



Berne, juin 2020

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) Rapport explicatif

Référence : BWO-574.1-11/4/1/3



Table des matières

1	Présentation du projet	4
1.1	Contexte	4
1.2	Dispositif proposé.....	4
1.2.1	Champ d'application à raison de la personne	4
1.2.2	Champ d'application à raison de la matière	4
1.2.3	Exceptions au champ d'application.....	5
1.2.4	Clause d'exemption.....	5
1.2.5	Loyer ou fermage déterminant.....	5
1.2.6	Adaptation temporaire du loyer ou fermage déterminant dans la loi	6
1.2.7	Indemnité en cas de détresse économique	6
1.3	Compatibilité avec d'autres mesures de soutien	7
1.3.1	Solution globale indépendante d'autres mesures de soutien	7
1.3.2	Aide de transition COVID-19.....	7
1.3.3	Facilités de paiement des cotisations AVS, AI, APG, AC	8
1.3.4	Mesures dans le domaine de l'assurance-chômage.....	8
1.3.5	Mesures en cas de perte de gain.....	8
1.3.6	Indemnisation au titre de la loi sur les épidémies	9
1.4	Relation avec le droit européen	9
1.5	Mise en œuvre	9
1.5.1	Loyer ou fermage	9
1.5.2	Indemnité en cas de détresse économique	10
2	Commentaire des articles	10
2.1	Art. 1 Objet	10
2.2	Art. 2 Champ d'application	10
2.3	Art. 3 Exceptions du champ d'application	11
2.4	Art. 4 Loyer ou fermage déterminant	11
2.5	Art. 5 Loyer ou fermage dû	12
2.6	Art. 6 Établissements de santé	12
2.7	Art. 7 Indemnité en cas de détresse économique.....	12
2.8	Art. 8 Voies de recours.....	13
2.9	Art. 9 Disposition pénale	14
2.10	Art. 10 Exécution.....	14
2.11	Art. 11 Référendum et entrée en vigueur.....	14
3	Conséquences	14
3.1	Conséquences pour la Confédération.....	14
3.1.1	Conséquences financières.....	14
3.1.2	Conséquences sur l'état du personnel.....	15
3.2	Conséquences économiques.....	15
3.3	Conséquences pour les cantons, les communes, les agglomérations urbaines et les régions de montagne.....	15
4	Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral...	16
4.1	Relation avec le programme de la législature	16
4.2	Relation avec les stratégies du Conseil fédéral	16
5	Aspects juridiques	16

5.1	Constitutionnalité.....	16
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales	17
5.3	Forme de l'acte à adopter	17
5.4	Frein aux dépenses.....	17
5.5	Conformité à la loi sur les subventions	18
5.6	Délégation de compétences législatives	18
5.7	Protection des données	18

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

Le 4 juin 2020, le Conseil national a adopté la motion 20.3451 CER-N (« Loyers commerciaux des restaurants et autres établissements concernés par la fermeture. Pour que les locataires ne doivent que 40 pour cent de leur loyer »). Le Conseil des États a, le 8 juin suivant, donné son aval à la motion 20.3460 CER-E au libellé identique.

Le Parlement a donc chargé le Conseil fédéral de prendre des mesures pour que les exploitants de restaurants et autres établissements ne doivent payer que 40 % de leur loyer pendant la fermeture ordonnée par le Conseil fédéral dans le cadre de la lutte contre le coronavirus. Les deux motions demandent également que cette réglementation s'applique pendant une durée maximale de deux mois aux établissements de santé contraints de restreindre considérablement leur activité. Cette réglementation doit s'appliquer aux locataires dont le loyer ne dépasse pas les 20 000 francs par mois et par objet ; si le loyer se situe entre 15 000 et 20 000 francs, les parties peuvent décider de ne pas l'appliquer. Le Conseil fédéral est également prié de créer un fonds pour les cas de rigueur doté de 20 millions de francs en faveur des bailleurs. Si les parties ont déjà conclu des accords dans ce domaine, ceux-ci doivent rester valables et ne pas être annulés par la loi.

Depuis le déclenchement de la crise du coronavirus, le Conseil fédéral a abordé à plusieurs reprises la question des loyers commerciaux. Le 27 mars 2020, il a adopté l'ordonnance COVID-19 bail à loyer et bail à ferme (RS 221.213.4), qui a notamment prolongé temporairement le délai de 30 à 90 jours en cas de demeure. Limitée au 31 mai 2020, cette ordonnance n'est plus en vigueur. Le 8 avril 2020, le Conseil fédéral a décidé de ne pas s'immiscer dans les rapports de droit privé entre locataires et bailleurs et a appelé les parties concernées à dialoguer en vue de solutions constructives et pragmatiques. En outre, il a chargé le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) de procéder, en collaboration avec le Département fédéral des finances (DFF), à un monitoring de la situation en matière de loyers des locaux commerciaux et de faire rapport au Conseil fédéral d'ici à l'automne 2020. Notons enfin que le groupe d'action « Droit du bail et crise du coronavirus » mis en place le 24 mars 2020 par le DEFR pour accompagner cette surveillance a été rebaptisé : il s'appelle désormais « Groupe de travail sur les loyers commerciaux ».

1.2 Dispositif proposé

1.2.1 Champ d'application à raison de la personne

La loi COVID-19 sur les loyers commerciaux règle la fixation du loyer ou fermage des établissements publics qui ont dû rester fermés au public en vertu de l'ordonnance 2 COVID-19 et des établissements de santé qui ont dû restreindre leur activité en vertu de la même ordonnance. Par souci de clarté, la loi précise notamment qui relève du champ d'application à raison de la personne.

La loi COVID-19 sur les loyers commerciaux prévoit d'indemniser les bailleurs qui se retrouvent dans une situation de détresse économique suite aux pertes de loyer ou de fermage induites par les mesures qu'elle impose.

Le dispositif proposé correspond donc au texte des deux motions auxquelles il est donné suite. Le droit du bail, qui est réglé dans le code des obligations (CO ; RS 220), contient des règles largement uniformes pour les locataires et ne fait des distinctions entre les locataires de locaux commerciaux et ceux d'habitations que pour des questions spécifiques. La différenciation faite dans la motion est liée aux différentes manières dont on peut être affecté par les mesures prévues par l'ordonnance 2 COVID-19.

1.2.2 Champ d'application à raison de la matière

Les règles prévues par la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux s'appliquent au bail à loyer ou à ferme pour autant que le loyer ou le fermage de la chose louée ou affermée ne dépasse pas 20 000 francs par mois. Ce plafonnement répond à la volonté déclarée de protéger les PME. Les auteurs

des motions ont estimé que les locataires qui paient un loyer supérieur à 20 000 francs sont dans une position de négociation équilibrée vis-à-vis des bailleurs¹.

1.2.3 Exceptions au champ d'application

Le 8 avril 2020, le Conseil fédéral a exhorté les acteurs concernés par les loyers commerciaux, mis au défi par la situation, à contribuer à des solutions constructives et pragmatiques, en tenant compte de la situation concrète des parties². En outre, plusieurs cantons ou communes ont créé pour les parties au contrat des incitations qui prévoient la prise en charge d'un certain montant par la collectivité, en cas d'accord. Il existe également des collectivités publiques qui, en leur qualité de bailleurs de locaux commerciaux, ont consenti des concessions financières aux locataires. Si les accords exprès évoqués portent sur le montant du loyer ou du fermage pendant la période de fermeture ou de réduction d'activité, la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux n'est pas applicable. Ainsi, celle-ci ne prend effet que dans les cas prévus par l'ordonnance 2 COVID-19 et lorsque les locataires ou fermiers et les bailleurs n'ont pas pu trouver une solution commune ou encore lorsqu'aucune décision judiciaire n'est entrée en force.

