



26 février 2020

Rapport concernant les recommandations 6 à 9 du rapport « Cautionnements solidaires de la flotte suisse de haute mer par la Confédération : enquête sur la procédure de vente des navires de SCL et SCT »

1	Introduction	3
2	Recommandation 6 : Réglementation des signatures de la Confédération pour les contrats de vente	3
2.1	Avis du Conseil fédéral sur la recommandation.....	4
3	Recommandation 7 : Élection de droit partielle dans les contrats de vente	5
3.1	Avis du Conseil fédéral sur la recommandation.....	5
4	Recommandation 8 : Finies les adjudications de gré à gré successives	6
4.1	Contexte.....	6
4.2	Examen et planification des acquisitions nécessaires	7
4.3	Avis du Conseil fédéral sur la recommandation.....	8
5	Recommandation 9 : Éviter les cautionnements solidaires	8
5.1	Contexte.....	8
5.2	Cadre légal.....	9
5.2.1	Définitions	9
5.2.2	Législation sur les finances de la Confédération.....	9
5.3	Enquête	10
5.3.1	Situation actuelle.....	10
5.3.1.1	Construction de logements d'utilité publique	10
5.3.1.2	Financement des moyens d'exploitation destinés au transport régional des voyageurs	11

5.3.1.3	Navigation maritime	12
5.3.1.4	Fonds de technologie.....	13
5.3.2	Conversion des cautionnements solidaires existants en cautionnements simples..	14
5.3.3	Abandon des cautionnements solidaires	14
5.4	Avis du Conseil fédéral sur la recommandation.....	15

1 Introduction

Le 27 juin 2019, la Délégation des finances des Chambres fédérales (DélFin) a approuvé son rapport intitulé « Cautiionnements solidaires de la flotte suisse de haute mer par la Confédération : enquête de la Délégation des finances des Chambres fédérales sur la procédure de vente des navires de SCL et SCT » et l'a transmis au Conseil fédéral.

Dans son rapport, la DélFin a adressé 9 recommandations au Conseil fédéral.

Ces recommandations portent sur le processus de vente des navires, des questions juridiques et la mise en place d'une procédure visant à augmenter à l'avenir la sécurité juridique pour la Confédération en tant que caution et l'efficacité du processus de vente. La DélFin recommande en outre au Conseil fédéral de ne plus utiliser l'instrument du cautionnement solidaire et de convertir si possible les cautionnements solidaires existants en cautionnements simples.

Dans son avis du 4 septembre 2019, le Conseil fédéral a estimé que les recommandations 1 à 4 ont déjà été mises en œuvre (recommandation 1 : Faire de la limitation des pertes l'objectif primordial en cas de crise, recommandation 2 : Élaboration d'une stratégie de liquidation claire avant l'éclatement d'une crise de liquidités, recommandation 3 : Élaboration de critères d'évaluation transparents, recommandation 4 : Garantie d'une concurrence entre les acheteurs intéressés). La DélFin a pris acte des explications du Conseil fédéral eu égard à la mise en œuvre des recommandations et a précisé que l'applicabilité des mesures introduites devra être testée lors du contrôle d'autres processus de vente.

S'agissant de la recommandation 5 (Protection contre les indiscretions en présence d'informations secrètes ou confidentielles), le Conseil fédéral a renvoyé aux différentes mesures prises au cours des dernières années. Il a estimé que des mesures supplémentaires n'apporteraient pas d'améliorations considérables.

En ce qui concerne les recommandations 6 à 9, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) de clarifier les points en suspens avant fin février 2020, en collaboration avec le Département fédéral des finances (Administration fédérale des finances [AFF] et Office fédéral des constructions et de la logistique [OFCL]), et de lui en rendre compte. Il a annoncé qu'il soumettrait à la DélFin un rapport à ce sujet avant fin février 2020.

2 Recommandation 6 : Réglementation des signatures de la Confédération pour les contrats de vente

Réglementation des signatures de la Confédération pour les contrats de vente : la Délégation des finances demande au Conseil fédéral d'examiner dans quelle mesure la Confédération doit cosigner, en tant que garante, les contrats de vente des navires de haute mer au bénéfice de cautionnements de la Confédération.

À la demande de la DélFin, le Conseil fédéral a fait analyser une nouvelle fois en profondeur la pratique différenciée adoptée par la Confédération pour les contrats de vente de navires ayant fait l'objet d'une sollicitation des cautionnements.

Dans un rapport succinct datant du 22 janvier 2020, les avocats chargés par la Confédération d'exécuter les contrats, Thomas Schmid (BianchiSchwald) et Stefan Erbe (ThomannFischer), précisent au préalable que la Confédération n'a cosigné que l'«Escrow agreement». Elle n'a

pas signé les contrats de vente en tant que partie contractante, mais seulement signifié que certains engagements étaient également contraignants pour elle.

La vente des navires exempts de charge (libération de l'hypothèque sur navire par la Confédération, cf. art. 7 de l'ordonnance sur le cautionnement de prêts pour financer des navires suisses de haute mer ; RS 531.44) et leur changement de pavillon (radiation d'un navire dans le registre des navires suisses, cf. art. 36, al. 1, de la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse ; RS 747.30) nécessitent la collaboration et l'autorisation de la Confédération.

Les contrats concrétisant la vente de la flotte entière (10 navires de haute mer) des compagnies maritimes SCL/SCT au même acheteur sont le résultat de négociations longues et intenses. En raison de la situation économique et financière des compagnies maritimes, la participation de la Confédération sur certains points a constitué une base importante tant pour la Confédération que pour l'acheteur. Au moment de la vente et de l'exécution du contrat, les compagnies bénéficiaient de prêts transitoires assurés par la Confédération, ce qui a encore accentué l'intérêt de la Confédération à garantir le bon déroulement du processus de vente dans un cadre juridique sûr.

