



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des finances DFF
Administration fédérale des finances AFF

Rapport explicatif

relatif à l'avant-projet de la loi fédérale sur les crédits garantis
par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus

(Loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19)

Berne, le 1^{er} juillet 2020

Table des matières

1 Présentation du projet	4
1.1 Remarque sur le calendrier du projet	4
1.2 Contexte	4
1.3 Prévention, lutte et poursuite en matière d'abus	7
1.4 Nouvelle réglementation proposée	9
1.4.1 Les trois phases du système de cautionnement des crédits COVID-19	9
1.4.2 L'essentiel du projet	10
1.4.3 Questions autour d'une réglementation pour les cas de rigueur	12
1.5 Prolongation de la durée de validité de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19	15
1.6 Corrélation entre les tâches et les ressources financières	16
1.7 Rapport avec le droit européen	17
1.8 Application	18
1.9 Classement d'interventions parlementaires	18
2 Commentaire des dispositions	18
2.1 Section 1 Objet	18
2.2 Section 2 But du cautionnement solidaire, utilisation illicite des fonds, amortissement et intérêts	19
2.3 Section 3 Tâches des organisations de cautionnement	24
2.4 Section 4 Gestion, surveillance et règlement du cautionnement solidaire ainsi que prévention, lutte et poursuite en matière d'abus	25
2.5 Section 5 Couverture des pertes et prise en charge des frais administratifs par la Confédération	31
2.6 Section 6 Transfert simplifié des créances de crédit en vue du refinancement par la BNS	34
2.7 Section 7 Responsabilité, tâches de l'organe de révision, surendettement et disposition pénale	37
2.8 Section 8 Dispositions finales	40
3 Conséquences	43
3.1 Conséquences pour la Confédération	43
3.1.1 Conséquences financières	43
3.1.2 Conséquences sur l'état du personnel	44
3.2 Conséquences économiques	45
4 Relation avec le programme de la législature et les stratégies du Conseil fédéral	46
4.1 Relation avec le programme de la législature	46
4.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral	46
5 Aspects juridiques	46
5.1 Constitutionnalité	46
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	47

5.3	Forme de l'acte à adopter	47
5.4	Frein aux dépenses	47
5.5	Conformité à la loi sur les subventions	48
5.6	Délégation de compétences législatives	48
5.7	Protection des données	48

1 **Présentation du projet**

1.1 **Remarque sur le calendrier du projet**

Les entreprises suisses peuvent solliciter des crédits COVID-19 auprès des banques et de PostFinance SA jusqu'au 31 juillet 2020 (art. 11 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19¹). La procédure de consultation relative à l'avant-projet et au présent rapport explicatif se déroule donc pendant le dernier mois au cours duquel des demandes de crédits pourront être déposées. Le Conseil fédéral n'adoptera cependant le projet de loi et le message à l'intention du Parlement qu'au cours de l'automne 2020, soit lorsqu'il ne sera plus possible de déposer des demandes de crédits COVID-19.

Pour des raisons pratiques, et pour faciliter la lecture, les présentes explications sont rédigées comme si le délai pour le dépôt des demandes de crédits était déjà écoulé.

1.2 **Contexte**

Ordonnance de nécessité pour préserver la trésorerie des entreprises

Les effets de l'épidémie² de COVID-19 et les mesures adoptées par les autorités pour protéger la santé de la population (confinement) ont entraîné des problèmes de trésorerie dans de nombreuses entreprises économiquement saines, tout particulièrement pour les travailleurs indépendants ainsi que pour les petites et moyennes entreprises (PME). Afin que les entreprises accusant des pertes de recettes puissent accéder rapidement et sans bureaucratie à des crédits bancaires leur permettant d'honorer leurs charges fixes pendant les premiers mois, notamment les coûts salariaux jusqu'à l'encaissement d'éventuelles indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) mais également les loyers, les quatre organisations de cautionnement reconnues cautionnent ces crédits par des cautionnements solidaires³. La Confédération s'est engagée à indemniser les organisations de cautionnement pour les pertes découlant de ces cautionnements.

À cette fin, se fondant sur l'art. 185, al. 3, de la Constitution fédérale (Cst.)⁴, le Conseil fédéral a édicté le 25 mars 2020 l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19⁵ (cf. ch. 1.4.1). Cette ordonnance de nécessité fixe le cadre de l'octroi des crédits et des cautionnements COVID-19.

1 **RS 951.261**

2 Il a sciemment été renoncé à l'utilisation du terme de «pandémie», car ce dernier est étranger au droit suisse des épidémies.

3 Art. 496 du code des obligations (RS 220); cf. Basler Kommentar OR I-Pestalozzi, art. 496, N 1 s.

4 **RS 101**

5 Cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 25 mars 2020, disponible sous: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78572.html>.

Montant des crédits

La base de calcul servant à déterminer le montant maximum des crédits cautionnés en vertu de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (crédits COVID-19) est le chiffre d'affaires réalisé en 2019 (pour les nouvelles entreprises, une extrapolation ou une estimation du chiffre d'affaires pouvait être acceptée). Le crédit COVID-19 cautionné pouvait atteindre 10 % au plus du chiffre d'affaires déterminant. Partant du principe que le chiffre d'affaires doit couvrir les coûts salariaux (pertes couvertes par les RHT ou par l'allocation pour perte de gain COVID-19), les coûts variables et les frais fixes à raison d'un tiers chacun, un crédit COVID-19 devrait donc permettre de financer les charges fixes d'une entreprise pendant un peu plus de trois mois.

L'ordonnance fixe le montant maximum par cautionnement à 20 millions de francs; un montant plus élevé aurait exceptionnellement été possible en cas de conséquences très dures pour l'entreprise (cas de rigueur). Au 21 juin 2020, aucune demande portant sur une somme supérieure à 20 millions de francs n'avait été déposée.

Amortissement

Les crédits COVID-19 devront être amortis dans un délai de cinq ans, les organisations de cautionnement ayant la possibilité de prévoir une prolongation de deux ans au plus si l'amortissement du crédit sur cinq ans a des conséquences très dures pour le preneur de crédit.

Intérêts et émoluments

Les crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs sont exempts d'intérêts jusqu'au 31 mars 2021, tandis que les crédits COVID-19 excédant 500 000 francs sont grevés d'un intérêt de 0,5 %. Par la suite, le taux d'intérêt sera ajusté annuellement à l'évolution du marché. Aucun émolument n'a été prélevé.

Procédure

Pour l'octroi des crédits COVID-19, deux procédures différentes ont été mises en œuvre en fonction du montant du crédit.

(a) Crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs («aide d'urgence»)

Afin d'assurer un accès rapide et non bureaucratique aux crédits bancaires destinés à préserver la trésorerie des entreprises, une procédure simple et standardisée a été prévue pour les crédits jusqu'à 500 000 francs. Ces crédits étaient octroyés par la banque de l'entreprise ou par PostFinance SA (uniquement aux clients existants). Le donneur de crédit devait contrôler si la demande de crédit était conforme aux exigences et fixer le montant du crédit en fonction du chiffre d'affaires. Dès la signature de la convention de crédit, le crédit était considéré comme cautionné à 100 % et pouvait être libéré. De la sorte, l'entreprise pouvait disposer rapidement des liquidités nécessaires.

(b) Crédits COVID-19 jusqu'à 20 millions de francs («crédits COVID-19 Plus»)

Les entreprises dont les besoins de liquidités excédaient 500 000 francs avaient la possibilité de solliciter des crédits plus importants, pour autant que leur chiffre d'affaires le justifie. Mais dans ces cas, la Confédération n'assume que 85 % du risque de perte, à travers les organisations de cautionnement, le risque résiduel de 15 % devant être pris en charge par les donneurs de crédit. En plus de la procédure prévue pour l'aide d'urgence, les banques devaient effectuer une analyse de crédit conforme aux usages de la branche, et l'organisation de cautionnement procédait à un contrôle plus approfondi de la demande, elle aussi plus détaillée. Le crédit n'était libéré qu'après l'analyse de crédit par la banque, le contrôle par l'organisation de cautionnement et la signature du contrat de cautionnement.

Volume global des cautionnements

Le Parlement a approuvé un crédit d'engagement de 40 milliards de francs pour financer ces mesures préférentielles sous forme de cautionnements solidaires⁶ (cf. ch. 5.4).

Les demandes de crédits cautionnés pouvaient être déposées entre le 26 mars et le 31 juillet 2020 (état au 21 juin 2020):

- Pendant cette période, quelque 128 000 conventions de crédit ont été conclues pour des crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs, dont le montant garanti s'élevait à 104 000 francs en moyenne. Le volume des cautionnements concernant des crédits COVID-19 s'inscrit ainsi à 13,3 milliards de francs.
- 700 cautionnements ont été octroyés pour les autres crédits COVID-19 jusqu'à 20 millions de francs, dont le montant moyen était de 2,8 millions de francs. Comme la Confédération ne cautionne indirectement ces crédits qu'à concurrence de 85 %, le volume des cautionnements concernant ces crédits COVID-19 s'inscrit à environ 1,7 milliard de francs.

En incluant PostFinance SA, 123 banques ont participé au programme.

Des crédits COVID-19 ont été octroyés dans toutes les branches et régions. Les branches les plus représentées sont le commerce (env. 20 % des crédits) ainsi que les services scientifiques et techniques, la construction et l'hôtellerie-restauration (environ 12 % chacun). Environ la moitié des demandes provenaient d'entreprises des cantons de Zurich (17 %), de Vaud (11 %) ainsi que de Genève, du Tessin et de Berne (8 à 9 % chacun).

D'autres chiffres significatifs seront disponibles ultérieurement, mais seulement après la consultation.

⁶ Cf. Florian Brunner/Martin Wilhelm/Felix Uhlmann, «Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts», PJA 6/2020, page 695.

1.3

Prévention, lutte et poursuite en matière d'abus

Les crédits COVID-19 ont été conçus sciemment comme une aide non bureaucratique⁷. C'est uniquement grâce à la simplification de la procédure et à l'octroi des crédits sur la base d'une autodéclaration que de nombreuses entreprises rencontrant des difficultés de trésorerie ont pu obtenir cette aide en quelques jours seulement. Comme toute procédure basée sur une autodéclaration, celle-ci comportait inévitablement un certain potentiel d'abus. Afin de limiter les risques financiers encourus par la Confédération, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a adopté un plan de contrôle pour lutter contre les abus en se fondant sur l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Le présent avant-projet définit en outre des bases pour la lutte contre les abus à plus long terme (art. 10)⁸. Les fondements principaux des activités de contrôle sont l'échange de données et d'informations ainsi que la libération de toutes les parties concernées du secret bancaire, du secret fiscal, du secret de la révision et du secret de fonction (cf. commentaires relatifs à l'art. 11 avec l'illustration présentant toutes les parties prenantes).

Les abus possibles dans le cadre de la demande de crédit étaient, entre autres, la déclaration d'un chiffre d'affaires gonflé (violation de l'art. 7, al. 1, de l'ordonnance), l'omission d'indiquer que l'entreprise était en faillite, en procédure concordataire ou en liquidation au moment du dépôt de la demande (violation de l'art. 3, al. 1, let. b, de l'ordonnance) et le dépôt de demandes de crédits COVID-19 auprès de plusieurs donneurs de crédit par la même entreprise (violation de l'art. 3, al. 1, de l'ordonnance).

L'une des possibilités d'abus après l'octroi du crédit consiste en une utilisation illicite des fonds alloués. Comme cela a été dit, le but principal de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 était de garantir la trésorerie des entreprises privées afin que celles-ci puissent passer le cap de l'urgence dans laquelle l'épidémie les avait plongées. Il s'agissait en premier lieu d'éviter des fermetures d'entreprises et la perte d'emplois. En vertu de ses obligations résultant du droit des sociétés, le preneur de crédit est en outre tenu d'adopter toutes les mesures appropriées afin de prévenir des sorties de liquidités non nécessaires à l'exploitation; ces mesures comprennent par exemple des négociations avec les partenaires commerciaux ou la réévaluation, voire le report, de certains projets. C'est pour cette raison que l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (art. 6, al. 3) interdit en particulier le versement de dividendes ainsi que l'octroi et le remboursement de certains types de prêts (art. 2, al. 2, de l'avant-projet). En effet, de

⁷ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 25 mars 2020, disponible sous: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78572.html>.

⁸ Communiqué de presse du Secrétariat d'Etat à l'économie du 15 mai 2020, disponible sous: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-79133.html>. Dans «Missbrauch von Krediten nach COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung», PJA 6/2020, page 2020, Benjamin Märkli et Moritz Gut arrivent à la conclusion que le système prévu par le Conseil fédéral est efficace et que les restrictions visant à combattre les abus sont judicieuses et proportionnées (disponible sous: <https://www.dike.ch/Maerkli-Gut-Missbrauch-von-Krediten-nach-COVID-19-Solidarbuergschaftsverordnung>).

telles sorties de fonds n'ont pas lieu d'être rendues possibles grâce à l'octroi d'argent provenant des contribuables.

L'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 contient déjà des dispositions visant à contenir les abus sur le plan pénal et civil. Son art. 23 (art. 26 de l'avant-projet) introduit une compétence pénale permettant de prononcer des amendes jusqu'à 100 000 francs. En complément, l'art. 18a de l'ordonnance (art. 23 de l'avant-projet) prévoit une responsabilité civile en cas d'utilisation illicite des fonds.

Des mécanismes et des contrôles ont également été mis en place dans la phase de dépôt des demandes de crédits, afin de minimiser les risques d'erreur et d'abus. Dans le cadre du contrôle préliminaire des demandes électroniques, le processus de la plateforme *EasyGov*⁹ a été relié avec le registre IDE¹⁰ après trois jours déjà. Les entreprises requérantes devaient s'annoncer au moyen de leur numéro d'identification de l'entreprise (IDE). Les données étaient alors importées à partir du registre IDE et ne pouvaient plus être modifiées. Cette procédure permettait non seulement de s'assurer de l'existence de l'entreprise requérante, mais aussi, grâce au numéro IDE, de vérifier si au moment du dépôt de la demande l'entreprise était en liquidation ou faisait l'objet d'une procédure concordataire ou d'une ouverture de faillite.

