

UNE RELATION LOCATEUR-LOCATAIRE QUI A DU SUCCÈS: COMMENT SURMONTER LES DÉFIS DE NÉGOCIATION?

**L'INSTITUT CANADIEN
SIXIÈME CONFÉRENCE AVANCÉE SUR LA NÉGOCIATION, LA RÉDACTION ET L'EXÉCUTION
DES BAUX COMMERCIAUX
JUN 2011**

**Steven Chaimberg (associé, Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L.)
Nicolas Rioux (conseiller juridique principal, Ivanhoé-Cambridge Inc.)**

**Présentation préparée par: Steven Chaimberg (associé; steven.chaimberg@lrmm.com)
Emily Murphy (stagiaire; emily.murphy@lrmm.com)
Patricia Baram (étudiante; patricia.baram@lrmm.com)**

Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L.

Copyright © 2011



**LAPOINTE ROSENSTEIN
MARCHAND MELANÇON**

INTRODUCTION GÉNÉRALE

- ❖ Conseils pour une négociation efficace: l'importance de connaître les différentes techniques de négociation des baux commerciaux qui mèneront à une situation profitable pour tous avec de nombreux avantages à long terme
- ❖ Importance de prévoir les fluctuations du marché afin de déterminer s'il est préférable de s'engager dans un bail à court terme, à moyen terme ou à long terme
- ❖ Lors de la rédaction du bail, utiliser un langage qui protégera les deux parties en cas de changement de circonstances (propriétaire vend l'immeuble, locataire change le personnel)-il est possible que la personne négociant avec vous au stade initial ne soit pas la même dans quelques années
- ❖ Au moment de conclure le contrat de bail, les parties doivent chercher à anticiper et prévenir les problèmes légaux qui pourraient survenir plus tard

QUELQUES CONSEILS DE NÉGOCIATION QUE LES PARTIES AU BAIL COMMERCIAL SE DOIVENT DE CONNAÎTRE

Stade de la pré-négociation

- ❖ Bien connaître le statut légal du propriétaire et du locataire : les deux parties devraient être en mesure d'identifier leurs droits et leurs obligations et devraient avoir une bonne idée de la partie avec qui elles contractent afin d'éviter des problèmes au cours du bail
- ❖ Les pouvoirs de négociation dépendent de l'état du marché locatif (*hot or cold rental market*)
- ❖ Ententes préliminaires (Lettre d'intention, «*TPF*», Offre de location, etc.)-Attention effet contraignant!: ces ententes sont une façon d'évaluer l'opportunité de négocier (*way of testing the waters*)

Stade de la négociation

- ❖ Obligation légale de négocier de bonne foi
- ❖ Éviter le jargon et les ambiguïtés au stade de la négociation et de la rédaction : si le bail n'a pas été correctement rédigé, un petit défaut peut devenir un problème majeur pour l'une des parties

Éléments importants dont le locataire doit tenir compte

- ❖ le Bail standard: Locataires, prenez vos précautions! Les termes du Bail standard sont généralement favorables au propriétaire, mais tous les termes sont négociables (en théorie du moins)
 - l'importance de réviser le contenu du bail: le Bail standard représente habituellement les intérêts du propriétaire
 - si le bail ne fait pas l'objet de modifications adéquates, il risque de ne pas servir les intérêts du locataire lorsque des problèmes surgissent, le cas échéant. D'autre part, un locataire diligent exigera souvent des modifications au bail qui pourraient entraîner des conséquences inattendues pour le propriétaire si elles n'ont pas été comprises par lui
- ❖ Dans tous les cas, il est important de comprendre et d'être en accord avec les termes généraux du bail avant de le signer (entre autres les termes se rapportant au montant du loyer, à la durée du bail et à la configuration de l'espace physique)



- ❖ S'assurer que le bail reflète les intérêts de son entreprise: en tant que locataire, le succès de votre entreprise peut être grandement influencé par certains termes du bail. C'est pourquoi il est primordial de bien examiner les clauses du bail afin de s'assurer qu'elles répondent aux besoins de l'entreprise. Par exemple, si l'entreprise exige certaines modifications à l'espace existant, il est important de s'assurer que l'une des deux parties (le propriétaire ou le locataire) procèdera aux changements nécessaires

Éléments importants dont le propriétaire doit tenir compte:

- ❖ Être en mesure d'identifier un locataire particulièrement puissant : un locataire disposant d'un grand pouvoir de négociation sera plus facilement capable d'exiger des changements au bail qui, si elles ne sont pas suffisamment comprises, risquent de ne pas bénéficier le propriétaire à long terme.

