

1804
société d'avocats



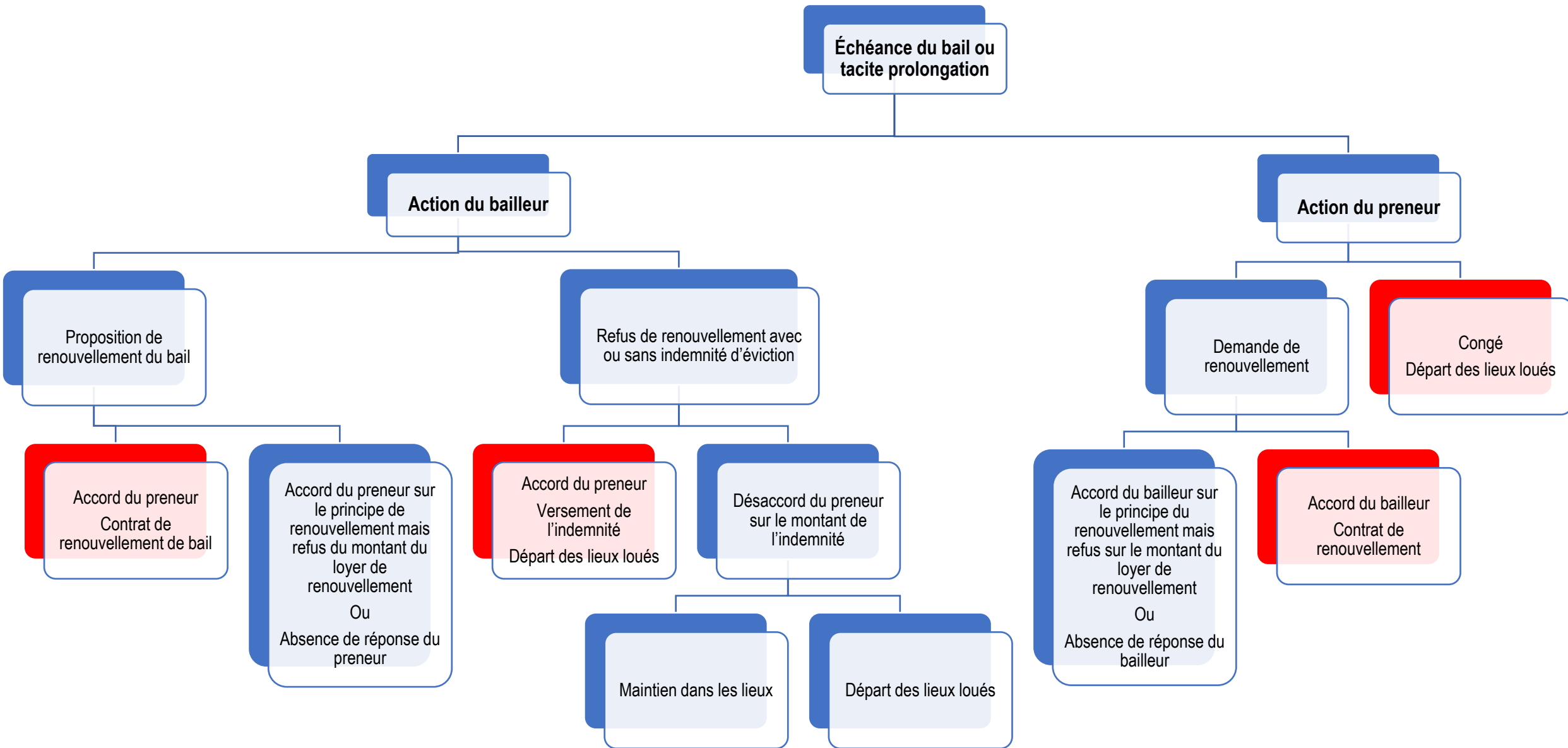
COMMISSION OUVERTE IMMOBILIER
Sous-commission Baux commerciaux
14 novembre 2022

