

L'appellation « net net net » en matière de baux commerciaux : clause d'intention ou vœux pieux ?

INTRODUCTION

Votre bail est-il « net net net » ou « absolument net » ? Y a-t-il une distinction juridique entre ses diverses appellations et est-il utile d'inclure dans un bail une clause à l'effet que le bail est « net net net » pour le bailleur ? Ce sont les questions auxquelles nous tenterons de répondre ici par un survol de la jurisprudence récente en la matière.

NOMENCLATURE ET CLAUSE D'INTENTION

Ne manquant pas de style, les rédacteurs de baux ne tarissent pas d'expressions pour décrire un bail dans lequel le bailleur fait supporter à son locataire toutes les dépenses reliées à l'exploitation de l'immeuble loué. Nous avons relevé :

- « Bail net net »;
- « Bail net net net »;
- « Bail net net net net »;
- « Bail absolument net »; et
- « Bail complètement net » ?

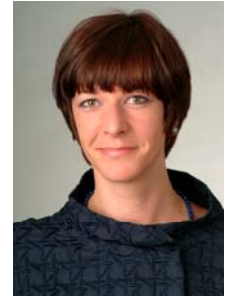
Quantité de baux contiennent une clause d'intention par laquelle le locataire déclare et reconnaît que le bail est « net net net » pour le bailleur ou invariablement une des expressions précitées. Effet de manches ou effet juridique ? Par la présentation des décisions que nous avons repérées, nous tenterons de faire la lumière sur ce sujet.

JURISPRUDENCE

A) 161718 Canada Inc. c. Société Radio Canada [1998] A.Q. no 1997

Dans cette affaire, le bailleur tente d'inclure dans ses frais d'exploitation le salaire de son employé affecté à la gestion de l'immeuble.

Me Julie Lanteigne est membre du groupe Immobilier. Elle s'occupe principalement des questions relatives à la rédaction, la négociation et l'interprétation de baux commerciaux pour le compte de grandes entreprises. Après quatre ans de pratique, Me Lanteigne a complété un MBA au Business School Of Witwatersrand (Johannesburg, Afrique du Sud), tout en occupant des postes au sein de grandes sociétés en Afrique du Sud et aux États-Unis.



Le bail contient une clause d'intention par laquelle le locataire reconnaît que le bail est net, net, net pour le bailleur.

Les états de compte et factures constituant les frais d'exploitation ont été mis en preuve.

Malgré la présence de la clause d'intention, la Cour considère que les mots « net net net » n'ont pas pour effet de faire payer aux locataires des charges qui concernent le bailleur, si elles ne sont pas expressément prévues au bail.

Et plus précisément à l'égard de la clause d'intention, la Cour soutient :

« Ce n'est pas parce que le bail intervenu entre les parties utilise les mots net net net que le locateur est justifié d'y ajouter des dépenses importantes qui n'ont pas fait l'objet de discussion entre les parties et qui, pour cause, ne sont pas mentionnées dans le bail. »

Force est de constater à la lumière de cette décision, que la clause d'intention et la terminologie « net net net » a eu peu d'effet sur la décision du Tribunal.

Par ailleurs, la Cour spécifie que :

« Pour conclure que c'était l'intention des parties d'englober des dépenses qui ne sont pas spécifiées au bail, il faut des éléments nous permettant de favoriser cette prétention du

locateur; or cette question ne semble même pas avoir été discutée. »

Incidentement, si le bailleur peut démontrer que l'intention des parties était véritablement d'inclure une telle dépense aux frais d'exploitation, la preuve le permettant, l'inclusion de la dépense pourrait être possible.

B) Skyline Holdings Inc. c. Scarves and Allied Arts Inc. [2000] C.A.

Dans cette autre affaire, le bailleur tente d'inclure aux frais d'exploitation la somme de 270 000 \$ représentant le coût de réparation de la toiture en plaçant que le bail est un bail de type « net », cela signifiant que toutes les dépenses, qui ne sont pas en capital, doivent être incluses dans les frais d'exploitation et payées par les locataires. Pour inclure cette dépense aux frais d'exploitation, le bailleur se base sur une clause de type fourre-tout, soit :

« all reasonable costs ordinarily (sic) chargeable against income from the building »

Ici la Cour nous rappelle que les termes généraux des contrats doivent être limités aux choses sur lesquelles il paraît que les parties ont voulu contracter (1431 C.c.Q.).

