



Arbitrage et évaluation :

QUESTIONS RELATIVES À LA RÉINITIALISATION DES LOYERS



Par **TONY SEVELKA**, É. Pro., AACI, Président,
International Valuation Consultants Inc.

PARTIE 2

NOTE : La première partie de cet article a été publiée dans le volume 68 d'ÉIC, tome 1 et peut être consultée en ligne à l'adresse suivante <https://www.aicanada.ca/about-aic/canadian-property-valuation-magazine/>

Caractéristiques d'un renouvellement et d'une prolongation de bail

Une réévaluation du loyer pendant la durée d'un bail portant sur des locaux existants (c'est-à-dire une partie ou la totalité d'un bâtiment) prend toujours en considération le bail lui-même et, en règle générale, toutes les conditions en vigueur restent intactes lors de la fixation du nouveau loyer. Il en va de même lorsqu'il s'agit de fixer un nouveau loyer pour une durée déterminée dans le cadre d'une option de prolongation¹ d'un bail existant.

Une option de renouvellement constitue un nouveau bail, et la réévaluation du loyer pour la période couverte par l'option de renouvellement peut ou non tenir compte des conditions subsistantes du bail initial.

Il existe une distinction technique entre le renouvellement et la prolongation d'un bail. Une prolongation est un allongement de la durée du bail. Un renouvellement, en revanche, crée un nouveau bail distinct et n'est pas simplement une perpétuation de l'ancien bail. Il implique la signature d'un nouveau document de bail.²

Dans l'affaire *Fire Productions Ltd. c. Lauro*,³ la cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est penchée sur l'interprétation de l'expression « fair market rent » (loyer équitable) dans la clause de renouvellement du bail :

« ... à condition que le loyer payable en vertu du [renouvellement] du bail soit le loyer du marché pour les locaux tel que mutuellement convenu par les

parties aux présentes dans un délai d'un (1) mois après la remise de ce préavis, à condition qu'à défaut d'un tel accord, celui-ci soit déterminé par un arbitre unique agissant conformément au *Commercial Arbitration Act* (Colombie-Britannique), dont la décision sera contraignante pour les parties aux présentes. » (Traduction)

Le locataire a exercé une deuxième option de renouvellement pour une durée de cinq ans à compter du 1^{er} mai 2003. Le litige portait sur la question de savoir si les améliorations locatives du locataire devaient être prises en compte dans l'analyse de la revalorisation du loyer au moment du « renouvellement » du bail. Le tribunal a traité l'option de

renouvellement comme si les locaux étaient disponibles à la location « en l'état » (c'est-à-dire en tant qu'espace fini) sur le marché libre à toute tierce partie potentielle, en commentant comme suit :

« Le locataire n'est pas désavantagé si, en exerçant son droit de renouvellement, il doit payer le loyer que le propriétaire pourrait obtenir si le bail n'était pas renouvelé. Le locataire peut en un sens payer des intérêts sur les améliorations qu'il a apportées, mais il peut continuer à utiliser les améliorations, qui sont devenues la propriété du bailleur, jusqu'à la fin de la période de renouvellement. Tout dépend du marché conclu par les parties lors de la signature du bail et il est essentiel de tenir compte de la formulation utilisée par les parties pour exprimer leur marché dans un cas donné. En l'espèce, le marché conclu en ce qui concerne le loyer de renouvellement à payer a favorisé le bailleur ». (Traduction)

Nature du loyer à déterminer

En échange du droit d'un locataire d'occuper un espace à des conditions spécifiques, le propriétaire a le droit de percevoir un loyer. La nature du loyer à déterminer pour les locaux loués (ou l'espace loué) est définie et dictée par le libellé du bail et peut s'écarter du loyer de marché qui, selon le *Dictionary of Real Estate Appraisal, 7^e édition*, est défini comme suit :

« Le loyer le plus probable qu'un bien immobilier devrait rapporter sur un marché concurrentiel et ouvert, dans toutes les conditions requises pour une transaction de location équitable, le locataire et le bailleur agissant chacun avec prudence et en connaissance de cause, et en supposant que le loyer n'est pas influencé par des stimuli injustifiés. » (Traduction) Cette définition implique implicitement l'exécution d'un bail

à partir d'une date précise dans des conditions déterminées voulant que :

- le locataire et le bailleur soient généralement motivés ;
- les deux parties soient bien informées ou bien conseillées, et agissent dans ce qu'elles considèrent être leur meilleur intérêt ;

- le paiement soit effectué en espèces ou selon des modalités financières comparables ; et
- le loyer reflète les conditions spécifiques du marché, telles que les utilisations autorisées, les restrictions d'utilisation, les obligations de dépenses, la durée, les concessions, les ajustements de loyer et les réévaluations, les options de renouvellement et d'achat, la fréquence des paiements (annuels, mensuels, etc.) et les améliorations locatives [p. 117] ».

Utilisation existante ou utilisation optimale (sans restriction)

Une *clause d'utilisation* dans un bail de locaux dicte le type d'utilisation des locaux loués pendant la durée du bail ou pendant la période de prolongation du bail. Cependant, la formule ou le mécanisme de réinitialisation du loyer pendant la durée du bail ou pendant la période de prolongation du bail peut n'avoir aucun lien avec ce qui est effectivement autorisé par la clause d'utilisation. À moins que le libellé du bail n'indique une intention contraire, l'évaluateur doit estimer le loyer sur la base de l'utilisation ou des utilisations autorisées par la clause d'utilisation du bail existant.

Si une clause de réinitialisation du loyer dans un bail portant sur des locaux stipule que le loyer du marché est basé sur l'utilisation optimale⁴ de l'espace (locaux loués), l'évaluateur doit tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris les suivants, à la date d'évaluation stipulée dans le bail :

- Le nombre d'années restant à courir sur le bail existant⁵ et toute extension de bail pouvant être exercée unilatéralement par le preneur (locataire) au moment de la réinitialisation du loyer ou de la période de temps stipulée dans la clause de réinitialisation du loyer.⁶
- La localisation de l'espace dans le bâtiment ou le complexe.
- Le type d'accès à l'espace (par exemple, escaliers, ascenseurs, niveau de la rue, etc.).
- La superficie de l'espace et son utilité.
- L'état de l'espace (fini ou non fini).
- L'âge et l'état du bâtiment ou du complexe qui abrite l'espace.