Les transactions réalisées au cours des dernières années montrent que la participation directe de la Confédération à un stade précoce de la transaction n'est pas impérativement nécessaire lors de la vente d'un navire, même si le cautionnement a été sollicité. En règle générale, la Confédération peut se contenter de suivre le processus et d'exiger du vendeur qu'il réalise la vente aux meilleures conditions, notamment eu égard au prix. Il est toutefois primordial que la décision de vente à la suite d'une sollicitation du cautionnement puisse se faire hors procédure d'exécution forcée, qu'elle soit basée sur les prix du marché et, dans l'idéal, qu'elle puisse se faire après examen de plusieurs offres en concurrence.

2.1 Avis du Conseil fédéral sur la recommandation

Le Conseil fédéral partage l'avis des avocats consultés selon lequel l'association étroite de la Confédération à la transaction de vente de la flotte SCL/SCT ne permet pas de tirer des conclusions générales ou de fixer des directives pour d'autres ventes. La participation de la Confédération, y compris la reprise de certains engagements, était, dans le cas d'espèce, une condition sine qua non à la conclusion du contrat entre SCL/SCT et l'acheteur et au bon déroulement du processus de vente.

La cosignature de certains engagements du contrat de vente dans le cadre d'une transaction (notamment une vente en bloc) dans laquelle la Confédération est étroitement impliquée en tant que garante des crédits transitoires est une solution qui pourrait encore être judicieuse à l'avenir.

Il faudra examiner au cas par cas dans quelle mesure, le cas échéant, une plus étroite association de la Confédération au contrat lui permettrait d'augmenter les chances de réussite de la vente et de réduire ses pertes à un minimum.

3 Recommandation 7 : Élection de droit partielle dans les contrats de vente

Élection de droit partielle dans les contrats de vente : La Délégation des finances estime qu'il est nécessaire de réaliser une analyse juridique approfondie, par exemple dans le cadre d'une expertise juridique, sur la question de savoir si l'élection de droit partielle dans les contrats de vente de navires de haute mer est susceptible d'être acceptée par des tribunaux suisses. Le Conseil fédéral doit veiller à ce que des résultats de l'analyse découlent la mise en œuvre d'une pratique uniforme lors des futures ventes de navires de haute mer au bénéfice d'un cautionnement de la Confédération.

Le Conseil fédéral a pris connaissance des insécurités juridiques discutées au sein de la DélFin. Il s'est engagé à vérifier, dans le cadre d'une expertise juridique approfondie, si l'élection de droit partielle dans les contrats de vente de navires de haute mer constitue une pratique admissible, et si la Confédération en tant que caution devrait mettre en place une pratique standardisée pour les ventes de navires de haute mer.

L'expertise juridique réalisée par le professeur Florian Eichel concernant l'élection de droit partielle dans les contrats de vente de navires de haute mer peut être résumée comme suit.

L'expert parvient à la conclusion que l'admissibilité et l'efficacité de la clause à examiner ne font aucun doute. Il estime toutefois qu'il existe des arguments de poids pour qu'un tribunal arbitral interprète la clause contractuelle en question non pas comme élection de droit partielle, mais comme « renvoi au droit matériel ».

L'expert recommande d'indiquer l'option choisie, c'est-à-dire « renvoi au droit matériel » ou « élection de droit partielle », pour clarifier ce point. Il estime que le renvoi au droit matériel aurait des avantages : le droit de garantie anglais se substituerait alors aux règles dispositives du droit privé suisse, mais pas aux dispositions impératives du droit privé suisse.

L'expert salue le fait que toutes les clauses d'arbitrage des contrats examinés renvoient vers le même lieu d'arbitrage en Suisse. Il estime toutefois que les clauses d'arbitrage prévues dans les différents contrats devraient être mieux harmonisées entre le contrat de vente et l'«Escrow Agreement». Il importe toutefois de préciser que les clauses d'arbitrage du cas examiné n'ont donné lieu à aucune difficulté.

3.1 Avis du Conseil fédéral sur la recommandation

Le Conseil fédéral constate que l'expert confirme le choix d'un tribunal arbitral selon la pratique usuelle et que les clauses d'élection de droit incluses dans les contrats sont admissibles. L'élection de droit partielle et le renvoi au droit matériel constituent tous les deux une option envisageable.

La différence conceptuelle entre l'élection de droit partielle et le renvoi au droit matériel ainsi que les conséquences juridiques qui en découlent nécessitent plus d'attention. Il faudrait en outre examiner si, dans le cadre de futurs contrats, les clauses d'élection de droit devraient être élargies à des prétentions qui, à l'origine, ne sont pas contractuelles. De plus, les différentes clauses d'arbitrage prévues dans les contrats devraient être harmonisées entre elles, de sorte que chaque clause d'arbitrage renvoie, dans la mesure du possible, au même tribunal arbitral en Suisse afin d'éviter des procédures parallèles.

Du fait du rôle de caution de la Confédération et des spécificités de chaque vente de navire, il n'y a pas lieu de définir une procédure standardisée. Les circonstances doivent être étudiées au cas par cas en examinant les avantages et les inconvénients, notamment concernant les clauses d'élection de droit.

4 Recommandation 8 : Finies les adjudications de gré à gré successives

Finis les adjudications de gré à gré successives : La Délégation des finances reconnaît que la gestion de crises imprévisibles répond en principe à des situations exceptionnelles et exige des solutions tout aussi exceptionnelles. Néanmoins, quand l'administration fédérale est appelée à surmonter de telles situations, elle doit respecter les dispositions fixées par le législateur. C'est en ce sens que la Délégation des finances recommande au Conseil fédéral de veiller, si des cas similaires à celui des compagnies de SCL et SCT se produisaient, à ce que les services compétents de la Confédération

- prennent les mesures appropriées afin d'éviter, en cas de crise, des augmentations successives du plafond des coûts au moyen d'adjudications de gré à gré ;
- sollicitent des offres concurrentielles dans les règles de l'art ; et
- concluent et datent valablement des contrats portant sur des prestations de conseil avant le début des mandats concernés.

4.1 Contexte

Le Conseil fédéral s'est régulièrement fait l'avocat de l'économicité et de l'efficience dans les marchés publics de la Confédération. L'utilisation des instruments prévus par le droit des marchés publics dans des cas exceptionnels contribue à atteindre cet objectif. Il convient d'examiner les mesures permettant de respecter au mieux les dispositions du droit des marchés publics lors de l'acquisition de services dans des situations de crise, comme dans le cas des compagnies maritimes SCL/SCT.