1.2.4 Clause d'exemption

Si le loyer ou fermage déterminant se situe entre 15 000 et 20 000 francs, chaque partie a la possibilité de renoncer à l'application de la réglementation instituée par la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux. Cette volonté se traduit par une déclaration unilatérale communiquée à l'autre partie au contrat. La déclaration de renonciation porte sur l'application de la réglementation sur les loyers et fermages prévue par la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux. En clair, dans ce cas, la règle concernant la réduction du loyer ou fermage à 40 % et la possibilité pour le bailleur de présenter une demande d'indemnisation s'il se retrouve dans une situation de détresse économique à la suite de l'application de la loi sont rejetés.

Pour des raisons de preuve, la déclaration de renonciation doit être communiquée par écrit. Le délai prévu à compter de l'entrée en vigueur de la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux fournira une assurance à l'autre partie.

La clause d'exemption donne aux parties la possibilité de conclure leur propre accord ou, au besoin, de recourir aux voies de droit. La possibilité de renoncer à l'application de la réglementation sur les loyers et fermages prévue par la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux limite au strict nécessaire l'intervention dans la relation contractuelle.

1.2.5 Loyer ou fermage déterminant

Par bail à loyer ou à ferme, on entend le loyer ou fermage net comprenant tous les biens dont l'usage a été cédé avec ceux-ci, mais pas les frais accessoires. Il s'agit par exemple de biens mobiliers, de garages, de places de stationnement extérieures ou souterraines ainsi que de jardins (art. 253a, al. 1, CO en relation avec l'art. 1 de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux [OBLF

; RS 221.213.11]). Les frais accessoires ne sont pas inclus dans le loyer ou fermage net.

Si les parties sont convenues dans le contrat de bail à loyer ou à ferme que les frais accessoires sont inclus dans le loyer ou fermage, un montant approprié doit être déduit pour déterminer le loyer ou fermage applicable. Une telle déduction doit également être effectuée si l'objet loué ou affermé est utilisé à des fins à la fois professionnelles et privées (résidentielles).

Les parts calculées sur le chiffre d'affaires ne sont pas prises en considération dans l'établissement du loyer ou fermage déterminant. La fermeture ou la restriction d'activité entraîne une baisse du chiffre

¹ Bulletin officiel, Conseil des États, session d'été 2020, cinquième séance, 8.6.2020, motion 20.3460 CER-E, p. 2 (texte provisoire).

² Communiqué du 8 avril 2020, « Coronavirus : Le Conseil fédéral appelle bailleurs et locataires à trouver des solutions pour les loyers des locaux commerciaux », www.bwo.admin.ch/bwo/fr/home/das-bwo/informationen/medienmitteilungen.msg-id-78746.html (page consultée le 16 juin 2020).

d'affaires. Le loyer ou le fermage serait donc réduit de toute manière. En ne tenant compte que du loyer de base, on évite que le chiffre d'affaires ait un double effet sur le loyer ou le fermage.

1.2.6 Adaptation temporaire du loyer ou fermage déterminant dans la loi

La loi COVID-19 sur les loyers commerciaux règle la fixation du loyer ou fermage des établissements qui ont dû rester fermés au public en vertu de l'ordonnance 2 COVID-19. Pour la durée de la fermeture ordonnée par la Confédération, les établissements concernés s'acquittent de 40 % du loyer ou fermage déterminant (sans les frais accessoires), par dérogation aux dispositions du CO.

Les établissements de santé ont également dû restreindre leur activité à l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2 COVID-19. Pendant une durée maximale de deux mois, les établissements concernés s'acquittent de 40 % du loyer ou fermage déterminant (sans les frais accessoires). Cette règle de la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux déroge elle aussi aux dispositions du CO.

La fixation du loyer ou du fermage dû offre une solution permettant d'éviter des procédures longues et coûteuses. L'interprétation consistant à dire que la fermeture ou la restriction d'activité ordonnée par les autorités et, partant, la réduction de l'usage de l'objet loué ou affermé qui en résulte constituent un défaut au sens des art. 259a ss. CO est contestée à la fois dans la doctrine et la pratique. En droit du bail, l'existence d'un défaut peut notamment exiger du bailleur une réduction proportionnelle du loyer ou des dommages-intérêts. Or les bailleurs ne sont pas responsables de la fermeture et de la restriction d'activité liée aux mesures prises par les autorités pour lutter contre le coronavirus. Le dispositif proposé est un moyen efficace d'atténuer rapidement les effets de la pandémie de COVID-19, qui permet de créer rapidement une sécurité juridique pour les personnes concernées et d'éviter le recours aux voies de droit.

1.2.7 Indemnité en cas de détresse économique

Si, en application de la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux, seulement 40 % du loyer ou fermage déterminant est dû pendant une période à préciser, cette mesure permet de soulager financièrement les locataires ou les fermiers. Pour leur part, les bailleurs subissent une perte de 60 % du loyer ou du fermage déterminant. Une situation de détresse économique est par exemple avérée lorsque le loyer est fixé uniquement sur la base des coûts ou lorsque la perte compromet l'existence économique. Afin de pallier ces problèmes, la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux prévoit la mise à disposition d'un montant maximum de 20 millions de francs. Cependant, le Conseil fédéral est sceptique quant à cette indemnité et propose donc d'y renoncer.

Les bailleurs concernés peuvent déposer une demande d'indemnisation dûment motivée auprès de l'Office fédéral du logement (OFL). La situation de détresse économique doit être une conséquence de la perte subie en raison de la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux. Les parties au contrat de bail à loyer ou à ferme concerné sont tenues de remettre les documents pertinents et de fournir les renseignements nécessaires. Il est ainsi possible de garantir que les parties en difficulté obtiennent une aide. Le montant de l'indemnité est fixé au cas par cas et ne doit pas excéder celui de la perte financière subie. L'appréciation des demandes est effectuée conformément aux dispositions générales de la procédure fédérale.

Pour le cas où le volume des demandes dépasserait les ressources disponibles, la loi prévoit deux mécanismes. L'OFL peut assortir la situation de détresse économique d'exigences supplémentaires et plafonner le montant de l'indemnité.

Comme il peut se passer du temps avant que le bailleur ne constate une situation de détresse économique, la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux prévoit un délai de six mois après son entrée en vigueur pour le dépôt d'une demande d'indemnisation.

Les aides financières soulèvent généralement des craintes en termes d'abus, et c'est le cas en particulier des mesures de soutien prises dans le contexte de la pandémie de coronavirus. C'est pourquoi la loi

contient une disposition pénale prévoyant une amende de 10 000 francs au plus pour les contrevenants.