Si la dépense que l'on tente d'inclure aux frais d'exploitation n'est pas spécifiée, une telle clause n'est pas suffisante pour permettre l'inclusion.

Plus particulièrement la Cour ajoute :

« ...le genre de dépenses que les locataires se sont engagées à payer en vertu de leur bail n'inclut pas celles qui ont pour but de permettre au locateur de bénéficier, à la fin du bail, d'un immeuble dont la condition a été améliorée aux dépens du locataire. Le remplacement d'un toit n'est pas une dépense qui peut raisonnablement être considérée comme une dépense d'exploitation devant être assumée par un locataire à défaut d'une clause explicite à cet effet.

Même lorsqu'il s'agit de baux dits « net, net ou net net net », les dépenses imputables au locataire peuvent varier d'un bail à l'autre, d'où l'importance d'une clause claire ... Dans les baux double net ou triple net, si le locateur ou l'immeuble dans l'état où il se trouve (« as is ») sans s'engager à payer les frais d'entretien et d'exploitation ..., il ne peut tout de même pas exiger des locataires qu'ils lui remettent un immeuble neuf.»

Par ailleurs, dans cette même affaire, le bailleur tente également d'inclure à la masse des frais d'exploitation payable par les locataires, des frais d'administration, soit 15 % du coût des salaires reliés à l'administration de l'immeuble.

Il a été mis en preuve que c'est seulement en cours de contrat que le bailleur commence à inclure de tels frais d'administration à la masse des frais d'exploitation, et cela, suite au conseil du comptable du bailleur lui ayant signalé que de tels frais étaient habituellement facturés. La Cour n'a aucun doute. La conduite du bailleur révèle que les parties ne se sont pas entendues ni n'ont discuté de l'inclusion de ses frais au moment de la conclusion du bail. Elle rejette donc la réclamation du bailleur.

Ici encore, bien que le bail soit qualifié de net et malgré la clause fourre-tout, la Cour rejette toute inclusion de dépenses non spécifiquement énumérés au bail.

C) Société Lidesign Inc. et Entropal Inc. c. 2970-4020 Québec Inc. et Marie-Jolime Gourd et André Riendeau [2003] C.S. :

Dans cette affaire, le bail prévoit que le bail est net net, et que le locataire paiera sa quote-part des frais d'exploitation jusqu'à un plafond de trois dollars (3,00 \$) le pied carré de la superficie des locaux, réajusté selon le coût de la vie déterminé par Statistique Canada de façon annuelle.

Le bailleur, désirant inclure des dépenses qui feront excéder le plafond de 3,00 \$ le pied carré, plaide qu'il existe une contradiction entre un « loyer net net » et un tel plafond et que ce libellé « loyer net net » fait échec au plafond, toutes les dépenses devant être incluses dans la masse composant le loyer additionnel.

L'Honorable Juge Bernard Flynn, ne sera pas de cet avis :

« Le Tribunal ne peut accepter la prétention des locateurs à l'effet que par l'expression « net net », on entendait que les locataires devraient assumer toutes leurs quotes-parts des items dont la liste apparaît à la clause. Comme le souligne l'auteur Jean-Pierre Riel, dans Louage commercial: un mode en évolution, Les aspects financiers du bail commercial, édition Carswell 2000, page 29 et ss. « L'expression les appellations; bail net, bail net net, bail net net net, bail net net net net » peuvent prendre de multiples formes. Par ailleurs, le Tribunal ne voit pas pourquoi les

parties ne pourraient pas convenir de fixer un maximum à l'obligation. »

Aussi, il précise qu'il n'y voit aucune contradiction, la clause trouvant son application dans le cas où la quote-part du locataire serait inférieure à 3,00 \$ le pied carré, le locataire aurait droit à une réduction. Dans le cas contraire, cette quote-part serait limitée à 3,00 \$ et serait indexée tel que prévu.