Les donneurs de crédit devaient en outre vérifier l'identité du client conformément à la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent¹¹.

Ils transmettaient ensuite les demandes et les conventions des crédits octroyés en vertu des art. 3 et 4 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 au registre central des organisations de cautionnement. Ce dernier vérifiait que tous les documents reçus étaient complets et respectaient les prescriptions de forme. Il s'agissait notamment de contrôler l'absence d'une procédure de faillite ou de liquidation. Le registre central avait également pour mission de détecter d'éventuelles demandes multiples déposées auprès de plusieurs donneurs de crédit.

Les quatre organisations de cautionnement occupent une place centrale à l'égard des donneurs de crédit dans la gestion des cautionnements solidaires et des créances qui leur sont transférées (art. 7 s. de l'avant-projet). Elles doivent exercer leurs tâches courantes avec toute la diligence requise, en veillant aux intérêts financiers de la Confédération (art. 5, al. 3, de l'avant-projet). Elles sont aussi responsables de l'introduction et du suivi des procédures civiles et pénales visant les entreprises et leurs organes devant les ministères publics et les tribunaux compétents en se fondant sur la responsabilité des organes (art. 23 de l'avant-projet) et sur les dispositions pénales (art. 26 de l'avant-projet). Dans le cadre des procédures pénales, les organisations de cautionnement ont les droits de la partie plaignante. Elles rendent compte régulièrement de la situation au Secrétariat d'État à l'économie (SECO; art. 11, al. 4, de l'avant-projet).

⁹ <https://covid19.easygov.swiss/fr/>.

¹⁰ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/registres/registre-entreprises/numero-identification-entreprises/registre-ide.html>.

¹¹ RS 955.0

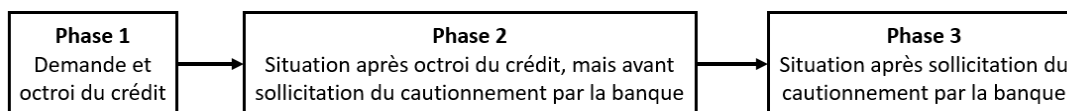
Le Contrôle fédéral des finances (CDF) procède à un examen systématique des cautionnements, en recoupant notamment les données de tous les cautionnements octroyés avec les données relatives à la taxe sur la valeur ajoutée et à l'impôt anticipé. Il peut ainsi vérifier l'exactitude du chiffre d'affaires indiqué pour fixer la limite du crédit (art. 7 de l'ordonnance) ainsi que le respect de l'interdiction de verser des dividendes et des tantièmes (art. 6, al. 3, de l'ordonnance). Le CDF vérifie également la plausibilité de la date de fondation au moyen de l'inscription au registre du commerce et s'assure que l'entreprise ne fait pas l'objet d'une procédure concordataire. Il continuera à effectuer ces recoupements de données périodiquement jusqu'à l'extinction de tous les cautionnements solidaires COVID-19. Les anomalies constatées sont communiquées à l'organisation de cautionnement compétente via le SECO.

Dans les situations dites de rigueur, il aurait été possible de cautionner exceptionnellement des crédits COVID-19 dépassant 20 millions de francs (art. 4, al. 2, let. b, de l'ordonnance). Parallèlement à l'Administration fédérale des finances (AFF) et au SECO, le CDF aurait alors contrôlé chacune de ces demandes dans l'optique de la dureté des conséquences invoquées et de la limitation du risque pour la Confédération. Un dépassement du montant maximum de 20 millions de francs motivé par une situation de rigueur aurait dans tous les cas dû être autorisé par le DEFR en accord avec le Département fédéral des finances (DFF). À ce jour, aucun crédit de ce genre n'a été octroyé.

1.4 Nouvelle réglementation proposée

1.4.1 Les trois phases du système de cautionnement des crédits COVID-19

En ce qui concerne les cautionnements des crédits COVID-19, il convient de distinguer trois phases:



Conformément à l'art. 11 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, les demandes de crédits pouvaient être déposées auprès des banques et de PostFinance SA (donneurs de crédit) jusqu'au 31 juillet 2020. La phase 1 est donc terminée (cf. ch. 1.1). De ce fait, les conditions régissant l'octroi des crédits COVID-19, les modèles, ainsi que les autres dispositions relatives au dépôt des demandes et au calcul des crédits cautionnés ne seront pas transposés dans le droit ordinaire. Pour l'appréciation juridique des actes effectués dans la phase 1, le droit en vigueur à ce moment-là, à savoir l'ordonnance sur les cautionnements solidaires

liés au COVID-19 et ses annexes, restera applicable. Le commentaire de l'ordonnance publié par le DFF fait foi en l'espèce¹².

Le présent avant-projet règle des aspects importants des phases 2 et 3, soit les situations qui précèdent et qui suivent la sollicitation des cautionnements par les donneurs de crédit (prévention, lutte et poursuite en matière d'abus, postposition de créance et versement anticipé du cautionnement, gestion des créances transférées aux organisations de cautionnement). Il transpose aussi dans le droit ordinaire certains aspects de l'ordonnance qui restent d'actualité (durée du cautionnement, amortissement et intérêts, droits et obligations des organisations de cautionnement, échange de données et d'informations, transfert simplifié des créances de crédit à la Banque nationale suisse [BNS] en vue du refinancement, responsabilités, notamment des organes, dispositions pénales, droit de déposer plainte, dérogation limitée à l'interdiction d'octroyer des crédits mise en place pour PostFinance SA).

Le Conseil fédéral propose au Parlement d'adopter des règles qui inscrivent volontairement les phases 2 et 3 dans la continuité de la phase 1 et, par conséquent, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Il estime qu'il ne faudrait pas modifier le système de cautionnement des crédits COVID-19 mis au point avec les donneurs de crédit, la BNS et les organisations de cautionnement, et codifié dans l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, au point de créer une insécurité juridique qui nécessiterait l'adaptation a posteriori de dizaine de milliers de contrats de crédit et de cautionnement. Le cas échéant, les donneurs de crédit pourraient même être amenés à accélérer l'amortissement des crédits et, en cas d'arriérés ou de défaut des débiteurs, de solliciter un grand volume de cautionnements afin de réduire leurs charges administratives et le risque financier, ce qui ne serait dans l'intérêt ni des organisations de cautionnement ni de la Confédération, qui devrait *in fine* assumer les pertes. Il ne serait pas non plus dans l'intérêt de la Confédération qu'un grand nombre de preneurs de crédit fasse faillite. Les dispositions de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 et celles de l'avant-projet doivent ainsi être examinées dans l'optique du maintien de cet équilibre et c'est pour cette raison que la loi laisse aux organisations de cautionnement une marge de manœuvre suffisante dans le cadre de la sollicitation des cautionnements et, par la suite, de la gestion des créances qui leur sont transférées. Elles pourront par exemple prolonger la durée des cautionnements et approuver des postpositions des créances en accord avec les donneurs de crédit (art. 3 et art. 7 s.)

1.4.2 L'essentiel du projet

Les points essentiels de l'avant-projet de loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 sont résumés ci-après.

- Quelque 128 000 relations de crédit et de cautionnement ont été conclues, raison pour laquelle les dispositions de l'art. 6, al. 3, de l'ordonnance sur

¹² Disponible sous: <https://covid19.easygov.swiss/fr/> (état: 14 avril 2020). SwissBanking a elle aussi développé des aides pratiques: lignes directrices de l'ASB pour le traitement des crédits COVID-19 (état au 4 juin 2020, disponible sous: https://www.swissbanking.org/fr/themes/coronavirus/coronavirus-ce-que-font-les-banques-et-l-asb?set_language=fr).

les cautionnements solidaires liés au COVID-19 énumérant les utilisations illicites des fonds sont reprises sans changement notable quant au fond (art. 2, al. 2). Il est désormais autorisé d'utiliser les fonds des crédits COVID-19 pour de nouveaux investissements. La disposition pénale, qui se réfère notamment à ces utilisations illicites, est également reprise dans le projet sans modification matérielle (art. 26). Si l'organe de révision du preneur de crédit constate, dans le cadre d'un contrôle restreint ou ordinaire des comptes annuels ou des comptes de groupe, une violation des interdictions d'utilisation des fonds, il lui impartit un délai approprié pour régulariser la situation. Si celle-ci n'est pas régularisée dans le délai imparti, l'organe de révision devra en informer l'organisation de cautionnement compétente (art. 24).

- La durée d'amortissement des crédits COVID-19 reste fixée à cinq ans. Si l'amortissement dans le délai imparti a des conséquences très dures pour le preneur de crédit, le donneur de crédit peut, avec l'accord de l'organisation de cautionnement, prolonger le délai d'amortissement de façon appropriée sur la base d'un plan d'amortissement pour autant que les risques financiers encourus par la Confédération puissent ainsi être réduits. La durée totale du crédit COVID-19 ne doit cependant pas dépasser dix ans, contre sept ans jusqu'à présent (art. 3). Cette possibilité de prolongation de l'amortissement profite aussi aux autres créanciers du preneur de crédit, dans la mesure où une procédure de faillite entraîne presque toujours de grosses pertes financières.
- La fixation du taux d'intérêt reste quant à elle inchangée. Le Conseil fédéral, sur proposition du DFF (précédemment: le DFF seul), adaptera annuellement les taux d'intérêt à l'évolution du marché. Le DFF consultera préalablement les banques participantes. Il n'y a pas lieu de s'attendre à une modification déterminante des taux du marché aussi longtemps que l'économie suisse sera en phase récessive à la suite de l'épidémie de COVID-19. Par ailleurs, ce mécanisme d'adaptation est le résultat de négociations avec les banques. Il ne peut donc être modifié unilatéralement (art. 4).
- Les droits et obligations des quatre organisations de cautionnement ont été complétés, notamment en ce qui concerne la gestion, la surveillance et le règlement des cautionnements solidaires COVID-19. Il s'agit de leur aménager une marge de manœuvre adéquate avant la sollicitation des cautionnements et, ensuite, pour la gestion des créances qui leur sont transférées, par exemple dans le cadre d'une procédure concordataire (art. 7 s.). Cela peut aussi être à l'avantage des autres créanciers des preneurs de crédit. Pour instaurer une sécurité juridique, le recours à des tiers par les organisations de cautionnement est également réglé de manière explicite (art. 9).
- Comme c'était déjà le cas avec l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, l'échange de données et d'informations entre les différents participants du système de cautionnement des crédits COVID-19 doit être réglé. Le traitement, l'appariement et la communication de

données personnelles et d'informations constituent des aspects centraux de la prévention, de la lutte et de la poursuite en matière d'abus. Il reste donc impossible d'opposer le secret bancaire, le secret fiscal, le secret de la révision ou le secret de fonction au traitement, à l'appariement et à la communication de données personnelles et d'informations (art. 11). Les preneurs de crédit ont déjà donné leur accord à cet échange de données et d'informations lors de la signature du contrat de crédit.

- Lorsque le donneur de crédit sollicite le cautionnement parce que le preneur de crédit est en demeure, en particulier dans l'amortissement du crédit, l'organisation de cautionnement peut subir des pertes. Celles-ci sont couvertes par la Confédération; la couverture des pertes n'est pas modifiée sur le fond (art. 13 s.). Si l'organisation de cautionnement parvient ultérieurement à recouvrer une partie, voire la totalité des créances qui lui ont été transférées, elle doit restituer les montants recouverts à la Confédération (art. 17).
- Pour les donneurs de crédit, la possibilité du transfert simplifié des créances de crédit en vue du refinancement par la BNS est maintenue, car il s'agit d'un élément important du système de cautionnement des crédits COVID-19 (art. 20 à 22).
- Sur le fond, le projet reprend telle quelle la norme sur la responsabilité personnelle et solidaire des organes ainsi que des personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation du preneur de crédit (art. 23).
- Lors du calcul des pertes en capital et du surendettement au sens de l'art. 725 du code des obligations (CO)¹³, les crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs ne sont désormais pas pris en compte en tant que capitaux de tiers pendant toute la durée du crédit, alors que jusqu'à présent cette règle était limitée au 31 mars 2022 (art. 25).
- La dérogation partielle à l'interdiction d'octroyer des crédits mise en place pour que PostFinance SA puisse accorder des crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs est maintenue. Cette mesure est importante, car les relations de crédit sous-jacentes pourraient durer jusqu'à dix ans (art. 28, ch. 2).

1.4.3 Questions autour d'une réglementation pour les cas de rigueur

Les crédits COVID-19 ont été conçus comme une aide rapide et non bureaucratique pour surmonter des difficultés de trésorerie. Ils ont été octroyés sur la base d'une autodéclaration des requérants, sans contrôle détaillé des conditions d'octroi (cf. ch. 1.2).

¹³ RS 220

Ce type de procédure aurait été inapproprié pour octroyer des contributions à fonds perdu, car ces dernières exigent en principe un examen individuel¹⁴. C'est pour cette raison, et pour ne pas créer une trop grande distorsion de la concurrence, que les aides de transition COVID ont été conçues sous forme de crédits remboursables. Le fait que ces crédits doivent être remboursés a été critiqué par les entreprises et lors des débats au Parlement, notamment au motif que la Confédération devait éviter les cas de rigueur. Les avantages et les inconvénients de différentes réglementations pour les cas de rigueur vont être esquissés ci-après, avant que ne soient présentées les possibilités que le Conseil fédéral a prévues pour aborder les cas de rigueur.