L'évolution de la situation des compagnies maritimes SCL/SCT a surpris tous les acteurs concernés. La Confédération n'était pas préparée à devoir faire appel à des conseils économiques et juridiques externes. Il ressort d'une analyse approfondie que la question de l'acquisition des prestations nécessaires pour garantir la gestion professionnelle d'une éventuelle sollicitation des cautionnements aurait dû se poser au plus tard dès 2012, lorsque plusieurs compagnies maritimes ont rencontré des difficultés économiques et financières majeures et n'étaient plus en mesure de respecter leurs engagements financiers, notamment l'amortissement des crédits.

Au moment de l'éclatement de la crise des cautionnements dans la navigation maritime, en été 2015, la Confédération a dû demander une aide juridique et économique à des externes en l'espace de seulement quelques heures, si bien qu'il n'a pas été possible d'organiser une procédure d'adjudication au préalable. Il est apparu par la suite que le recours à des experts juridiques et économiques spécialisés dans la navigation maritime était indispensable en raison des questions complexes ayant trait au droit des sociétés, au droit des contrats et à la législation régissant la navigation ainsi que des risques opérationnels et financiers liés à une procédure d'exécution forcée.

Ni l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE) ni le Secrétariat général du DEFR (SG-DEFR), qui a repris la gestion du dossier en été 2015, ne disposaient de l'expérience et des connaissances nécessaires pour évaluer l'évolution possible et les besoins en termes de nouvelles prestations externes. Pour compliquer le tout, le marché maritime était si imprévisible que même les experts consultés ont été souvent contraints de réviser leurs évaluations.

Il ne reste pas moins que les modalités d'un possible recours à des prestations externes auraient dû être clarifiées dès 2012 dans le cadre d'un examen minutieux des besoins d'acquisition.

Les adjudications de gré à gré ont pu être stoppées entre-temps. La Confédération a mis au concours public en 2018 les prestations économiques et juridiques liées à la navigation maritime, et le contrat d'adjudication qui en a découlé repose sur des bases légales solides (droit des marchés publics).

4.2 Examen et planification des acquisitions nécessaires

L'OFCL souligne l'importance de planifier à temps les processus d'acquisition. Chaque unité administrative doit examiner et actualiser régulièrement ses besoins en termes d'acquisition, notamment en cas de reprise d'une tâche ou d'un projet à la suite d'une révision des bases juridiques ou de la mise en vigueur de nouvelles bases juridiques. Cette question se pose notamment lors du lancement d'un nouveau projet ou en cas d'évolutions qui nécessitent des compétences inexistantes ou insuffisantes dans l'unité administrative. L'examen des besoins en matière d'acquisition de prestations externes est encore plus important dans le cadre de projets ou de dossiers qui présentent des risques considérables, par exemple financiers, ou lorsque des intérêts économiques ou politiques sont en jeu.

Il est notamment recommandé de définir, dans le cadre de l'évaluation des risques, « le scénario du pire » et de déterminer les prestations de tiers qu'il faudrait acquérir dans ce cas. Dès qu'il existe un certain risque que ce scénario se réalise, les démarches nécessaires pour lancer une procédure d'acquisition conforme à la loi peuvent être entamées afin d'éviter de devoir agir dans l'urgence. Pour les cas où les besoins en prestations externes n'auraient pas encore été actualisés ou clairement définis à ce moment-là, le droit des marchés publics prévoit des instruments appropriés pour composer avec ces incertitudes, notamment la mise au concours de prestations optionnelles ou d'un contrat-cadre.

La question des besoins en termes d'acquisition est donc en lien direct avec l'identification des risques au début d'un projet ou d'une tâche, ce qui nécessite une collaboration étroite entre les responsables de la gestion des risques, les chefs de projet et responsables hiérarchiques et les responsables des achats. L'anticipation des évolutions possibles, l'identification précoce des éventuels besoins de prestations externes et des mesures de droit des marchés publics nécessaires ainsi qu'une planification convenue avec la direction de l'office contribuent de manière décisive à éviter autant que possible les adjudications de gré à gré successives.

En plus de la planification systématique des besoins en termes d'acquisition, chaque unité administrative est en outre tenue de confier la planification et l'exécution des procédures d'adjudication à un personnel qualifié. L'OFCL propose une large palette de formations afin que les unités administratives puissent se doter du savoir-faire nécessaire. Il offre en outre, avec le conseil et l'aide du Centre de compétences des marchés publics de la Confédération (CCMP) et les services d'achat centraux, un soutien technique pour certaines acquisitions. En cas de crise, il est donc recommandé d'avoir rapidement recours à ces prestations.

L'examen des besoins en termes d'acquisition comprend en outre la sélection et la planification d'une procédure d'adjudication adaptée aux besoins d'acquisition du point de vue de la loi et propre à permettre éventuellement d'anticiper les évolutions ou changements possibles. Garantir l'économicité de la prestation est l'objectif de toute acquisition. À cet effet, il est indispensable de faire jouer la concurrence. La DéFin souligne à juste titre qu'une concurrence efficace nécessite en général une mise au concours public, une procédure sur invitation ou, si possible, la sollicitation d'offres concurrentielles dans le cas d'une adjudication de gré à gré. Dans le cas d'espèce, les procédures d'invitation ont permis de garantir une certaine concurrence, et les prix obtenus par la suite sur la base de la mise au concours public ont montré que les adjudications de gré à gré ont été tout à fait concurrentielles.

L'OFCL est convaincu qu'un examen et une planification précoces et minutieux des éventuels besoins en termes d'acquisition auraient permis d'éviter ou, du moins, de réduire à un minimum les adjudications de gré à gré successives. Dans le cas des cautionnements de navires de haute mer, tous les acteurs ont été surpris par l'évolution de la situation en 2015 et 2016. Outre l'évolution défavorable du marché maritime, l'encadrement insuffisant des compagnies maritimes concernées et l'identification tardive des besoins d'acquisition sont également en cause.

