



FÉDÉRATION ROMANDE
IMMOBILIÈRE
ASSOCIATION ROMANDE
DES PROPRIÉTAIRES



rue du Midi 15
case postale 5607
1002 Lausanne

téléphone 021 341 41 42
téléfax 021 341 41 46

site internet <http://www.fri.ch>
E-mail mail@fri.ch

Monsieur le Conseiller fédéral
Guy Parmelin
Chef du DEFR
Palais fédéral est
3003 Berne

Lausanne, le 10 juillet 2020 OF/cd

Consultation relative à la loi fédérale sur les loyers et fermages pendant les fermetures d'établissements et les restrictions visant à lutter contre le coronavirus (Covid-19) - Loi Covid-19 sur les loyers commerciaux

Monsieur le Conseiller fédéral,

Vous avez consulté la Fédération romande immobilière (FRI) concernant l'objet cité en titre, ce dont nous vous remercions.

Nous tenons à titre liminaire à profiter de la présente pour vous remercier vivement pour l'action importante que vous avez déployée au cours de ces derniers mois au profit de la population et de l'économie.

Nous vous prions de trouver ci-dessous notre prise de position.

1. L'essentiel en bref

La FRI rejette la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux pour les principaux motifs suivants :

- I. La loi proposée est destinée à s'appliquer de façon indifférenciée à tous les locataires commerciaux du pays ayant dû temporairement cesser ou, s'agissant des établissements de santé, restreindre leurs activités de même qu'à tous les bailleurs concernés. Une telle réglementation produira inmanquablement de nombreux effets inéquitables et arbitraires. En effet, les situations individuelles varient sensiblement. Parmi les bailleurs, on retrouve aussi bien des sociétés d'investissement immobilier que des propriétaires privés à la retraite ayant placé leurs avoirs dans un immeuble de rendement. Parmi les locataires, il y a aussi bien des restaurateurs locaux qui se sont retrouvés du jour au lendemain sans revenus que des grands groupes internationaux disposant de fonds propres importants. Il n'est pas possible de tenir compte de cette diversité dans le cadre d'une réglementation fédérale uniforme. Les solutions doivent être négociées au cas par cas par les locataires et les bailleurs concernés, dans le respect des principes d'équité et de réalité et en tenant compte des circonstances concrètes de chaque situation.

Le cas échéant, il s'agit aussi de recourir aux instruments financiers incitatifs mis en place par un certain nombre de cantons.

- II. La loi instaurera une insécurité juridique préjudiciable tant aux locataires qu'aux bailleurs. Contrairement à ce qui avait été initialement pressenti par les auteurs des motions parlementaires à l'origine de la loi en gestation, celle-ci ouvrira la voie à une période d'incertitude propice une multiplication des procédures judiciaires.
- III. La loi telle qu'envisagée soulève de sérieux problèmes institutionnels. Elle est destinée à être mise en vigueur immédiatement après son adoption, empêchant la procédure référendaire de se dérouler selon les règles ordinaires, tout en déployant des effets rétroactifs. Elle n'est guère conforme au principe de l'égalité de traitement dès lors qu'elle offre un avantage (sous la forme d'un allègement des charges) aux artisans et entrepreneurs qui sont locataires de leurs locaux commerciaux alors qu'elle ne prévoit aucune mesure en faveur de ceux qui en sont propriétaires. Extrême, elle s'ingère directement dans des relations contractuelles privées. Aucun pays voisin de la Suisse n'est d'ailleurs allé aussi loin dans le cadre des mesures prises en faveur des commerçants et les entrepreneurs frappés par la crise. Cerise sur le gâteau, la loi ne repose pas sur un fondement constitutionnel solide.

2. Quelques remarques sur le rapport explicatif du Conseil fédéral

Constitutionnalité (chapitre 5.1.)

Rappelons que la Confédération ne peut légiférer que si elle en a la compétence en vertu de la Constitution fédérale.

Le Conseil fédéral relève que l'intervention fédérale dans les loyers commerciaux ne saurait reposer sur l'article 109 de la Constitution fédérale (qui concerne les abus en matière de bail à loyer) ni sur l'article 122 (qui concerne la compétence générale de légiférer en droit civil et en procédure civile). Nous soutenons cette appréciation.