- Les utilisations autorisées par les contrôles d'occupation des sols en vigueur, et non interdites par des clauses restrictives enregistrées sur le titre de propriété ou par des clauses figurant dans les baux d'autres locataires.
- Le soutien du marché et le niveau de la demande pour chaque usage autorisé (viable).

Un bail d'espace (locaux loués) qui ne prévoit pas de stationnement (sur site ou hors site) élimine les usages autorisés qui en dépendent, et les usages autorisés qui ne peuvent pas être accueillis dans l'espace ou pendant la durée non écoulée du bail et de toute prolongation du bail sont également éliminés. De même, toute utilisation autorisée qui n'est pas financièrement réalisable compte tenu de la durée restante du bail et de ses éventuelles prolongations est également exclue de l'analyse de l'utilisation optimale.

Dans l'affaire *McDonald's Corporation c. 1552 Broadway Retail Owner, LLC*,⁷ un litige est apparu sur la question de savoir si la réinitialisation du loyer au cours des cinq premières années d'une prolongation de bail de 10 ans⁸ devait être basée sur l'utilisation existante du restaurant ou sur l'utilisation optimale (sans restriction) des « locaux démolis » définis comme suit :

« Les locaux loués se composent d'un rez-de-chaussée [2 200 pieds carrés], d'un sous-sol [315 pieds carrés] et d'une mezzanine [3 700 pieds carrés] ... »

La fixation du loyer pour la période de 5 ans allant du 1^{er} juin 2014 au 31 mai 2019 se fait selon la formule suivante, telle qu'elle figure dans la clause d'évaluation 4(b)(1) :

« Quatre-vingt-dix pour cent (90 %) du loyer de marché équitable (le « FMV ») pour les locaux loués, déterminé à la date survenant six (6) mois avant le 1^{er} juin 2014 [la « date de détermination »] Le FMV sera déterminé sur la base de l'utilisation optimale des locaux loués et en tenant compte de tous les facteurs pertinents. »⁹(Traduction)

Selon l'article 9 du bail, la seule utilisation autorisée des locaux loués est celle d'un restaurant McDonald's ou d'un autre restaurant exploité par McDonald's.

Dans cet exemple, la clause *d'utilisation* est en conflit avec la clause de réinitialisation du loyer (évaluation), et suggérer que l'utilisation

en tant que restaurant est la seule autorisée pour les locaux loués viderait de son sens la clause d'évaluation et le concept d'utilisation optimale. Sur l'insistance du locataire, le tribunal a été persuadé d'intervenir sur la question de l'« utilisation optimale », arguant que l'arbitrage serait impossible si les évaluations concurrentes des parties étaient fondées sur des concepts de valeur différents. L'expression « utilisation optimale » n'est pas un terme que l'on trouve généralement dans les clauses de réinitialisation de loyer associées aux baux d'espace dans un bâtiment. De même, la référence dans la clause de réinitialisation du loyer à la juste valeur marchande (*fair market rent* ou FMV) prête à confusion, car *FMR* est l'acronyme courant de *fair market rent* (juste valeur locative). Une clause de réinitialisation du loyer mal rédigée peut rendre difficile pour un évaluateur de déterminer les utilisations appropriées des locaux loués, de définir le type de valeur et d'appliquer les méthodes et techniques d'évaluation appropriées, et peut être difficile à interpréter pour un arbitre.

Comme l'a noté le tribunal, l'expression « utilisation optimale » est souvent utilisée dans le secteur de l'immobilier. La détermination de l'utilisation optimale relève de la compétence des arbitres (à moins que l'utilisation ne soit stipulée dans le bail ou convenue par les parties). Toutefois, la Cour a jugé que les arbitres ne pouvaient pas limiter leur analyse de l'évaluation à l'utilisation des locaux loués en tant que restaurant *McDonald's* sans déterminer s'il existait des utilisations plus intéressantes pour les locaux loués, conformément au libellé de la clause de réinitialisation du loyer.

L'analyse de l'utilisation optimale peut s'avérer difficile dans le cas d'une réinitialisation du loyer d'un bail défini uniquement comme une partie d'un bâtiment ou d'un complexe, avec une durée déterminée et une occupation par un seul locataire. Le bail de *McDonald's*, d'une durée résiduelle de 10 ans,¹⁰ comprend 5 900 pieds carrés sur deux niveaux, une façade de 37,75 pieds (emplacement au milieu d'un pâté de maisons), et bénéficie d'une exposition au trafic piétonnier et automobile (volume élevé à Times Square). Le bassin de locataires potentiels pour l'espace occupé par *McDonald's* est limité, car les exigences en matière d'espace varient d'un locataire à

l'autre en fonction de la nature de l'activité et de l'utilisation prévue.

Suggestions d'évaluation et contenu

Un bail qui prévoit l'échange de rapports d'évaluation à une date précise exige que chaque partie donne à son évaluateur un délai suffisant pour réaliser l'évaluation de manière crédible et en temps voulu. Inversement, il est tout aussi important qu'un évaluateur engagé au nom d'une partie impliquée dans un litige locatif connaisse et respecte les obligations contractuelles impliquant la conformité aux principes et normes d'évaluation reconnus tels que les Uniform Standards of Professional Appraisal Practice (USPAP), les Normes uniformes de pratique professionnelle en matière d'évaluation au Canada (NUPPEC) ou les International Valuation Standards (IVS),¹¹ ainsi que la réalisation et la prestation d'un rapport d'évaluation dans les délais impartis. Si l'évaluation doit faire l'objet d'un examen indépendant,¹² il convient de prévoir un délai plus long pour la commande de l'évaluation. Une clause ou une disposition du bail qui impose des délais irréalistes pour la préparation et l'échange des rapports d'évaluation devrait, si possible, être renégociée ou temporairement assouplie dans l'intérêt mutuel des parties avant de procéder à l'arbitrage.