Clauses importantes à inclure pour le locataire et le propriétaire

Locataire:

- ❖ Description adéquate des locaux (superficie, titre de propriété du locateur, vérification diligente)
- ❖ Loyer
- ❖ Loyer additionnel
- ❖ Coûts d'opération et taxes
- ❖ Obligations des co-locataires
- ❖ Pénalités
- ❖ Termes, options, renouvellements et prolongations
 - À quel moment précis le terme commence-t-il?
 - s'assurer de ne pas dépasser 40 ans
 - de la perspective du locataire, y a-t-il des périodes aux cours desquelles la Date de Commencement ne devrait pas survenir?
 - Y a-t-il certaines conditions à remplir avant que la Date de Commencement puisse survenir?
 - terme de 10 ans vs 2 ans +3 ans + 5 ans, les deux dernières options étant exercées au moment de la signature de l'Offre;
 - la différence entre une option de renouvellement et une option de prolongement, concernant l'entrée en vigueur d'un nouveau bail ou la continuation d'un bail déjà existant, ainsi que la manière dont cela affecte les obligations concernant l'état des locaux à la fin du terme;
 - le taux de loyer durant les périodes de renouvellement ou de prolongement n'étant «pas moins que celui durant la dernière année du terme initial» et la manière dont les allocations payables au locataire influencent ce concept;
 - Est-ce que l'exercice de l'option de renouvellement ou de prolongement est régi par les délais *de rigueur* et conditionnel à ce qu'il n'y ait jamais eu de défaut de paiement?



- ❖ Obligations de construction
 - Qui est en charge de construire quoi;
 - quelle est l'étendue des obligations de construction des parties (clés en main, «*build-to-suit*», etc.);
 - quels plans sont utilisés (les plans de qui), qui prend les permis, les parties peuvent-elles faire leur travail ensemble;
 - qu'arrive-t-il s'il y a des retards dans le travail (e.g. pénalités, temps ajouté, droit de quitter-*right to walk* et obtenir le remboursement des dépenses encourues);
 - s'assurer de ne pas inclure les congés fériés de la construction au Québec (été et hiver);
 - à quel moment la période d'aménagement ou d'installation commence-t-elle pour le locataire
- ❖ Réparations et maintenance
 - réparations majeures vs. réparations mineures, dépenses en capital devant être amorties au cours de la durée de vie utile (avec ou sans intérêts); périodes minimales de garantie pour des éléments du travail du propriétaire;
- ❖ Clauses d'opérations des lieux et possibilité de fermer durant une période prolongée («*go dark*»)
 - dépend de l'utilisation du local (commerce de détail, bureau, industriel);
 - quels sont les droits et obligations si le locataire désire fermer pour une période prolongée;
 - si le locataire décide de fermer pour une période prolongée, le propriétaire a-t-il le droit de mettre fin au bail après une certaine période de temps et, le cas échéant, le locataire devrait-il être protégé contre la possibilité pour le propriétaire de louer le local à un compétiteur exploitant le même commerce («*backfill protection*»);
 - contrairement aux tribunaux de *common law*, le droit québécois permet d'accorder des injonctions pour forcer l'occupation continue des lieux
- ❖ Allocations et Avantages (*Inducements*)
 - comment ils sont perçus par le propriétaire et le locataire;
 - droits du locataire si le montant n'est pas payé;
- ❖ Utilisation des lieux, exclusivités et clauses de rayon
 - importance d'une rédaction claire;
 - obligation de vérifier les titres afin de voir s'il existe quelque chose qui pourrait affecter l'utilisation du local par le locataire, ou pour s'assurer que personne d'autre ne bénéficie de la même exclusivité;
 - capacité d'affecter les propriétés adjacentes;



- comment s'assurer d'être protégé, compte tenu du droit québécois qui, à l'inverse des provinces de common law, refuse de reconnaître les servitudes réelles de restriction à l'usage (bien que la cause récente *Demik Properties (Sorel) c. Canada Austin Group Co.* de la Cour supérieure, datant du 19 février 2010, pourrait présenter une nouvelle approche au concept)
- options légales disponibles s'il y a violation par un tiers;
- usages interdits sur la propriété (e.g. bruits excessifs, odeurs nocives, activités sexuelles)
- ❖ Droits d'affichage
 - le locataire peut-il imposer son propre affichage (e.g. sa propre enseigne);
 - restrictions quelconques concernant la grandeur, l'endroit et le nombre;
 - droits d'affichage sur les pylônes (où, de quelle largeur, des deux côtés);
- ❖ Accès et aires de non-construction
 - pour protéger la visibilité des locaux (des constructions dans les aires de stationnement et sur les routes pouvant affecter la visibilité par exemple)
 - pour s'assurer que les ratios de stationnement (*parking ratios*) sont respectés en tout temps au cours du terme (N.B. vérifier les ratios de stationnement à l'avance si cela a une importance particulière pour le locataire);
 - s'assurer que le propriétaire ne bénéficie pas du droit d'éliminer les entrées ou les sorties du site, ainsi que l'aire de stationnement (e.g. vendeur de beignets dans le stationnement d'un centre commercial en Ontario);
- ❖ Fermeture d'autres locataires
 - y-a-t-il des pourcentages minimaux d'occupation qui sont exigés avant que le locataire ne soit (i) obligé d'ouvrir ou, (ii) autorisé à seulement payer le % de loyer ou à mettre fin à l'offre/bail;
- ❖ *Sweeteners*:
 - Loyer gratuit
 - Avantages accordés au locataire
 - «*Build-to-suit*»
 - Exclusivités
 - Droits de premier refus
 - Droits d'agrandissement
 - Droit de payer seulement le % de loyer si un certain taux d'occupation n'est pas atteint, en plus du droit d'annuler si la situation persiste pour plus qu'un nombre X de mois