Intervention de Maître Muriel AMSELLEM
Avocate
Associée Cabinet 1804

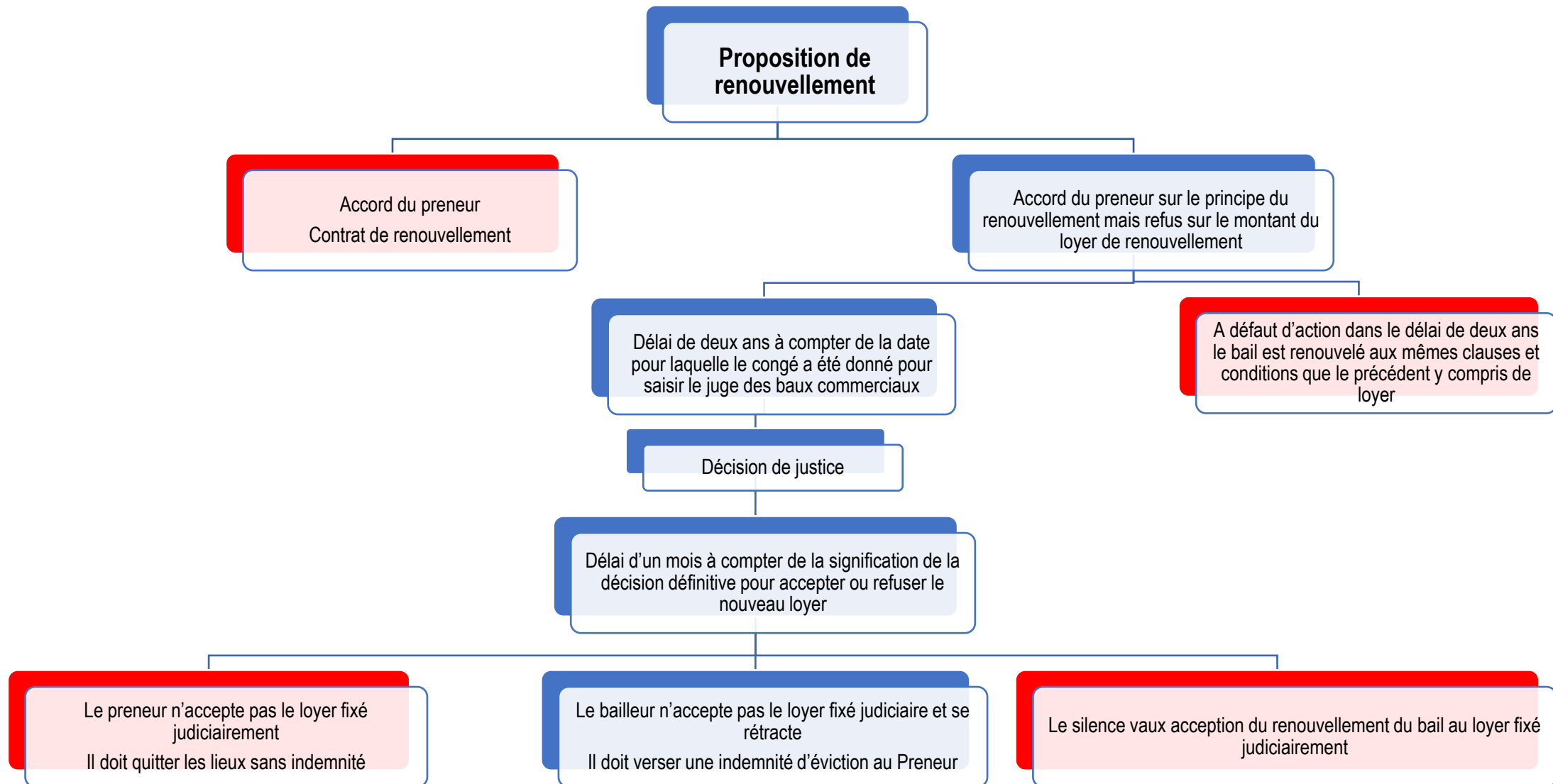
Le droit d'option

Véritable stratégie ou coup de poker?

