

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

15-13-CA

NORTHWEST PLAZA LTD.

APPELLANT

- and -

ZELLERS INC. and TARGET CANADA CO.

RESPONDENTS

Northwest Plaza Ltd. v. Zellers Inc. and Target
Canada Co., 2013 NBCA 54

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
January 3, 2013

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 29, 2013

Judgment rendered:
September 5, 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

NORTHWEST PLAZA LTD.

APPELANTE

- et -

ZELLERS INC. et TARGET CANADA CO.

INTIMÉES

Northwest Plaza Ltd. c. Zellers Inc. et Target
Canada Co., 2013 NBCA 54

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 3 janvier 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 29 mai 2013

Jugement rendu :
Le 5 septembre 2013

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
David Duncan Young

Pour l'appelante :
David Duncan Young

For the respondents:
Edwin Ehrhardt, Q.C.

Pour les intimées :
Edwin Ehrhardt, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$3,500.

Déboute l'appelante et fixe les dépens à 3 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

[1] This appeal involves the interpretation of a shopping centre lease and a tenant's obligation to pay its share of the property taxes as assessed against the landlord by the Province of New Brunswick. The lease was signed in 1972. At that time, and until 2005, the Province used the "cost approach" to assess the property's fair market value. During that time frame, taxes were "apportioned" based on the tenant's percentage share of the shopping centre's total leasable area. But, in 2006, the Province moved to the "income approach". That approach requires the assessing authority to determine fair market value by reference to the total rent paid to the landlord. However, relying on historical assessment data, the landlord continued to apportion property taxes consistent with the cost approach. The tenant objected and insisted that taxes be apportioned in accordance with the percentage of rent it contributed to the landlord's revenue stream. As the lease was silent as to the method of apportionment, the parties took their differences of opinion to the Court of Queen's Bench.

[2] The interpretative issue placed before the trial judge is easily stated: Are property taxes to be apportioned in a manner consistent with the "cost" or "income" approach? Each party cited case law in support of their respective positions. After recognizing the existence of two competing lines of authority and finding that the interpretation advanced by each party was "reasonable", the trial judge ruled in favour of the tenant. I would dismiss the appeal. In my respectful view, the interpretation which the landlord advances is neither "reasonable" nor "correct".

[3] The truth of the matter is that the landlord has resisted the income approach to apportionment because the tenant entered into a long-term lease at a fixed rent. The landlord believes this state of affairs results in unfairness. As the yearly rent paid by the other tenants increases, so too does the property's assessed value, and yet the tenant's share of the tax bill never increases. The plea of unfairness has two flaws. First, the tenant with the fixed rent has done nothing to contribute to any increase in the

property's assessed value. Second, the issue of fairness as between tenants remains a matter of speculation. The other tenants are not parties to the action and we have no knowledge of the terms of their leases. However, what is certain is that the Province uses rental income to determine the assessed value of a shopping centre. Accordingly, it is reasonable to infer that any apportionment of property taxes would be tied to the income approach, that is to say, the tenant's contribution to the revenue stream. No argument has been advanced which displaces that inference/presumption.

[4] The essential facts are as follows. The lease in question is dated April 21, 1972. The demised premises embrace a portion of the Northwest Shopping Centre located on Mountain Road in the City of Moncton. Place Rounda Inc. was the original landlord. The appellant, Northwest Plaza Ltd. ("Plaza"), is a successor in title having acquired the shopping centre in 2003. The respondent, Zellers Inc. ("Zellers"), is the original tenant. It assigned its interest in the lease to the respondent, Target Canada Co., which intends to make substantial renovations to the premises and carry on the same business which Zellers has operated since 1972. The provisions of the lease dealing with the payment of property taxes read as follows:

ARTICLE III – Taxes

Section 1. The Tenant covenants and agrees to pay and discharge all taxes, including realty, property and school taxes and tax for local improvement, rates duties and assessments whatsoever including all installments falling due during the term of this lease of all special or other taxes heretofore imposed and which are payable over a period of years, and any taxes levied in lieu of a realty tax that may be levied, imposed or assessed on or against the demised premises or any part of parts thereof, or against the Landlord as the owner thereof or against any property on the demised premises owned or brought thereon by the Tenant, and every tax and license fee in respect of every business carried on thereon or in respect of the occupancy of the demised premises by the Tenant, whether such taxes, rates, duties, assessments and license fees are imposed by any municipal, parliamentary or other body during the term.

Section 2. The parties agree that if the Shopping Centre in which the demised premises are located is assessed en bloc, the

Tenant shall be entitled to apply for apportionment and shall, in any event, pay or reimburse the Landlord only for that portion of the taxes referred to above in Section 1 apportioned in respect of the demised premises.

Section 8. In addition to the taxes referred to above in Section 1 of this Article III the Tenant shall pay to the Landlord, as additional rent within thirty (30) days of the receipt of a statement, its proportionate share (as defined in Article XX, Section 4 hereof) of realty taxes levied, imposed or assessed against the area described in Schedule "B" other than those outlined in blue and yellow on Schedule "C" and also its proportional share of the realty taxes imposed or assessed against the area outlined in yellow on Schedule "C".

[5] In brief, the lease provides that if the Province provides the landlord or the tenant with a separate assessment in regard to the leased premises, the tenant promises to pay the property taxes or reimburse Plaza for any amount it has paid on the tenant's behalf. Alternatively, if the Province assesses the shopping centre "en bloc", the tenant promises to pay its proportionate share of the taxes. Finally, the lease also requires that the tenant pay its proportionate share of any assessment made in regard to specified common areas of the shopping centre. This obligation stems from the fact that the "cost approach" requires two separate valuations: one for the buildings and one for the lands.

[6] Generally, there are three commonly used methods or approaches for assessing property: (1) the cost approach; (2) the income approach; and (3) and the direct comparison approach. Only the first two are relevant to this appeal. The cost approach involves an estimation of the replacement cost of the buildings together with an estimation of depreciation. Basically, the assessors assign a dollar value for each square foot of space being leased by each tenant. That dollar value represents the cost of replication. A separate valuation is undertaken with respect to the land. The two valuations are combined to form the property's assessed value. By contrast, the income approach is based on the revenue generated by an income producing property. The assessors calculate the gross lease income of the entire shopping centre by multiplying each tenant's rent per square foot, times the area of each tenant's premises. However, if rents are fixed for long periods, the assessor may use a higher figure that is reflective of

market rates. From total income is subtracted an allowance for vacancies and rental losses and the non-recoverable expenses. Finally, a capitalization rate (investment rate of return) is applied to the net income to arrive at an estimated value of the shopping centre. It is important to note that, under the income approach, the value of land is “captured”. Hence, there is no separate valuation for the land.

[7] The Province’s method for assessing commercial properties and collecting taxes has varied over the years. From 1972 until 2006, the Province used the cost approach. From 1972 to 1982, it was not difficult for the parties to isolate Zellers’ share of the tax bill as the Province provided each tenant with a separate assessment showing the property taxes owing as a “business occupancy tax”. This tax was in addition to the property taxes being paid by the landlord. Apparently, the occupancy tax was based on the tenant’s proportionate share of the space occupied in the shopping centre and was tied directly to the assessed value of the shopping centre. And that is why it was not difficult to determine the tenant’s share of the landlord’s tax bill. However, in 1983, the Province did away with the occupancy tax and began issuing “en bloc” assessments to landlords. This change, however, was not problematic. The landlord had only to examine the assessor’s file and see how the Province arrived at the assessed value for the shopping centre. As the cost approach assigned a dollar value for each square foot of space being leased, the tax bill could be apportioned accordingly. As the Province continued to provide a separate valuation for the lands, it was not difficult to make an apportionment based on each tenant’s share of the gross leasable area in the shopping centre. In Zellers’ case, it occupied approximately 59 percent of the leasable area for most of the assessment years in question. Therefore, 59 percent of the assessed value of the lands could be attributed to Zellers.

[8] By statute, the Province does not have to undertake fresh assessments each year before issuing an assessment notice. A “market adjustment factor” may be applied in any one year (a percentage increase or decrease over the previous year’s assessment). In the present case, the Province performed a fresh assessment for the 2002 taxation year using the cost approach, even though the Province calculated, for comparative purposes

only, what the assessment would be if the income approach were adopted. Curiously, there was no substantive difference (within \$30 of each other). For the years 2003, 2004, and 2005, the Province simply applied a market adjustment factor to the preceding year's assessment. However, in 2006, the Province switched to the income approach for determining the assessed value of the shopping centre. For the assessment years 2007 and 2008, a market adjustment factor was applied. In 2009, the Province undertook a fresh valuation using the income approach. It also valued the property's fair market value using the cost approach, but for comparative purposes only. This time the cost approach yielded a higher valuation than the income approach (\$14.7 million v. \$12.9 million). In 2010 and 2011, the Province adjusted the assessment for the shopping centre using a market adjustment factor.

