit « décret d'Allarde » consacre le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Des dispositions nationales et européennes existent depuis longtemps pour assurer le jeu correct de la concurrence (lois sur les pratiques de commerce, protection de la concurrence contre les ententes illicites et l'abus de position dominante).

Par ailleurs, on sait que cette liberté ne peut être conçue comme illimitée. Il n'est pas exclu que l'exercice de certaines activités puisse être réglementé par la loi ainsi que l'a jugé la Cour

³ Ainsi, en matière d'assurance, la cour d'appel de Bruxelles déclare qu' « il est de jurisprudence et de doctrine constantes qu'en cas de doute, un contrat d'adhésion s'interprète en faveur de celui qui y souscrit » (Bruxelles, 24 février 1994, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12466).

⁴ Source : ING CORPORATE FINANCE - ICHÉC ENTREPRISES, *Investir en Immobilier Belge direct et Indirect* Présentation au salon Financial One, 21 mai 2005.

de cassation⁵. La liberté d'entreprendre n'empêche pas l'autorité publique de soumettre l'exercice des activités économiques à des régimes divers de contrôles et d'autorisations administratives pourvu que ceux-ci soient proportionnés au but poursuivi.

Nous passerons en revue les dispositions susceptibles de s'appliquer à la matière.

La question de la sauvegarde de la concurrence et de son encadrement est indissociablement liée avec le souci du législateur d'assurer l'équilibre entre les partenaires à certains contrats.

§2 Sauvegarde de la concurrence

I Liberté de contracter

A Principe

En principe, la liberté pour le bailleur de contracter ou non et de choisir son cocontractant reste la règle. Il n'a pas à motiver son refus⁶.

B Le refus de contracter

Le refus de contracter ne sera sanctionné que lorsqu'il est contraire aux dispositions nationales ou européennes en matière de concurrence économique réprimant certaines ententes ainsi que l'abus de puissance économique, lorsqu'il est contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ou qu'il constitue un abus de droit⁷.

Cela reste vrai même si le refus aboutit à un préjudice grave, voire à la fin de ses activités, pour la victime du refus⁸.

Retenons bien entendu la possibilité, le cas échéant, d'un recours aux dispositions de la loi anti-discrimination du 25 février 2003⁹.

⁵ Cass., 21 janvier 1977, *Pas.*, I, 549.

⁶ Cass., RG 7015, 13 septembre 1991 (Belgische Boerenbond / S.P.R.L. Agrivita), <http://www.cass.be> (18 octobre 2001); Arr. Cass. 1991-92, 38; Bull. 1992, 33; , *J.T.* 1992 (abrégé), 275; *Pas.* 1992, I, 33; , *R.W.* 1991-92, 882, note BROECKX, K.; *T.R.V.* 1993, 72, note VAN GERVEN, D. ; ZW 1993, 96, note COECKELBERGH, D.

⁷ Voir n° 12, 14 et s. ; Cass., RG 9395, 24 septembre 1992 (S.A. Imprimerie et Journal La Meuse / Franck) <http://www.cass.be> (18 octobre 2001) ; Arr. Cass. 1991-92, 1129 ; Bull. 1992, 1049; *J.L.M.B.* 1993, 686; *Pas.* 1992, I, 1049; *R.C.J.B.* 1995, 5, note VAN BUNNEN, L.; *R.W.* 1992-93 (abrégé), 685; *R.D.C.* 1993, 650, note. Bruxelles 25 février 1994, *R.D.C.* 1994, 639 ; Bruxelles 3 novembre 1998, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1998, 747 ; Bruxelles 16 septembre 1997, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1997, 425 ; Bruxelles 13 juin 1996, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1996, 692 ; Gand 3 février 1999, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1999, 859 ; Prés. Comm. Bruxelles 16 décembre 1994, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1994, 551, note DE BAUW, H.; *R.D.C.* 1995, 813, note ; Prés. Comm. Bruxelles 22 juin 1994, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1994, 529 ; Prés. Comm. Courtrai 7 avril 1997, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1997, 784.

⁸ Anvers, 31 mars 1992, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1992, 267 ; Prés. Comm. Bruxelles 2 octobre 1995, Ing.-Cons. 1995, 372, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1995, 419.

⁹ Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.* 17 mars 2003.

C Le refus de renouvellement de bail¹⁰

Lors de la conclusion du contrat initial, en particulier pour ce qui touche le montant du loyer, c'est la loi de l'offre et de la demande qui s'applique sans autres limites que celles qui règlent la validité des consentements.

En revanche, soucieux de protéger le fonds de commerce, le législateur a sensiblement restreint et encadré la faculté pour le bailleur de refuser le renouvellement du bail.

On se limite à rappeler ici que le bailleur a toujours la possibilité de refuser le renouvellement qui lui est demandé, et ce, moyennant paiement d'une indemnité qui variera en fonction du motif invoqué.

Pour l'exposé détaillé des dispositions légales en matière de renouvellement du bail, le lecteur est renvoyé au chapitre 6 du présent ouvrage.

II Loi sur les pratiques du commerce (LPCC)¹¹

A Application aux baux commerciaux

Pour déterminer si un bail commercial est soumis à cette réglementation, il y a lieu de tenir compte des définitions données dans l'article 1 de la loi :

Sont considérés comme un « vendeur » :

« a) tout commerçant ou artisan, ainsi que toute personne physique ou morale qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services dans le cadre d'une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire ;

(...)

c) les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à caractère commercial, financier ou industriel, soit en leur nom propre, soit au nom ou pour le compte d'un tiers doté ou non de la personnalité juridique et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services ».

Sont définies par la loi comme un « service » :

« toutes prestations qui constituent un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi sur le registre de l'artisanat ».

La mise en location d'immeubles constitue-t-elle un acte de commerce et donc un service au sens de cette loi ?

On enseigne que les entreprises immobilières ne sont commerciales que si elles ont pour objet l'achat et la vente d'immeubles, catégorie ajoutée par la loi de 1956 (Code de Commerce, art. 2, al. 8).

¹⁰ Voir Chapitre 6.

¹¹ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.* 29-08-1991. Voir l'ouvrage collectif *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, Waterloo, Kluwer, 2006, 472 p.

En revanche, l'achat d'immeubles pour les louer demeure donc une activité civile¹², même s'il s'agit de garages¹³ ou d'emplacements de campings¹⁴, même si la location s'accompagne de services, pourvu qu'ils demeurent accessoires.

Pour les sociétés, la commercialité se détermine uniquement sur la base de leur objet social et non de leur activité réelle.

La société qui pourra être qualifiée de commerciale sur cette base sera donc soumise à la LPCC.

Pour ce qui est du non-commerçant, lorsque le contrat de bail met à sa charge des prestations qui dépassent ses obligations prévues aux articles 1719 et suivants du C. civ., il appartiendra au Juge d'apprécier si ces prestations constituent l'accessoire du bail ou un service autonome répondant à la définition légale. Dans ce dernier cas, la L.P.C.C. lui sera applicable en qualité de « vendeur ».

B Publicité contraire aux usages honnêtes entre vendeurs

Il importe de retenir que l'article 94/2 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur interdit certaines formes de publicité entre vendeurs.

L'article 94/2 de la loi interdit notamment toute publicité :

« (...) »

2° qui comporte des affirmations, indications ou représentations susceptibles d'induire en erreur sur l'identité, la nature, la composition, la durée, la disponibilité, la date de prestation ou les caractéristiques d'un service ; par caractéristiques, il y a lieu d'entendre les avantages d'un service, notamment au point de vue de ses propriétés, des résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, des conditions auxquelles il peut être obtenu, notamment le prix ou son mode d'établissement et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le service et des services qui l'accompagnent ;

4° par laquelle le vendeur omet des informations essentielles dans le but d'induire en erreur sur les mêmes éléments que ceux visés aux 1°, 2° et 3° ;

6° qui, sans préjudice des dispositions prévues à l'article 94/1, comporte des éléments dénigrants à l'égard d'un autre vendeur, ses produits, ses services ou son activité ;

7° qui, sans préjudice des dispositions prévues à l'article 94/1, comporte des comparaisons trompeuses, dénigrantes ou impliquant sans nécessité la possibilité d'identifier un ou plusieurs autres vendeurs ;

8° qui, sans préjudice des dispositions prévues à l'article 94/1, comporte des éléments susceptibles de créer la confusion avec un autre vendeur, ses produits, ses services ou son activité ;

¹² Comm. Bruxelles, 8 novembre 1960, *J.C.B.*, 1961, p. 84.

¹³ Pour une sous-location, Civ. Liège, 30 mars 1976, *J.L.*, 1977-1978, p. 83.

¹⁴ Cass., 16 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, 1163.

10° qui favorise un acte qui doit être considéré comme un manquement à la présente loi ou comme une infraction en application des articles 102 à 105 ; »

C Norme générale des usages honnêtes

L'article 94/3 de la L.P.C.C. dispose qu'est interdit « tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un vendeur porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres vendeurs ».

En principe, la loi sur les pratiques de commerce et, en particulier, sa norme générale des usages honnêtes en matière commerciale¹⁵ pourraient également trouver à s'appliquer dans les relations bailleur-locataire, notamment en cas de refus de conclusion d'un contrat de bail commercial et de discrimination.

Dans ce cadre, la jurisprudence rappelle toutefois que « lorsqu'elle n'est pas interdite par la loi sur la protection de la concurrence économique, la discrimination est autorisée par principe en vertu de la liberté de commerce »¹⁶.

« Un comportement qui tend simplement à limiter la concurrence sans méconnaître les règles du droit de la concurrence – les articles 2 et 3 de la Loi du 1^{er} juillet 1999 sur la protection de la concurrence économique et les articles 81 et 82 du Traité CE – ne peut pas être sanctionné par le biais de l'article 93 L.P.C.C. [n.d.l.r. : devenu article 94/3] comme étant un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale »¹⁷.

Il a été jugé que « la liberté de refus de vendre est en principe reconnue et qu'un comportement qui ne vise qu'à restreindre la concurrence sans violer les règles du droit de la concurrence ne peut être sanctionné comme pratique commerciale déloyale par le biais de l'art. 93 L.P.C.C. [n.d.l.r. : devenu article 94/3]. Toutefois, un comportement anti-concurrentiel autorisé comme tel peut néanmoins être examiné au regard de la norme des usages honnêtes en matière commerciale lorsque d'autres actes ou faits ne concernant pas exclusivement la restriction de la concurrence sont visés »¹⁸.

« Les pratiques commerciales qui ne sont pas contraires à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, mais qui ont néanmoins (potentiellement) un effet sur la libre concurrence, ne sont en principe pas considérées comme ayant un effet perturbateur sur le marché. Une application des règles concernant les usages honnêtes en matière commerciale qui est conforme au marché ne pourrait dans cette hypothèse avoir pour effet de condamner ces pratiques sur pied de l'art. 93 L.P.C.C. [n.d.l.r. : devenu article 94/3]. Dans un cas concret, il ne peut cependant être exclu qu'une pratique limitative de la concurrence qui n'est pas prohibée par la loi du 5 août 1991 présente néanmoins un effet perturbateur sur le marché et aille à l'encontre des objectifs de cette loi. Lorsque le juge des cessations constate que les règles du fair-play en matière commerciale ne sont pas respectées

¹⁵ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.* 29 août 1991 (Art. 94/3).

¹⁶ Prés. Comm. Anvers 19 décembre 1996, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1996, 565.

¹⁷ Anvers 30 juin 2005, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 2005, 789, note DE BAUW, H.

¹⁸ Anvers (5^e ch.) 30 juin 2005, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 2005, 816; , *R.W.* 2005-06, liv. 27, 1059 et <http://www.rwe.be> (7 mars 2006).

et que ceci mène à la désorganisation du marché, il peut conclure à l'existence d'une pratique commerciale malhonnête et en ordonner la cessation.

Le fabricant de voitures qui concède des réductions à ses membres du personnel et à leur famille lors de l'achat d'une voiture ne commet pas un acte discriminatoire à l'égard d'autres consommateurs qui doit être interdit. Il s'agit au contraire d'une technique de vente usuelle qui est acceptable pour la création de clientèle et qui n'affecte pas le bon fonctionnement du marché »¹⁹.

À notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence publiée qui ait sanctionné sur cette base une discrimination ou un refus de conclure un bail commercial.

Une fois de plus, ceci s'explique par l'abondance de possibilités de substitution.

L'absence d'intérêt du propriétaire à refuser un locataire sera difficile à établir vu que celui-ci peut librement souhaiter affecter son local à telle activité qui valorise mieux son bien.

Dans les centres commerciaux, le propriétaire souhaitera assurer la qualité de l'assortiment commercial.