1.3 Compatibilité avec d'autres mesures de soutien

1.3.1 Solution globale indépendante d'autres mesures de soutien

La loi COVID-19 sur les loyers commerciaux postule l'existence d'un loyer ou d'un fermage n'excédant pas 20 000 franc au moment des mesures ordonnées par les autorités. Autre critère retenu : le fait qu'un établissement public ait dû fermer ses portes ou qu'un établissement de santé ait dû restreindre son activité en vertu de l'ordonnance 2 COVID-19. Pour le bailleur, il faut en outre que l'allégement financier que prévoit la loi pour l'autre partie au contrat le place en situation de détresse économique. La loi COVID-19 sur les loyers commerciaux s'applique même si une partie au contrat a demandé et reçu une autre aide. Autrement dit, les autres mesures de soutien n'empêchent pas l'application de la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux.

Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a adopté un train de mesures visant à atténuer les conséquences économiques du coronavirus, à éviter les cas de rigueur et à soutenir les personnes et les branches concernées³. Le dispositif proposé est fidèle à cet esprit en prévoyant un allégement financier pour les parties au contrat concernées. Cette mesure associée à l'indemnité prévue pour les bailleurs a pour objectif d'éviter que survienne une situation de détresse économique ou d'en atténuer l'impact.

La plupart des autres mesures de soutien ont pour base légale des ordonnances de nécessité fondées sur l'art. 185, al. 3, Cst. (RS 101) ou, le cas échéant, une réglementation spéciale. Les ordonnances de nécessité sont limitées dans le temps et ne s'appliqueront plus – à moins qu'elles soient prorogées ou transposées dans une loi fédérale (urgente) – au moment de l'entrée en vigueur de la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux. Comme cette dernière prévoit un effet rétroactif au 17 mars 2020, les périodes couvertes se recoupent largement.

1.3.2 Aide de transition COVID-19

Le 25 mars 2020, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, RS 951.261). Entrée en vigueur le 26 mars 2020 à minuit, elle a effet pour une durée de six mois au plus. Elle doit être transposée dans une loi fédérale.

Les entreprises peuvent soumettre des demandes de crédit jusqu'au 31 juillet 2020 afin de surmonter les pénuries de liquidités consécutives à la pandémie de COVID-19 et de couvrir ainsi leurs coûts fixes malgré le recul de leur chiffre d'affaires⁴.

Il ressort du commentaire de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 que 70 % des charges d'une entreprise concernent les charges de personnel, de matériel et de marchandises. Par conséquent, les autres dépenses telles que les loyers, les assurances ou les investissements représentent moins de 30 % des charges⁵. Le crédit obtenu par les entreprises et les indépendants leur permet de couvrir, outre le loyer ou le fermage, de nombreux autres postes de dépenses. Il doit être remboursé.

Le dispositif proposé porte exclusivement sur la fixation du loyer ou fermage d'un cercle de destinataires restreint. Les parties à un contrat de bail à loyer ou à ferme peuvent être des entreprises. Des particuliers peuvent aussi être bailleurs ou locataires de locaux commerciaux (bail à loyer ou à ferme). Les locataires

³ Commentaire de l'ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19), Berne, 14 avril 2020, p. 2.

⁴ Cf. Département fédéral des finances, page internet consacrée à l'aide de transition COVID-19, <https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/covid19-ueberbrueckungshilfe/infos.html> ; commentaire de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, Berne, 14 avril 2020, p. 2.

⁵ Commentaire de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, Berne, 14 avril 2020, p. 11.

et fermiers n'ont pas à rembourser l'aide financière. Un bailleur (bail à loyer ou à ferme) qui touche une indemnité au titre des ressources pour les cas de rigueur n'a pas non plus à la rembourser.

1.3.3 Facilités de paiement des cotisations AVS, AI, APG, AC

Les employeurs et les indépendants confrontés à des problèmes de liquidités en raison de la crise du coronavirus peuvent bénéficier de facilités de paiement auprès des caisses de compensation de l'AVS (adaptation des conditions de paiement⁶), qui peuvent prendre la forme d'un report de paiement exonéré d'intérêts pour les cotisants en situation de détresse financière à la suite directe de la propagation du coronavirus⁷.

Les facilités de paiement consenties découlent du constat, qui sous-tend aussi la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux, selon lequel les conséquences de la pandémie ne permettent que difficilement voire quasiment plus de s'acquitter de l'obligation légale de cotiser. Les solutions retenues doivent être examinées au cas par cas, en fonction de la base juridique régissant les cotisations concernées.

1.3.4 Mesures dans le domaine de l'assurance-chômage

L'ordonnance COVID-19 assurance-chômage du 20 mars 2020 (RS 837.033) règle entre autres la simplification de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (IRHT). L'IRHT vise à pallier une baisse temporaire de l'activité et à préserver des emplois⁸.

Le dispositif proposé retient comme critère la fermeture ou la restriction d'activité d'établissements. Alors que l'IRHT intervient en cas d'interruption de l'activité, la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux se fonde sur une conséquence de celle-ci, à savoir la difficulté de payer le loyer ou le fermage.

1.3.5 Mesures en cas de perte de gain

L'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 du 20 mars 2020 (RS 830.31) prévoit une allocation au titre des mesures de lutte contre le coronavirus. Entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020, elle a effet jusqu'au 16 septembre 2020.

L'allocation prend la forme d'indemnités journalières⁹ et est octroyée subsidiairement aux prestations des assurances sociales et aux prestations des assurances régies par la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1)¹⁰. Les ayants droit sont par exemple les parents qui doivent interrompre leur activité lucrative en raison des mesures ordonnées par une autorité sur la base des art. 35 et 40 de la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies (LEp ; RS 818.101) ou les indépendants qui subissent une perte de gain en raison d'une mesure prévue à l'art. 6, al. 1 et 2, de l'ordonnance 2 COVID-19¹¹. Concernant le dernier cercle d'ayants droit évoqué, le texte reprend le libellé des motions 20.3451 et 20.3460, qui se fondent notamment sur l'art. 6, al. 2, de l'ordonnance 2 COVID-19. La fermeture temporaire d'établissements publics en vertu de l'ordonnance 2 COVID-19 peut causer une perte de gain et des difficultés de paiement du loyer ou du fermage de locaux commerciaux. L'allocation pour perte de gain sert à compenser différents coûts. La loi COVID-19 sur les loyers commerciaux s'attache à alléger exclusivement le loyer ou le fermage, indépendamment de l'octroi ou non d'une allocation pour

⁶ Office fédéral des assurances sociales (OFAS), site internet > Assurances sociales > AVS > Informations de base & législation > Corona : facilités de paiement pour les cotisations, <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ahv/donnees-de-base-et-legislation.html> (consulté le 17 juin 2020).

⁷ Département fédéral de l'intérieur (DFI), Office fédéral des assurances sociales (OFAS) ; Directives du 30 mars 2020 sur les mesures en lien avec le coronavirus (COVID-19) relatives aux cotisations AVS/AI/APG, à l'assujettissement aux assurances et à l'organisation (version 2, état au 29 avril 2020), <https://sozialversicherungen.admin.ch/fr/d/12739/download> (consulté le 17 juin 2020), p. 5.

⁸ Secrétariat d'État à l'économie (SECO), site internet > Travail > Nouveau coronavirus > Extension du chômage partiel et simplification des démarches, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/neues_coronavirus/kurzarbeit.html (consulté le 17 juin 2020).