Une réglementation pour les cas de rigueur peut être conçue pour s'appliquer à l'ensemble de l'économie, à un secteur de l'économie ou au cas par cas. La condition fondamentale est que les mesures adoptées soient ciblées et profitent directement aux cas de rigueur, qu'elles reposent sur des critères objectifs sur lesquels les entreprises ne peuvent pas influencer, qu'elles ne privilégient pas démesurément certaines entreprises (distorsions de la concurrence), qu'elles ne déclenchent pas des incitations inopportunes et qu'elles n'engendrent pas des charges administratives disproportionnées. Il faut aussi veiller à ce que des mesures ciblées ne freinent pas artificiellement un changement structurel (cf. ch. 3.2).

Vu ce qui précède, il a été renoncé dans ce projet à la mise en place d'une solution pour les cas de rigueur applicable à des pans entiers de l'économie ou à des branches, cela au profit d'une solution applicable au cas par cas. Il serait certes assez facile de concrétiser une solution de branche, en décrétant par exemple une remise partielle des crédits COVID-19 pour toutes les entreprises de branches touchées directement par les mesures de fermeture. Cette solution aurait toutefois de graves inconvénients.

- *Elle serait inéquitable.* Les entreprises qui n'ont pas demandé un crédit COVID-19, soit parce qu'elles ont pu assurer le financement de transition par d'autres moyens, soit parce qu'elles avaient déjà une gestion plus prudente de leur trésorerie avant l'épidémie, soit parce qu'elles craignaient de ne pas réussir à rembourser le crédit, ne pourraient pas profiter de la remise partielle des dettes. Au sein d'une même branche, les entreprises ne sont en outre pas toutes affectées de la même manière par les mesures adoptées par les autorités. Certaines entreprises directement touchées par la fermeture des commerces ont par exemple pu maintenir une partie de leurs activités, comme les restaurants qui ont développé leur offre à emporter ou les magasins ayant une boutique en ligne. Parallèlement, certaines entreprises qui n'étaient pas directement visées par les mesures de fermeture ont vu leur niveau d'activité tomber à zéro, comme les chauffeurs de taxi.
- *Elle générerait des incitations inopportunes de grande ampleur.* Si cette réglementation était mise en place alors qu'il est encore possible de demander un crédit COVID-19, la demande de crédits COVID-19 augmente-

¹⁴ Octroi sur demande: art. 11 de la loi sur les subventions (LSu; RS 616.1). Analyse du besoin et examen au cas par cas: art. 14, 23 et 25 LSu.

rait massivement. De plus, la mise en œuvre d'une réglementation de ce type pour les cas de rigueur risquerait d'avoir un impact négatif sur l'amortissement des crédits en cours, ce qui entraînerait à son tour d'énormes coûts pour la collectivité.

- *L'octroi généralisé de remises de crédit n'est pas nécessaire.* Les crédits COVID-19 doivent être amortis sur une durée de cinq ans. Si l'amortissement dans le délai imparti a des conséquences très dures pour le preneur de crédit, le crédit peut être prolongé d'une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans. En d'autres termes, pour amortir un crédit COVID-19 représentant au maximum un dixième de son chiffre d'affaires annuel, une entreprise ne devrait engager annuellement que 1 à 2 % de son chiffre d'affaires. À cela s'ajoute que les crédits COVID-19 cautionnés d'un montant n'excédant pas 500 000 francs ne sont pas pris en compte dans les capitaux de tiers de l'entreprise pendant toute la durée du crédit. L'amortissement devrait donc être supportable pour une entreprise économiquement saine.

Tous ces arguments plaident contre une réglementation généralisée pour les cas de rigueur. Des solutions doivent cependant être possibles *au cas par cas* et plusieurs dispositions de l'avant-projet vont dans ce sens.

- *Prolongation de la durée d'amortissement.* Normalement, les crédits COVID-19 doivent être remboursés dans un délai de cinq ans. Dans les cas de rigueur, le donneur de crédit peut prolonger la durée d'amortissement, si l'organisation de cautionnement y consent. L'art. 13, al. 2, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19¹⁵ prévoyait la possibilité de prolonger cette durée de deux ans, mais l'avant-projet va plus loin. Il permet de prolonger la durée du crédit de cinq ans, soit jusqu'à un total de dix ans, sur la base d'un plan d'amortissement et pour autant que les risques financiers encourus par la Confédération puissent ainsi être réduits. Le cautionnement solidaire reste valable pendant cette période (art. 3, al. 3).
- *Prévention du surendettement au sens de l'art. 725 CO¹⁶.* Les crédits cautionnés en vertu de l'art. 3 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 ne sont pas pris en compte en tant que capitaux de tiers pendant toute la durée du crédit (art. 25 de l'avant-projet). Sous certaines conditions, une postposition partielle ou totale de la créance est en outre possible dans le cadre de procédures concordataires, d'assainissements financiers extra-judiciaires visant au maintien de la partie essentielle de l'entreprise ainsi que de liquidations inscrites au registre du commerce (art. 7, al. 1 et 2).
- *Versement anticipé du cautionnement.* L'organisation de cautionnement peut convenir du versement anticipé du cautionnement – et du transfert de la créance de crédit qui en découle – avec le donneur de crédit en particulier si les risques financiers encourus par la Confédération s'en trouvent

¹⁵ RS 951.261

¹⁶ RS 220

réduits (art. 7, al. 3). Un versement anticipé du cautionnement peut par exemple s'imposer si le donneur de crédit veut mettre un terme à la relation de crédit et forcer l'entreprise en difficulté à rembourser le crédit. Cela pourrait en effet mettre en péril la survie de l'entreprise concernée et accroître ainsi les coûts pour la Confédération. La gestion de la créance pourra se faire en tenant compte des particularités du cas d'espèce.

- *Gestion des créances.* Si une postposition de créance après sollicitation de la créance semble inappropriée dans un cas particulier pour un assainissement durable du preneur de crédit (spécialement en tant que contribution à un assainissement définitif), l'organisation de cautionnement peut également renoncer partiellement à sa créance pour autant que les risques financiers encourus par la Confédération s'en trouvent réduits et que d'autres créanciers déclarent un abandon de créance substantiel ou que d'importants nouveaux fonds de financement parviennent à l'entreprise (art. 8, al. 2 et 3). Enfin, les organisations de cautionnement ont plusieurs possibilités leur permettant de tenir compte de situations individuelles particulièrement difficiles. Une organisation de cautionnement peut notamment, au cas par cas et en respectant le principe de proportionnalité (coût/bénéfice), renoncer à la revendication partielle ou totale de la créance qui lui a été transférée à l'égard du preneur de crédit, accepter un concordat avec le preneur de crédit, ou remettre au preneur de crédit des actes de défaut de biens et des certificats d'insuffisance de gage au-dessous de leur valeur nominale. Dans le cadre d'une procédure concordataire, elle peut également participer à l'avance de frais pour les honoraires du commissaire (art. 8, al. 4 et 5).

Si les intérêts de la Confédération l'exigent ou si la pratique des organisations de cautionnement devait se révéler hétérogène, le Conseil fédéral aurait en outre la possibilité d'édicter par voie d'ordonnance des prescriptions concernant la postposition de [REDACTED], le versement anticipé du cautionnement et la gestion des créances transférées aux organisations de cautionnement (art. 7, al. 4, et art. 8, al. 6).

1.5 Prolongation de la durée de validité de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19

L'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 étant une ordonnance de nécessité fondée sur l'art. 185, al. 3, Cst., le Conseil fédéral a dû en limiter la validité à six mois en vertu de l'art. 7d, al. 2, de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)¹⁷.

Par le présent projet, le Conseil fédéral entend transposer l'ordonnance de nécessité dans le droit ordinaire. Il a dû accomplir ces travaux dans un délai très serré de six mois. Par conséquent, des délais intra-administratifs et extra-administratifs ont dû

¹⁷ RS 172.010

être nettement raccourcis; le délai de trois mois habituellement fixé pour la consultation a notamment dû être réduit à trois semaines¹⁸.

Lorsqu'il aura adopté le message correspondant à l'intention du Parlement, le Conseil fédéral pourra prolonger la durée de validité de l'ordonnance (art. 7d, al. 2, let. a, ch. 1, LOGA) en modifiant son art. 25, al. 2. Afin d'éviter des lacunes réglementaires ou un vide juridique¹⁹ et l'importante incertitude qui en résulterait, l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 sera prolongée jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

1.6 Corrélation entre les tâches et les ressources financières

L'épidémie de COVID-19 et les mesures adoptées par les autorités pour protéger la santé de la population ont entraîné une perte de recettes partielle, voire complète, et imprévisible dans de nombreuses entreprises. Afin que les entreprises, en particulier les PME et les indépendants, puissent tout de même payer leurs charges fixes, il a fallu prévoir un accès rapide et non bureaucratique à des financements de transition permettant de garantir les liquidités indispensables à ces agents économiques. Le Conseil fédéral s'est acquitté de cette tâche en édictant l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

Il n'est pas possible de dire aujourd'hui si le rapport entre l'importance de la tâche et les finances mobilisées était proportionné. L'importance et l'utilité sont tout de même jugées élevées car, sans cette aide transitoire, l'existence même d'une grande partie des PME, si importantes pour l'économie suisse, aurait été menacée. Pour garantir le développement économique ainsi que la conservation des emplois et du savoir-faire, il était important que des entreprises économiquement saines ne soient pas entraînées dans la spirale de la faillite à cause de l'épidémie de COVID-19. En fin de compte, l'ampleur dans laquelle les mesures que le Conseil fédéral a édictées par la voie du droit de nécessité affecteront les finances de la Confédération dépendra de la proportion des crédits cautionnés qui ne pourront pas être remboursés. Étant donné que des crédits COVID-19 ont pu être sollicités jusqu'à fin juillet 2020 et que les crédits et cautionnements peuvent courir pendant sept ans au maximum en vertu de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19²⁰ et pendant dix ans au maximum en vertu du présent projet de loi, il est pour le moment très difficile d'estimer les pertes.

Le système de cautionnement des crédits COVID-19 a été conçu de manière à limiter le plus possible les incitations inopportunes et les coûts. Il fallait proposer un accès rapide et non bureaucratique aux crédits en acceptant un risque d'abus raisonnable. Des conditions d'octroi détaillées et adaptées aux cas individuels, impliquant

¹⁸ Dans l'éventualité d'une analyse des mesures qui ont été prises en raison de l'épidémie de COVID-19, il faut aussi examiner si un délai de neuf à douze mois ne serait pas plus adéquat pour les ordonnances de nécessité. Cela permettrait notamment d'assurer la qualité des lois fédérales correspondantes et des avis émis par les participants à la consultation.

¹⁹ Cf. Florian Brunner/Martin Wilhelm/Felix Uhlmann, «Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts», PJA 6/2020, page 700.

²⁰ RS 951.261

d'amples contrôles au cas par cas, n'auraient pas été appropriées au vu du nombre d'entreprises requérantes et de l'urgence. Allouer des prêts remboursables en renonçant à des contributions à fonds perdu a permis de limiter l'incitation à se procurer indûment des subventions étatiques en invoquant les effets de l'épidémie de COVID-19. La plus grande partie du règlement de la procédure s'effectuant auprès de la banque principale des preneurs de crédit, la charge administrative est restée faible pour la Confédération. De plus, le fait que la plupart des preneurs de crédit étaient déjà connus du donneur de crédit a permis de réduire le risque d'abus. Enfin, le contrôle systématique des critères d'octroi généraux lors de la saisie des crédits par le registre central des organisations de cautionnement ainsi que l'analyse systématique des données par le CDF participent aussi de la lutte contre les abus (cf. ch. 1.3). Globalement, le rapport entre le coût et l'utilité de la mesure adoptée devrait donc être raisonnable, raison pour laquelle il convient de transposer les points essentiels de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 dans le droit ordinaire (cf. ch. 1.4.1 s.).

1.7 Rapport avec le droit européen

Les personnes visées par le champ d'application de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 sont les entreprises individuelles, les sociétés de personnes et les personnes morales de droit privé ayant leur siège en Suisse. Lors de l'octroi des crédits, aucune différence n'a été faite en fonction du pays de domicile ou de la nationalité du titulaire de l'entreprise individuelle, des associés des sociétés de personnes ou des organes des personnes morales. De même, aucune distinction n'a été faite quant au domicile et à la nationalité des actionnaires des sociétés de capitaux (SA, Sàrl).

Les États membres de l'UE ont mis en œuvre des instruments comparables pour stabiliser les finances des entreprises domiciliées sur leur territoire, notamment des crédits bancaires cautionnés directement ou indirectement par l'État²¹. Les États de l'UE doivent respecter le cadre strict du régime des aides d'État prévu par le droit européen, mais bénéficient d'un régime sensiblement assoupli jusqu'à fin 2020²². Par rapport à la Suisse, il existe en outre des différences de fond ponctuelles concernant la durée des crédits COVID-19, l'ampleur de la couverture des cautionnements et le niveau des taux d'intérêt²³. Cependant, en dépit de quelques différences, la Suisse est globalement sur la même ligne que l'UE et ses États membres.

²¹ Pour une vue d'ensemble détaillée de la Commission européenne: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_fr.

²² Communication de la Commission du 10 mars 2020, Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 [2020/C 91 I/01, disponible sous: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX:52020XC0320\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX:52020XC0320(03))].

²³ Pour un aperçu, cf. Gleiss Lutz Anwälte, «Subventionen und Beihilfen, Staatliche Beihilfen im Rahmen der CORONA-Krise», 26 mars 2020, p. 1 ss (disponible sous: <https://www.gleisslutz.com/node/19400/pdf>).

1.8 Application

La mise en œuvre du projet suit le schéma déjà instauré dans le cadre de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (cf. ch. 1.4.1).

Ce sont en premier lieu les donneurs de crédit, les preneurs de crédit et les quatre organisations de cautionnement qui mettent en œuvre la loi dans la relation triangulaire des crédits cautionnés. Comme les organisations de cautionnement jouent un rôle central dans la gestion, la surveillance et le règlement des cautionnements solidaires sollicités par les donneurs de crédit, leur marge de manœuvre est énoncée dans la loi (art. 3 et 5 à 11). La BNS participe au dispositif à travers le refinancement des donneurs de crédit. Le projet reprend les dispositions correspondantes de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (art. 20 à 22).