D Clauses abusives

Rappelons par ailleurs que les dispositions de la loi sur les pratiques du commerce²⁰ en matière de clauses abusives ne trouvent pas à s'appliquer dans la mesure où celles-ci visent les contrats conclus entre un vendeur et un consommateur et que lorsqu'il conclut un bail commercial, agissant par définition dans le cadre d'une activité professionnelle, le commerçant ne peut revendiquer le statut de consommateur²¹.

III La législation relative à la protection de la concurrence économique²² (L.P.C.C.E.)

A Conditions d'application

Entente

La loi considère comme pratiques restrictives tous les accords entre entreprises, toutes les décisions d'associations d'entreprises et toutes les pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence de manière sensible sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci (art. 2, § 1^{er}, L.P.C.C.E.).

Abus de position dominante

Constitue également une pratique restrictive de concurrence le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci (art. 3 de la L.P.C.C.E.). Cette disposition n'interdit pas la position dominante, mais l'utilisation abusive d'une telle position.

¹⁹ Anvers, 25 novembre 1996, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1996, 827.

²⁰ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.* 29 août 1991. (art. 1 et 32).

²¹ Article 1 L.P.C.C.E..

²² Loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, *M.B.* 29-09-2006. Voir A. PUTEMANS, *Actualité du droit de la concurrence*, UB3, Bruylant, 2007.

Comme le règlement européen (CE) n° 1/2003²³, la L.P.C.C.E. prévoit un régime d'exception légale supprimant le système de notification en vue d'obtenir une attestation négative ou une exemption.

Les ententes sont nulles de plein droit. Cependant, l'interdiction peut être écartée si les conditions de l'article 2, § 3, de la L.P.C.C.E. ou les conditions de l'article 81.3 du Traité CE sont remplies.

L'abus de position dominante n'est susceptible d'aucune exception ; l'interdiction est absolue.

Les pratiques restrictives doivent être le fait d'entreprises, (toute entité personne physique ou morale) exerçant une activité économique de manière durable (art. 1^{er} de la L.P.C.C.E.). Les ententes ou abus doivent résulter d'entreprises exerçant directement ou indirectement leur activité sur le marché belge, quels que soient leurs lieux d'établissement.

Les pratiques ne sont sanctionnées que si elles portent une atteinte sensible à la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci. En effet, seules les restrictions de concurrence ayant une certaine ampleur sur le marché belge sont interdites. Le contrôle des pratiques est organisé par la loi sous la forme d'une procédure d'instruction, la possibilité de demande de mesures provisoires et l'instauration de sanctions assorties de recours. Un mécanisme de clémence est prévu.

B Cas d'application en matière de bail

1° Position dominante et examen du marché concerné

La loi sur la protection de la concurrence économique a un champ d'application limité. Elle n'impose pas aux entreprises qui ne disposent pas d'une position dominante une obligation d'engager ou de poursuivre des relations d'affaires ou de traiter leurs clients de manière non discriminatoire²⁴.

Il ne suffit pas qu'une partie soit économiquement dépendante d'une autre pour que l'on puisse constater l'existence d'une position dominante²⁵.

Au sens de la loi sur la protection de la concurrence économique, une entreprise ne détient une position dominante sur le marché du produit ou du service concerné délimité géographiquement que lorsque cette position lui permet d'empêcher le maintien d'une concurrence effective et qu'il lui est possible de se comporter, dans une large mesure, de manière indépendante envers ses concurrents, clients et fournisseurs²⁶.

²³ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (*JO L 1 du 4.1.2003, pp. 1-25*).

²⁴ Anvers 30 juin 2005, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 2005, 789, note DE BAUW, H. ; Comm. Hasselt 4 janvier 2000, *D.A.O.R.* 2000, 297 ; Anvers (5^e ch.) 30 juin 2005, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 2005, 816 ;, *R.W.* 2005-06, liv. 27, 1059 et <http://www.rwe.be> (7 mars 2006) ; Prés. Comm. Courtrai 15 novembre 1999, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1999, 757.

²⁵ Prés. Comm. Courtrai 15 novembre 1999, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1999, 757.

²⁶ Anvers 27 juin 2002, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 2002, 496.

Pour que la loi relative à la protection de la concurrence économique trouve à s'appliquer, il faut que le plaignant se trouve dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de l'autre partie ; ce qui signifie qu'il faut qu'elle soit obligée d'y faire appel faute de produit ou service de substitution²⁷.

Pour être interdite, une restriction de concurrence doit présenter une atteinte sensible à la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Or le parc immobilier commercial est particulièrement diversifié et varié et réparti entre une multitude d'opérateurs, depuis le simple particulier jusqu'aux grands investisseurs.

Dans ces conditions, il sera très difficile de pouvoir établir aujourd'hui qu'un propriétaire serait dans une position dominante vu l'abondance de « produits » de substitution ; (en l'occurrence, la notion de « produit » renvoie à tout local susceptible de pouvoir abriter l'exploitation commerciale considérée).

Dans une affaire qui a opposé un grossiste locataire au Trade Mart, le grossiste avait demandé et obtenu la nullité du bail conclu avec le Trade Mart en raison de l'abus de position dominante exercé par ce dernier. Le Tribunal avait donné raison au commerçant.

Cette décision fut cassée par un arrêt de la Cour de cassation du 9 juin 2000²⁸.

La Cour a en effet considéré que pour apprécier l'existence d'une position dominante, le juge doit déterminer avec précision le marché en cause ; le marché à prendre en considération comprend l'ensemble des produits qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeable avec d'autres produits ; il appartient ainsi au juge de vérifier si le marché de référence comportait ou non des produits interchangeables (art. 3 Loi du 5 août 1991).

Au niveau européen, les dispositions ne s'appliquent que lorsque la pratique a une influence néfaste sur le commerce international au sein de l'Union européenne²⁹.

2° Constatation d'une entente illicite ou d'un abus de position dominante

À notre connaissance, une seule affaire a été portée devant le Conseil de la Concurrence dans le cadre spécifique d'un contrat de bail commercial.

Dans l'espèce dont le Conseil fut saisi, un commerçant détenait de la S.A. Cora un local commercial situé dans une galerie commerçante de soixante boutiques autour de l'hypermarché, le local loué était affecté au commerce de détail de produits électroménagers et multimédias. L'exploitant reprochait à la S.A. Cora une entente restrictive de concurrence entre Cora et une entreprise tierce, la S.A. Belgian Posters, consistant dans le refus de louer à l'exploitant des panneaux publicitaires dans le périmètre du centre commercial. Ce reproche a été rejeté par le rapporteur au Conseil de la Concurrence, notamment au motif qu'à supposer

²⁷ Cons. Concurrence 21 janvier 1999, *R.D.C.* 1999 (reflet VAN HOUTTEGHEM, I., PUTZEYS, D.), 361.

²⁸ Cass. (1^{re} ch.) RG C.98.0458.F, 9 juin 2000 (Brussels International Trade Mart / Barlow S.V. et S.P.R.L. Amadeus) <http://www.cass.be> (18 octobre 2001) ; *Arr. Cass.* 2000, 1071 ; *Bull.* 2000, 1055 ; *J.L.M.B.* 2000, 1284 et <http://jlmbi.larcier.be> (2 octobre 2000) ; *R.D.C.* 2000, 493 et <http://www.rdc-tbh.be> (11 octobre 2005).

²⁹ Comm. Gand (4^e ch.) 5 mai 2004, *T.G.R. - T.W.V.R.* 2005, liv. 2, 136.

qu'une entente restrictive de concurrence existe, encore faut-il que la restriction ait un effet sensible sur la concurrence dans le marché concerné ; ce qui n'était manifestement pas le cas.

Le plaignant reprochait également à la S.A. Cora un abus de position dominante en ayant conclu une entente avec Belgian Posters relative à la location de panneaux publicitaires à l'entrée du parking Cora et en introduisant devant le Juge de Paix une action relative au contrat de bail.

Le rapporteur constata que les comportements de Cora pouvaient difficilement être considérés comme des abus de position dominante et qu'il n'appartenait pas aux autorités de la concurrence de se prononcer sur un litige concernant l'exécution d'un bail³⁰.

3° Les contrats liés (brasserie, franchise, etc.)

Au niveau européen, les dispositions adoptées pour réglementer certains accords verticaux touchent à la relation bailleur-locataire, en particulier dans le cadre des contrats de brasserie et de franchise³¹.

Dans le but de simplifier les règles applicables aux accords de fourniture et de distribution, la Commission européenne a adopté un Règlement n° 2790/1999³² qui est venu remplacer les anciens règlements applicables respectivement à certains accords de distribution exclusive (1983/83), d'achats exclusifs (1984/83) et de franchise (4087/88).

Ce règlement concerne de manière générale l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées qui, dans certaines conditions, peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution.

Le règlement part du principe que certains accords verticaux peuvent entraîner une meilleure coordination au niveau de la production ou de la distribution. Il exempte les accords de fourniture et de distribution portant sur des biens finals et intermédiaires, ainsi que sur des services pour autant qu'il s'agisse d'accords entre deux entreprises ou plus. Donc chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, pourvu que le seuil de 30% de la part de marché ne soit pas dépassé.

Ce règlement d'exemption par catégorie permet, par exemple, à un brasseur détenant une part de marché qui ne dépasse pas 30 % d'obliger les établissements Horeca à lui acheter l'ensemble de leurs bières, en échange d'un prêt sur cinq ans ou pour toute la durée pendant laquelle il leur loue ou sous-loue les locaux. Ce nouveau régime est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2002.

³⁰ Conseil de la Concurrence, décision n° 2006-P/K-18 du 28 septembre 2006, *Revue Trimestrielle de Jurisprudence du Conseil de la concurrence* – 2006/03 p. 69.

³¹ CAFMEYER, P., BROUWERIJCONTRACTEN In X., *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Malines, f. mob., 9 t., s.p.

³² Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *Journal officiel* n° L 336 du 29/12/1999 p. 0021 – 0025. Ce règlement est entré en application le 01.06.2000 et expirera le 31.05.2010.

Les accords dépassant le seuil des 30 % de part de marché pourront faire l'objet d'un examen individuel au regard de l'article 81 du traité CE.

C'est ainsi qu'en avril 2003, la Commission européenne a approuvé les accords de distribution conclus entre Interbrew et les établissements Horeca situés en Belgique.

Pour ce qui concerne les baux de brasserie, la Commission a résumé ces accords comme suit :

« L'obligation de non-concurrence des plus de 3000 autres établissements dont les exploitants louent ou sous-louent leurs locaux à Interbrew sera limitée à la bière pression. Les brasseurs concurrents auront ainsi la possibilité de vendre leurs bières en bouteille ou en boîte, y compris la pils, à ces établissements. En outre, les exploitants auront le droit de servir une bière pression autre que de la pils à titre de "bière extérieure", qu'Interbrew sera obligé d'accepter, même s'il s'agit d'un type de bière (par exemple de la bière blanche, de la bière ambrée, etc.) qu'il brasse déjà lui-même.

La Commission accepte que cette "bière extérieure" soit fournie par Interbrew ou par un grossiste désigné par lui. La Commission réexaminera les effets de cette clause relative à la "bière extérieure" après un an, afin de vérifier si elle a réellement permis à des brasseurs concurrents de s'implanter dans les établissements loués et sous-loués par Interbrew.

Dans le cadre des accords de location ou de sous-location, dont la durée est d'au moins neuf ans, Interbrew est soit propriétaire de l'établissement, qu'il loue à un exploitant indépendant, soit le locataire principal de cet établissement, qu'il sous-loue à un tel exploitant »³³.

§3 Dispositions visant à assurer ou restaurer l'équilibre entre les parties contractantes

I La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial³⁴

A Principe³⁵

La préoccupation du législateur a été de favoriser les accords de partenariat, tels que les contrats de franchise, de licence, d'agence, de gérance libre et autres, en imposant une bonne information préalable afin d'assurer l'équilibre entre les parties contractantes.

B Conditions d'application

Le champ d'application de la loi défini par son article 2 est large afin d'assurer la protection précontractuelle d'une multitude de formes de collaboration commerciale, quelle que soit

³³ Communiqué de presse de la Commission IP/03/545, <http://www.europa.eu/rapid/searchAction.do>.

³⁴ Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, *M.B.* 18 janvier 2006 et modifiée par la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses (article 80) *M.B.* du 30 décembre 2005 (2^e édition).

³⁵ CLAEYS, S., « Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten. Wet van 19 december 2005 », *NjW* 2006, liv. 140, 290-306. DE GRAEVE, M., « Commerciële samenwerkingsovereenkomsten : precontractuele fase geregeld ! », *TVW* 2006, liv. 2, 240-243 ; KILESTE, P., SOMERS, A., « L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *J.T.* 2006, liv. 6221, 253-266 ; MOTTET HAUGAARD, A., VERHULST, M., « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.* 2006, liv. 78, 103-138.

l'évolution de ces formules. Ainsi, le champ d'application comprend plusieurs critères cumulatifs.