⁹ Art. 4, al. 1, de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

¹⁰ Art. 2, al. 4, de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

¹¹ Art. 2, al. 1, 1bi et 3, de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ; commentaire du 20 mars 2020 de l'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19), p. 2 s.

perte de gain. Par ailleurs, certaines parties à un bail à loyer ou à un bail à ferme ne peuvent pas se prévaloir de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

Le droit à l'allocation pour perte de gain a été étendu par décision du Conseil fédéral du 16 avril 2020. Certaines personnes qui ne sont pas concernées directement par les mesures ordonnées par les autorités pour lutter contre le coronavirus peuvent ainsi y prétendre¹².

Comparativement aux mesures en cas de perte de gain, la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux représente une aide complémentaire visant à atténuer les conséquences de la pandémie.

1.3.6 Indemnisation au titre de la loi sur les épidémies

La LEp prévoit à l'art. 63 une indemnisation en cas de dommages consécutifs à des mesures ordonnées par les autorités. Pour qu'il y ait indemnisation, il faut que les personnes subissent un dommage en raison de mesures ordonnées par une autorité sur la base des art. 33 à 38 et 41, al. 3. Il est tenu compte de la situation économique et les dommages ne doivent pas être couverts par ailleurs. Les art. 33 ss. LEp figurent à la section consacrée aux mesures visant des individus. L'art. 38 LEp prévoit une interdiction totale ou partielle d'exercer sa profession ou certaines activités pour les personnes malades, présumées malades, infectées, présumées infectées ou qui excrètent des agents pathogènes. La disposition s'intéresse aux personnes à proprement parler et non pas, comme dans le dispositif proposé, au lieu où l'activité est exercée. En vertu de l'art. 41, al. 3, LEp, certaines mesures légales peuvent être imposées aux étrangers qui viennent en Suisse.

La loi sur les épidémies ne contient aucune base explicite relative aux conséquences de mesures ordonnées à la population ou à certains groupes de personnes. Une indemnisation équitable est prévue si la personne concernée par une mesure individuelle vient à se retrouver, à défaut d'indemnisation, dans une situation de détresse économique ou sociale¹³.

Le dispositif proposé est conçu pour faire face aux conséquences des mesures ordonnées par les autorités. La fermeture ou la restriction d'activité d'un établissement peut rendre le paiement du loyer ou du fermage très difficile voire impossible. C'est pourquoi une indemnité est prévue pour les bailleurs qui se retrouvent dans une situation de détresse économique induite par les dispositions de la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux. Bien que le dispositif proposé retienne une autre approche que celle de l'indemnisation équitable visée à l'art. 63 LEp, il poursuit néanmoins, dans une certaine mesure, des objectifs comparables.

1.4 Relation avec le droit européen

Suite à la pandémie, des mesures de soutien de grande envergure ont été prises dans les pays de l'UE – également en faveur des commerces qui ont dû fermer pendant le confinement.

1.5 Mise en œuvre

1.5.1 Loyer ou fermage

Le projet porte d'une part sur la fixation du loyer ou fermage des établissements qui ont dû fermer temporairement ou restreindre leur activité en vertu de l'ordonnance 2 COVID-19. Ce volet est la contrepartie de la mise à disposition de locaux en vue de leur utilisation. Les baux à loyer et à ferme en tant qu'expression de l'autonomie privée revêtent, dans la pratique, des formes diverses. Par ailleurs, le traitement des créances contractuelles est à géométrie variable. Si certains locataires et fermiers ont réglé intégralement leurs baux, d'autres accusent des arriérés. Certaines parties à un contrat temporisent. La mise en œuvre du projet en matière de baux à loyer ou à ferme incombe aux parties au contrat.

¹² Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), Page d'accueil > Infos > Informations aux médias > Coronavirus : extension du droit à l'allocation pour perte de gain aux cas de rigueur, https://www.wbf.admin.ch/wbf/fr/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-78813.html (consulté le 17 juin 2020).

¹³ Walter Fellmann, Entschädigung für die Folgen der Bekämpfung des Coronavirus, in : Jusletter 15 juni 2020, éd. 36 et 38, avec notamment diverses références matérielles.

En cas de désaccord, les intéressés peuvent engager les procédures prévues par le Code de procédure civile (CPC ; RS 272). En principe, une conciliation doit d'abord être tentée auprès d'une autorité de conciliation en matière de baux à loyer. Certaines dérogations sont prévues par le CPC (art. 198 Exceptions ; art. 199 Renonciation à la procédure de conciliation). Quelle que soit l'issue de cette procédure, des recours peuvent être déposés devant les tribunaux.

1.5.2 Indemnité en cas de détresse économique

Une indemnité est d'autre part prévue pour les bailleurs qui accusent pendant une période limitée, suite à l'application de la loi COVID-19 sur les loyers commerciaux, une perte de revenu locatif de 60 % et se retrouvent en situation de détresse économique de ce fait. La Confédération met à disposition à cet effet une enveloppe plafonnée à 20 millions de francs. Les parties au contrat concernées peuvent adresser une demande auprès de l'OFL. S'il s'avérait, au cours du processus, que le volume de demandes excède les ressources disponibles, l'OFL pourrait assortir d'exigences supplémentaires la reconnaissance de la situation de détresse économique et limiter de manière générale le montant de l'indemnité.

Les demandes seront examinées attentivement, étant entendu que les parties à un bail à loyer ou à ferme concernées sont tenues de fournir les documents pertinents et les renseignements nécessaires. Les dispositions générales de la procédure fédérale s'appliquent pour cet examen. Concernant la procédure et, plus spécifiquement, le recours contre une décision de l'OFL, les dispositions de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) sont applicables.

2 Commentaire des articles

2.1 Art. 1 Objet

Les motions 20.3451 et 20.3460 font référence, d'une part, à la fermeture des établissements publics fondée sur l'art. 6, al. 2, de l'ordonnance 2 COVID-19 (RS 818.101.24 ; versions du 19 mars 2020 et du 21 mars 2020) et, d'autre part, à la restriction de l'activité des établissements de santé en application de l'art. 10a, al. 2, de l'ordonnance. Ces deux mesures ont été décidées par le Conseil fédéral le 16 mars 2020. Selon l'art. 1, al. 1, de la loi, celle-ci règle la fixation du loyer ou fermage des locaux des installations et établissements concernés. Le renvoi à l'ordonnance 2 COVID-19 n'indique pas les dispositions concernées ni ne précise quelle version est visée. La loi doit s'appliquer à l'ensemble des fermetures et restrictions imposées par l'ordonnance.

L'expression *loyer ou fermage* n'est pas autrement précisée, ce qui implique que la loi vaut également pour la sous-location selon l'art. 262 CO et le sous-affermage selon l'art. 291 CO.

Les motions 20.3451 et 20.3460 demandent par ailleurs au Conseil fédéral de créer un fonds pour les cas de rigueur doté de 20 millions de francs en faveur des bailleurs d'objets loués. Ce but est formulé à l'al. 2 de façon à inclure les bailleurs d'objets affermés ; il est toutefois précisé que seuls sont envisagés les cas de rigueur impliquant une situation de détresse économique due aux pertes de loyer ou fermage induites par la loi.

