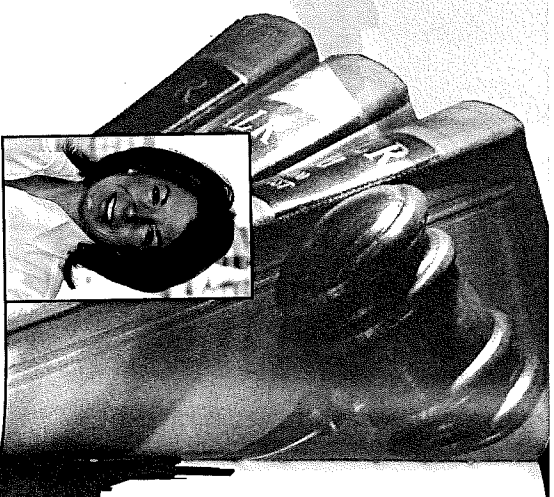


L'ABC des sous-locations et des cessions de bail

Résumé : Dans le contexte d'une récession, avoir la possibilité de céder son bail, de sous-louer de l'espace ou d'en acquérir par le biais d'une cession peut s'avérer fort intéressant.

Or, quels aspects les parties respectives doivent-elles prendre en compte lorsqu'il s'agit de choisir entre une sous-location et une cession? Malheureusement, plusieurs ne tiennent pas compte des subtilités et des différences qui existent entre une sous-location et une de cession avant d'apposer leur signature aux documents, ce qui peut éventuellement donner lieu à des surprises.



● Par : Jo-Anne Durand, avocate de Riel, Avocats/Lawyers www.rielmtd.ca

En vertu de l'article 1870 du Code civil du Québec (« CCQ »), un locataire a le droit de sous-louer tout ou partie de ses locaux, ou de céder son bail. À ce titre, la sous-location peut s'avérer une solution utile pour un locataire désireux de réduire ses activités commerciales et ainsi ne sous-louer qu'une partie de ses locaux. La cession de bail, quant à elle, se veut le transfert intégral du bail et des locaux au cessionnaire.

Le lien de droit avec le propriétaire

La différence la plus notable entre la sous-location et la cession de bail est l'absence du « lien de droit », c'est-à-dire l'obligation contractuelle entre le propriétaire et le sous-locataire. Dans le cas d'une cession, le locataire transfère tous ses droits et obligations en vertu du bail au cessionnaire qui lui bénéficie des droits et assume les obligations du bail cédé. Par conséquent, il devient le « locataire » en vertu du bail qui le lie désormais au propriétaire. Or, la sous-location n'a aucune incidence sur le bail conclu entre le propriétaire et le locataire; il s'agit plutôt d'un contrat accessoire conclu entre le locataire et le sous-locataire. Le locataire conserve tous ses droits et demeure responsable de toutes les obligations en vertu du bail qu'il a conclu avec le propriétaire (le « bail principal »), mais joue dorénavant le rôle de sous-locataire à l'égard de son sous-locataire. Il est à noter que les tribunaux ont confirmé que le consentement du locataire principal à la sous-location n'engendre pas un lien de droit entre le locataire principal et le sous-locataire.

Le Code civil du Québec prévoit néanmoins quelques exceptions à cette règle, à savoir :

1. L'exception la plus importante que les sous-locataires potentiels doivent garder à l'esprit est l'article 1874 du CCQ qui stipule que lorsqu'une action est intentée par le locataire principal contre le locataire principal, le sous-locataire n'est tenu, envers le locateur, jusqu'à concurrence du loyer

de la sous-location dont il est lui-même débiteur envers le locataire principal en vertu du sous-bail. De plus, cet article précise que le sous-locataire ne peut opposer les paiements fait par anticipation. Si le paiement est effectué tel qu'il doit et au moment de son échéance en vertu du sous-bail (c.-à-d. généralement le 1er du mois), il n'est pas considéré avoir été fait par anticipation. La meilleure façon pour un sous-locataire de protéger ses droits à cet égard est d'éviter de payer son loyer à l'avance ou, encore mieux, veiller à ce que le sous-bail stipule qu'il paie son loyer directement au locateur principal.