Il doit s'agir d'un accord de partenariat commercial :

- conclu entre deux personnes ;
- chacune des deux personnes doit agir en son nom et pour son propre compte ;
- ce contrat doit porter sur la vente de produits ou la fourniture de services ;
- une rémunération directe ou indirecte doit être prévue au bénéfice de celui qui octroie le droit ;
- Le contrat a pour objet l'octroi du droit d'utiliser une formule commerciale sous une ou plusieurs des formes suivantes : une enseigne commune, un nom commercial commun, un transfert de savoir-faire, une assistance commerciale ou technique. Ces formes, elles, ne sont pas cumulatives.

C Les obligations légales d'information

Le candidat à l'obtention du « droit d'utiliser une formule commerciale » doit recevoir, à l'avance et en temps voulu (au moins un mois avant la conclusion du contrat), les données nécessaires et utiles lui permettant de se forger un avis.

Ces données nécessaires et utiles sont définies dans la loi comme suit :

- un projet de l'accord proposé ;
- un document particulier comprenant deux parties :
 - les dispositions contractuelles importantes,
 - une série de données socio-économiques.

Ces données doivent être communiquées au candidat par écrit ou sur un support durable et accessible.

Aucune obligation ne peut être prise et aucune rémunération, somme ou caution, ne peut être demandée ou payée, avant l'expiration du délai d'un mois suivant la délivrance du document particulier.

Le non-respect des dispositions légales reçoit une double sanction :

- Lorsque la personne qui octroie le droit n'a pas fourni les données requises, le candidat peut invoquer la nullité de l'accord dans les deux ans de sa conclusion.

Il en va de même lorsque le délai de réflexion d'au moins un mois n'a pas été respecté.

- Une deuxième sanction est la nullité de certaines clauses de l'accord de partenariat. Il s'agit notamment de clauses contenues dans l'accord de partenariat conclu, mais qui n'ont pas été reprises dans le document particulier malgré les dispositions légales.

Les parties sont tenues de rédiger tous les documents dans un langage clair et compréhensible. Cette obligation vaut non seulement pour l'accord de partenariat proprement dit, mais aussi pour toutes les informations complémentaires reprises dans le document particulier.

En cas de contestation, l'interprétation se fait en faveur de la personne qui reçoit le droit.

D Application au bail commercial

1° Existence d'un partenariat commercial

En général, la conclusion d'un bail commercial n'implique nullement la mise en place d'un « partenariat commercial » pour « la vente de produits ou la fourniture de services ».

Comme tel, le bail commercial n'est pas soumis à cette loi.

2° Délai d'attente pour conclure un bail

Le texte de la loi dispose que « la personne qui octroie le droit fournit à l'autre personne, au moins un mois avant la conclusion de l'accord de partenariat commercial visé à l'article 2, le projet d'accord, ainsi qu'un document particulier reprenant les données visées à l'article 4 ».

Malgré la formulation large de cette disposition, il semble que l'interdiction de ne prendre aucune obligation, ainsi que l'interdiction de demander ou payer une somme quelconque ne visent que les relations entre parties à l'accord de partenariat et non les conventions qui seraient conclues par le futur partenaire avec un tiers durant cette période³⁶. Ainsi, le candidat partenaire restera libre de conclure immédiatement un bail commercial.

En revanche, si c'est la personne qui prévoit d'octroyer le droit qui sera bailleur, il semble bien que le délai d'attente s'imposera pour conclure le bail puisque « aucune obligation » ne peut être prise entre les parties avant expiration du délai.

3° L'enseigne commune

Il a été confirmé qu'il suffit que l'un des quatre éléments³⁷ visés par la loi soit présent pour que la réglementation trouve à s'appliquer³⁸. Une « enseigne commune » suffirait donc à rendre la loi applicable.

La loi serait-elle applicable aux baux conclus au sein d'un centre commercial, au seul motif que le locataire est autorisé *de facto* à user de l'« enseigne commune » qui désigne ce centre ?

La réponse est à coup sûr négative : la loi vise le droit d'utiliser une « formule commerciale » « lors de la vente de produits ou de la fourniture de services ». Il n'est pas question ici de formule commerciale, notion qui vise un concept d'exploitation commerciale selon une série de normes. Une telle formule doit se rapporter clairement à la collaboration visant la vente de biens ou la fourniture de services déterminés.

Le contrat de bail ne porte pas sur la vente de produits ou la fourniture de services et n'a pas pour objet l'octroi du droit d'utiliser une formule commerciale.

³⁶ Patrick KILESTE et Anne SOMERS, « L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *J.T.* 2006, p. 253.

³⁷ Une enseigne commune, un nom commercial commun, un transfert de savoir-faire, une assistance commerciale ou technique.

³⁸ *Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, doc. 51, n° 1687/001, p. 6.

L'enseigne du centre commercial n'est pas forcément la propriété du bailleur, ni d'une personne en particulier.

L'occupant profite certes de la notoriété du centre commercial que désigne cette enseigne, mais celle-ci ne fait référence à aucune formule de vente, ni à aucun produit ou service en particulier. L'exploitant développera ses activités exclusivement sous sa propre enseigne qui reste parfaitement distincte et sans confusion possible.

Souvent, le propriétaire de la galerie n'exerce pas une activité de commerce de détail, du moins pas nécessairement dans le secteur de son locataire. On ne voit pas comment le futur bailleur serait en mesure d'établir les données requises par la loi dans le document d'informations précontractuelles quant au marché concerné.

4° Contrats liés

Si le bailleur est en même temps le franchiseur, fournisseur dans un contrat de brasserie, etc., la loi sera applicable avec pour conséquence que le délai de réflexion devra être respecté, y compris pour la conclusion du bail.

II Le droit commun des relations précontractuelles et contractuelles

La protection du consentement est assurée par la théorie des vices du consentement, l'obligation précontractuelle de renseignement et les lois impératives ou d'ordre public qui comportent des mesures préventives tendant à éclairer le consentement (formalisme de protection).

L'obligation d'exécution de bonne foi régit toute la vie de la convention et déborde même du cadre strict de l'exécution du contrat vers le stade précontractuel.

Ce n'est pas ici le lieu de développer l'ensemble de ces principes et l'on se borne à souligner, dans le cadre de ce chapitre, l'effet régulateur qu'ils peuvent contribuer à assurer dans la relation de bail commercial.

III L'abus de droit

A Principe

On le sait, la Cour de cassation considère « qu'il peut y avoir abus de droit lorsqu'un droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant. Tel est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit. Dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause »³⁹.

³⁹ Cass. 27 février 2004 (K. / S.) <http://www.cass.be> (31 janvier 2005) ; *Res Jur. Imm.* 2004, liv. 3, 189 ; Voir également Cass., 16 janvier 1986, *J.T.*, 404 ; Chronique de Jurisprudence, « Baux à loyer- Baux de résidence principale – Baux commerciaux », in *J.T.*, 1993, 770, n° 21.

L'usage de la théorie de l'abus de droit devient... abusif et dès lors, source d'insécurité juridique lorsque le juge l'utilise comme un mécanisme de régulation arbitraire des relations contractuelles. La présence des conditions de l'abus doit donc être prouvée par le plaignant.

La Cour de cassation a posé comme principe que « les conventions doivent être exécutées de bonne foi et sans abus de droit, mais des considérations d'équité ne sauraient autoriser le juge à modifier leur contenu ni à dispenser l'une des parties de les observer »⁴⁰.

Par ailleurs, la théorie de l'abus de droit ne trouve pas à s'appliquer lorsque la victime du prétendu abus de droit a commis une faute en excédant les limites de son propre droit⁴¹.

En cas d'abus de droit, la sanction ne consiste pas dans la déchéance totale du droit dont on a abusé, mais bien dans sa restriction à son exercice normal, ou à une réparation du dommage provoqué par l'abus.

Sans nous étendre davantage sur les fondements et les conditions d'application de cette théorie, on rappellera ici certaines situations en matière de bail (ou dans des situations comparables), dans lesquelles l'abus est fréquemment invoqué⁴².

B Le refus de contracter

Il est difficilement imaginable de pouvoir sanctionner le refus de conclure en bail commercial par le recours à la théorie de l'abus de droit.

Une partie détermine les modalités d'exercice de son activité et, en cas de refus de contracter, le juge ne dispose dans ce cadre que d'une appréciation marginale. Lors de l'appréciation du refus de nouer des relations commerciales, la liberté de contracter doit être la règle et il ne peut être question que dans des cas exceptionnels de limiter cette liberté par le biais de l'abus de droit⁴³.

Le refus de vente ne constitue un abus de droit que lorsqu'il est établi que le fournisseur n'a pas intérêt à pratiquer ce refus de vente, autrement dit lorsque le refus est arbitraire et purement discriminatoire. C'est à la victime du refus qu'il incombe d'en rapporter la preuve. Pour cela, il ne faut pas perdre de vue qu'un fournisseur peut en principe définir lui-même sa stratégie commerciale, en ce compris sa politique de distribution. En l'espèce, le refus d'un agent est justifié par la stratégie de vente de son principal fournisseur consistant à ne plus approvisionner aucun nouveau point de vente⁴⁴.

C Option pour l'exécution en nature du bail plutôt que pour la résiliation anticipée

Selon l'art. 1184 C. civ., si le locataire ne satisfait pas à ses engagements, le bailleur a le choix ou d'exiger l'exécution de la convention, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. Le bailleur ne peut abuser de son droit d'exiger l'exécution en nature⁴⁵.

⁴⁰ Cass. 26 avril 2002 (Ville de W. / F.E.), *www.cass.be* (7 février 2003); *Res Jur. Imm.* 2002, liv. 3, 211.

⁴¹ Liège 8 juin 1993, *J.T.* 1995, 428, note WERY, P.

⁴² LETIER J.-M., « L'exécution de bonne foi des conventions en matière de bail », *J.J.P.* 1990, p. 255.

⁴³ Prés. Comm. Courtrai 15 novembre 1999, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1999, 757.

⁴⁴ Anvers 27 juin 2002, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 2002, 496.

⁴⁵ Cass. 1^{re} ch., 30 janvier 2003 ; *J.L.M.B.* 2004, liv. 16, 672.

La Cour de cassation a confirmé le caractère abusif d'un refus de résiliation et a relevé que le jugement attaqué avait correctement « mis en balance, d'une part, le dommage de la demanderesse résultant de la fin anticipée du bail et, d'autre part, celui du défendeur contraint, vu les circonstances, de quitter les lieux en continuant à payer un loyer »⁴⁶.

Le refus d'accepter la résiliation du contrat dans le but de réclamer l'application prolongée d'une clause pénale peut constituer, dans certaines circonstances, un abus de droit⁴⁷. Il en va de même lorsque, par leur refus, les bailleurs ont opté pour la solution la plus préjudiciable au preneur qui avait fait des propositions raisonnables pour une résiliation à l'amiable⁴⁸.

En revanche, l'abus n'a pas été retenu dans le chef de bailleurs qui demandaient l'exécution du bail tout en étant prêts à accepter un autre preneur aux mêmes conditions et même dans ce cas, à libérer le preneur de sa responsabilité solidaire. Si le preneur ne peut proposer un cessionnaire, il ne peut être reproché aux bailleurs d'avoir opté pour l'exécution du bail et de ne pas avoir demandé la résolution de celui-ci, en vertu du choix légal dont ils disposent sur la base de l'art. 1184 C. civ.⁴⁹.

Le fait que le locataire ait restitué les clés et vidé les lieux n'empêche pas l'exécution en nature du bail. Dans la balance des intérêts, les difficultés financières ne peuvent entrer en compte dans l'appréciation du caractère justifié ou non de la rupture unilatérale du bail

En matière de bail commercial, l'attention est retenue par une décision considérant que « le fait qu'il existe un problème de vide locatif des locaux dans le quartier est une raison valable pour le bailleur d'exiger la poursuite de la convention »⁵⁰.

Le Juge de Paix de Messancy a admis l'existence de la théorie en relevant « qu'il n'en résulte cependant pas que celle-ci trouverait à s'appliquer chaque fois que le bailleur entend poursuivre l'exécution du bail auquel le locataire a décidé de mettre fin unilatéralement, ce qui reviendrait à abroger purement et simplement l'article 1184 du C. civ. ; cette théorie ne peut être invoquée à bon escient qu'au cas où les circonstances particulières de la cause révèlent que le bailleur abuse de l'option que lui accorde cette disposition notamment s'il poursuit aveuglément l'exécution du bail, sans égard pour les alternatives possibles et raisonnables ».