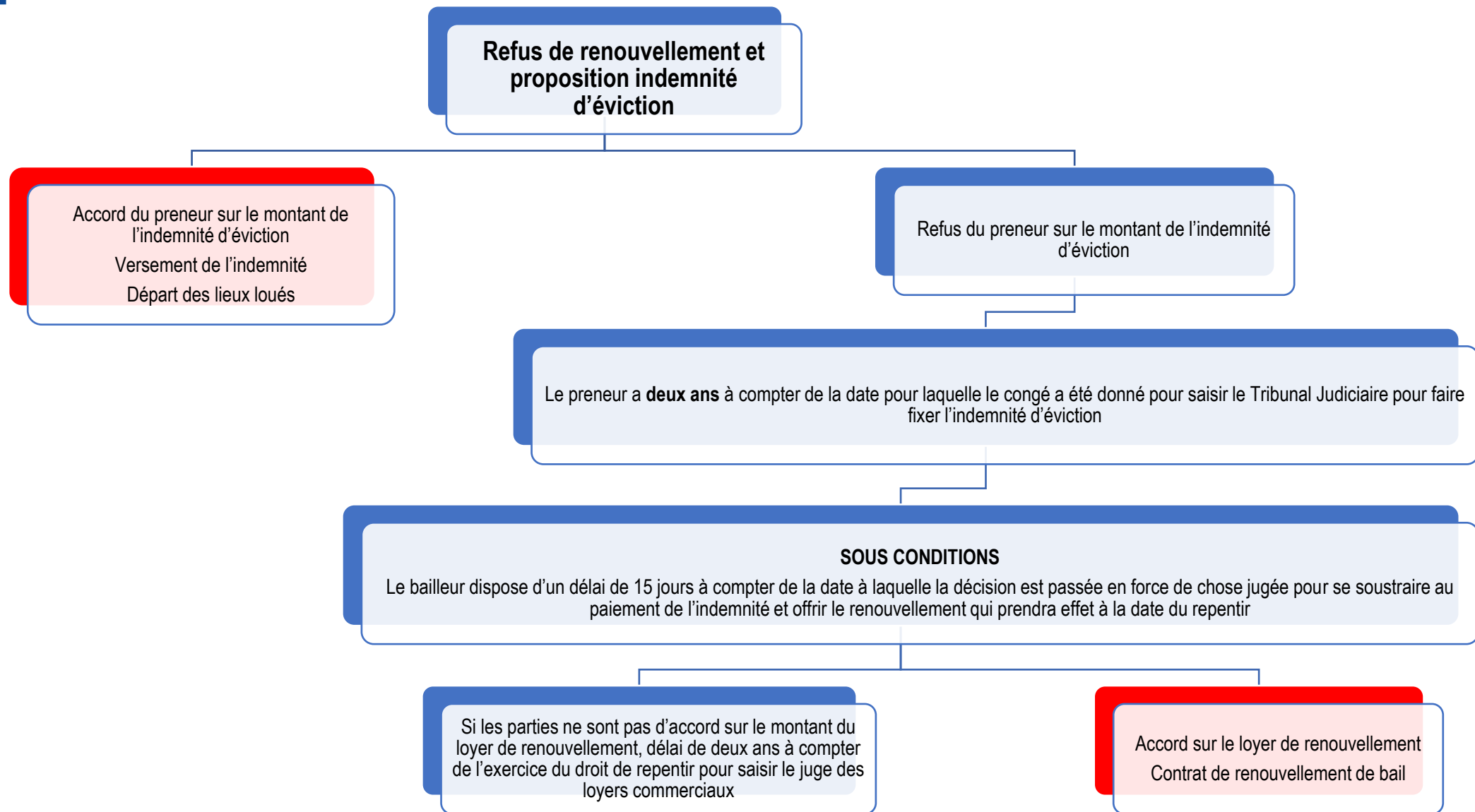
Les options pour l'échéance du bail ou durant la tacite prolongation



Action du bailleur – proposition du renouvellement



Action du bailleur – refus de renouvellement



I. La faculté pour chacune des parties au contrat de bail de refuser le renouvellement ou d'y renoncer alors qu'il avait été initialement proposé ou sollicité : le droit d'option (article L145-57 du code de commerce).

I.1 Les conditions de mise en œuvre du droit d'option

I.2 Forme du droit d'option

I.3 Contenu du droit d'option

I.4 Période du droit d'option

I.5 Les conséquences du droit d'option

I.6 La prescription

II. La faculté pour le bailleur d'offrir le renouvellement alors qu'il avait été refusé : le droit de repentir (article L.145-58 du Code de commerce)

II.1 Les conditions du droit de repentir

II.2 Forme du droit de repentir

II.3 Contenu du droit de repentir

II.4 Période du droit de repentir

II.5 Les conséquences du droit de repentir

II.6 La prescription

I. La faculté pour chacune des parties au contrat de bail de refuser le renouvellement ou d'y renoncer alors qu'il avait été initialement proposé ou sollicité : le droit d'option (article L145-57 du code de commerce).