Pour sa part, la Confédération intervient au niveau du financement des quatre organisations de cautionnement en couvrant leurs frais administratifs ainsi que les pertes découlant des créances irrécouvrables (art. 13 à 16). Elle continue en outre d'assurer le contrôle et la surveillance des organisations de cautionnement (cf. notamment art. 11, al. 4, et art. 18, al. 2).

1.9 Classement d'interventions parlementaires

La motion 20.3156 de la Commission des finances du Conseil des États (CdF-E) du 27 avril 2020, «Ne pas prendre en considération en tant que capitaux de tiers les crédits garantis par des cautionnements solidaires pour toute la durée des cautionnements solidaires», est mise en œuvre à l'art. 25, ce qui permet de la classer.

La motion 20.3170 de la CdF-E, «Des assainissements d'entreprises ciblés plutôt qu'une vague de faillites», est en particulier mise en œuvre à l'art. 3 (prolongation de la durée d'amortissement) et aux art. 7 et 8 (diverses possibilités des organisations de cautionnement pour participer aux mesures d'assainissement). Cela permet de classer également cette intervention.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Section 1 Objet

Art. 1 *Objet*

L'art. 1 énonce l'objet de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (*let.* ██████████ st-à-dire la régulation des phases 2 et 3 du système de cautionnement des crédits COVID-19 évoquées plus haut (cf. ch. 1.4.1).

2.2

Section 2 But du cautionnement solidaire, utilisation illicite des fonds, amortissement et intérêts

Art. 2 But du cautionnement solidaire et utilisation illicite des fonds

L'*al. 1* correspond à l'art. 6, al. 1, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Il pose le principe selon lequel les cautionnements solidaires servent à garantir des crédits de transition permettant de surmonter les difficultés de trésorerie qui sont la conséquence économique des mesures de lutte contre le coronavirus. De ce fait, les crédits visés peuvent uniquement être utilisés pour couvrir des frais courants, en particulier les frais de loyer et autres charges d'exploitation, tandis que les charges de personnel devraient être couvertes en grande partie grâce aux mesures prises dans les domaines de la réduction de l'horaire de travail et de l'allocation pour perte de gain²⁴. Le terme «pandémie» a été abandonné au profit du terme «épidémie», car ce dernier est usuel dans l'ordre juridique suisse (par ex. dans la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies²⁵).

L'*al. 2* exclut, à l'instar de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, un certain nombre d'activités pendant toute la durée du cautionnement solidaire, afin de ne pas créer des incitations inopportunes. Les *let. a à d* reprennent ainsi le contenu de l'art. 6, al. 3, *let. a à d*, de l'ordonnance. Une modification des règles après la demande et l'octroi des crédits porterait atteinte à l'équilibre et au bon fonctionnement du système de cautionnement des crédits COVID-19. Il n'est pas aisé d'imaginer les conséquences que cela pourrait avoir pour les quelque 128 000 relations de crédit concernées. En effet, un preneur de crédit pourrait avoir utilisé son crédit COVID-19 de manière conforme selon le régime de l'ordonnance puis, en cas de durcissement ultérieur des règles dans la loi, tomber subitement dans l'illégalité. La Confédération serait alors exposée à un risque financier considérable, au cas où les donneurs de crédit se mettraient soudainement à dénoncer les crédits et à solliciter par la suite les cautionnements en masse. Afin de garantir la sécurité générale de la planification et du droit, le Conseil fédéral a donc décidé de renoncer à modifier le contenu de ces dispositions quant au fond²⁶:

- La *let. a* exclut de manière générale la distribution de dividendes et de tantièmes ainsi que le remboursement d'apports de capital, et ce à compter du versement d'un crédit COVID-19, jusqu'à son remboursement complet²⁷. Si des crédits COVID-19 ont été demandés en raison de difficultés de trésorerie, il pourrait même être nécessaire, du point de vue du droit de la société anonyme, de révoquer la distribution ou le paiement des dividendes décidés

²⁴ On pourrait envisager un préfinancement des charges de personnel au moyen d'un crédit COVID-19, jusqu'à l'encaissement des prestations correspondantes.

²⁵ RS 818.101

²⁶ Cf. Commentaire de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, p. 9 s.

²⁷ Cf. Lukas Handschin, «COVID-19-Kredit» (eSkript Lehrstuhl Handschin 2020), *let. b* (disponible sous: <https://eskript.ius.unibas.ch/de/rechnungslegungsrecht/g-auswirkungen-der-corona-pandemie-auf-die-rechnungslegung/ii-covid-19-kredit/>).

avant le paiement du crédit cautionné, ou au moins d'en reporter l'échéance²⁸.

- La *let. b* interdit l'octroi de prêts actifs ou le refinancement de prêts privés ou aux actionnaires revêtant la forme de prêts actifs. Les dépôts effectués par les preneurs de crédit sur leur compte bancaire dans le cadre des réserves de liquidité ordinaires restent admis. Il convient par ailleurs d'éviter que les crédits COVID-19 permettent d'effectuer des amortissements extraordinaires ou des paiements extraordinaires d'intérêts concernant des crédits bancaires existants. Les amortissements et les paiements d'intérêts *contractuels ordinaires* sont par contre autorisés pour ces crédits bancaires. Dans ce cadre restreint, les crédits bancaires ne sont pas considérés comme des prêts privés. Le remboursement de prêts découlant d'une dénonciation extraordinaire, par la banque, d'une relation de crédit qui existait avant la conclusion de la convention ou du contrat de crédit COVID-19 est aussi admis. L'utilisation du crédit COVID-19 doit toutefois être conforme aux fins prévues. Tel ne serait pas le cas, par exemple, si la dénonciation ou le remboursement extraordinaire visait à rééchelonner des crédits existants.

Reste en revanche admis comme jusqu'à présent le refinancement de découverts de compte qui se sont accumulés entre le 23 mars 2020 et la date de l'octroi du crédit cautionné en vertu de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 auprès du créancier qui accordé le crédit en vertu de ladite ordonnance.

Les dépôts du preneur de crédit sur un compte de trésorerie commun (*cash pool*) qui sont comptabilisés en tant que prêts ne sont pas admis après l'octroi d'un crédit COVID-19, car ils sont généralement créés à partir d'excédents de liquidités. Cela irait donc à l'encontre de l'objectif poursuivi par l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 et par l'al. 1, qui consiste à octroyer les crédits COVID-19 pour surmonter des difficultés de trésorerie.

L'octroi de prêts actifs et le remboursement de prêts à d'autres sociétés suisses du groupe, en particulier aux sociétés mères, sont autorisés, à condition qu'ils servent exclusivement à permettre à l'autre société suisse du groupe de satisfaire à des obligations *préexistantes* en matière de paiement d'intérêts et d'amortissement, et qu'ils soient nécessaires à ces fins.

- La *let. c* précise qu'il n'est pas autorisé de rembourser un prêt intragroupe au moyen d'un crédit COVID-19. Un accord de gestion de trésorerie centralisée (*cash pooling*) ne doit en aucun cas conduire à ce que le preneur de crédit ne puisse plus disposer de manière autonome des fonds octroyés en vertu de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Par analogie à la *let. b*, sont réservés et admis les paiements dus à raison d'engagements contractuels *préexistants* visant à maintenir l'exploitation, tels que notamment les paiements d'intérêts ou les amortissements *ordinaires* au sein d'une structure de groupe (par ex. d'une filiale à sa société mère). Vu ce qui précède, les remboursements de dépôts sur un compte de

²⁸ Cf. Lukas Glanzmann, «Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenaus-schüttungen», in: Kunz et al. [édit.], «Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII», Berne 2017, p. 109; Mark Branson, «Ausschüttung von Dividenden kritisch prüfen», NZZ du 26 mars 2020, numéro 72, page 7.

trésorerie commun par le preneur de crédit ne sont admis que partiellement, s'ils se fondent sur des engagements contractuels *ordinaires préexistants* et qu'ils sont exigibles.

- Selon la *let. d*, les crédits COVID-19 doivent servir exclusivement à garantir les liquidités du preneur de crédit suisse. Tout transfert des fonds garantis par un cautionnement solidaire à une personne sise à l'étranger qui est liée d'une manière ou d'une autre au preneur de crédit (par ex. dans le cadre d'une gestion de trésorerie centralisée) est interdit. Par analogie aux *let. b* et *c*, sont par contre réservés et admis les paiements dus à raison d'engagements *contractuels préexistants* visant à maintenir l'exploitation, tels que notamment les paiements d'intérêts ordinaires et les paiements ordinaires pour les fournitures de marchandises et de prestations.

Globalement, les dispositions de l'al. 2 visent à empêcher des sorties de fonds qui ne soient pas impérativement nécessaires à la poursuite de l'exploitation et, en particulier, un changement d'affectation direct ou indirect²⁹ des crédits COVID-19, qui sont en fin de compte des deniers publics. Elles doivent aussi inciter les preneurs de crédit à amortir rapidement leurs crédits COVID-19 afin de pouvoir retrouver leur pleine liberté d'entreprise.

Le Conseil fédéral avait déjà renoncé sciemment, dans l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, à interdire aux preneurs de crédit de continuer à prévoir des parts de salaire variables (bonus) dans leur système de rémunération. Les crédits COVID-19 servent en premier lieu à garantir la trésorerie des PME. Dans ce segment d'entreprises, les bonus substantiels ne sont pas courants. De plus, les bonus peuvent potentiellement profiter à tous les travailleurs de l'entreprise, au contraire des dividendes et des apports en capital, qui ne concernent clairement que les propriétaires et les associés de l'entreprise (par ex. les actionnaires). L'interdiction des bonus pourrait en outre soulever des questions délicates sur le plan du droit du travail, car en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de nombreux travailleurs ont droit au versement d'un bonus si celui-ci leur a été payé régulièrement au cours des années précédentes³⁰. Par conséquent, le Conseil fédéral reste d'avis qu'une interdiction des bonus constituerait une intrusion disproportionnée dans l'organisation interne des entreprises.

Selon l'al. 3, le donneur de crédit doit systématiquement exclure, dans le contrat conclu avec le preneur de crédit, les utilisations des fonds visées à l'al. 2, et ce même si le contrat de crédit a été modifié, par exemple au sujet de la durée d'amortissement (cf. art. 3).

L'art. 6, al. 2, *let. b*, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 contient une interdiction partielle des investissements. D'après cette disposition, il est illicite d'utiliser des crédits cautionnés pour de nouveaux investissements dans des actifs immobilisés qui ne constituent pas des investissements de

²⁹ Utilisation d'autres liquidités à des fins qui ne sont pas impérativement nécessaires et substitution de celles-ci par des crédits COVID-19. Les entreprises et leurs associés ont l'obligation de veiller à utiliser en priorité des liquidités générées par leurs propres moyens, ce qui nécessite souvent un plan de suppression de tâches clair ou une priorisation de l'affectation des fonds.

³⁰ Voir notamment Basler Kommentar OR I-Portmann/Rudolph, art. 322d N 10.

remplacement. L'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 autorise en revanche les investissements financés à l'aide d'autres fonds, par exemple le *cash flow* généré par l'entreprise. L'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 ne contient donc pas d'interdiction complète des investissements. L'interdiction d'utiliser des fonds provenant des crédits COVID-19 pour de nouveaux investissements n'est cependant pas transposée dans le droit ordinaire (cf. art. 27, al. 2, de l'avant-projet). En effet, il n'est pas judicieux de restreindre l'activité d'investissement des entreprises à plus long terme, notamment en raison de la situation macroéconomique compliquée à laquelle il faut s'attendre. Par conséquent, dès l'entrée en vigueur de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, les preneurs de crédit pourront effectuer tous les investissements, y compris s'il ne s'agit pas d'investissements de remplacement à proprement parler.

Art. 3 Durée du cautionnement solidaire et amortissement des crédits

L'*al. 1* reprend la durée d'amortissement de cinq ans qui était prévue dans l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. D'après l'*al. 2*, le preneur de crédit doit entièrement amortir le crédit COVID-19 dans un délai de cinq ans.

Si l'obligation d'amortir a des conséquences très dures pour le preneur de crédit, la durée du crédit peut être prolongée. La notion de dureté (*erhebliche Härte*) employée à l'*al. 3* s'appuie sur le droit fiscal (cf. art. 90 de la loi du 12 juin 2009 sur la TVA³¹ [lourd de conséquences] et art. 166 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct³² [conséquences très dures]). Contrairement à ce qui figure à l'art. 13, al. 2, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, la prolongation de la durée d'un crédit COVID-19 n'est plus limitée à deux ans. Le délai d'amortissement doit pouvoir être prolongé de façon appropriée, mais de cinq ans au plus, pour autant que cela permette de réduire les risques financiers encourus par la Confédération. Tel est par exemple le cas lorsqu'un défaut de crédit de grande ampleur peut être évité grâce à la prolongation du délai d'amortissement et que l'adaptation des tranches d'amortissement qui en découle permet de conjurer la faillite qui menace le preneur de crédit. La prolongation du crédit doit par ailleurs s'accompagner d'un plan d'amortissement indiquant les tranches d'amortissement dues à la banque ou à PostFinance SA, et ce plan d'amortissement doit être remis à l'organisation de cautionnement. Par conséquent, la prolongation du délai d'amortissement doit suivre un processus structuré et le résultat visé par cette mesure (réduction des risques financiers) doit à tout le moins être rendu vraisemblable. Se fondant sur l'art. 6, al. 2, let. a, le DEFR règle les détails supplémentaires concernant la notion de «dureté» dans la convention de droit public conclue avec l'organisation de cautionnement.

