

Les aspects financiers du bail commercial

Jean-Pierre Riel*

INTRODUCTION

Les aspects financiers d'un bail commercial sont, de toute évidence, la raison d'être de toute transaction de location. En fait, on pourrait dire que les dispositions financières des baux commerciaux et, plus particulièrement, le loyer représentent la micro-économie de l'immobilier.

En effet, le loyer brut qu'un bailleur perçoit d'un locataire en vertu d'un bail est directement proportionnel à la valeur monétaire d'un immeuble, car tous les revenus générés par les baux d'un immeuble, auxquels doivent s'ajouter toutes transactions spéculatives relatives aux espaces vacants ou à devenir vacants, le cas échéant, représentent la base de calcul dans l'établissement de la valeur de l'immeuble. Si un bail contient des failles quant au recouvrement des loyers additionnels, la valeur de l'immeuble sera donc directement affectée. Ainsi, si au lieu de recouvrer 20 \$ par pied carré de superficie occupée par tous ses locataires, un bailleur ne récupère que 19 \$ par pied carré, la diminution de la valeur de l'immeuble sera substantielle. Le bail est donc le véritable outil tangible dans l'analyse financière de la valeur d'un immeuble commercial, et l'existence d'un document complet (par opposition à une offre peu détaillée) limite ainsi le risque de l'investisseur.

Avant de se pencher sur différentes clauses d'un bail qui peuvent potentiellement avoir un effet négatif quant au rendement d'une transaction, il est important d'examiner les éléments qui entrent dans la composition du loyer de base. Une bonne compréhension à cet égard permettra de bien cerner les enjeux et les préoccupations d'un bailleur quant aux transactions de location. En effet, le loyer de base est composé de différents coûts qui sont payés par le bailleur mais ultimement assumés par le locataire. Tous ces coûts sont pris en considération par le bailleur et leur analyse précise permet de déterminer exactement le rendement financier d'une transaction de location. Lorsque le bailleur signera un bail net, il lui importera de bien s'assurer qu'il pourra recouvrer la totalité de ce à quoi il est en droit de s'attendre et de s'assurer que le bail le protège adéquatement pour éviter que son investissement ne soit dilué par des coûts imprévus.

1. LES COMPOSANTES DU LOYER

Le bail commercial net typique est composé de deux types de loyer: le loyer de base (ou loyer minimum) et le loyer additionnel.

Traditionnellement, selon le rendement sur l'investissement qu'un propriétaire voudra réaliser, le loyer de base est, au début de l'exploitation de l'immeuble, fonction du coût de construction d'un immeuble et du remboursement du service de la dette liée à la construction. Subséquemment, le loyer de base est fonction du marché (toutes considérations prises quant à l'âge de l'immeuble, l'emplacement, la superficie des lieux, la santé financière des parties impliquées, etc.) et suit les

* Avocat, directeur, services juridiques, Société immobilière TrizecHahn Ltée.

cycles économiques. À titre d'exemple, TrizecHahn projette de construire un immeuble de 1,2 millions de pieds carrés au centre-ville de Toronto (projet Bay-Adelaide). Un tel projet ne pourra être réalisé qu'à la condition que l'absorption du marché de Toronto se maintienne et que les taux de loyer de base, et donc le loyer net effectif, demeurent élevés pour ainsi justifier les investissements requis. L'expression anglaise fréquemment utilisée pour faire référence au loyer de base ou loyer minimum est le «face rate».

D'autre part, dans le cadre d'un bail commercial net, le loyer additionnel représente les loyers payables par le locataire servant à rembourser au bailleur les coûts d'exploitation et les taxes imposées sur un immeuble. Cette composante est primordiale à l'essence même du bail «net» (c'est-à-dire net de toutes dépenses liées à l'immeuble). En règle générale, on y retrouve le remboursement des taxes foncières, des assurances, des dépenses d'entretien et de réparations, des dépenses d'administration-gérance et des dépenses de chauffage, de climatisation et de ventilation et autres dépenses liées à l'exploitation de l'immeuble.

Le loyer de base et le loyer net effectif

Le loyer de base, bien qu'il ne représente dans un bail commercial qu'un seul chiffre, se décompose en plusieurs éléments.

L'un de ceux-ci est le loyer net effectif («net effective rent»), lequel constitue en quelque sorte le profit du propriétaire réalisé au cours d'une transaction de location. Certaines personnes ont tenté de définir le loyer net effectif et, de façon générale, on peut dire qu'il représente la somme totale des loyers de base payables pendant la durée du bail, laquelle somme est réduite par la valeur de tous les incitatifs monnayables, dont, notamment, le loyer gratuit, les allocations monétaires (habituellement de telles allocations représentent le coût de construction des améliorations locatives), le coût de reprise de bail, la commission de courtage et les coûts de déménagement offerts aux locataires, le tout calculé sur une base de valeur actualisée nette. Certains précisent même que ces incitatifs doivent représenter un coût pour le bailleur et un bénéfice équivalent pour le locataire. La valeur actualisée nette est la base de toute décision financière lorsque l'on reçoit des sommes d'argent dans le futur (par exemple: le loyer) ou parfois lorsque l'on doit payer des sommes d'argent dans le futur (par exemple: la reprise de bail). Le calcul de la valeur actualisée nette consistera à actualiser tous les flux monétaires que l'on prévoit recevoir dans le cadre d'une transaction et de les comparer avec les dépenses liées à une telle transaction (ex.: allocation monétaire, frais de déménagement, etc.).

Dans l'affaire *National Trust Company c. 2000 McGill College Avenue Building Inc.*¹⁾ madame la juge Nicole Duval Hesler devait, dans le cadre d'un jugement déclaratoire, fixer les loyers de base à payer concernant la période additionnelle d'un bail suite à l'exercice d'une option de renouvellement. Cette clause prévoyait que le loyer payable lors du renouvellement serait le loyer du marché: «an annual rental equal to the fair market value [...] as of the date of commencement of eleventh year [...] to be determined by reference to the renewal rental rate, which tenants are accepting to pay for comparable space in the building». Madame la juge Duval

¹C.S.M., n° 500-05-022518-961, 26 février 1998.

Hesler fit les remarques introductives suivantes quant au loyer de base dans le louage commercial:

Some things have not changed. For instance, rent is still composed of two parts: the face rate, expressed in an amount per square foot, and the tenant's share of operating expenses (taxes and utilities, etc.) with an escalation clause for the expenses. When the market is tenant driven, the face rental rate will be low. Landlord will be willing to pay generous lease inducement, so generous that the actual rental rate might be nil: in that case, what is stipulated as monthly "rent" (the "face rate") is nothing more than the monthly amortization amount of the inducement over the term of the lease. Landlord will sign such lease in order to get someone to at least share operating expenses with them.