Des preuves d'évaluation crédibles sont cruciales dans un litige portant sur la réinitialisation du loyer, et chaque partie (ou son conseiller juridique) doit faire preuve de diligence raisonnable dans la supervision du processus d'évaluation afin d'assurer ce qui suit :

- Le devoir primordial de l'évaluateur est d'aider le juge des faits (c'est-à-dire l'arbitre, la commission d'arbitrage ou le tribunal) et de fournir des preuves objectives et impartiales, et une déclaration à cet effet doit être jointe au rapport d'évaluation.
- Le rapport d'évaluation devrait identifier l'utilisateur prévu, l'utilisation prévue (c'est-à-dire l'arbitrage), le type de valeur (par exemple, la valeur de marché, la valeur locative de marché) et les définitions invoquées, la date d'entrée en vigueur des avis et des conclusions, ainsi que les éventuelles conditions d'affectation.¹³

- Le rapport d'évaluation devrait inclure un curriculum vitae détaillé faisant état des qualifications professionnelles et mettant l'accent sur les connaissances et l'expérience pertinentes pour la ou les questions d'évaluation en litige.
- *L'envergure des travaux*¹⁴ entrepris et présentés dans l'évaluation doit être cohérente avec l'utilisation prévue, en décrivant la nature et l'étendue des recherches effectuées dans le cadre de la tâche de réinitialisation des loyers, et la dépendance à l'égard de rapports préparés par d'autres professionnels doit être divulguée. Le rapport d'évaluation devrait être relu pour vérifier qu'il ne contient pas d'erreurs typographiques, d'erreurs mathématiques, d'omissions factuelles, de déclarations incohérentes, de documents privilégiés ou d'informations irrecevables devant un tribunal, telles que les communications protégées entre le client et l'avocat ou le produit du travail.¹⁵
- Le rapport d'évaluation devrait faire l'objet d'une révision indépendante avant l'échange des rapports et avant la présentation du rapport à l'arbitre ou au groupe spécial d'arbitrage. Si nécessaire, le rapport d'évaluation devrait être modifié afin de corriger les faiblesses, les incohérences et les erreurs de commission ou d'omission, et ce afin de garantir la conformité avec les normes professionnelles d'évaluation¹⁶ et les exigences légales applicables.
- Le rapport d'évaluation devrait comprendre des croquis (ou des dessins d'architecture, s'ils sont disponibles) et des mesures confirmées des locaux loués ou des locaux en litige s'ils ne sont pas explicitement définis dans le bail ou convenus par les parties. Il est préférable que les parties retiennent conjointement les services d'un tiers qualifié pour effectuer le mesurage des locaux loués en litige¹⁷ avant d'entamer la procédure d'arbitrage. Si les locaux loués comprennent des améliorations ou des structures, un historique et une analyse des permis de construire devraient être fournis, s'ils sont facilement disponibles.
- Idéalement, le rapport d'évaluation devrait inclure un résumé du titre de propriété ou un registre parcellaire pour chaque vente

ou bail comparable utilisé dans l'analyse de la réinitialisation du loyer.

- L'évaluation devrait divulguer et analyser les activités de location ou les inscriptions récentes du bien en question, ainsi que toutes les données comparables du marché utilisées dans l'analyse de la réinitialisation du loyer pour une période antérieure à la date d'entrée en vigueur de la réinitialisation du loyer, jugée appropriée par l'évaluateur.
- L'évaluation devrait indiquer l'adresse ou la description légale de chaque bail/location comparable et l'étendue de la documentation et de la vérification de chaque bail/location comparable utilisé(e) dans l'analyse de la réinitialisation du loyer.
- L'évaluation devrait indiquer si et quand une vente ou un bail/une location comparable a été inspecté(e) et, idéalement, par qui. Toutes les photographies et vues aériennes devraient être horodatées.
- L'utilisation d'enquêtes publiées (par exemple, prix des terrains, taux de location, taux de rendement, etc.) devrait refléter une compréhension de la manière dont elles ont été menées, dans quel but et par qui.
- Le recours à des *conditions d'affectation*¹⁸ ne doit pas limiter l'étendue des travaux au point que les résultats de la mission ne soient pas crédibles dans le contexte de l'utilisation prévue, et les conditions d'affectation doivent être mentionnées dans le rapport d'évaluation.
- Les méthodes et techniques d'évaluation utilisées doivent être appropriées et correctement appliquées, compatibles avec l'utilisation prévue de l'évaluation et refléter l'état actuel des connaissances en matière d'évaluation.¹⁹

Étude de cas - révision d'une sentence arbitrale de réinitialisation de loyer

Dans le cadre d'une réinitialisation de loyer impliquant un propriétaire et *Best Buy Canada Ltd.* en tant que preneur à bail (locataire), le litige se limitait à la détermination du « loyer du marché » d'un bail de cinq ans, comprenant un magasin de 37 000 pieds carrés (occupé par Best Buy) sur deux niveaux (17 385 pieds carrés au 1^{er} étage et 19 598 pieds carrés au 2^e étage)

et 109 places de stationnement en surface, débattu devant un arbitre « unique » :

« Le loyer fixe pour les seizième (16^e) à vingtième (20^e) années du bail [1^{er} juin 2014 - 31 mai 2019] (c'est-à-dire la deuxième période d'option) sera égal au montant le plus élevé entre (i)... 1 095 030,00 \$ par an; ou (ii) la valeur locative du marché pour les locaux, à l'exclusion des enseignes, des installations commerciales, de l'ameublement et des finitions intérieures du locataire. Si le bailleur et le locataire ne parviennent pas à s'entendre sur la valeur locative marchande des locaux, la question sera soumise à l'arbitrage conformément à la *Loi sur l'arbitrage* (Ontario). »

« En cas de litige de bonne foi entre le locataire et le propriétaire en vertu du présent bail, le litige, au choix du propriétaire ou du locataire, sera immédiatement soumis à un arbitre unique convenu entre le locataire et le propriétaire... Cet arbitre, qu'il soit convenu ou nommé, aura accès aux dossiers des parties qui sont raisonnablement nécessaires et la décision de cet arbitre sera définitive et contraignante pour les parties. Le coût de l'arbitrage suivra la sentence, sauf décision contraire de l'arbitre. » (Traduction)