Jugé enfin que « La résolution «unilatérale» - en l'espèce d'un contrat de bail - décrétée et exécutée par une partie sans esprit ni possibilité de retour et dans l'espoir que le tribunal prononce la résolution implique en règle une mise en demeure préalable du débiteur et ne peut intervenir à contretemps ou en générant un dommage abusif ou sans proportion avec l'exercice de ses droits par le créancier »⁵¹.

⁴⁶ Cass. 27 février 2004 (K. / S.) <http://www.cass.be> (31 janvier 2005) ; *Res Jur. Imm.* 2004, liv. 3, 189.

⁴⁷ Mons 11 janvier 1995, *J.L.M.B.* 1996, 501 ; *R.R.D.* 1996, 41, note WERY, P. ; , *R.D.C.* 1996, 732. WERY, P., « Abus de droit et clause pénale », *R.R.D.* 1996, 45-53.

⁴⁸ J.P. Hal, 28 juillet 1995, *R.W.* 1998-99, 1360, note; J.P. Bruxelles, 6° canton, 29 septembre 1993, *J.L.M.B.*, 1997, p. 681. LA HAYE VANKERCKHOVE, « Le Louage de choses Les Baux en général », *Novelles*, pp. 239 et s.

⁴⁹ J.P. Gand (1) 28 avril 2000, *T.G.R.* 2001, 21.

⁵⁰ Commerce Bruxelles, 21 juin 1999, *A.J.T.* 1999-00, p. 509 ; Commerce Bruxelles, 29 septembre 2003, *Huur* 2004/1, p. 17.

⁵¹ Civ. Bruxelles (75° ch.) 22 mars 2006, *J.J.P.* 2007, liv. 3-4, 199.

D Le recours tardif contre le locataire codébiteur

La Cour de cassation a décidé que « le juge peut légalement décider que commet un abus de droit le bailleur qui intente tardivement une action en résiliation d'un bail commercial, pour inexécution par le preneur de ses obligations, lorsque le bailleur aggrave par son inaction prolongée la situation des cédants successifs du bail, tenus solidairement envers lui ; dans ce cas, le juge peut réduire les obligations contractées par les preneurs cédants (art. 1134, al. 3 C. civ.) »⁵².

Jugé également que « la loyauté dans les conventions impose au bailleur de tenir les cédants du bail informés des défaillances des cessionnaires afin qu'ils puissent, le cas échéant, prendre eux-mêmes l'initiative d'agir en résolution judiciaire. À défaut, il ne pourra revendiquer utilement leur solidarité »⁵³.

En revanche, d'autres décisions considèrent que la solidarité, prévue à l'art. 11 – III de la loi sur les baux commerciaux, implique que le cédant du bail, preneur originaire, veille lui-même à s'informer sur le respect des engagements pris par le cessionnaire du bail⁵⁴.

Il a ainsi été jugé que « le bailleur peut laisser un certain délai au preneur pour respecter ses obligations, d'autant plus lorsque les circonstances font présumer que le cessionnaire verra sans doute s'améliorer sa situation financière. Un abus de droit ne peut davantage être déduit de l'omission du bailleur d'informer le cédant du fait que le cessionnaire reste en défaut. Etant donné que le cédant est solidairement tenu en vertu de la loi, il est au contraire plutôt du devoir du cédant de s'informer lui-même du respect des engagements pris par son successeur. Puisqu'il apparaît en l'espèce que le cessionnaire a fait des efforts pour apurer les arriérés de loyer, le retard du bailleur à procéder à la citation en résolution du bail ne peut être considéré comme un abus de droit »⁵⁵.

E L'invocation de la nullité d'une demande de renouvellement

On sait que les dispositions réglant la demande de renouvellement du bail sont impératives. Ainsi, le preneur doit en respecter les délais prévus à peine de déchéance ; il est également tenu, à peine de nullité, de respecter les formes, de préciser les conditions financières et autres auxquelles il est disposé à renouveler le bail, mentionner dans sa demande les options et modalités de réponse auxquelles le bailleur est tenu⁵⁶.

La Cour constitutionnelle considère que « le droit au renouvellement, organisé par la loi du 30 avril 1951, implique dans le chef du bailleur, par rapport au droit commun des contrats, une limitation substantielle de sa liberté contractuelle, en ce qui concerne tant l'effet de son silence que les motifs qu'il peut avancer pour écarter l'offre. Compte tenu de ces conséquences, il se

⁵² Cass. RG 7965, 18 février 1988 (S.A. Brasserie Maes / Notaert), Arr. Cass. 1987-88, 790 ; , *Bull.* 1988, 728 ; Pas. 1988, I, 728 ; *R.W.* 1988-89, 1226, note - ; *R.D.C.* 1988, 696, note DIRIX, E. ; voir également Civ. Gand 4 juin 1993, *J.J.P.* 1994, 316 ; J.P. Ostende (2) 16 juin 1994, *A.J.T.* 1998-99, 744 ; Comm. Bruxelles (7^e ch.) 8 décembre 1999, *J.J.P.* 2001, 120, note ; J.P. Barvaux 28 octobre 1997, *J.J.P.* 2000, 28, note.

⁵³ J.P. Tournai (2) 14 mai 2002, *J.L.M.B.* 2003, liv. 37, 1629 et <http://jlm.bi.larcier.be> (18 novembre 2003)

⁵⁴ Civ. Bruxelles 13 janvier 1998, *Rev. not. b.* 1998, 132.

⁵⁵ Civ. Bruges 20 juin 1997, *A.J.T.* 1998-99, 747, note et dans le même sens : Civ. Mons 12 mars 1999, *Act. jur. baux* 2000 (abrégé), 59 ; Civ. Bruges 15 septembre 1995, *A.J.T.* 1995-96, 533, note DE SMEDT, P. ; *Huurrecht* 1996, 108, note DE SMEDT, P. ; Civ. Bruxelles 15 mars 1995, *J.T.* 1995, 453.

⁵⁶ Voir Chapitre 6.

conçoit que le législateur ait souhaité garantir au bailleur une information certaine sur les obligations qui sont les siennes en matière de renouvellement. La nullité qui sanctionne l'omission des mentions imposées par l'art. 14, al. 1^{er} n'apparaît pas comme déraisonnable »⁵⁷.

Dans une décision du 12 novembre 1998, le Juge de Paix de Waremme a estimé que le bailleur a abusé du droit d'invoquer la nullité⁵⁸. Le Juge considère que « le bailleur qui, disposant d'un service juridique, et ayant reçu la demande de renouvellement dès le premier jour utile, s'abstient d'attirer l'attention du locataire sur le fait que sa demande, pourtant rappelée, ne rencontre pas les exigences formelles de la loi, et attend l'expiration du délai pour en faire valoir la nullité, abuse de son droit ».

Il semble que dans la jurisprudence publiée, on ne trouve pas d'autre décision qui sanctionne une partie pour avoir abusé du droit d'invoquer une nullité relative. En réalité, un acte est nul ou il ne l'est pas ; ce qui ne laisse pas de place pour le travail d'appréciation marginale auquel doit se livrer le Juge en la matière.

La décision du Juge de Paix de Waremme a fait l'objet d'un appel⁵⁹, mais la décision rendue en appel n'est pas éclairante dans la mesure où le Juge a pu éviter l'examen d'un éventuel abus en déboutant le preneur pour d'autres motifs⁶⁰.

La jurisprudence considère en général que l'absence de réponse du bailleur à une demande nulle ne constitue ni une violation de la bonne foi, ni un abus de droit.

Jugé ainsi que « la demande de renouvellement qui ne mentionne pas la possibilité pour le bailleur de notifier les offres d'un tiers est irrégulière et nulle. Il importe peu que l'irrégularité ait ou non causé un préjudice au bailleur et que celui-ci connaissait ses droits et obligations. La demande de renouvellement du bail commercial est frappée de nullité relative ; le bailleur ne commet pas d'abus de droit en se prévalant de cette nullité, même s'il connaissait ses droits et obligations »⁶¹.

« Une demande prématurée de renouvellement d'un bail commercial est sanctionnée de nullité relative et ne peut faire naître aucun droit à renouvellement du bail.

Le bailleur qui adopte une attitude d'attente et qui ne réagit pas à une demande prématurée, et donc non valable, de renouvellement d'un bail commercial, n'a rien à se reprocher et ne commet pas non plus d'abus de droit » (JP Anvers, 8 novembre 1994, R.W. 1995-96, 512).

« Le bailleur qui reçoit une demande écrite non signée et, dès lors, non valable de renouvellement d'un bail commercial, ne commet pas un abus de droit en n'informant pas en temps utile le locataire de l'irrégularité de la demande » (Civ. Louvain, 26 février 1992, Pas. 1992, III, 57, R.G.D.C. 1994 (abrégé), 73).

Dans une décision du 17 mai 1993, le Juge de Paix de Gand constate que « les embûches dans cette matière sont suffisamment connues des intéressés de sorte qu'ils ne sauraient être trop

⁵⁷ C.A. n° 72/97, 25 novembre 1997 (question préjudicielle) <http://www.const-court.be> (18 octobre 2001) ; *Arr. C.A.* 1997, 1001 ; *Act. jur. baux* 1998, 23 ; *M.B.* 29 janvier 1998, 2553 et <http://moniteur.be> (31 mars 2000).

⁵⁸ Juge de Paix de Waremme 12.11.1998 *J.L.M.B.* 1999, 650

⁵⁹ Première Instance de Liège, 6 juin 2000, R.G. 98/4779/A.

⁶⁰ En effet, ceux-ci étaient sous-locataires et, bien qu'ils avaient dénoncé leur demande de renouvellement au bailleur principal, ils avaient lancé trop tard la citation prévue par l'article 14 al. 2 de la Loi et se trouvaient forclos.

⁶¹ J.P. Arlon 7 mars 1997, *Act. Jur. Baux* 1998, 90.

prudents et il est incompréhensible que dans des questions vitales comme celle-ci, ils se soient contentés d'adresser simplement une lettre de demande de renouvellement sans assistance juridique... »⁶².

Le Juge de Paix de Zomergem a considéré que « s'en tenir au principe selon lequel un renouvellement de bail prématuré est nul n'est pas un abus de droit en ce sens que le préjudice causé aux locataires serait en dehors de toute proportion avec le droit des bailleurs d'obtenir la remise à disposition de leur immeuble »⁶³.

Cette dernière décision fait application de l'enseignement de la Cour de cassation qui, pour l'appréciation de l'existence d'un abus, impose d'opérer la balance des intérêts ; en l'occurrence, le dommage subi par le preneur et l'intérêt du bailleur. Le Juge retient l'intérêt légitime du bailleur à retrouver la libre disposition de son bien.

De son côté, la Cour de cassation, après avoir rappelé que la demande de renouvellement du bail est nulle si elle ne contient pas la mention de la manière dont le bailleur doit faire connaître sa réponse (les deux formes, tant l'exploit d'huissier de justice que la lettre recommandée, doivent être indiquées), précise qu'il ne suffit par conséquent pas que le bailleur connaisse le contenu de l'article 14 de la loi sur les baux commerciaux et que cette obligation de mention ne peut être remplacée par l'application de l'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi⁶⁴.

F L'exigence du strict respect des obligations

Plus particulièrement dans le cadre de shopping centers, on retiendra des décisions dans lesquelles le Juge a écarté les reproches d'abus ou les demandes d'exploitant visant à assouplir les dispositions contractuelles.

Le Tribunal de Commerce de Bruxelles a eu à connaître, en degré d'appel, de la demande d'un bailleur visant à interdire à un locataire d'empiéter sur les parties communes d'un centre commercial, ce que la convention interdisait, sauf accord. Le tribunal a repoussé les reproches de discrimination ou d'abus formulés par le preneur en précisant qu'il « n'appartenait pas au premier juge, sur le fondement de considérations d'équité, d'autoriser le locataire à poursuivre sans droit et à l'encontre des dispositions contractuelles l'utilisation des parties communes du centre »⁶⁵.

Dans un jugement rendu le 10 septembre 1992 le juge de paix de Woluwe-Saint-Pierre a jugé que « le respect strict » d'une affectation définie avec précision « trouve sa raison bien légitime dans le fait qu'un centre commercial constitue une entité dont la réussite est essentiellement liée à une répartition équilibrée des divers commerces qui y seront représentés »⁶⁶.

⁶² Vred. Gent VII 17 mai 1993, *T. Vred.* 1994, 330 et dans le même sens: Vred. Westerlo, 11 avril 1997, *T. Vred.* 1999, 53.

⁶³ Justice de Paix de Zomergem du 22 avril 2005, *Revue du Notariat* 2006, p. 320.