2.2 Art. 2 Champ d'application

L'énumération figurant à l'art. 2 n'est pas exhaustive. Les let. a à e mentionnent une partie des établissements qui étaient cités à l'art. 6, al. 2, de l'ordonnance 2 COVID-19 (notamment dans sa teneur du 19 mars 2020). La let. f se rapporte aux établissements de santé visés à l'art. 10a, al. 2, de l'ordonnance. Il convient de déterminer au cas par cas si un établissement a dû fermer ou restreindre son activité en application de l'ordonnance. Il en va de même pour les établissements qui ont pu rester ouverts en vertu de la dérogation prévue à l'art. 6, al. 3, de l'ordonnance 2 COVID-19. Ainsi, la let. a cite l'exemple des magasins d'alimentation et autres commerces vendant des biens de consommation courante. Si un commerce de ce type a pu rester ouvert, il est exclu du champ d'application de la loi, et ce, même s'il n'a pas eu le droit de vendre une partie des articles de son assortiment (ceux qui n'entrent pas dans la catégorie des biens de consommation courante). Le critère déterminant de l'application de la loi est la situation résultant de l'obligation de fermer ou de restreindre l'activité, et non l'impact sur le chiffre d'affaires.

La loi s'applique également lorsque la chose louée ou affermée sert aussi d'autres buts que la vente. Les garages et les magasins de cycles, par exemple, disposent généralement à la fois d'un local de vente visé par la fermeture des établissements et d'un atelier de réparation qui a pu rester ouvert en vertu de l'art. 6, al. 3, let. i, de l'ordonnance 2 COVID-19 (ateliers de réparation de moyens de transport). Le fait que ces établissements aient pu, contrairement à ceux qui ont dû fermer entièrement, générer un revenu (réduit) ne fait pas obstacle à l'application de la loi, car celle-ci prévoit une solution universelle, qui ne saurait se fonder sur l'évolution effective du chiffre d'affaires de chacun des établissements concernés.

La loi n'est pas applicable lorsque le loyer ou fermage dépasse 20 000 francs. L'utilisation du terme *locaux commerciaux* souligne que ce seuil se rapporte au montant mensuel du loyer ou fermage et non au volume du contrat. Si un même bail porte sur plusieurs biens loués ou affermés clairement distincts, la loi s'applique à chacun des objets dont le loyer ou fermage est inférieur ou égal à 20 000 francs, même si le cumul des loyers ou fermages mensuels dépasse ce chiffre.

2.3 Art. 3 Exceptions du champ d'application

Les motions 20.3451 et 20.3460 exigent que les éventuels accords déjà conclus entre les parties restent valables. En outre, la conclusion de telles conventions doit rester possible. C'est pourquoi 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 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'al. 1 let. a et n'exclut donc pas l'application de la loi. Il en va de même lorsque le preneur de bail a continué de régler son loyer ou fermage.

Certains cantons ont mis en place des mécanismes incitatifs, qui prévoient un soutien étatique dans le cas où les parties trouvent une solution mutuellement convenue. De telles conventions sont assimilées à un accord au sens de l'al. 1 let. a et excluent dès lors l'application de la loi.

Il se peut qu'une convention se limite à une partie de la période de fermeture ou de restriction d'activité. Si le bailleur et le locataire ou fermier sont convenus d'une exonération du loyer pendant un mois, il convient de déterminer, sur la base des circonstances concrètes, si cet accord couvre l'ensemble de la période de fermeture ou de restriction d'activité ou s'il ne régit que le mois en question. Dans la seconde hypothèse, la loi serait applicable au reste de la période de restriction.

Dès lors que le montant du loyer ou fermage fait l'objet d'une décision judiciaire entrée en force, celle-ci a le même effet qu'un accord contraignant. La loi s'applique rétroactivement aux procédures judiciaires en cours qui touchent son champ d'application matériel (cf. art. 11, al. 2).

Le texte des motions 20.3451 et 20.3460 spécifie que, lorsque le loyer ou fermage se situe entre 15 000 et 20 000 francs, les deux parties peuvent convenir de ne pas appliquer la réglementation prévue. Le recours à cette clause d'exemption passe par une déclaration de renonciation à l'application de la loi. Il exclut dans le même temps toute indemnité pour cas de rigueur conformément à l'art. 7. Si, après qu'une des parties a déclaré renoncer à l'application de la loi, le bailleur subit des pertes de loyer ou fermage (p. ex. en raison d'une décision judiciaire), il ne peut demander une indemnisation.

Dans un souci de sécurité juridique, la déclaration de renonciation doit être communiquée en temps utile, autrement dit dans un délai de 60 jours à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

2.4 Art. 4 Loyer ou fermage déterminant

Il est spécifié que c'est le montant total du loyer ou fermage qu'il faut considérer, ce qui comprend les tous les biens dont l'usage a été cédé avec les locaux. Selon l'art. 1 de l'OBLF, il s'agit en particulier des biens mobiliers, des garages, des places de stationnement extérieures ou souterraines et des jardins. Cela étant, seul le loyer ou fermage net, à savoir le montant sans les frais accessoires, est déterminant pour le calcul. Le montant des charges se fonde sur le dernier décompte des frais accessoires. Si l'objet loué ou affermé est neuf ou entièrement rénové et qu'aucun décompte n'a encore été établi, les frais

accessoires peuvent être déterminés en fonction soit de l'acompte convenu, soit de l'estimation d'un expert. Dans le cas où les charges font l'objet d'un forfait convenu entre le bailleur et le locataire ou fermier, c'est ce montant forfaitaire qui est déterminant.

Les frais accessoires ne sont pas toujours comptabilisés séparément. Ils peuvent en effet être inclus dans le loyer ou fermage en vertu du bail. Dans ce cas, il convient de soustraire les charges du montant brut, en appliquant une déduction appropriée.

Un grand nombre de contrats de bail ne portent pas uniquement sur des surfaces commerciales, mais comprennent également des locaux d'habitation. Ainsi, certains établissements de restauration incluent un logement attenant destiné au gérant. Dans un tel cas, il y a lieu de retrancher la part inhérente au logement, en appliquant une déduction appropriée. Si le résultat obtenu est inférieur ou égal à 20 000 francs, la loi est applicable conformément à l'al. 2.

Dans un bail commercial, il est usuel de prévoir une clause selon laquelle tout ou partie du loyer ou fermage est proportionnel au chiffre d'affaires réalisé. Dans ce cas de figure, la variation du chiffre d'affaires consécutive à la fermeture ou à la restriction des activités est prise en compte. C'est pourquoi la part liée au chiffre d'affaires n'entre pas dans le calcul du montant du loyer ou fermage déterminant. La règle des 40 % ne vaut que pour un montant de base, qui est dû en toutes circonstances. Selon les clauses du bail, la baisse du chiffre d'affaires résultant de la fermeture se répercute sur le montant du loyer ou fermage avec un temps de retard plus ou moins important. Par conséquent, des difficultés de trésorerie demeurent possibles lorsque le loyer ou fermage est lié au chiffre d'affaires. Elles peuvent cependant être surmontées par le biais d'un crédit bancaire accordé au titre du programme d'octroi de cautionnements visant à atténuer les conséquences du coronavirus (COVID-19) prévu par l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (RS 951.261).

La mention du chiffre d'affaires signifie a contrario que le loyer ou fermage net est déterminant dans son intégralité lorsqu'il est fondé sur n'importe quel autre critère de fixation, y compris en cas d'indexation ou d'échelonnement du loyer.

2.5 Art. 5 Loyer ou fermage dû

L'art. 5 met en œuvre la principale exigence des motions 20.3451 et 20.3460, à savoir que les locataires ou fermiers des établissements ayant dû fermer ne doivent que 40 % du loyer ou fermage déterminant. Ce régime déroge aux dispositions du CO, et sa validité se limite expressément à la durée de la fermeture ordonnée. Si l'établissement n'a pas rouvert immédiatement après la levée des mesures prises par les autorités, par exemple pour des raisons économiques, la règle des 40 % ne s'applique pas à cette phase.

