

Prise de position

20.076 - Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2020 concernant la loi covid-19 sur les loyers commerciaux

1. Enjeux

Le 18 septembre 2020, le Conseil fédéral a approuvé le message concernant la loi covid-19 sur les loyers commerciaux. Pour l'essentiel, le projet prévoit que les locataires qui ont dû fermer leur établissement ou restreindre fortement leur activité au printemps 2020 doivent s'acquitter de 40% de leur loyer pour la période concernée. Les 60% restant sont à la charge des bailleurs.

2. Position de la FRI et de l'USPI Suisse

La FRI et l'USPI Suisse recommandent de ne pas entrer en matière sur la loi covid-19 sur les loyers commerciaux.

Si l'entrée en matière est décidée, la FRI et l'USPI Suisse recommandent de refuser la loi lors du vote d'ensemble puis, le cas échéant, lors du vote final.

3. Motifs

3.1. Sur un plan général

La loi proposée est destinée à s'appliquer de façon indifférenciée à tous les locataires et bailleurs commerciaux concernés. Une telle réglementation produira de nombreux effets inéquitables. 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 que des grands groupes internationaux. 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 comptes des circonstances concrètes de chaque situation. Ce mode de faire a fait ses preuves puisque plus de 21 millions de francs de loyers ont été abandonnés en Suisse romande par les propriétaires afin de soutenir leurs locataires commerciaux.

Par ailleurs, il ressort du monitoring du Conseil fédéral du 7 octobre 2020 en matière de loyers commerciaux que la proportion de locataires ayant des difficultés à s'acquitter de leur loyer suite aux fermetures ordonnées est passée de 6 à 33 % pendant la durée du confinement. Dans la majorité des cas, un accord a été trouvé qui porte, dans près 75 %, sur une réduction de loyer. Enfin, en comparaison internationale, aucune réduction de loyer n'a été légalement décrétée dans les onze pays européens considérés.

3.2. Ce que prévoit le droit en vigueur

Une majorité claire des auteurs¹ ayant publié des articles sur le paiement des loyers commerciaux à la suite des mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre la propagation du coronavirus considère que les loyers restent dus intégralement.

¹ Cahiers du bail 2/2020, François Bohnet, professeur à l'Université de Neuchâtel, codirecteur du Séminaire sur le droit du bail - Cahiers du bail 2/2020, Marc Lynedjian, docteur en droit, LL.M., avocat, Genève - Cahiers du bail

- I. L'interdiction d'ouvrir les établissements publics décrétée par le Conseil fédéral en mars 2020 pour combattre la propagation du coronavirus ne constitue pas un défaut de la chose louée.
- II. La clausula rebus sic stantibus fondée sur l'article 2 du code civil n'est pas applicable en matière de bail à loyer car elle est absorbée par l'article 266g du code des obligations. Cette disposition prévoit que lorsque « l'exécution d'un contrat de bail devient intolérable pour une partie, celle-ci peut résilier le bail à n'importe quel moment en observant un délai de congé » et en indemnisant l'autre partie de manière équitable pour le dommage subi du fait de la résiliation prématurée du contrat. Selon la doctrine largement majoritaire et la jurisprudence, l'article 266g du code des obligations exclut l'application de la clausula rebus sic stantibus.
- III. Si, par impossible, l'application de la clausula rebus sic stantibus devait être admise, sa concrétisation dépendrait des circonstances d'espèce. Aussi bien le principe que la quotité d'une éventuelle remise partielle de loyer dépendraient de l'impact concret des mesures décrétées par le Conseil fédéral sur la capacité de chaque locataire concerné à payer son loyer. Le locataire supporterait le fardeau de la preuve. Il devrait ainsi démontrer sa perte de bénéfice consécutive auxdites mesures mais également sa capacité à faire face aux conséquences de la crise actuelle au vu des bénéfices et réserves (au sens large) engrangés sur la base des années précédentes.

3.3. Les incertitudes générées par la loi covid-19 sur les loyers commerciaux

La loi laisse de nombreuses questions ouvertes. Cela conduira inévitablement à de multiples divergences de vues entre les locataires et les bailleurs et fera augmenter le nombre de procédures judiciaires. Voici quelques exemples :

- La loi mentionne les « installations » et les « établissements publics ». On ne sait pas ce que signifie les « installations ».
- La liste des établissements figurant à l'article 2 de la loi n'est pas exhaustive. On ne connaît donc pas précisément les locataires commerciaux concernés par la loi.
- L'article 2, lettre a, de la loi exclut du champ d'application de celle-ci 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 stations-service, des points de vente des opérateurs de téléphonie mobile, etc., qui n'ont pas dû fermer en vertu de l'article 6, alinéa 2, de l'ordonnance 2 covid-19, à l'instar des magasins qui vendent des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante ? Et qu'en est-il des 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 ?
- En vertu de l'article 6 de la loi, les établissements de santé qui ont dû restreindre leur activité en raison des mesures fédérales ordonnées 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. Comment définir précisément les établissements de santé qui ont dû restreindre leur activité ? Le Message du Conseil fédéral semble par exemple y assimiler, à la page 21, les opticiens et les centres de fitness et de remise en forme. En outre, certains établissements de santé n'ont guère subi de restrictions de leur activité. Est-il équitable de les traiter comme les établissements de santé qui ont subi de fortes restrictions de leur activité ?

- En vertu de l'article 3 de la loi, celle-ci ne s'applique pas si un accord exprès est intervenu entre les parties. Le Message du Conseil fédéral évoque, à la page 22, l'hypothèse - compliquée mais réaliste - d'un accord qui ne porterait que sur une partie de la période de fermeture forcée. Qu'en est-il des accords qui ne portent pas du tout sur la période de fermeture forcée ? Le mécanisme financier incitatif mis en place par l'Etat de Vaud, par exemple, concerne les mois de mai et de juin 2020. Alors que les coiffeurs, par exemple, ont pu reprendre leurs activités le 27 avril 2020 déjà.
- L'article 4, alinéa 1, de la loi prévoit que c'est le loyer net des locaux commerciaux qui doit être pris en compte. Les frais accessoires restant par conséquent dus par le locataire, il conviendrait de les définir précisément, compte tenu de la pratique différente des bailleurs, selon les cantons, en matière de frais accessoires. L'article 4, alinéa 2, lettre a, de la loi précise qu'une déduction appropriée doit être appliquée si les frais accessoires sont inclus dans le loyer. Comment définir et calculer la déduction appropriée ?

Lausanne, le 27 novembre 2020-OF/pa