[9] Despite the Province's change in assessment methodology, Plaza did not apportion the 2006 tax bill by reference to the percentage of rent Zellers had paid in relation to the total rent collected. Instead, Plaza sent Zellers an invoice that reflected an apportionment with respect to both the demised premises and the shopping centre lands based on the assessed value found in the 2003 assessment which, in turn, was based on the 2002 assessment. Let me explain. In 2002 the Province made a fresh assessment of the shopping centre (lands and buildings) based on the cost approach. The combined assessed value was \$9.8 million. There was no change in the assessed value for 2003. Of the \$9.8 million, \$4.3 million was attributable to the premises which Zellers occupied. Based on a tax rate of \$4.70 per \$100, Zellers paid Plaza taxes of \$203,000. The land for the entire shopping centre was valued at \$2.1 million, resulting in taxes of \$101,000. As Zellers occupied 59 percent of the leased space in the shopping centre, it paid its proportionate share: \$60,000. In 2004, a market adjustment factor of 1.0199 was applied, and, as a result, the assessed value of the entire property (land and buildings) went from \$9.8 million to \$10 million. In response, Plaza adjusted the assessed value of Zellers' premises by a corresponding amount and the same adjustment was made to the assessed value of the lands. Plaza used the same methodology in future years and invoiced Zellers accordingly, even though the Province had abandoned the cost approach in 2006. That was the first year that Zellers paid the apportioned amount under protest.

[10] In brief, for 2006 and subsequent taxation years, Plaza has been apportioning property taxes by reference to the 2002/03 assessment which had been arrived at using the cost approach. For the 2004 and following assessment years, Plaza simply increased the amount payable by reference to the percentage increase over the previous year's assessment. Moreover, Plaza's apportionment methodology continued to recognize that lands were being valued separately from buildings. But, as explained earlier, there is no separate valuation for land when using the income approach. That value has been captured.

[11] Zellers objected to Plaza's method of apportionment for a practical reason. Zellers pays less property taxes using the income approach. This is because the rent which Zellers pays under the lease is fixed. For example, in 2006, the total rent collected for the shopping centre was approximately \$1.6 million; Zellers' rent was \$580,000. By 2009, the total of all rents equaled \$1.84 million; Zellers' stood still at \$580,000. The difference in methodology translates into approximately \$100,000 per year. As the parties had entered into a long-term lease, they were sufficiently motivated to pursue the issue before the Court of Queen's Bench.

[12] The trial judge's reasons set out the parties' respective arguments and relevant case law. He discusses the two lines of authority that support the parties' respective positions. At one point, the trial judge observes that both offered what he considered "reasonable positions". In the end, he concluded: "It is simply because the Court was more persuaded by the Plaintiff's case that this Court's ruling will be in the Plaintiff's favour." As the issue before us involves a question of law tied to the interpretation of a contract, the proper standard of review is correctness. Hence, this Court need not be preoccupied with the adequacy of the trial judge's reasons or embark upon an inquiry aimed at identifying error on his part.

[13] The interpretative issue at hand is limited to the consideration of three interrelated provisions that deal with the tenant's obligation to pay property taxes tied to,

and necessarily incidental to, the use of the premises demised to the tenant. The first of the three provisions simply requires the tenant to pay or discharge all taxes assessed against the demised premises by a third party. The ambit of the provision is that the third party will be making a separate assessment in regard to the demised premises and, thus, it makes no difference whether the landlord or the tenant receives the assessment. The tenant's obligation is to pay the Province or reimburse the landlord if it has already effected payment. The second of the three provisions anticipates the possibility that the third party may decide against issuing individual assessments and instead decide to assess the landlord's premises "en bloc". If that occurs, the tenant is "entitled to apply" to the landlord for an apportionment in respect of the demised premises. The third provision of the lease deals with the obligation of the tenant to pay its proportionate share of any taxes that are assessed against those parts of the shopping centre that do not fall within the category of "demised premises". This would include, for example, the lands on which buildings rest.

[14] The interpretative issue at hand is easily stated: Are property taxes to be apportioned in a manner consistent with the "cost" or "income" approach? According to classical contract theory, the interpretive issue involves a search for the intention of the parties as viewed by a disinterested bystander having regard to the circumstances in which the parties found themselves at the time they entered into the lease: see generally *Robichaud, Williamson, Theriault and Johnstone v. Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée*, 2008 NBCA 12, 328 N.B.R. (2d) 205, at para. 18. Or as Brooke J.A. stated in *Leading Investments Ltd. v. New Forest Investments Ltd. et al.*; *H.W. Liebig & Co. Ltd. v. Leading Investments Ltd.*, [1981] O.J. No. 3112 (C.A.) (QL) at paragraph 24, aff'd [1986] 1 S.C.R. 70, [1986] S.C.J. No. 6 (QL): "... the court should look for and be guided by the reasonable expectation of the parties so long as it is compatible with their written contract." What makes this case anomalous or problematic is the realization that the interpretative issue involves a matter that the original parties did not expressly contemplate: namely, that the Province would move from one method of assessing fair market value to another. Some might argue that it is impossible to say whether the parties contemplated the possibility of a change in assessment methodology at the time they

entered into the lease. Most likely, they did not. After all, it took the Province nearly 35 years after the lease was signed to move from the cost to income approach. In fact, the only change the original parties to the lease contemplated was the possibility that the Province might move to the issuance of an “en bloc” assessment for the entire shopping center. As a matter of fact, that change materialized in 1983. What we are left with are the provisions of the lease and the task of articulating persuasive reasons why one method of apportionment should prevail over the other.

[15] The interpretative issue at hand is not novel. Strangely enough, many of the pertinent cases find Zellers as a party to the action. Plaza cites three decisions which are consistent with its position. Zellers cites an equal number in support of its. Regrettably, the precedential significance of some cases is diluted by differences with respect to the terms of the lease and the legislative regimes that exist in each province with respect to the taxation of real property. As well, the legal arguments pursued in some cases do not mirror those advanced in this Court. Bearing those limitations in mind, my analysis seeks to identify general facts and propositions of law that assist in resolving the interpretative issue at hand. In that regard, the decision of Verville J. in *Dicorp Properties Ltd. v. Zellers Inc.*, 2005 ABQB 399, [1986] A.J. No. 686 (QL) is helpful. The decision offers a convenient summary for each of the following cases: *Bentall Properties Ltd. v. Zellers Inc.*, [1985] B.C.J. No. 929 (Co.Ct.) (QL), aff'd [1986] B.C.J. No. 420 (C.A.) (QL); *Sunnyside Shopping Plaza Ltd. v. Zeller's (Nova Scotia) Ltd.*, [1987] N.S.J. No. 185 (S.C.(T.D)) (QL), *JMSC Holdings Inc. (c.o.b. Clayton Park Co-Tenancy) v. Oshawa Group Ltd.*, [1995] N.S.J. No. 18 (C.A.) (QL), leave to appeal to SCC refused, [1995] S.C.C.A. No. 190; *Brian Higgins Holdings Ltd. v. Bentall Properties Ltd.*, [1998] B.C.J. No. 2305 (C.A.) (QL); *Canpro Investments Ltd. v. Zellers Ltd.*, [1998] O.J. No. 2614 (Ct. J. (Gen. Div.)) (QL), aff'd [1999] O.J. No. 4128 (C.A.) (QL); *Sherwood Park Mall Limited v. Zellers Inc.*, 2001 ABQB 565, [2001] A.J. No. 885 (Q.B.) (QL), and see also *Zellers Inc. v. Orlando Corp.*, [2003] O.J. No. 3328 (C.A.) (QL).

[16] At trial and on appeal, Plaza cited three cases in support of its position. The key decision is *Bentall Properties Ltd.* Therein, the lease provided that the tenant

would pay all real property taxes assessed against the demised premises. In addition, the tenant agreed to pay its proportionate share of property taxes relating to the shopping centre's common areas. The lease also provided that the landlord "shall compute the amount payable by the tenant". A dispute arose between the parties once the assessment authorities moved from the cost approach to the income approach for assessing fair market value. The landlord wanted to continue the apportionment based on the cost approach and claimed the right to do so, based on the wording of the lease. The court held that a literal reading of the lease supported the understanding that the parties had agreed to allow the landlord to compute the apportioned amount in any way it saw fit. Reading the lease as whole, however, the court held the lease required the tenant to pay its share of the property taxes "as reasonably computed by the landlord". In turn, this led the court to hold the onus was on the tenant to show, on a balance of probabilities, that apportionment tied to the income approach was more reasonable than the one employed by the landlord. Ultimately, the court held that the tenant had failed to meet that onus for two reasons. First, the tenant failed to call expert evidence to show why its method of apportionment using the income approach was more reasonable than the one employed by the landlord. Second, the tenant failed to illustrate how the tenant's method of apportionment applied fairly to the other shopping centre tenants such that the total taxes owing to the assessment authority from the landlord were paid by all the tenants in the manner contemplated by their respective leases.