Le montant du loyer ou fermage déterminant pour l'application de la règle des 40 % est calculé sur la base des critères d'applicabilité de la loi qui sont fixés à l'art. 4. Il correspond au loyer ou fermage net des locaux commerciaux loués ou affermés comprenant tous les biens dont l'usage a été cédé avec ceux-ci mais pas les frais accessoires. Si les frais accessoires sont inclus dans le loyer ou fermage, il y a lieu d'appliquer une déduction appropriée. Il en va de même si la chose louée ou affermée prévoit un usage d'habitation.

2.6 Art. 6 Établissements de santé

La règle des 40 % fixée à l'art. 5 bénéficie aussi aux établissements de santé qui ont dû réduire leur activité conformément à l'ordonnance 2 COVID-19 (dans sa teneur du 19 mars 2020). Son application couvre expressément la durée de la restriction ordonnée. Par ailleurs, elle est limitée à deux mois au maximum, comme le veulent les motions 20.3451 et 20.3460.

2.7 Art. 7 Indemnité en cas de détresse économique

Comme expliqué au point 1.2.7, le Conseil fédéral propose de renoncer à l'indemnité en cas de détresse économique.

Conformément aux exigences des motions 20.3451 et 20.3460, la loi prévoit une enveloppe financière de 20 millions de francs en faveur des bailleurs. La formulation choisie permet de garantir que les dépenses ne dépasseront pas les moyens alloués. Dès que les ressources du fonds seront épuisées, le versement des indemnités prendra fin.

L'indemnisation est subordonnée à la reconnaissance d'une situation de détresse économique du bailleur résultant des pertes de loyer ou fermage induites par la règle des 40 %.

Pour établir s'il y a véritablement détresse économique, il faut tenir compte des circonstances du cas d'espèce. Un cas de rigueur peut par exemple se justifier par le fait que les pertes financières provoquent une grave détérioration de la situation économique du bailleur, entraînent ou risquent d'entraîner une procédure de faillite ou prennent pour lui des proportions choquantes.

Il s'agit aussi de reconnaître la situation de détresse économique dans le cas où le loyer est fixé uniquement sur la base des coûts. Contrairement aux dispositions générales du CO concernant les loyers fondés sur les coûts, un loyer fixé uniquement sur la base des coûts signifie que le bailleur se contente de couvrir ses frais effectifs et de dégager un rendement minimal. Dans le droit des obligations, le choix d'un loyer calculé durablement sur la base des coûts exclut le recours aux critères des loyers usuels dans le quartier et de la compensation du renchérissement (art. 13, al. 3, OBLF). Le critère des coûts est aussi le seul retenu dans la loi sur le logement (LOG ; RS 842) et divers actes cantonaux régissant l'encouragement du logement ; il est régulièrement appliqué par les maîtres d'ouvrage d'utilité publique pour calculer le loyer de locaux commerciaux. Lorsque le loyer est fondé uniquement sur les coûts, sa réduction se traduit automatiquement par une couverture insuffisante des coûts et, partant, une situation de détresse économique.

Comme il peut s'écouler un certain temps avant qu'un bailleur ne se retrouve dans une situation de détresse économique, les bailleurs ont six mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi pour déposer une demande d'indemnisation. Dans le cas où il n'est pas encore possible de déterminer, à cette échéance, si le bailleur subira une perte de loyer ou de fermage ni s'il en résultera une situation de détresse, une demande peut être déposée et suspendue provisoirement.

La demande d'indemnisation doit être accompagnée de différents documents, à savoir : le contrat de bail, la correspondance en lien avec la réduction à 40 % du loyer ou fermage, et d'autres pièces attestant de la situation de détresse économique. L'examen de la demande peut nécessiter la vérification de certaines informations. C'est pourquoi le locataire ou fermier est également tenu de fournir les renseignements et les documents qui lui sont demandés.

Le montant de l'indemnité est limité. Il ne doit pas dépasser les pertes de loyer ou fermage subies par le bailleur. Ce plafond vise à éviter que les recettes totales du bailleur puissent être supérieures au revenu ordinaire qu'il tire de l'objet loué ou affermé.

Étant donné que l'enveloppe financière est limitée, il se pourrait que le volume des demandes d'indemnisation excède les ressources disponibles. Aussi l'OFL peut-il assortir d'exigences supplémentaires la reconnaissance de la situation de détresse économique afin d'éviter que les bailleurs qui ont le plus besoin de l'indemnité ne puissent pas en bénéficier.

Par ailleurs, l'OFL peut également abaisser le montant de l'indemnité, afin qu'un plus grand nombre de bailleurs puissent bénéficier d'une indemnisation. Il appartient à l'OFL de décider, le cas échéant, laquelle de ces deux mesures est préférable. Une combinaison des deux est également envisageable.

2.8 Art. 8 Voies de recours

Les dispositions générales de la procédure fédérale s'appliquent.

2.9 Art. 9 Disposition pénale

Il y a lieu de punir quiconque cherche à obtenir une indemnisation en fournissant intentionnellement de fausses indications. C'est d'autant plus important qu'il n'est pas certain que les éléments constitutifs classiques de l'escroquerie et du faux dans les titres soient réalisés dans tous les cas. S'agissant de l'escroquerie, visée à l'art. 146 du code pénal (CP ; RS 311.0), il s'agirait notamment de déterminer si une simple indication inexacte du requérant pourrait être qualifiée d'astucieuse compte tenu de la possible absence de vérification des indications en raison de capacités limitées. L'existence d'un faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP semble difficile à établir, car les indications du requérant n'ont en principe pas la qualité de titres. Cela étant, si les autorités de poursuite pénale et les tribunaux confirment qu'une infraction pénale grave a été commise dans un cas d'espèce, les éléments constitutifs figurant dans le CP priment la norme pénale prévue par la loi.

Pour fixer la peine, il convient de prendre en considération la durée limitée de l'indemnisation et le plafonnement de l'indemnité mensuelle à 12 000 francs (60 % du montant maximal du loyer ou fermage déterminant, soit 20 000 francs). Il s'ensuit que le montant que peut atteindre l'infraction est relativement faible. Cela étant, il est envisageable que le même bailleur obtienne pour plusieurs objets une indemnité fondée sur de fausses indications. Dans un tel cas de figure, une amende pouvant aller jusqu'à 10 000 francs semble être une peine appropriée. Ce montant correspond au plafond de l'amende ordinaire, fixé à l'art. 106, al. 1, CP.

Cette disposition fonde la légalité des dénonciations pénales adressées par les personnes concernées. Elle permet d'éviter que ces personnes soient dissuadées d'agir par crainte des conséquences juridiques possibles.

2.10 Art. 10 Exécution

L'art. 10 charge le Conseil fédéral d'exécuter la loi et d'édicter les dispositions d'exécution. Dans cette tâche, le Conseil fédéral pourra continuer de faire appel au Groupe de travail sur les loyers commerciaux. Les travaux doivent être planifiés de façon qu'un projet de dispositions d'exécution soit prêt au moment de l'approbation du message et du projet de loi à l'intention du Parlement. Pour que les dispositions d'exécution puissent entrer en vigueur en même temps que la loi, le Conseil fédéral doit adopter le texte à peu près au moment où les Chambres fédérales se penchent sur la loi.

