

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

199/02.02

N° C.24.0122.F

MAXIGROUPE, société anonyme, dont le siège est établi à Grez-Doiceau, Fontaine Cabouche, 9, inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0447.873.348,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Geoffroy de Foestraets, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue de la Vallée, 67 (b^{te} 14), où il est fait élection de domicile,

contre

WHL, société à responsabilité limitée en liquidation, dont le siège est établi à Dinant, rue Grande, 39, inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0649.466.765, représentée par son liquidateur, Maître B. C., avocat,

défenderesse en cassation,

en présence de

LES GRANDES TEINTURERIES ASSOCIÉES, société anonyme, dont le siège est établi à Auderghem, boulevard du Souverain, 240 (b^{te} 13), inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0406.596.779, partie appelée en déclaration d'arrêt commun.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement rendu le 20 septembre 2023 par le tribunal de première instance du Brabant wallon, statuant en degré d'appel.

Le 23 février 2026, l'avocat général Jérémie Van Meerbeeck a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller Maxime Marchandise a fait rapport et l'avocat général Jérémie Van Meerbeeck a été entendu en ses conclusions.

II. Les moyens de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, la demanderesse présente deux moyens.

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen :

En vertu des articles 1728*quater*, § 1^{er}, et 2273, alinéa 2, de l'ancien Code civil, le preneur qui entend obtenir le remboursement des sommes qu'il aurait payées au-delà de celles qui sont dues en application de la loi ou de la convention doit en effectuer la demande au bailleur par lettre recommandée à la poste ; la restitution n'est toutefois exigible que pour les montants échus et payés au cours

des cinq ans qui précèdent cette demande, et l'action en recouvrement de ces sommes se prescrit dans le délai d'un an à compter de l'envoi de cette lettre recommandée.

Ces dispositions ne portent pas préjudice au droit du preneur de demander en justice le remboursement des montants échus et payés au cours des cinq années qui précèdent sa demande, sans faire précéder celle-ci d'une lettre recommandée à la poste.

Le moyen, qui repose sur le soutènement contraire, manque en droit.

Sur le second moyen :

Quant à la seconde branche :

En conclusions, la demanderesse ne soutenait pas que, lors de la cession du bail, une convention avait été conclue sur le montant d'un nouveau loyer, mais seulement que les parties s'étaient entendues sur le résultat, au moment de la cession, du calcul d'indexation du loyer selon le taux convenu dans ledit bail.

Le moyen, qui, en cette branche, repose sur l'affirmation contraire, manque en fait.

Quant à la première branche :

Un moyen, fût-il fondé sur des dispositions légales d'ordre public ou impératives, ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour que lorsque les éléments de fait nécessaires à son appréciation sont constatés par le juge du fond ou ressortent des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard.

Le moyen, en cette branche, repose sur l'affirmation qu'une convention a été conclue sur le montant du loyer au moment de la cession du bail, entre la demanderesse et, soit la partie appelée en déclaration d'arrêt commun, cédante, soit la défenderesse, cessionnaire.

Pareille substitution ne ressort ni du jugement attaqué ni d'aucune des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard.

Le moyen, en cette branche, est irrecevable.

Et le rejet du pourvoi prive d'intérêt la demande en déclaration d'arrêt commun.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi et la demande en déclaration d'arrêt commun ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de neuf cent trente-sept euros huit centimes envers la partie demanderesse, y compris la somme de vingt-quatre euros au profit du fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne, et à la somme de six cent cinquante euros due à l'État au titre de mise au rôle.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Mireille Delange, président, le président de section Michel Lemal, les conseillers Maxime Marchandise, Marielle Moris et Valéry De Wulf, et prononcé en audience publique du vingt mars deux mille vingt-six par le président de section Mireille Delange, en présence de l'avocat général Jérémie Van Meerbeeck, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

P. De Wadripont

V. De Wulf

M. Moris

M. Marchandise

M. Lemal

M. Delange

Requête

POURVOI EN CASSATION

POUR: La **s.a. MAXIGROUPE**, inscrite à la B.C.E. sous le numéro 0447.873.348, dont le siège social est établi à 1390 Grez-Doiceau, Fontaine Cabouche, 9,

assistée et représentée par Maître Geoffroy de FOESTRAETS, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est sis à 1000 Bruxelles, rue de la Vallée, 67, où il est fait élection de domicile,

demanderesse en cassation

CONTRE: La **srl WHL**, en liquidation, inscrite à la B.C.E. sous le numéro 0649.466.765, dont le siège social est établi à 5500 Dinant, rue Grande, 39, représentée par son liquidateur, Me B. C., avocat,

défenderesse en cassation

EN PRESENCE DE:

Les **GRANDES TEINTURERIES ET ASSOCIES s.a.**, inscrite à la B.C.E. sous le numéro 0406.596.779, dont le siège social est établi à 1160 Bruxelles, boulevard du Souverain, 240/13

partie appelée en déclaration d'arrêt commun

* * *

A Madame la Première Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers composant la Cour de cassation de Belgique,

* * *

Mesdames, Messieurs,

La demanderesse a l'honneur de soumettre à votre censure le jugement rendu contradictoirement entre les parties le 20 septembre 2023 par le tribunal de première instance du Brabant wallon, 1^{ère} chambre civile (R.G. n° 22/100/A).

