



LE BAIL COMMERCIAL ET L'OPTION DE RENOUVELLEMENT

L'option de renouvellement dans les baux commerciaux joue un rôle clé pour le locataire afin de lui permettre la flexibilité nécessaire dans le cadre de ses opérations commerciales. Certaines formulations utilisées, dans lesquelles le loyer était déjà préétabli à l'avance, ont eu pour effet de bloquer les loyers à des niveaux trop bas pour de longues périodes de temps ce qui, dans certains cas, a joué grandement en défaveur des bailleurs. Dès lors, les formulations quant aux options de renouvellement se sont raffinées et la notion de taux du marché est aujourd'hui couramment utilisée.

Mais il n'est pas nécessaire qu'il faille une clause d'option de renouvellement pour qu'un bail se renouvelle ! L'absence d'agissement du bailleur à la fin du terme du bail peut causer des surprises au bailleur qui, sans opposition de sa part pendant plus de dix jours suivant l'expiration du bail, verra la reconduction tacite du bail s'opérer. Le bail sera ainsi renouvelé pendant une période d'une année. C'est ce que prévoit l'article 1879 CCQ, qui doit recevoir, selon nous, une interprétation restrictive.

Proposant une définition de la notion de renouvellement, la Cour d'Appel dans l'affaire *Cogefimo Inc. c. Société Coinamatic Inc.* (1998 R.D.I. 1993) – (JE98-855), sous la plume du juge Brossard, précisant ce qui suit (page 5) :

« On doit donner aux termes utilisés par les parties leurs sens communs. On ne peut parler de terme et de renouvellement comme si les mots avaient la même signification, que ce soit en français ou en anglais. Le mot « terme » est en soi très clair et ne porte pas à confusion : il emporte l'extension du droit et la terminaison du contrat.

Le terme « renouvellement » est également clair et signifie la « remise » en vigueur d'un contrat, « à son expiration », plus souvent qu'autrement pour la même durée et aux mêmes obligations. La définition anglaise du mot « renewal » lui donne le sens de prolongation plutôt que de remise en vigueur.

Dans l'affaire *Association des architectes c. Sarazin* (1969) B.R. 321, interprétant une clause de renouvellement automatique comme en l'espèce, notre Cour disait :

« Le mot « renouvellement » appliqué à un contrat de louage de services signifie « la remise en vigueur dans les mêmes conditions » (*Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (1967) p. 1517); par lui-même, ce terme présuppose que le contrat qu'il remet en vigueur a cessé, ne fut-ce que momentanément, d'être en vigueur; il suggère donc une solution de continuité; la remise en vigueur même dite automatique ne peut donc présupposer que rien n'y fait légalement obstacle. (...) »

Certains auteurs voient une distinction importante quant à la notion de « renouvellement » et celle « d'extension de terme ». Cette distinction résulte du fait que, d'une part,

durant l'extension, le bail original demeure en plein effet même après la fin du terme original et, d'autre part, dans le cas d'un renouvellement, le bail original se termine pendant un court laps de temps pour donner vie ensuite au renouvellement. Selon Harvey M. Haber, QC, l'effet juridique, résultant de ce court laps de temps entre la fin du bail original et le début du renouvellement, est qu'aucun bail n'est effectivement en place et donc toutes les clauses en matière de terminaison peuvent en principe s'appliquer. Il n'est pas de mon propos d'analyser cette distinction hautement technique, laquelle, à mon avis, n'a aucune valeur pratique mais il est pertinent de souligner la distinction entre ces deux concepts.

Nous désirons donc traiter premièrement des mécanismes qui enclencheront une option de renouvellement et dans un second temps, de l'établissement du loyer.

Le mécanisme

Les clauses de renouvellement de bail prévoient généralement que le locataire pourra renouveler son bail dans la mesure où certaines conditions sont remplies. Celles que l'on retrouve le plus fréquemment sont les suivantes :

- * le locataire ne doit pas être en défaut en vertu du bail;
 - * le locataire doit faire parvenir au bailleur un préavis écrit; et
 - * le renouvellement ne peut être exercé que par le locataire.
- * De plus, il peut être souhaitable de prévoir que certaines clauses d'un bail seront exclues durant la période de renouvellement.