[17] The second decision Plaza cited is *Brian Higgins Holdings Ltd. v. Bentall Properties Ltd.* In that case, the lease provided that the tenant should pay all real property taxes assessed against the tenant's demised premises and the land upon which it was situated. The lease also provided that the tenant would pay its proportionate share of the taxes assessed against the common areas of the shopping centre, in accordance with a formula tied to the square footage of leasable space the tenant occupied. Finally, the lease stated that if the taxes payable by the tenant could not be determined as contemplated by the earlier contractual provisions, the tenant was to pay its proportionate share of taxes using that formula. A dispute arose once the assessing authority moved from the cost to income approach and no longer provided shopping centre tenants with a separate

assessment. Applying the reasoning in *Bentall Properties Ltd.*, the court held that the tenant had failed to meet the burden of demonstrating that the tenant's methodology of apportionment was more reasonable than that of the landlord. What is important about the decision in *Brian Higgins Holdings Ltd.* is that the parties stipulated that in the event the assessing authority failed to provide the tenant with an assessment value for its demised premises, the tax bill would be apportioned in accordance with the formula set out in the lease. That formula just happened to be consistent with the cost approach.

[18] Finally, Plaza cited *Dicorp Properties Ltd. v. Zellers Inc.* In that case, one of the issues focused on whether the tenant had to pay its proportionate share of property taxes attributable to the common areas of the shopping centre (the parking lot) after the assessment authority moved from the cost to income approach. The landlord used historical data, generated under the cost approach and tied to the square footage occupied by the tenant, to calculate the tenant's share of the taxes. Eventually, the tenant objected and argued that no taxes were payable with respect to the common areas as the income approach had captured its value. The municipal assessor testified that he "probably" took into account the lack of parking space when determining fair market value and that the rate he used as a market rental rate was "probably" lower than it would have been with adequate parking. An expert testified for each party. Both agreed that the assessing authority no longer calculated a market value for common areas as a result of the change in assessment approach. Applying *Bentall Properties Ltd.*, the court held that the tenant had not demonstrated that the landlord's method was unreasonable.

[19] Relying on the three cases outlined above, Plaza continues to maintain that Zellers has not demonstrated that Plaza's method of apportionment is unreasonable or that Zellers' approach is "more rational". This leads us to examine the precedents cited by Zellers. Three are of direct relevance to the case at hand. The first is *Sunnyside Shopping Plaza Ltd. v. Zellers (Nova Scotia) Ltd.* The terms of that lease are nearly identical to those under consideration. From 1972 until 1982 the assessment authority had used the cost approach to determine the fair market value of the shopping centre and the separate occupancy tax being paid by each tenant. In 1982, the assessing authority moved to the income approach. The occupancy tax equaled one half of the property tax

attributable to the tenant's premises and for which the landlord was assessed. However, the landlord argued that the use of the business occupancy assessment to determine the tenant's share of the property taxes on the shopping centre was not reliable for two reasons. First, that assessment did not lend itself to a reasonable apportionment of assessments between the tenants. Second, the income approach does not allow for the separate valuation of land.

[20] The court in *Sunnyside Shopping Plaza Ltd.* found merit with the argument that the use of a single capitalization rate did not lend itself to a fair apportionment of the assessment between tenants and, hence, resulted in an inequitable distribution. Moreover, the court acknowledged that it may be fairer to apportion taxes based on square footage rather than the rent being paid by each tenant. However, the court concluded that it was irrelevant whether the income approach was a reasonable method of assessment as it was the method chosen by the assessing authority. At the same time, the court reframed the issue in terms of whether the income approach was "so unreasonable that it should not form the basis of an apportionment of property taxes under the lease". The court answered that question in the negative. Finally, the court concluded that as the assessment is made by the assessing authority then by inference so too should the apportionment be based on the method it had adopted. The fact the land was no longer assessed separately was held to be of no moment. The pertinent provision of the lease was held to be "redundant". That provision is identical to the one under consideration in this appeal. *Bentall Properties Ltd.* was distinguished on its facts.

[21] Zellers also relied on *Sherwood Park Mall Ltd. v. Zellers Inc.* That case is relevant to the extent that it stands for the proposition that if a separate assessment is not available then any apportionment of taxes must be based on the methodology used by the assessing authority. Finally, in *Canpro Investments Ltd. v. Zellers Ltd.*, the court held that as the income approach captured the value of lands embracing the common areas and parking spaces, the landlord could not charge or apportion taxes with respect to those areas, notwithstanding the terms of the lease which are nearly identical to those reproduced earlier in these reasons. In brief, once the assessment authority no longer

placed a market value on common areas there was no basis for arguing that a property tax was imposed on those lands. Accordingly, the provision in the lease regarding apportionment of taxes with respect to the common areas shared with the remaining tenants was rendered moot.

[22] There are two other decisions relevant to the disposition of this appeal. Both were raised in the court below. The first is *JMSC Holdings Inc. (c.o.b. Clayton Park Co-Tenancy) v. Oshawa Group Ltd.*, where the court held, at paragraph 40: “The interpretation of the lease between the landlord and tenant should not, in my opinion, be affected by considerations of what would be fair to other tenants, who are not before this court, with respect to lease terms of which we have no knowledge.” The second is *Zellers Inc. v. Orlando Corp.* Once again, this was a case in which the assessing authority moved from the cost to income approach for determining the fair market value of a shopping centre. The lease provided that in the event the shopping centre was assessed “en bloc” the tenant was entitled to apply to the assessing authority for a separate or independent assessment. Failing that option, the lease provided that the tenant would be obligated to pay its share of the taxes having regard to its share of the “total leasable area” within the shopping centre. The court held that that provision of the lease prevailed.

[23] While it is evident that the jurisprudence lacks consistency, it is not the role of this Court to sit on judgment on cases earlier decided in other jurisdictions. Based on the above jurisprudence and in the context of the arguments advanced in this Court and having regard to the three contractual provisions that give rise to the interpretative issue at hand, I adopt the following analytical framework.

[24] The interpretative issue at hand does not require a determination as to whether the cost or income approach is a fairer method for assessing the fair market value of income producing properties: *Sunnyside Shopping Plaza Ltd.* The Province has already decided that issue. Nor are we concerned with the question of whether Zellers (Target) is paying its “fair share” of the property taxes. We know nothing of the terms of the other tenants’ leases and, in particular, with respect to a possible obligation to contribute to the payment of property taxes: *JMSC Holdings Inc. (c.o.b. Clayton Park Co-Tenancy)*. This

case is about the interpretation of three interrelated contractual provisions. In that regard, this lease does not provide a formula for apportioning property taxes in the event the assessing authority no longer provides the tenant with a separate assessment: see *Zellers Inc. v. Orlando Corp.* Nor is this a case where the terms of the lease provide the landlord with the discretion to adopt a methodology for apportioning property taxes, as was held in *Bentall Properties Ltd.*

[25] For greater certainty, one cannot attribute a contractual intention that Plaza would possess the right to select the method of apportionment should the Province issue an “en bloc” assessment. Admittedly, the 1972 lease provides that Zellers may apply to Plaza for an apportionment of taxes should the Province issue an assessment embracing the entire shopping centre. However, the relevant provision says more than that. It goes on to provide that: “...the Tenant shall be entitled to apply for apportionment and shall, in any event pay or reimburse the Landlord only for the portion of the taxes ... apportioned in respect of the demised premises.” In my view, the totality of these words cannot be construed as vesting the landlord with the discretion to fix the method of apportionment. Of course, if the lease did so, the law would impose limits on the exercise of that discretion. It would have to be exercised reasonably, which brings us back to the task at hand.

[26] I pause here to note my reluctance to subscribe to the general notion that this cases hinges on selecting one of two reasonable interpretations, or of declaring that one interpretation is “more reasonable” or “more rational” than the other, or that one of the parties bears the onus of demonstrating, on a balance of probabilities, that their method of apportionment is more reasonable than the other. Save for those cases where the lease vests the landlord with a discretion on how to apportion property taxes, I approach the issue at hand in terms of raising a question of law, that is to say, a question of contractual interpretation. Our task is to identify fatal flaws in any interpretative argument, flaws that would move a possible interpretation from the category of reasonableness to that of unreasonableness.

[27] Having outlined what this case is not about, I begin with the inference/presumption that if the assessed value of a property is determined in accordance with the income approach, so too should property taxes be apportioned in accordance with that methodology: *Sunnyside Shopping Plaza Ltd.* In other words, if the fair market value of a revenue producing property is based on the revenue stream that flows from the tenants to the landlord, it should follow that a tenant's share of the property taxes would be based on the percentage of rent it contributes to the landlord's revenue stream. The fact that the tenant has entered into a long term lease at a fixed rent remains irrelevant.