En l'absence de preuve d'erreur dans la rédaction de la clause, en l'absence de preuve à l'effet que le contrat ne reflète pas l'intention des parties, le libellé de la clause n'étant pas ambiguë ni contradictoire, l'Honorable Juge Flynn refuse de modifier ce que prévoit le contrat : la demande du locateur d'inclure la totalité des quotes-parts du locataire est rejetée; la clause s'applique telle quelle, le plafond de 3,00 \$ est maintenu.

D) GE Capital Realty Management Inc. c. Zellers Inc., [2001] C.A. (500-09-000522-946)

Dans cette affaire, c'est la taxe sur le capital que le bailleur tente de se faire rembourser par le biais de la quote-part du locataire. Le bailleur est confiant : son bail prévoit une clause d'intention très détaillée à l'effet que le bail est net net pour le bailleur et au surplus, le bail prévoit précisément que le locataire doit payer la taxe sur le capital. Voici cette clause (surlignée par l'auteur) :

7. PAYMENT OF TAXES, ASSESSMENTS, ETC.

Without limiting the generality of the foregoing paragraph 6, Tenant shall, throughout the Term and any renewal thereof, be responsible and pay to the complete exoneration of Landlord the following taxes, costs and expenses:

b) All taxes, property taxes, municipal taxes, tax on capital, ... that may be levied, rated charged or assessed against the Property and/or all equipment and facilities thereon or therein by Landlord... whether such taxes, rates duties or assessments are charged by a municipal, parliamentary, school, or any other body of competent jurisdiction."

Néanmoins, la Cour d'appel refuse d'inclure la taxe sur le capital dans les frais d'exploitation.

Bien que le bail prévoit le paiement de la taxe sur le capital, le mode d'attribution de cette taxe n'y est pas pourvu.

En effet, la taxe sur le capital n'est pas une taxe foncière mais plutôt une taxe imposée en fonction des caractéristiques personnelles du propriétaire portant sur l'ensemble du capital de la corporation. Or, le mode d'attribution de cette taxe n'est pas pourvu au bail.

Quel sera l'impact de cette décision sur les clauses qui prévoient la participation du locataire au paiement d'une telle taxe et où il est prévu que le mode d'attribution de la quotité sera déterminé par le bailleur ? Comme toute discrétion, celle du bailleur devra être exercée de façon raisonnable pour recevoir l'aval des tribunaux.

Puisque le bailleur supporte le fardeau de prouver son droit à l'exécution, il devra d'une part, faire la preuve que la méthode alors utilisée est raisonnable ou usuelle dans l'industrie, et que d'autre part le locataire a consenti à l'application de toute telle méthode sans besoin de la préciser.

CONCLUSION

La prudence commande la rigueur. De toute évidence, les clauses d'intention ne sont pas d'un grand secours !

Aucune décision ne nous éclaire sur la signification exacte et les distinctions à faire entre les différentes appellations. Elles semblent n'avoir aucune valeur juridique, s'agissant plutôt d'appellations usagées dans l'industrie, inexactes, variant en sens d'un rédacteur à l'autre.

Dès lors, nul besoin de s'attarder à la rédaction de la clause d'intention parfaite afin d'obtenir un bail « net net net ». Toute l'attention doit être concentrée sur les clauses de frais d'opérations et de taxes afin de s'assurer qu'elles prévoient ou excluent, selon le cas, les dépenses auxquelles le locataire sera appelé à contribuer par le biais de sa quote-part proportionnelle. En cas d'ambiguïté, il incombera au bailleur de démontrer que l'inclusion d'une dépense non précisée au bail faisait partie de l'entente commune au moment de la conclusion du bail.

En revanche, les règles d'interprétations des contrats édictées au Code civil du Québec favorisent une interprétation donnant effet à toutes les clauses du contrat. Des décisions survolées, à l'image de plusieurs autres, l'on pourrait conclure que nos tribunaux ont peu de considération pour ces règles d'interprétation. De l'humble opinion de la soussignée, ce type de clause d'intention dont l'objectif est de solutionner quantité de situations

imprévisibles, est un expédient qui a ses limites. C'est aux contractants, et plus singulièrement au rédacteur, qu'il incombe d'être prévoyants. Une tâche s'intensifiant formidablement si l'on considère qu'au Québec, un bail peut s'échelonner sur 100 ans !