I.1. Les conditions pour exercer le droit d'option

- ✓ Avoir exprimé sa volonté de renouvellement
 - Que le bailleur ait fait délivrer un congé avec offre de renouvellement
 - Que le locataire ait fait délivrer une demande de renouvellement

I.1. Les conditions pour exercer le droit d'option (suite)

- ✓ Ne pas avoir d'accord définitif sur le loyer de renouvellement.

Mais **qu'est-ce qu'un accord définitif?**

Ne vaut pas accord sur le montant du loyer :

- **le seul fait de se maintenir dans les lieux loués** après avoir reçu un congé avec offre de renouvellement moyennant un nouveau loyer (Civ 3^e, 20 mai 1992, n°90-20.291) ;
- le fait que les parties **s'opposent sur la question de savoir si le loyer convenu était TTC ou HT** (Civ.3, 14 avril 2016, n°15-14.159) ;
- la mention « **aux mêmes clauses et conditions du bail antérieur** » portée sur la demande de renouvellement du preneur n'est pas suffisante pour caractériser un engagement précis, complet et ferme du preneur sur le montant du loyer du bail à renouveler (Civ 3, 24 juin 2009, n°08-13.970).
Attention : arrêt contraire en date du 15 avril 2021 (Civ. 3, n°19-24.231). La différence de décision peut s'expliquer par le fait qu'aux termes de l'arrêt de 2021 le bailleur avait accepté le renouvellement du bail « *aux mêmes clauses et conditions* » dans sa réponse, ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt de 2009.
- Le fait que le preneur a **continué à payer le loyer au montant prévu dans le bail expiré et que le bailleur a délivré quittances pour ces paiements**, (Cour d'appel, PARIS, Chambre 16 section A, 15 septembre 2004).

I.2. La forme du droit d'option

- ✓ Aucune forme n'est prévue par la loi
- ✓ En pratique, l'acte d'huissier est recommandé pour connaître la date à compter de laquelle débute les délais de prescriptions (fixation indemnité d'éviction / fixation indemnité d'occupation).

I.3. Contenu du droit d'option

- ✓ Aucune mention spécifique n'est prévue par la loi

Manifestation claire et précise de l'intention d'user du droit d'option et, pour le bailleur, qu'il entend irrévocablement renoncer à l'offre de renouvellement.



I.4. Période du droit d'option

- ✓ Pas de préavis à respecter
- ✓ Chaque partie peut exercer son droit d'option à n'importe quelle période tant que les conditions sont réunies, mais dans un délai encadré
 - ✓ Délai maximum

Le droit d'option peut être exercé pour le bailleur ou pour le preneur jusqu'au délai **d'un mois qui suit la « décision définitive » fixant le loyer du bail renouvelé.**

Qu'est ce que la « décision définitive »?

Attention, ici le texte entend la décision statuant sur le loyer de renouvellement, celle qui dessaisit le juge, donc celle ayant **autorité de la chose jugée** et non celle passée en force de chose jugée et donc insusceptible de recours.

- ✓ Délai minimum?

La Cour de cassation a rappelé que le droit d'option peut s'exercer à tout moment au cours de l'instance en fixation de loyer **et même avant toute saisine du juge des loyers commerciaux.**

I.4. Période du droit d'option (suite)

En pratique:

La loi prévoit bien la date la plus tardive à compter de laquelle le droit d'option peut être exercé, et la Cour de cassation a précisé que ce droit peut être exercé avant toute saisine du JLC.

Mais n'existe-t-il quand même pas une date « minimum » ?

Exemple :

Quid d'une situation où le preneur, en respectant les délais, fait délivrer le 28 mars 2022 une demande de renouvellement pour le 1^{er} avril 2022, le bail venant à expiration au 31 mars 2022,

Puis, le 31 mars 2022 le preneur notifie au bailleur son droit d'option et l'informe de son départ des locaux le jour même.

Conséquence: le Preneur n'a respecté aucun délai de préavis pour quitter les lieux loués.