[28] Admittedly, it is tempting to argue that it would be unfair to the other tenants to bear the entire tax burden should one of the tenants pay no or minimal rent. The argument would be all the more compelling if that tenant occupied 59 percent of the leasable space in the shopping centre and yet contributed a relatively insignificant amount towards payment of the property taxes. But, as cautioned above, it is unwise to enter into a debate as to what is fair or equitable amongst the tenants when we have no knowledge of the pertinent provisions of their respective leases. If the argument were relevant, it would have to take into account the fact that under the income approach the Province is entitled to attribute a higher rent than that being paid by a tenant in the case of long term leases at a fixed rent. In other words, if the rent Zellers pays is below market rates, the Province is entitled to make the necessary adjustment.

[29] It is patently evident that the apportionment of property taxes based on the percentage of rent that Zellers contributes to Plaza's revenue stream is consistent with the income approach which the Province presently uses for assessing the fair market value of revenue producing properties. Moreover, the method of apportionment has an objective basis. One need only look at the assessor's file to appreciate what portion of the tax bill is attributable to any one tenant. Furthermore, the apportionment method is easy to apply, thereby promoting certainty as between the parties. These realities favour Zellers' interpretation of the lease.

[30] Accepting that there is an inference or presumption that any apportionment of property taxes would be based on the methodology employed by the assessing authority for computing a property's fair market value, it remains to be determined whether there are compelling reasons for holding that the presumption has been displaced. Aside from the unsubstantiated plea of unfairness, Plaza has not been able to offer compelling reasons in support of its methodology for apportioning property taxes. Indeed, the apportionment of property taxes based on Zellers' share of the leasable area within the shopping centre is more than problematic for at least three reasons. Let me explain.

[31] As the Province no longer uses the cost approach, Plaza has been relying on historical assessment data in order to place a value on both the lands and buildings (the 2002/2003 assessments). Thereafter, it has been applying an increase or multiplier to the taxes that Zellers paid the year before, all the while ignoring the fact that the subsequent assessment valuations were not tied to or dependent on the earlier assessments. Moreover, Plaza has been ignoring the fact that the application of the cost and income approaches can lead to different valuations. For example, in 2009, the Province applied the income approach while also calculating the property's fair market value using the cost approach, but for comparative purposes only. While the cost approach yielded a value of \$14.7 million, the income approach yielded a value of \$12.9 million. The Province used the latter in fixing the shopping centre's assessed value. Curiously, Plaza used that assessed value for purposes of apportionment while ignoring the assessed value fixed in accordance with the cost approach. In brief, Plaza's interpretative argument suffers from an internal inconsistency. Plaza insists on using historical data arrived at using the cost approach while ignoring more recent data that establishes a higher assessment value.

[32] The interpretation which Plaza places on the provisions of the lease is also flawed because it ignores the fact that the income approach eliminates the need to attribute a value to the lands. That value is captured within the income approach. And yet, Plaza insists that it has the contractual right to demand reimbursement of taxes with

respect to property that the Province no longer taxes. In other words, as the Province no longer calculates a market value for lands when applying the income approach, the basis for arguing that a property tax has been levied, imposed or assessed against those lands ceases to exist. That explains why Section 8 of Article III of the lease must be deemed to be inoperative: see *Sunnyside Shopping Plaza Ltd.* and *Canpro Investments Ltd.*

[33] Finally, the apportionment methodology which Plaza uses leads to an absurdity. If the assessed value increases in any one year because of an increase in revenue, then Zellers' share of the taxes goes up accordingly even if Zeller's rent remained constant. Nothing that Zellers has done has contributed to the increase in assessed value and yet Plaza insists that Zellers' share of the tax burden should be increased.

[34] Collectively, the flaws in Plaza's argument reinforce, rather than rebut, the presumption. This leads me to conclude that the interpretation which the trial judge placed on the provisions of the lease is the correct one. Surely, Plaza's method of apportionment, based on the use of historical data, would not have been within the reasonable contemplation of the parties when the lease was signed in 1972. For greater certainty, I conclude that Plaza's interpretation of the lease in question falls outside the category of reasonableness. Its interpretation is driven largely by an irrelevant consideration: namely, that Zellers entered into a long-term lease at a fixed rent. Accordingly I would dismiss the appeal with costs of \$3,500.

LE JUGE ROBERTSON

[1] Le présent appel porte sur l'interprétation d'un bail de centre commercial et sur l'obligation d'une locataire de payer sa part de l'impôt foncier que la Province du Nouveau-Brunswick impute à la locatrice. Le bail a été signé en 1972. À cette époque, la Province estimait la juste valeur marchande du bien au moyen de la technique du coût, qu'elle a appliquée jusqu'en 2005. La locatrice, jusqu'à cette année-là, « répartissait » l'impôt en fonction du pourcentage de la superficie locative totale du centre commercial occupé par chacun des locataires. En 2006, toutefois, la Province a adopté la « technique du revenu ». Cette technique requiert de l'autorité évaluatrice qu'elle détermine la juste valeur marchande à partir du loyer total versé au locateur. Or, la locatrice a maintenu, sur la base de données d'imposition antérieures, la répartition de l'impôt foncier qui avait été établie d'après la technique du coût. La locataire l'a contesté et elle a insisté pour que la part de l'impôt qui lui était attribuée soit fixée d'après le pourcentage des loyers perçus qu'elle avait apporté aux rentrées de la locatrice. Le bail étant muet sur la méthode de répartition, les parties ont saisi la Cour du Banc de la Reine de leurs vues divergentes.

[2] La question d'interprétation qui était soumise au juge du procès s'énonce aisément : la répartition de l'impôt foncier doit-elle s'accorder avec la technique du « coût » ou avec la technique du « revenu »? Les parties ont invoqué des précédents à l'appui de leurs thèses respectives. Après avoir constaté l'existence de deux tendances jurisprudentielles concurrentes et conclu que l'interprétation que proposait chacune des parties était [TRADUCTION] « raisonnable », le juge du procès a tranché en faveur de la locataire. Je suis d'avis de débouter l'appelante. À mon respectueux avis, l'interprétation que propose la locatrice n'est ni « raisonnable » ni « correcte ».

[3] À la vérité, la locatrice s'oppose à fixer la part d'impôt à payer d'après la technique du revenu, parce que la locataire a conclu un bail à long terme à loyer fixe. La locatrice estime qu'il en résulte une situation inéquitable. La valeur imposable du bien

augmente à mesure qu'augmente le loyer annuel des autres locataires, et pourtant la part de la locataire à la facture d'impôt ne s'accroît jamais. Plaider la situation inéquitable ne tient pas pour deux raisons. D'abord, la locataire à loyer fixe ne concourt en rien à l'augmentation de la valeur imposable du bien. Ensuite, débattre d'équité entre locataires demeure conjectural. Les autres locataires ne sont pas parties à l'action et nous ne savons rien des clauses de leurs baux. Nous savons, par contre, que la Province se sert du revenu locatif pour déterminer la valeur imposable d'un centre commercial. Il est raisonnable d'en inférer que la répartition de l'impôt foncier sera ordinairement liée à la technique du revenu, c'est-à-dire à l'apport du locataire aux rentrées du locateur. Nul argument n'a été présenté qui réfuterait cette inférence ou cette présomption.

- [4] Les faits essentiels sont les suivants. Le bail est daté du 21 avril 1972. Les lieux transportés à bail forment une partie du Northwest Shopping Centre, situé chemin Mountain, à Moncton. Place Rounda Inc. en était la locatrice originale. L'appelante, Northwest Plaza Ltd. (« Plaza »), qui a acquis le centre commercial en 2003, est sa successeure. L'intimée Zellers Inc. (« Zellers ») est la locataire originale. Elle a cédé son intérêt dans le bail à l'intimée Target Canada Co., qui compte réaliser des travaux de rénovation importants et exercer l'activité commerciale que Zellers exerçait depuis 1972. Les clauses du bail portant sur le paiement des taxes foncières sont celles-ci :

[TRADUCTION]

SECTION III – Imposition

Article 1. Le locataire s'engage à acquitter la totalité des taxes et impôts, notamment de l'impôt foncier, de la taxe scolaire et des taxes pour améliorations locales, de même que des taux, tarifs, droits, redevances et cotisations, quels qu'ils soient – dont les versements, échus pendant la durée du présent bail, de taxes et d'impôts spéciaux ou autres échelonnés sur plusieurs années, et dont tout impôt établi en remplacement d'un impôt foncier –, exigés pour tout ou partie des lieux transportés à bail, exigés du locateur en tant que propriétaire de ces lieux ou exigés pour tout bien, situé sur ces lieux, qui appartient au locataire ou que le locataire y a apporté, et à acquitter les taxes et redevances de permis ou de licences imposées pour toute activité commerciale exercée sur les lieux transportés à bail ou pour leur occupation

par le locataire, que le paiement de ces sommes soit imposé par un corps municipal, un corps parlementaire ou un autre corps pendant la durée du bail.

Article 2. Les parties conviennent que, dans l'éventualité d'une imposition globale du centre commercial dans lequel se trouvent les lieux transportés à bail, le locataire aura le droit de demander une répartition et ne devra payer ou rembourser au locateur, quoi qu'il arrive, que la proportion des taxes et impôts de l'article 1 ci-dessus que la répartition aura imputée aux lieux transportés à bail.