2. L'article 1875 du CCQ donne au locateur principal le droit de demander la résiliation du sous-bail lorsque l'exécution des obligations du sous-locataire cause un préjudice grave au locateur principal. Il est à noter que si le sous-locataire cause des dommages, le locataire principal peut en être tenu responsable en vertu du bail principal.

L'article 1876 du CCQ permet au sous-locataire d'exercer les droits et recours appartenant au locataire principal contre le locateur principal à défaut de celui-ci d'exécuter les obligations auxquelles il est tenu tel que, par exemple, ses obligations d'entretien et de réparation inscrites au bail principal. Il est cependant fréquent que le bail principal inclure une disposition à l'effet que le locataire renonce à ces droits en vertu de l'article 1876 du CCQ, sans quoi le locateur principal ne consentira pas à la sous-location proposée.

Un autre conseil pour les sous-locataires : étant donné que le sous-bail est un contrat accessoire au bail principal, si le bail principal est résilié, le sous-bail sera automatiquement résilié même s'il n'y a aucun défaut dans l'exécution des obligations du sous-locataire. Bien que la situation soit à l'entière discrétion du locateur principal, le sous-locataire peut demander au locateur

principal de s'engager à respecter le sous-bail advenant que le bail principal soit résilié avant l'expiration de la durée du sous-bail, pourvu, bien sûr, que le sous-locataire ne soit pas en défaut de ses obligations en vertu du sous-bail.

Ce type de demande peut être approprié dans le cas où un sous-locataire compte sous-louer la totalité des locaux et investir de façon considérable dans des améliorations locatives. À défaut d'une telle disposition, la durée et l'amortissement de son investissement pourraient être écourtés. Alternativement, pourvu toutefois que cette solution soit rentable pour le sous-locataire, ce dernier peut demander au locateur principal de l'aviser de tout défaut par le locataire principal en vertu du bail principal afin de permettre au sous-locataire d'y remédier. Une fois de plus, la décision d'accepter une telle clause est à l'entière discrétion du locateur principal qui, en l'absence d'un lien de droit avec le sous-locataire, n'y est aucunement tenu.

Pour ce qui des propriétaires, afin que ceux-ci ne soient pas limités par les exceptions énumérées ci-dessus, ils peuvent (et le font souvent, quoique pas toujours) exiger que le sous-bail inclut une disposition selon laquelle le sous-locataire s'engage à être lié directement au propriétaire quant aux

locaux sous-loués, à l'exclusion des obligations du bail principal qui ne s'appliquent pas aux locaux sous-loués.

Libération du locataire

Étant donné qu'un sous-bail ne peut exister sans qu'il y ait un bail principal, le bail principal demeure en vigueur et le locataire demeure responsable d'en exécuter toutes les obligations qui s'y rattachent. Or, l'article 1873 du C.C.Q. stipule que la cession du bail décharge le locataire de ses obligations liées au bail à moins que les parties n'aient convenues autrement. Cet article devrait plutôt se lire « à moins que le propriétaire en décide autrement ». Cet article, n'étant pas d'ordre public pour les baux commerciaux, permet au locataire de demander d'être dégagé de ses obligations. Cependant, la plupart sinon tous les baux commerciaux prévoient que le cédant (locataire d'origine) demeure solidairement responsable, conjointement avec le cessionnaire (nouveau locataire), de toutes les obligations du bail pour le reste de la durée du bail et de toutes prolongations ou renouvellements de celui-ci. De plus, de tels baux comprennent généralement une disposition qui stipule qu'advenant que le bail soit résilié pour cause d'insolvabilité du cessionnaire,

il sera présumé que le cédant (locataire d'origine) aura conclu un nouveau bail avec le propriétaire pour le reste de la durée du bail. Veuillez noter que cette disposition s'appliquera fort probablement également aux cautions du locataire d'origine. Il est donc recommandé de négocier ces dispositions dès le début du bail.

Bien que rares sont les propriétaires qui libéreront de ses obligations un locataire au moment d'une cession de bail, la toute première considération du propriétaire est d'évaluer la solvabilité et capacité financière du cessionnaire proposé. De fait, ceci pende grandement dans les considérations dont un propriétaire évalue pour consentir ou non à la cession proposée. Donc, les locataires, assurez-vous que la situation financière de vos cessionnaires proposés soit égale à la vôtre sinon meilleure.