I.5. Les conséquences du droit d'option

✓ *Irrévocabilité*

✓ *Paiement d'une indemnité d'éviction*

Compte tenu du risque lié au paiement de cette indemnité, il était tentant de solliciter du juge des référés, sur le fondement de l'article 145 du CPC la nomination d'un expert avec pour mission de déterminer cette indemnité, avant de faire jouer son droit d'option.

Cette jurisprudence a été censurée par la Cour de cassation (Cass. 3e civ., 16 avr. 2008, n° 07-15.486 : JurisData n° 2008-043657)

Pour un bon exemple de l'exercice du droit d'option : CA Paris, Pôle 5, ch. 3, 5 janv. 2022, n° 20/07250: JurisData n° 2022-000271.

Attention : puisqu'il n'est possible de ne l'utiliser qu'une fois, attention à bien l'utiliser.

I.5. Les conséquences du droit d'option (suite)

En pratique on vérifiera les motivations du bailleur qui ne souhaiterait plus offrir le renouvellement:

- Il s'agit majoritairement d'une réflexion financière. Peut être un autre candidat pour cet emplacement avec un droit d'entrée et un nouveau loyer qui permettrait de « rentabiliser » le versement d'une indemnité d'éviction ?

Dans ce cas on fera nommer un expert amiable pour fixer l'indemnité d'éviction avant de faire jouer le droit d'option. Ceci n'anéanti par le risque totalement, mais il le réduit bien souvent.

- Si le bailleur constate une infraction de son locataire, et entend lui refuser une indemnité d'éviction, il ne doit surtout pas lui notifier son droit d'option.

Il doit au contraire simplement rétracter son offre de renouvellement en reprochant à son locataire son infraction (Cass. 3e civ., 12 sept. 2019, n° 18-18.590 : JurisData n° 2019-015497).

A noter:

Après avoir exercé son droit d'option, le bailleur peut dénier au locataire le droit au statut des baux commerciaux (pour défaut d'immatriculation ou pour non-respect d'une autre condition du droit au renouvellement) tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue sur la fixation de l'indemnité d'éviction (Cass. 3e civ., 7 sept. 2017, n° 16-15.012, FS-P+B+R+I : JurisData n° 2017-017168).

I.5. Les conséquences du droit d'option (suite)

- ✓ *Le coût de l'option pour le bailleur*
- Le bailleur devra payer une indemnité d'éviction au preneur
- Le bailleur devra supporter « *tous les frais* »
 - les dépens,
 - le coût de l'expertise éventuelle
 - les frais irrépétibles de l'article 700 du Code de procédure civile (CA Colmar, 27 août 2008, n° 1B07/01960 : JurisData n° 2008-369542)
 - non les frais d'une nouvelle procédure engagée postérieurement (Cass. 3e civ., 16 sept. 2009, n° 08-15.741 : JurisData n° 2009-049442)

I.5. Les conséquences du droit d'option (suite)

- ✓ *Le coût de l'option pour le preneur*
- Le paiement d'une indemnité d'occupation (cf développement ci-après sur ce sujet)
- Le preneur devra supporter « tous les frais »

Pour un exemple de décision concernant les frais que doit supporter le preneur qui exerce son droit d'option : CA Douai, 4 juin 2020 chambre 2 section 2, 19/00674 :

La Cour a inclus dans les frais **les honoraires de résultat réglés au conseil**, indiquant que « *les dispositions de l'article L145-57 du code de commerce n'imposent aucunement que le montant des honoraires d'avocat engagés par le bailleur soient limités au montant alloué par le juge des loyers commerciaux au titre des frais irrépétibles* » ;

I.5. Les conséquences du droit d'option (suite)

✓ *L'indemnité d'occupation*

Que le droit d'option ait été exercé par le bailleur ou par le preneur, dans tous les cas, il n'est plus question de renouvellement.

Le preneur devient **simple occupant** à compter rétroactivement de la date d'effet du congé ou de la demande de renouvellement du preneur et **non pas à compter de la date de la notification de l'option** (Cass. 3e civ., 18 janv. 2011, n° 09-68.298 : *JurisData* n° 2011-000516, Civ.3, 7 nov. 1984 : *Bull. civ. III*, n° 185 ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 295).

Par conséquent, depuis la date d'expiration du bail et jusqu'à son départ effectif, le preneur doit une indemnité d'occupation, et non plus un loyer.