Le Conseil fédéral juge en revanche que cette intervention fédérale peut raisonnablement s'appuyer sur l'article 100 de la Constitution fédérale, qui habilite la Confédération à légiférer en matière de politique conjoncturelle. Pour notre part, nous en doutons fortement.

Le Conseil fédéral souligne lui-même que les mesures conjoncturelles admises par la Constitution fédérale doivent poursuivre un objectif préventif, il s'agit en particulier d'éviter le chômage et le renchérissement. Or, la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux concerne le passé, elle produira des effets rétroactifs.

En outre, l'intervention fédérale envisagée dans les loyers commerciaux ne se conforme assurément pas aux principes de la neutralité concurrentielle et de l'égalité de traitement entre les acteurs économiques. Alors que ces principes doivent être respectés lorsque la Confédération prend des mesures en s'appuyant sur l'article 100 de la Constitution fédérale. En effet, non seulement la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux créera des situations inéquitables et arbitraires mais elle offre de surcroît un avantage (sous la forme d'un allègement des charges) aux artisans qui sont locataires de leurs locaux commerciaux par rapport à ceux qui en sont propriétaires.

Relation avec le droit européen (chapitre 1.4.)

Le Conseil fédéral se contente de relever que des mesures de soutien de grande envergure ont été prises dans les pays de l'Union européenne à la suite de l'éclatement de la crise sanitaire, également en faveur des commerces qui ont dû fermer pendant le confinement.

Le Conseil fédéral s'abstient en revanche de préciser qu'aucun pays voisin de la Suisse (Allemagne, Autriche, Italie, France) n'est allé jusqu'à forcer les bailleurs à abandonner une partie des loyers dus pendant la période de fermeture obligatoire des commerces. En mettant en place la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux, notre pays se distinguerait donc dans le concert européen, d'une manière qui ne nous paraît pas acceptable.

A noter que cette question est traitée de façon approfondie dans un article paru dans la NZZ le 29 mai 2020 (page 17).

III. Commentaire des différents articles de la loi

Article 1 (objet)

L'article 1, alinéa 1, lettre a, prévoit que la loi concerne « les installations et établissements publics qui ont dû fermer au public en raison des mesures ordonnées par les autorités pour lutter contre le coronavirus ». Or, les motions parlementaires transmises au Conseil fédéral n'évoquent pas les « installations ». Seuls « les exploitants de restaurants et autres établissements fermés par le Conseil fédéral » sont mentionnés. L'article 6, alinéa 2, de l'ordonnance 2 Covid-19, auquel les motions parlementaires se réfèrent, mentionne d'ailleurs exclusivement les « établissements publics ». Afin de garantir la sécurité du droit ainsi que la cohérence et la clarté de la loi, il convient dès lors de supprimer l'allusion aux « installations », d'autant plus que cette notion n'est pas définie.

Par ailleurs, à l'article 1, alinéa 1, lettres a et b, il convient de préciser ce qu'il faut entendre par les « autorités ». Dans un souci de clarté, nous estimons que seules les mesures prises par le Conseil fédéral dans l'ordonnance 2 Covid-19 doivent être prises en compte, à l'exclusion de celles que d'autres autorités (fédérales, cantonales ou communales) auraient pu mettre en place. Cela correspond d'ailleurs au texte des motions transmises au Conseil fédéral.

Enfin, nous relevons que la loi ne contient aucune allusion à la sous-location alors que des questions se poseront assurément en la matière dans la pratique. Il s'agit en particulier de déterminer si la loi s'appliquera dans le cas où un locataire sous-loue un local commercial à un sous-locataire qui a dû cesser ou restreindre temporairement ses activités en raison des mesures prises pour lutter contre la propagation du coronavirus.

Article 2 (champ d'application)

Nous relevons que la liste des établissements mentionnés n'est pas exhaustive. Cela aura pour principal effet d'instaurer une insécurité juridique et de provoquer des conflits. Il importe dès lors de dresser une liste complète des établissements qui bénéficieront des effets de la loi.

Afin d'assurer la sécurité du droit et de prévenir les divergences d'interprétation, il s'agit aussi de lister de façon claire et univoque les établissements qui ne sont pas concernés. L'article 2 se contente de mentionner les magasins qui vendent des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante.