Un compromis à garder à l'esprit, le cédant pourrait également proposer de demeurer responsable du bail jusqu'à la fin de la durée en cours et être libéré pour toute option renouvelable que le cessionnaire (nouveau locataire) pourrait exercer.

Les sous-locataires, quant à eux, doivent se mettre en garde contre toute disposition qui pourrait les rendre solidairement responsables des obligations du locataire en vertu du bail principal. Tôt que mentionné précédemment, le sous-locataire ne bénéficie que les droits qui lui sont accordés en vertu du sous-bail et qui ne correspondent souvent pas nécessairement à tous les droits des locataires stipulés au bail principal. Prudence, donc, si l'on vous demande d'être responsable pour plus que des droits dont vous bénéficiez en vertu du sous-bail. Un sous-locataire qui, par exemple, ne sous-loue qu'une partie des locaux, pourrait avec une telle disposition être tenu responsable du loyer de l'ensemble des locaux advenant que le locataire principal manque à ses obligations pour la balance des locaux.

Droits personnels au locataire

Tôt que mentionné ci-dessus, le sous-locataire n'acquiert que les droits prévus spécifiquement au sous-bail. De plus, les propriétaires incluront souvent dans le bail principal que certains droits sont de nature « personnelle » au locataire, et ainsi ne peuvent être transférés advenant une sous-location ou une cession. Ces droits peuvent inclure, entre autres, des options de renouvellement, le droit de première offre ou de premier refus sur de l'espace additionnel, des droits d'affichage et des situations pour lesquelles le consentement du propriétaire ne serait pas requis pour une sous-location ou une cession. Les sous-locataires et les cessionnaires doivent lire le bail attentivement afin de prendre en note les droits qui ne peuvent leur être cédés. Par exemple, même si une sous-location comporte bel et bien une option de renouvellement, ou un autre droit en particulier, qui, en vertu du bail principal, est personnel au locataire, ces dispositions du sous-bail seront nulles.

Le consentement du propriétaire

Tel que prévu à l'article 1870 du CCO, cette exigence

s'applique tant aux demandes de sous-location qu'à la cession de bail. Bien qu'en vertu de l'article 1870 du CCO le locataire n'est tenu de fournir au propriétaire le nom et l'adresse du sous-locataire ou cessionnaire proposé, en pratique, les propriétaires ont élargi cette liste afin d'y inclure, par exemple, les états financiers, l'histoire de l'affaires, de l'information d'entreprise et même une convention écrite entre le locataire et le sous-locataire ou cessionnaire proposé. Bien que le fait de devoir fournir un exemplaire de la convention écrite avec son sous-locataire ou son cessionnaire déplaît sans doute au locataire, cela constitue un moyen pour le propriétaire de s'assurer que le locataire ne soutire pas un revenu de la sous-location ou cession proposée, soit en réclamant un loyer plus élevé ou en vendant des améliorations locatives lors du transfert. En fait, la plupart des propriétaires vont inclure une clause dans leurs baux commerciaux qui stipule que tous les profits engendrés par un transfert quelconque, soit par l'entremise d'une sous-location ou d'une cession, doivent être remis au propriétaire et non au locataire. Le locataire doit garder à l'esprit qu'il doit veiller à fournir toute l'information requise dans sa demande de consentement auprès du propriétaire étant donné que le délai à l'intérieur duquel le propriétaire doit donner son consentement à la demande ou la refuser ne débute qu'au moment où il dispose de toute l'information requise.

En vertu de l'article 1871 du CCO, le propriétaire ne peut refuser de consentir à la sous-location sans un motif sérieux. S'il refuse, il est tenu d'indiquer au locataire, dans les quinze jours de la réception de la demande, les motifs de son refus. Étant donné que ce délai n'est pas d'ordre public, le propriétaire va généralement prolonger le délai à 30 et même 45 jours, ce qui, dans certaines circonstances, peut être trop long pour maintenir l'intérêt d'un sous-locataire ou d'un cessionnaire potentiel. Le locataire doit donc porter bien attention à cette clause au moment de sa négociation du bail avec le propriétaire.