When the supply of adequate commercial space dries up, the face rental goes up. Landlords are in a position to obtain a return on their investment, as opposed to simply covering their operating expenses.

We now come to major changes, which have taken place between 1985 and 1996, the eleventh year of lease. One is related to local market, the other is related to a new method of looking at rental rates: the net effective rent formula.

Le loyer net effectif constitue, selon les règles du marché actuel, un critère de référence fondamental pour toutes transactions commerciales de location. En effet, il représente la norme actuelle qui fixe le marché et permet de comparer une transaction à une autre. Il n'existe pas de règle précise quant à la composition exacte des incitatifs qui doivent être déduits du loyer de base afin de déterminer le loyer net effectif. Toutefois, il est généralement reconnu que les coûts suivants sont considérés dans le calcul du loyer net effectif.

A. Loyer gratuit

De nombreuses transactions de location offrent une période de loyers gratuits et ce, sous la forme de différentes formules (par exemple, un à six mois dès le début de la durée du bail ou plusieurs mois répartis également au cours de plusieurs années de la durée du bail ou toute autre formule négociée par les parties). En conséquence, une telle concession de la part du propriétaire aura pour effet de modifier le loyer net effectif d'une transaction et devra être prise en considération dans le calcul de la valeur actualisée nette de l'immeuble.

B. Allocations au locataire

De telles allocations ou incitatifs peuvent également prendre d'autres formes, mais de façon générale, il s'agit soit d'un paiement unique ou soit de la prise en charge par le bailleur du coût des améliorations locatives, généralement jusqu'à concurrence d'une somme prédéterminée. Une telle dépense sera amortie pendant la durée du bail, de façon générale, à un coût de financement variant de huit à douze pour cent, lequel sera ajouté directement au coût de la transaction, ce qui a pour effet d'augmenter le loyer de base.

C. La commission de courtage

Les frais du courtier ou représentant du locataire sont des coûts de transaction qui sont assumés par le locataire à l'intérieur de son loyer de base. Ces coûts varient, mais peuvent représenter plus ou moins 6 à 8 \$ le pied carré pour une transaction de location, dépendant des loyers bruts payables en vertu de la transaction. En effet, les coûts de la commission de courtage, tout comme l'allocation consentie au locataire pour ses améliorations, sont eux aussi amortis sur la durée du bail et ce, avec les mêmes effets que l'allocation au locataire sur le loyer de base.

D. Reprise de bail

Parfois, pour effectuer une transaction avec un nouveau locataire, un bailleur est contraint à assumer les coûts liés au bail existant de ce locataire afin de l'inciter à déménager de son immeuble. Ce type de concession se retrouve plus fréquemment lors de périodes difficiles où le marché est plus favorable aux locataires. Dans l'analyse financière, le bailleur calculera la valeur actualisée nette de cette dépense.

E. Frais de déménagement

Les frais de déménagement représentent une dépense fréquemment effectuée afin d'attirer un locataire. Financièrement, cette dépense sera traitée de la même façon que l'allocation monétaire au locataire ou la commission de courtage.

Ce qui précède ne constitue évidemment pas une liste exhaustive des composantes du loyer de base et il existe, selon les transactions, d'autres éléments qui peuvent être pris en considération. Ainsi, les bailleurs, pour des fins qui les concernent, tiendront compte d'autres éléments, dont, notamment, certaines dépenses en capital, les coûts de relocalisation d'un locataire existant ou la démolition des lieux loués afin de déterminer de façon précise le rendement d'une transaction. En fait, la perception et l'analyse du loyer net effectif pour un locataire et un propriétaire ne sont pas nécessairement identiques.

Cas sous étude

Examinons la situation hypothétique suivante. Un bailleur doit prendre une décision difficile: renouveler le bail d'un locataire existant (scénario I) ou effectuer une transaction avec un nouveau locataire (scénario II).

Scénario I		Scénario II	
Nouveau locataire		Renouvellement	
Superficie	15 000 p.c.	Superficie	15 000 p.c.
Durée du bail	10 ans	Durée du bail	10 ans
Loyer net	1-5 ans – 28,00 \$	Loyer net	1-5 ans – 20,00 \$

	6-10 ans – 30,00 \$		6-10 ans – 22,00 \$
Allocation monétaire	35,00 \$	Allocation monétaire	15,00 \$
Commission	13,40 \$	Commission	5,68 \$
Reprise de bail	37,50 \$		
Travaux de base	12,00 \$	Travaux de base	5,00 \$

Avant d'aller plus loin, le bailleur devra analyser le rendement financier de chacune des transactions, ce qui l'aidera à prendre sa décision. De façon globale, le scénario # 1 apparaît intéressant car les loyers de base sont plus élevés (28 \$ et 30 \$ par pied carré pour deux termes de 5 ans), mais les coûts en capital sont eux aussi élevés. Par contre, dans le scénario # 2, les coûts en capital sont de moindre importance, mais les loyers de base sont beaucoup moins élevés, c'est-à-dire 20 \$ et 22 \$ par pied carré pour deux termes de 5 ans. Quelle serait la meilleure transaction?

Le tableau qui suit démontre une analyse financière typique basée sur des revenus de 10 ans.

TABEAU

L'on retrouve initialement à la colonne 1 (Scénario I), tous les loyers et coûts liés à ladite transaction («new tenant») et à la colonne 2 (Scénario II), tous les loyers et les coûts liés à la transaction («current tenant»). Le coût total de la transaction (I) est calculé au pied carré et ce coût est de 97,90 \$ par pied carré (allocation monétaire, plus commission, plus reprise de bail, plus travaux de base), par opposition à 25,68 \$ par pied carré (allocation monétaire, plus commission, plus travaux de base) pour la transaction (II). Ces coûts joueront un rôle déterminant dans la décision finale du bailleur.

En fait, la transaction # 1 est extrêmement coûteuse pour le bailleur, principalement en raison de la reprise de bail de 37,50 \$ par pied carré. À ces coûts viennent s'ajouter les coûts d'allocation en capital pour les aménagements du locataire, des coûts additionnels quant aux travaux de base ainsi que la pleine commission payable au courtier. Par contre, la transaction # 2 s'avère moins onéreuse en raison du fait que le locataire occupe déjà les lieux loués. En fait, malgré le fait que chacun de ces deux locataires est prêt à payer les loyers mentionnés plus haut pour les deux termes de 5 ans, le renouvellement du bail du locataire existant serait la meilleure transaction. Ainsi, en considérant tous et chacun des coûts de chacune de ces deux transactions, nous arrivons à un loyer net effectif de 15,25 \$ pour la transaction # 1 et un loyer net effectif de 17,51 \$ pour la transaction # 2.