Mais qu'en est-il des établissements qui proposent des services de petite restauration à l'emporter, des pharmacies, des drogueries, des stations-service, des points de vente des opérateurs de télécommunication, etc., qui n'ont pas dû fermer en vertu de l'article 6, alinéa 3, de l'ordonnance 2 Covid-19, à l'instar des magasins qui vendent des denrées alimentaires et des biens de consommation courante ?

Afin de prévenir les incertitudes et les procédures judiciaires, il convient également de clarifier le sort à réserver aux entreprises qui ont dû cesser certaines activités tout en étant autorisées à en maintenir d'autres, à l'instar des gérants de tea-rooms, qui ont dû fermer leur salon de thé tout en pouvant continuer à exploiter leur magasin. Nous estimons qu'il serait inéquitable de traiter les entreprises qui ont dû totalement fermer de la même manière que celles qui n'ont dû que partiellement cesser leurs activités.

A cet égard, nous nous étonnons des explications pour le moins hasardeuses figurant au point 2.2. du rapport explicatif relatif à la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux. Comment justifier qu'un garage, qui a pu continuer à exploiter son atelier de réparation, ne paiera que 40% du loyer dû au motif qu'il a dû fermer son point de vente, alors que le magasin qui n'a pu vendre que des biens de consommation courante, à l'exclusion des autres articles de son assortiment, devra s'acquitter de la totalité du loyer ?

Article 3 (exceptions au champ d'application)

Selon l'article 3, alinéa 1, lettre a, la loi ne s'applique pas si le montant du loyer ou du fermage pendant la durée de la fermeture consécutive aux mesures ordonnées par les autorités pour lutter contre le coronavirus a fait l'objet d'un accord exprès entre les parties au contrat. Au point 2.3., le rapport explicatif relatif à la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux précise ce qui suit : « Il est prévu que la loi ne s'applique pas si les parties ont conclu un accord exprès sur le montant du loyer ou fermage pendant la durée de la fermeture ou de restriction d'activité en vertu de l'ordonnance 2 Covid-19. Cela signifie, à l'inverse, que tout autre arrangement, par exemple en matière de délai de paiement ou d'échelonnement des paiements, ne constitue pas un accord au sens de l'article 3, alinéa 1, lettre a, et n'exclut donc pas l'application de la loi ».

Nous nous opposons énergiquement à cette interprétation qui va au-delà des exigences inscrites dans les motions parlementaires transmises au Conseil fédéral. En effet, ces motions prévoient que « la réglementation doit garantir que les éventuels accords déjà conclus entre les parties restent valables ». Lors des débats parlementaires, il n'a du reste jamais été question de se limiter aux seuls accords qui portent sur une diminution ou un abandon des loyers dus pendant la période de fermeture ou de restriction d'activité.

Le rapport explicatif, au point 2.3., rappelle que certains cantons ont mis en place des mécanismes incitatifs qui supposent la conclusion préalable par les parties d'une convention. Le rapport spécifie que de telles conventions sont assimilées à un accord au sens de l'article 3, alinéa 1, lettre a, et excluent dès lors l'application de la loi. Nous soutenons cette interprétation. Nous insistons toutefois sur le fait que toutes les conventions conclues par les parties dans le cadre des mécanismes mis en place par les cantons doivent exclure l'application de la loi. Y compris, par exemple, les conventions qui portent non pas sur les loyers correspondant à la période de fermeture forcée ou de restriction d'activité mais sur les loyers dus pour les mois de mai et de juin, comme l'exige le dispositif cantonal vaudois.

Par ailleurs, il convient de clarifier quand les accords doivent avoir été conclus entre les parties pour qu'ils excluent l'application de la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux. En effet, l'article 11, alinéa 2, prévoit que la loi entre en vigueur avec effet rétroactif le 17 mars 2020. Est-ce que les accords doivent avoir été conclus avant le 17 mars 2020, ce qui paraîtrait absurde ? Ou doivent-ils avoir été conclus avant l'adoption de la loi par les Chambres fédérales ? Ou peuvent-ils encore être conclus après l'adoption de la loi par le Parlement ?