2.11 Art. 11 Référendum et entrée en vigueur

Le projet consiste en une loi fédérale devant être déclarée urgente qui repose sur une disposition constitutionnelle et a une durée de validité supérieure à un an. La loi est sujette au référendum facultatif (art. 141, al. 1, let. b, Cst.).

Comme la loi règle la fixation du loyer ou fermage des établissements qui ont dû fermer ou réduire leur activité à compter du 17 mars 2020, elle est appliquée rétroactivement à partir de cette date. En raison de la situation juridique incertaine en lien avec les loyers et fermages des établissements concernés, la rétroactivité est justifiée par des motifs valables. Portant sur une durée d'environ neuf mois, elle est adaptée d'un point de vue temporel. La règle des 40 % est une règle simplificatrice, qui ne peut s'appliquer à chaque cas d'espèce de manière indiscriminée. En raison de cette règle, qui induit une répartition relativement équilibrée des sacrifices à consentir, et de l'effet limité dans le temps, la rétroactivité n'engendre pas d'inégalités de traitement choquantes. Enfin, elle est justifiée par des intérêts publics prépondérants.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

3.1.1 Conséquences financières

Le dispositif proposé prévoit que la Confédération met à disposition une contribution de 20 millions de francs au maximum afin de soutenir financièrement les bailleurs qui se retrouvent en situation de détresse économique en raison de l'application de la loi. La loi sur les loyers commerciaux COVID-19

satisfait ainsi aux motions 20.3451 et 20.3460, de teneur identique (« Loyers commerciaux des restaurants et autres établissements concernés par la fermeture. Pour que les locataires ne doivent que 40 pour cent de leur loyer »). Pour couvrir les indemnités attendues, il convient d'inscrire 20 millions de francs dans le budget 2021 et le plan intégré des tâches et des finances (PITF) 2022.

3.1.2 Conséquences sur l'état du personnel

La gestion des indemnités exige la mise en place de structures et de procédures. L'examen des demandes sur les plans formel et matériel, leur évaluation et le versement des indemnités nécessitent des ressources supplémentaires en personnel au sein de l'OFL. Selon les estimations, quelque 80 000 contrats de bail devraient tomber dans le champ d'application du projet de loi. Dans de nombreux cas, des bailleurs seront vraisemblablement parties à plusieurs contrats de bail à loyer ou à ferme. Toutefois, la réglementation des cas de rigueur concerne principalement des petits bailleurs. Le nombre de demandes déposées devrait se situer entre 4000 et 5000, et le nombre de demandes approuvées devrait être encore plus faible. Sur la base de ces estimations, la mise en œuvre du projet de loi devrait engendrer un besoin supplémentaire temporaire (début 2021-fin 2022) de personnel qui coûterait environ 360 000 francs par an.

Le financement sera absorbé en interne. Cela signifie toutefois que la réduction des charges de fonctionnement de l'OFL décidée dans le cadre des réformes structurelles (arrêté du Conseil fédéral du 1^{er} juin 2018) devra être réalisée dans les délais impartis et dans le respect des objectifs financiers principalement dans les budgets 2023 et 2024. Si la réforme structurelle de l'OFL devait être ajustée en raison de cette nouvelle tâche, il faudrait examiner si l'arrêté du 1^{er} juin 2018 devrait être ponctuellement adapté.

3.2 Conséquences économiques

Les deux motions visent à empêcher que les installations et établissements publics touchés par les fermetures et les restrictions d'activité ne fassent faillite. En se fondant sur l'art. 100 Cst., le projet de loi intègre également des objectifs conjoncturels et économiques. Le dispositif proposé oblige toutefois les bailleurs à renoncer à percevoir des loyers ou fermages. Étant donné que les données concernant les loyers commerciaux sont rudimentaires, voire inexistantes, les conséquences financières du dispositif doivent être estimées à l'aide d'hypothèses. Selon les estimations réalisées début mai 2020 par l'entreprise de conseil Wüest Partner, quelque 80 000 contrats de bail, conclus dans les secteurs de la vente, de l'hôtellerie-restauration et de l'artisanat, sont concernés par les fermetures ordonnées (soit env. 40 % des baux à loyer ou à ferme commerciaux). De ces quelque 80 000 baux à loyer ou à ferme, environ 94 % tombent certainement dans le champ d'application du dispositif proposé, étant donné que leurs loyers ou fermages sont inférieurs à 15 000 francs. Ces 94 % ne représentent toutefois que 43 % du volume total des baux à loyer ou à ferme.

En partant du principe que la réglementation proposée s'appliquera pendant deux mois, les coûts à la charge des bailleurs s'élèveront à environ 212 millions de francs en tout. Pour calculer ce montant, des hypothèses ont été émises concernant la part des contrats de bail à loyer ou à ferme dont l'une des parties a opté pour une exemption. De plus, les fonds prévus pour les situations de détresse économique et les réductions (estimées) de loyer ou fermage décidées sur une base volontaire ont été retranchés. Les 212 millions de francs estimés représentent environ 1,6 % des recettes annuelles issues des loyers des locaux commerciaux. Les données se basent sur des estimations et calculs effectués début mai. Le monitoring décidé par le Conseil fédéral devrait fournir des données plus fiables. Le message devrait par conséquent fournir des informations plus précises sur ce point.

3.3 Conséquences pour les cantons, les communes, les agglomérations urbaines et les régions de montagne

Le dispositif proposé s'applique à des baux à loyer ou à ferme dans toute la Suisse. Il concerne en particulier les régions qui accueillent un grand nombre d'établissements publics et d'établissements de santé, soit les zones urbaines.

4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

4.1 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'a pas été annoncé dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023¹⁴. Il est la conséquence directe de l'adoption, par le Parlement, des motions 20.3451 CER-N et 20.3460 CER-E, de teneur identique (« Loyers commerciaux des restaurants et autres établissements concernés par la fermeture. Pour que les locataires ne doivent que 40 pour cent de leur loyer »).

4.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

Les motions transmises par le Parlement visent à éviter une avalanche de procédures juridiques et de procédures de faillite des installations et établissements publics. Au lieu des mesures préconisées par les motions, le Conseil fédéral avait misé sur les négociations entre les parties au contrat de bail afin de favoriser les solutions sur mesure. Il s'était en outre réservé le droit de proposer des mesures supplémentaires sur la base du monitoring qu'il a confié au DEFR (en collaboration avec le DFF) le 8 avril 2020.

L'octroi d'aides financières pour les cas de rigueur, notamment, exige la mise en place de nouvelles procédures et structures au sein de l'OFL.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Il est difficile de déterminer la compétence constitutionnelle qui fonde les mesures demandées par les motions. Il est évident que le projet ne peut pas s'appuyer sur la compétence dont dispose le Conseil fédéral en cas d'urgence en vertu de l'art. 185, al. 3, Cst. Les articles constitutionnels sur le bail à loyer (art. 109 Cst.) et le droit civil (art. 122 Cst.) ne peuvent pas non plus s'appliquer, étant donné qu'il ne s'agit pas de lutter contre des abus en matière de droit du bail. Enfin, il n'est pas non plus possible d'invoquer la compétence générale en matière de droit civil en l'absence de compétences spécifiques.

