

LES FRAIS D'EXPLOITATION

Les frais d'exploitation sont un élément incontournable dans bon nombre de transactions de location. L'impact financier de ces clauses est majeur tant pour les locataires que pour les bailleurs, nous vous proposons une série de quelques articles sur cet élément critique du bail.

Je commencerai cet article par un conseil fort simple : que vous soyez locataire ou bailleur, lisez votre bail! Et plus particulièrement lisez attentivement la clause des frais d'exploitation. Posez des questions à vos conseillers et discutez avec eux. Bref, assurez-vous que ce que vous signez reflète bien votre intention; les frais d'exploitation étant une composante majeure et essentielle du bail commercial, il est donc essentiel de bien les comprendre et de s'assurer d'une rédaction adéquate. Comme l'a écrit Alberto Manguel, « la lecture est l'apothéose de l'écriture »!

En ces périodes économiques plus difficiles, pour les bailleurs, tous les revenus générés par les baux revêtent une importance capitale et toutes les dépenses pour les locataires sont également d'importance. Mais le bail commercial est un contrat comportant des particularités parfois surprenantes pour les locataires. En effet, pour de nombreuses entreprises, comme il s'agit de la dépense la plus importante après les salaires des employés, il faudrait s'attendre à ce que les obligations financières y soient clairement édictées. Malheureusement, ceci n'est pas toujours le cas; pour bon nombre de locataires de bureaux, par exemple, qui n'interviennent à un tel contrat qu'une fois aux cinq ou dix ans, toutes les subtilités du recouvrement des frais d'exploitation sont parfois floues et difficiles à bien cerner. En effet, il faut comprendre que bien souvent, les frais d'exploitation, qui représentent une portion substantielle des obligations

financières d'un bail, ne sont pas clairement prévisibles et sont sujettes au texte du bail. N'oublions pas que le but recherché par le bailleur est de s'assurer d'un transfert financier de la charge de ces dépenses vers les locataires. Ce transfert varie selon les immeubles, selon les marchés ou même parfois selon les locataires. Il n'existe donc aucune norme tout à fait exacte mais le seul guide de référence demeure la clause des frais d'exploitation contenue au bail. Le locataire avisé a avantage à être bien conseillé pour ne pas faire face à des surprises. Pour sa part, le bailleur a intérêt à s'assurer que le texte de son bail est le reflet de ses objectifs financiers.

Un exemple assez surprenant d'abus par un bailleur a été rapporté aux États-Unis. Le bailleur avait décidé d'utiliser la clause de majoration des frais d'exploitation (communément appelée « gross up ») pour l'appliquer à tous les frais d'exploitation. Comme on sait, cette clause de majoration des frais d'opération ne peut être utilisée que dans les cas de frais d'exploitation variant avec l'occupation, tel les frais de nettoyage dans un immeuble à bureaux. Ainsi, en quelques calculs astucieux mais complètement non conformes aux baux en place, les frais d'exploitation avaient été miraculeusement augmentés de façon substantielle. Le plus intéressant (et aussi le plus inquiétant), c'est qu'aucun des locataires n'avait compris ce qui avait été fait et tous payaient sans broncher leurs loyers mensuellement. Il fallut l'intervention de



Par Jean-Pierre Riel avocat
de Riel, avocats/lawyers

Riel
AVOCATS • LAWYERS



procureurs d'un locataire plus vigilant, dans le cadre d'une vérification (« lease audit »), pour que ce malheureux stratagème soit noté et remédié. Certains locataires ont donc appris à leurs dépens que mieux vaut faire un certain suivi des dépenses encourues.

Certains auteurs ont tenté de définir les distinctions entre le bail brut, le bail net, le bail net net et le bail net net net. La distinction se retrouve essentiellement dans le type de dépenses qui peuvent être récupérées du locataire, c'est-à-dire, notamment les frais d'exploitation. Un bail brut constitue un bail par lequel le bailleur s'entend avec un locataire sur un loyer prédéterminé, sans aucune possibilité de recouvrement quant aux autres dépenses. Un bail net est un bail par lequel les parties conviennent d'un loyer minimum et du remboursement de certaines autres dépenses convenues entre les parties. La dénomination de bail net, bail net net ou bail net net net n'a, à toutes fins utiles, que peu d'incidence sur les droits et obligations des parties, l'important étant de déterminer l'étendue des droits et obligations contenus au bail. En effet, ces auteurs ont établi certains principes directeurs quant à ces notions, mais la jurisprudence a, à bon escient, conclu que ce qui prime est tout d'abord le texte du bail dans la détermination du type de dépenses ou de taxes qui peuvent être ou non facturées au locataire. À cet égard, le fond l'emporte sur la forme.