Article 8. En plus d'acquitter les taxes et impôts de l'article 1 de la présente section III, le locataire paie au locateur, à titre de loyer additionnel, dans les trente jours de la réception d'un état, sa part proportionnelle (définie à l'article 4, section XX, du présent bail) de l'impôt foncier du secteur désigné à l'annexe B, hormis ce qui apparaît en bleu et en jaune à l'annexe C, ainsi que sa part proportionnelle de l'impôt foncier du secteur qui apparaît en jaune à l'annexe C.

[5] Bref, il se dégage du bail que la locataire promet de payer l'impôt foncier, ou de rembourser à la locatrice les sommes versées en son nom, si la Province lui remet, ou remet à la locatrice, un avis d'imposition distinct pour les lieux transportés à bail. Autrement, si la Province impose globalement le centre commercial, la locataire promet de payer sa part proportionnelle des taxes et impôts. Enfin, le bail stipule que la locataire paiera aussi une part proportionnelle de l'impôt de certaines parties communes du centre commercial. Cette obligation provient du fait que la « technique du coût » suppose deux évaluations distinctes : l'une pour les bâtiments, l'autre pour les terrains.

[6] D'une façon générale, trois méthodes, ou techniques, sont d'usage courant pour l'évaluation d'un bien : (1) la technique du coût; (2) la technique du revenu; (3) la technique de la parité. Seules les deux premières nous intéressent ici. La technique du coût appelle à une estimation du coût de remplacement des bâtiments, ainsi qu'à une estimation de la dépréciation. Essentiellement, l'évaluateur attribue une valeur monétaire, au pied carré, à la superficie que loue chacun des locataires. Cette valeur monétaire correspond au coût de reconstitution. Le terrain fait l'objet d'une évaluation séparée. Les deux évaluations sont combinées pour arriver à la valeur imposable du bien. La technique

du revenu, elle, s'appuie sur les rentrées générées par un bien productif de revenu. L'évaluateur calcule le revenu locatif brut de tout le centre commercial en multipliant le loyer de chacun des locataires, au pied carré, par la superficie des lieux qu'il occupe. Toutefois, si les loyers ont été fixés pour de longues périodes, l'évaluateur peut utiliser un chiffre plus élevé représentatif des prix du marché. Il applique ensuite au revenu une déduction pour inoccupations et pour pertes locatives, et soustrait les dépenses non recouvrables. Enfin, un taux de capitalisation (taux de rendement du capital investi) est appliqué au revenu net pour arriver à la valeur estimative du centre commercial. Il importe de noter que, dans la technique du revenu, la valeur du terrain est « intégrée » au montant de l'évaluation. Il n'y a donc pas d'évaluation séparée du terrain.

[7] Au fil des ans, la méthode employée par la Province pour l'évaluation des propriétés commerciales et la perception de l'impôt a varié. De 1972 à 2006, la Province s'est servie de la technique du coût. De 1972 à 1982, les parties n'ont eu aucun mal à discerner la part de la facture d'impôt que devait acquitter Zellers, puisque la Province transmettait à chacun des locataires un avis d'imposition distinct où l'impôt foncier à payer était présenté comme une [TRADUCTION] « taxe d'occupation commerciale ». Cette taxe était levée en sus de l'impôt foncier exigé de la locatrice. Apparemment, la taxe d'occupation était fonction de la part proportionnelle louée dans l'espace occupé du centre commercial, et était directement liée à la valeur imposable du centre commercial. C'est pourquoi il n'était pas difficile de déterminer quelle part de la facture d'impôt du locateur revenait aux locataires. En 1983, la Province a abandonné la taxe d'occupation et elle a commencé à donner aux locateurs des évaluations globales. Ce changement ne posait toutefois pas de problème. Il suffisait au locateur d'un centre commercial de consulter le dossier de l'évaluateur et d'examiner comment la Province était arrivée à la valeur imposable. La technique du coût attribuait une valeur monétaire à la superficie louée, au pied carré, et la facture d'impôt pouvait être répartie sur ce fondement. Puisque la Province continuait de donner une évaluation séparée du terrain, il n'était pas difficile de procéder à une répartition suivant la part de la superficie locative brute du centre commercial que chaque locataire occupait. Pendant la plupart de ces années d'imposition,

Zellers a occupé environ 59 pour 100 de la superficie locative. Il était donc possible d'attribuer à Zellers 59 pour 100 de la valeur imposable du terrain.

[8] La loi n'oblige pas la Province à réaliser une nouvelle évaluation tous les ans, avant de transmettre l'avis d'imposition. Il lui est permis d'appliquer, pour une année donnée, un [TRADUCTION] « facteur d'adaptation au marché » (pourcentage par lequel est majoré ou minoré l'impôt de l'année précédente). En l'espèce, la Province a réalisé une évaluation nouvelle pour l'année d'imposition 2002 au moyen de la technique du coût, mais elle a calculé également, à titre strictement indicatif, ce qu'aurait été l'impôt si la technique du revenu avait été adoptée. Chose étonnante, les évaluations ne différaient pas sensiblement (à peine trente dollars les séparaient). Pour les années 2003, 2004 et 2005, la Province a tout simplement appliqué à l'impôt de l'année précédente un facteur d'adaptation au marché. En 2006, cependant, elle est passée à la technique du revenu pour déterminer la valeur imposable du centre commercial. Pour les années d'imposition 2007 et 2008, la Province a appliqué un facteur d'adaptation au marché. En 2009, elle a procédé à une évaluation nouvelle par application de la technique du revenu. Elle a aussi estimé la juste valeur marchande du bien au moyen de la technique du coût, mais à titre indicatif seulement. Cette fois, la technique du coût aboutissait à une valeur plus élevée que la technique du revenu (14,7 millions de dollars, contre 12,9 millions). En 2010 et en 2011, la Province a appliqué à la valeur du centre commercial un facteur d'adaptation au marché.

[9] En dépit du changement de méthode d'évaluation décidé par la Province, Plaza n'a pas fixé la part de Zellers de l'impôt foncier de 2006 d'après le pourcentage des loyers perçus que la locataire avait apporté à ses rentrées. Plaza a fait parvenir à Zellers une facture qui témoignait d'une répartition reposant, pour les lieux transportés à bail comme pour le terrain du centre commercial, sur les valeurs imposables de l'avis d'imposition de 2003, lui-même fondé sur l'avis de 2002. Je m'explique. En 2002, la Province a réalisé une nouvelle évaluation du centre commercial (terrain et bâtiments) au moyen de la technique du coût. La valeur imposable combinée était de 9,8 millions de dollars. Cette valeur n'a pas changé en 2003. La valeur imposable des lieux occupés par

Zellers était de 4,3 millions de dollars. Le taux d'imposition étant de 4,70 \$ par tranche de 100 \$, Zellers a payé à Plaza un impôt de 203 000 \$. Le terrain de tout le centre commercial était évalué à 2,1 millions de dollars, ce qui signifiait un impôt de 101 000 \$. Puisque Zellers occupait 59 pour 100 de l'espace loué dans le centre commercial, elle a acquitté sa part proportionnelle, soit 60 000 \$. En 2004, un facteur d'ajustement au marché de 1,0199 a été appliqué. La valeur imposable de toute la propriété (terrain et bâtiments) est passée de 9,8 à 10 millions de dollars. Plaza a donné suite à cet ajustement en haussant de sommes correspondantes les valeurs imposables des lieux loués par Zellers et du terrain. Plaza a repris le même procédé de répartition et de facturation les années suivantes, malgré que la Province eût abandonné la méthode du coût en 2006. Cette année-là est la première où Zellers a payé contre son gré sa part de l'impôt.

[10] En somme, Plaza a réparti l'impôt foncier des années d'imposition 2006 et suivantes sur la base de l'évaluation de 2002, reprise en 2003, qui avait été réalisée au moyen de la technique du coût. À compter de l'année d'imposition 2004, elle a tout simplement appliqué au montant à payer le pourcentage de l'augmentation annuelle de la valeur imposable. En outre, la méthode de répartition employée par Plaza continuait de supposer que le terrain était évalué séparément des bâtiments. Or, comme nous l'avons vu, la technique du revenu n'évalue pas séparément le terrain. Cette valeur est intégrée au montant de l'évaluation.

[11] Une raison tout à fait pratique a amené Zellers à contester la méthode de répartition de Plaza. L'impôt foncier à payer de Zellers est moindre lorsque la technique du revenu est employée, parce que son bail stipule un loyer fixe. Par exemple, en 2006, le revenu locatif total du centre commercial était d'environ 1,6 million de dollars et le loyer de Zellers était de 580 000 \$. En 2009, le total de tous les loyers avait atteint 1,84 million de dollars; le loyer de Zellers restait de 580 000 \$. La différence de méthode se traduit par un écart de quelque 100 000 \$ par année. Comme les parties avaient conclu un bail à long terme, elles étaient suffisamment motivées pour porter la question devant la Cour du Banc de la Reine.