L'article constitutionnel le plus susceptible de fonder les mesures demandées est l'art. 100 concernant la politique conjoncturelle. En vertu de l'art. 100, al. 1, Cst., la Confédération prend des mesures afin d'assurer une évolution régulière de la conjoncture et, en particulier, de prévenir et combattre le chômage et le renchérissement. Cette compétence, formulée de manière très générale, doit permettre à la politique conjoncturelle d'influer sur l'évolution économique. Dans le cas d'espèce, une telle influence n'est pas à exclure, même si les mesures conjoncturelles visent en général un effet préventif, alors que les mesures proposées par les motions ont un effet rétroactif.

Les mesures qui se basent sur l'art. 100 Cst. doivent respecter un certain nombre de conditions, comme la liberté économique (art. 27 et 95 Cst.) et, notamment, le principe de neutralité concurrentielle et le principe de l'égalité de traitement des concurrents. S'agissant de ces principes, il faut avant tout considérer le fait que les mesures demandées par les motions doivent être appliquées indépendamment de la situation économique de chaque partie concernée. Ce champ d'application général peut avoir pour conséquence que des locataires de locaux commerciaux qui n'ont pas ou pratiquement pas subi de pertes bénéficieront également d'une réduction de loyer. De plus, alors que des locataires de locaux commerciaux recevront une aide, les exploitants qui sont propriétaires de leurs locaux commerciaux ne pourront profiter d'aucune aide pour les coûts du capital correspondants, ce qui pourrait engendrer une distorsion de la concurrence. Il faut toutefois également prendre en considération l'ampleur limitée des mesures demandées par les motions, notamment en raison du fait qu'elles seraient temporaires et ne s'appliqueraient qu'aux loyers du segment inférieur. À cela s'ajoute que, en cas de crise, des considérations conjoncturelles exigent de venir rapidement en aide à un grand nombre d'acteurs. Une certaine catégorisation est donc inévitable dans ce contexte. Par conséquent, l'art. 100 Cst. peut raisonnablement être invoqué pour justifier les mesures demandées.

¹⁴ FF 2020 1709

Il faut ensuite se demander si la réduction de loyer de 60 % demandée par les motions constitue une atteinte à la garantie de la propriété et si elle pourrait éventuellement être considérée comme une forme d'expropriation matérielle. Tant que l'obligation de verser un loyer en vertu du contrat est maintenue en entier ou en partie, malgré les fermetures ou restrictions d'activité, la réduction de loyer prévue par le projet de loi constitue une atteinte aux prétentions contractuelles des bailleurs et, partant, à la garantie de la propriété.

Pour justifier une telle ingérence, certaines conditions doivent être réunies : premièrement, l'ingérence doit se fonder sur une base légale ; le présent projet de loi permet de satisfaire à cette condition. Deuxièmement, elle doit être justifiée par un intérêt public. Un tel intérêt public pourrait exister si les mesures en question peuvent contribuer à éviter une vague de faillites d'établissements dans les domaines de la restauration et du commerce de détail, les loyers dans ces domaines représentant en général une part importante des charges. Troisièmement, l'ingérence doit être proportionnée, c'est-à-dire être supportable pour les bailleurs. En cas d'une fermeture de deux mois, les bailleurs devraient essuyer une perte de 10 % sur le loyer annuel ; de plus, une contribution est prévue pour venir en aide aux bailleurs qui ne pourraient pas supporter une telle perte. Au vu de ce qui précède, on peut raisonnablement supposer que les conditions constitutionnelles sont réunies pour justifier l'atteinte portée par le projet de loi au droit fondamental des bailleurs de faire valoir leurs prétentions contractuelles.

Enfin, il est très peu probable qu'une atteinte aux prétentions contractuelles des bailleurs constitue une forme d'expropriation matérielle. D'une part, la limitation des prétentions des bailleurs n'est pas particulièrement grave et, d'autre part, les conditions qui laisseraient supposer un sacrifice « extraordinaire », soit une limitation intolérable ne ciblant qu'un nombre d'acteurs restreint, ne sont pas réunies.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Les dispositions proposées par le projet de loi sur les loyers commerciaux COVID-19 sont compatibles avec les obligations internationales de la Suisse.

5.3 Forme de l'acte à adopter

La fixation, dans une loi, du loyer ou fermage d'installations et établissements publics qui ont dû fermer temporairement et d'établissements de santé qui ont dû restreindre temporairement leur activité constitue une ingérence dans les relations contractuelles. Les droits et obligations des parties à un contrat sont réglés dans le CO. La réduction temporaire de la contre-prestation d'une partie peut créer une situation de détresse économique chez l'autre partie. Un soutien étatique est prévu pour ces cas.

Le dispositif proposé contient donc des dispositions importantes qui fixent des règles de droit et doit par conséquent être édicté sous la forme d'une loi fédérale (art. 164, al. 1, Cst.) Étant donné que les effets des fermetures et des restrictions d'activité perdurent et que bon nombre d'acteurs n'ont pas encore trouvé de solution, son entrée en vigueur ne souffre aucun retard. Par conséquent, la loi sur les loyers commerciaux COVID-19 doit être déclarée urgente et être limitée dans le temps conformément à l'art. 165 Cst. Il convient de souligner que le processus législatif a été lancé par deux motions de commission de même teneur. La loi doit être déclarée urgente par la majorité des membres du Conseil des États et du Conseil national, lors d'un vote dissocié des débats parlementaires relatifs au message. Une procédure extraordinaire sera proposée en amont afin que les deux chambres puissent procéder à l'examen urgent du message durant la même session, en l'occurrence la session d'hiver 2020.

5.4 Frein aux dépenses

Afin de limiter les dépenses, l'art. 159, al. 3, let. b, Cst. prévoit que les crédits d'engagement et les plafonds de dépenses doivent être adoptés à la majorité des membres de chaque conseil s'ils entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs. Le présent projet de loi prévoit des indemnités en cas de détresse économique au moyen d'une contribution unique de 20 millions de francs. Aucune indemnité ne sera versée au-delà de ce montant. Le présent projet de loi n'est donc pas soumis au frein aux dépenses, étant donné qu'il ne franchit pas les seuils déterminants.

5.5 Conformité à la loi sur les subventions

La loi sur les loyers commerciaux COVID-19 concerne les fermetures et restrictions d'activité liées aux mesures de lutte contre le coronavirus et fixe les loyers et fermages des locaux commerciaux concernés de façon uniforme à 40 % pour toute la période en question. Cette solution globale pour toutes les relations contractuelles rentrant dans le champ d'application de la loi tient compte du fait que certains bailleurs pourraient se retrouver dans une situation de détresse économique. Ces derniers devraient recevoir des indemnités. Le projet de loi prévoit un soutien unique de 20 millions de francs. Les demandes d'indemnisation adressées à l'OFL devront être justifiées et accompagnées des documents pertinents. Les demandes pourront être déposées pendant six mois à partir de l'entrée en vigueur de la loi. Enfin, le projet de loi prévoit une disposition pénale pour les cas où des indemnités auraient été touchées indûment en fournissant de fausses indications.

5.6 Délégation de compétences législatives

En vertu du projet de loi, le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution.

5.7 Protection des données

Lors du traitement des demandes d'indemnisation à partir du fonds pour les cas de rigueur, l'OFL aura accès à de nombreuses données relatives aux relations contractuelles et à la situation économique de personnes physiques et morales. Ces données doivent être protégées conformément à la législation sur la protection des données.