FAITS DE LA CAUSE ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

Par une convention du 27 juin 1996, la demanderesse donne en location à la SARL TECHNOSEC, pour une durée de vingt-sept ans, un rez-de-chaussée commercial à Wavre.

Les lieux sont loués à usage de nettoyage à sec – blanchisserie et le contrat de bail commercial prévoit un loyer mensuel de 70 000 BEF avec une clause d'indexation forfaitaire de 3 % par rapport au loyer du dernier mois de l'année précédente.

TECHNOSEC fusionne avec la partie appelée en déclaration d'arrêt commun le 25 mars 2000 et, le 25 février 2016, elle cède le bail commercial à la défenderesse, avec effet au 31 mars 2016.

La cession est acceptée par la demanderesse, le loyer de base convenu étant de 3 063,90 €, outre la constitution par cette dernière d'une garantie locative de trois mois, calculée sur ce loyer convenu.

La partie appelée en déclaration d'arrêt commun reste solidairement tenue des obligations résultant du bail.

La défenderesse s'acquitte régulièrement du loyer de 3 063,90 €, (ce loyer de base étant indexé par la suite) jusqu'en octobre 2020, exposant avoir été victime par la suite de la crise sanitaire liée au COVID 19, de manière directe de la fermeture imposée de son magasin et, de manière indirecte, d'une réduction importante de son chiffre d'affaires en raison d'une baisse importante de clientèle.

À défaut d'accord entre parties, la demanderesse saisit le juge de paix du premier canton de Wavre qui, par un jugement du 14 octobre 2021, dit irrecevable

la demande reconventionnelle de la défenderesse relative au remboursement des indexations.

La défenderesse interjette appel de cette décision.

Statuant en degré d'appel, le jugement attaqué vide le litige sur certains points et il ordonne la réouverture des débats sur d'autres.

Il décide notamment de faire droit à la demande de la défenderesse en remboursement d'indexations indues.

Dans l'intervalle, le bail commercial a pris fin à l'expiration de son terme, soit le 30 juin 2023.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Les dispositions légales violées

- les articles 1728^{quater} et 2273, alinéa 2 de l'ancien Code civil.

La décision attaquée

Le jugement attaqué en ce qu'il décide que la demande en remboursement de l'indu d'indexation de loyer, introduite par conclusions de la défenderesse déposées au greffe le 22 avril 2021 en cours de procédure, et non par une lettre recommandée adressée par la poste à la demanderesse conformément à l'article 1728^{quater} de l'ancien Code civil, est recevable.

Les motifs de la décision attaquée

L'article 1728quater de l'ancien Code civil qui est une disposition impérative, dispose que:

« §1. Les sommes que le preneur aurait payées au-delà de celles dues en application de la loi ou de la convention, lui seront remboursées à sa demande. Celle-ci doit être adressée au bailleur par lettre recommandée à la poste.

La restitution n'est toutefois exigible que pour les montants échus et payés au cours des cinq ans qui précèdent cette demande.

L'action en recouvrement se prescrit dans le délai d'un an comme prévu à l'article 2273.

§ 2. Les dispositions contractuelles contraires au paragraphe 1^{er} sont nulles.

§ 3. Le présent article ne s'applique pas aux baux à ferme.

« 49.

Il s'ensuit que le locataire:

Doit adresser au bailleur une lettre recommandée dans laquelle il sollicite le remboursement des indexations indues;

Doit introduire son action devant le juge compétent dans l'année suivant l'envoi de sa lettre recommandée sous peine de se voir opposer la prescription annale de l'article 2273 Code civil.

« 50.

Le premier juge a considéré que la demande formulée pour la première fois par des conclusions déposées au greffe le 22 avril 2021 n'était pas recevable car pas formulée par recommandé.

« 51.

L'exigence du recommandé protège les intérêts du preneur en lui ouvrant le droit à restitution, et ceux du bailleur, en limitant dans le temps le droit du preneur de réclamer le remboursement.

« 52.

Selon l'article 746 du Code judiciaire, 'La remise des conclusions au greffe vaut signification'. Il peut, dès lors, être admis que le dépôt de conclusions formalisant une demande reconventionnelle de remboursement d'indexation de loyers est équivalent à l'envoi du courrier recommandé prévu.

« 53.

La demande de la SRL WHL est recevable».