Le locataire en défaut

Un locataire peut se retrouver de façon chronique en défaut en vertu de ses obligations sans que ceci ne l'empêche d'exercer son droit de renouvellement en vertu du bail qu'il s'agisse de défaut quant au paiement du loyer, de retard dans le paiement du loyer, de défaut quant à la clause d'usage, etc. Une condition prévoyant que le locataire ne pourra renouveler le bail si celui-ci est en défaut ou l'a été de façon régulière, est généralement acceptée. Le locataire demandera, dans certains cas, que cette restriction ne s'applique que dans les cas de défaut matériel ou de tout défaut non remédié au moment de l'exercice du renouvellement. À tout événement, quel que soit le type de condition de la clause, il est essentiel que cette notion se retrouve dans la clause de renouvellement pour le bailleur afin de ne pas se retrouver avec un locataire devenu indésirable.

Avis au Bailleur

Cette notion est également importante car sans prévoir la date ultime à laquelle le locataire doit faire parvenir un avis, le bailleur se retrouve dès lors dans une situation où il ne peut savoir quelle est l'intention du locataire. De plus, il n'est pas suffisant de prévoir la date limite à laquelle l'avis doit parvenir

mais il est également préférable de prévoir la date la plus hâtive à laquelle l'avis peut être envoyé. Par exemple, prévoir que l'avis devra être envoyé au bailleur au moins douze mois avant l'expiration du terme et au plus tôt dix-huit mois avant l'expiration du terme est une formulation usuelle. En effet, il pourrait se présenter certaines situations où un locataire, cherchant, par exemple, à se prévaloir de situation de marché favorable, envoie un avis d'exercice de renouvellement, par exemple, quarante-huit mois avant l'expiration du terme d'un bail; cette situation, plutôt inhabituelle, peut engendrer d'autres problèmes forts importants à savoir, si le loyer doit être établi en fonction de la juste valeur marchande, quelle date doit être utilisée pour fixer le loyer : la date à laquelle l'avis a été envoyé ou la date du début du terme de renouvellement? Une telle situation conflictuelle est aisément résolue en imposant une fenêtre bien précise durant laquelle le renouvellement peut être exercé.

De plus, au lieu de faire référence à un nombre de mois, certains préfèrent utiliser la notion de jours afin d'éviter toute mésentente quant au délai d'exercice. En effet, si le terme se termine, par exemple, le quinzième jour d'un mois, et qu'une clause de renouvellement prévoit qu'un avis doit être envoyé six mois avant la fin du terme, comment les mois seront-ils comptés? Les mois complets de calendrier ou six périodes mensuelles précédant la fin du terme? Cette question a parfois été source de conflit.

Une autre question intéressante est de savoir sur quoi doit porter l'avis. Dans la décision de *Les Entreprises Gilles Leblanc Ltée c. Claude Lachance et als* (2000) R.D.I. 199 (Cour d'Appel), la Cour devait déterminer si un locataire bénéficiant de deux espaces en vertu de son bail pouvait scinder ces espaces et ainsi ne renouveler que l'un d'entre eux. L'une des parties affirmait que l'avis n'était pas valide car il ne portait pas sur la totalité des lieux loués. La Cour d'Appel, maintenant la décision de la Cour Supérieure, conclut qu'il était possible de diviser le renouvellement en partie selon certaines circonstances et qu'en l'espèce, le locataire n'avait subi aucun préjudice.

Droits personnels

Le renouvellement est généralement octroyé en fonction de diverses considérations dont la personne même du locataire. En prévoyant qu'une telle clause est non-cessible par le locataire (ou que le locataire devra

lui-même occuper les lieux afin d'exercer le renouvellement), le bailleur se protégera adéquatement et évitera de se retrouver face à une tierce partie avec qui il ne souhaite pas faire affaires. Par contre, le locataire cherchera à rayer une telle restriction afin de capitaliser sur la valeur ajoutée d'une telle clause en cas de cession.