Selon l'*al. 3*, la durée totale de l'amortissement ne doit cependant pas dépasser dix ans (précédemment: sept ans). De cette façon, on évitera que la Confédération ne subisse le risque de sollicitation des cautionnements pendant une période sur laquelle elle n'a pas d'influence. Ce délai de dix ans crée un équilibre entre la volonté d'éviter la destruction du substrat économique et l'intérêt fondé de la Confédération à pouvoir établir une planification financière sur un horizon gérable. Le délai de dix ans correspond en outre au délai actuellement en vigueur à l'art. 6, al. 1, de

³¹ RS 641.20

³² RS 642.11

l'ordonnance du 12 juin 2015 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME³³.

Le délai d'amortissement ne peut être prolongé contre la volonté du donneur de crédit. Il faut donc un consensus entre le donneur et le preneur de crédit ainsi que l'organisation de cautionnement. Si le cautionnement est sollicité, l'organisation de cautionnement et le preneur de crédit peuvent encore faire usage de l'art. 8.

Art. 4 Intérêts

Les *al. 1 et 2* fixent les taux d'intérêt pour les deux types de crédits COVID-19 et définissent le mécanisme d'adaptation annuelle des taux à l'évolution du marché. Ce dispositif a été repris tel quel de l'art. 13 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

Les taux d'intérêt actuels sont le résultat d'intenses négociations entre la Confédération et les banques créditrices qui ont eu lieu en mars 2020. Les modifier porterait atteinte à l'équilibre et au bon fonctionnement de l'actuel système de cautionnement des crédits COVID-19 et nécessiterait une modification rétroactive unilatérale d'un grand nombre de contrats de crédit relevant du droit privé.

Les taux prescrits permettent actuellement aux preneurs de crédit de profiter de conditions de crédit très intéressantes. Il faut cependant tenir compte du fait que le contexte des taux d'intérêt pourrait évoluer au cours de la durée des crédits COVID-19, raison pour laquelle il faut prévoir un mécanisme d'adaptation. Selon l'*al. 2*, le Conseil fédéral adapte une fois par an les taux d'intérêt à l'évolution du marché. À cette fin, il s'appuie notamment sur le taux directeur de la BNS. Pour le moment, il est toutefois raisonnable de penser que les taux d'intérêt prévus à l'*al. 1, let. a*, resteront inchangés à 0,0 % pendant plusieurs années. Il n'y a pas lieu de s'attendre à une modification déterminante des taux du marché aussi longtemps que l'économie suisse sera en phase récessive à la suite de l'épidémie de COVID-19.

Si le taux des crédits COVID-19 était fixé à 0,0 % sans possibilité d'adaptation, les donneurs de crédit, en cas d'évolution des taux du marché, risqueraient non seulement de se voir contraints d'augmenter la pression sur les preneurs de crédit afin qu'ils amortissent leurs dettes, mais aussi de solliciter un grand volume de cautionnements à la suite d'arriérés ou de défaut des débiteurs. Cela ne serait dans l'intérêt ni des entreprises concernées ni de la Confédération.

Contrairement à ce que prévoyait l'art. 13, al. 4, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, ce n'est plus le DFF mais le Conseil fédéral, sur proposition du DFF, qui décidera d'une éventuelle adaptation des taux d'intérêt à l'évolution du marché. Cela élargit le cercle des unités administratives et des départements associés à ce processus, ce qui renforce la légitimité politique d'une éventuelle augmentation des taux. Le DFF doit entendre au préalable les banques qui participent au système de cautionnement des crédits COVID-19.

Art. 5 Tâches des organisations de cautionnement

Il ressort de l'*al. 1* que les tâches de l'organisation de cautionnement sont définies par la loi (notamment par les art. 7 s.) ainsi que par la convention de droit public visée à l'art. 6. Aux côtés du CDF, les organisations de cautionnement assument un rôle central dans la prévention, la lutte et la poursuite en matière d'abus (cf. ch. 1.3 ainsi qu'art. 10).

En vertu de l'*al. 2, let. a*, l'organisation de cautionnement peut prendre des mesures visant à élucider les soupçons d'abus, en particulier dans le cadre d'échanges avec toutes les parties concernées (cf. aussi art. 11). D'après la *let. b*, l'organisation de cautionnement peut, pour accomplir ses tâches, introduire et mener de manière autonome des procédures civiles et pénales devant des autorités de poursuite pénale et tribunaux compétents. Les conditions régissant le dépôt d'une plainte pénale sont précisées dans la convention de droit public conclue avec la Confédération (art. 6, al. 2, let. f, en relation avec l'art. 26, al. 2). La *let. c* indique en outre clairement que les organisations de cautionnement disposent, en qualité de partie plaignante, de tous les droits et obligations prévus aux art. 118 et suivants du code de procédure pénale (CPP)³⁴.

L'*al. 3* établit que l'organisation de cautionnement exerce son activité avec toute la diligence requise et doit sauvegarder fidèlement les intérêts de la Confédération. Dans ce cadre, il s'agit aussi en particulier de protéger les intérêts financiers de la Confédération et de veiller à limiter les pertes. L'obligation de diligence et de fidélité se voit concrétisée dans le contrat de droit public entre le DEFR et chaque organisation de cautionnement (art. 6) ainsi que dans plusieurs dispositions de la loi (notamment art. 9, al. 1, art. 11, al. 4, art. 12, al. 2, et art. 15, al. 3).

Art. 6 Convention entre la Confédération et l'organisation de cautionnement

Cette disposition reprend largement le libellé de l'art. 16 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Le DEFR règle ainsi dans une convention de droit public la collaboration avec les organisations de cautionnement ainsi que les droits et devoirs liés aux crédits COVID 19 cautionnés. Il peut adapter les conventions encore valables à la pratique actuelle ou conclure de nouvelles conventions.

Parmi les objets énumérés à l'*al. 2* ne figure plus la *let. d* de l'art. 16, al. 2, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, soit les obligations de diligence des organisations de cautionnement concernant la capacité à supporter les frais et donc la solvabilité du preneur de crédit. Une fois que l'octroi du crédit est conclu, cette disposition n'est plus nécessaire. De même, la *let. f* dudit article, portant sur l'exécution des créances récursoires, n'est pas reprise distinctement dans la liste, car elle est contenue implicitement dans les nouvelles *let. a* et *h*.

Le *let. f* prescrit désormais que le DEFR doit définir en détail avec les organisations de cautionnement le droit de déposer une plainte pénale tel que prévu à l'art. 26,

³⁴ RS 312.0

al. 2. Il convient en particulier de préciser le moment auquel lesdites organisations doivent déposer une plainte pénale.

En vertu des *let. g, h, i et j*, le DEFR et les organisations de cautionnement sont tenues de régler les modalités concernant l'approbation d'une postposition de créance et d'un versement anticipé du cautionnement, la gestion des créances transférées aux organisations de cautionnement ainsi que les prescriptions imposées au donneur de crédit au titre de son obligation d'informer l'organisation de cautionnement.

Comme jusqu'à présent, les conventions conclues entre le DEFR et les quatre organisations de cautionnement seront accessibles au public.

2.4 Section 4 Gestion, surveillance et règlement du cautionnement solidaire ainsi que prévention, lutte et poursuite en matière d'abus

Art. 7 Postposition de créance et versement anticipé du cautionnement solidaire

Prévoir une subordination automatique complète pour toutes les créances de crédit COVID-19 ne serait pas raisonnable, car cela impliquerait que des fonds publics à hauteur de 15 milliards de francs environ se trouvent en moins bonne position que des créances privées de troisième classe dans l'état de collocation (art. 219 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP]³⁵). Une éventuelle faillite du preneur de crédit entraînerait donc une perte de la totalité des fonds.

L'art. 7 règle désormais en détail la postposition de créance pour les deux types de crédits COVID-19. Conformément à l'*al. 1*, l'organisation de cautionnement peut approuver une postposition partielle ou totale du donneur de crédit. Du moment que cette créance de crédit a été cédée (notamment en vue du refinancement par la BNS [art. 20 à 22]), le donneur de crédit ne peut déclarer aucune postposition de créance. Les postpositions de créance sont admissibles dans le cadre de procédures concordataires, d'assainissements financiers extra-judiciaires visant à maintenir la partie essentielle de l'entreprise et de liquidations inscrites au registre du commerce.

La catégorie des «assainissements financiers extra-judiciaires» comprend notamment ceux que le débiteur effectue avec le donneur de crédit. Il s'agit par conséquent d'assainissements structurés avec participation de tiers. L'expression «partie essentielle de l'entreprise» signifie que l'assainissement n'empêche pas la vente de certains actifs (par ex. une unité de production, plusieurs camions ou une participation à une filiale) afin d'acquérir des liquidités ou d'accélérer le redressement de l'entreprise.

Les conditions énumérées à l'*al. 2, let. a à c*, doivent être remplies en tout temps. À cet égard, le Conseil fédéral s'inspire de l'art. 59, al. 6, de la loi du 21 mars 2003 sur le logement (LOG)³⁶. La postposition de créance de l'organisation de cautionnement

³⁵ RS 281.1

³⁶ RS 842

doit s'inscrire dans un concept clair (*let. a*) et réduire les risques financiers pour la Confédération (*let. b*), étant entendu qu'il convient toujours de mettre en balance les facteurs positifs et négatifs pour la Confédération (cf. aussi art. 3). Il s'agit en outre de veiller à une certaine symétrie des pertes³⁷ (*let. c*, ch. 1 et 2); la débitrice ou les tiers doivent mettre à disposition des capitaux propres ou étrangers substantiels ou consentir un abandon de créances substantiel.

L'*al. 3* prévoit la possibilité d'un versement anticipé du cautionnement. Un tel versement du cautionnement – et le transfert de la créance de crédit qui en découle – peut s'imposer lorsque le donneur de crédit souhaite se délier de la relation de crédit et que l'organisation de cautionnement constate que les risques financiers encourus par la Confédération peuvent ainsi être néanmoins réduits. Le versement anticipé du cautionnement peut également être judicieux dans l'optique d'un assainissement durable du preneur de crédit.

En vertu de l'*al. 4*, le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions afin d'uniformiser la pratique des organisations de cautionnement ou de préserver les intérêts de la Confédération. Le cas s'imposerait notamment si les organisations de cautionnement, négligeant les exigences légales ou les conventions conclues avec le DEFR (art. 6, al. 2, *let. g*), développaient une pratique trop laxiste ou contradictoire en matière de postposition de créance ou de versement anticipé du cautionnement.

Art. 8 Gestion des créances transférées aux organisations de cautionnement

Si le donneur de crédit sollicite le cautionnement, la créance de crédit pour le montant considéré passe alors à l'organisation de cautionnement par la voie de la cession légale (subrogation au sens des art. 507 s. CO)³⁸.

Conformément à l'*al. 1*, l'organisation de cautionnement doit, dans la gestion de la créance qui lui est transférée, prendre toutes les dispositions requises afin de recouvrer le montant versé. Elle doit faire valoir les prétentions pécuniaires déterminantes, notamment celles qui découlent du droit de recours prévu l'art. 507 CO. De même, elle est tenue de repousser les éventuelles prétentions infondées de tiers, par exemple dans le cadre d'une demande de dédommagement injustifiée. En outre, l'organisation de cautionnement doit gérer les actes de défaut de biens et les certificats d'insuffisance de gage. Comme jusqu'à présent, elle peut vendre les créances à des tiers aux conditions du marché. Dans les cas complexes, il vaut mieux, notamment pour des questions de ressources, que l'organisation de cautionnement renonce à mener elle-même le processus de créance et fasse appel à des tiers (art. 9).

L'*al. 2* renvoie à la postposition de créance réglée à l'art. 7, al. 2. L'organisation de cautionnement peut – bien entendu désormais sans la participation du donneur de crédit – également approuver une postposition partielle ou complète de créance après la sollicitation du cautionnement.

³⁷ Cet aspect figure également dans le message du 17 février 2002 relatif à l'encouragement du logement à loyer ou à prix modérés, à propos de l'art. 59, al. 6, LOG (FF 2002 2649, 2699): «... si les autres créanciers impliqués déclarent un abandon de créance substantiel, (...) et si le propriétaire engage et investit de nouveaux moyens pour le financement. Ces dispositions garantissent une certaine symétrie entre les investisseurs créanciers quant aux pertes qu'ils auront à supporter.»

³⁸ Cf. Heinrich Honsell, « Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil », 10^e édition, Berne 2017, pages 445 s.

Si cette postposition de créance est considérée comme inappropriée dans un cas particulier, spécialement si elle présente une utilité faible voire nulle pour l'assainissement durable du preneur de crédit, l'organisation de cautionnement peut également, conformément à l'*al.* 3, renoncer *partiellement* à sa créance en veillant à l'observation des conditions énoncées à l'art. 7, al. 2.

L'*al.* 4 permet à l'organisation de cautionnement de participer, dans le cadre d'une procédure concordataire au sens des art. 293 ss LP³⁹, aux frais pour les honoraires du commissaire jusqu'à concurrence de 50 000 francs. Il s'agit ainsi d'éviter qu'une procédure concordataire qui serait judiciaire pour un preneur de crédit COVID-19 n'échoue à un stade précoce, entraînant la mise en faillite du preneur de crédit. La Confédération peut ainsi fournir, avec un montant comparativement modeste, une contribution importante à l'assainissement des entreprises ayant un potentiel de redressement.

Le preneur de crédit doit présenter à l'organisation de cautionnement une demande de prise en charge des frais, sur laquelle il faut autant que possible statuer avant la présentation de la demande de concordat. Le versement au commissaire peut ensuite être effectué immédiatement après la décision d'avance de frais du tribunal du concordat. Finalement, il convient de souligner que les frais que l'organisation de cautionnement prend en charge dans ce cadre ne doivent pas être remboursés; ils sont plutôt considérés comme des frais administratifs au sens de l'art. 15.