Enfin, dans le cadre de la gestion des contrats, il convient, comme le demande la DéFin, de veiller à conclure et dater valablement les contrats portant sur des prestations de conseil avant le début des mandats concernés.

4.3 Avis du Conseil fédéral sur la recommandation

Le Conseil fédéral partage l'avis de la DéFin et soutient sa recommandation. La réaction à une crise imprévisible constitue une situation exceptionnelle. L'anticipation des besoins en termes d'acquisition eu égard aux évolutions possibles et aux situations de crise est primordiale. La gestion et la maîtrise des crises commencent par l'identification des risques et nécessitent d'identifier à temps un scénario de crise et également les éventuels besoins d'acquisition. Le DEFR accordera une attention particulière à cet aspect lors de l'analyse des risques dans le cadre de l'enquête administrative concernant l'organisation, les structures et les processus de l'approvisionnement économique du pays.

5 Recommandation 9 : Éviter les cautionnements solidaires

5.1 Contexte

Éviter les cautionnements solidaires : la DéFin recommande au Conseil fédéral de ne plus utiliser l'instrument de cautionnement solidaire. Il convient de se pencher sur les cautionnements solidaires existants et, si possible, de les convertir en cautionnements simples.

Le Conseil fédéral a accepté d'examiner les cautionnements solidaires existants afin de déterminer si et, le cas échéant, à quelles conditions ceux-ci peuvent être convertis en cautionnements simples. En outre, il s'est dit prêt à vérifier en détail si l'abandon des cautionnements solidaires pouvait être dans l'intérêt de la Confédération.

5.2 Cadre légal

5.2.1 Définitions

Le **cautionnement** est une forme de contrat définie dans le code des obligations (CO). Pré-supposant l'existence d'un prêt, il est de nature accessoire. Les art. 492 ss CO¹ posent les bases légales du cautionnement de droit privé. Le cautionnement de droit public renvoie souvent aux règles du CO. Le cautionnement simple et le cautionnement solidaire diffèrent sur les points suivants :

- **Cautionnement simple** (art. 495, al. 1, CO) : le créancier ne peut exiger le paiement de la caution simple que si le débiteur a été déclaré **en faillite** ou a obtenu un **sursis concordataire** ou a été, de la part du créancier, qui a observé la diligence nécessaire, l'objet de poursuites ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif ou a transféré son domicile à l'étranger et ne peut plus être recherché en Suisse ou encore qu'en raison du transfert de son domicile d'un État étranger dans un autre l'exercice du droit du créancier est sensiblement entravé.
- **Cautionnement solidaire** (art. 496, al. 1, CO) : si la caution s'oblige avec le débiteur en prenant la **qualification de caution solidaire ou toute autre équivalente**, le créancier peut la poursuivre avant de rechercher le débiteur et de réaliser ses gages immobiliers, à condition que **le débiteur soit en retard dans le paiement de sa dette et qu'il ait été sommé en vain de s'acquitter ou que son insolvabilité soit notoire**.

La **garantie** est semblable au cautionnement. L'art. 111 CO fonde la garantie de droit privé. Les dispositions du CO à cet égard sont très succinctes, et la garantie, par conséquent, **moins réglementée**. Celle-ci n'est pas forcément liée à un prêt ou à un cas déterminé. Ses modalités doivent donc être définies avec précision dans une loi ou les dispositions d'exécution de celle-ci ainsi que par contrat. Il faut en particulier régler les motifs de l'activation de la garantie.

Dans le langage courant comme dans le droit public, il n'est pas toujours possible de distinguer clairement le cautionnement de la garantie. Les cautionnements sont parfois octroyés sur la base d'articles de loi formulés de manière relativement ouverte. Par exemple, la Confédération peut, en se fondant sur l'art. 33, al. 1, let. f, de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI ; RS 420.1) soutenir des parcs d'innovation au moyen « notamment de prêts sans intérêts de durée limitée ou *d'autres instruments de financement appropriés* ».

5.2.2 Législation sur les finances de la Confédération

Selon l'art. 3 de la loi sur les subventions (LSu ; RS 616.1), les cautionnements constituent des aides financières. En conséquence, tout cautionnement accordé par la Confédération doit reposer sur une base légale expresse.

En outre, la législation sur les finances de la Confédération (loi sur les finances [LFC ; RS 611.0] et ordonnance sur les finances de la Confédération [OFC ; RS 611.01]) autorise le Conseil fédéral à contracter des engagements financiers pluriannuels sous la forme de cautionnements ou de garanties seulement s'il dispose d'un crédit d'engagement. Une base légale ne suffit pas, à moins que celle-ci régitte expressément aussi le plafond des engagements.

¹ RS 220

5.3 Enquête

À la fin de l'été 2019, l'AFF a procédé à une enquête auprès des unités administratives qui disposent d'une base légale dans leur domaine de compétence pour accorder des garanties ou des cautionnements. Elle a exclu de son enquête uniquement les unités administratives pour lesquelles il est clair que les garanties² accordées se distinguent nettement des cautionnements. Ainsi, les unités interrogées sont les suivantes (l'italique signale les bases légales fédérales qui autorisent l'octroi de cautionnements, mais qui n'ont jamais servi ou ne servent quasiment plus à ce titre) :

- Office fédéral de la culture (OFC) : *art. 13 de la loi sur le cinéma (LCin ; RS 443.1) et 25 de la loi sur l'encouragement de la culture (LEC ; RS 442.1) ;*
- OFSP : art. 18, al. 6, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (RS 832.10) ;
- SECO : *art. 8 de la loi fédérale sur la coopération avec les États d'Europe de l'Est (RS 974.1) ;*
- OFAE : art. 27 et 36 de la loi sur l'approvisionnement du pays (RS 531) ;
- Office fédéral du logement (OFL) : *art. 48 et 51 de la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (RS 843) ainsi qu'art. 35 et 36 de la loi sur le logement (LOG ; RS 842) ;*
- Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI) : art. 33 LERI (RS 420.1) ;
- OFT : art. 31 de la loi sur le transport de voyageurs (LTV ; RS 745.1) ;
- Office fédéral de l'environnement (OFEV) : *art. 35 de la loi sur le CO₂ (RS 641.71 ; fonds de technologie) et 52 de la loi sur la protection de l'environnement (LPE ; RS 814.01 ; installations de traitement des déchets).*

5.3.1 Situation actuelle

Selon le compte d'État 2018 (tome 1, pp. 197 ss), l'engagement de la Confédération au titre des cautionnements s'élevait à quelque 6,5 milliards de francs à la fin de l'exercice 2018. En outre, celle-ci avait octroyé environ 13 milliards de francs sous la forme de garanties (principalement FMI, Eurofima, stocks obligatoires, entraide internationale en matière de prestations de l'assurance-maladie et accident).