LES COMPOSANTES DU LOYER

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 à un immeuble. Cette composante est primordiale à l'essence même du bail net. En général, on y retrouve le remboursement des taxes foncières, des assurances, des dépenses d'entretien, des réparations, des dépenses d'administration/gérance et des dépenses de chauffage, de climatisation et de ventilation, ainsi que toutes autres dépenses liées à l'exploitation et aux opérations de l'immeuble.

Pour bien comprendre le contexte des frais d'exploitation dans un bail commercial, il est utile de bien comprendre toutes les composantes du loyer d'un bail. Ainsi, dans

un bail net on retrouve généralement les deux notions suivantes : Loyer de base;

Loyer additionnel. Chacune de ces deux notions est essentielle et est composée de plusieurs d'éléments.

D'une part, le loyer de base est constitué habituellement des éléments suivants : le loyer net effectif, lequel constitue, en quelque sorte, le profit réalisé par le bailleur et ce que j'appellerais les autres composantes du loyer de base, lesquelles incluent un amortissement de différents éléments dont notamment, le coût des travaux du bailleur, le loyer gratuit, l'allocation monétaire faite



au locataire, la commission de courtage, toute reprise de bail, tous frais de déménagement, etc. Cette liste n'est pas exhaustive et varie d'une transaction à l'autre. Dans le calcul de l'établissement financier du rendement d'un bail, toutes ces dépenses sont prises en considération

D'autre part, le loyer additionnel est composé essentiellement des frais d'exploitation et des taxes. Les frais d'exploitation, tout comme le loyer en général, représentent une valeur importante pour le bailleur, car n'oublions pas que la valeur financière d'un immeuble est déterminée en fonction de la valeur financière de ses baux. Le loyer net est généralement clairement établi. Toutefois, il peut en être différemment des frais d'exploitation. Une mauvaise rédaction de la clause des frais d'exploitation aura nécessairement un impact sur la valeur d'un immeuble. Il en résulte donc d'une dichotomie flagrante entre les intérêts du bailleur et ceux du locataire. D'une part, le locataire demeurera toujours préoccupé par son coût d'occupation et son intérêt à limiter certaines dépenses qui peuvent lui être facturées sans qu'il n'ait réellement consenti à ce type de dépenses et, d'autre part, le bailleur sera toujours préoccupé par le rendement et la valeur de son investissement. De façon générale, le contrat de bail est un document contractuel, dont les obligations de chacune des parties sont, habituellement, assez claires. Toutefois, la composante des frais d'exploitation demeure un élément qui peut laisser place à interprétation, celle-ci n'étant pas toujours précise quant à l'étendue des obligations financières réelles des parties. Il s'ensuit donc que le locataire peut

avoir de mauvaises surprises et peut se retrouver face à une situation imprévue. L'objectif des parties est donc de s'assurer que ces termes sont suffisamment clairs et l'entente entre les parties suffisamment circonscrite.

L'IMPORTANTCE D'UN TEXTE CLAIR

Ceci nous amène donc à traiter de l'importance de la rédaction de la clause des frais d'exploitation, laquelle revêt un rôle fondamental. Toute rédaction déficiente aura un impact sur les dépenses qui pourront être récupérées des locataires. Toute rédaction trop large ou abusive aura un impact néfaste pour tout locataire. Par ailleurs, il faut être prudent dans l'utilisation d'une rédaction trop large à certains égards. Par exemple, une énumération trop détaillée pourrait avoir pour effet de restreindre l'application de certaines dépenses qui n'auraient pas été spécifiquement décrites dans une liste étendue; par opposition, une description plus générale pourrait avoir un impact positif plus large quant au recouvrement de certaines dépenses au profit du bailleur. Tout est question de rédaction et de jugement dans les termes utilisés et dans l'objectif visé, soit par le locataire, soit par le bailleur.