Pour que la demande soit acceptée, il faut d'une part que les risques financiers encourus par la Confédération ne soient pas considérablement augmentés par la prise en charge des frais (*let. a*); en d'autres termes, le remboursement du crédit en sursis ne doit pas être plus fortement compromis par le sursis concordataire que par une procédure de faillite. D'autre part, le preneur de crédit ne doit pas avoir été en situation de surendettement déjà avant le 31 décembre 2019, soit avant la crise sanitaire liée au COVID-19 (*let. b*).

L'*al.* 5 s'inspire de l'art. 59, al. 3, de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances (LFC)⁴⁰ et met en œuvre le principe de la proportionnalité de l'action récursoire de l'organisation de cautionnement contre le preneur de crédit. La *let. a* retient la possibilité pour l'organisation de cautionnement de renoncer à faire valoir une créance qui lui a été transférée. D'après les *let. b et c*, l'organisation de cautionnement peut en outre accepter un concordat avec le preneur de crédit ou lui remettre des actes de défaut de biens et des certificats d'insuffisance de gage au-dessous de leur valeur nominale.

Le DEFR et l'organisation de cautionnement règlent les modalités de la gestion des créances prévue à l'art. 8 dans une convention au sens de l'art. 6, al. 2, *let. h*. À l'instar de l'art. 7, al. 4, l'*al.* 6 confère en outre au Conseil fédéral la possibilité d'édicter des prescriptions, à la lumière des acquis en matière de gestion des créances, afin d'uniformiser la pratique des organisations de cautionnement ou de préserver les intérêts de la Confédération.

39 RS 281.1

40 RS 611.0

Art. 9 Recours à des tiers par l'organisation de cautionnement

Les quatre organisations de cautionnement ne disposent pas de structures leur permettant de gérer de manière autonome l'opération de masse correspondant aux quelque 128 000 crédits COVID-19 actuellement octroyés. C'est pourquoi l'*al. 1* prévoit explicitement le recours à des tiers aux conditions usuelles du marché. Des personnes ou sociétés externes peuvent ainsi être mandatées par exemple pour la gestion des créances transférées aux organisations de cautionnement, pour les activités de recouvrement, pour les services de révision comptable et pour le conseil juridique. Une plus forte augmentation de l'effectif des organisations de cautionnement semble moins judicieuse, car le personnel supplémentaire ne pourrait être engagé que pour une période limitée et devrait en outre suivre une formation. Les organisations de cautionnement doivent cependant être en mesure de réagir immédiatement, notamment parce qu'il faut s'attendre à des sollicitations de cautionnement de grande ampleur au cours des premières années (cf. ch. 3.1.1).

L'organisation de cautionnement reste cependant responsable de l'accomplissement soigneux de ses tâches à l'égard de la Confédération (art. 5, al. 3), raison pour laquelle elle doit accorder le plus grand soin à la sélection, à l'instruction et à la surveillance des tiers auxquels elle recourt. Dans la convention de droit public conclue avec l'organisation de cautionnement, le DEFR règle en outre les modalités du recours à des tiers (art. 6, al. 2, let. a). Il peut également exclure partiellement ou complètement le recours à des tiers pour certaines activités.

Pour pouvoir accomplir leurs tâches, les tiers auxquels il est fait recours dépendent de données personnelles et d'informations détenues par l'organisation de cautionnement. L'*al. 2* autorise par conséquent cette dernière à mettre à disposition de ces tiers toutes les données personnelles et informations visées à l'art. 11 dont ils ont besoin à cet effet. L'organisation de cautionnement impose par ailleurs aux tiers mandatés l'obligation de garder le secret à laquelle elle est elle-même soumise.

Les contrats passés entre l'organisation de cautionnement et les tiers sont déjà à la disposition du SECO dans le cadre du contrôle et de la surveillance que le secrétariat exerce sur la base de l'art. 18, al. 2, de l'ordonnance sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME⁴¹. Le SECO peut ainsi notamment vérifier les conditions auxquelles les tiers sont sollicités. Ce point est important, car le recours à des tiers a un impact direct sur les frais administratifs des organisations de cautionnement à charge de la Confédération (art. 15).

Art. 10 Prévention, lutte et poursuite en matière d'abus

Pour prévenir, combattre et poursuivre les abus (cf. ch. 1.3), le DEFR collabore étroitement avec le DFF, d'autres offices fédéraux concernés (notamment l'AFC), le CDF ainsi que les quatre organisations de cautionnement. C'est là également le but de l'échange intégral de données et d'informations prévu à l'art. 11.

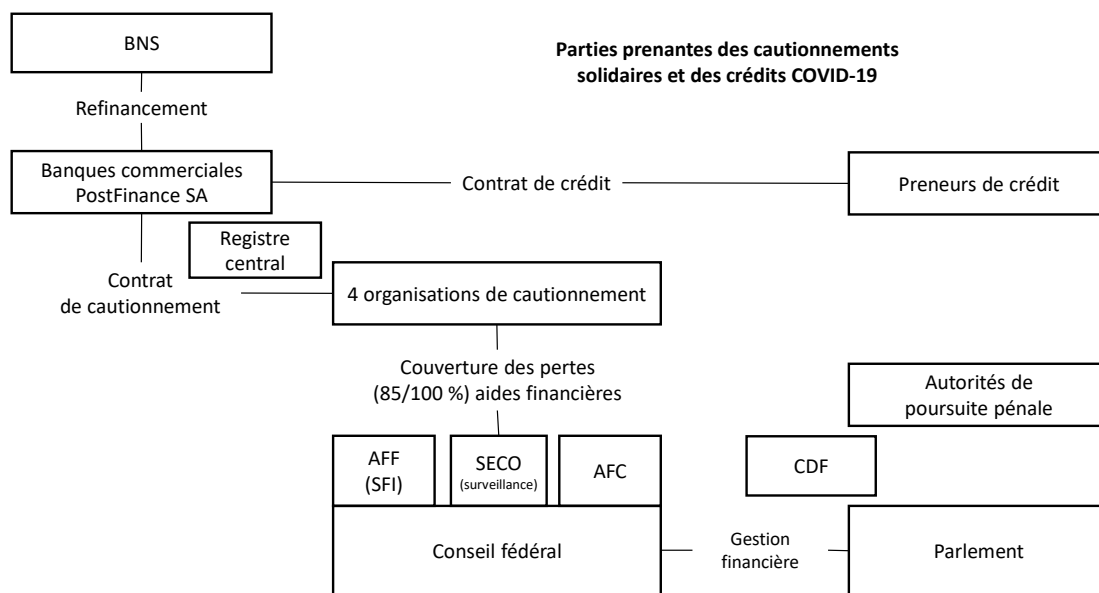
Le DEFR règle en outre la participation de l'organisation de cautionnement à l'effort de prévention, de lutte et de poursuite en matière d'abus dans la convention de droit public (cf. art. 6, al. 2, let. i).

⁴¹ RS 951.251

Art. 11 Traitement, appariement et communication de données personnelles et d'informations

La levée du secret bancaire, du secret fiscal, du secret de la révision et du secret de fonction doit déjà être accordée lors de la demande de crédits COVID-19 (art. 12 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 en relation avec l'annexe 2, convention de crédit, fin du formulaire, ou l'annexe 3, contrat de cautionnement, ch. 5).

L'échange intégral de données et d'informations est indispensable compte tenu du caractère multipartite du système et du montant élevé – quelque 15 milliards de francs – des crédits cautionnés par des fonds publics, mais aussi pour assurer la prévention et la poursuite en matière d'abus.



Le CDF est désormais explicitement mentionné à l'art. 1. Si la disposition met en évidence l'importance du CDF et des tâches qui lui incombent dans le système de cautionnement des crédits COVID-19, elle n'a cependant qu'un effet déclaratoire. Le CDF pouvait jusqu'à présent être englobé dans les autorités fédérales compétentes (par ex. le SECO, l'OFS, l'AFC et l'AFF). La communication de données (précédemment désignée par le terme impropre d'échange de données) inclut toujours également le traitement et l'appariement de données (y compris les données statistiques), en particulier par le CDF (cf. ch. 1.3).

Ne peuvent cependant être traitées, appariées et communiquées que les données personnelles et informations qui sont nécessaires aux parties associées pour accomplir leurs tâches. Une communication directe de données personnelles et d'informations entre les donneurs de crédit n'est pas considérée comme nécessaire à ce stade. Les informations s'adressent en priorité aux quatre organisations de cautionnement.

Dans le cas présent, les données personnelles et les informations englobent les données concernant des personnes physiques et des personnes morales. Une révision de la loi sur la protection des données est actuellement en suspens au Parlement

(cf. objet numéro 17.059); ce projet entend limiter la notion de données personnelles aux données concernant les personnes physiques (art. 1 et 2, al. 1, P-LPD). Cela n'a cependant aucune répercussion sur le contenu du présent échange de données et d'informations. Dans l'idéal, le libellé des différentes lois fédérales sera harmonisé à une date ultérieure, qu'il n'est pas encore possible de définir. Cette harmonisation n'est cependant pas absolument nécessaire sur le plan matériel.

L'*al. 2* correspond à la convention de crédit COVID-19 et autorise les organisations de cautionnement à combler de manière autonome les lacunes affectant l'état de fait. À cet égard, les services visés sont soumis à une obligation de renseigner. Celle-ci inclut la mise à disposition des documents écrits ou électroniques nécessaires.

L'obligation d'informer prescrite à l'*al. 3* pour les donneurs de crédit qui participent au système de cautionnement des crédits COVID-19 correspond sur le fond à l'art. 14 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Conformément aux exigences des organisations de cautionnement (cf. aussi art. 6, al. 2, let. j), les donneurs de crédit doivent rendre compte au moins une fois par semestre de l'état des crédits cautionnés sur la base de ladite ordonnance ainsi que des arriérés d'amortissement et des arriérés d'intérêts (cette obligation peut par ex. aussi inclure l'envoi des plans d'amortissement). L'obligation d'informer vise en particulier à assurer que les informations fournies aux organisations de cautionnement correspondent à celles requises par le SECO (cf. al. 4 ci-après) et le DEFR (cf. art. 19).

Conformément à l'*al. 4*, le SECO peut en tout temps exiger des organisations de cautionnement les données personnelles et informations dont il a besoin pour accomplir ses tâches de contrôle, de comptabilité et de surveillance, notamment en lien avec les postpositions évoquées à l'art. 7 ainsi que les cautionnements sollicités.

Le secret de la révision se trouve mentionné explicitement à l'*al. 5*. Il ne s'agit pas là d'une extension du champ matériel, car l'énumération à l'art. 12 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 n'était pas exhaustive et la levée du secret de la révision était déjà prévue dans la convention de crédit COVID-19. Une autorisation supplémentaire de la part des entreprises et personnes concernées n'est en outre par nécessaire. En revanche, les secrets professionnels spécifiques établis par la loi, notamment ceux qui concernent les avocats et les médecins, restent en vigueur. Cependant, si ces personnes ont elles-mêmes besoin d'un crédit COVID-19, elles doivent autoriser la levée du secret bancaire, du secret fiscal, du secret de la révision et du secret de fonction.

Si le cautionnement solidaire est sollicité par le donneur de crédit, tous les droits passent alors à l'organisation de cautionnement (subrogation au sens des art. 507 s. CO). Ainsi, l'organisation de cautionnement, se fondant sur le droit comptable (art. 958e, al. 2, CO), peut aussi consulter le rapport de gestion et les rapports de révision du preneur de crédit, car elle doit faire valoir son intérêt digne de protection.

Art. 12 Statistiques; restrictions de l'accès aux données personnelles et aux informations

Conformément à l'*al. 1*, le SECO publie régulièrement des statistiques sur l'ensemble du système de cautionnement des crédits COVID-19.

Les *let. a et b* de l'*al. 2* indiquent clairement que les données personnelles et les informations concernant les entreprises et les personnes requérant des crédits (noms,

adresses, etc.) ne peuvent être publiées sur la base d'une demande relevant de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans)⁴². L'art. 12 constitue ainsi une disposition spéciale au sens de l'art. 4, let. a, LTrans (cf. aussi art. 27, al. 3, de l'avant-projet).

Il existe certes un intérêt public à savoir comment la Confédération utilise les moyens financiers à sa disposition. En l'occurrence toutefois, des informations se rapportant aux relations d'affaires particulières entre le donneur de crédit et le preneur de crédit ne sont d'aucune pertinence pour apprécier des points de vue politique et juridique l'utilisation des fonds publics. Elles sont par ailleurs considérées comme confidentielles par le droit suisse et relèvent de la sphère privée économique. S'ajoute à cela le fait que l'échange intégral de données personnelles et d'informations prévu à l'art. 11 vise à fournir aux parties concernées les éléments nécessaires à prévenir, combattre et poursuivre les abus (cf. ch. 1.3 et art. 10), à solliciter les cautionnements et à gérer les créances transférées aux organisations de cautionnement (art. 7 s.).

2.5 Section 5 Couverture des pertes et prise en charge des frais administratifs par la Confédération

Art. 13 Couverture des pertes et prise en charge des frais

En raison de l'impact majeur de la lutte mondiale contre l'épidémie de COVID-19 sur l'économie suisse, on s'attendait à un grand nombre de demandes de cautionnement. Les quatre organisations de cautionnement n'auraient plus été en mesure de prendre à leur charge 35 % des pertes résultant des cautionnements, comme le prévoit l'art. 6, al. 2, de la loi sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME⁴³. En outre, les conditions d'accès aux cautionnements dans le contexte spécifique du COVID-19 ont été temporairement assouplies afin de permettre aux entreprises concernées d'obtenir rapidement et avec le moins de bureaucratie possible une aide sous forme de liquidités. En conséquence, ce système a entraîné un risque accru de défaut de cautionnement.