Au début de l'arbitrage, l'évaluation du propriétaire a estimé la valeur locative annuelle du marché à 1 653 140 \$, tandis que l'évaluation du locataire a estimé que la valeur locative annuelle du marché se situait dans une fourchette de 662 771 \$ à 983 232 \$, les deux évaluateurs s'appuyant sur des données de location comparables. Les offres de règlement ultérieures faites par chaque partie ont été rejetées. La divergence entre les estimations de la valeur locative de marché des parties est étonnante, puisqu'elle se situe entre 68 % et 150 %. Un bref examen de la sentence arbitrale, qui, dans ce litige locatif, devait être motivée,²⁰ révèle ce qui suit :

- Le « volume des ventes »,²¹ une mesure fondamentale d'un commerce de détail de type « grande surface »,²² et le ratio de stationnement typique nécessaire pour soutenir l'exploitation d'un commerce de

détail²³ ne sont pas mentionnés dans la sentence arbitrale, mais on ne sait pas si ces informations étaient contenues dans le rapport d'évaluation de l'une ou l'autre des parties.

- L'une des évaluations a traité le magasin et le stationnement comme deux éléments distincts, contrairement au libellé du bail,²⁴ afin de calculer un taux de location du marché pour les locaux (c'est-à-dire le bien dans son ensemble), une approche qui n'est pas conforme à la théorie reconnue en matière d'évaluation.
- Dans la présentation des données de location comparables, les taux rapportés par pied carré sont « nets », mais on ne sait pas si le rapport d'évaluation de l'une ou l'autre des parties a inclus une analyse du coût d'occupation²⁵ pour tenir compte des différences de dépenses d'exploitation entre les locaux en question et chaque bail/location comparable.
- Quant aux ratios de stationnement des biens comparables, on ne sait pas si cette information a été fournie dans le rapport d'évaluation de l'une ou l'autre des parties.
- Bien que l'arbitre ait reconnu que « la disposition relative à l'utilisation modifiée [dans le bail] est suffisamment large pour englober une grande variété d'utilisations » (Traduction), la décision ne fait aucune référence au zonage de la propriété en question (les locaux) et aux utilisations autorisées. On ne sait pas si le rapport d'évaluation de l'une ou l'autre des parties contient une analyse du zonage des locaux loués.
- Il n'y a aucune indication sur les utilisations, s'il y en a, reflétées dans les données de location comparables, qui seraient autorisées ou adaptées aux locaux en question (37 000 pieds carrés sur deux niveaux), et disponibles pendant les cinq années restantes de la durée du bail. On ne sait pas si ces informations figurent dans le rapport d'évaluation de l'une ou l'autre des parties.
- Un seul des loyers comparables (une sous-location disponible) présenté dans le rapport d'évaluation de l'une des parties a une durée de cinq ans, ce qui correspond à la période de cinq ans pour laquelle le loyer devait être fixé, et se situe sur deux niveaux (13 400 pieds carrés au 1^{er} étage et 14 500 pieds

carrés au 2^e étage), comme l'espace en question, mais il a été rejeté par l'arbitre comme « n'étant pas un reflet exact du marché ».

Il se peut qu'il n'y ait pas de base raisonnable pour la grande divergence entre les opinions sur la valeur locative du marché, et la raison pour laquelle l'arbitrage aurait dû prendre « une dizaine de jours » n'est pas tout à fait claire. L'arbitre n'a accepté aucune des opinions des parties sur la valeur locative du marché et a fixé le loyer des locaux à 1 279 260 \$. Sur la base de l'ensemble des preuves présentées par les parties, l'arbitre a désigné le bailleur comme « la partie gagnante », laissant au locataire le soin de supporter les frais de l'arbitrage, y compris la somme de 383 000 \$ allouée par le bailleur au titre des dépens. En appel, le locataire a contesté en vain la condamnation aux dépens en faisant valoir que le loyer adjugé de 1 279 260 \$ était plus proche du « loyer de base » minimum de 1 095 030 \$ que l'offre de règlement du bailleur de 1 550 000 \$. Comme l'a noté le tribunal,

« L'arbitre était en droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'évaluation des facteurs pertinents qu'il a pris en compte pour rendre sa sentence sur les frais. » (Traduction)

L'arbitrage a duré 10 jours et a coûté environ 1 000 000 \$. Les deux parties auraient probablement bénéficié d'un examen indépendant de leur propre évaluation avant de s'y fier dans le cadre de l'arbitrage sur la révision des loyers, en supposant qu'un tel examen n'a pas été entrepris.

Le fait de s'assurer qu'un rapport d'évaluation a traité de manière approfondie et crédible la ou les questions litigieuses relatives à la réinitialisation de la valeur des loyers devrait aider chaque partie à comprendre les mérites relatifs et la solidité de son dossier et aider l'arbitre ou le comité d'arbitrage à trancher le litige, tout en réduisant le coût de l'arbitrage pour les deux parties. Les arbitres prennent leurs décisions sur la base des preuves d'évaluation qui leur sont présentées, et les décisions qu'ils prennent sont guidées par l'exhaustivité, l'exactitude, l'adéquation, la pertinence et le caractère raisonnable des rapports d'évaluation.