Selon l'article 3, alinéa 1, lettre b, la loi ne s'applique pas si le montant du loyer ou du fermage pendant la durée de la fermeture consécutive aux mesures ordonnées par les autorités pour lutter contre le coronavirus a fait l'objet d'une décision judiciaire entrée en force. Est-ce qu'une telle décision judiciaire doit avoir été rendue avant le 17 mars 2020 pour que l'application de la loi soit exclue ? Ou doit-elle avoir été rendue avant l'adoption de la loi par les Chambres fédérales ? Ou peut-elle être rendue après l'adoption de la loi par le Parlement ?

Dans ce contexte, une question institutionnelle se pose, qui semble avoir échappé au Conseil fédéral. En effet, en vertu de l'article 190 de la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales. Faut-il en déduire que le Tribunal fédéral aura l'obligation d'appliquer la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux, y compris l'article 5, qui impose l'obligation au locataire de s'acquitter de 40% des loyers dus pendant la période de fermeture forcée ou de réduction de l'activité et qui, en parallèle, exige du bailleur qu'il renonce à 60% de ces loyers ? Cette question doit impérativement être creusée par le Conseil fédéral.

Article 4 (loyer ou fermage déterminant)

L'article 4, alinéa 1, prévoit que c'est le loyer ou le fermage net des locaux commerciaux qui doit être pris en compte. Nous approuvons cette option. Elle correspond d'ailleurs à la volonté des auteurs des motions parlementaires transmises au Conseil fédéral.

Cette option soulève toutefois de sérieux problèmes d'application dans les cas où les frais accessoires sont englobés dans le loyer. L'article 4, alinéa 2, lettre a, tente d'y remédier en précisant qu'une déduction appropriée doit être appliquée si les frais accessoires sont inclus dans le loyer ou le fermage. Mais une telle règle posera à son tour de multiples difficultés. Comment définir et calculer la déduction appropriée ? Comment éviter des conflits dès lors que le locataire aura intérêt à ce que la déduction appropriée soit aussi faible que possible alors que le bailleur aura intérêt à ce qu'elle soit la plus élevée possible ? Il s'agit encore d'un point qui favorisera les procédures judiciaires.

Article 5 (loyer ou fermage dû)

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

Article 6 (établissements de santé)

En vertu de l'article 6, les établissements de santé qui ont dû restreindre leur activité en raison des mesures ordonnées par les autorités pour lutter contre le coronavirus doivent s'acquitter de 40% des loyers dus pendant la période de restriction ordonnée mais au plus pendant deux mois. Cette règle concrétise une demande contenue dans les motions parlementaires transmises au Conseil fédéral.

Cela étant précisé, l'article 6 s'avère très problématique sous l'angle de l'équité.

Rappelons que l'article 10a, alinéa 2, de l'ordonnance 2 covid-19 prévoit, dans sa teneur du 19 mars 2020, que « les établissements de santé tels que les hôpitaux, les cliniques et les cabinets médicaux et dentaires doivent renoncer à tous les traitements et interventions médicaux non urgents ».

Le rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 covid-19, dans sa teneur du 28 mars 2020, précise toutefois, à la page 18, que de nombreuses interventions médicales restent autorisées, comme les opérations vasculaires, les hernies irréductibles, les opérations des articulations, les interventions liées à la grossesse, les prestations de télémédecine et les interventions préventives chez les enfants et les adolescents. Le rapport explicatif précise aussi que « dans la médecine ambulatoire, de nombreuses consultations doivent être menées sans que l'on sache par avance s'il s'agit d'un problème vital, en particulier en pédiatrie. Il n'est donc pas possible d'établir une liste exhaustive de toutes les interventions médicales autorisées. Ce sont les professionnels de la santé qui ont en dernier lieu la compétence de décider si une intervention est nécessaire ou non ».

Compte tenu de la diversité des traitements médicaux, il ne nous paraît pas tolérable de soumettre tous les établissements de santé visés par l'article 10a, alinéa 2, de l'ordonnance 2 covid-19, à une même réglementation en matière de loyers commerciaux, sans tenir compte des circonstances concrètes de chaque situation. Suivant les domaines d'activités, il est hautement probable que certains établissements de santé n'ont guère été amenés à devoir diminuer leur activité.