⁶⁴ Cass. (1^{re} ch.) RG C.05.0092.N, 2 mars 2006 (V.J. / Antroze), *Huur* 2006, liv. 4, 140 ; *Pas.* 2006, liv. 3, 497.

⁶⁵ Comm. Bruxelles, 2 mai 2007, Axa Belgium/Dupierry RG A/06/03076 (inédit).

⁶⁶ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 10 septembre 1992, Investissement Foncier W./ Sic Omnifood, R.G. 3450 et 3468 (inédit).

IV Réductibilité des clauses pénales

En particulier dans le cadre des contrats de Brasserie, on relève l'exercice de la faculté de réduction de clauses pénales jugées excessives.

Cette réduction de la clause pénale s'élève de 10 % à 20 % du capital emprunté par année restant à courir depuis la rupture du contrat en considération que l'investissement consenti s'amortit au fur et à mesure de l'exécution de l'obligation d'approvisionnement dans le temps⁶⁷.

Jugé « qu'il n'y a pas lieu de modérer la clause, suivant laquelle, en cas de rupture, il revient à la brasserie une indemnité de 10% de la valeur de la partie de la convention originelle encore à réaliser relative à la quantité minimale de boissons à commander »⁶⁸.

« Dans le cadre d'un contrat de brasserie, il y a lieu d'apprécier si les pénalités conventionnelles stipulées à défaut de respect par le locataire des quantités d'achat imposées excèdent manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution du contrat, en se plaçant dans leur situation au jour de sa conclusion et en tenant compte de toutes les données concrètes et afférentes »⁶⁹.

Il a également été jugé que certaines clauses peuvent « survivre » à la résolution, telle la clause pénale encourue du fait de celle-ci⁷⁰.

V Mécanismes régulateurs propres au droit du bail et du bail commercial

A Lors de l'adaptation du loyer au coût de la vie

Les dispositions de l'article 1728*bis* du C. civ. en matière d'adaptation du loyer au coût de la vie sont applicables aux baux commerciaux et les dispositions contractuelles dont l'effet excéderait l'adaptation prévue par la loi sont réductibles à celle-ci. Cette sanction particulière implique que les parties restent libres de convenir d'autres clauses d'adaptation à l'évolution des prix, mais que le résultat de ces formules sera éventuellement réduit.

Il y a lieu de distinguer les clauses d'adaptation du loyer au coût de la vie des clauses de calcul, d'adaptation ou de révision du loyer sur la base d'autres critères, tels que le chiffre d'affaires du locataire.

B Lors du renouvellement du bail commercial

Les dispositions légales à ce sujet constituent le principal mécanisme régulateur de la relation contractuelle. Ainsi que l'a rappelé la Cour constitutionnelle⁷¹, « il ressort des travaux préparatoires de la loi du 30 avril 1951 que le législateur entendait à la fois assurer une

⁶⁷ Liège (7^e ch.) 30 mars 2006, *J.T.* 2006, liv. 6236, 567 ; *J.L.M.B.* 2006, liv. 37, 1636 et <http://jlmbi.larcier.be> (15 novembre 2006).

⁶⁸ Gand, 15 octobre 2003, *R.D.C.* 2005, liv. 1, 48 et <http://www.rdc-tbh.be> (14 juin 2005).

⁶⁹ J.P. Tournai (2) 14 mai 2002, *J.L.M.B.* 2003, liv. 37, 1629 et <http://jlmbi.larcier.be> (18 novembre 2003).

⁷⁰ Liège (7^e ch.) 15 janvier 2001, *J.T.* 2001, 311.

⁷¹ Cour constitutionnelle, Arrêt n° 72/97 du 25 novembre 1997.

certaine stabilité au fonds de commerce au bénéfice du preneur d'un bail commercial et trouver un point d'équilibre entre les intérêts du preneur et ceux du bailleur ».

Selon les travaux préparatoires⁷², le but de la loi répondait « au souci de garantir les intérêts économiques et sociaux légitimes des Classes moyennes contre l'instabilité et les sources d'abus que comporte le régime de la liberté absolue des conventions de bail ». « [Le] but [était] triple : 1° donner au preneur commerçant des garanties de durée et d'initiative ; 2° lui assurer le renouvellement du bail quand le propriétaire n'a pas de raisons fondées de disposer autrement des lieux et, à offre égale, la préférence à tout tiers enchérisseur ; 3° établir à son profit diverses indemnités sanctionnant soit la fraude à la loi, soit la concurrence illicite ou l'appropriation de la clientèle à l'occasion d'une fin de bail, soit enfin l'enrichissement sans cause ».

Comme le rappelle B. Louveaux⁷³, il y a lieu de souligner le caractère exceptionnel de la législation : « c'est une dérogation essentielle aux principes fondamentaux de la liberté consensuelle qu'une convention puisse, dans certaines circonstances, être imposée aux parties, ce qui est assurément le cas lorsque le juge est amené à fixer les modalités du bail renouvelé ».

On renvoie le lecteur au chapitre 6 du présent ouvrage qui est consacré aux mécanismes de renouvellement du bail commercial, ainsi qu'au chapitre 8 relatif aux indemnités d'éviction.

C L'équité⁷⁴

La loi prévoit que le juge statue en équité dans diverses hypothèses :

- lorsqu'il est chargé de statuer sur une demande de révision triennale du loyer sur la base de l'article 6 de la loi ;
- lorsqu'il est appelé, en cas de demande de renouvellement, à statuer sur les conditions relatives au loyer, à la contribution aux charges, au mode de jouissance ou autres modalités du bail conformément à l'article 18 ;
- lorsqu'il fixe l'indemnité d'éviction prévue à l'article 25, alinéa 3⁷⁵.

La jurisprudence s'est prononcée à quelques reprises pour préciser les limites du pouvoir ainsi conféré au juge.

Dans une décision du 3 octobre 1986, le Tribunal de première Instance de Liège fournit des indications circonstanciées : « ce pouvoir, exceptionnel, implique que le magistrat apprécie librement les intérêts en présence en considération de tous les éléments de la cause qui sont susceptibles d'influer sur sa décision ; que le juge dégage une solution juste sans être tenu de fixer le loyer nouveau ni sur la base de la valeur locative actuelle, ni sur la valeur d'origine augmentée de tel coefficient, ni même d'après le loyer convenu (voyez *Novelles*, n^{os} 1629,

⁷² *Doc. parl.*, Chambre, 1947-1948, n° 20, pp. 2, 4 et 5.

⁷³ B. LOUVEAUX *Le Droit du Bail Commercial*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Université, 2002, p. 357.

⁷⁴ «Équité : 1° Vertu ... 2° Justice naturelle ou morale, considérée indépendamment du droit en vigueur ». Le Petit Larousse Illustré.

⁷⁵ L'article 25, alinéa 3, de la loi dispose que, lorsque le bailleur est propriétaire du fonds de commerce qui est exploité dans l'immeuble loué et que le bail porte simultanément sur le bien loué et le fonds de commerce, il ne doit pas d'indemnité d'éviction, à moins que le preneur n'établisse qu'il a augmenté l'importance du fonds de commerce d'au moins 15 % et qu'en ce cas, le juge fixe l'indemnité, en équité, selon la plus-value qui en est résultée pour le bailleur.

1637), pour autant que son intervention respecte le principe dispositif et le cadre contractuel établi par les parties »⁷⁶.

« Le juge doit, en tenant compte des accords de base que les parties avaient déjà passés auparavant dans une convention de bail commercial initiale, veiller à ce que la convention comprenne des obligations réciproques équilibrées, et ce au moyen de critères objectifs »⁷⁷.

Lorsqu'il est appelé à statuer dans ces cas, le juge n'a *a priori* aucune obligation d'entériner purement et simplement le calcul de l'expert⁷⁸.

Dans un cas où le juge avait laissé entendre que l'avis provisoire de l'expert répondait à l'équité, la Cour de cassation a considéré que le juge n'était pas obligé de dire expressément qu'il statuait en équité⁷⁹.

Dans une affaire où l'expert avait évalué le loyer à une somme dépassant celle demandée par le bailleur, le juge a considéré que l'équité ne permettait pas de sortir du contrat judiciaire, lequel limitait les prétentions du bailleur au montant demandé initialement par lui⁸⁰.

D L'interdiction de prise en compte du rendement, favorable ou défavorable résultant du seul fait du preneur⁸¹

Dans les cas de révision triennale et de renouvellement, la loi prévoit que le juge de paix « n'a pas égard au rendement, favorable ou défavorable, de l'entreprise résultant du seul fait du preneur ».

Cette directive donnée au juge contribue également au maintien de l'équilibre dans les relations contractuelles. S'il est normal que le propriétaire souhaite profiter des circonstances qui entraînent une plus-value de son patrimoine ou qu'il en subisse les moins-values, en revanche, le législateur a entendu neutraliser les variations de valeur locative dues au seul fait du preneur.

Comme la jurisprudence le rappelle, l'article 6 n'exclut comme élément d'appréciation le rendement favorable ou défavorable de l'exploitation que lorsqu'il résulte du seul fait du preneur⁸².

E Les indemnités d'éviction

Les indemnités d'éviction et leur dosage en fonction du motif de refus répondent à la préoccupation rappelée dans les travaux préparatoires, de « [sanctionner] soit la fraude à la

⁷⁶ Civ. Liège, 3 octobre 1986, *J.L.M.B.* 1987, 1130.

⁷⁷ J.P. Molenbeek-St.-Jean 18 janvier 2000, *Huur* 2000, 154.

⁷⁸ Civ. Bruxelles, 24 mars 1998, *Act. jur. baux* 1998 (abrégé), 139.

⁷⁹ Cass. RG 5829, 9 septembre 1988 (Segers / De Keersmaecker), *Arr. Cass.* 1988-89, 34 ; *Bull.* 1989, 29 ; *Pas.* 1989, I, 29.

⁸⁰ Civ. Nivelles, 26 novembre 1992, *R.G.D.C.* 1993, 180.

⁸¹ Articles 6 al. 2 et 19 al. 2.

⁸² J.P. Bruxelles (4), 27 janvier 1995, *Rev. not. b.* 1995, 159 ; *J.J.P.* 1996, 338.

loi, soit la concurrence illicite ou l'appropriation de la clientèle à l'occasion d'une fin de bail »⁸³.

Ces indemnités complètent les mécanismes mis en place par le législateur non seulement pour assurer la protection du fonds de commerce à l'égard du bailleur, mais également afin de maintenir le jeu correct de la concurrence, notamment en alourdissant l'indemnité à charge du commerce similaire.

Les indemnités d'éviction sont développées au chapitre 8.

Section 2 Les relations de concurrence entre colataires. Le cas des galeries et centres commerciaux

§1 Introduction

Qu'en est-il des relations de concurrence entre différents locataires réunis en un même lieu d'exploitation dans le cadre de contrats qui les lient respectivement à leur bailleur ? Ces relations diffèrent-elles de celles qui peuvent naître du voisinage dans un quartier ou une rue commerçante ? Quel régime juridique particulier leur appliquer dans ce cas ?

Dans la vie des affaires, la libre concurrence et même le droit de « copier » sont la règle et ce sont les limitations qui constituent l'exception⁸⁴.

Ainsi jugé que « la liberté de copie est la liberté d'autres participants sur le marché de copier librement tant en ce qui concerne les produits ou services offerts qu'en ce qui concerne la manière dont ceux-ci sont offerts, afin de s'approprier une partie de la clientèle. Une restriction possible à la liberté de copie peut résulter d'une convention entre parties ou d'un droit de propriété exclusif découlant des lois sur la propriété intellectuelle qui furent adoptées précisément en raison de l'existence du principe de la liberté de copie »⁸⁵.

Il existe des dispositions légales qui permettent à l'autorité ou aux acteurs d'exercer un certain contrôle sur la concurrence ou d'en faire assurer le respect, en particulier entre les commerçants d'une même zone (§2). Certaines dispositions propres au droit du bail sont parfois invoquées par les locataires pour revendiquer de la part du bailleur des obligations d'abstention ou d'intervention dans la concurrence entre les colataires (§3). Le droit du bail commercial vient lui-même corriger à certaines conditions, les conséquences préjudiciables pour le preneur de l'éviction par un concurrent (§4). Enfin, les clauses contractuelles peuvent elles-mêmes encadrer ou organiser la concurrence.

§2 Encadrement légal général

I La loi relative à l'autorisation d'implantations commerciales⁸⁶

⁸³ *Doc. parl.*, *op. cit.*

⁸⁴ Voir n° 5 ; TRIAILLE, J., « La protection des idées. Les modes non contractuels de protection des idées en droit belge », *J.T.* 1994, 797-808

⁸⁵ Prés. Comm. Courtrai 1er avril 1999, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence* 1999, 899.