[12] Dans ses motifs, le juge du procès expose les arguments respectifs des parties et la jurisprudence pertinente. Il analyse les deux tendances jurisprudentielles qui étayent les points de vue respectifs des parties. À un certain moment, il indique que toutes deux ont soutenu ce qui lui paraît être un [TRADUCTION] « point de vue raisonnable ». Le juge arrive en définitive à la conclusion suivante : [TRADUCTION] « C'est uniquement parce que l'argumentation de la partie demanderesse a paru plus persuasive à la Cour qu'elle tranchera en sa faveur ». Comme le présent appel soulève une question de droit liée à l'interprétation d'un contrat, la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte. Notre Cour n'a donc, ni à se demander si les motifs du juge du procès sont suffisants, ni à entreprendre un examen qui viserait à relever une erreur de sa part.

[13] La question d'interprétation qui se pose ici ne nécessite que l'examen de trois dispositions connexes définissant l'obligation du locataire de payer l'impôt foncier qui accompagne nécessairement l'utilisation des lieux qui lui sont transportés à bail. La première des trois dispositions requiert simplement du locataire qu'il acquitte la totalité des taxes et impôts qu'un tiers exigera pour les lieux transportés à bail. Elle suppose que le tiers établit séparément l'impôt de ces lieux. Il importe peu, donc, que l'avis d'imposition soit reçu par le locateur ou par le locataire. Le locataire a l'obligation de payer la Province, ou de rembourser le locateur s'il a effectué le paiement. La deuxième des trois dispositions pare à la possibilité que le tiers choisisse, non plus de produire des avis d'imposition individuels, mais d'évaluer le bien du locateur globalement. Le cas échéant, le locataire a [TRADUCTION] « le droit de demander » au locateur une répartition de l'impôt. La troisième disposition du bail porte sur l'obligation du locataire de payer sa part proportionnelle de l'impôt des parties du centre commercial qui n'entrent pas dans la catégorie des « lieux transportés à bail », lesquelles comprendront en temps normal, par exemple, le terrain sur lequel se dressent les bâtiments.

[14] La question d'interprétation qui se pose s'énonce aisément : la répartition de l'impôt foncier doit-elle s'accorder avec la technique du « coût » ou avec la technique du « revenu »? La théorie classique des contrats veut que l'interprétation tâche de cerner l'intention qu'avaient les parties, du point de vue d'un observateur impartial, compte tenu

des circonstances dans lesquelles elles se trouvaient au moment de la passation du bail (on pourra se reporter, de façon générale, à *Robichaud et al. c. Pharmacie Acadienne de Beresford Ltée et autre*, 2008 NBCA 12, 328 R.N.-B. (2^e) 205, par. 18). Ou, comme l'a indiqué le juge d'appel Brooke au par. 24 de *Leading Investments Ltd. c. New Forest Investments Ltd. et al.*; *H.W. Liebig & Co. Ltd. c. Leading Investments Ltd.*, [1981] O.J. No. 3112 (C.A.) (QL), décision confirmée dans [1986] 1 R.C.S. 70, [1986] A.C.S. n^o 6 (QL) : [TRADUCTION] « [L]a cour doit tenter de cerner les attentes raisonnables des parties, et doit être guidée par ces attentes, pourvu qu'elles soient compatibles avec leur contrat écrit ». La singularité et la difficulté de la présente cause apparaissent lorsqu'on constate que la question d'interprétation, ici, porte sur une éventualité que les parties n'ont pas expressément envisagée, soit que la Province passerait à une nouvelle méthode d'estimation de la juste valeur marchande. D'aucuns feront valoir qu'il est impossible de savoir si les parties ont envisagé la possibilité d'un changement de méthode d'évaluation à l'époque où elles ont conclu le bail. Selon toute vraisemblance, elles n'ont pas envisagé cette possibilité. Après tout, il aura fallu à la Province près de trente-cinq ans, après la signature du bail, pour passer de la technique du coût à celle du revenu. En fait, le seul changement qu'aient envisagé les parties d'origine était l'adoption par la Province d'une évaluation globale pour tout le centre commercial. Ce changement s'est d'ailleurs opéré en 1983. Seules nous restent les dispositions du bail et la tâche de justifier par des motifs convaincants qu'une méthode de répartition l'emporte sur l'autre.

[15] La question d'interprétation qui se pose en l'espèce n'est pas inédite. Chose curieuse, dans bon nombre des décisions pertinentes, Zellers est l'une des parties. Plaza invoque trois précédents favorables à ses prétentions; Zellers invoque le même nombre à l'appui des siennes. Le poids jurisprudentiel de certaines décisions est malheureusement amoindri par des différences entre les clauses des baux et entre les régimes législatifs des diverses provinces en matière d'imposition des biens réels. De même, les arguments juridiques avancés dans certaines causes ne trouvent aucun écho dans ceux qui ont été avancés devant notre Cour. Mon analyse tient compte de ces réserves et s'attache à cerner les propositions de droit et les faits généraux qui aideront à résoudre la question d'interprétation soulevée. Sur ce point, la décision rendue par le juge

Verville dans *Dicorp Properties Ltd. c. Zellers Inc.*, 2005 ABQB 399, [1986] A.J. No. 686 (QL), est utile. Elle propose un résumé pratique de chacun des jugements suivants : *Bentall Properties Ltd. c. Zellers Inc.*, [1985] B.C.J. No. 929 (c. de c^{te} C.-B.) (QL), conf. [1986] B.C.J. No. 420 (C.A.) (QL); *Sunnyside Shopping Plaza Ltd. c. Zeller's (Nova Scotia) Ltd.*, [1987] N.S.J. No. 185 (C.S.N.-É, Div. 1^{re} inst.) (QL); *JMSC Holdings Inc. (c.o.b. Clayton Park Co-Tenancy) c. Oshawa Group Ltd.*, [1995] N.S.J. No. 18 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée, [1995] C.S.C.R. n^o 190; *Brian Higgins Holdings Ltd. c. Bentall Properties Ltd.*, [1998] B.C.J. No. 2305 (C.A.) (QL); *Canpro Investments Ltd. c. Zellers Ltd.*, [1998] O.J. No. 2614 (C. J. Ont. (Div. gén.)) (QL), conf. [1999] O.J. No. 4128 (C.A.) (QL); *Sherwood Park Mall Ltd. c. Zellers Inc.*, 2001 ABQB 565, [2001] A.J. No. 885 (C.B.R. Alb.) (QL); *Zellers Inc. c. Orlando Corp.*, [2003] O.J. No. 3328 (C.A.) (QL).

[16] Au procès comme en appel, Plaza a invoqué trois décisions à l'appui de ses prétentions. *Bentall Properties Ltd.* est la décision clé. Dans *Bentall*, le bail prévoyait que tout l'impôt foncier des lieux transportés à bail serait payé par la locataire. La locataire avait convenu en outre de payer sa part proportionnelle de l'impôt foncier des parties communes du centre commercial. Le bail précisait ce qui suit : [TRADUCTION] « [Le locateur] procédera au calcul de la somme à payer par le locataire ». Le choix de l'autorité évaluatrice de passer de la technique du coût à la technique du revenu, pour l'évaluation de la juste valeur marchande, a suscité un différend entre les parties. La locatrice souhaitait conserver la répartition établie au moyen de la technique du coût et elle en revendiquait le droit sur le fondement du libellé du bail. Il est apparu à la Cour que le bail, s'il en était donné une interprétation littérale, indiquait que les parties avaient convenu que la locatrice pourrait calculer la part d'impôt à payer comme elle l'entendait. La Cour a cependant conclu, d'après une interprétation d'ensemble du bail, qu'il exigeait de la locataire qu'elle paie la part d'impôt foncier que lui imputerait [TRADUCTION] « un calcul raisonnable de la locatrice ». Elle a jugé que le fardeau échoyait à la locataire de montrer, par prépondérance des probabilités, qu'une répartition au moyen de la technique du revenu serait plus raisonnable que celle que la locatrice avait effectuée. En définitive, la Cour a conclu que la locataire ne s'était pas acquittée de ce fardeau pour

deux raisons. Premièrement, elle n'avait pas présenté de preuve d'expert qui eût expliqué en quoi sa méthode de répartition, qui s'appuyait sur la technique du revenu, était plus raisonnable que celle que la locatrice avait employée. Deuxièmement, la locataire n'avait pas montré comment la méthode de répartition qu'elle proposait était d'application équitable envers les autres locataires du centre commercial, au sens où le total de l'impôt dont la locatrice était redevable envers l'autorité évaluatrice serait acquitté par tous les locataires de la façon prévue par leurs baux respectifs.