Exclusions

La clause de renouvellement devrait prévoir une liste exhaustive de clauses du bail qui seront exclues d'application durant la période de renouvellement. Par exemple, le paiement d'une allocation en capital, le loyer gratuit et l'option de renouvellement devraient être expressément exclus afin d'éviter qu'un locataire ne tente de s'en prévaloir une seconde fois durant la période de renouvellement. En fait, une certaine jurisprudence a conclu que le libellé même de l'amendement de bail prévoyant le renouvellement (ou l'extension)

peut dans certains cas préserver l'existence (et donc, les effets juridiques) de certaines clauses. En effet, il a déjà été décidé, qu'un amendement au bail qui s'apparentait plutôt à une extension de terme, eut pour effet de maintenir en vigueur l'option de renouvellement se retrouvant au bail; et, par conséquent, cette situation permit au locataire, à la fin de l'extension du terme, d'exercer son option de renouvellement, laquelle demeurait toujours en vigueur. Charmante surprise pour un bailleur qui avait d'autres plans pour le local en question!

Liste de points à considérer

La présente liste constitue une liste non-exhaustive de points à considérer par un bailleur qui peuvent être incorporés à une clause de renouvellement en fonction du type de transaction envisagée ou du type de locataire impliqué:

- * exiger la possibilité d'effectuer une vérification de crédit au moment du renouvellement, et en faire une condition;

- * ne pas permettre à un locataire ayant quitté les lieux loués de renouveler le bail;

- * si le bail original est ancien, obtenir la flexibilité de signer un nouveau bail (et non

pas simplement un amendement) lequel sera plus actuel avec les pratiques courantes;

- * s'il existe un cautionnement, s'assurer que la caution intervienne au document de renouvellement;

- * en matière commerciale, si un locataire devrait payer du loyer à pourcentage, s'assurer qu'il effectue de tel paiement de loyer pendant une période déterminée afin qu'il puisse exercer son option de renouvellement;

- * ne jamais consentir à une clause prévoyant l'obligation pour le bailleur d'envoyer un avis de rappel au locataire afin que s'enclenche le processus d'avis du locataire quant à l'exercice de l'option de renouvellement;

- * en matière commerciale, exiger que le franchisé respecte ses obligations lorsque le bail est signé avec le franchiseur;

- * lorsque le loyer est basé sur l'établissement du taux du marché, (i) préciser une méthode claire afin d'établir le taux du loyer à payer durant le renouvellement et (ii) prévoir, si possible, qu'à défaut d'entente sur le taux du marché, l'option deviendra nulle et non avenue.

L'établissement du loyer

La clause de renouvellement doit prévoir clairement les paramètres qui serviront à établir le loyer. Dans certains cas, le loyer sera déjà préétabli, rendant les choses simples. Toutefois, comme nul n'est devin, les parties auront tendance à éviter de spéculer quant au loyer qui devrait être normalement payable dans cinq, dix ou quinze ans. Pour cette raison, la formulation jugée la plus équitable pour les parties est normalement l'établissement d'un loyer à la juste valeur marchande.

Certaines options de renouvellement prévoient expressément que si, dans un délai prédéterminé, les parties, agissant raisonnablement, ne se sont pas entendues, l'option de renouvellement deviendra caduque. Cette formulation, généralement favorable au bailleur, nécessite que les parties n'agissent pas de mauvaise foi de façon grave et précise. Quelle est la validité de ces clauses? Dans la décision de la Cour Supérieure *Pétrole Farand Inc c. Ultramar Canada Inc.* (JE96-454), il était question de déterminer notamment l'étendue des obligations des parties dans le cas d'une clause de renouvellement de bail qui prévoyait que les parties devaient renégocier le loyer et qu'« ... à défaut d'entente sur le montant du loyer, il n'a pas de prolongement. ». La Cour conclut qu'une telle clause « ...amène à considérer pareille convention comme étant vide d'application ou d'exercice parce qu'il y a absence d'une obligation d'exécuter. » (p.7). De plus, le Juge Nolin, mettant en valeur le principe fondamental de la liberté de contracter, précise que «... l'élément de la bonne foi n'a pas à être considéré parce que le bail ne comporte pas qu'il doit être prolongé, et que les parties sont tenues de négocier entre elles un nouveau bail »(P.7). Une telle clause est usuelle et si, d'une part, elle force les parties à tenter d'en venir à une entente, elle n'a pas, d'autre part, de force contraignante.

