



Par: Richard Burgos
du cabinet d'avocats
Lavery, De Billy S.E.N.C.R.L.

À quoi ça sert?

On assiste, depuis quelques années déjà, à une rapide progression de même qu'à une forte croissance du niveau d'activité dans le secteur du commerce de détail provoquées par l'apparition de mégacentres commerciaux et de détaillants de tous genres et tous styles. Plus que jamais, une intense rivalité s'exerce entre les intérêts des propriétaires et ceux des détaillants. Dans un tel contexte, il est important pour les détaillants de clairement délimiter leur territoire et il revient aux propriétaires de tenter de répondre à leurs besoins. Le problème pour les propriétaires réside dans le fait que plusieurs de leurs clients cherchent à limiter la concurrence exercée autour de leur commerce et, de ce fait, limitent les occasions pouvant se présenter aux propriétaires de louer leurs locaux. De plus, les propriétaires ont des systèmes et plans d'organisation de leurs centres bien précis qu'ils jugent nécessaires en vue d'accroître la valeur de leurs propriétés et, pour la plupart d'entre eux, rehausser l'attrait de leurs centres commerciaux pour les locataires, présents et futurs.

Voilà donc résumée, en quelques lignes, toute la problématique engendrée par la compétitivité du secteur de la location de locaux pour commerce de détail. Les propriétaires ont tendance à vouloir restreindre l'usage pouvant être fait des locaux par un locataire, tout en demeurant libres de louer d'autres locaux à de futurs locataires de leur choix. À l'opposé, les locataires souhaitent, quant à eux, utiliser les locaux sans avoir à souffrir de restrictions, tout en éliminant tout commerce voisin susceptible de leur faire concurrence, du moins à l'intérieur du centre commercial lui-même.

Dans bien des cas, les propriétaires et les locataires ont une quelconque expérience, pour en avoir déjà négocié, des clauses d'usage et des clauses d'exclusivité. Au moment de négocier de telles clauses, il est important que le locataire reconnaisse et comprenne la dynamique dans laquelle s'inscrit pour le propriétaire l'acquiescement à de telles conditions. De toute évidence, les questions que soulève la présence de commerces similaires dans un centre commercial ne seront pas les mêmes lorsqu'un centre commercial compte des locataires dont les activités sont distinctes, différentes et, bien souvent, complémentaires. Qui plus est, dans les secteurs où le centre commercial favorise le regroupement et la vente de produits et services similaires (aires de restauration, centres de la mode, etc.), une importance particulière doit être apportée, lors de la négociation du bail, aux clauses d'usage et aux clauses d'exclusivité.

Sans vouloir trop nous y attarder dans le présent article, il nous faut tout de même souligner l'importance de régler, dès le commencement des discussions, les questions liées aux clauses d'usage et aux clauses d'exclusivité. Pour ce faire, ces éléments doivent être convenus au départ des négociations dans le cadre de la

lettre d'intention ou à l'offre de location. *Il est déconseillé de n'engager les discussions ou les négociations à l'égard de ces clauses qu'au moment de négocier les modalités d'un bail suite à une lettre d'intention ou offre de location.*

CONSIDÉRATIONS À RETENIR LORS DE LA NÉGOCIATION DES CLAUSES D'USAGE

Il ne sera pas surprenant que le locataire s'efforce d'obtenir des clauses d'usage plus générales de manière à ne pas entraver l'évolution future de ses activités et à être davantage en mesure de sous-louer les locaux ou de céder le bail à une tierce partie. La démarche du locataire sera guidée par les principes suivants :

- il lui faut, autant que possible, ne parler qu'en généralités;
- éviter que l'usage des locaux se fasse sous un seul nom commercial particulier;
- il doit pouvoir modifier l'usage fait des locaux, avec ou sans avis, mais sous réserve, toutefois, des règlements de zonage ou des lois applicables.

Le propriétaire, quant à lui, se devra d'entrer dans les détails, car il lui faut pouvoir doser la combinaison des produits et services offerts par ses locataires. Il lui faut également demeurer en mesure de satisfaire aux obligations qu'il peut avoir contractées aux termes des clauses d'usage ou des clauses d'exclusivité négociées avec ses autres locataires. Donc le propriétaire doit chercher à établir :

- des limites et des modalités précises quant à la nature ou au style de l'exploitation;
- des modalités précises quant à la nature des produits et services fournis et vendus;
- l'obligation pour le locataire de mener ses activités sous un nom commercial particulier.