Comme on peut le voir, l'analyse financière prévoit deux scénarios: un représentant le loyer net effectif avant l'addition des coûts liés aux travaux de base de l'édifice, et l'autre représentant le loyer net effectif après l'addition des coûts liés aux travaux de base de l'édifice. Pour un

propriétaire, le loyer net effectif après tous les coûts – c'est-à-dire les travaux de base de l'édifice – représente la façon de déterminer le loyer net effectif réel d'une transaction. L'on note ici une différence d'un peu moins de 2 \$ entre le loyer net effectif avant les travaux de base de l'édifice et le loyer net effectif après les mêmes travaux de base.

Comme le démontre le tableau, le coût des incitatifs (allocation pour aménagement, reprise de bail, commission et relocalisation) représente 97,90 \$ du pied carré et inclut le coût des travaux de base de l'édifice, lequel, une fois amorti durant le terme de 10 ans, se chiffre à 15,40 \$ le pied carré. Par ailleurs, une fois ramené en valeur actualisée, le loyer de base est de 28,76 \$ et le loyer net effectif est de 13,36 \$ (28,76 \$ moins 15,40 \$ = 13,36 \$). Ainsi, le loyer net effectif exclut toute autre considération et représente le profit du bailleur pour une transaction donnée. Dans le cas sous étude, le profit du bailleur sera donc de 13,36 \$ multiplié par la superficie locative, c'est-à-dire 15 000 pieds carrés pour un montant total de 204 450 \$ annuellement.

Dès lors, une fois que le bailleur aura déterminé le loyer net effectif quant aux transactions, il est important d'établir la valeur actualisée nette des flux monétaires («cash flow») générés par l'une ou l'autre des transactions. Ainsi le bailleur calculera le coût des loyers bruts générés par les transactions, moins les dépenses liées à chacune des transactions (allocation en capital, commission, reprise de bail, travaux de base de l'édifice), afin de comparer de façon précise les revenus et dépenses de l'une ou l'autre des transactions; celles-ci sont alors ramenées en valeur actuelle afin de déterminer le rendement de chacune de ces transactions. L'on notera que les frais d'exploitation augmentent à chaque année, laquelle augmentation est basée sur l'augmentation de l'Indice des prix à la consommation (le présent exemple est de 2 %). Dans le cas sous étude, la transaction de renouvellement, bien qu'ayant des loyers minimums inférieurs à la transaction # 1, a un rendement supérieur de 320 245 \$. Donc, indéniablement, le bailleur choisira la transaction # 2, à moins que d'autres facteurs n'influencent cette décision (par exemple, la solvabilité relative du locataire pourra rendre la transaction # 1 moins attrayante). L'établissement du rendement des flux monétaires est fondamental, compte tenu du fait que cette analyse constitue une composante de base dans la détermination de la valeur d'un immeuble sur un marché quelconque.

2. LES CLAUSES D'UN BAIL COMMERCIAL AYANT UN IMPACT FINANCIER

La raison d'être du bail net pour le bailleur est de lui permettre de transférer directement aux locataires les coûts liés aux opérations d'un immeuble. En effet, lorsqu'un bailleur insiste pour signer des baux totalement nets, il s'assure de n'assumer aucun risque financier quant aux dépenses d'exploitation et taxes foncières. Le locataire sera le seul responsable de la totalité des dépenses d'exploitation de l'immeuble, un peu comme s'il en était lui-même le propriétaire. Le bail net, par opposition au bail brut, permet au bailleur de se prémunir contre différentes fluctuations liées au remboursement des dépenses d'exploitation ou des taxes foncières d'un immeuble.

En effet, la notion de bail net (dont on a tenté de distinguer les différentes variations par les appellations: bail net, bail net net, bail net net net, bail net net net net) peut prendre multiples formes. De façon générale, le marché dans lequel un locataire se trouve favorisera la possibilité pour ce dernier de négocier telle ou telle limitation ou exclusion au remboursement des frais

d'exploitation et des taxes, lesquelles limitations seront généralement restreintes, voire même quasi nulles. Par exemple, à Montréal pour les immeubles de classes A et Prestige, le type de frais d'exploitation et de taxes remboursables en vertu des baux est relativement uniforme et varie d'environ 10 à 15 % d'un immeuble à l'autre. Par définition, le bail net prévoit que le locataire aura l'entière responsabilité d'assumer tout coût relié aux frais d'exploitation et d'entretien de l'immeuble où sont situés les lieux loués. Le but de tout bailleur sera de limiter sa part des frais d'exploitation afin de maintenir sa compétitivité sur le marché.

La plupart des baux commerciaux contiennent une clause introductive appelée «intention des parties», laquelle prévoit habituellement que «le bail est absolument net pour le bailleur sauf quant à ce qui est expressément prévu par les présentes ». Tout montant à payer et toute obligation que ce bail n'attribue pas expressément au bailleur est censé être une obligation du locataire qui doit la remplir à ses frais. Cette clause est évidemment importante pour le bailleur car elle représente l'essence même du type de transaction à intervenir entre un locataire et un bailleur.

Dans la décision *KPMG Peat Marwick Thorne and Johnson & Higgins Ltd. c. SPE Operations Ltd.*², le juge, qui devait déterminer si la taxe sur les grandes sociétés (fédérale) était payable par le locataire en vertu du bail, a conclu que l'inclusion d'une telle clause quant à l'«intention des parties» était d'une aide certaine quant à déterminer le sens que les parties ont voulu donner au contrat:

[...] The Leases were intended to be fully net and carefree to the Landlord. All expenses associated with the maintenance, operation, administration and ownership of Scotia Plaza were intended to be charged to the tenants of Scotia Plaza in accordance with their proportionate shares. This principle is found in s. 4.08 of the Lease [...].