Les cautionnements consistent presque exclusivement en des cautionnements solidaires, dont la plus grande part concerne la construction de logements à caractère social (3,5 milliards), le financement de matériel roulant (2,6 milliards) et la navigation maritime (0,5 milliard). S'ajoutent à cela des cautionnements en faveur du fonds de technologie (environ 0,1 milliard) et un cautionnement (simple) unique en faveur d'un parc d'innovation (3 millions de francs).

5.3.1.1 Construction de logements d'utilité publique

En vertu de l'art. 35 LOG, la Confédération cautionne des emprunts que la Centrale d'émission pour la construction de logements (CCL) émet pour financer, avec les fonds obtenus, des prêts destinés à améliorer l'offre de logements à loyer ou à prix modérés. L'objectif politique est de réduire les coûts de financement des immeubles afin de mettre à disposition des logements à

² Des garanties sont notamment accordées dans les domaines suivants : organisations internationales telles que le Fonds monétaire international ([FMI] ; Secrétariat d'État aux questions financières internationales), Eurofima (Office fédéral des transports [OFT]) ou des banques de développement (Département fédéral des affaires étrangères / Secrétariat d'État à l'économie [SECO]), entraide en matière de prestations de l'assurance-maladie et accident (Office fédéral de la santé publique [OFSP]), cautionnements en faveur des arts et métiers (SECO), obligation de constituer des stocks (Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays [OFAE]).

loyer modéré. Les emprunts garantis par un cautionnement solidaire de la Confédération s'élevaient en moyenne à 138 millions de francs et présentent une durée allant de 10 à 20 ans. À noter à ce propos que leur durée résiduelle moyenne est de 10 ans et que le dernier remboursement d'un emprunt existant sera exigible le 25 novembre 2039. Globalement, le volume des emprunts garantis par des cautionnements correspond dans ce domaine à un montant de 3457,3 millions (état : fin 2019). Grâce au cautionnement de la Confédération, la CCL, qui est organisée en coopérative, affiche une solvabilité exemplaire sur le marché des capitaux (triple A). Cette situation favorable lui permet d'aider ses membres, à savoir les maîtres d'ouvrage, à obtenir des financements plus avantageux. Depuis 2015, le taux d'intérêt payé par les bénéficiaires est inférieur de 1,5 point de pourcentage aux taux appliqués habituellement aux hypothèques de durée comparable. Actuellement, il existe 1301 financements de ce type.

Le risque pesant sur la CCL réside dans le fait que les emprunteurs ne paient pas les intérêts ou ne remboursent pas l'emprunt. La coopérative dispose certes de provisions pour acquitter les montants dus à ce titre. Cependant, si le défaut de paiement devait être le fait d'un maître d'ouvrage important, les liquidités et les fonds propres de la CCL pourraient rapidement diminuer. La surveillance est assurée au moyen d'une gestion globale des risques et de l'information qui sert à repérer rapidement les positions à risque et à éviter des pertes. Depuis l'entrée en vigueur de la LOG en 2003, il n'y a eu aucun défaut de paiement.

En vertu de l'art. 36 LOG, l'OFL peut en outre accorder des arrière-cautionnements : la Société coopérative de cautionnement hypothécaire (CCH) bénéficie ainsi de cautionnements solidaires équivalant à 70 % du montant maximal qu'elle cautionne elle-même. À la fin de 2019, on comptait ainsi 17 projets dont le montant garanti par des arrières-cautionnements était de 16,8 millions et dont la durée allait de 20 à 25 ans. Un versement de la Confédération est exigible dès que la CCH, en sa qualité de garante principale, doit honorer un cautionnement. Depuis que l'instrument de l'arrière-cautionnement de cautionnements de la CCH a été instauré en 1995, ce cas ne s'est toutefois jamais présenté. Outre la limitation de la responsabilité de la Confédération à 70 %, l'OFL utilise un système de gestion des risques qui permet de diminuer le risque de défaut de paiement. Ce système comprend des tests de résistance réguliers, des contrôles de crédit par une commission indépendante avant l'octroi d'un crédit, une gestion des prêts effectués et des mesures d'urgence pour limiter les dommages en cas de difficultés de paiement prévisibles.

5.3.1.2 Financement des moyens d'exploitation destinés au transport régional des voyageurs

La Confédération octroie un cautionnement solidaire aux entreprises de transport opérant dans le trafic régional des voyageurs (TRV), afin d'aider celles-ci à financer leurs investissements dans le domaine des transports (principalement acquisition du matériel roulant). Ce cautionnement permet de diminuer les coûts de financement des entreprises et de réduire les demandes d'indemnités aux commanditaires (Confédération et cantons). Le cautionnement solidaire a remplacé le système de prêts sans intérêts accordés par la Confédération et les cantons pour l'acquisition des moyens d'exploitation. Il constitue une condition essentielle pour que des entreprises de transport de petite taille ou de taille moyenne puissent continuer à se financer sur le marché des capitaux.

Les entreprises de transport financent leurs projets d'investissement en contractant des emprunts auprès de banques ou d'autres investisseurs institutionnels. Ces emprunts sont garantis par des cautionnements solidaires de la Confédération. Actuellement, la Confédération cautionne quelque 130 prêts pour un montant total de 2,6 milliards de francs. Un montant supplémentaire de 900 millions a été promis à ce titre, mais n'a pas encore été sollicité.