Comment est déterminée cette indemnité d'occupation ?

I.5. Les conséquences du droit d'option (suite)

✓ *L'indemnité d'occupation (suite)*

- **Lorsque c'est le bailleur qui rétracte son offre de renouvellement et refuse le renouvellement** à charge de payer au preneur une indemnité d'éviction, ce dernier a droit au maintien dans les lieux, depuis la date d'expiration du bail, conformément à l'article L. 145-57 du Code de commerce.

Le preneur est donc débiteur, non pas d'une indemnité d'occupation de droit commun à caractère indemnitaire, mais d'une indemnité d'occupation plus faible qui sera déterminée selon les critères de l'article L. 145-28 du Code de commerce: loyer du bail renouvelé hors plafonnement avec un abattement pour précarité (*CA Paris, 19 févr. 2014, n° 12/06639 : JurisData n° 2014-003121, appliquant un abattement de 30%*)).

I.5. Les conséquences du droit d'option (suite)

✓ *L'indemnité d'occupation (suite)*

Dans la mesure où le preneur renonce volontairement au renouvellement, la question s'est posée de savoir si cette indemnité était :

- une **indemnité statutaire**, devant être déterminée conformément aux termes du Code de commerce,
- ou un **indemnité de droit commun** ayant un caractère indemnitaire et pouvant conduire à une évaluation supérieure à la valeur locative.

La doctrine et la jurisprudence anciennes considéraient que le preneur était débiteur d'une indemnité d'occupation de droit commun dont le caractère indemnitaire et compensatoire pouvait conduire à une évaluation supérieure à la valeur locative (Cass. 3e civ., 8 déc. 1982 : *Gaz. Pal.* 1983, 1, *pan. jurispr.* p. 111. – Cass. 3e civ., 30 sept. 1998 : *Loyers et copr.* 1999, *comm.* 122. – CA Paris, 1re ch., 11 oct. 2000, n° 1999/20407, *JurisData* n° 2000-125731),

Toutefois, la Cour de cassation a considéré en 2003, que l'indemnité d'occupation est de nature statutaire (*Civ.* 3, 5 février 2003 *JCP E* 2003, 1665 ; *Administrer avr.* 2003, p. 30 ; *AJDI* 2003, p. 411).

I.5. Les conséquences du droit d'option (suite)

✓ *L'indemnité d'occupation (suite)*

La Cour d'appel de Paris avait proposé une autre réflexion distinguant la période avant l'exercice du droit d'option et celle postérieure.

- l'indemnité d'occupation due **entre la date à laquelle le bail a pris fin et l'exercice du droit d'option est de nature statutaire** et s'établit au montant de la valeur locative en renouvellement, sans abattement de précarité puisqu'il s'agit du choix du locataire,
- si le locataire se maintient dans les lieux **après l'exercice du droit d'option, l'indemnité d'occupation est de droit commun, sans réfection pour précarité** (CA Paris, 16e ch., sect. A, 27 oct. 2007, n° 04/21937, *JurisData* n° 2007- 347233 ; CA Paris, pôle 5, 3e ch., 26 févr. 2014, n° 12/05634)

Mais par un autre arrêt, la cour d'appel de Paris a précisé qu'en raison de l'exercice par le preneur de son droit d'option, l'indemnité d'occupation due par lui **à compter de la date d'effet du congé jusqu'à son départ des lieux est une indemnité d'occupation de droit commun à caractère indemnitaire et compensatoire**, sans distinguer les périodes avant/après l'exercice du droit d'option, et a fixé le montant de l'indemnité à la valeur locative, sans abattement (CA Paris, 2 juill. 2014, n° 12/15513 : *JurisData* n° 2014-015865).

I.5. Les conséquences du droit d'option (suite)

✓ *Extinction de l'instance et mise à néant de la décision*

- L'option exercée en cours d'instance va mettre fin à cette instance, puisqu'il n'y aura plus d'objet litigieux.

Attention: si une contestation survenait sur la validité de l'option, le juge des baux commerciaux devrait surseoir à statuer jusqu'à ce qu'elle soit tranchée par le tribunal.

- Si l'option est exercée après une décision de justice fixant le loyer du bail renouvelé, cette décision se trouvera mise à néant.

La décision d'une partie va avoir pour effet de réduire à néant une décision de justice définitive.