Si le texte se doit d'avoir une certaine clarté, il est essentiel que les parties prennent le temps de bien le connaître et donc de le lire avant de le signer! Dans la décision *Industries N. R. S. Ltée c. Pham*, EYB 2005-97012, la Cour a pris la position que le défaut du locataire de bien prendre connaissance du bail avant sa signature constituait



une erreur inexcusable, celui-ci étant un homme d'affaires averti. La Cour a de plus considéré qu'il y avait absence de preuve à l'effet que le locateur aurait manqué à son obligation de bonne foi. Comme le mentionne la cour, il est tout à fait inexcusable que le locataire n'ait pas lu le bail avant de le signer et qu'il n'ait pas cherché à se le faire traduire dans la langue qu'il connaissait, celui-ci ne comprenant pas le français. Il est fréquent de voir des parties exécuter des contrats sans les lire convenablement. Il s'agit d'une recommandation de base, mais tellement importante.

Même si le texte est clair, encore faut-il l'appliquer correctement ! Un bailleur l'a récemment appris à ses dépens, celui-ci n'ayant pas respecté à la lettre son propre bail. En effet, dans l'affaire *Bugnariu c. Ethier* (20 février 2009) 2009 QCCQ 1790, le juge Alain Breault de la Cour du Québec devait, entre autre, décider de la validité de la réclamation du bailleur du loyer additionnel quant aux frais d'exploitation et aux taxes. Le bail prévoyait, d'une part, quant aux taxes foncières, que le bailleur devait présenter des copies des comptes de taxes et autres preuves ainsi qu'un certificat attestant de la quote-part du locataire; d'autre part, quant aux frais d'exploitation, il devait y avoir un état détaillé démontrant « les frais, dépenses, coûts et débours qui composent les Frais d'Exploitation et des taxes), cet état devant être certifié par les vérificateurs du Bailleur. » Le juge en vint à la conclusion que ces « factures, états, copies de

compte, ou certificats n'ont pas été produits devant le Tribunal. La preuve ne révèle pas non plus s'ils ont été remis d'une façon ou d'une autre au défendeur. Dans cette perspective, n'est pas légalement satisfaite la simple affirmation suivant laquelle les loyers additionnels n'ont pas été payés par le défendeur. » Ainsi, la réclamation du bailleur fut rejetée par la Cour.

_Liste exhaustive des dépenses d'exploitation : le « wish list » ou le cauchemar!

Il est intéressant de parler de frais d'exploitation mais concrètement, de quoi sont-ils composés? L'on retrouve ci-dessous une liste des différentes composantes du loyer additionnel. Cette liste constitue une liste exhaustive des frais d'exploitation qu'un bailleur peut potentiellement recouvrer de son locataire. Ce qui peut être une « wish list » pour le bailleur peut s'avérer un cauchemar pour le locataire ! En examinant l'étendue de cette énumération, on est surpris par tout ce qui s'y retrouve. Il peut être intéressant, d'une part, pour un bailleur, d'examiner ses baux vis-à-vis une telle énumération et, d'autre part, pour un locataire, de s'assurer, par une liste d'exclusions précises quant aux frais d'exploitation insérée à la clause de frais d'exploitation, que ces frais ne vont pas au-delà de l'intention réelle. Cette liste est surprenante, celle-ci incluant un nombre impressionnant de dépenses. Bailleurs et locataires, nous vous laissons le soin de tirer vos propres conclusions! •



LISTE EXHAUSTIVE DES DÉPENSES D'EXPLOITATION

– (Note : Le (E)) signifie des dépenses possiblement ou fréquemment exclues)

A COMPREHENSIVE LIST OF OPERATING EXPENSES

– (Note: "E" refers to expenses that are possibly or frequently excluded.)