⁸⁶ Loi du 13 août 2004 relative à l'autorisation d'implantations commerciales (*M.B.* 05/10/2004). Cette loi est examinée en détail au chapitre 10, section 3.

La plupart des dispositions légales qui « régulent » la concurrence s'imposent à tous les commerces de détail indépendamment de leur localisation ou de leur dimension. La loi relative à l'autorisation d'implantations commerciales, anciennement appelée « loi-cadenas », également connue sous le nom de « loi sur le permis socio-économique », impose l'obtention d'une autorisation préalable à l'implantation d'établissements de commerce de détail, pour autant que la surface commerciale nette⁸⁷ soit supérieure à 400 m².

La loi impose une évaluation du projet d'implantation sur la base de quatre critères : la localisation spatiale de l'implantation commerciale, les intérêts des consommateurs, l'influence du projet sur l'emploi et les répercussions du projet sur le commerce existant⁸⁸.

Ces critères permettaient jusqu'à présent d'apprécier l'impact du projet en termes de concurrence (apport de la nouvelle implantation en terme d'assortiment et de niveau de prix, zone de chalandise ciblée par l'implantation commerciale par rapport aux zones de chalandise des noyaux commerciaux existant à proximité, position sur le marché en termes de zones de chalandise, perte ou renforcement de l'attractivité du noyau urbain, effet éventuellement structurant ou déstructurant pour les noyaux commerciaux existant à proximité, équilibre et complémentarité entre la petite et la grande distribution).

Or les critères qui s'apparentent à un « test économique » sont désormais interdits par l'article 14 de la directive européenne 2006/123/CE du 12 décembre 2006⁸⁹ dite Bolkestein⁹⁰, dont la transposition doit être assurée avant le 28 décembre 2009 au plus tard.

En effet, l'article 14 de la directive interdit aux États de poser certaines exigences pour l'accès à une activité de services :

« Les États membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect de l'une des exigences suivantes :

(...)

5) l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente ; cette interdiction ne concerne pas les exigences en matière de programmation qui ne poursuivent pas des objectifs de nature économique, mais qui relèvent de raisons impérieuses d'intérêt général ; »

En prévision de la transposition de cette directive, la nouvelle loi, encore fraîche, est appelée à subir un nouveau « lifting ».

Les critères d'appréciation en matière de « spatialisation » restent valables, ce qui semble renforcer la probabilité d'une régionalisation de la matière⁹¹.

⁸⁷ La surface commerciale nette est la surface destinée à la vente et accessible au public, y compris les surfaces non couvertes. Elle inclut notamment les zones de caisses, les zones situées à l'arrière des caisses et les halls d'entrées lorsque ceux-ci sont aussi utilisés à des fins d'expositions ou de ventes de marchandises.

⁸⁸ Article 7 §2 de la loi du 13 août 2004 et Arrêté royal du 22 février 2005 précisant les critères à prendre en considération lors de l'examen de projets d'implantation commerciale et de la composition du dossier socio-économique (*M.B.* du 28 février 2005).

⁸⁹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O. L 376* du 27.12.2006, p. 36-68. Transposable avant le 28 décembre 2009 au plus tard.

⁹⁰ Du nom de l'ancien commissaire européen au Marché intérieur Frits Bolkestein qui l'a présentée le premier.

La loi sur les implantations commerciales ne constitue pas seulement un contrôle de l'incidence du projet d'implantation sur son environnement socio-économique ; elle implique également, un contrôle du jeu de la concurrence au sein de l'implantation.

Une étude de marché s'impose au demandeur. Le demandeur doit fournir des renseignements extrêmement précis quant au point de vente et à l'assortiment prévu⁹², notamment le type de magasin (supermarché, hypermarché, magasin d'articles de bricolage, décoration, vêtements...), le mode de vente (service traditionnel, libre-service...), la politique de prix pratiquée, le jour de fermeture hebdomadaire ; il doit donner, pour chaque groupe de produits, la surface y affectée, avec toute la précision voulue).

Ainsi, le permis socio-économique qui sera délivré impose au propriétaire de respecter la proportion prévue entre les différents types de commerce.

A noter que l'activité de service et en particulier celle de l'Horeca n'est pas visée par la loi, (la vente accessoire à un service non plus) de sorte qu'en principe un passage de l'activité Horeca à un commerce de détail impose une modification du permis.

Dans un centre commercial, le changement d'affectation d'une surface, fût-elle de faible importance, impose en principe une modification du permis.

En pratique, il faut cependant bien constater que le détenteur du permis n'est pas inquiété aussi longtemps que l'équilibre général prévu au départ est maintenu.

II Loi relative aux pratiques de commerce (L.P.C.C.)

L'article 94/3 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.C.) interdit « tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un vendeur porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres vendeurs »⁹³.

Cette norme générale d'abstention peut être invoquée par l'exploitant qui s'estime concurrencé de manière déloyale.

La L.P.C.C. permet également aux « intéressés » d'agir en cessation à l'encontre des actes constituant une infraction à ses dispositions⁹⁴. Ainsi, un exploitant pourrait agir contre un exploitant voisin qui ne respecte pas les dispositions en matière de pratiques réglementées ou procède à des pratiques de vente illicites.

⁹¹ La question reste incertaine à l'heure où l'on écrit ces lignes : la « note » du formateur Yves Leterme établie le 22 juillet 2007 à la suite des élections du 10 juin 2007 prévoit à cet égard : « En raison de la connexité avec des compétences régionales, en particulier pour l'aménagement du territoire, le gouvernement transfère aux Régions la loi sur les implantations commerciales ».

⁹² Formulaire de demande SE1 et SE2 : http://economie.fgov.be/organization_market/stores/home_fr.htm.

⁹³ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. (L.P.C.C.) (*M.B.* du 29 août 1991, art. 94/3).

⁹⁴ Art. 95 L.P.C.C.

De plus, l'action en cessation est ouverte aux intéressés à l'encontre des infractions à une série de lois de police économique⁹⁵, lorsque ces infractions portent atteinte ou peuvent porter atteinte à leurs intérêts professionnels.

Parmi ces infractions, on retiendra notamment :

- l'exercice d'une activité commerciale sans être immatriculé préalablement au registre du commerce ou de l'artisanat, ainsi que l'exercice d'une activité autre que celle pour laquelle on est immatriculé ;
- le non-respect des dispositions légales et réglementaires relatives à la tenue des documents sociaux et à l'application de la taxe sur la valeur ajoutée ;
- l'occupation de travailleurs sans respecter les lois sociales et réglementations du travail, ou sans payer les cotisations ;
- l'exercice d'une activité professionnelle sans disposer de l'attestation requise en application de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante ;
- le non-respect des dispositions de la loi du 24 juillet 1973 instaurant la fermeture obligatoire du soir dans le commerce, l'artisanat et les services.

L'action est également possible en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle (à l'exception du droit d'auteur, des droits voisins et du droit des producteurs de bases de données)⁹⁶. Dans ce cas, le droit d'agir est ouvert aux « personnes habilitées à agir en contrefaçon selon la loi relative au droit de propriété intellectuelle concerné ».

Lorsqu'il subit une concurrence déloyale d'un colocataire, l'exploitant sera bien inspiré d'agir en cessation contre le coupable plutôt que de faire appel à la garantie de son bailleur.

En effet, la Cour de cassation considère que le locataire qui subit un trouble de fait des colocataires a le droit de les poursuivre et ne peut invoquer à l'égard du propriétaire un règlement qui impose certaines obligations aux différents locataires. La continuation du trouble n'est pas un manquement contractuel dans le chef du propriétaire⁹⁷.

L'exploitant d'une bijouterie situé dans un shopping center reprochait au bailleur un acte de concurrence déloyale par le fait qu'un éventaire en vitrine de bijoux de fantaisie avait été installé au GB-INNO pratiquement en face de son magasin.

Après avoir relevé que le contrat ne prévoyait pas de clause de non-concurrence, le Juge de paix a estimé que « si la demanderesse sur reconvention estime que GB-INNO a commis des actes de concurrence déloyale, c'est à cette société et non aux actuelles demanderesses (ndlr : respectivement bailleur et gestionnaire) qu'elle aurait dû s'adresser »⁹⁸.

⁹⁵ Art. 97 L.P.C.C.

⁹⁶ Art. 96 L.P.C.C.

⁹⁷ Cass. RG 6330, 17 septembre 1981 (Woluwe-Saint-Pierre / Dubois), *Arr. Cass.* 1981-82, 92 ; *Bull.* 1982, 88 ;, *J.T.* 1983, 85 ; *Pas.* 1982, I, 88.

⁹⁸ J.P. Anderlecht (2^o canton), 26 janvier 1989, R.G. 5614 (inédit).

L'action en cessation peut se révéler efficace : par une action menée devant le président du Tribunal de Commerce d'Anvers siégeant en cessation, l'exploitant d'un café situé dans un centre commercial a obtenu la condamnation d'un concurrent à cesser une activité Horeca pour laquelle il n'était pas inscrit au registre de commerce et qui, de surcroît, était contraire à l'acte de base de l'immeuble⁹⁹.

III Autres lois de police économique

De nombreuses dispositions légales constituent une intervention dans la vie économique et viennent plus ou moins directement réguler la concurrence.

L'on songe par exemple à la loi du 09 février 1994 relative à la sécurité des produits et des services¹⁰⁰, la loi 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix¹⁰¹ ou, encore, la loi du 22 juin 1960 instaurant le repos hebdomadaire dans l'artisanat et le commerce¹⁰².

Il ne nous appartient pas d'en faire l'inventaire ici.

Rappelons que le commerçant qui établit que leur violation porte atteinte ou peut porter atteinte à ses intérêts professionnels pourra en demander la cessation sur la base de l'article 94/3 L.P.C.C.

§3 Le droit du bail

I Les articles 1719 et 1725 du C. civ.

A L'article 1719 du C. civ.

Cette disposition prévoit que « le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière (...) [de] faire jouir paisiblement le preneur [de la chose louée] pendant la durée du bail. »

B L'article 1725 du C. civ.

Par ailleurs, la loi prévoit que « le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée ; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel ».

Le législateur a exclu de créer une nouvelle catégorie de responsabilité du fait d'autrui et rappelle donc que le bailleur n'a pas l'obligation de garantir son locataire des voies de fait commises par des tiers et qui troubleraient sa jouissance paisible.

On peut citer comme troubles de fait dont le bailleur n'assume pas la responsabilité vis-à-vis du locataire les dégradations commises par des tiers et troublant la jouissance paisible du

⁹⁹ Prés. Comm. Anvers, 12 novembre 1992, Barzelay/Kiss, R.G. 14797/92 (inédit).

¹⁰⁰ (M.B., 1^{er} avril 1994).

¹⁰¹ (M.B., 24 janvier 1945, Errat., M.B., 11 février 1945).

¹⁰² (M.B., 24 juin 1960).

locataire, le tapage, les fumées et odeurs provenant de voisins, les infiltrations d'eau et autres troubles de voisinage.

Dans de telles situations, le preneur n'a pas d'action contre le bailleur, mais il dispose d'un recours direct contre le tiers responsable.

Le recours du preneur pourra se fonder sur le droit commun en matière de responsabilité civile (art. 1382 C. civ.) et sur la théorie des troubles de voisinage (art. 544 C. civ.).

C Troubles causés par des colocataires

Le colocataire est un tiers qui loue un local voisin de celui du preneur auprès du même bailleur.

L'article 1725 du C. civ. décharge le bailleur de garantir le preneur contre les voies de fait commises par un colocataire, le bailleur n'étant pas tenu de la garantie du fait des tiers.

C'est la position bien établie de la Cour de cassation¹⁰³.

D Fait personnel

Il est admis que le propriétaire conserve une responsabilité personnelle quand les troubles des tiers trouvent leur origine dans des droits qu'il a conférés.

La doctrine donne les exemples du bailleur qui, postérieurement au premier bail, donnerait à bail une autre partie de l'immeuble à un tiers dont le contrat autoriserait l'exercice d'un commerce ou d'une industrie incommode, bruyante ou gênante¹⁰⁴.

II Commerce similaire autorisé postérieurement par le bailleur - pas de trouble de jouissance

A La présence d'un colocataire concurrent n'est pas un « trouble de jouissance »

Dès lors que c'est le fait personnel du bailleur, à savoir la mise en location à un concurrent qui occasionne le « trouble » au premier locataire, ne peut-on considérer qu'en louant à un concurrent, le bailleur manque à son obligation d'assurer la jouissance paisible ?