L'issue des négociations menées entre un locataire et le propriétaire dépendra, à l'instar des autres types de négociation, de la position de force relative du propriétaire ou du locataire. Cela dit, et si l'on part du principe que les deux parties sont plus ou moins sur un pied d'égalité, une clause restrictive d'usage négociée de façon équitable comprendra typiquement les éléments suivants :

- une description générale de la nature des activités;
- des exemples précis sur la nature des produits et services devant être fournis;
- une détermination objective relativement aux produits ou aux services principaux et ceux qui seront des accessoires;
- des exclusions spécifiques;
- l'obligation pour le locataire de mener ses activités sous un nom commercial particulier, tout en ayant le droit d'utiliser d'autres noms commerciaux ou de remplacer son nom commercial

par d'autres noms commerciaux, sous réserve de conditions déterminées à l'avance;

- le droit de modifier l'usage fait des locaux sous réserve du consentement du propriétaire, lequel ne peut être refusé de manière déraisonnable, ou tel qu'il peut en être convenu, à la seule discrétion du propriétaire;

- une liste des exclusions spécifiques quant à l'usage des locaux, laquelle comprendra, bien souvent, une liste des exclusions en vigueur pour les locataires actuels ou futurs, de même que les intentions du propriétaire relativement à la nature des activités pouvant être menées dans son centre commercial, c.-à-d., l'interdiction d'y exploiter des bars, des magasins de liquidation, etc.

L'importance que revêtent les clauses d'usage et les difficultés qui en découlent s'expliquent par le niveau relatif de spécialisation de bon nombre de détaillants et par le fait que les activités de nombreux détaillants font appel à plusieurs concepts. Il est important que les locataires et les propriétaires en tiennent compte tout comme il est important qu'ils comprennent bien le modèle d'affaires avec lequel ils ont à traiter. Comme nous le verrons ci-après, si les dispositions énoncées dans la clause d'usage sont imprécises ou si elles ne permettent pas de régler toute situation à laquelle elles peuvent être confrontées, les parties contractantes se verront forcées de faire appel aux tribunaux, ce qui ne permet pas toujours d'obtenir les résultats escomptés. On n'a qu'à penser à la manière dont des détaillants, comme Wal-Mart et Club Price, ont étendu leurs activités dans des secteurs tels que la vente de produits d'épicerie, alors qu'il y a plusieurs années, ces secteurs n'étaient

pas nécessairement considérés comme faisant partie des produits et services offerts.

De plus, lorsqu'un centre commercial vise à regrouper un certain nombre d'activités similaires, comme cela est le cas d'un centre de la mode ou d'une aire de restauration, il devient alors crucial de clairement définir ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. *Des clauses d'usage et d'exclusivité convenablement rédigées permettront d'établir des règles auxquelles toutes les parties concernées pourront se référer afin de déterminer la valeur du bail, les lieux en question, de même que les profits pouvant en être tirés.*

Examinons ensemble le cas bien précis des aires de restauration ainsi que les différents types d'activités qui s'y déroulent. L'exploitation d'un restaurant comporte plusieurs facettes :

- avec ou sans places assises;
- avec ou sans service aux tables;
- vente de boissons et notamment de boissons alcoolisées;
- vente et consommation de café et thé;
- aliments à consommer sur place ou à l'extérieur;
- repas cuits ou repas préemballés, ex.: des sandwiches;
- type ou style général de restaurant, ex.: familial, pizza, sports, français, italien, etc.
- limites quant aux usages complémentaires, comme, par exemple, la vente et consommation de café.

Donc, dans le cas de rédaction de clauses d'usage et d'exclusivité pour un restaurant, tous ces éléments devraient être, dans une mesure ou une autre, considérés.

CLAUSES D'EXCLUSIVITÉ

Les clauses d'exclusivité, sont directement liées aux clauses d'usage et sont négociées en même temps. *Il convient de souligner que le simple fait de négocier une clause d'usage ne garantit pas au locataire qu'un autre locataire se verra empêché d'exploiter un commerce identique ou similaire au sien.* Dans la pratique, un propriétaire aura tendance, sans pour autant s'y être engagé, à protéger les intérêts de ses clients et à rechercher des locataires dont les activités sont complémentaires plutôt que concurrentes. À mesure que les affaires évoluent, il pourrait en venir à se soucier par-dessus tout d'obtenir des locataires, même concurrents. Cela dit, il est généralement dans l'intérêt d'un locataire de demander, dans toute la mesure du possible, que lui soit accordée une certaine exclusivité.