D'autre part, pour un bailleur, la façon de s'assurer que les aspects financiers de la transaction seront respectés (ainsi que toutes autres conditions ayant un impact financier indirect) réside, sans équivoque, en la signature d'un bail qui sera rédigé de façon adéquate et prévoyant sans équivoque que tous les coûts d'opération seront assumés par le locataire. Il arrive parfois que, suite à la conclusion d'une transaction, l'offre de location demeure le seul acte juridique liant les parties, et que le bail ne soit jamais signé. L'offre de location, bien qu'elle ait tous les attributs d'un bail, constitue néanmoins un avant-contrat dont les termes et conditions sont généralement assez sommaires. Il existe pour le bailleur deux façons de s'assurer de la signature du bail: premièrement, le bailleur pourra exiger que les lieux ne soient rendus disponibles au locataire (soit pour le début de l'aménagement des locaux ou tout simplement pour son déménagement) que lorsque le bail aura été signé. Cette condition présuppose toutefois que le bailleur agisse de façon diligente dans la préparation des documents et soit raisonnable lors de la négociation du bail. La deuxième avenue qui s'offre au bailleur est celle d'exiger, le cas échéant, que le paiement de l'allocation en capital ou de toute somme liée à la construction des lieux loués eux-mêmes soit conditionnel à la signature du bail. Encore une fois, le bailleur devra agir diligemment et de façon raisonnable. Un locataire pourra tenter d'exiger que ces clauses soient

²95 D.T.C. 5969 (Cour de justice de l'Ontario (Division générale)).

rayées de l'offre de location, mais de façon générale le locataire aura probablement peu de succès car il est tout à fait légitime pour un bailleur de se montrer intransigeant à cet égard. En effet, chaque partie contractante à une offre de location devrait exiger de signer un bail rapidement.

Il n'est pas dans mon propos d'analyser en détail chacune des composantes du loyer additionnel mais plutôt d'isoler certaines clauses ayant un impact réel et de les analyser brièvement.

2.1 Les frais de réparation et d'entretien ou les dépenses en capital

Les baux commerciaux prévoient généralement que le locataire devra assumer le coût de toute réparation à l'édifice et de remplacement d'équipement dans la mesure où ces coûts ne sont pas de nature capitale tel que déterminé par les principes comptables généralement acceptés (GAAP). En vertu de ces règles, les dépenses de nature capitale représentent des montants utilisés aux fins d'augmenter, de remplacer, d'ajouter ou d'effectuer des réparations importantes à l'équipement ou à l'immeuble. En effet, les dépenses de réparation et d'entretien qu'un propriétaire inclut dans les frais d'exploitation sont généralement recouvrables durant l'année lors de laquelle ces dépenses ont été payées. Toutefois, certaines dépenses étant trop importantes pour être recouvrées durant l'année en cours, celles-ci doivent être amorties sur une période de temps plus longue afin de permettre un étalement plus raisonnable des coûts. On n'a qu'à penser au remplacement de certains équipements de climatisation ou de ventilation ou de chauffage, lesquels sont des dépenses inhabituelles mais dont l'importance ne pourrait permettre qu'elles soient remboursées à même les frais d'exploitation au cours d'une même année. En fait, la question généralement posée est de savoir s'il s'agit bel et bien d'une dépense d'exploitation liée à l'entretien et au remplacement ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une dépense en capital, laquelle devrait être assumée par le bailleur. À titre d'exemple, l'addition de trois étages supplémentaires à un immeuble est clairement une dépense de nature capitale qui ne pourrait aucunement être refacturée à travers les frais d'exploitation. D'autre part, quant à certaines autres dépenses comme le remplacement de la membrane de la toiture, certaines questions peuvent être posées mais, à tout événement, nous sommes d'avis qu'il s'agit plutôt d'une dépense liée à l'opération de l'immeuble dont le remplacement est prévu à même les frais d'exploitation.

La jurisprudence québécoise n'est pas d'une très grande utilité en matière de louage quand vient le temps d'expliquer la distinction entre, d'une part, les dépenses d'entretien et de réparations et, d'autre part, les dépenses de nature capitale. C'est pourquoi nous devons nous référer à certaines décisions de nature fiscale afin de préciser la distinction qui s'impose entre une dépense en capital et une dépense d'exploitation.

Dans la décision *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Denis Goyer*³, le juge Vallerand a clairement établi, en matière fiscale, la distinction entre une dépense d'entretien et une dépense de nature capitale. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si le remplacement des fenêtres en aluminium, de la tuyauterie au complet et des balcons de l'immeuble était une dépense de nature capitale. Dans cette affaire, le juge a conclu ce qui suit:

³[1987] R.J.Q. 988 à 992 (C.A.).

L'importance des réparations et des dépenses qui en résultent est peut-être, dans certains cas, un élément de la solution. Il en va de même de la longévité de la réfection. Mais la question essentielle est celle de savoir si les dépenses que l'on veut déduire ont eu pour effet de créer un bien capital ou alors de remplacer un bien capital disparu par un autre, d'une part ou, d'autre part, de simplement réparer un bien capital existant [...]

L'entretien et la réparation c'est ce qu'on fait pour conserver le bien capital. Il importe peu en thèse générale qu'on remplace quelques planches d'une galerie, quelques bouts de tuyauterie chaque année – ce qui serait incontestablement des dépenses d'entretien – ou ayant laissé le bien se détériorer, on soit contraint de faire des réparations majeures durables. Aussi longtemps qu'on ne crée pas un bien capital nouveau, qu'on n'accroît pas la valeur capitale normale du bien et qu'on ne remplace pas un bien disparu par un autre, il s'agit de réparation et d'entretien tendant à ramener le capital à sa valeur précisément normale.

Dans une autre décision, *Executive Investment Canada Ltd. c. Rourke Bourbonnais & Associates Ltd.*⁴, la Cour d'appel devait déterminer si l'addition d'un système de gicleurs dans un édifice constituait une dépense en capital ou une dépense d'opération. La Cour a décidé qu'une telle dépense constituait une dépense en capital. Fait important à noter, il n'existait aucun système de gicleurs à l'intérieur de l'immeuble auparavant. À cet égard, la Cour eut le commentaire suivant: «On ajoute à l'immeuble un élément structurel auparavant inexistant». Il est donc difficile de prétendre qu'il s'agit d'une réparation ou d'un entretien. Fait important à noter, il s'agit d'une décision en matière de louage commercial.

Le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Goyer*⁵ établit de façon claire les paramètres à considérer quand vient le temps de faire la distinction entre réparation et travaux de nature capitale. À tout événement, le libellé du bail est déterminant quand vient le temps de décréter si de telles dépenses sont ou non recouvrables du locataire, et le bailleur devra s'assurer qu'il a toute la latitude nécessaire pour effectuer tous les entretiens et toutes les réparations nécessaires afin de maximiser le bon état de l'immeuble. Cette clause sera importante, compte tenu que ces dépenses peuvent parfois être substantielles et doivent être assumées par le locataire.

2.2 Les taxes sur le capital

La plupart des baux commerciaux prévoient que le locataire devra assumer les taxes sur le capital. Celles-ci se composent d'une taxe sur le capital provinciale et d'une autre qui est de juridiction fédérale.