L'arbitre rejette un rapport d'évaluation non conforme

La présentation de preuves d'évaluation qui ne répondent pas aux normes professionnelles attendues d'un « évaluateur raisonnable »²⁶ et qui ne respectent pas les « principes d'évaluation applicables » peut entraîner des pertes financières importantes pour une partie et avoir des conséquences inattendues pour un évaluateur dont le client a reçu une décision défavorable dans un arbitrage, comme cela s'est produit dans le litige entre deux parties concernant la valeur d'une parcelle non viabilisée de 84 acres devant être aménagée six à huit ans plus tard en lotissement résidentiel.²⁷

Un juge à la retraite a présidé une audience de 18 jours en tant qu'arbitre unique et, sur la base d'une analyse très détaillée faisant référence à un texte d'évaluation faisant autorité et à des normes d'évaluation généralement acceptées, il a rejeté l'évaluation préparée pour le compte de l'une des parties. En effet, l'une des parties s'est retrouvée sans aucune preuve d'évaluation sur laquelle s'appuyer pour défendre sa position. Le raisonnement à l'appui de la décision de l'arbitre de rejeter l'évaluation est reproduit, en partie, comme suit :

« Dans son analyse, l'arbitre a importé et appliqué avec rigueur un certain nombre de normes professionnelles tirées des *Normes uniformes de pratique professionnelle en matière d'évaluation au Canada* [NUPPEC] et du texte *L'évaluation des biens immobiliers, 3e édition, édition canadienne*, publié par l'Institut canadien des évaluateurs [ICE]. Il a jugé que la dernière partie de l'article 9 [de la convention de colocation] visait à rendre les normes et les principes de l'ICE applicables aux évaluations prévues par la CCL.²⁸

...[L]e... rapport n'était pas une évaluation au sens de l'article 9 de la CCL [convention de colocation]; d'après les preuves, il n'y avait pas de base factuelle pour estimer la valeur du terrain en utilisant la méthode d'évaluation [approche résiduelle du terrain] choisie par... [l'évaluateur]; et il y avait des erreurs dans les données et/ou les calculs... [l'évaluateur], comme le reflètent les raisons détaillées données entre les pages 15 et 40 de sa décision.

... [L'arbitre] a examiné la « méthode résiduelle du terrain » qui, selon ... [l'évaluateur], avait été utilisée pour déterminer la juste valeur marchande [29] de la propriété en question. Cette méthode est décrite dans le texte de l'ICE comme une technique permettant de donner effet à la méthode du revenu. En contradiction, note l'arbitre, la méthode du revenu a été déclarée par l'évaluateur comme n'étant pas pertinente. Il a rejeté l'insistance de l'évaluateur sur le fait que la méthode résiduelle du terrain était la même que la méthode de développement de la subdivision, comme étant incompatible avec le texte faisant autorité En comparant le rapport et les preuves de l'évaluateur aux normes spécifiques de l'ICE, l'arbitre a déclaré qu'ils « ... ne se conformaient aucunement ». (Traduction)

L'arbitre s'est informé de l'ensemble des connaissances énoncées dans *L'évaluation des biens immobiliers* et dans les *Normes uniformes de pratique professionnelle en matière d'évaluation au Canada* (NUPPEC), normes auxquelles tous les membres de l'Institut canadien des évaluateurs doivent se conformer.

Il est évident que la « méthode résiduelle du terrain » n'est pas la même chose que la « méthode de développement de la subdivision »,³⁰ et que l'une ne remplace pas l'autre. Les pertes financières subies par la partie privée d'une évaluation acceptable, y compris le paiement de 800 000 \$ de frais imposés par l'arbitre, auraient pu être évitées si le rapport d'évaluation avait fait l'objet d'un examen indépendant avant l'arbitrage, en supposant qu'un tel examen n'a pas eu lieu. La confiance de la partie dans l'évaluation s'est avérée fatale. Dans certaines juridictions, un évaluateur engagé comme témoin expert peut être tenu responsable en cas de négligence dans son rapport ou son témoignage,³¹ et peut être tenu responsable en cas de violation du mandat de représentation (contrat de service) conclu avec le client et entraînant des pertes financières. Le produit du travail de l'évaluateur peut également donner lieu à une enquête de l'organisation faïtière dont l'évaluateur est membre. Bien entendu, avant d'accepter un contrat de service,

l'évaluateur a l'obligation de satisfaire à la disposition relative aux compétences, telle qu'elle est énoncée dans les NUPPEC, les USPAP ou les IVS, en fonction des normes en vigueur.³²

Conclusion

L'arbitrage peut être préférable aux procédures judiciaires comme mécanisme de résolution des litiges relatifs aux contrats privés tels que les baux, en particulier les questions d'évaluation impliquant des réinitialisations de loyers. Bien que toujours contradictoire, l'arbitrage est une procédure consensuelle et généralement moins formelle, et la résolution d'un litige est rapide. Les arbitres expérimentés en tant qu'évaluateurs comprennent le processus d'évaluation et les normes d'évaluation en vigueur (par exemple, USPAP, NUPPEC, IVS), ce qui fait que les évaluateurs sont parfaitement qualifiés pour agir en tant qu'arbitres dans les litiges relatifs à la réinitialisation des loyers. Un arbitre dont la décision de réinitialisation du loyer repose sur des preuves d'évaluation s'attend à pouvoir s'appuyer sur des évaluations crédibles, tout comme chaque partie pour le compte de laquelle l'évaluation a été préparée.

Un arbitre engagé pour son expertise en la matière doit être capable d'identifier les forces et les faiblesses des preuves d'évaluation de chaque partie, tout en s'acquittant de ses fonctions arbitrales de manière neutre et conformément à la convention d'arbitrage et à la loi sur l'arbitrage qui régissent la situation géographique des locaux loués. En fonction de la juridiction dans laquelle le bien est situé, de la complexité des questions d'évaluation ou du montant du loyer en litige, il peut être opportun pour chaque partie de faire examiner son propre rapport d'évaluation par un évaluateur qualifié avant l'arbitrage, et de remédier à toute lacune justifiant une révision du rapport d'évaluation. Le fait qu'une partie ne fasse pas examiner son propre rapport d'évaluation par un expert indépendant avant d'y donner suite pourrait s'avérer une omission coûteuse.

Les arbitres disposent d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la manière dont ils évaluent les preuves d'évaluation, et les

preuves d'évaluation qui sont crédibles auront plus de poids. Les évaluations extrêmes ne contribuent guère à renforcer la crédibilité de la profession d'évaluateur. Les sentences arbitrales sont définitives et contraignantes,³³ sauf irrégularités extrêmement limitées. En conséquence, chaque partie doit faire preuve de diligence dans la formulation d'une stratégie d'évaluation appropriée en prévision d'un arbitrage de réinitialisation des loyers. Les arbitrages de réinitialisation des loyers peuvent être coûteux, mais une stratégie d'évaluation efficace avant l'arbitrage raccourcira la durée de l'arbitrage et permettra probablement aux deux parties de réaliser des économies substantielles.