Dans une autre décision, *Marie-France Renault et Émile Suissa c. Société du Parc des Îles et Ville de Montréal* (JE98-2190), la Cour devait trancher sur la validité d'une clause de renouvellement qui, encore une fois, prévoyait que les parties devaient négocier des nouvelles conditions de bail pour le terme additionnel de cinq ans et qu'à défaut d'entente le bail se terminera automa-



tiquement. La Cour eut les commentaires suivants quant à ce type de clause (page 8):

« (...) que l'intimée est, de mauvaise foi ou non, en contravention ou non avec l'article 4 du contrat, indûment refusée de se plier au parcours prévu à cet article, le Tribunal a-t-il le pouvoir en droit d'imposer aux parties les « conditions » et/ou « les nouvelles obligations » d'un second bail autre que la durée de ce nouveau bail? La Cour ne le croit pas. Notre droit reconnaît la plus grande liberté de convenir de contrats licites aux parties contractantes et il ne permet pas aux tribunaux, dans une matière comme en l'instance, de brimer cette liberté et de leur imposer sa volonté contractuelle. L'entente de s'entendre ne peut par notre droit agendrer une nouvelle entente exécutoire. »

Toutefois, d'autres clauses, prévoyant l'établissement du loyer à la juste valeur marchande, stipulent que si les parties ne peuvent s'entendre sur le loyer à être payé, le différend sera soumis à l'arbitrage. Un tel mécanisme a manifestement l'avantage de créer une réelle option de renouvellement qui peut être exercée et exécutée par le locataire. Toutefois, la rédaction de la clause quant à l'établissement de la juste valeur marchande est un élément critique. En effet, bon nombre de litiges ou d'arbitrages concerne justement l'établissement de la juste valeur marchande.

Une décision relativement récente de madame la juge Nicole Duval Hesler (National Trust Company c. 2000 McGill College Avenue Building Inc. (1998) Q.J. No 609 ou REJB 1998-05535) a proposé une définition intéressante à une clause de renouvellement qui prévoyait que le loyer serait : « an annual rental equal to the fair market value[...]to be determined by a reference to the renewal rental rate, which Tenant are accepting to pay for comparable space in the building » en fait le juge devait déterminer si le loyer payable durant la période de renouvellement était un loyer net effectif ou un « face rate ». Fait intéressant à noter, l'un des témoins qui avait témoigné durant ce procès, avait expliqué à la Cour que la notion du loyer net effectif n'existait pas lorsque le bail avait été signé, c'est-à-dire au début des années 90 ce qui fut repris par le juge a conclu : « put another way, the parties could not have meant to use the net effective rate because the concept was unknown at the time. What they meant was the face rental rate, being nothing else available then ».

Donc, la définition qui sera donnée à la notion de juste valeur marchande sera déterminante lorsque les parties devront déterminer le loyer payable durant le renouvellement.

En conclusion, l'option de renouvellement est un excellent mécanisme de flexibilité pour le locataire. Le bailleur tentera légitimement d'en limiter la portée afin que ce droit soit utilisé dans un cadre bien précis qui respectera les droits de chacun. Toutefois, cette clause, pour des raisons évidentes, est

certes l'une des plus importantes du bail commercial et chaque partie doit prendre le soin de clairement rédiger ses intentions afin de prévenir toutes situations conflictuelles.

Note: les ouvrages suivants ont servi à écrire cet article: Best Commercial Lease Clauses, Brownstone Publishers, Inc, 2000, New-York; Jobin, P.-G, Le louage, Les éditions Yvon Blais, 1996; H.M. Haber, The Commercial Lease, a Practical Guide, Canada Law Book, 1999.