La taxe sur le capital provinciale est de 0,64 % du capital imposable, c'est-à-dire de l'avoir des actionnaires, des bénéfices non répartis, des créances garanties, de certains prêts et avances et de tout autre emprunt impayé pour une période de plus de six mois. Par opposition à la taxe

⁴C.A.M., n° 500-09-000713-867, J.E. 91-94.

⁵*Supra*, note 3.

fédérale, laquelle commence à courir sur tout capital utilisé au Canada excédant 10 millions de dollars, la taxe provinciale est imposable sur la totalité du capital.

L'article 1.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶ couvre l'impôt sur les grandes sociétés tel que défini dans le budget présenté par le ministère des Finances le 27 avril 1989, lequel stipulait ce qui suit:

Afin de faire en sorte que toutes les grandes corporations participent à la réduction de la dette nationale et paient des impôts, une Taxe sur les Grandes Sociétés sera imposée sur tout capital utilisé au Canada excédant 10 millions de dollars. Cette taxe entrera en vigueur le 1^{er} juillet 1989 et pourra être créditée contre la surtaxe actuelle de 3 %. Cette nouvelle taxe servira à s'assurer que toutes les grandes sociétés paieront un montant minimum d'impôt chaque année.

Subséquentement, les dispositions de l'article 181.1 de la *Loi de l'impôt sur le Revenu* prévoient un taux d'imposition pour toute société de 0,225 % de l'excédent éventuel du capital imposable utilisé d'une société au Canada. Le taux était originalement fixé à 0,175 %.

D'autre part, le paragraphe 181.2(3) précise que l'expression «capital» comprend non seulement le capital-actions de la société, mais également les réserves non déduites par la société à des fins d'imposition, les emprunts et avances de fonds, toutes dettes liées à des cautions, les obligations non garanties, les billets, les hypothèques, les acceptations bancaires ou obligations financières similaires, les dividendes déclarés mais non payés et tout autre endettement qui serait en souffrance pour plus d'un an avant la fin de l'année visée. Cependant, il est permis à une société de déduire le montant de ses impôts reportés ainsi que le montant de son déficit dans le calcul de son capital.

Selon certains, les taxes sur le capital sont normalement recouvrables du locataire uniquement lorsqu'on retrouve à l'intérieur du bail une mention expresse à cet effet. Il existe une controverse à ce sujet, à savoir si une telle mention expresse est essentielle ou non.

Les baux actuels prévoient généralement le remboursement de la taxe sur le capital (impôt provincial) et de l'impôt des grandes sociétés (fédéral) par le biais des frais d'exploitation. Par ailleurs, les baux plus anciens (et plus particulièrement ceux avant 1989, date d'entrée en vigueur de l'impôt sur les grandes sociétés (fédéral)) ne contiennent habituellement pas de définition claire et explicite et font donc souvent référence uniquement à la notion de «taxes sur le capital». Certains locataires tentent parfois de prétendre que l'impôt sur les grandes sociétés (fédéral) ne constitue pas une taxe sur le capital. Par contre, le paragraphe 1 de l'article 181.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit clairement que «toute société est tenue de payer [...] un impôt égal à 0,225 % de l'excédent éventuel de son capital imposable utilisé au Canada pour l'année sur son abatement de capital pour l'année». Également, le *Guide de l'impôt fédéral* explique le but de la partie 1.3 de la loi comme suit: «La partie 1.3 impose une taxe sur le capital aux sociétés dont le capital imposable est plus élevé que dix millions de dollars». Donc, il est clairement établi que

⁶L.R.C. (1985), c. 1 (5^e supp.).

l'impôt des grandes sociétés est une taxe sur le capital de la société et non pas un impôt sur le revenu.

L'arrêt *KPMG Peat Marwick Thorn et al. c. SPE Operations Ltd.*⁷ représente certainement l'arrêt clé quant à déterminer si l'impôt des grandes sociétés est inclus dans la notion de «taxes sur le capital». Dans cette affaire, le bail prévoyait que le locataire devait payer tous les coûts d'opération et la définition de «coûts d'opération» incluait les taxes sur le capital provincial. En fait, l'article pertinent du bail se lisait comme suit:

Capital taxes, if applicable, being the amount payable under the legislation of a Province or to any political subdivision within a Province...

Le juge a conclu qu'il existait une limitation importante dans cette description et que cette limitation était due à l'utilisation du mot «being», laquelle est limitative. En fait, le juge conclut ce qui suit:

The critical word in subparagraph [...] is the fifth word of the first line: “being”. Had that read “including”, I would agree with the Landlord’s submissions. The parties would have defined capital taxes generally as recoverable costs and given the Provincial tax as an example. But the word is “being”, which defines what capital tax is intended to be recovered.

Ainsi, à tout le moins, la définition de «Taxes sur le capital» (Capital Taxes) doit être formulée dans le bail sans limitation, afin que l'on puisse y inclure l'impôt sur les grandes sociétés.

Par ailleurs, l'arrêt *KPMG* précise un point important au bénéfice des locataires: sans mention spécifique au bail à cet effet, le locataire ne saurait être tenu responsable du paiement de l'impôt des grandes sociétés ou de taxes sur le capital du locateur. En fait, selon une certaine jurisprudence, pour recouvrer les taxes sur le capital, il est préférable d'avoir une mention claire à cet effet. Ce principe a été émis par la même cour en 1996 dans l'arrêt *Dylex Ltd. c. Premium Properties Ltd.*⁸:

[...] The landlord also referred me to sub-para. (xx) of the same Article, set out in full *supra*, but it does not assist the landlord. While the reference to indirect costs might conceivably be wide enough to include capital tax, such costs are only recoverable to the extent that they are. “[...] incurred in or allocable to the maintenance, repair, operation, administration or management of [...] the Development, [...]” Capital tax is not incurred in or allocable to these aspects of the Development. It is incurred as a result of the employment of capital and the ownership of assets, not operation of the Development. Il est donc fortement recommandé à tout locateur, dont l'intention est de recouvrer les taxes sur le capital, d'insister pour qu'une mention expresse soit présente même au stade de l'offre de

⁷*Supra*, note 2.

⁸[1996] O.J. 65.

location afin d'éviter toute mésentente lors de la négociation du bail. En fait, il est indéniable qu'un oubli à cet égard, tant au niveau de l'offre de location que du bail, ou une mauvaise rédaction, pourrait avoir un impact financier sur la transaction.

2.3 La clause de majoration des frais d'exploitation

Il peut exister certaines situations où le bailleur, dans le calcul des frais d'exploitation, pourrait être traité de façon inéquitable. Il s'agit de l'application des frais d'exploitation qui varient en fonction du niveau d'occupation d'un immeuble. En effet, ces frais d'exploitation forcent le bailleur à appliquer une clause de majoration de frais d'exploitation, communément appelée «gross-up», afin de lui permettre de recouvrer 100 % de ce type de dépenses.