Notes de fin

- ¹ Selon le *Dictionary of Real Estate Appraisal* (7^e édition), l'option de prolongation d'un bail est synonyme d'« option de renouvellement », définie comme « un accord conclu au moment du bail initial qui donne au locataire le droit, mais non l'obligation, de prolonger la durée du bail pour une durée déterminée, moyennant un loyer spécifié dans l'accord d'option ou au taux du marché au moment du renouvellement ».
- ² Voir 10 Miller & Starr, *Cal. Real Estate (4e édition 2020)*. Landlord and Tenant, distinction entre 'renouvellement' et 'prolongation' §34.73 (Miller & Starr)
- ³ *Fire Productions Ltd. c. Laura*, 2006 BCCA 497 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/1q1r7>>, consulté le 22 novembre 2023.
- ⁴ L'« utilisation optimale » est « l'utilisation raisonnablement probable d'un bien qui aboutit à la valeur la plus élevée [et] les quatre critères qui... doivent être respectés sont l'autorisation légale, la possibilité physique, la faisabilité financière et la productivité maximale » (traduction), *The Dictionary of Real Estate Appraisal*, 7^e édition, p. 88. Pour une discussion sur l'utilisation optimale concernant les baux fonciers, voir Ground Leases : Rent Reset Valuation Issues, *The Appraisal Journal*, (automne 2011), p. 316-317.
- ⁵ Une clause de résiliation anticipée pouvant être exercée à la discrétion du propriétaire (bailleur) réduit effectivement la durée restante du bail aux fins d'une réinitialisation du loyer et a un impact sur l'analyse de l'utilisation optimale, ce qui se

traduit par un loyer plus bas pour la période de réinitialisation du loyer. Pour obtenir un loyer plus élevé, il est dans l'intérêt du propriétaire (bailleur) de renoncer à la clause de résiliation anticipée en vue de la réinitialisation du loyer pour la période couverte par la réinitialisation du loyer.

- ⁶ Dans l'affaire *Galvano Enterprises Limited c. Orionvink BV*, [1999] NICA 11, à chaque date de réinitialisation du loyer au cours de la période de 25 ans du bail immobilier, le loyer doit être fixé « pour une durée égale à la plus longue des deux périodes suivantes : la période de 15 ans ou le reste de la durée du bail ». (Traduction).
- ⁷ *McDonald's Corporation c. 1552 Broadway Retail Owner, LLC*, 2017 NY Slip Op 50011 (U) - NY : Supreme Court, 2017, <https://static.schlamstone.com/docs/1552-Broadway-Retail-Owner-LLC-v-McDonalds-Corporation-2017-NY-Slip-Op-50011U.pdf> consulté le 11 novembre 2023.
- ⁸ Conformément au bail, le loyer des années 6 à 10 doit être égal à 115 % du loyer fixé pendant les années 1 à 5 de la prolongation du bail de 10 ans.
- ⁹ L'utilisation optimale dans le contexte de l'estimation du loyer de marché d'un bail immobilier doit prendre en compte les utilisations raisonnablement probables autorisées dans le cadre des contrôles de l'utilisation du sol en vigueur, soutenues par un horizon d'investissement ou une période de détention de 10 ans, compatible avec la durée de la prolongation et de l'expiration du bail, à la date d'évaluation ou de réinitialisation du loyer stipulée dans le bail. En d'autres termes, les locataires potentiels de commerces de détail/commerciaux qui ont besoin de plus de 10 ans pour récupérer leur investissement dans le commerce et les améliorations locatives ne doivent pas être pris en compte dans l'analyse de l'utilisation optimale. Il est certain que la durée restante du bail, c'est-à-dire la prolongation de 10 ans et l'expiration du bail le 31 mai 2024, est un « facteur pertinent » dans l'analyse de l'utilisation optimale.
- ¹⁰ Dans l'affaire *United Equities, Inc. c. Mardordic Co*, 8 AD 2^e 398 (1^{er} Dept. 1959), *affd* 7 N.Y. 2d 911 (1960), la cour a statué qu'il fallait tenir compte de la durée du loyer réinitialisé (21 ans) et de l'option de renouvellement (21 ans), soit 42 ans au total, pour déterminer « la meilleure

utilisation possible du terrain, qui ne se limite pas à son amélioration en tant que garage » (traduction), paragraphe 405. 405. Le loyer n'étant fixé que pour 21 ans, les options de réaménagement peuvent être affectées par des contraintes de financement hypothécaire.

¹¹ Dans l'affaire *Westnay Container Services Ltd. v. Freeport Properties Ltd.*, 2009 BCSC 184 (CanLII), l'arbitre a rejeté une procédure en deux étapes (c'est-à-dire la valeur estimée du bien multipliée par le taux de rendement estimé) en faveur d'un taux de location estimé appliqué directement aux locaux loués pour réinitialiser le loyer. La raison du recours à des méthodes indirectes d'estimation du loyer doit être expliquée de manière adéquate dans le rapport d'évaluation.

¹² Les exigences en matière de révision des évaluations sont couvertes par la norme 3 et la norme de rapport 4 des *USPAP*, les règles 10 et 11 des normes et les normes de rapport 6 et 7 des *NUPPEC*, et la section 6 de la norme professionnelle 2 des *RICS Valuation - Global Standards*, entrées en vigueur le 31 janvier 2022.

¹³ Voir « Identification of the Appraisal Problem », *The Appraisal of Real Estate*, 15^e édition, p. 30.