Selon De Page, en cas de trouble occasionné du fait d'un commerce similaire autorisé par le bailleur, « il faut considérer, conformément à l'opinion dominante, qu'il n'y a pas lieu à garantie, par le motif qu'il n'y a pas de trouble de jouissance quant à la chose même, mais seulement quant aux profits ou bénéfices que le preneur escomptait retirer de l'usage de la chose ». L'auteur souligne que « si le preneur doit évidemment souffrir pareils aléas

¹⁰³ Cass. RG 6330, 17 septembre 1981 (Woluwe-Saint-Pierre / Dubois), *Arr. Cass.* 1981-82, 92 ; *Bull.* 1982, 88 ; *J.T.* 1983, 85 ; *Pas.* 1982, I, 88 ; , *R.C.J.B.* 1987, 359, note VANWIJCK-ALEXANDRE, M. ; *R.W.* 1982-83, 702, note ; , *Rec. gén. enr. not.* 1984, 275, note ; *J.J.P.* 1982, 73.

¹⁰⁴ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civile belge*, livre IV, n° 609, Bruxelles, Bruylant, 1972.

lorsqu'ils proviennent de tiers, on ne voit pas pour quelle raison il pourrait, dans notre cas, en faire tomber la charge sur le bailleur qui n'a en rien, strictement parlant, porté atteinte à la jouissance de la chose »¹⁰⁵.

Et De Page de regretter la thèse opposée qui, selon lui, constitue une manifestation parmi d'autres d'une « ambiance » consistant à faire appel à la garantie du bailleur « pour tous les aléas même étrangers au contrat de bail dont le preneur peut avoir à souffrir » ; or, « le bailleur n'est garant que de faits qui lui sont imputables à faute¹⁰⁶ ».

B La concurrence est-elle nuisible ?

À l'argument de De Page, il convient d'ajouter que la concurrence n'est pas nécessairement nuisible : La Haye et Vankerckhove rappellent que « si le développement de la concurrence peut amoindrir la valeur locative, il arrive au contraire souvent que l'installation de fonds de commerce semblables à proximité soit profitable à tous, la clientèle étant drainée vers des centres connus et recherchés »¹⁰⁷.

En outre, des commerces peuvent s'avérer complémentaires plutôt que concurrents (gamme différente, style différent).

De manière plus générale, la question de la concurrence doit être replacée dans le contexte de la liberté du commerce et de l'industrie.

« La liberté du commerce permet à quiconque de s'engager au service d'une entreprise concurrente ou de créer sa propre entreprise pour commercialiser un produit identique ou concurrent »¹⁰⁸.

Partant du principe que la concurrence reste la règle, elle n'est en tout cas pas fautive comme telle, ni de la part du colocataire, ni de la part du bailleur qui autorise cette concurrence.

C. Position conforme de la doctrine dominante

B. Louveaux note que « si aucune convention expresse ou tacite n'existe, l'opinion majoritaire de la doctrine belge est qu'il n'y a pas lieu à garantie du bailleur puisque le trouble ne concerne pas la chose elle-même, mais le profit que le preneur escomptait en retirer, ce qui ne donne pas lieu à garantie »¹⁰⁹.

III. Sauf si une clause d'exclusivité est prévue

S'il existait une clause spéciale dans le bail (clause qui, conformément aux principes généraux, devra être interprétée restrictivement) ou si le bailleur avait agi par dol, ou dans

¹⁰⁵ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, livre IV, n° 610, Bruxelles, Bruylant, 1972.

¹⁰⁶ *Ibid.* n° 604.

¹⁰⁷ LA HAYE & VANKERCKHOVE, « Le Louage de choses Le Bail Commercial », *Novelles*, n° 1626.

¹⁰⁸ Liège 4 décembre 1997, R.D.C. 1999, 117.

¹⁰⁹ B. LOUVEAUX, *Le Droit au Bail*, Louvain-la-Neuve, De Boeck 1993, n° 283 ; Y. MERCHIERS, n° 193 ; ¹⁰⁹ LA HAYE & VANKERCKHOVE, « Le louage de chose », n° 632.

l'intention de nuire au preneur, il est évident qu'il n'en serait plus de même. Dans ce cas, le bailleur manquerait à l'obligation de garantie de son fait personnel¹¹⁰.

La jurisprudence française va dans le même sens.

La Cour de cassation française a décidé que « l'article 1719 du C. civ. impose au bailleur de garantir la jouissance paisible des lieux loués, mais non d'assurer au preneur pour l'exercice de son commerce, dans le silence du bail, le bénéfice d'une exclusivité dans l'immeuble »¹¹¹.

« Une clause d'exclusivité peut être stipulée au bénéfice du preneur, et doit s'interpréter restrictivement »¹¹².

IV Et si l'affectation est précisée de manière restrictive dans le contrat ?

A Pas d'obligation vis-à-vis d'un locataire de faire respecter les dispositions d'un règlement d'ordre intérieur

D'après la Cour de cassation, le locataire qui subit un trouble de fait des colocataires a le droit de les poursuivre et ne peut invoquer à l'égard du propriétaire un règlement qui impose certaines obligations aux différents locataires. La continuation du trouble n'est pas un manquement contractuel dans le chef du propriétaire¹¹³.

Ainsi, la Cour de cassation considère non seulement que le colocataire reste un tiers, ce qui implique que les nuisances qu'il occasionne aux colocataires restent celles d'un tiers dont le bailleur n'a pas à répondre (Art. 1725 C. civ.), mais elle estime également que le bailleur n'a pas l'obligation vis-à-vis d'un locataire de faire respecter les dispositions d'un règlement d'ordre intérieur.

Est ainsi confirmé le principe de la relativité des effets internes des conventions instauré par l'article 1165 C. Civ.

Le bailleur n'a pas d'obligation de faire la police de l'immeuble.

B Pas de stipulation pour autrui

Sauf disposition contractuelle expresse, on ne peut donc pas considérer qu'en imposant des règles de comportement précises à ses différents locataires, un bailleur prend l'engagement à l'égard des autres locataires de faire respecter ces règles de comportement.

Le principe de la relativité des effets internes des contrats est déposé dans l'article 1165 du C. civ. : « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. »

¹¹⁰ DE PAGE, *op. cit.* n° 610.

¹¹¹ Cass. Fr. civ., 16 octobre 1985, *Rev. loy.* 1986, 21 ; CA Aix-en-Provence 8^e ch., 9 février 1988, *Juris-data* 044266.

¹¹² Cass. civ., 8 janvier 1997, arrêt n°29 P, pourvoi n°P.94-20.766; C. Aix-en-Provence, 4^e ch., 14 février 1995, *Juris-data* 044199.

¹¹³ Cass. RG 6330, 17 septembre 1981 (Woluwe-Saint-Pierre / Dubois), *Arr. Cass.* 1981-82, 92 ; *Bull.* 1982, 88 ; *J.T.* 1983, 85 ; *Pas.* 1982, I, 88 ; *R.C.J.B.* 1987, 359, note VANWIJCK-ALEXANDRE, M. ; *R.W.* 1982-83, 702, note ; *Rec. gén. enr. not.* 1984, 275, note ; *J.J.P.* 1982, 73.

L'article 1121 du C. civ. précise « qu'on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

Sauf disposition contractuelle expresse, la clause imposant une affectation restrictive ne constitue pas une stipulation pour autrui.

Pour qu'une stipulation pour autrui existe, il faut que quatre conditions soient cumulativement remplies :

- la stipulation pour autrui doit constituer l'accessoire d'une convention principale ;
- celui qui stipule une clause en faveur d'un tiers doit avoir l'intention de procurer un droit propre au tiers ;
- le stipulant doit avoir l'intention de stipuler non en faveur de lui-même mais en faveur d'un tiers ;
- et le tiers bénéficiaire doit être déterminé ou déterminable au moment où la clause entre en vigueur.

La jurisprudence rappelle que si une convention liant deux parties ne procure à un tiers qu'un avantage de fait, cela ne crée aucun droit en sa faveur¹¹⁴.

En outre, une stipulation pour autrui ne se présume pas et requiert que résulte de la convention, sans aucun doute, que celui qui stipule a eu l'intention de stipuler un avantage en faveur d'un tiers. À cet effet, il ne suffit pas que le stipulant ait eu l'intention de procurer un avantage de fait au tiers. Il doit s'agir d'un droit propre du tiers envers le promettant qui a également accepté l'engagement envers le tiers¹¹⁵.

À noter qu'en cas de stipulation pour autrui, par dérogation à l'article 1165 C. civ., le tiers a un droit direct contre le promettant, dont il devient le créancier direct.

Au cas où l'engagement des locataires à respecter strictement une affectation limitée devait constituer une stipulation en faveur des autres locataires, ceux-ci disposeraient alors d'une action directe contre le locataire fautif.

V Les clauses d'affectation restrictive interprétées comme une clause d'exclusivité

La jurisprudence révèle deux anciennes décisions qui ont stipulé qu'il y avait lieu d'interpréter une clause d'affectation restrictive comme une clause implicite de non-concurrence. Dans un cas, le juge a considéré que « pareille obligation imposée au preneur de se cantonner dans tel secteur devrait nécessairement faire naître à charge du bailleur l'obligation réciproque de ne pas concurrencer le preneur dans ce secteur »¹¹⁶.

Le Juge de Paix de Nivelles a statué dans le même sens tout en soulignant que l'exclusivité n'était qu'une obligation de moyen.

¹¹⁴ Gand, 8 octobre 2003, *R.D.C.* 2005, liv. 1, 43 et <http://www.rdc-tbh.be> (14 juin 2005).

¹¹⁵ Comm. Bruges (sect. Bruges) 2 octobre 1997, *R.D.C.* 1999, 289 ; *T.W.V.R.* 1998, 40.

¹¹⁶ J.P. Messancy, 3 avril 1985, *J.L.* 1985, 363 ; J.P. Nivelles, 26 novembre 1980, *Pas.*, 1981, III, 30.

Une telle interprétation dans le sens d'une exclusivité n'est plus possible dans le cadre des centres commerciaux actuels dans lesquels plusieurs commerçants concurrents sont installés souvent même à proximité l'un de l'autre.

Ainsi, dans un centre commercial, un exploitant Horeca n'a pu obtenir du Juge des référés la suspension de travaux destinés à permettre l'installation d'un nouvel exploitant Horeca, le plaignant n'ayant pu démontrer l'existence d'une clause d'exclusivité en sa faveur¹¹⁷.

De même, dans le cas d'un bijoutier qui était directement concurrencé par un autre bijoutier autorisé par son bailleur : le plaignant n'a pu obtenir une réduction de loyer qu'il demandait pour cause de concurrence déloyale, le juge ayant constaté qu'il n'existait aucune clause de non-concurrence¹¹⁸.

La cour d'appel de Bruxelles eut à connaître d'une plainte d'un commerçant qui reprochait au bailleur d'avoir consenti et renouvelé à plusieurs reprises la concession d'un kiosque pour une activité concurrente dans le « *mall* » d'un shopping center.

La cour d'appel a débouté le plaignant au motif que « le principe de la libre concurrence qui est la règle dans pareils centres commerciaux fait obstacle à ce que cet exercice soit entravé d'une manière quelconque par la situation respective des commerçants exerçant des activités identiques ; que le plan numéroté des cellules privatives révèle au contraire que plusieurs concurrents ont été groupés dans certaines parties et qu'aucune distance minimale n'est requise pour l'exercice d'un commerce déterminé ». La cour poursuit en précisant « que l'inévitable dommage subi par un concurrent jouissant d'une exclusivité de fait ne l'autoriserait pas à exiger une exclusivité de droit au détriment des droits du propriétaire et en nuisant à l'intérêt général de pareil centre commercial »¹¹⁹.

VI Clauses contractuelles excluant tout bénéfice d'exclusivité

Pour mettre un terme aux velléités de locataires qui entendaient revendiquer une exclusivité en « contrepartie » de l'obligation de respecter strictement leur affectation, les gestionnaires de centres commerciaux ont introduit dans les contrats des clauses destinées à assurer le respect strict des affectations tout en se réservant le droit d'organiser librement l'assortiment des commerces, en excluant toute garantie d'exclusivité et en confirmant la faculté pour les locataires d'exercer directement tout recours éventuel contre le colocataire.

Dans la pratique, les bailleurs des centres commerciaux sont donc généralement en mesure d'imposer le strict respect des affectations et de consentir éventuellement une certaine marge de tolérance dans le débordement des affectations, sans avoir à rendre des comptes.

VII Les locataires sont-ils désarmés ?

¹¹⁷ Prés. Trib. 1^{re} Instance, Bruxelles, 13 novembre 1991, Landmeters / Investissement Foncier, n° R.(référés) 52.184 (inédit).

¹¹⁸ J.P. Anderlecht 2°, 26 janvier 1989, Devimo Consult/Société Internationale de Commercialisation, RG 5614 (inédit).

¹¹⁹ Bruxelles (7° ch.), 11 février 1988, *J.T.* 1988, 570 ; *Rev. not. b.*, 1989, 298.