Près de la moitié des cautionnements solidaires actuels ont une durée allant de 11 à 25 ans

et s'élèvent en moyenne à 27 millions. En outre, 40 % environ sont accordés pour 1 à 10 ans (montant moyen par cautionnement : 14 millions). Le reste est composé de financements affichant une durée supérieure à 25 ans et un montant moyen de 17 millions.

Selon les calculs actuels de l'OFT, les cautionnements solidaires de la Confédération permettent de réaliser des économies d'intérêts de l'ordre de 10 millions. Ceci correspond à une économie de quelque 40 points de base (0,4 point de pourcentage) et à une réduction d'environ 0,5 % des indemnités versées par la Confédération et les cantons. Ainsi, sans les cautionnements solidaires, le montant des indemnités demandées à la Confédération serait augmenté d'environ 5 millions par année.

L'OFT procède régulièrement à une évaluation afin de détecter rapidement les risques potentiels et de pouvoir réagir rapidement. À cette fin, il se base notamment sur les analyses annuelles d'une agence de notation suisse. Étant donné qu'une bonne part des entreprises de transport opérant dans le TRV sont la propriété des pouvoirs publics, ceux-ci sont responsables de la commande des offres. En règle générale, les prestations sont commandées à l'exploitant actuel sans appel d'offres (adjudication directe). Il est donc quasiment exclu qu'une entreprise de transport voie son chiffre d'affaires baisser jusqu'au point de remettre en question sa stabilité financière. Aussi le risque pour la Confédération peut-il être qualifié de faible. C'est aussi l'avis du Contrôle fédéral des finances, qui a évalué en 2017 les risques liés aux cautionnements solidaires dans le TRV (numéro d'audit : 18574).

Une évaluation effectuée en 2018 dans le domaine des cautionnements solidaires accordés dans le TRV a montré que ceux-ci remplissent leur objectif dans l'ensemble. L'abandon de cet instrument a été déconseillé. En conséquence, le Conseil fédéral prévoit de proposer au Parlement de prolonger de dix ans le crédit-cadre de cautionnement, qui arrive à échéance à la fin de 2020.

5.3.1.3 Navigation maritime

Durant la Seconde Guerre mondiale, la Suisse a été confrontée à un problème d'approvisionnement et s'est vue contrainte de créer sa propre flotte de haute mer. De 1948 à 1959, la Confédération a accordé des prêts à des taux préférentiels pour financer cette flotte. Après 1959, les prêts ont été remplacés par des cautionnements (d'abord simples, puis solidaires). Cet instrument classique de garantie de crédit a permis de cautionner les emprunts accordés par les banques pour l'acquisition de navires et d'obtenir des taux d'intérêt plus favorables. La conversion du cautionnement simple en cautionnement solidaire a débouché sur des taux encore plus avantageux. Les économies réalisées à ce titre ont incité les propriétaires à placer leurs navires de haute mer sous pavillon suisse en vue de l'approvisionnement économique du pays. La durée ordinaire du cautionnement solidaire est de 15 ans. Dans l'ensemble, les crédits-cadres votés en 2002 et en 2008 auraient permis l'octroi de cautionnements solidaires de 1,1 milliard de francs pour assurer, jusqu'à la fin de l'année 2017, un nombre suffisant de navires de haute mer battant pavillon suisse.

Après avoir analysé l'importance de la navigation maritime pour la politique d'approvisionnement du pays, le Conseil fédéral a décidé le 21 décembre 2016 de ne pas proposer à l'Assemblée fédérale le renouvellement du crédit-cadre de cautionnement. Comprenant en 2016 47 navires financés par des prêts cautionnés à hauteur de quelque 794 millions de francs, la flotte de haute mer battant pavillon suisse est en recul constant et compte aujourd'hui 25 navires commerciaux. Au total, les engagements de la Confédération prenant la forme de cautionnements envers les banques prêteuses représentent encore 504 millions de francs environ. Compte tenu du crédit supplémentaire demandé par la voie du message du 16 octobre 2019 concernant le supplément IIa au budget 2019, la somme des engagements sera encore réduite de 129 millions pour s'établir à quelque 375 millions pour 20 navires de haute mer. Les

derniers cautionnements octroyés à des navires de haute mer échoiront en 2032. Il n'existe pas d'estimation des avantages que les cautionnements solidaires apportent au niveau des taux d'intérêt.

Plusieurs compagnies maritimes bénéficiant de cautionnements de la Confédération restent confrontées à des difficultés économiques. Compte tenu de l'importance, devenue très relative, de la navigation maritime pour l'approvisionnement économique du pays et de la réévaluation des risques liés au cautionnement des navires de haute mer, le Conseil fédéral a adopté, en étroite concertation avec la DélFin, une série de mesures visant notamment à réduire les pertes pour la Confédération en cas de sollicitation des cautionnements (p. ex. chaque société propriétaire de navires ayant pris du retard dans ses amortissements doit introduire un mécanisme de retenue à la source [*pay as you earn*, PAYE], assorti dans l'idéal d'une obligation d'amortissement semestriel minimal ; interdiction de transfert des moyens financiers vers l'extérieur [*ring fencing*] ; *reportings* réguliers à l'OFAE ainsi qu'audits et inspections des navires par des experts maritimes externes).

5.3.1.4 Fonds de technologie

Le Parlement a créé un fonds de technologie par le biais de la loi sur le CO₂, en vigueur depuis 2013. Ce fonds est alimenté au moyen d'un prélèvement annuel de 25 millions de francs sur le produit de la taxe sur le CO₂. Les ressources qui y sont affectées sont gérées par une organisation privée et servent à couvrir les défauts de remboursement. Les cautionnements solidaires qui sont accordés par l'intermédiaire de ce fonds (maximum 3 millions sur 10 ans) visent à garantir des prêts à des entreprises qui développent et commercialisent des installations et procédés ménageant l'environnement. Compte tenu de la garantie accrue conférée par le cautionnement, les entreprises innovantes ont un accès facilité à des capitaux étrangers. Ce système contribue ainsi à l'atteinte des objectifs fixés pour la réduction des émissions de CO₂.