Dans le cas du locataire, ses exigences peuvent se résumer comme suit :

- l'exclusivité quant au type de commerce exercé;
- l'exclusivité quant aux produits ou services à offrir;
- des garanties à l'égard du territoire du centre commercial et, possiblement, quant à toute propriété adjacente appartenant au propriétaire;
- l'empêchement pour certains concurrents spécifiques d'exercer un commerce dans le centre commercial.



"Les clauses d'exclusivité sont, dans l'ensemble, établies par contrat, soit le bail, et à titre d'obligations personnelles que se doivent les parties.."

Dans le cas du propriétaire, il lui faudra tenir compte des points suivants :

- les clauses d'usage et les clauses d'exclusivité déjà accordées aux autres locataires;
- la nécessité d'aviser les futurs locataires de l'existence de clauses d'exclusivité;
- la nécessité de clairement délimiter le territoire et les parties du centre commercial visés par de telles clauses d'exclusivité;
- la nécessité d'imposer certaines limites aux clauses d'exclusivité relativement à la nature des activités, au style de commerce et à certains produits;
- la durée des clauses d'exclusivité, notamment la durée initiale et toute possibilité de renouvellement;
- la nécessité de déterminer si le droit d'exclusivité accordé à un locataire est de nature personnelle et s'il peut ou non être cédé avec le bail.

Le recours aux clauses d'exclusivité a donné lieu à un nombre considérable de litiges. Fait intéressant à signaler, il a été établi, suite aux décisions rendues dans certain cas, que lorsque le libellé d'une clause d'exclusivité ne réfère, de façon générale, qu'au style d'exploitation, il peut s'avérer difficile pour un locataire de s'opposer à ce qu'un concurrent puisse offrir des produits ou services concurrentiels, lorsque, de fait, ce concurrent exploite un commerce d'un style différent.

En voici quelques exemples :

- une *beignerie* s'est vu accorder un droit d'exclusivité quant à un magasin de style beige. Il fut conclu que l'exploitation d'un *café-restaurant de style européen* ne contrevenait pas au droit d'exclusivité accordé. Dans la pratique, ces deux commerces offraient plusieurs produits similaires. Toutefois, le tribunal en est arrivé à la conclusion qu'il était possible d'établir une claire distinction entre les deux styles, ce qui permettait d'aisément différencier la clientèle de ces deux commerces. De plus, étant donné qu'il est pratique courante pour le propriétaire et le locataire d'inclure également une clause d'exclusivité à l'endroit de certains produits, les tribunaux ont statué qu'étant donné l'absence de détails précis, l'intention poursuivie par les parties devait se limiter à l'exclusivité quant au style d'exploitation;

- la clause d'usage en question dans ce deuxième cas prévoyait de façon précise le type de produits alimentaires pouvant être vendus. Toutefois, la clause d'exclusivité ne faisait référence qu'à un style d'exploitation similaire à celui du locataire. Ici encore, les tribunaux ont statué que le droit d'exclusivité qui devait être protégé avait trait au style et non aux produits même si par ailleurs la nature spécifique des produits était précisée dans la clause d'usage. On voit donc que la clause d'usage demeure distincte de la clause d'exclusivité.

RESTRICTIONS D'USAGE ÉTABLIES PAR SERVITUDE

Les clauses d'exclusivité sont, dans l'ensemble, établies par contrat, soit le bail, et à titre d'obligations personnelles que se doivent les parties. Par le passé, certains locataires ont tenté de protéger leurs droits d'exclusivité, non seulement à l'aide des modalités du bail et des obligations personnelles qu'il établit, mais aussi en grevant le terrain appartenant au propriétaire au moyen d'une servitude constituée en faveur du locataire dans le but d'imposer certaines restrictions quant à l'usage pouvant être fait de la propriété par ce dernier.

Au Québec, la validité d'un tel arrangement a fait l'objet de nombreux débats, tant en jurisprudence que par la doctrine. Le cas qui fait autorité dans ce domaine concernait Steinberg, qui fut possiblement, durant ses jours de gloire et avant son déclin, il y a de cela plusieurs années, l'une des plus importantes chaînes d'épicerie au Québec.