Selon la *let. a*, la Confédération assure donc la totalité du risque de pertes des organisations de cautionnement (art. 14) pour les cautionnements visés à l'art. 3 (soit la totalité des 100 % cautionnés) ou à l'art. 4, al. 5, (soit la totalité des 85 % cautionnés) de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

Le partage des risques de défaillance dans un rapport de 85 % (Confédération) et 15 % (banque) sur un crédit COVID-19 au sens de l'art. 4 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 s'applique aussi en cas de défaillance partielle d'un crédit cautionné: le cas échéant, le donneur de crédit supporte alors 15 % de cette défaillance partielle.

⁴² RS 152.3

⁴³ RS 951.25

Les cautionnements doivent être sans conséquences financières pour les personnes ou entreprises concernées. Les organisations de cautionnement ne perçoivent donc ni émolument pour l'examen des demandes ni primes de risque. C'est pourquoi la *let. b* prévoit que la Confédération prend également en charge tous les frais administratifs connexes et attestés (art. 15).

Art. 14 Ampleur de la couverture des pertes par la Confédération

La couverture des pertes correspond à celle qui est prévue à l'art. 17 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

Cette disposition règle la couverture des pertes par la Confédération. En cas de défaut de paiement définitif, la Confédération couvre les pertes résultant du crédit cautionné par l'organisation de cautionnement (art. 3, al. 1, et 4, al. 5, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19⁴⁴), déduction faite des amortissements versés jusqu'à ce moment, et l'intérêt annuel cautionné conformément à ces dispositions (art. 4). Les montants de créance recouverts font l'objet d'une réglementation séparée (art. 17).

La couverture des pertes par la Confédération est indirecte, car cette dernière met les fonds correspondants à la disposition de l'organisation de cautionnement (art. 16).

Art. 15 Prise en charge des frais administratifs par la Confédération

En vertu de l'*al. 1*, la Confédération prend en charge les frais administratifs encourus par l'organisation de cautionnement pour l'examen des demandes, la surveillance et le règlement. Les organisations de cautionnement ne doivent donc pas répercuter les frais administratifs sur les requérants. Tous les frais administratifs pris en charge par la Confédération doivent être attestés. En outre, il convient de garantir la délimitation avec l'art. 17, al. 2 (montants de créance recouverts). Le principe est repris des art. 9, al. 1, et 15, al. 3, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

L'*al. 2* précise que les frais administratifs comprennent également les frais de recours à des tiers au sens de l'art. 9. Il s'agit aussi des dépenses engagées par l'organisation de cautionnement pour prévenir, combattre et poursuivre les abus au sens de l'art. 10 ainsi que pour la participation aux honoraires du commissaire au sens de l'art. 8 si l'avance de frais n'est pas remboursée dans le cadre de la procédure concordataire.

L'*al. 3* reprend sans modification le libellé de l'art. 9, al. 3, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Il correspond en outre à l'art. 7, al. 2, de la loi sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME⁴⁵. L'objectif est d'éviter qu'une organisation de cautionnement n'utilise les frais administratifs financés par la Confédération pour distribuer des bénéfices à ses actionnaires.

⁴⁴ RS 951.261

⁴⁵ RS 951.25

Art. 16 Paiements anticipés

D'après la 1^{re} phrase, la Confédération effectue des paiements anticipés d'au maximum 80 % des frais administratifs et contributions en matière de couverture des pertes attendus annuellement. La règle des 80 % correspond aux prescriptions de l'art. 23, al. 2, de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu)⁴⁶. Il s'agit d'éviter que les quatre organisations de cautionnement ne soient confrontées à un manque de liquidités.

La 2^e phrase prévoit désormais la possibilité pour la Confédération de déclarer une imputation. Seule la Confédération, et non pas l'organisation de cautionnement, peut recourir à ce système. Compte tenu du caractère massif de l'opération, il semble justifié pour des raisons pratiques de permettre à la Confédération de procéder à des imputations afin d'éviter des flux de paiement inutiles

Art. 17 Versement des montants de créance recouverts

L'art. 17 correspond sur le fond à l'art. 15 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

Lors de pertes dans un cas de cautionnement, l'organisation de cautionnement doit prendre toutes les mesures nécessaires pour recouvrer le montant de la créance (art. 8). Étant donné que la Confédération couvre le 100 % des pertes de cautionnement (art. 13 s.), les fonds recouverts visés à l'al. 1 lui reviennent. L'organisation de cautionnement verse semestriellement les montants de créance recouverts à la Confédération.

L'al. 2 autorise l'organisation de cautionnement à déduire des montants recouverts les frais directement liés à l'exécution des créances auprès des preneurs de crédit, notamment les émoluments et les frais de procédure. L'organisation de cautionnement doit aussi pouvoir justifier intégralement ces coûts. Elle ne peut porter en déduction les frais généraux de surveillance et de traitement déjà inclus dans les frais administratifs visé à l'art. 15.

Art. 18 Fixation du montant de la couverture des pertes et de la prise en charge des frais administratifs

L'al. 1 indique que le SECO fixe le montant des contributions à la couverture des pertes et aux frais administratifs.

Selon l'al. 2, les organisations de cautionnement soumettent régulièrement au SECO leurs décomptes sur les contributions aux pertes et aux frais administratifs conformément au projet. L'organisation de cautionnement doit également transmettre toutes les pièces nécessaires permettant de déterminer le montant des contributions aux pertes et aux frais administratifs. Les modalités sont réglées dans la convention de droit public conclue entre le DEFR et l'organisation de cautionnement (art. 6, al. 2, let. d).

⁴⁶ RS 616.1

Le SECO exerce aujourd'hui déjà le contrôle et la surveillance des organisations de cautionnement (art. 17 et 18 de l'ordonnance sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME⁴⁷). Concernant les crédits et les cautionnements COVID-19, le présent art. 19 indique expressément que le DEFR informe régulièrement le Conseil fédéral sur l'ampleur des engagements de la Confédération (engagements conditionnels, provisions, etc.) et lui fournit des analyses spécifiques. Le Conseil fédéral dispose ainsi des données essentielles sur le système de cautionnement des crédits COVID-19, sur le volume des cautionnements supportés par les quatre organisations de cautionnement et sur les conséquences financières à prévoir.

2.6 **Section 6 Transfert simplifié des créances de crédit en vue du refinancement par la BNS**

L'approvisionnement en liquidités du marché monétaire en francs suisses compte au nombre des tâches principales de la BNS (art. 5, al. 2, de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale [LBN]⁴⁸). L'établissement a donc créé une facilité de refinancement (facilité de refinancement BNS-COVID-19, FRC)⁴⁹ pour permettre aux banques qui en auraient besoin de se procurer auprès de la BNS les liquidités nécessaires en lien avec l'octroi de crédits cautionnés au sens de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 ainsi que d'autres crédits (c.-à-d. octroyés indépendamment de ladite ordonnance) qui peuvent aussi constituer la part d'un prêt syndiqué spécifique. Cette possibilité de refinancement joue un rôle important dans l'octroi de crédits par les banques et facilite le processus. Ce mécanisme de refinancement FRC inclut aussi PostFinance SA (qui entre ci-après dans la notion de «banque»).

Pour permettre le recours rapide à la facilité de la BNS, il doit être possible de transférer valablement à la BNS ou de rétrocéder aux banques un grand nombre de créances de crédit dans un délai très court et selon une procédure simple. L'art. 18 sert de base légale à cette procédure de transfert simplifiée. Il comprend dans ce cadre la cession de crédits cautionnés en vertu de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 ainsi que d'autres créances de crédit. Cette seconde catégorie peut par exemple englober des crédits accordés par une banque avec le cautionnement ou la garantie d'un canton ou des crédits cautionnés par la Confédération et des cantons pour soutenir des start-up innovantes, mais aussi des crédits non garantis. Au vu de l'incertitude qui règne quant à l'évolution de l'épidémie de COVID-19 et à ses conséquences économiques, il faut qu'il soit possible de transférer valablement à la BNS, de manière rapide et aussi simple que possible, non seulement les créances de crédit qui ont un lien direct avec cette épidémie, mais au besoin aussi d'autres créances de crédit pouvant servir de sûretés pour l'octroi de liquidités. Les dispositions de la LBN, notamment celles de l'art. 9, al. 2, sont applicables au surplus.

⁴⁷ RS 951.251

⁴⁸ RS 951.11

⁴⁹ Facilité de refinancement BNS-COVID-19:
cf. https://www.snb.ch/fr/ifor/finmkt/operat/id/finmkt_crf.

Le transfert de créances à des fins de sûreté pour un prêt constitue une cession au sens du droit des obligations. Conformément à l'art. 165, al. 1, CO, la cession n'est valable que sous la forme écrite et doit par conséquent porter une signature manuscrite (art. 14 CO). Le transfert de crédits à la BNS en vue du refinancement est caractérisé par un apport constant de nouveaux crédits et une rétrocession constante de crédits existants; ce sont donc un grand nombre de créances de crédit qui sont quotidiennement transférées à la BNS en tant que sûretés ou rétrocédées aux banques. Ainsi, l'exigence de la forme écrite simple compliquerait voire rendrait pratiquement impossible la mise en œuvre opérationnelle rapide de la facilité. Il convient dès lors d'adapter la forme exigée pour le transfert de créances de crédit en tant que sûretés pour l'octroi de prêts de la BNS aux banques. Aussi l'*al. 1* prévoit-il que la cession de la créance à la BNS de même que la rétrocession à la banque ne requièrent aucune forme particulière pour être valables. Toute prescription de forme légale ou contractuelle contraire est sans effet.

En vertu de l'*al. 2*, la créance est considérée comme valablement transférée dès que la BNS l'a enregistrée dans ses systèmes. Le même principe s'applique à la rétrocession: l'*al. 3* dispose que la créance est considérée comme rétrocédée à partir du moment où la BNS l'a effacée dans ses systèmes. Dans le cas exceptionnel où des créances de crédit auraient été transférées à la BNS par des banques selon les règles de l'art. 165 CO, le moment du transfert est alors régi par le CO et non par les al. 2 et 3.

La BNS précise les modalités du transfert dans des notices. Cependant, une déclaration de cession écrite n'est en aucun cas nécessaire pour valider juridiquement l'opération. Reste que les créances transférées doivent être – ou pouvoir être – suffisamment déterminées au moment du transfert (identité du débiteur, contenu et montant), afin que la créance puisse être identifiée précisément. C'est pourquoi la banque doit impérativement fournir à la BNS certaines informations sur les créances de crédit (par ex. preneur de crédit, montant du crédit, durée résiduelle; cf. art. 22).

Afin que la situation soit toujours claire concernant les créances qui ont été transférées en tant que sûretés à la BNS, l'*al. 4* exige de cette dernière qu'elle confirme chaque jour ouvrable à la banque l'état des créances transférées. Ces confirmations n'ont qu'une importance déclaratoire.

Cette possibilité de transfert simplifiée ne change rien aux conséquences juridiques liées à une cession.

Pour que la BNS puisse accepter les créances de crédit en tant que sûretés, la cession des titres entre la banque et le preneur de crédit ne doit en outre pas être exclue par contrat (art. 164, al. 1, CO).

Une notification du débiteur n'est en principe pas nécessaire pour céder valablement une créance. Aussi longtemps que le preneur de crédit n'a pas connaissance de la cession à la BNS, il peut payer à la banque avec effet libératoire (art. 167 CO). Si le débiteur rembourse partiellement ou intégralement la créance, celle-ci est éteinte à concurrence du montant versé. Il en résulte également que la sûreté pour le prêt accordé par la BNS à la banque est réduite d'autant. Il en va de même si le preneur de crédit impute la créance de crédit sur une dette envers la banque (le cas pourrait se présenter notamment en cas de faillite de cette dernière). La BNS peut prévenir ces risques en particulier par le biais d'un contrat.

Les possibilités de réalisation de la BNS sont régies par les règles légales en vigueur et les dispositions contractuelles déterminantes de la BNS.

Art. 21 Droits de préférence et autres droits accessoires

Pour décider si – et le cas échéant pour quel montant – la BNS peut accepter une créance de crédit en tant que sûreté dans le cadre de la facilité de refinancement, il faut déterminer dans quelle mesure le crédit en question est de son côté garanti, de quelles sûretés il s'agit et si ces sûretés passent à la BNS en cas de cession de la créance de crédit.

Conformément à l'art. 170 CO, la cession d'une créance comprend les droits de préférence et autres droits accessoires ainsi que la prétention sur les intérêts arriérés. Les droits accessoires ainsi transférés sont constitués essentiellement de droits destinés à garantir la créance, notamment des cautionnements. La règle de l'art. 170 CO étant de nature dispositive, l'*art. 21* arrête que tous les droits de préférence et autres droits accessoires liés à la créance transférée – notamment les cautionnements solidaires au sens des art. 3 et 4 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 – vont automatiquement à la BNS lors du transfert de la créance, indépendamment de dispositions légales ou contractuelles contraires. Cela garantit à la BNS de profiter d'une sûreté existante dans la même mesure que les banques créancières. Dans le cas de la rétrocession de la créance de crédit à la banque, les droits de préférence et autres droits accessoires retournent aussi à l'établissement.

En pratique, il existe une grande variété d'accords et de droits de sûreté valables entre les banques et les clients pour une créance de crédit. Concernant le transfert de droits non accessoires servant de sûreté pour des créances de crédit, la BNS est libre de prévoir, dans ses notices et ses dispositions contractuelles, des prescriptions permettant de garantir la fonction de sûreté de la créance de crédit.

Art. 22 Devoir d'information et droit à l'information

Le processus opérationnel de refinancement nécessite impérativement que la banque transmette régulièrement à la BNS des informations sur les créances de crédit cédées à des fins de sûreté (notamment l'identité du preneur de crédit, le montant du crédit, la durée résiduelle). Conformément à l'*al 1*, les banques sont ainsi tenues de mettre à disposition de la BNS sur demande tous les documents pertinents (y compris les contrats de crédit) concernant les créances de crédit cédées ainsi que les sûretés qui s'y rapportent (cautionnements, conventions de garantie, etc.). Ce devoir d'information prime sur les obligations légales et contractuelles de la banque de garder le secret et constitue une *lex specialis* notamment par rapport à l'art. 47 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)⁵⁰. L'obligation s'applique à tous les types de créances de crédit qui sont cédées à la BNS à des fins de sûreté dans le cadre d'un refinancement. Les informations et documents fournis sont soumis à l'obligation de garder le secret (art. 49 LBN⁵¹).