Voici une clause type de majoration de frais d'exploitation que l'on retrouve dans les baux commerciaux:

Malgré toute disposition contraire du présent bail, chaque fois que l'immeuble n'est pas occupé et opérationnel à cent pour cent (100 %) au cours d'une année de location, le bailleur est en droit de majorer les parties des frais d'exploitation qui varient selon le taux d'occupation ou l'usage des lieux louables de l'immeuble (notamment les frais de nettoyage, les fournitures et l'enlèvement des ordures, etc.) au montant qui, selon son estimation raisonnable, aurait été engagé si l'immeuble avait été entièrement occupé et opérationnel pendant toute l'année de location, et d'ajouter le montant de la majoration aux frais d'exploitation. Toutefois, le locataire n'aura en aucun cas à payer une somme supérieure à celle qu'il aurait eu à payer si l'immeuble avait été entièrement occupé et opérationnel.

La plupart des baux commerciaux prévoient que le bailleur aura la possibilité de majorer les frais d'exploitation, de façon à ce que ceux-ci soient augmentés par le montant jugé nécessaire qui aurait été engagé si l'immeuble avait été entièrement occupé. Cette clause est essentielle au bailleur et tout à fait légitime.

À titre d'exemple, le remplacement et l'entretien des équipements de chauffage et de climatisation, les assurances et le coût du chauffage, pour ne nommer que ceux-ci, ne sont pas des dépenses liées au niveau d'occupation et ne peuvent donc faire l'objet d'une majoration des frais d'exploitation. Par contre, une dépense telle que l'entretien ménager est une dépense liée au niveau d'occupation d'un immeuble. Illustrons cet exemple. Supposons un immeuble de 100 000 pieds carrés loué à deux locataires, chacun occupant 50 000 pieds carrés, où les frais de nettoyage et l'entretien annuels sont de 1,00 \$ le pied carré occupé, soit 100 000 \$. Ainsi, les locataires paient, à titre de frais d'exploitation pour le nettoyage, 50 000 \$ chacun. Si l'un des deux locataires quitte l'immeuble, la moitié de l'immeuble devient donc vacante, les frais de nettoyage ne seront plus de 100 000 \$ mais plutôt de 50 000 \$, si l'on tient pour acquis que l'espace vide ne sera pas nettoyé. Comme le locataire restant occupe 50 % de l'immeuble, il devrait normalement payer 50 % de la facture de nettoyage reçue par le bailleur de la compagnie d'entretien ménager, soit 50 % de 50 000 \$ = 25 000 \$. Une telle façon de procéder est inéquitable pour le bailleur car il devrait assumer à ses frais la moitié des coûts de nettoyage alors que le locataire est le seul bénéficiaire de ce service. Donc, le propriétaire a la possibilité,

en vertu de la clause de son bail, de majorer les frais d'exploitation comme si l'immeuble était loué à 100 %, ce qui lui permettra de multiplier par deux la note d'honoraires de la compagnie d'entretien ménager et de se retrouver dans la même situation que lorsque l'immeuble était entièrement loué. Ainsi, l'absence d'une telle clause de majoration des frais d'exploitation pourrait avoir un effet fort néfaste pour le bailleur.

Le locataire aurait avantage à s'assurer que le libellé de la clause de majoration des frais d'exploitation est conforme à ce qui précède.

En effet, il existe certains baux commerciaux où des bailleurs tentent d'appliquer la clause de majoration des frais et des dépenses au coût des dépenses non liées au niveau d'occupation de l'immeuble, ce qui a pour effet que le bailleur recouvre au-delà de 100 % des frais d'exploitation. Cette situation est tout à fait inacceptable.

2.4 Les dépenses de travaux de base de l'édifice

Le présent commentaire s'applique autant pour les bailleurs que pour les locataires. Dans la plupart des transactions, il est prévu que le bailleur effectuera à ses frais les travaux de base de l'édifice («base building»). Les travaux de base de l'édifice sont généralement décrits dans une annexe au bail de façon plus ou moins détaillée. De façon générale, on entend généralement par travaux de base de l'édifice: les coûts liés à la démolition, au cloisonnement des lieux loués, aux portes d'entrée et de secours, au système de gicleurs, à la plomberie et certains travaux électromécaniques incluant la ventilation.

Le problème souvent rencontré dans la formulation de telles clauses est que, dans certaines situations, le détail quant aux travaux exigés est insuffisant tant pour le bénéfice du propriétaire que pour celui du locataire, ce qui peut être l'objet de conflits quant à l'intention véritable des parties. En règle générale, tout conflit en ce sens est beaucoup moins probable en matière de louage d'espaces à bureaux qu'en matière commerciale. En effet, lorsqu'il est question d'aménager une boutique ou un restaurant dont les aménagements ne sont pas standards, il est possible que les attentes de l'une ou l'autre des parties soient fort différentes. En effet, on n'a qu'à penser à toutes les exigences liées à la plomberie ou à la ventilation en matière de restauration pour imaginer l'ampleur des coûts additionnels qui pourraient être engendrés par diverses composantes d'une construction. Ces coûts peuvent être énormes.

Il n'existe qu'une façon de limiter ce type de risque lors de la rédaction du bail: il doit, tout simplement, exister une étroite collaboration entre le personnel chargé de la construction et les gens d'affaires. En effet, toute transaction d'importance doit faire l'objet d'estimés préalables quant aux coûts qui seront engendrés par les travaux de construction. Il est essentiel que les gens d'affaires et l'équipe de construction prennent tout le temps nécessaire afin de cerner l'impact financier d'une telle décision. Le bail devra refléter, sans faille, cette compréhension des parties.

Pour le bailleur, il existe une façon de remédier au problème et d'exiger que tous les coûts soient sujets à un plafonnement. En effet, dans les cas où un projet d'aménagement sort des normes habituelles, un tel plafonnement peut s'avérer nécessaire.

2.5 La remise en état

On entend par «remise en état» la remise des lieux loués dans l'état dans lequel ils se trouvaient lors de la prise de possession au début de la durée du bail. Il serait bon de préciser qu'à moins de preuve contraire les lieux loués seront présumés avoir été remis par le bailleur en bon état.

Comme la plupart des dispositions d'un bail, la remise en état ne constitue pas une disposition d'ordre public et ainsi les parties sont libres de déterminer leurs droits et obligations mutuels.