La société Steinberg était également propriétaire d'un grand nombre de terrains. Pour essayer de limiter la concurrence, Steinberg grevait systématiquement tous les terrains qu'elle possédait, lesquels représentaient à plusieurs égards des emplacements privilégiés, de restrictions d'usage établies par servitude contre la propriété. Afin de se conformer aux règles du Code civil applicables, Steinberg grevait ainsi les terrains par une interdiction d'y ériger un marché d'alimentation, en faveur de leur centre principal de distribution dans l'est de la ville de Montréal. Une fois grevé par cette interdiction, Steinberg vendait ces terrains à des tierces parties. Étant donné la nature de la restriction d'usage, le débat portait, en majeure partie, sur la question de savoir si une servitude (dont l'essence même est de créer une charge sur un immeuble, le fond servant, en faveur d'un autre immeuble, le fond dominant, comme, par exemple, pour permettre l'accès) peut être utilisée pour établir ce qui est essentiellement un droit qui n'est pas de nature réelle mais de nature purement personnelle.

Lors de la première cause en cette matière il y a maintenant plusieurs années, le tribunal a statué qu'une telle servitude était valide. Toutefois, il fut établi, suite aux décisions rendues au fil des ans dans d'autres affaires de ce genre, que de telles servitudes étaient, de fait, invalides et inopposables. Finalement en 2001 la Cour d'appel du Québec semble avoir mis fin à la controverse en concluant qu'une telle servitude n'est pas opposable.

Les faits dans le dossier qui nous concerne, soit *Métro-Richelieu c. Standard Life*, se résument comme suit :

- Standard Life accorde un prêt à Centre commercial Victoriaville Ltée (« CCVL ») en vue d'agrandir un centre commercial, lequel est donné en garantie du remboursement du prêt;

- dans le contexte de la location d'une partie de sa propriété à Métro-Richelieu, chaîne d'épicerie, et suite à un certain nombre de transactions et d'ententes complexes, une entente est conclue en vertu de laquelle CCVL a accordé une servitude à l'endroit de sa propriété et en faveur d'un terrain adjacent dont était propriétaire une tierce partie. Métro-Richelieu avait en fait loué ce terrain adjacent. Conformément à cette servitude, aucun supermarché ni épicerie ne pouvait y être érigé. La servitude devait demeurer en vigueur jusqu'à l'expiration du bail de Métro-Richelieu, jusqu'à ce que le magasin de Métro-Richelieu soit fermé, pour quelque raison que ce soit, ou jusqu'à ce que l'usage de ce magasin soit modifié;

- Standard Life a exercé ses droits hypothécaires et est devenue propriétaire de la propriété de CCVL, et est ainsi devenue propriétaire de la propriété sujet à la servitude qui y interdisait l'exploitation d'une épicerie;

- Standard Life a entamé des procédures afin que la servitude soit déclarée nulle et inopposable, en invoquant plusieurs arguments, dont notamment qu'une servitude ne pouvait être utilisée pour protéger un droit essentiellement personnel.

En Cour supérieure, il fut statué que, de fait, la servitude ne servait qu'à créer une obligation personnelle qui serait inopposable à Standard Life. Métro-Richelieu a interjeté appel de cette décision.

La Cour d'appel a, quant à elle, statué que le fait que la servitude était liée à un événement d'ordre personnel, tel que l'exploitation d'un marché Métro-Richelieu, et non pas au bien immobilier lui-même, rendait la servitude invalide.

La Cour a également pris en considération d'autres éléments particuliers au droit québécois connus sous le nom de « servitudes personnelles » qui, bien qu'à un degré moindre, auraient également pu être déclarées opposables à Standard Life en tant que charges grevant la propriété. La Cour d'appel a également statué que les conditions nécessaires à cet égard n'avaient pas été remplies.

En conclusion, la Cour d'appel a statué que les droits visés en vertu de la servitude étaient de nature personnelle et que, par conséquent, ils étaient inopposables à Standard Life.

bail, les parties contractantes ont parfois tendance à prendre pour acquis les clauses d'usage et d'exclusivité. Le locataire et le propriétaire doivent considérer la façon dont les deux entreprises pourront évoluer, puisque les baux sont généralement des ententes de longue durée. Ces clauses devraient être négociées dès le commencement des discussions au moyen, par exemple, d'une lettre d'intention ou d'une offre de location. Il est important de noter les modalités de toutes les clauses d'usage et d'exclusivité à des intervalles réguliers, de manière à pouvoir prendre immédiatement les mesures qui s'imposent, s'il s'avère que les clauses d'usage ou les clauses d'exclusivité ne sont pas respectées. •

CONCLUSION

Tout comme pour un bon nombre de dispositions d'un