[17] La deuxième décision invoquée par Plaza est *Brian Higgins Holdings Ltd. c. Bentall Properties Ltd.* Dans cette cause, il était stipulé que la locataire devait payer tout l'impôt foncier des lieux qui lui étaient transportés à bail et du terrain sur lequel ils étaient situés. Le bail stipulait également que la locataire paierait sa part proportionnelle de l'impôt des parties communes du centre commercial, part établie d'après une formule axée sur la superficie des lieux qu'elle occupait. Enfin, une clause du bail précisait que la locataire, si l'impôt qu'elle devait payer ne pouvait être déterminé comme le prévoyaient les dispositions contractuelles précédentes, acquitterait sa part proportionnelle de l'impôt, établie par application de cette formule. Un différend est survenu après l'abandon par l'autorité évaluatrice de la technique du coût et de la transmission d'avis d'imposition séparés aux locataires du centre commercial. La Cour a repris le raisonnement de *Bentall Properties Ltd. c. Zellers Inc.* Elle a conclu que la locataire ne s'était pas acquittée du fardeau de montrer que la méthode de répartition qu'elle proposait était plus raisonnable que celle de la locatrice. L'aspect important de l'arrêt rendu dans *Brian Higgins Holdings Ltd.* est le suivant : les parties avaient prévu que, si l'autorité évaluatrice n'imputait pas d'impôt à la locataire pour les lieux transportés à bail, la part de la facture d'impôts que celle-ci aurait à payer serait établie par application de la formule que le bail énonçait. Cette formule cadrerait justement avec la technique du coût.

[18] Enfin, Plaza a invoqué *Dicorp Properties Ltd. c. Zellers Inc.* Dans cette cause, la question se posait, entre autres, de savoir si la locataire était tenue de payer sa part proportionnelle de l'impôt foncier des parties communes du centre commercial (parc de stationnement) après le passage, réalisé par l'autorité évaluatrice, de la technique du

coût à celle du revenu. La locatrice s'était servie de données antérieures, générées par la technique du coût et liées à la superficie occupée, pour calculer la part d'impôt que la locataire devait payer. La locataire a fini par le contester. Elle a affirmé qu'aucun impôt n'était à payer pour les parties communes, leur valeur étant comprise dans le montant de l'évaluation produite par la technique du revenu. Il est ressorti du témoignage de l'évaluateur municipal qu'il avait [TRADUCTION] « probablement » tenu compte du manque de places de stationnement lorsqu'il avait déterminé la juste valeur marchande et que le taux du marché qu'il avait utilisé était [TRADUCTION] « probablement » inférieur à ce qu'aurait été le taux locatif si les places de stationnement avaient été suffisantes. Un expert a témoigné pour chacune des parties. Ils ont convenu que l'autorité évaluatrice n'affectait plus de valeur marchande aux parties communes, vu le changement de technique d'évaluation. La Cour a appliqué *Bentall Properties Ltd.* et conclu que la locataire n'avait pas montré que la méthode de la locatrice était déraisonnable.

[19] Sur le fondement de ces trois décisions, Plaza continue d'affirmer qu'il n'a été démontré, ni que la méthode de répartition qu'elle emploie est déraisonnable, ni que la technique que Zellers propose est [TRADUCTION] « plus rationnelle », ce qui nous amène à examiner les précédents sur lesquels s'appuie Zellers. Trois ont une pertinence directe ici. Le premier est *Sunnyside Shopping Plaza Ltd. c. Zellers (Nova Scotia) Ltd.* Les clauses du bail de l'affaire *Sunnyside* sont quasi identiques à celles du présent bail. De 1972 à 1982, l'autorité évaluatrice avait employé la technique du coût pour établir la juste valeur marchande du centre commercial et la taxe d'occupation séparée que chacun des locataires devait acquitter. En 1982, elle est passée à la technique du revenu. La taxe d'occupation était égale à la moitié de l'impôt foncier des lieux occupés par la locataire, levé sur la locatrice. La locatrice a soutenu que la taxe d'occupation commerciale n'était pas, pour deux raisons, un moyen fiable de déterminer la part de l'impôt foncier du centre commercial que la locataire devait payer. D'abord, la taxe établie ne se prêtait pas à une répartition raisonnable de l'impôt foncier entre les locataires. Ensuite, la technique du revenu ne permettait pas l'évaluation séparée du terrain.

[20] La Cour, dans *Sunnyside Shopping Plaza Ltd.*, a jugé que l'argument selon lequel un taux de capitalisation unique ne se prêtait pas à une juste répartition de la valeur imposable entre les locataires, donc amenait un partage inéquitable de l'impôt, n'était pas dénué de fondement. La Cour a aussi reconnu qu'il pouvait être plus juste de répartir l'impôt en fonction de la superficie occupée par chacun des locataires qu'en fonction du loyer payé. Elle a cependant conclu qu'il était vain de se demander si la technique du revenu était une méthode d'évaluation raisonnable, puisqu'elle était la méthode qu'avait retenue l'autorité évaluatrice. Par ailleurs, la Cour a reformulé la question à trancher : [TRADUCTION] « [La question est de savoir si la technique du revenu est] à ce point déraisonnable qu'elle ne devrait pas servir de base à une répartition de l'impôt foncier en application du bail ». La Cour a répondu à la question par la négative. Elle a enfin conclu que, comme la valeur imposable était établie par l'autorité évaluatrice, la répartition de l'impôt devait, par inférence, reposer sur la méthode adoptée par cette autorité. Le fait que le terrain n'était plus évalué séparément ne portait pas à conséquence. La Cour a jugé que la disposition pertinente du bail était [TRADUCTION] « superflue ». Cette disposition est identique à celle sur laquelle nous nous penchons ici. La Cour a distingué *Bentall Properties Ltd.*, sur le fondement de ses faits, d'avec la cause dont elle était saisie.

[21] Zellers a aussi invoqué *Sherwood Park Mall Ltd. c. Zellers Inc.* Cet arrêt est pertinent dans la mesure où il y est indiqué que, en l'absence d'imposition distincte, la répartition de l'impôt doit s'appuyer sur la méthode utilisée par l'autorité évaluatrice. Enfin, dans *Canpro Investments Ltd. c. Zellers Ltd.*, la Cour a conclu que, comme la valeur du terrain des places de stationnement et des parties communes était intégrée au montant de l'évaluation produite par la technique du revenu, la locatrice ne pouvait facturer ou répartir l'impôt de ces lieux, en dépit d'un bail porteur de clauses quasi identiques aux clauses reproduites précédemment. Bref, dès lors que l'autorité évaluatrice n'attribuait plus de valeur marchande aux parties communes, rien ne fondait à affirmer que ce terrain était assujéti à un impôt foncier. En conséquence, la disposition du bail prévoyant la répartition de l'impôt des lieux partagés avec les autres locataires devenait inapplicable.

[22] Deux autres précédents sont pertinents ici. Tous deux ont été invoqués au procès. *JMSC Holdings Inc. (c.o.b. Clayton Park Co-Tenancy) c. Oshawa Group Ltd.* est le premier. Le paragraphe 40 de ce jugement porte la conclusion suivante de la Cour : [TRADUCTION] « L'interprétation du bail qu'ont passé la locatrice et la locataire ne doit pas, à mon avis, s'arrêter à ce qui pourrait être équitable envers les autres locataires, qui ne comparaissent pas devant notre Cour et dont les baux contiennent des clauses qui nous sont inconnues ». Le second est *Zellers Inc. c. Orlando Corp.* Encore une fois, l'autorité évaluatrice était passée de la technique du coût à la technique du revenu pour déterminer la juste valeur marchande d'un centre commercial. Le bail prévoyait que, en cas d'évaluation globale du centre commercial, la locataire aurait le droit de demander à l'autorité évaluatrice une imposition distincte. Il prévoyait également que, si la locataire ne pouvait l'obtenir, elle serait tenue de payer une part d'impôt établie en fonction de sa part de la [TRADUCTION] « superficie locative totale » du centre commercial. La Cour a conclu que cette disposition du bail l'emportait.

[23] Bien que la jurisprudence ne soit manifestement pas uniforme, le rôle de notre Cour n'est pas de juger les causes sur lesquelles d'autres ressorts ont statué. Vu la jurisprudence qui précède, et dans le contexte des arguments avancés devant notre Cour, et compte tenu des trois dispositions contractuelles qui donnent lieu à la question d'interprétation à trancher, j'adopte le cadre d'analyse suivant.