- Droit d'essayer ("*try it out*") i.e. payer seulement le % de loyer pour une certaine période de temps afin de déterminer si les locaux s'avèreront un succès ou non; si non satisfait, possibilité de quitter; si satisfait, aller de l'avant avec le bail (le montant minimal de Loyer basé sur le % de loyer payé durant la période d'essai)
- «*Backfill protection*» (ne peut pas re-louer le local à un locataire exploitant le même commerce)
- Pas de «*shift clause*» (i.e. aucune possibilité de relocaliser le locataire dans un autre local)
- Possibilité de déterminer le moment d'ouvrir les locaux (en d'autres mots, si le propriétaire ne peut pas fournir les locaux avant une certaine date, le locataire peut remettre à une date ultérieure l'ouverture, ce qui est particulièrement important dans l'industrie de la mode); cela devrait être joint avec les obligations de la part du propriétaire de payer le locataire pour une perte de profit due à la marchandise commandée qui ne pouvait pas être vendue par le locataire en raison de son incapacité à ouvrir
- Restrictions imposées au propriétaire afin qu'il ne puisse pas poser certaines actions qui pourraient affecter de manière considérable la visibilité du locataire, sa proximité avec des locataires majeurs (grands détaillants par exemple), les entrées et les sorties
- Loyer brut et/ou plafond sur les dépenses et/ou les taxes
- lieu, lieu, lieu!

Propriétaire

Mêmes considérations que le locataire, en plus de celles-ci:

- ❖ Droit de remettre à plus tard la construction si le nombre de locataires n'atteint pas le % minimal de location ou droit de mettre fin à l'offre
- ❖ Dépôt de garantie, hypothèque mobilière, sécurités
- ❖ Cession et sous-location;
 - La législation québécoise prévoit la novation dans les circonstances où il y a cession et lorsqu'il n'y a rien de prévu dans l'offre/bail concernant la responsabilité pour les obligations du locataire cédant (contrairement aux provinces de common law);
 - option de mettre fin au lieu de fournir le consentement, avec le droit du locataire de retirer sa demande de céder/sous-louer le bail;
 - montants additionnels payables en cas de cession/sous-location, et qui conserve quoi;
 - augmentation dans le taux de loyer si cession/sous-location;
 - droit automatique de céder/sous-louer si le cessionnaire est une personne liée ou une compagnie publique;
 - clause relative au changement de contrôle et exclusions de là;



- ❖ Contrôle du développement
 - relocalisation des locaux, à tout moment, de temps à autre, aux frais du locataire ou aux frais du propriétaire;
 - type d'entreprises permises dans le développement;
 - capacité du propriétaire de mettre fin à l'offre/bail s'il désire démolir ou rénover l'immeuble;
- ❖ Assurance, responsabilité et indemnité;
 - quand le locataire paie une portion de l'assurance du propriétaire, considéré un assuré additionnel
 - renonciation à la subrogation, responsabilité réciproque et obligation conjointe;
 - Plafond de responsabilité;
- ❖ Dommages et destruction;
 - temps maximal pour la reconstruction;
 - qu'arrive-t-il si les locaux ne sont pas endommagés mais l'accès aux locaux est matériellement affecté de manière négative;
 - choix du propriétaire de mettre fin à l'offre/bail malgré le fait que les locaux ne soient pas endommagés;
 - droit de re-louer s'il y a eu un choix de mettre fin à l'offre/bail et une reconstruction subséquente dans les ● années;
 - réduction du loyer minimal, loyer additionnel, jusqu'à temps que le propriétaire finisse le travail, le locataire finisse le travail, ou pas de réduction si dommage causé par le locataire;
- ❖ Défaut de paiement:
 - droit automatique (ipso facto) de mettre fin au bail;
 - différence entre la faillite et les autres défauts de paiement;
 - avis de remédier au défaut de paiement;
 - droit de remédier à tout moment ou renonciation à la capacité de le faire;
 - clause de pénalité en cas de défaut.