Le pilotage et la surveillance du fonds de technologie relèvent de l'OFEV, qui, après un contrôle formel, se prononce sur la demande de garantie du cautionnement en accord avec les recommandations du secrétariat et du comité de cautionnement. Des instruments tels qu'un reporting trimestriel, incluant des indicateurs sur la mise en œuvre d'un système d'alerte précoce et des mesures destinées à limiter les dommages, complètent le dispositif de surveillance. Le volume maximal des cautionnements accordés est piloté au moyen d'un crédit d'engagement (dès 2020 : 200 millions). Les premiers cautionnements ont pu être accordés en 2016. À la fin du premier semestre de 2019, le portefeuille des engagements portait sur 78 cautionnements d'une valeur de 103 millions environ et d'une durée moyenne de 7,5 ans. À la fin de l'année 2018, le fonds affichait un solde de 142 millions. Ce montant devrait être relevé à quelque 190 millions à la fin de 2020.

La Confédération prévoit un défaut de remboursement variant entre 20 et 30 % environ de tous les prêts accordés (situation à la fin du mois de mai 2019 : 3 sinistres représentant 2,4 millions au total). Sur la base des dispositions légales en vigueur, il serait aussi possible d'accorder des cautionnements simples. Le cautionnement n'a pas pour objectif premier de permettre d'obtenir des taux d'intérêt avantageux. Il vise bien plus à garantir l'accès au capital-risque sur le marché des capitaux. Pour cette raison, l'abandon des cautionnements solidaires pourrait en l'espèce inciter les banques à refuser des prêts ou, pour le moins, à en réduire les montants. De ce fait, la portée, mais aussi l'efficacité de l'instrument de promotion s'en trouveraient nettement affectées. Il manque des estimations systématiques sur les avantages que les cautionnements apportent au niveau des taux d'intérêt. Néanmoins, des exemples montrent que les avantages découlant des cautionnements solidaires peuvent atteindre 8 points de pourcentage, notamment pour les start-up (par rapport aux prêts sans cautionnement). Le volume des

cautionnements est piloté de manière à ce que les pertes qui en découlent puissent être couvertes par le fonds et n'aient pas d'incidences sur les finances de la Confédération.

Dans son message relatif à la révision totale de la loi sur le CO₂ pour la période postérieure à 2020, le Conseil fédéral propose de limiter les apports au fonds de technologie à la fin de 2025 et de poursuivre l'octroi de cautionnements à long terme. Actuellement, le Parlement examine toutefois la création d'un fonds pour le climat dans lequel seraient transférées les ressources affectées au fonds de technologie (décision du Conseil des États lors de la session d'automne 2019).

5.3.2 Conversion des cautionnements solidaires existants en cautionnements simples

Les offices qui ont accordé des cautionnements solidaires considèrent, pour diverses raisons, qu'il n'est pas réaliste de remplacer les cautionnements solidaires existants par des cautionnements simples.

Dans certains cas, notamment dans le secteur de l'aide au logement, la conversion recommandée par la DéFin ne serait pas possible sans un travail disproportionné (assemblée des créanciers pour chaque emprunt cautionné et obtention des quorums fixés par la loi). Elle nécessite dans tous les cas une modification contractuelle, ce qui signifie en l'état qu'il faudrait adapter plus de 100 contrats et obtenir à chaque fois l'accord des deux parties. De plus, la caution devrait probablement fournir une compensation financière. Conformément au principe d'égalité de traitement des emprunteurs, il faudrait en outre veiller à ce que tous les cautionnements accordés dans un secteur soient convertis en même temps (tous les cautionnements en faveur des entreprises de transport, p. ex.).

Durant l'enquête, d'aucuns ont aussi dit craindre que le projet de la Confédération de convertir les cautionnements solidaires en cautionnements simples puisse être source d'insécurité pour les banques prêteuses et ainsi avoir des effets négatifs sur l'exécution des tâches. Il pourrait en outre fragiliser la réputation de la Confédération en tant que caution fiable.

En ce qui concerne la navigation maritime et le fonds de technologie, les offices compétents estiment que les banques n'approuveront pas cette conversion, car les cautionnements simples ne constituent pas à leurs yeux des instruments de garantie suffisants ou intéressants.

5.3.3 Abandon des cautionnements solidaires

En principe, la Confédération accorde des cautionnements pour promouvoir l'exécution d'une tâche précise qui est aussi dans son intérêt. La plupart des personnes interrogées considèrent que les cautionnements simples feraient augmenter les dépenses d'intérêts des emprunteurs. Dans le secteur de la construction de logements à caractère social, on évoque un renchérissement de 25 points de base (0,25 point de pourcentage) et une efficacité moindre des mesures d'encouragement. L'abandon des cautionnements solidaires équivaldrait soit à une réduction de l'encouragement si ces derniers étaient remplacés par des cautionnements simples, soit à une suppression de l'encouragement si aucune garantie n'était plus donnée, que ce soit sous la forme d'un cautionnement simple ou d'une autre contribution.

En ce qui concerne la navigation maritime et le fonds de technologie, les unités administratives compétentes estiment que les banques tiennent aux cautionnements solidaires. L'abandon de cet instrument reviendrait à supprimer toute mesure d'encouragement.

Dans le secteur de l'aide au logement et dans celui de l'acquisition de matériel roulant, le passage aux cautionnements simples serait réalisable. Il est toutefois jugé contreproductif.

Dans le secteur de la construction de logements à caractère social, les risques financiers seraient à peine réduits, mais les mesures d'encouragement seraient nettement moins efficaces. Pour ce qui est du matériel roulant, les coûts de financement et, partant, les coûts des entreprises de transport donnant droit à une indemnisation des pouvoirs publics augmenteraient. La Confédération et les cantons devraient ainsi verser à ce titre quelque 10 millions de plus qu'à l'heure actuelle. Selon l'évaluation effectuée par l'OFT à propos des cautionnements solidaires dans le TRV, les petites entreprises de transport ne pourraient guère se financer sur le marché des capitaux en l'absence d'un cautionnement de la Confédération.