UTILITIES

- Heating, ventilation, and air conditioning (HVAC).
- Electricity for parts of land and building not leased and occupied by tenants (including all applicable taxes) (E-as to vacant leasable space).
- Electricity furnished to or available for tenants (if electricity isn't individually metered or included in the rent bill).
- Gas, steam, and other fuel (including all applicable taxes).
- Telephone answering system for the building.
- Water charges (if not specifically reimbursed by tenants).
- Sewer charges – by the municipality or its agency (if not specifically reimbursed by tenants).
- Sewage disposal system and related costs.

- Hookup, connection, or service charges for all utilities (E).
- Installation and maintenance of all telecommunications equipment (if not specifically installed by the tenant).
- Cost of installing, maintaining, and repairing the building's intra building network cabling (INC).

BUILDING SERVICES

(This category should cover all areas of the building, its plazas, sidewalks, curbs, and parking areas).

- Painting all non-tenant areas.
- Decorating all non-tenant areas.
- Installing and maintaining art work and holiday decorations for any lobby and other public portions of the building (E – tenant will try to limit these costs rather than exclude them).
- Cleaning interior of common area windows.
- Exterior window cleaning.
- Washing inside windows in other tenants' space (E).
- Cleaning services.
- Janitorial service.
- Security systems (e.g., alarms, remote cameras, patrols).
- Initial cost of exterior and interior landscaping (E).
- Maintenance of exterior and interior landscaping.
- Plumbing.
- Tenant directories.
- Garbage and waste collection and disposal.
- Snow removal.
- Sprinkler system maintenance.
- Installation and maintenance of all fire/life safety systems or equipment (including any sales taxes or other taxes thereon) (E – regarding installation).
- Traffic control fees (e.g. Costs of signs, traffic guards).
- Legal fees (E – especially if

- incurred in the leasing of space, or in connection with a dispute with or default of another tenant).
- Accounting and bookkeeping fees (E – if for basic work that should be done by management).
- Auditing fees connected with operating expenses.
- Consulting fees related to ownership and operation of the property (E – regarding ownership).
- Architectural fees (E).
- Other professional fees incurred in connection with the operation or management of the land or the building (e.g., appraisers, surveyors) (E).
- Initial paving and painting of parking areas (E).
- Re-paving parking areas (including repainting the striping, fixing curbs and bumpers) (E – as to re-paving,

_LISTE EXHAUSTIVE DES DÉPENSES D'EXPLOITATION _COMPREHENSIVE LIST OF OPERATING EXPENSES

since tenant will argue that this is a capital expense).

- Recycling costs.

Maintaining and repairing the following:

- Public bathrooms
- Loading and unloading areas
- Trash areas
- Roadways and sidewalks, elevators, escalators, and Stairways.

BUILDING MANAGEMENT

Salaries for people performing services in connection with the operation, repair, and maintenance of the land or building, including:

- Porters
- Maintenance workers
- Security personnel
- Building managers
- Leasing agents (E)
- Secretaries
- Office staff
- Promotions director (E- if for leasing purposes)
- Supervisory personnel (E)
- Owner
- Executives and officers of owner
(E – unless it's for work that would have been included in operating expenses if it were done by a third party, e.g., accounting, and then only to the extent that compensation is no higher than it would have been to the third party).

Other employment costs of personnel:

Any other compensation for services

- Social insurance contributions
- Unemployment insurance
- Workers' compensation insurance
- Liability insurance benefits
- Pension plan (E – but try not to

give in on this)

- Medical insurance and hospitalization
- Retirement or welfare plans
- Insurance (including group life and disability) (E – but try not to give in on this)
- Uniforms and work clothes contributions
- Cleaning of work clothes/ uniforms
- Collective bargaining agreement expenses imposed on behalf of owner and related to employees
- Part-time employees' pro rata expenses
- Employees of independent contractor expenses
- Fringe benefits (E – but try not to give in on this)
- Force overtime compensation
- Any other related employee expenses (E).
- Cost of any space occupied by the property manager and leasing agent (E).
- Telephone and stationery costs.
- Dues, fees, and contributions paid to civic organizations and associations (E).
- Franchise fees or charges (E).
- Licence fees (E).
- Any fees or charges paid by you to any government agency for the privilege of owning, leasing, operating, maintaining, or servicing the land, building, or any of its equipment or property (E).
- Management/administrative fees or commissions paid to the managing agent (if there is no managing agent, an amount no higher than the prevailing management fee rates for similar properties) (E – tenant may want a cap on these fees).
- Payments made under any easement, operating agreement, licence, restrictive

covenants, or any instrument pertaining to the payment or sharing of costs among property owners (E).