Aucune des dispositions de la décision rendue ne pourra subsister sauf si la décision portait également sur d'autres contestations.



I.6 La prescription

Le droit d'option est soumis à la prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce.

Si aucune action judiciaire en fixation du loyer de renouvellement : le bail sera définitivement renouvelé sans possibilité de pouvoir utiliser le droit d'option à l'expiration du délai de deux ans à compter du jour pour lequel le congé a été délivré, aux mêmes clauses et conditions, y compris de loyer que le bail expiré.

Pour la fixation de l'indemnité d'éviction, ou l'indemnité d'occupation, il convient d'introduire l'action dans le délai de prescription de 2 ans à compter de la date de l'option.

II. La faculté pour le bailleur d'offrir le renouvellement alors qu'il avait été refusé : le droit de repentir (article L.145-58 du Code de commerce)

*« Le propriétaire peut, jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision est passée en force de chose jugée, se soustraire au paiement de l'indemnité, à charge par lui de supporter les frais de l'instance et de consentir au renouvellement du bail dont les conditions, en cas de désaccord, sont fixées conformément aux dispositions réglementaires prises à cet effet. Ce droit ne peut être exercé qu'autant que le preneur est encore dans les lieux **et** n'a pas déjà loué ou acheté un autre immeuble destiné à sa réinstallation. »*

II.1 Les conditions du droit de repentir

- 1^{ère} condition, évidente : le bailleur doit avoir signifié un congé avec refus de renouvellement et offrir une indemnité d'éviction
- 2^{ème} condition : le bailleur ne peut se prévaloir du droit de repentir qu'autant que le preneur est encore dans les lieux et n'a pas déjà loué ou acheté un autre immeuble destiné à sa réinstallation.

Attention : le preneur n'est jamais obligé d'informer le bailleur de son départ, et il peut lui remettre les clés après son déménagement. (Civ. 3, 15 décembre 2021, RG n°21-11634),

II.1 Les conditions du droit de repentir (suite)

En pratique, il n'est pas rare que le preneur vide les locaux, fait établir un état des lieux par huissier de justice et dépose les clés au bailleur avec une copie du constat.

Le bailleur est alors pris au piège :

- cette restitution arrête la date à laquelle le preneur ne doit plus payer d'indemnité d'occupation,
- elle empêche le bailleur de revenir sur sa décision et donc d'offrir le renouvellement du bail à son locataire,
- il devra payer une indemnité d'éviction sans avoir de possibilité de repentir.

II.1 Les conditions du droit de repentir (suite)

- ✓ Si les mesures prises par le preneur pour se réinstaller sont réversibles, le droit de repentir sera valable,

Le droit de repentir peut être valablement notifié par le bailleur pendant les opérations de déménagement du preneur, la Cour de cassation relevant qu'au jour du repentir les opérations de déménagement n'étaient pas terminées et que les clés des locaux loués n'étaient pas restituées (*Civ. 3, 27 nov. 2002, n° 01-12.308 : JurisData n° 2002-016564*).

- ✓ Si les mesures prises par le preneur pour se réinstaller sont irréversibles, le droit de repentir ne le sera pas.

Pour une décision récente: le droit de repentir du bailleur ne peut valablement produire effet lorsqu'un processus irréversible de libération des locaux commerciaux et de réinstallation de l'activité a été engagé antérieurement à son exercice, peu important que les démarches aient été effectuées par une personne morale distincte de la société évincée dès lors qu'elles ont été conduites dans l'intérêt de cette dernière. (*Civ. 3 6 juillet 2022 n°21-12.024*)

Appréciation des tribunaux sur le caractère irréversible ou non des démarches réalisées par le preneur pour organiser son déménagement.

II.2 Forme du droit de repentir

Aucune forme particulière n'est prévue par la loi pour la validité du droit de repentir.

Cependant que l'article L. 145-12 du Code de commerce qui traite du point de départ du bail renouvelé suite à l'exercice du droit de repentir précise que le nouveau bail prend effet à partir du jour où cette acceptation a été notifiée au preneur par acte extrajudiciaire.

Il est donc prudent de **privilégier l'acte d'huissier** pour se constituer la preuve :

- de la délivrance de l'acte
- de la date de prise d'effet du bail renouvelé.

II.3 Contenu du droit de repentir

Aucun contenu n'est prévu par la loi.