Aussi les unités administratives concernées estiment-elles que le maintien des cautionnements solidaires est pleinement justifié. Les cautionnements accordés à la navigation maritime feront l'objet d'une étude en 2021 qui visera à déterminer si des mesures de sûreté sont encore nécessaires. Aucun nouveau cautionnement (solidaire) ne sera accordé avant la conclusion de cette analyse.

5.4 Avis du Conseil fédéral sur la recommandation

Prévu expressément dans la loi sur les subventions³, le cautionnement sert à promouvoir la réalisation de certaines tâches. Pour peu qu'il soit conçu et surveillé d'une manière ajustée aux risques, il peut constituer un instrument de promotion économiquement plus avantageux que les contributions à fonds perdu ou les prêts. Grâce au cautionnement solidaire, l'emprunteur que la Confédération doit ou entend aider sur la base d'une législation spéciale bénéficie de taux d'intérêt plus favorables que sous le régime du cautionnement simple. Dans ce contexte, l'abandon du cautionnement solidaire entraînerait une diminution des mesures d'encouragement.

Le Conseil fédéral estime que le cautionnement, simple ou solidaire, constitue, sous certaines conditions, un instrument de promotion légitime. La principale condition est que la tâche faisant l'objet d'une mesure d'encouragement puisse, selon toute vraisemblance, se financer elle-même et que les prêts cautionnés soient remboursés. Si cette condition n'est pas remplie, le cautionnement ne représente pas un instrument de promotion adéquat. Par conséquent, les cautionnements ne sont pas vraiment adaptés à la promotion de projets ou de domaines que la Confédération soutient déjà au moyen de contributions. Une promotion simultanée par des contributions et des cautionnements risque en tout cas d'engendrer un manque de transparence et des mauvaises incitations.

De l'avis du Conseil fédéral, le cautionnement peut être approprié lorsqu'il s'agit d'atteindre les objectifs suivants :

- **Augmentation de la quantité ou baisse du prix d'un bien éligible à l'encouragement :** l'État entend augmenter la production ou réduire les prix dans un groupe de tâches à forte intensité de capital pouvant en général s'autofinancer (par l'intermédiaire des bénéficiaires). C'est par exemple le but des cautionnements destinés à la construction de logements à loyer ou à prix modérés et, dans une moindre mesure, des cautionnements concernant l'acquisition de matériel roulant. Ce type de cautionnements requiert une surveillance étroite et professionnelle des emprunteurs, d'autant plus que les montants en jeu sont généralement très élevés. Les incitations doivent être définies de façon à garantir que prêteurs et emprunteurs aient tous deux intérêt à ce que la Confédération ne subisse aucune perte. Dans la mesure du possible, il convient d'intégrer les prêteurs dans la surveillance en ne cautionnant qu'une partie du prêt (80 % au maximum, p. ex.). Quant aux

³ Voir art. 3, al. 1, LSu.

emprunteurs, ils devraient fournir au projet une part adéquate de fonds propres (définie en fonction de la branche). En outre, il faut définir un plan de règlement pour le cas où un cautionnement serait sollicité. Enfin, il convient de vérifier régulièrement la pertinence des mesures d'encouragement.

- **Aide à des investissements risqués** : l'État entend soutenir des investissements dans des technologies innovantes auxquelles le marché des capitaux n'accorde pas (encore) de prêts. En l'espèce, la Confédération fournit des garanties aux investisseurs en capital-risque et se tient prête à supporter les pertes, même si elle compte les limiter au minimum (p. ex. fonds de technologie, parcs d'innovation). En concevant ce genre de cautionnement, il faut veiller à définir les incitations de manière à éviter tout aléa moral (*moral hazard*). Les emprunteurs devraient être tenus d'injecter une part considérable (au minimum 40 % à 50 %) de fonds propres dans le projet. Dans l'idéal, ils paient des frais de cautionnement annuels avec lesquels la Confédération compense sa prise de risques. Au besoin, il est possible de prévenir l'utilisation abusive des cautionnements en exigeant le paiement d'un droit d'entrée. Il faut donc, idéalement, définir dans la loi ou dans l'ordonnance des plafonds pour chaque cautionnement et chaque emprunteur (diversification des risques). En règle générale, ces plafonds ne devraient pas excéder un montant à sept chiffres. Finalement, il faut soumettre les emprunteurs à une surveillance ajustée aux risques.

Le Conseil fédéral n'est pas favorable à l'abandon des cautionnements (simples ou solidaires). Sous certaines conditions, ceux-ci peuvent être judicieux et intéressants sur le plan économique. Le Parlement a d'ailleurs inscrit récemment cet instrument dans plusieurs lois, parfois sur proposition des commissions chargées de l'examen préalable (fonds de technologie, parcs d'innovation).

Comme la DélFin, le Conseil fédéral estime cependant que le cautionnement simple fait par principe courir moins de risques à la Confédération que le cautionnement solidaire. Dans la mesure où il suffit à atteindre l'objectif de la mesure d'encouragement, le cautionnement simple doit donc être préféré au cautionnement solidaire. Néanmoins, celui-ci doit rester possible dans les cas où il est le seul instrument qui permette d'atteindre les objectifs.

Le Conseil fédéral envisage par ailleurs de soumettre au Parlement un projet portant sur l'abrogation des bases légales qui fondent les cautionnements ou les garanties, mais qui ne sont pas utilisées à l'heure actuelle et ne le seront pas dans un avenir proche. Ainsi, les dispositions correspondantes de la LEC, de la LCin et de la LPE (art. 52) seront biffées.

Le Conseil fédéral s'engage aussi à intégrer les conditions et lignes directrices énumérées ci-dessus pour la conception des cautionnements dans le guide d'élaboration des rapports sur les subventions dans les messages⁴.

Lorsqu'il examine les crédits d'engagement requis pour l'octroi de cautionnements, le Parlement peut continuer d'influer sur le genre et le montant des cautionnements que la Confédération doit accorder.

4

https://www.efv.admin.ch/dam/efv/fr/dokumente/finanzpolitik_grundl/subv/Leitfaden%20zur%20Subventionsberichterstattung%20in%20Botschaften.pdf.download.pdf/Leitfaden_Subventionsberichterstattung_Botschaften_f.pdf