Le propriétaire doit, quant à lui, veiller à fournir une réponse à la demande à l'intérieur du délai requis car l'article 1871 stipule que s'il omet de le faire, il est réputé avoir consenti. Certains propriétaires préfèrent inclure dans leur bail que leur omission de répondre signifie un refus. Or, une telle clause pourrait être considérée comme une façon détournée des propriétaires de se réserver le droit de refuser de consentir à une demande de façon arbitraire, ce qui n'est pas accepté en droit québécois. En plus de l'article 1871, en vertu duquel un propriétaire ne peut refuser son consentement sans un motif valable, le Code civil du Québec impose une obligation de bonne foi en vertu des articles 6 et 7. La Cour d'appel du Québec, dans un jugement rendu en 2000, a ainsi soutenu qu'un propriétaire ne peut refuser son consentement de façon arbitraire car ce refus résulte d'une condition qui relève purement potestative) et qui est nulle en vertu de l'article 1500 du CCO.

Afin d'éviter un débat sur ce qui constitue un « motif sérieux », le propriétaire peut inclure dans le bail une liste de motifs jugés « sérieux ». Tel qu'établit par la Cour supérieure du Québec en 1998, si le locataire accepte que ces motifs soient réputés « sérieux », le propriétaire n'a plus à démontrer que ces motifs sont en effet sérieux étant donné que le locataire les a déjà acceptés. Parmi les exemples de motifs sérieux préétablis, notons les aspects de solidité financière, un conflit avec des exclusivités préexistantes, des amendements à la clause d'usage, la nature du sous-locataire ou cessionnaire proposé (tels que consulats, ambassades, commissions commerciales), le type d'exploitation visée par le sous-locataire ou cessionnaire et l'emplacement de l'immeuble ou les règlements de celui-ci. Pour une protection accrue, le propriétaire devrait aussi rédiger de telles listes en précisant qu'elles sont « nullement limitatives », laissant ainsi la possibilité de soulever d'autres motifs « sérieux » pour le refus.

Autre aspect d'importance pour le propriétaire : la doctrine ainsi qu'une décision rendue par la Cour du Québec en 2006 ont jugé que le consentement du propriétaire n'a pas à être explicite. Si un propriétaire sait qu'une nouvelle personne occupe les locaux sans que le locataire ait demandé le consentement du propriétaire au moment requis, en tolérant cette situation pendant une période jugée assez longue, en acceptant, par exemple, le paiement du loyer par le nouvel occupant, le propriétaire est réputé avoir consenti tacitement à la sous-location ou à la cession.

L'option du propriétaire de résilier le bail

Le dernier point mais non le moindre, plusieurs baux commerciaux incluent une disposition permettant au propriétaire de résilier le bail au lieu de consentir à la sous-location ou la cession. Bien que de nombreux locataires s'opposent immédiatement à de telles clauses, contrairement aux baux de détails où le locataire voudrait ne plus occuper les locaux mais garder le bail en vigueur afin d'éviter que ses concurrents prennent possession des locaux, les locataires de

bureaux y verront peut-être une solution viable s'ils visent à réduire leur effectif. Si le locataire veut se protéger davantage, il peut négocier cette disposition afin qu'elle comprenne une option selon laquelle il peut décider de retirer sa demande de consentement si le locateur l'avise qu'il désire mettre fin au bail au lieu de consentir au transfert proposé.

En conclusion, nous vous recommandons de lire attentivement et de négocier toutes vos ententes, en débutant avec le bail principal, afin que toutes les

parties concernées sachent à quoi s'en tenir dans le cas d'une sous-location ou d'une cession de bail. Pour ce qui est des sous-locataires et des cessionnaires, ils doivent se procurer une copie du bail principal et le lire attentivement en portant une attention particulière à toute exigence et restriction pouvant être imposées par le bail (i. e. les droits personnels au locataire) et de là, négocier respectivement leur sous-bail et leur entente de cession en gardant à l'esprit les aspects et les règles spécifiques qui s'appliquent selon chaque contexte. •