Les griefs

En vertu de l'article 1728*quater*, § 1^{er} de l'ancien Code civil, si le locataire a payé un montant d'indexations indues, il peut en réclamer le remboursement au bailleur dans les **conditions** suivantes:

«Les sommes que le preneur aurait payées au-delà de celles dues en application de la loi ou de la convention, lui seront remboursées à sa **demande**. Celle-ci **doit** être **adressée au bailleur par lettre recommandée à la poste**.

La restitution n'est toutefois exigible que pour les montants échus et payés au cours des **cinq ans** qui précèdent cette **demande**.

L'action en recouvrement se prescrit dans le délai d'un an comme prévu à l'article 2273».

L'alinéa 2 de cet article 2273 précise que: «L'action des preneurs pour le recouvrement des sommes indûment payées se prescrit par un an à compter de l'envoi de la demande prévue à l'article 1728*quater*».

Il en découle que le locataire **doit** adresser au bailleur une lettre recommandée dans laquelle il sollicite le remboursement des indexations indues et ensuite introduire, le cas échéant, son action devant le juge compétent dans l'année suivant l'envoi de sa lettre recommandée, sous peine de se voir opposer la prescription annale de l'article 2273 du Code civil.

Le caractère impératif de l'article 1728*quater* n'est pas contesté, et donc celui des règles relatives:

- à l'envoi obligatoire d'une lettre recommandée pour formuler la demande,
- à la limitation de l'exigibilité de l'indu aux cinq années précédant l'envoi de cette demande par lettre recommandée,
- à l'introduction de l'action dans l'année de la formulation de cette demande de remboursement par lettre recommandée.

Le législateur a, par cet article 1728*quater* mis en place un ensemble procédural cohérent dans le but de protéger de manière équilibrée tant le bailleur que le locataire.

Le législateur a ainsi voulu que la demande du preneur ne soit pas directement formulée dans un cadre procédural mais par l'envoi d'une lettre recommandée à la poste adressée au bailleur: le preneur **doit** adresser cette lettre.

Dans cet ensemble cohérent, l'envoi d'une lettre recommandée a toute son importance puisque c'est lui qui **ouvre** le droit à restitution au profit du preneur mais en préservant l'intérêt du bailleur puisque, par la demande ainsi formulée, ce dernier est avisé des revendications du preneur **avant** l'introduction d'une

possible procédure judiciaire et il lui est ainsi loisible d'effectuer volontairement ce remboursement en évitant la procédure, ce qui est à son avantage.

L'effet de cette lettre recommandée est double: il fixe d'une part, la limite temporelle de l'exigibilité de l'indu et, d'autre part, le point de départ du délai d'un an dans lequel le preneur doit, le cas échéant, introduire la procédure judiciaire.

Permettre de remplacer cette lettre recommandée, qui est un élément essentiel de l'équilibre procédural voulu par le législateur, par un acte «équivalent» tel que le dépôt de conclusions dans une procédure déjà pendante, modifierait cet équilibre au profit du seul preneur.

L'envoi d'une lettre recommandée par le preneur au bailleur est en effet une disposition impérative imposant une formalité substantielle qui protège les intérêts du bailleur.

Le législateur a expressément imposé ce mode particulier de communication de la demande de remboursement et il n'a pas prévu qu'une facilité telle que celle retenue par le juge d'appel soit accordée au preneur, alors qu'il aurait pu le faire.

Si, comme en l'espèce, le preneur formule pour la première fois sa demande par le dépôt de conclusions, le bailleur est privé de la possibilité de s'exécuter volontairement et d'éviter ainsi la procédure judiciaire, ce qui n'est pas l'objectif du législateur.

Le bailleur est ainsi lésé, et le preneur favorisé puisque ce dernier peut agir judiciairement contre lui sans même qu'il en ait été préalablement avisé par lettre recommandée, comme prévu par la loi.

S'agissant d'une formalité soumise à une règle présentée dans l'intérêt du bailleur, elle ne peut être remplacée par un acte ne produisant pas les mêmes effets, telle l'introduction de cette demande par le dépôt de conclusions, qui ne permet plus au bailleur d'éviter la procédure judiciaire et d'en subir les frais et inconvénients.

Admettre une telle souplesse en faveur du preneur serait contrarier le principe même du caractère essentiel, et donc auquel on ne peut renoncer, reconnu à ladite règle qui constitue un ensemble procédural cohérent, un bloc assurant dans le respect des intérêts respectifs des parties un équilibre de concessions réciproques, que le juge ne peut modifier.