Certains baux commerciaux prévoient ce qui suit:

À l'expiration ou à la résiliation anticipée de ce bail pour quelque raison que ce soit, le locataire devra, si le bailleur l'exige, retirer soit toutes les modifications et/ou améliorations, soit celles désignées par le bailleur seulement, y compris, sans limiter la généralité de ce qui précède, les améliorations et/ou modifications effectuées par le bailleur et/ou le preneur dans les lieux loués en application des dispositions du présent bail.

Une telle clause s'appuie sur une logique fort simple: le locataire a modifié les lieux loués en fonction de ses exigences et, ainsi à l'échéance de la durée du bail, celui-ci aura l'obligation d'enlever les améliorations construites afin que le bailleur puisse louer les lieux loués à une tierce partie et ainsi les aménager de façon adéquate.

Cette clause, qui parfois peut passer inaperçue, a néanmoins un impact financier important lors de la terminaison du bail. Les coûts de démolition peuvent facilement représenter un coût de 2,00 \$ le pied carré. Le locataire cherchera à faire rayer ou diminuer les exigences d'une telle clause et aura plus ou moins de succès selon son pouvoir de négociation.

Par contre, le bailleur peut décider d'exiger que les améliorations demeurent sur place. Comme la plupart des baux commerciaux prévoient que les améliorations locatives installées dans les lieux loués deviennent la propriété du bailleur, un locataire ne peut remplacer certains équipements par d'autres plus vétustes à l'expiration de la durée du bail. En effet dans *Pétroles Farand Inc. c. Ultramar Canada Inc.*⁹, le locataire d'une station-service avait enlevé les pompes à essence électroniques et les avait remplacées par des pompes beaucoup plus anciennes. Le bail précisait que le locataire avait l'obligation de rendre les lieux loués avec toutes les améliorations locatives apportées et ce, dans un bon état d'entretien. La Cour supérieure a tenu le locataire responsable des dommages subis par le bailleur en raison d'une telle substitution d'équipements.

2.6 L'option de renouvellement à la juste valeur marchande locative

De nombreux baux commerciaux contiennent des options de renouvellement de bail. Comme il est parfois périlleux de prévoir à l'avance les taux de loyer payables dans 5 ou 10 ans, les parties conviennent que le loyer payable sera déterminé par les taux du marché à cette période.

⁹C.S.M., n° 500-05-002827-911.

Toutefois, le libellé d'une telle clause aura un impact certain sur la détermination du taux de loyer de base payable lors du renouvellement par le locataire.

Voici différentes clauses typiques quant au renouvellement d'un bail, dont chacune a un sens fort différent:

1. Le loyer de base, pour la période de renouvellement, sera égal à la valeur du loyer du marché, laquelle sera déterminée en fonction des taux de loyer pour des transactions de renouvellement que d'autres locataires seraient prêts à payer pour des espaces similaires dans l'immeuble.
2. Le loyer de base pour la période de renouvellement sera égal au loyer net effectif pour tout espace de type et de superficie similaires dans un immeuble de qualité et d'âge similaires.
3. Le loyer de base pour les périodes de renouvellement devra être déterminé par les parties en fonction des taux du marché pour tels renouvellements. Pour les besoins de la cause, les mots taux du marché auront le sens du «taux du marché» pour des renouvellements, en tenant compte de toutes allocations monétaires (allocations monétaires, loyer gratuit, commission, etc.), facturé au pied carré de la superficie louable pour des locataires occupant plus de 30 000 pieds carrés et jouissant d'une stabilité financière égale ou supérieure et qui ont signé des transactions de renouvellement au cours des derniers 12 mois pour des espaces comparables, à l'exception de baux pour des entités gouvernementales. Les espaces comparables seront des espaces de 30 000 pieds carrés ou plus de superficie louable, de configuration semblable pour des immeubles similaires. Les immeubles similaires seront des immeubles de même grandeur, dont la qualité de construction est identique, de même condition et d'âge et qui fournissent des services comparables à ceux fournis par le bailleur au locataire (tels Place Ville Marie, 1000 de la Gauchetière, 1250 René-Lévesque).

Le loyer net effectif du renouvellement d'un bail est généralement plus élevé que celui de location pour la durée du bail initial. Selon la rédaction ou l'interprétation que les parties feront d'une clause de renouvellement, en résultera la détermination du taux, lequel oscillera généralement entre le taux d'un loyer net effectif et le loyer de base («face rate») d'une transaction de location. Autrement dit, tel que vu plus haut, la distinction se situera entre le loyer avec ou sans chacun des incitatifs décrits. Établir l'intention des parties et le sens donné à chacun des mots utilisés dans une clause sera déterminant dans la fixation du taux de loyer durant la période de renouvellement.

La clause # 1 est celle qui a fait l'objet du litige dans l'affaire *National Trust*¹⁰, car le locataire et le bailleur divergeaient d'opinion quant à savoir si le loyer du renouvellement devait être le loyer net effectif du marché ou le loyer de base («face rate») du marché.

¹⁰*Supra*, note 1.

Cette clause contient deux particularités importantes: premièrement, les taux qui peuvent être utilisés à titre de comparables sont des taux de renouvellement par opposition à de nouvelles transactions de location. Cette distinction est fort importante car généralement le loyer de base est moins élevé pour les renouvellements que pour les nouvelles transactions de location, parce qu'il y a normalement moins d'incitatifs à inclure dans le loyer de base. Par contre, le loyer de base est habituellement plus élevé pour des renouvellements basés sur des taux du marché comparativement à des renouvellements basés sur des taux de loyer net effectif.

Deuxièmement, les transactions comparables doivent être celles faites dans l'immeuble à un moment déterminé dans le temps. Cette limitation peut être dangereuse car il peut y avoir absence de comparables, ou les comparables dans l'immeuble pourraient ne pas représenter fidèlement les taux du marché.

Il est intéressant de noter que la Cour, dans l'affaire *National Trust*, a tenu compte du fait qu'un des témoins experts avait témoigné à l'effet que le concept du loyer net effectif lui était inconnu avant 1985 (date de la signature du bail) et même avant 1990. Selon ce témoin expert, cette notion fit surface uniquement durant les périodes difficiles que traversa l'immobilier en 1991 et 1992. Donc, à la question à savoir si les parties avaient pu considérer la notion de loyer net effectif dans la clause de renouvellement du bail, le juge conclut:

Put another way, the parties could not have meant to use the net effective rate because that concept was unknown at the time. What they meant was the face rental rate, there being nothing else available then.