¹⁴ La section 3.72 des *NUPPEC* (en vigueur le 1^{er} janvier 2024) définit l'étendue des travaux comme « Le type d'inspection, le type et l'étendue de la recherche et de l'analyse nécessaires, les limitations ou autres conditions pour répondre à l'utilisation autorisée d'un contrat de service. L'envergure des travaux d'un contrat de service est déterminée par la conformité du membre au *NUPPEC* et à la loi applicable. [v. 6.2.4, 7.5, 7.6] »

¹⁵ Les règles de privilège sont des questions d'ordre public qui doivent être appliquées dans l'arbitrage tout comme elles le seraient dans un litige, p. 4 ; « Best Practices Regarding Evidence in Arbitrations », American College of Trial Lawyers, Alternative Dispute Resolution Committee, février 2018, https://www.actl.com/docs/default-source/alternative-dispute-resolution-committee/adr_best_practices_regarding_evidence_in_arbitrations.pdf?sfvrsn=2

¹⁶ Conformité avec les *NUPPEC*, *USPAP* ou *IVS*, en fonction des lois de la juridiction

dans laquelle le bien est situé, et, s'il est membre d'une organisation professionnelle, conformité avec ses règles et règlements.

¹⁷ Les locaux loués sont définis comme des « biens loués à une personne ou à une entité pour une période de temps spécifique... » (Traduction), *The Dictionary of Real Estate Appraisal*, 7^e éd. (Chicago : Appraisal Institute, 2022), 51.

¹⁸ Les *USPAP* définissent les conditions d'affectation comme « des hypothèses, des hypothèses extraordinaires, des conditions hypothétiques, des lois et des règlements, des exceptions juridictionnelles et d'autres conditions qui affectent l'étendue du travail ». (Traduction) Les lois comprennent les constitutions, le droit législatif et judiciaire, les règles administratives et les ordonnances. Les règlements comprennent les règles ou les ordonnances ayant force de loi, émises par un organisme administratif.

¹⁹ Les références à des textes d'évaluation périmés doivent être évitées. Citer des textes périmés peut être un signe d'indifférence à l'égard de la profession qui élargit son corpus de connaissances ou de ses propres connaissances, en particulier si le curriculum vitae de l'évaluateur ne démontre pas les connaissances et l'expérience nécessaires pour mener à bien un contrat de service dans le cadre de l'utilisation prévue.

²⁰ En vertu des règles d'arbitrage commercial de l'American Arbitration Association (CAR-46(b)), « [L] arbitre n'est pas tenu de rendre une sentence motivée à moins que les parties n'en fassent la demande par écrit avant la nomination de l'arbitre ou que l'arbitre ne détermine qu'une sentence motivée est appropriée » (Traduction). Selon la règle 24 (h) des *Comprehensive Arbitration Rules & Procedures de JAMS*, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2021, « [L]a sentence consiste en une déclaration écrite signée par l'arbitre concernant le traitement de chaque demande et la réparation, le cas échéant, pour chacune d'entre elles. À moins que toutes les parties n'en conviennent autrement, la sentence contient également une déclaration écrite concise à l'appui de la sentence ». (Traduction)

²¹ En 2009, au moment de la précédente révision du loyer, la marque Best Buy a réalisé des ventes moyennes de 877 \$ par pied carré sur la base de 1 023 magasins et d'une taille moyenne de 39 000 pieds

carrés, et le volume des ventes était en moyenne de 770 \$ par pied carré sur la base de 1 779 magasins, <https://retail-index.emarketer.com/company/data/5374f24e4d4afd2bb4446640/5374f25d4d4afd824cc1564d/lfy/false/best-buy-real-estate> [consulté le 27 novembre 2023]. Selon le Marketflash du 13 juillet 2015 de CBRE (Money Talks : Retail Sales Productivity Show Divergence in Performance), Best Buy Co. Inc. (Future Shop, Best Buy, Best Buy Mobile) au Canada s'élevait en moyenne à 800 \$ par pied carré en 2013.

²² « Un magasin à usage unique, généralement entre 10 000 et 100 000 pieds carrés ou plus, tel qu'une grande librairie, un magasin de fournitures de bureau, une animalerie, un magasin d'électronique ou un magasin de jouets (ICSC) » (Traduction) *Dictionary of Real Estate*, 7^e édition, p. 18. La durée typique d'un bail pour un magasin « grande surface » est de 20 ans, souvent structuré comme un bail initial de 10 ans à des taux de location fixes avec deux prolongations de bail de cinq ans ou des options de renouvellement, également à des taux de location fixes.

²³ Le ratio de stationnement typique d'un magasin à grande surface se situe entre 4,5 et 5,5 places pour 1 000 pieds carrés de surface locative brute (SLB). Les locaux en question ont un ratio de stationnement de 2,87 places par 1 000 pieds carrés de SLB, ce qui peut être approprié étant donné que le magasin est situé dans une zone urbaine densément peuplée sur une ligne de métro dans le centre-ville de Toronto, en Ontario.

²⁴ Le stationnement est exploité par un tiers pour le compte du locataire en vertu d'un contrat de licence conclu avec ce dernier. Une « licence » n'est pas un intérêt foncier, et le *Dictionary of Real Estate*, 7^e édition, définit la « licence » comme « [p] our les biens immobiliers, un privilège ou un permis personnel, incessible et généralement révocable permettant d'exercer une activité sur le terrain d'une autre personne sans obtenir un intérêt dans la propriété » (Traduction) [p. 108]. [Dans l'affaire *12400 Stowe Drive, LP c. Cycle Express, LLC*, Cal : Court of Appeals, 4th Appellate District, Division One, les « locaux » consistent en un bâtiment industriel de 133 125 pieds carrés sur

un site de 297 505 pieds carrés et un terrain vague adjacent de 112 830 pieds carrés utilisé pour le stationnement des clients pendant les ventes aux enchères, aucun stationnement n'étant autorisé en dehors du site. En fixant le loyer pour la prolongation du bail de cinq ans, le tribunal s'est prononcé en faveur de l'évaluation du locataire, qui estimait la valeur locative du marché des deux composantes en tant qu'« unité collective » à 106 500 \$ par mois, sur la base des conditions et des restrictions contenues dans le bail. L'évaluation du propriétaire a évalué chaque élément séparément dans son utilisation optimale et a abouti à une valeur locative de marché combinée de 138 270 \$ par mois.