Il en résulte qu'en décidant qu'est recevable la demande en remboursement d'indexations de loyers introduite par conclusions déposées au greffe et non par l'envoi d'une lettre recommandée à la poste adressée à la demanderesse comme l'impose formellement l'article 1728^{quater} afin de permettre au bailleur d'examiner et de prendre position quant à cette demande avant l'intentement

d'une procédure judiciaire, le jugement attaqué viole cette disposition légale et l'article 2273 de l'ancien Code civil qui participe aussi à l'équilibre de l'ensemble procédural cohérent voulu par le législateur et que le juge ne peut assouplir en faveur du preneur et au détriment du bailleur.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Les dispositions légales violées

- les articles 1728*bis* et 1728*quater* de l'ancien Code civil;
- les articles 5.69, 5.70 et 5.105, alinéa 2 du Code civil et, pour autant que de besoin, l'article 1134 de l'ancien Code civil;
- l'article 11 des règles particulières aux baux commerciaux insérées dans la section 2*bis* du livre III, titre VIII, chapitre II de l'ancien Code civil, par la loi du 30 avril 1951;
- l'article 149 de la Constitution.

La décision attaquée

Le jugement attaqué en ce qu'il décide que pour arrêter le montant des indexations de loyer indûment payées par la défenderesse pendant les cinq années précédant sa demande de remboursement du 22 avril 2021, il convient de prendre en considération, comme loyer de base, le loyer prévu lors de la conclusion du contrat initial en 1996, et non celui convenu entre les parties au jour de la cession de bail de 2016.

Les motifs de la décision attaquée

(jugement attaqué, feuillets 16 et 17)

« 55.

L'article 1728bis de l'ancien Code civil prévoit en son deuxième paragraphe:

‘§ 2 les dispositions contractuelles, dont l'effet excéderait l'adaptation prévue au présent article sont réductibles à celle-ci’.

S'agissant d'une disposition impérative, aucune disposition contractuelle ne peut autoriser une adaptation qui excéderait celle prévue par l'article 1728bis du Code civil. A défaut, elle doit être immédiatement réduite à l'adaptation prévue par le Code civil.

« 56.

En l'espèce, la clause d'indexation prévue contractuellement (voir ci-dessus) excède l'adaptation prévue légalement puisqu'elle est de 3 %.

Elle est contraire à l'article 1728bis du Code civil. Elle ne peut recevoir aucun effet.

« 57.

Il convient, dès lors, de prendre en considération le loyer prévu lors de la conclusion du contrat initial, soit 70.000 FB et d'en calculer les indexations successives pour déterminer le loyer au jour de la cession de bail au profit de la SRL WHL.

Ensuite, il faudra calculer l'indu à partir de la demande formulée par la SRL WHL, soit le 22 avril 2021».

Les griefs

Première branche

En vertu de l'article 1728bis, de l'ancien Code civil, l'indexation des loyers en matière de bail est réglée comme suit:

«§ 1^{er}. Si une adaptation du loyer au coût de la vie a été convenue, elle ne peut être appliquée qu'une fois par année de location, et au plus tôt au jour anniversaire de l'entrée en vigueur du bail. Cette adaptation est faite sur base des fluctuations de l'indice des prix à la consommation.

Le loyer adapté ne peut dépasser le montant qui résulte de la formule suivante:

loyer de base multiplié par le nouvel indice et divisé par l'indice de départ.

Le loyer de base est **le loyer qui résulte de la convention** ou d'un jugement, à l'exclusion de tous frais et charges, expressément laissés à charge du locataire par le bail.

[...]

§ 2. Les dispositions contractuelles dont l'effet excéderait l'adaptation prévue au présent article, sont ***réductibles*** à celle-ci».

Si le locataire a payé un montant d'indexations indues, il peut en réclamer le remboursement au bailleur en vertu de l'article 1728^{quater}, § 1^{er} qui prévoit que:

«Les sommes que le preneur aurait payées au-delà de celles dues en application de la loi ou de la convention, lui seront remboursées à sa **demande**».

Il découle de la combinaison de ces deux dispositions légales que le locataire ne peut demander le remboursement des montants d'indexations indûment payées que pour la période de cinq ans précédant sa demande.

Pour déterminer s'il y a eu paiement indu et, le cas échéant arrêter le **montant** de cet indu, il convient, conformément à l'article 1728^{bis} précité, de prendre en considération le loyer **qui résulte de la convention** liant le bailleur et le locataire et non, comme le décide le jugement attaqué, «le loyer prévu lors de la conclusion du contrat **initial**».

En l'espèce, la demanderesse soutenait en appel que:

«[La défenderesse] doit en outre et en tout état de cause être déboutée de son appel tendant à ce qu'il soit dit pour droit que le loyer calculé à la date du jugement dont appel s'établit à 2.638,39 € par mois en lieu et place du montant de 3.285,93 € fixé par le premier Juge.