- All costs associated with a transportation demand management program.
- Materials and tools used in operating, cleaning, safety, security, renovation, replacement, repair, and maintenance.
- Advertising and promotional fees (E – if for leasing purposes such as advertising vacant space).

INSURANCE

Premiums you pay for the following types of insurance (unless you get reimbursement directly from the tenant or another entity).

- Loss of rent
- Casualty (all risks)
- Fire and extended coverage
- Boiler and machinery
- Sprinkler
- Plate glass
- Liability (public liability)
- Fidelity (E)
- Earthquake
- Payment of deductible under any insurance policy (E).
- Cost of insuring land, the building, and common areas.
- Other insurance needed to run and maintain the building.

TAXES

(Tenant may pay for some or all of these taxes separately under the "real estate tax" provision).

- Payroll tax (including an allocable share of off-site - personnel engaged in the operation, maintenance, and repair of the project) (E).
- Other taxes associated with employees.
- Business property tax.
- Personal property taxes on any

fixtures, machinery, equipment, furniture, or personal property connected with operation of the project.

- Gross receipt taxes (E).
- Commercial rental taxes or any similar tax (unless a direct expense of the tenant) (E).
- Transport taxes, fees, or assessments (e.g. Mass transit fee, trip fee).
- Fees assessed by air quality management authorities or any governmental or quasi-governmental entity regulating pollution.
- Sales or use taxes on any equipment, tools, or supplies (E – if for the purchase of capital equipment).

REPAIRS & REPLACEMENTS

(This category should cover all areas of the building, its plazas, sidewalks, curbs, and parking areas.)

Repairs to and replacement of the following (Some experts do not find it necessary to be this specific. These expenses overlap with those in the capital costs category below).

- Cables
- Fans
- Boilers
- Pumps
- Wiring
- Electrical fixtures
- Meters
- Elevators, escalators, stairways
- Sprinkler systems (E)
- Window washing equipment
- Snow removal equipment
- Security systems
- Life and safety systems (including fire)
- Irrigation systems
- Lighting facilities
- Fences and gates
- Surfaces and coverings
- Decorative items, carpets, drapes and window coverings.
- Major building repairs.

LISTE EXHAUSTIVE DES DÉPENSES D'EXPLOITATION COMPREHENSIVE LIST OF OPERATING EXPENSES

- Structural repairs and replacements (e.g., to the roof, foundation, and building exterior walls) (E).
- HVAC (including, but not limited to, any replacement or retrofit necessary to comply with laws regulating or prohibiting the use or release of chlorofluorocarbons or hydrochlorofluorocarbons).
- Repairs and replacements necessitated by any present or future law, statute, regulation, or directive of any governmental agency.
- Repairs due to faulty workmanship or inherent structural defects (E).
- Major repairs in other tenants' leased space. (E – try hard not to give this up.) Repairs are a legitimate expense, even if they're made in another tenant's space.)
- Any other repair or replacement of any item or equipment needed to maintain or run the building (E).

CAPITAL COSTS

- Cost of any capital improvements as amortized (E – if you can include this, be prepared to argue over the amortization schedule: Whether or not it covers the useful life, you will want to include interest).
- Cost of alteration to the building or any modification or addition of any equipment or improvements mandated by any present or future law, statute, regulation, or directive of any governmental agency (E).
- Improvements, equipment, and machinery installed for the purpose of reducing energy consumption or other operating expenses (E – or capped at amount of savings).
- Improvements made to comply with air pollution control standards (E).
- Alterations to the building made after the base year by reason of requirements of the insurance board or your insurance company (E).
- Improvements made for other tenants or rent concessions made instead of improvements (E).

MISCELLANEOUS

- Depreciation of, or the rental cost or value (including applicable sales taxes) of, hand tools or other movable equipment used in operation, cleaning, safety, security, repair, or maintenance (E).

- Expenses incurred in removing an ex-tenant's property (E).

Source: Best Commercial Lease Clauses (Vendome Press)