²⁵ Les locataires sont préoccupés par les frais d'occupation, qui « ...constituent le loyer et les frais remboursables (remboursement des dépenses au propriétaire, comme spécifié dans le bail), qui peuvent inclure des éléments tels que le chauffage, les services publics, le service de conciergerie, les taxes non incluses dans le loyer, et l'amortissement du coût des modifications effectuées par le locataire pendant la durée du bail » (Traduction) *The Dictionary of Real Estate, 7e édition*, p. 134.

²⁶ La section 3.64 des NUPPEC définit l'« évaluateur raisonnable » comme « Un membre qui fournit des services professionnels conformes à une norme de soins acceptable et sur la base d'hypothèses rationnelles. [v., 4.2.5, 7.1.2, 9.9] »

²⁷ Sur la base des faits de l'affaire, l'arbitre a conclu que l'approche du développement de la subdivision n'était pas applicable.

²⁸ En vertu de la convention de colocation (CCL), les évaluations devaient être préparées par des membres désignés AACI de l'Institut canadien des évaluateurs.

²⁹ *The Dictionary of Real Estate, 6e édition*, 2015, définit la « juste valeur marchande, dans l'usage non technique, un terme qui est équivalent à l'usage contemporain de la valeur marchande ». La 7e édition, 2022, définit la « juste valeur marchande, dans un usage non technique, un terme qui est généralement synonyme de l'usage contemporain de la valeur marchande ».

³⁰ Selon *The Appraisal of Real Estate « Third Canadian Edition*, 2010, « [l]a méthode résiduelle du terrain est une méthode d'estimation de la valeur du terrain dans

laquelle le revenu net d'exploitation attribuable au terrain est isolé et capitalisé pour produire une indication de la contribution du terrain à l'ensemble de la propriété » [p. 16.12], ce qui diffère des étapes impliquées dans « l'analyse de l'aménagement du lotissement ». Voir *Subdivision Valuation, 2e édition*, © 2017, Appraisal Institute, chapitre 11 (Land Value Using the Subdivision Development Method).

³¹ Au Canada, un témoin expert qui « fournit des preuves qui s'avèrent inutiles » au client et au tribunal (à l'arbitre ou à la commission d'arbitrage) a droit à « l'immunité du témoin expert ». (Voir *The 6th Line Mofos Limited c. Stewart* 2022 ONSC 520). Aux États-Unis, certaines juridictions ne permettent pas à une partie de poursuivre son propre témoin expert. En Floride, un expert participant à une audience d'arbitrage ne peut se prévaloir de l'immunité statutaire accordée aux arbitres et peut être poursuivi pour négligence. Fla. Stat. §682.051 (2016) a créé une immunité statutaire pour les arbitres, et l'immunité n'a jamais été expressément étendue pour inclure les experts. (Brian C. Willis, « Resolving Disputes By Expert Determination : What Happens When Parties Select Appraisers, Accountants, Or Other Technical Experts To Decide Disputes ») *Florida Bar Journal*, Vol. 91, No. 7 July/Aug 2017, p. 35, <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-journal/resolving>, consulté le 14 novembre 2023. Au Royaume-Uni, dans la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Jones c. Kaney*, [2011] UKSC 13, l'« immunité du témoin expert » a été abolie pour une partie poursuivant son propre expert dans une plainte pour négligence.

³² Peter T. Christensen, « Averting Professional Liability Claims, Essential guidelines for appraisers serving as expert witnesses », *Right of Way* (novembre/décembre 2016) : 24-27, <https://www.liability.com/publications/2016/averting-professional-liability-claims.aspx>, consulté le 20 novembre 2023.

³³ « Les arbitres sont des juges choisis par les parties pour trancher définitivement et sans appel les questions qui leur sont soumises. En tant que mode de règlement des litiges, ce recours devrait recevoir tous les encouragements des tribunaux d'équité. Si la sentence est conforme à la demande

et contient la décision honnête des arbitres, après une audition complète et équitable des parties, une cour d'équité ne l'annulera pas pour erreur, que ce soit en droit ou en fait » (Traduction). *Burchell c. Marsh*, 58 US 344 (1854) 17 How.344.

Références

- Blankley, K. M. (2014). Lying, Stealing, and Cheating: The Role of Arbitrators as Ethics Enforcers. *University of Louisville Law Review*, 443-496. Consulté au <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1180&context=lawfacpub>.
- Celik, D. D. (2013). Judicial Review under the UK and US Arbitration Acts: Is Arbitration a Better Substitute for Litigation? *IALS Student Law Review*, 1(1), 13-25. Consulté au <https://sas-space.sas.ac.uk/5237/1/1702-2275-1-PB.pdf>.
- Chalk, J. A. (2019). *Award Writing: Clear, Concise, and Complete*. State Bar of Texas, Arbitration Strategies: Taking your Practice to the Next Level, Chapitre 4, Austin, 27 mars 2019. Consulté au <https://www.whitakerchalk.com/wp-content/uploads/2020/02/Chalk-Award-Writing-Clear-Concise-Complete.pdf>
- Kirchner, R. J. (2014). Land Rent Reset Arbitration in Hawaii: Credibility and Transparency. *The Appraisal Journal*, 2014(automne), 308-317.
- Sevelka, T. (2011). Ground Leases: Rent Reset Valuation Issues. *The Appraisal Journal*, 2011(automne), 314-326.
- Sevelka, T. (2020). Long-Term Leases: Rent Reset Analysis. *The Appraisal Journal*, 2020(hiver), 30-41.
- Sorenson, R. C. (2010). *Appraising the Appraisal: The Art of Appraisal Review, 2nd ed.*, Chicago, USA: Appraisal Institute.
- Konikoff, P. K. (2022). *Appraisers in Arbitration, Second Edition*. Chicago, USA: Appraisal Institute.
- Thayer, D., & Smith, M.K.L. (2012). Binding mediation, a trap for the unwary. *THERECORER*, 136(31), 30 juillet 2012. Consulté au https://jenner.com/system/assets/publications/10484/original/501081203_Jenner_.pdf?1348064604 [Consulté le 23 novembre 2023].
- Carneghi, C. (1999). Appraisal Arbitration: The Role of the Real Estate Appraiser in Resolving Value Disputes. *The Appraisal Journal*, 1999(avril), 119-125. ■