[24] La question d'interprétation qui se pose ici ne requiert pas de déterminer laquelle de la technique du coût ou de celle du revenu est la méthode la plus équitable pour l'estimation de la juste valeur marchande de biens productifs de revenu (*Sunnyside Shopping Plaza Ltd.*). La Province s'est déjà prononcée sur ce point. Il ne s'agit pas non plus de déterminer si Zellers (Target) paie sa « juste part » de l'impôt foncier. Nous ne savons rien des clauses des baux des autres locataires, notamment quant à l'obligation qu'ils pourraient avoir de participer au paiement de l'impôt foncier (*JMSC Holdings Inc. (c.o.b. Clayton Park Co-Tenancy)*). La présente cause appelle à l'interprétation de trois dispositions contractuelles connexes. Les dispositions du présent bail ne prévoient pas de formule de répartition de l'impôt foncier pour le cas où l'autorité évaluatrice cesserait de

transmettre à la locataire un avis d'imposition distinct (*Zellers Inc. c. Orlando Corp.*). Les clauses du bail ne confèrent pas non plus à la locatrice le pouvoir discrétionnaire d'adopter une méthode de répartition de l'impôt foncier, pouvoir auquel la Cour a conclu dans *Bentall Properties Ltd.*

[25] Je précise, par souci de clarté, qu'on ne peut pas attribuer aux parties l'intention contractuelle d'octroyer à Plaza le droit de choisir la méthode de répartition dans l'éventualité d'une évaluation globale de la part de la Province. Il est vrai que le bail de 1972 prévoit que Zellers peut demander à Plaza une répartition de l'impôt si la Province produit une évaluation de l'entièreté du centre commercial. La disposition pertinente est toutefois plus détaillée : [TRADUCTION] « [L]e locataire aura le droit de demander une répartition et ne devra payer ou rembourser au locateur, quoi qu'il arrive, que la proportion des taxes et impôts [...] que la répartition aura imputée aux lieux transportés à bail. » À mon sens, on ne peut interpréter l'ensemble de ces mots comme investissant la locatrice du pouvoir discrétionnaire de fixer la méthode de répartition. Bien sûr, si le bail l'en investissait, le droit imposerait des limites à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La locatrice aurait à l'exercer raisonnablement, ce qui nous ramène à la tâche qui nous incombe.

[26] Je m'arrête un instant pour exprimer ma réticence à me rallier à l'idée que l'issue de la présente cause dépend d'un choix entre deux interprétations raisonnables, ou d'une déclaration qui constaterait que l'une des interprétations est « plus raisonnable » ou « plus rationnelle » que l'autre ou qui énoncerait que l'une des parties a le fardeau de démontrer, par prépondérance des probabilités, que la méthode de répartition qu'elle propose est plus raisonnable que l'autre. Sauf dans les causes où le bail reconnaît au locateur le pouvoir discrétionnaire de choisir de quelle façon répartir l'impôt foncier, le point en litige soulève à mon sens une question de droit, plus précisément une question d'interprétation contractuelle. Notre tâche est de relever les erreurs fatales de tout argument d'interprétation, failles qui feraient passer l'interprétation proposée du domaine du raisonnable à celui du déraisonnable.

[27] Maintenant que j'ai indiqué ce dont il n'est pas question ici, j'ouvre mon analyse par cette inférence, ou par cette présomption : si la valeur imposable d'un bien est déterminée au moyen de la technique du revenu, il convient que l'impôt foncier soit aussi réparti suivant cette méthode (*Sunnyside Shopping Plaza Ltd.*). En d'autres termes, si la juste valeur marchande d'un bien productif de revenu est fonction des rentrées que les locataires apportent au locateur, il devrait s'ensuivre que la part d'impôt foncier qu'un locataire aura à payer sera normalement fonction du pourcentage des loyers perçus qu'il apporte aux rentrées du locateur. Le fait que le locataire a conclu un bail à long terme à loyer fixe n'est nullement pertinent.

[28] On sera tenté d'avancer, sans doute, qu'il serait inéquitable que si un locataire paie un loyer minime, ou ne paie pas de loyer, les autres locataires aient à porter tout le fardeau fiscal. L'argument aura plus de poids encore si ce locataire occupe 59 pour 100 de la superficie locative du centre commercial et apporte, pourtant, une somme relativement négligeable au paiement de l'impôt foncier. Mais il est mal avisé, comme nous l'avons signalé précédemment, de débattre de ce qui est juste ou équitable entre locataires quand les dispositions pertinentes de leurs baux respectifs ne sont pas connues. Si l'argument était pertinent, il exigerait de prendre en considération le fait que la technique du revenu confère à la Province le droit d'imputer au locataire, dans le cas de baux à long terme à loyer fixe, un loyer plus élevé que celui qu'il paie. En d'autres termes, si le loyer de Zellers est inférieur aux taux du marché, la Province est en droit d'opérer les ajustements nécessaires.

[29] Manifestement, établir la part de l'impôt foncier dont Zellers est redevable sur la base du pourcentage des loyers qu'elle apporte aux rentrées de Plaza s'accorde avec la technique du revenu, actuellement employée par la Province pour estimer la juste valeur marchande de biens productifs de revenu. En outre, la méthode de répartition a un fondement objectif. Il suffit de consulter le dossier de l'évaluateur pour déterminer la portion de la facture d'impôt attribuable à l'un quelconque des locataires. Qui plus est, la méthode de répartition est d'application facile, de sorte que les parties savent à quoi s'en

tenir. Ces considérations pratiques jouent en faveur de l'interprétation du bail proposée par Zellers.

[30] Si l'on admet qu'une inférence ou une présomption intervient voulant que la répartition de l'impôt foncier repose d'ordinaire sur la méthode employée par l'autorité évaluatrice pour calculer la juste valeur marchande d'un bien, il reste à déterminer si des motifs convaincants poussent à conclure que la présomption est réfutée. Plaza a plaidé la situation inéquitable, mais l'argument s'est révélé sans fondement, et elle n'a pu avancer de motifs convaincants d'adopter la méthode de répartition de l'impôt foncier qu'elle propose. Au contraire, l'attribution d'une part d'impôt foncier à Zellers sur la base de la superficie locative du centre commercial qu'elle occupe est problématique pour trois raisons au moins. Je m'explique.

[31] Depuis que la Province n'utilise plus la méthode du coût, Plaza s'appuie sur des données d'imposition antérieures (valeurs imposables de 2002 et de 2003) pour affecter une valeur au terrain comme aux bâtiments. Elle applique une majoration ou un multiplicateur à l'impôt payé par Zellers l'année précédente, sans le moindre égard au fait que les impositions subséquentes ne sont ni liées aux valeurs imposables précédentes, ni dépendantes de ces valeurs. En outre, Plaza méconnaît que l'application des techniques du coût et du revenu peut aboutir à des valeurs différentes. Par exemple, en 2009, la Province a appliqué la technique du revenu, mais elle a calculé également la juste valeur marchande du bien au moyen de la technique du coût, à titre strictement indicatif. Tandis que la technique du coût générait une valeur de 14,7 millions de dollars, la technique du revenu attribuait au bien une valeur de 12,9 millions. La Province s'est servie du second chiffre pour établir la valeur imposable du centre commercial. Curieusement, Plaza s'est servie de la valeur retenue par la Province pour répartir l'impôt foncier, sans s'arrêter à la valeur imposable que donnait la technique du coût. Bref, l'argument d'interprétation de Plaza trahit une contradiction interne. Plaza insiste pour se servir de données antérieures produites au moyen de la technique du coût, mais méconnaît des données plus récentes attribuant au bien une valeur imposable supérieure.

[32] L'interprétation que Plaza donne des dispositions du bail comporte une autre faille. Son interprétation ne tient pas compte du fait que la technique du revenu dispense d'attribuer une valeur au terrain, valeur intégrée au montant de l'évaluation. Plaza maintient pourtant qu'elle a le droit contractuel d'exiger le remboursement de l'impôt d'un terrain que la Province n'impose plus. En d'autres termes, comme la Province applique la technique du revenu et ne calcule plus la valeur marchande du terrain, rien ne fonde plus à soutenir qu'un impôt foncier est exigé pour ce terrain. Voilà pourquoi l'art. 8 de la section III du bail doit être tenu pour inopérant (*Sunnyside Shopping Plaza Ltd. et Canpro Investments Ltd.*).

[33] Enfin, la méthode de répartition que Plaza utilise conduit à une absurdité. Si la valeur imposable augmente une année, en raison d'une augmentation de revenu, la part d'impôt foncier que Zellers doit acquitter augmente de même, malgré que son loyer demeure constant. Zellers n'a rien à voir avec la hausse de valeur imposable, et pourtant Plaza maintient que la part du fardeau fiscal qui lui échoit doit s'accroître.

[34] Mises ensemble, les failles de l'argumentation de Plaza viennent moins réfuter la présomption que l'appuyer, ce qui m'amène à conclure que l'interprétation donnée des dispositions du bail par le juge du procès est la bonne. Il est certain que la méthode de répartition de Plaza, qui s'appuie sur des données antérieures, ne devait pas être raisonnablement envisageable par les parties lors de la signature du bail, en 1972. Je conclus, je le précise, que l'interprétation donnée par Plaza de ce bail sort du domaine du raisonnable. Son interprétation est motivée, en grande partie, par une considération qui n'est pas pertinente : la conclusion d'un bail à long terme à loyer fixe par Zellers. Je suis donc d'avis de débouter l'appelante et de fixer les dépens à 3 500 \$.