*A bon droit, le premier Juge a considéré qu'il fallait 'retenir comme loyer de base celui qui était applicable au jour de la cession du bail, soit en l'espèce 3.063,90 €, et qui a été **dûment accepté** par la défenderesse.*

C'est en effet sur base de ce loyer que la défenderesse a repris le bail et le fonds de commerce lui cédés par l'appelée en déclaration d'arrêt commun.

Elle a par ailleurs constitué la garantie locative sans émettre la moindre réserve sur base de ce loyer'.

*La demanderesse produit en pièce 13 un courrier du 5 avril 2016 faisant état du loyer de 3.063,90 € et de la constitution de la garantie locative, faite sans la moindre réserve par la locataire, sur base de ce loyer: '**Notre bail prévoit** en son article 6 une garantie correspondant à **six mois de loyers** et provisions pour charges, soit la somme actualisée de **(3.063,90 € + 550,00 €) x 6 = 21.683,40 €**'» (deuxièmes conclusions additionnelles de synthèse d'appel de la demanderesse, p. 19 – soulignement ajouté).*

Après la cession du bail, c'est ce montant de loyer de 3 063,90 € **convenu** entre la demanderesse et la défenderesse qui a fait l'objet d'indexations

successives pendant la période de cinq ans précédant la demande du 22 avril 2021, ce que résumaient parfaitement les dernières conclusions d'appel de la demanderesse:

«À titre subsidiaire, si par impossible, la demande en remboursement d'un prétendu indu d'indexation devait être déclarée recevable, *quod non*, il y aurait lieu, comme expliqué ci-avant, de calculer cet indu sur base du loyer fixé à 3.063,90 € au jour de la cession du bail.

L'on aboutirait aux calculs d'indexation suivants:

A partir de juillet 2016:

$$3.063,90 \text{ €} \times 103,47 / 102,53 = 3.091,98 \text{ €}$$

A partir de juillet 2017:

$$3.063,90 \text{ €} \times 105,32 / 102,53 = 3.147,27 \text{ €}$$

A partir de juillet 2018:

$$3.063,90 \text{ €} \times 106,71 / 102,53 = 3.188,81 \text{ €}$$

A partir de juillet 2019:

$$3.063,90 \text{ €} \times 109,04 / 102,53 = 3.258,44 \text{ €}$$

A partir de juillet 2020:

$$3.063,90 \text{ €} \times 109,96 / 102,53 = 3.285,93 \text{ €}$$

Sur base de ces chiffres, l'indu se calculerait comme suit:

- juillet 2016 à juillet 2017: $(3.155,82 - 3.091,98 \text{ €}) \times 12 = 766,08 \text{ €}$
- juillet 2017 à juillet 2018: $(3.228,08 \text{ €} - 3.147,27 \text{ €}) \times 12 = 969,72 \text{ €}$
- juillet 2018 à juillet 2019: $(3.324,92 \text{ €} - 3.188,81 \text{ €}) \times 12 = 1.633,32 \text{ €}$
- juillet 2019 à juillet 2020: $(3.424,67 \text{ €} - 3.258,44 \text{ €}) \times 12 = 1.994,76 \text{ €}$
- juillet 2020 à avril 2021: $(3.527,41 \text{ €} - 3.285,93 \text{ €}) \times 9 = 2.173,32 \text{ €}$

Soit un total de 7.537,20 € en lieu et place du montant 45.210,30 € réclamé par la [défenderesse], décompte arrêté à avril 2021 (inclus)» (deuxièmes conclusions additionnelles de synthèse d'appel de la demanderesse, p. 23).

La demanderesse ajoutait dans ses dernières conclusions d'appel que:
«L'absence de contestation émise in tempore non suspecto par la locataire et le paiement fait sans réserve des loyers, tels qu'indexés par la concluante, révèle, dans le chef de la SRL WHL, une présomption d'accord quant au montant du loyer» (p. 20 – soulignement ajouté).

En substance, la demanderesse soutenait donc en appel que le loyer de base à prendre en considération pour le calcul de l'indexation légalement autorisée pendant la période litigieuse de cinq ans était le loyer qui résultait de la convention conclue entre la demanderesse et la défenderesse, prévoyant un loyer de 3 063,90 € puisque, comme l'avait bien compris le premier juge, *«c'est en effet sur base de ce loyer que la défenderesse a repris le bail et le fonds de commerce lui cédés par [l'appelée en déclaration d'arrêt commun]»* (jugement du 14 octobre 2021, pp. 10 et 11). C'est à partir de cette date que la demanderesse a ensuite indexé ce loyer de base dans les conditions de l'article 1728bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de l'ancien Code civil.

Or, le juge d'appel décide qu'il convient, pour ce calcul d'indexation, *«de prendre en considération le loyer prévu lors de la conclusion du contrat initial, soit 70 000 F.B et d'en calculer des indexations successives pour déterminer le loyer au jour de la cession de bail au profit de la [défenderesse]»* (jugement, feuillet 17 – soulignement ajouté).