Sur le plan formel, nous nous étonnons que le rapport explicatif relatif à la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux, au point 2.6., se réfère à l'ordonnance 2 covid-19 dans sa teneur du 19 mars 2020. Il nous paraîtrait bien plus logique de tenir compte de l'ordonnance 2 covid-19 dans sa teneur du 21 mars 2020, dès lors que cette version intègre les différentes modifications apportées par le Conseil fédéral à l'article 10a lors de sa séance du 20 mars 2020, notamment en ce qui concerne les interventions médicales autorisées.

Article 7 (indemnité en cas de détresse économique)

L'article 7 vise à mettre en œuvre la demande du Parlement de « créer un fonds pour les cas de rigueur en faveur des bailleurs doté de 20 millions de francs ».

Dans son rapport explicatif, le Conseil fédéral propose de renoncer à cet aspect du projet. Nous nous demandons pourquoi le Conseil fédéral émet expressément une recommandation concernant l'indemnité en cas de détresse économique du bailleur alors qu'il ne prend pas position sur les autres volets du projet de loi.

Sur le fond, la réglementation prévue soulève plusieurs interrogations.

Comment définir en pratique la détresse économique ? Selon l'article 7, alinéa 2, il y a une situation de détresse économique lorsque le loyer est fixé uniquement sur la base des coûts. Ce critère nous paraît spécieux dans la mesure où il se réfère non pas à la situation personnelle concrète du bailleur qui doit renoncer à l'encaissement d'une partie des loyers mais aux modalités de calcul de ceux-ci.

Comment calculer le montant de l'indemnité ? A ce sujet, l'article 7, alinéa 4, prévoit que l'Office fédéral du logement fixe ce montant « au cas par cas ». Une notion aussi vague n'est guère propice à la sécurité du droit et à l'égalité de traitement.

Quoi qu'il en soit, il est indispensable de permettre au bailleur de recourir contre les décisions de l'Office fédéral du logement en la matière, ce qui semble être prévu à l'article 8.

Article 8 (voies de recours)

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

Article 9 (disposition pénale)

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

Article 10 (exécution)

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

Article 11 (référendum et entrée en vigueur)

L'article 11, alinéa 1, prévoit que la loi est déclarée urgente en application de l'article 165 de la Constitution fédérale et qu'elle est sujette au référendum. L'article 11, alinéa 2, précise que la loi entre en vigueur avec effet rétroactif le 17 mars 2020 et qu'elle reste en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022.

Sur le plan des principes, nous doutons fortement que les conditions juridiques permettant d'admettre la rétroactivité soient réunies en l'espèce. Nous nous demandons en particulier si l'intérêt public poursuivi par la loi Covid-19 sur les loyers commerciaux est vraiment suffisamment clair pour qu'il l'emporte sur le principe même de la sécurité du droit. Cette question doit impérativement être approfondie par le Conseil fédéral, les explications figurant au point 2.11. du rapport explicatif étant maigres.

S'agissant de la déclaration d'urgence, nous tenons à titre liminaire à rappeler le texte des deux premiers alinéas de l'article 165 de la Constitution fédérale :

1. Une loi fédérale dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard peut être déclarée urgente et entrer immédiatement en vigueur par une décision prise à la majorité des membres de chacun des conseils. Sa validité doit être limitée dans le temps.
2. Lorsque le référendum est demandé contre une loi fédérale déclarée urgente, cette dernière cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale si elle n'a pas été acceptée par le peuple dans ce délai.

Compte tenu de la teneur de l'article 165 de la Constitution fédérale, les questions institutionnelles suivantes doivent être impérativement clarifiées par le Conseil fédéral :

1. Si le référendum est demandé et que le peuple refuse la loi - déjà en vigueur - lors d'une votation populaire, quelles en seront les conséquences pour les locataires et les bailleurs commerciaux concernés ?

2. Si le référendum est demandé, comment calculer le délai d'une année mentionné à l'article 165, alinéa 2, de la Constitution fédérale ? Comment traiter la période entre le 17 mars 2020 et la date d'adoption de la loi par le Parlement ? Est-ce qu'une loi déclarée urgente peut produire des effets pendant plus une année, même si un référendum est demandé, au seul motif qu'elle est assortie d'une clause de rétroactivité ?

Tout en vous remerciant de l'attention portée aux lignes qui précèdent, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'expression de notre haute considération.

Le Secrétaire général :

Olivier Feller

Envoyé aussi par courriel, en version word et en version pdf, à :

recht@bwo.admin.ch