Le recours du preneur troublé à l'encontre du responsable pourra notamment se fonder sur le droit commun en matière de responsabilité civile (art. 1382 C. civ.) et sur la législation relative aux pratiques du commerce, en particulier la violation de la norme générale interdisant les actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale¹²⁰.

La jurisprudence rappelle qu'en cas de trouble de jouissance dû à la concurrence déloyale d'un colocataire, c'est à ce dernier et non au bailleur que le plaignant doit s'adresser¹²¹.

Rien n'empêche le plaignant de faire référence aux obligations liant le concurrent déloyal avec le bailleur ou à celles qui lui sont imposées dans un acte de base¹²².

§4 Le droit du bail commercial

Dans le cadre des dispositions en matière de renouvellement, la loi relative aux baux commerciaux apporte sa contribution spécifique aux questions de concurrence dans la mesure où elle instaure une certaine « régulation » de la concurrence lorsqu'elle alloue une indemnité au locataire évincé.

I Concurrence et indemnités d'éviction

La législation sur le bail commercial consiste en un compromis entre le souci de sauvegarder les intérêts du propriétaire et la nécessité de protéger l'exploitation du fonds de commerce¹²³.

En matière de droit de renouvellement, l'équilibre a été trouvé dans l'instauration d'un droit pour le bailleur de refuser le renouvellement, moyennant le paiement, dans un certain nombre de cas, d'une indemnité à l'exploitant évincé.

Il est remarquable, du point de vue de la concurrence, que le législateur ait voulu éviter que le nouvel exploitant, qu'il soit le bailleur ou un tiers, profite indûment des efforts de l'exploitant précédent.

On relève en effet que le montant de l'indemnité est plus important dans le cas où le nouvel exploitant exercera une activité similaire. Il est encore augmenté dans le cas où l'exercice de l'activité similaire n'avait pas été annoncé. (Art. 25 2°, 5° et 6° de la loi).

II Notion de commerce similaire – particularité dans les centres commerciaux

En cas d'éviction du locataire par le bailleur ou un tiers, on sait l'incidence que peut avoir sur l'indemnité d'éviction le fait que le nouvel exploitant exerce un commerce similaire¹²⁴.

¹²⁰ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.* 29 août 1991 (art. 94/3).

¹²¹ J.P. Anderlecht (2° canton), 26 janvier 1989, R.G. 5614 (inédit).

¹²² Prés. Comm. Anvers, 12 novembre 1992, Barzelay/Kiss, R.G. 14797/92 (inédit).

¹²³ B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, p. 567.

¹²⁴ Chapitre 8.

Si le nouveau commerce est similaire à celui du locataire évincé, ce dernier peut prétendre à une indemnité équivalente à deux ans du dernier loyer (ou du nouveau loyer en cas d'offre de tiers).

L'indemnité d'éviction est portée à trois ans de loyer, majorée éventuellement des sommes suffisantes pour assurer une réparation intégrale du préjudice causé, si le bailleur ou le nouveau preneur ouvre avant l'expiration d'un délai de deux ans un commerce similaire, sans en avoir donné connaissance au preneur sortant lors de son éviction.

L'intention du législateur est d'éviter ou de « sanctionner » le fait que le nouveau locataire tire avantage des efforts de son prédécesseur.

Suivant une doctrine et une jurisprudence constantes, on ne peut parler de commerce similaire que lorsque le nouvel exploitant peut s'approprier une partie appréciable de la clientèle et de l'achalandage spécifique du locataire sortant ou lorsque la clientèle de l'exploitant évincé peut contribuer dans une large mesure à l'extension des affaires du nouvel exploitant¹²⁵.

La Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens dès 1955¹²⁶ et est suivie par les juges de fond qui apprécient sur cette base¹²⁷.

Le Juge de Paix de Sint-Truiden a retenu la similitude entre une auberge et un restaurant dans lequel on sert principalement des boissons¹²⁸.

L'exigence de « l'usurpation d'une part importante de la clientèle » fut également rappelée par le Tribunal de première instance de Gand qui a rejeté tout caractère similaire entre un salon de coiffure et l'activité de cafétéria que souhaitait exploiter le bailleur¹²⁹.

Dans le cas d'une friterie exploitée après une activité de restaurant et bien que chacun vendît des moules et des frites, le Juge de Paix de Veurne a rejeté le caractère similaire au motif que « la notion de "commerce similaire" dans le cadre du renouvellement d'un bail commercial n'est pas déterminée en tant que telle par les activités commerciales concernées, mais par l'avantage substantiel que le propriétaire/bailleur retire de la clientèle qui a été créée ou maintenue par le preneur sortant. Ceci implique que la clientèle des deux commerces soit en grande partie la même ». En l'espèce, le tribunal juge que la friterie exploitée par le bailleur n'est pas similaire au restaurant exploité par le preneur évincé, ...¹³⁰

Dans le monde actuel de la distribution, l'appréciation du caractère similaire peut se révéler peu évidente.

¹²⁵ LAHAYE-VANKERCKHOVE, *op. cit.*, p. 317, n° 1926; LOUVEAUX B., *Le Droit du Bail Commercial*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2002, p. 583.

¹²⁶ Cass., 20 octobre 1955, *Pas.* 1956, I, 125 en Cass., 10 février 1955, *Pas.* I 478.

¹²⁷ Civ. Bruxelles, 11° ch., 17 octobre 1961, *J.T.*, 1961 p. 755.

¹²⁸ J.P. Sint-Truiden, 12 décembre 1972, *J.J.P.* 1974, 108.

¹²⁹ Civ. Gand, 20 février 1995, *T. Not.* 1996, 213, note E. VAN HOVE.

¹³⁰ J.P. Veurne-Nieuwpoort, 19 août 2003, *R.W.* 2004-05, liv. 30, 1192 et <http://www.rwe.be> (14 avril 2005), note ; *T.G.R.* 2003, liv. 4, 196.

En particulier dans les centres commerciaux, des dispositions contractuelles prescrivent le strict respect d'une affectation très précise et dont la description revêt souvent un caractère limitatif.

Cette stricte délimitation de l'affectation est admise par la jurisprudence.

Jugé que « le respect strict de cette affectation trouve sa raison d'être bien légitime dans le fait qu'un centre commercial constitue une entité dont la réussite est essentiellement liée à une répartition équilibrée des divers commerces qui y seront représentés »¹³¹.

Dans le cadre d'un assortiment de boutiques dont chacune doit conserver sa destination restrictive qui peut être restreinte au sein d'un type de produit, il peut se faire que pour un produit apparemment similaire, le nouveau venu touche en réalité un autre type de clientèle.

Chaque type de produit se décline en différentes gammes, pas nécessairement concurrentes.

Sur la base de ces critères dégagés par la jurisprudence, dans un centre commercial, cette notion de commerce similaire peut s'avérer problématique. On peut se demander dans quelle mesure le nouveau commerce profite de la clientèle constituée par le précédent et si la clientèle d'un centre commercial peut être identifiée pour chaque local.

L'appréciation d'un commerce similaire dans le contexte d'une galerie ou d'un centre commercial peut s'avérer délicate, dans la mesure où face à une demande de la clientèle, le gestionnaire s'attache à réunir des commerces non pas tant concurrents, mais complémentaires par type de produit.

§ 5 Encadrement contractuel

I Le « mix » commercial

La notion de mix commercial est l'expression par laquelle les gestionnaires de centres commerciaux désignent la composition, en termes de variété et de qualité, des exploitations d'une zone commerciale. C'est l'assortiment commercial.

Au sein d'un centre commercial, on pourra ainsi distinguer les principales catégories de produits et services suivantes :

- Alimentation
- Cadeaux et accessoires de mode
- Chaussures et maroquinerie
- Culture et loisirs
- Home
- Hygiène-Beauté
- Mode
- Restauration
- Services

¹³¹ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 10 septembre 1992, RG 3450 et 3468 (inédit).

Il importe d'avoir à l'esprit que ces diverses catégories se subdivisent elles-mêmes en une multitude de segments ; le secteur de la mode se subdivise par exemple en produits pour dames, hommes, enfants.

L'assortiment s'analyse et se conçoit également en termes de niveau de prix et de gamme, de superficie occupée, de valeur des achats des consommateurs, d'estimation des ventes, etc.

Le mode de distribution peut varier entre la vente traditionnelle, le libre-service ou le libre-service assisté, sans compter l'éventuelle présence de « vending machines ».

Les différents produits peuvent se retrouver dans plusieurs types de commerce, dont les domaines se recouvrent partiellement.

Par ailleurs, il est de plus en plus souvent question de « fun shopping » et de projets mixtes associant le commerce aux sports ou aux loisirs.

Si le développement d'un centre urbain ou d'une rue commerçante se fait la plupart du temps au gré des commerçants et des propriétaires immobiliers sans planification globale, en revanche, dans un centre commercial structuré, le mix commercial peut être déterminé.

Plutôt qu'au simple descriptif objectif d'une situation, la notion de mix commercial renvoie donc à la préoccupation du gestionnaire d'ajuster l'offre commerciale à la demande, voire à terme, la création d'une demande et d'une clientèle nouvelle, le remodelage progressif et volontariste du centre commercial.

Ces notions *a priori* fort étrangères aux questions juridiques peuvent en réalité s'avérer déterminantes là où de subtiles nuances sont en réalité importantes pour le gestionnaire en quête de l'assortiment, du « mix » idéal, lorsqu'il s'agit d'identifier et d'évaluer l'intérêt d'un renouvellement, d'accepter ou de refuser un candidat locataire ou repreneur, de contrôler un changement d'enseigne.

Sur le plan de la concurrence, le gestionnaire veillera à combler un manque, à refuser un risque de saturation et à éviter une concurrence trop directe entre deux enseignes.

De toute évidence, à l'égard des commerçants exploitant dans le centre commercial, il ne peut s'agir que d'une obligation de moyen dans le chef du bailleur.

II Le « mix » organisé : clauses d'affectation restrictive ou de spécialisation

Afin de parvenir au meilleur mix commercial, particulièrement dans les shopping centers structurés, le bailleur imposera comme condition essentielle du bail l'obligation de respecter strictement l'affectation commerciale prévue dans les conditions particulières¹³².

La nature de l'exploitation se trouve définie de manière précise et limitative.

Jugé que « l'extension de produits vendus, autorisée et jugée conforme à l'affectation des lieux loués, par une jurisprudence constante, comme le prétend la défenderesse, ne peut se

¹³² Envoi au chapitre 16.

concevoir dans le cadre contractuel liant les parties *in concreto* ; qu'en effet, une exploitation commerciale dans le cadre du *W Shopping Center* n'est en rien comparable avec celles que l'on peut rencontrer dans une rue commerçante, où il n'existe aucun lien entre les divers fonds de commerce ; que dans le premier cas, il importe que les commerçants respectent strictement leurs obligations, dans l'intérêt tant du bailleur que des autres locataires ; qu'en l'espèce, il convient de rappeler que d'autres commerçants se sont plaints de l'attitude [du preneur] ». « Le respect strict » d'une affectation définie avec précision « trouve sa raison bien légitime dans le fait qu'un centre commercial constitue une entité dont la réussite est essentiellement liée à une répartition équilibrée des divers commerces qui y seront représentés »¹³³.

Dans les copropriétés les clauses de l'acte de base peuvent décrire les affectations commerciales et restreindre la faculté d'en changer.

L'exploitant d'un café situé dans un centre commercial a obtenu la condamnation d'un concurrent à cesser une activité Horeca pour laquelle il n'était pas inscrit au registre de commerce et qui, de surcroît, était contraire à l'acte de base de l'immeuble¹³⁴.

Jugé en effet que le locataire est également soumis aux dispositions du règlement de copropriété¹³⁵.

III Clauses d'exclusivité

Les clauses d'exclusivité deviennent rares dans les centres commerciaux vu qu'il se justifie d'offrir un choix à l'intérieur de chaque secteur et vu que le propriétaire souhaite se réserver d'adapter l'offre des commerces à la demande et à son évolution. Ainsi, par exemple, avec l'essor des nouvelles technologies, il est parfaitement justifié de disposer de plusieurs points de vente en informatique, micro-informatique, multimédia, bureautique, téléphonie mobile etc., là où il y a quelques années un ou deux exploitants suffisaient à satisfaire la demande.

¹³³ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 10 septembre 1992, Investissement Foncier W./ Sic Omnifood, R.G. 3450 et 3468 (inédit).

¹³⁴ Prés. Comm. Anvers, 12 novembre 1992, Barzelay/Kiss, R.G. 14797/92 (inédit).

¹³⁵ J.P. Anvers (1), 22 mai 2002, T. App. 2002, liv. 4, 23.