1.- Ce faisant, le jugement attaqué viole déjà l'article 1728bis de l'ancien Code civil qui impose de prendre en considération le loyer qui résulte de la convention et non nécessairement celui prévu lors de la conclusion du contrat initial.

En l'espèce, le jugement attaqué constate certes que le bail convenu initialement en 1996 prévoyait un loyer mensuel fixé à 70 000 BEF. Mais il ne conteste pas que le loyer convenu et appliqué au jour de la cession du bail, vingt années plus tard, était de 3 063,90 €.

Le jugement attaqué ne constate pas que ce loyer de 3 063,90 € aurait été illégalement convenu entre parties en 2016 en violation de l'article 1728bis (parce qu'il serait le résultat d'une indexation calculée illégalement à ce moment). Le juge d'appel ne constate d'ailleurs pas que ce loyer était même le résultat d'une quelconque indexation du loyer de 3 063,90 € convenu.

Le jugement attaqué ne constate pas davantage que ce loyer de 3.063,90 € aurait été illégalement convenu en 2016 entre parties, en méconnaissance de l'article 6 de la loi du 30 avril 1951 relative aux baux commerciaux (parce qu'il s'agirait d'une **révision** de loyer convenue illégalement).

Or, la demanderesse soutenait précisément que la **convention** à prendre en considération conformément à l'article 1728*bis* pour la détermination du loyer de base n'était pas la convention «*initiale*» de 1986, mais celle qui liait régulièrement les parties au moment de la cession du bail, conjointement avec celle du fonds de commerce, avec un loyer convenu de 3.063,90 €.

En refusant de prendre en considération le loyer de base correspondant à celui résultant de la convention liant les parties au moment de la cession, le jugement attaqué viole l'article 1728*bis* de l'ancien Code civil.

En refusant de donner effet à la convention ainsi formée entre la demanderesse et la défenderesse, et qui «tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite», sans constater en quoi cette convention n'aurait pas été «valablement formée», le jugement attaqué viole l'article 5.69 du Code civil et, pour autant que de besoin, l'article 1134, alinéa 1^{er} de l'ancien Code civil.

En refusant de tenir compte d'une modification du contrat initial concernant le montant du loyer à payer par la défenderesse, alors que pareille modification a été **convenue** par «le consentement mutuel des parties», le jugement attaqué viole l'article 5.70 du Code civil et, pour autant que de besoin l'article 1134, alinéa 2 de l'ancien Code civil.

2.- Le jugement attaqué ne conteste pas que le loyer **convenu** entre la demanderesse **et l'appelée en déclaration d'arrêt commun** était de 3 063,90 € au jour de la cession.

En vertu de l'article 11 de la loi sur les baux commerciaux: «En cas de cession portant sur l'intégralité des droits du locataire principal, le cessionnaire devient le locataire direct du bailleur».

En l'espèce, il n'était pas contesté que le bail commercial avait été régulièrement cédé en 2016 par l'appelée en déclaration d'arrêt commun à la défenderesse, de sorte que cette dernière est devenue, à cette date, le locataire direct de la demanderesse.

En cette qualité, il lui appartenait donc de continuer à payer, au jour de la cession, le loyer convenu de 3 063,90 €.

En décidant que le loyer de base à prendre en considération conformément à l'article 1728*bis* de l'ancien Code civil est d'un autre montant que celui qui liait la demanderesse à la cédante (l'appelée en déclaration d'arrêt commun) alors que, par l'effet de la cession régulièrement intervenue, la défenderesse était devenue la locataire de la demanderesse, aux mêmes conditions que la cédante, le jugement attaqué viole l'article 11 de la loi sur les baux commerciaux.

Il viole également l'article 5.105 du Code civil en vertu duquel, en cas de cession à un ayant cause particulier «la nature et l'étendue des droits transmis sont déterminées par le contrat dont ils résultent» puisqu'il n'était pas contesté devant le juge d'appel que: *«C'est en effet sur base de ce loyer que la défenderesse a repris le bail et le fonds de commerce lui cédés par l'appelée en déclaration d'arrêt commun»* (jugement du 14 octobre 2021, p. 10 – soulignement ajouté).

3.- Par ailleurs, il n'est pas davantage contesté que si la demanderesse elle-même a marqué son accord sur cette cession en 2016, c'était aussi sur la base de ce loyer de base convenu de 3 063,90 €.

Il en découle qu'au moment de la cession, un accord a été pris directement entre la demanderesse et la défenderesse quant au montant du loyer, de sorte qu'en refusant de prendre en considération le montant du loyer de base de 3 063,90 € convenu directement entre la demanderesse et la défenderesse, le jugement attaqué viole l'article 5.69 du Code civil et, pour autant que de besoin, l'article 1134, alinéa 1^{er} de l'ancien Code civil.