La Cour, dans la détermination du taux, exclut tout comparable qui n'est pas un renouvellement de bail. La Cour a finalement utilisé trois baux renouvelés dans l'édifice, dont chacune de ces transactions avait une superficie différente de celle du locataire visé. À cet égard, le juge eut ces commentaires:

The fact that the lease footage is not identical can be adjusted for by weighting the average rental rate. The unweighted average of the rental rates of those tenants is \$ 10.32 per square feet. If the average is weighted (total rent divided by total footage), the considerable footage occupied by KPMG [l'un des comparables] brings up the average to \$ 13.58 per square feet. That number will be rendered to \$ 13.60 and will be declared to be the 1996 renewal rate for office space under the lease.

L'exemple # 2 représente clairement une clause où le loyer pour la période de renouvellement est le loyer net effectif. Cette clause est claire et a le bénéfice de ne pas se limiter à un seul immeuble. Donc, les parties pourront se baser sur toutes transactions de location à l'intérieur d'un marché déterminé. Il faut parfois être prudent car tous n'ont pas la même interprétation de ce qu'est un même marché. En effet, cette clause fait référence au marché immobilier de Montréal. Toutefois, certains analystes optent pour différentes catégories afin de déterminer quels immeubles seront inclus dans telle ou telle classe. Par exemple, certains classifient la Place Ville Marie comme étant un immeuble de catégorie «A» par opposition aux immeubles de catégorie «Prestige» (cette catégorie impose une restriction additionnelle, à savoir l'âge de l'édifice), alors que d'autres s'abstiennent de faire cette distinction et évaluent une plus grande

catégorie d'immeubles dans ce qui est appelé «catégorie classe «A». Ainsi, il peut être approprié d'inclure une liste d'immeubles sur lesquels les parties pourront se baser à titre de comparables.

Par ailleurs, il a déjà été statué dans une décision d'arbitrage que les mots «effective market rental rate», dans un bail signé avant 1990, devaient avoir un sens concret malgré le fait que la notion de loyer net effectif était inexistante avant 1990. En effet, se basant sur la définition de base du mot «effectif» (*Le Petit Larousse* le définissant comme voulant dire: «qui existe réellement...»), il a été décidé que, bien que le terme «loyer effectif» ou «loyer net effectif» n'ait peut-être pas à l'époque été utilisé comme étant un terme de l'art et ayant un sens élaboré – tel qu'on le connaît aujourd'hui –, celui-ci devait tout de même avoir une signification quelconque. Cette signification est le fruit de la logique pure et simple voulant que le loyer du marché doive refléter la réalité (ce qui existe réellement). En conséquence, une telle terminologie n'aurait pas pour signification l'application directe du loyer de base «face rate» utilisée dans d'autres transactions comme base de comparaison mais plutôt basée sur une analyse critique qui excluait différentes composantes d'allocations aux locataires, et donc il a été décidé que cette clause signifiait le loyer net effectif. Quant à la détermination du loyer net effectif, on a même été jusqu'à apporter une précision additionnelle selon laquelle de tels incitatifs monétaires, afin qu'ils puissent être déduits du loyer de base, doivent constituer un coût pour le locateur et un bénéfice équivalent pour le locataire. Cette précision apparaît comme étant fort pertinente car elle permet de cerner et d'éliminer toute dépense non appropriée.

L'exemple # 3 représente une clause détaillée standard par laquelle les parties ont décidé de s'entendre sur la notion de loyer de base («face rate») pour des renouvellements comparables. Cette clause est intéressante, car les parties ont déterminé au préalable le type de transactions qui devait servir de comparable à savoir, toutes transactions de 30 000 pieds carrés ou plus, afin d'éviter tout malentendu quant aux immeubles comparables. Les parties ont de plus décidé d'énumérer certains immeubles situés dans un marché déterminé, ce qui a eu pour effet d'éliminer toute confusion quant à savoir quels immeubles seraient inclus ou exclus selon ce que le marché peut dicter.

2.7 La clause de reconduction en faveur du bailleur

Certains baux prévoient que le bailleur peut, s'il n'a pas reçu d'avis contraire du locataire, reconduire le bail pour un terme additionnel de douze mois. Voici un exemple d'une telle clause:

Le locataire donnera au bailleur un avis écrit de son intention de quitter les lieux loués à la date de terminaison stipulée à la clause... au moins six mois avant ladite date de terminaison, à défaut de quoi, le bailleur aura le droit de renouveler ce bail pour une période additionnelle de douze mois, aux mêmes termes et conditions du présent bail en vigueur à la date de terminaison, en donnant un avis écrit de tel renouvellement au locataire au moins 30 jours avant ladite date de terminaison.

Quelle est la valeur juridique d'une telle clause? La Cour supérieure, dans l'affaire *Boutique Jacob c. Place Bonaventure*¹¹, a été appelée à déterminer si l'application d'une telle clause était

¹¹J.E. 95-1040.

valide. Ce qui a retenu l'attention du juge Hurtubise dans cette affaire est que le bail intervenu entre les parties avait été ardemment négocié et que, en conséquence, le contrat ne pouvait être qualifié de contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 C.c.Q. Il s'agit en fait d'un contrat négocié de gré à gré, même si le projet de contrat type a été rédigé par le bailleur. En effet, les parties se sont entendues sur la durée du bail et le prix du loyer, deux éléments essentiels du contrat, et la requérante a obtenu la durée du bail qu'elle souhaitait, ainsi que plusieurs autres concessions. Le juge a donc conclu que cette clause était tout à fait valide et a donc reconduit le bail pour une période additionnelle de douze mois.

CONCLUSION

Le bail commercial représente pour le bailleur l'instrument nécessaire afin de quantifier son rendement et lui de permettre de mettre en place tout financement requis. Le Canada semble connaître actuellement une vague sans précédent de ventes à grande échelle (vente des portefeuilles de Bell Canada, Banque Royale du Canada, Banque CIBC, Cadillac Fairview, TrizecHahn, etc.) et donc de consolidation auprès d'acquéreurs institutionnels, tels Oxford, GE et divers fonds de pension (Caisse de dépôt, Omers, Teachers, etc.). Les baux commerciaux demeureront toujours le fondement de ces transactions et comme ils seront de plus en plus utilisés dans le cadre de transactions à grande échelle (ex.: le bail de Bell Canada dans l'acquisition de ce portefeuille par TrizecHahn fut de 5 millions de pieds carrés en 1998) ils serviront, sans aucun doute, de fondements à des financements différents de ce que l'on connaît aujourd'hui. L'assurance que le bailleur recouvrera tous les revenus dus deviendra de plus en plus réelle. Cette nouvelle tendance de l'immobilier pourrait, certes, faire évoluer le bail commercial afin qu'il puisse s'adapter aux nouvelles réalités du marché.