- Indiquer très clairement la volonté de se rétracter et son refus de renouvellement et, au contraire, offrir au preneur de renouveler le bail précédent
- Impossibilité de conditionner le renouvellement du bail à la modification de certaines clauses du bail.
- Le bailleur peut, en revanche, offrir un nouveau loyer.

La seule demande de paiement du loyer adressée au preneur qui s'est maintenu dans les locaux ne peut s'analyser en un acte positif manifestant sans équivoque la renonciation à son intention de ne pas renouveler le bail ni sa volonté d'exercer son droit de repentir (CA Angers, 21 mai 2013, n° 12/01029 : *JurisData* n° 2013-011159).

II.4 Date limite d'exercice du droit de repentir

Le bailleur peut exercer son droit de repentir jusqu'à l'expiration d'un délai de **15 jours** à compter de la date à laquelle la **décision** de fixation de l'indemnité d'éviction est passée en **force de chose jugée** (*C. com.*, art. L. 145-58).

La décision passée en force de chose jugée = celle qui n'est plus susceptible d'un recours suspensif d'exécution (CPC, art. 500).

A noter :

Le bailleur qui a délivré un congé avec refus de renouvellement pour motifs graves et légitimes peut valablement exercer par la suite son droit de repentir (*Cass. 3e civ.*, 30 nov. 2005, n° 04-19.703 : *JurisData* n° 2005-031008).

II.5 Les conséquences du droit de repentir

- Un choix irrévocable
- Le coût pour le bailleur

Le bailleur devra supporter les frais de l'instance.

- Le coût pour le preneur

Entre la date d'expiration du bail par l'effet du congé et l'exercice du droit de repentir : **indemnité d'occupation** fixée à la valeur locative (Cass. 3e civ., 17 juin 2021, n° 20-15.296).

A noter: les dispositions de l'article L. 145-34 du Code de commerce, afférentes au lissage du déplaçonnement du loyer, ne sont pas applicables à l'indemnité d'occupation due après exercice du droit de repentir (Cass. 3e civ., 13 oct. 2021, n° 20-16.421 : *JurisData* n° 2021-016456. – CA Versailles, 26 juin 2018, n°17/00354 : *JurisData* n° 2018-011373) ;

II.5 Les conséquences du droit de repentir (suite)

➤ Effet entre les parties

Le bail renouvelé prendra effet à la date du repentir.

Le bail est définitivement renouvelé.

Le bailleur pourra faire fixer le loyer par le juge des loyers commerciaux (*CA Paris, 7 déc. 2011, n° 09/10582 : JurisData n° 2011-027884*) sans tenir compte de la durée écoulée pendant la période de fixation de l'indemnité d'éviction pour calculer les 12 ans pour obtenir le dé plafonnement de plein droit.

A noter: l'exercice sans réserve du droit de repentir, impliquant l'acceptation irrévocable du renouvellement du bail, fait obstacle à la poursuite d'une instance en résiliation engagée avant l'exercice de ce droit.

II.6 La prescription

Le bailleur dispose d'un délai de deux ans à compter de l'exercice de son droit de repentir :

- pour saisir le juge des loyers commerciaux pour la **fixation du loyer du bail renouvelé** (s'il n'y a pas de demande de fixation de l'indemnité d'occupation),
- pour saisir le tribunal judiciaire pour fixer le montant de **l'indemnité d'occupation** due entre la date d'effet du congé et la date du repentir, ainsi que pour fixer à titre accessoire, dans le cadre de la même procédure, le loyer du bail renouvelé (Cass. 3e civ., 9 juin 2016, n° 15-12.766).
 - **si une indemnité d'éviction avait été offerte par le bailleur, à compter de la date d'effet du congé avec refus de renouvellement** (Cass. 3e civ., 12 juin 2001, n° 99-21.821 : *JurisData* n° 2001-010208) ;
 - **si une indemnité d'éviction avait été refusée par le bailleur**, à compter du jour où est définitivement consacré, dans son principe, le droit du preneur au bénéfice d'une indemnité d'éviction (Cass. 3e civ., 18 janv. 2018, n° 16-27.678, FS-P+B : *JurisData* n° 2018-000292).

Conclusion - Réflexion

Ces dispositions ne sont pas d'ordre public et les parties peuvent y renoncer.