Il en résulte qu'en décidant que pour déterminer le loyer de base visé à l'article 1728*bis* de l'ancien Code civil, il convient en l'espèce de prendre en considération le loyer prévu lors de la conclusion du contrat initial, le jugement attaqué viole les articles 1728*bis* et 1728*quater* de l'ancien Code civil, les articles 5.69, 5.70 et 5.105, alinéa 2 du Code civil et, pour autant que de besoin, l'article

1134 de l'ancien Code civil, ainsi que l'article 11 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux.

Seconde branche

Dans ses dernières conclusions d'appel, la demanderesse soutenait que la **convention** à prendre en considération conformément à l'article 1728*bis* pour la détermination du loyer de base n'était pas la convention «*initiale*» de 1986, mais celle qui liait régulièrement les parties au moment de la cession du bail, conjointement avec celle du fonds de commerce, avec un loyer de base convenu de 3 063,90 €.

Elle développait très précisément que c'est à bon droit que le premier juge avait considéré qu'il fallait retenir comme loyer de base «*celui qui était applicable au jour de la cession du bail, soit en l'espèce 3.063,90 €, et qui a été **dûment accepté** par la défenderesse*», dès lors que «*c'est en effet sur base de ce loyer que la défenderesse a repris le bail et le fonds de commerce lui cédés par l'appelée en déclaration d'arrêt commun*» (deuxièmes conclusions additionnelles de synthèse d'appel de la demanderesse, p. 19).

Elle ajoutait que la demanderesse «*a par ailleurs constitué la garantie locative sans émettre la moindre réserve sur base de ce loyer*» (p. 19).

Elle produisait également en pièce 13: «*un courrier du 5 avril 2016 faisant état du loyer de 3.063,90 € et de la constitution de la garantie locative, faite sans la moindre réserve par la locataire, sur base de ce loyer: '**Notre bail prévoit** en son article 6 une garantie correspondant à **six mois de loyers** et provisions pour charges, soit la somme actualisée de **(3.063,90 € + 550,00 €) x 6 = 21.683,40 €**'*» (p. 19).

En substance, la demanderesse opposait donc de manière détaillée qu'en l'espèce, pour l'application de l'article 1728*bis* de l'ancien Code civil, il convenait de prendre en considération un loyer de 3 063,90 € comme loyer de base parce que ce montant était celui qui résultait de la **convention** la liant à l'appelée en déclaration d'arrêt commun au moment de la cession, à l'inverse du montant de 70 000 BEF convenu dans le contrat initial avec l'appelée en déclaration d'arrêt commun vingt années auparavant, mais qui ne correspondait

déjà plus à l'**accord** liant la demanderesse à l'appelée en déclaration d'arrêt commun au moment de la cession et, ensuite à la défenderesse.

À ce moyen d'appel, le juge d'appel répond qu'«*Il convient, dès lors, de prendre en considération le loyer prévu lors de la conclusion du contrat initial, soit 70.000 FB*» (jugement attaqué, feuillet 17 – soulignement ajouté).

La mention «*dès lors*» renvoie ainsi aux alinéas précédents du jugement, censés motiver cette décision:

« 55.

L'article 1728bis de l'ancien Code civil prévoit en son deuxième paragraphe:

« § 2 les dispositions contractuelles dont l'effet excéderait l'adaptation prévue au présent article sont réductibles à celle-ci.

S'agissant d'une disposition impérative, aucune disposition contractuelle ne peut autoriser une adaptation qui excéderait celle prévue par l'article 1728bis du Code civil. A défaut, elle doit être immédiatement réduite à l'adaptation prévue par le Code civil.

56.

En l'espèce, la clause d'indexation prévue contractuellement (voir ci-dessus) excède l'adaptation prévue légalement puisqu'elle est de 3 %.

Elle est contraire à l'article 1728bis du Code civil. Elle ne peut recevoir aucun effet».

En vertu de l'article 149 de la Constitution, le juge est tenu de répondre aux conclusions des parties et s'il accueille une demande sans répondre à une défense régulièrement proposée dans les conclusions de la partie adverse, il manque à son devoir de motivation.

Dans ses dernières conclusions d'appel, la demanderesse opposait de manière claire et précise à la demande de prise en considération, pour le calcul du montant d'indexation indûment payé par la défenderesse, du montant du loyer de 70 000 BEF figurant dans le contrat initial de 1986, que ce montant ne pouvait être retenu dans la mesure où par la **convention** conclue entre les parties lors de la cession de 2016, le loyer de base avait été arrêté de commun accord à 3 063,90 €.

En répondant que la prise en considération de ce loyer de 70 000 BEF est justifiée par la seule circonstance que la clause d'indexation prévoyant un taux de 3 % est contraire à l'article 1728*bis* de l'ancien Code civil et qu'elle ne peut donc recevoir aucun effet, le jugement attaqué ne répond en rien au moyen d'appel de la demanderesse que **le montant de base** à prendre en considération conformément à ce même article 1728*bis* pour le calcul de l'indexation pendant la période litigieuse (quel que soit le pourcentage d'indexation à retenir pour cette période) est celui de la convention conclue entre la demanderesse et la défenderesse, lorsque celle-ci a accepté la cession du bail en 2016.

Il en résulte qu'en ne répondant pas au moyen d'appel clair et précis, détaillé dans les secondes conclusions additionnelles de synthèse de la demanderesse, que le montant de base à retenir conformément à l'article 1728*bis* précité n'est pas celui de 70 000 BEF mais celui de 3 063,90 € repris dans **l'accord** des parties en 2016, le jugement attaqué n'est pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

La réponse que le **taux** de 3 % d'indexation est excessif et qu'il ne peut donc être appliqué est sans lien avec la question litigieuse de la détermination du **montant** de base auquel le taux d'indexation légalement admissible devra s'appliquer.

Développements

- Sur le premier moyen

- Dans un arrêt du 18 novembre 2013, votre cour a décidé qu'«*il suit des articles 1728*quater*, § 1^{er}, et 2273, alinéa 2, du Code civil, non seulement que l'envoi par le preneur de la demande par lettre recommandée ayant pour objet le remboursement des sommes payées au-delà de celles qui sont dues en application de la loi ou de la convention, est destinée à informer le bailleur des prétentions du preneur mais également qu'elle fait courir la prescription de l'action en restitution de l'indu; s'agissant d'une formalité prescrite dans l'intérêt du bailleur, elle ne peut être remplacée par un acte ne produisant pas les mêmes effets, tel un appel en conciliation du bailleur devant le juge de paix compétent*» (Cass., 18 novembre 2013, Pas., n° 609).

Dans les conclusions précédant cet arrêt, le ministère public rappelle l'unanimité de la doctrine sur cette question, soulignant que la position contraire d'un seul auteur considérant que *«malgré le caractère impératif de l'article 1728quater du Code civil, la formalité de l'envoi recommandé peut être remplacée par un autre mode de formulation de la demande pourvu qu'il présente les mêmes garanties»* est *«quelque peu incertaine ('il semble...') et isolée dans le concert de la doctrine recueillie, cette position apparaît contrarier le principe même du caractère impératif reconnu à la règle qui constitue un ensemble procédural cohérent, un bloc assurant dans le respect des intérêts respectifs des parties un équilibre de concessions réciproques peu enclin aux transgressions»* (Pas 2013, p. 2248).

- Bernard Louveaux rappelle que le caractère impératif de l'article 1728quater protège les intérêts tant du preneur *«en lui ouvrant le droit à restitution»*, que du bailleur *«en limitant dans le temps le droit du preneur de réclamer remboursement»* (B. Louveaux, "Le droit de bail", De Boeck, 1993, pp. 143 et 144., n° 240).

Ainsi poursuit-il: *«Les parties ne peuvent dispenser le preneur de la formalité de la lettre recommandée; la convention ne peut davantage octroyer un délai d'action de plus d'un an au preneur; si ce dernier introduit sa demande par voie de conclusions celles-ci devront avoir été précédées d'une lettre recommandée»* (B. Louveaux, *ibid.*)

- Sur le second moyen

Non seulement le jugement attaqué ne répond pas aux conclusions d'appel de la demanderesse mais, en outre, le seul motif sur lequel il fonde sa décision de prendre en considération le loyer prévu lors de la conclusion du contrat initial est sans aucun lien avec cette décision.

La circonstance que la clause d'indexation de 3 % prévue dans le contrat initial est illégale et qu'elle ne peut donc recevoir aucun effet ne permet pas de comprendre pourquoi il ne faudrait pas prendre en considération pour l'application de l'article 1728bis le montant du loyer de base tel qu'arrêté dans la

convention conclue entre les parties en 2016 en lieu et place du montant figurant dans le contrat initial.

Si cette clause est illégale parce qu'elle prévoit une indexation du loyer excessive qui ne peut donc «*recevoir aucun effet*», il en résulte certes qu'il n'est pas possible de calculer les indexations successives pendant la période de cinq ans en cause en tenant compte de cette adaptation excessive de 3 % prévue dans le contrat initial, mais cette considération est étrangère à la question litigieuse de la détermination **du montant de base** au départ duquel une adaptation (non excessive) peut être arrêtée.

A CES CAUSES,

L'avocat à la Cour de cassation soussigné, pour la demanderesse, conclut qu'il vous plaise, Mesdames, Messieurs, casser et annuler le jugement attaqué et statuer comme de droit sur les dépens de l'instance de cassation.

Bruxelles, le 25 mars 2024

Geoffroy de FOESTRAETS