Pour le cas où une banque ne serait pas en mesure de lui rembourser le prêt dans le délai convenu, la BNS doit pouvoir elle-même ou avec l'aide d'un tiers gérer, administrer et, au besoin, recouvrer ou vendre les créances de crédit que la banque concernée lui a transférées à des fins de sûreté. C'est la raison pour laquelle l'*al. 2*

⁵⁰ RS 952.0

⁵¹ RS 951.11

précise que la BNS doit pouvoir requérir des preneurs de crédit, des organisations de cautionnement, des autorités compétentes et de tiers tous les renseignements et documents nécessaires à l'exécution de sa créance.

L'art. 22, al. 2, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19⁵² prescrit l'obligation pour les banques d'annoncer dans le délai usuel tout amortissement lié aux créances de crédit cédées à la BNS afin d'assurer que les prêts que cette dernière accorde aux banques créancières au titre de la facilité de financement sont en tout temps suffisamment couverts. Ce devoir d'annoncer faisant en pratique l'objet d'une réglementation contractuelle entre la BNS et les banques, il n'est pas nécessaire d'introduire cette disposition dans le droit ordinaire.

2.7 Section 7 Responsabilité, tâches de l'organe de révision, surendettement et disposition pénale

Art. 23 Responsabilité

La responsabilité personnelle et solidaire des organes du preneur de crédit ainsi que de toutes les personnes chargées de sa gestion et de sa liquidation est reprise de l'art. 18a de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19⁵³. Elle constitue aujourd'hui déjà un élément important de la prévention des abus, laquelle vise à empêcher les violations des prescriptions de l'art. 2, al. 2.

Art. 24 Tâches de l'organe de révision

Si, dans le cadre d'un contrôle ordinaire ou restreint des comptes annuels réalisé en application des art. 727 et 727a CO, l'organe de révision constate une utilisation illicite des fonds (actes énumérés à l'art. 2, al. 2, let. a à d), il doit impartir à l'entreprise un délai adéquat pour régulariser la situation. Si le délai n'est pas respecté, l'organe de révision informe l'organisation de cautionnement compétente pour la convention de crédit. Cela permet de clarifier la situation pour l'application des obligations déjà existantes de l'organe de révision aux actes précités. Par rapport au droit en vigueur, l'obligation de fixer un délai de régularisation à l'entreprise contrôlée et d'annoncer à l'organisation de cautionnement les cas d'inobservation du délai est nouvelle.

Les actes tombant sous le coup de l'art. 2, al. 2, let. a à d, sont dans la plupart des cas analysés directement ou indirectement dans le cadre du contrôle ordinaire ou restreint mené conformément à l'autorégulation (règles d'organisation et d'éthique professionnelle). Les éventuelles violations de la loi constatées font l'objet d'une mention dans le rapport de révision.

L'organe de révision ne doit procéder à aucun acte de vérification supplémentaire allant au-delà de ce qu'il doit faire en vertu de l'autorégulation. Par nature, ces actes peuvent varier selon que le contrôle est ordinaire ou restreint. Si l'organe de révision constate dans ce cadre des violations de la loi et que la situation dans l'entreprise

⁵² RS 951.261

⁵³ Cf. Commentaire de l'ordonnance COVID-19 insolvabilité, du 16 avril 2020, p. 9.

révisée n'a pas été régularisée dans le délai imparti, il doit en informer par écrit l'organisation de cautionnement compétente pour le preneur de crédit. Le secret de la révision ne s'oppose pas à cette annonce, car l'organe de révision doit révéler ses constatations lorsque la loi l'y oblige (art. 730*b*, al. 2, CO). De plus, l'entreprise contrôlée a l'obligation de fournir à l'organe de révision tous les renseignements et tous les documents dont il a besoin (art. 730*b*, al. 1, CO); à défaut, l'organe de révision ne pourrait ni constater ni vérifier l'existence d'une violation de la loi ou la régularisation de la situation légale.

Art. 25 Perte de capital et surendettement

Pour le calcul de la couverture du capital et des réserves ou le calcul d'un surendettement au sens de l'art. 725, al. 1 et 2, CO, les crédits COVID-19 jusqu'à concurrence de 500 000 francs accordés sur la base de l'art. 3 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liées au COVID-19 et cautionnés à 100 % ne sont pas pris en compte en tant que capitaux de tiers. Dans la présentation des comptes, les crédits COVID-19 restent toutefois des capitaux de tiers et sont également à considérer comme tels dans le cas d'une faillite.

L'art. 24 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 contenait une limitation fixée au 31 mars 2022⁵⁴. Il s'agit ici également de procéder à une pesée des intérêts entre les entreprises preneuses de crédit et les créanciers actuels ou potentiels. Il faut partir du principe que la prolongation du délai ne va pas peser de manière disproportionnée sur les créanciers. Il ne serait guère dans leur intérêt qu'un grand nombre d'entreprises preneuses de crédit doivent remettre un avis de surendettement au tribunal en raison d'un crédit COVID-19 après le 31 mars 2022. Dans le cas d'une faillite, les créanciers verraient la plupart de leurs créances colloquées en troisième classe et n'obtiendraient qu'une infime partie de leurs prétentions. En outre, les cautionnements correspondants seraient sollicités, ce qui impliquerait pour la Confédération un risque important de devoir alors couvrir les pertes correspondantes subies par les organisations de cautionnement. La prolongation du délai met par ailleurs en œuvre la motion 20.3156, déposée le 27 avril 2020 par la Commission des finances du Conseil des États, qui demande de ne pas prendre en considération en tant que capitaux de tiers les crédits garantis par des cautionnements solidaires pour toute la durée des cautionnements solidaires.

Pour les crédits au sens de l'art. 4 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, une telle dérogation à l'art. 725 CO ne se justifie plus. Dans ce cas, les banques créancières assument 15 % du risque économique de défaut de paiement. Les entreprises ayant sollicité de tels crédits pour plus de 500 000 francs disposent, au niveau des interventions financières et économiques et en matière de gestion des actifs et des passifs, de possibilités autres que celles des petites entreprises. Par ailleurs, ces entreprises ne pouvaient déjà pas compter sur une exemption partielle de l'obligation prévue à l'art. 725 CO lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

Les éventuels autres aspects se rapportant à l'art. 725 CO (adaptation de l'avis de surendettement) et à la LP⁵⁵ (adaptation du droit concordataire, sursis COVID-19)

⁵⁴ Cf. Commentaire de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, p. 18.

⁵⁵ RS 281.1

sont contenus dans le projet portant transposition de l'ordonnance COVID-19 insolvabilité^{56, 57}.

Art. 26 Disposition pénale

L'octroi des crédits COVID-19 cautionnés à 100 % au sens de l'art. 3 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 se faisait dans la forme déjà évoquée et, surtout, sur la base d'une autodéclaration du preneur de crédit. Notamment pour les crédits cautionnés jusqu'à concurrence de 500 000 francs, les donneurs de crédit et le registre central se focalisaient sur les aspects formels du contrôle. Dans le contexte de l'urgence, un examen préalable complet et détaillé de toutes les demandes de crédits était impossible. Il était et reste donc nécessaire, afin de prévenir, combattre et poursuivre les abus, de soumettre à une sanction pénale et de poursuivre d'office l'obtention frauduleuse des crédits COVID-19, qui sont en fin de compte cautionnés par l'État, de même que certains procédés relevant du droit des sociétés et des prêts.

Fondamentalement, l'*al. 1* reprend la disposition pénale de l'art. 23 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Les seules modifications apportées relèvent de la systématique législative. Sur le fond, la disposition reste en revanche identique pour ne pas créer d'insécurité juridique. Tombe sous le coup de la disposition pénale quiconque obtient intentionnellement un crédit COVID-19 en fournissant de fausses indications⁵⁸ ou viole les prescriptions de l'art. 2, al. 2, notamment l'interdiction générale de distribuer des dividendes.

Si les autorités de poursuite pénale et les tribunaux cantonaux devaient néanmoins retenir l'existence d'une infraction plus grave en lien avec l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, les éléments constitutifs définis par le code pénal (CP)⁵⁹, par exemple pour l'infraction de faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP, priment sur la disposition pénale de l'art. 24.

La sanction de l'acte commis par négligence n'est pas prévue, car les demandes à présenter selon l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 étaient inédites et les requérants inexpérimentés auraient très bien pu commettre des erreurs évitables dans ce cadre. De même, l'incitation et la complicité ne sont pas punissables, car la présente disposition pénale constitue une contravention (art. 105, al. 2, CP).

D'après l'*al. 2*, la prescription de la poursuite pénale, pour les contraventions au sens de la future loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 et de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, court dès la sollicitation du cautionnement. Si l'organisation de cautionnement verse le cautionnement de façon anticipée (art. 7, al. 3), c'est le versement anticipé qui est réputé sollicitation du cautionnement.

⁵⁶ RS 281.242

⁵⁷ Les commentaires relatifs à cette ordonnance de nécessité sont disponibles sous: <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/coronavirus.html>.

⁵⁸ En signant la convention de crédit ou la demande de crédit, le preneur de crédit confirme que les indications requises qu'il a fournies sont complètes et véridiques.

⁵⁹ RS 311.0

Conformément à l'art. 301, al. 1, CPP⁶⁰, chacun a le droit de dénoncer des infractions à une autorité de poursuite, par écrit ou oralement. Aucune forme particulière n'est exigée. L'al. 3 règle un aspect spécifique à la plainte pénale. Les employés du SECO sont habilités à dénoncer aux autorités de poursuite pénale ou au CDF les contraventions au sens de l'al. 1 dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalées, par exemple pour les donneurs de crédit, dans l'exercice de leur fonction (ce qui va plus loin que la réglementation actuelle en droit du personnel prévue à l'art. 22a de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération [LPers]⁶¹). Pour ce qui est des employés des quatre organisations de cautionnement, le droit de dénoncer relève des contrats d'engagement individuels (de droit privé) ou des règles de compétence internes. En déposant une plainte, les employés du SECO ou des organisations de cautionnement ne violent pas leurs obligations de garder le secret. Aussi le DEFR peut-il définir dans la convention entre la Confédération et les organisations de cautionnement (art. 6, al. 2, let. f) les conditions auxquelles la dénonciation ne serait pas un droit mais une obligation. L'al. 2 offre à cet égard une souplesse suffisante pour le DEFR et les organisations de cautionnement. La disposition pénale peut ainsi être appliquée comme *ultima ratio*.

2.8 Section 8 Dispositions finales

Art. 27 Maintien des cautionnements et des conditions-cadres

En vertu de l'al. 1, l'abrogation de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 et l'entrée en vigueur de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 n'affectent ni la validité des cautionnements octroyés en vertu de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 ni les conditions-cadres pour crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs pour les banques participantes figurant à l'annexe 1 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Cette constatation en soi déclaratoire sert à la sécurité juridique et prévient d'éventuels malentendus.

L'al. 2 est important notamment en regard de l'interdiction visée à l'art. 6, al. 2, let. b, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, d'affecter les crédits à certains nouveaux investissements. Cette interdiction d'utiliser des fonds issus de crédits COVID-19 pour réaliser de nouveaux investissements n'est pas transposée dans le droit ordinaire, à savoir la présente loi (art. 2), mais elle apparaît en principe dans les formulaires et contrats établis jusqu'à présent. L'al. 2 établit donc que les nouveaux investissements, qui sont actuellement illicites, ne constituent pas une violation de contrat. Il apporte donc une sécurité juridique sans que les donneurs de crédit ne soient désavantagés.

Art. 28 Modification d'autres actes

1. Loi fédérale du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises⁶²

⁶⁰ RS 312.0

⁶¹ RS 172.220.1

⁶² RS 431.03

Afin de mener la lutte contre les abus et pour assurer les flux d'informations entre tous les participants, il reste nécessaire de publier généralement le numéro d'identification des entreprises (IDE) même sans le consentement des personnes et entreprises concernées. La modification de loi correspondante s'appliquera pendant toute la durée de validité de la loi.

2. Loi du 17 décembre 2010 sur l'organisation de La Poste⁶³

PostFinance SA a été autorisée à participer au programme d'octroi de cautionnements aux fins d'atténuer les effets du coronavirus conformément aux dispositions de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. En conséquence, elle était habilitée à octroyer des crédits cautionnés (limites de dépassement) jusqu'à 500 000 francs à ses clients existants au jour de référence du 25 mars 2020 et a été libérée dans les proportions correspondantes de l'interdiction d'octroyer des crédits visée à l'art. 3, al. 3, de la loi sur l'organisation de la Poste (LOP). PostFinance SA peut prolonger les crédits accordés dans le cadre du programme COVID-19 au plus tard jusqu'à leur amortissement complet conforme aux dispositions visées à l'art. 3 de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. L'exemption de l'interdiction d'octroyer des crédits au sens de l'art. 3, al. 3, LOP se réduit au fur et à mesure, notamment en fonction des amortissements réalisés et du montant des paiements assumés par les organisations de cautionnement.

3. Loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale⁶⁴

Dans l'accomplissement de ses tâches publiques, la Banque nationale suisse (BNS) traite une multitude de données de personnes morales et, pour une part, de personnes physiques. Ces informations sur les acteurs des marchés financiers, les entreprises et les ménages représentent une condition fondamentale pour qu'elle puisse s'acquitter de ses tâches légales. Or, justement, les données relatives aux crédits accordés par les banques durant l'épidémie de COVID-19 sont essentielles pour que la BNS puisse accomplir ses tâches. L'épidémie de COVID-19 impacte immédiatement l'économie suisse. Elle a donc son importance dans l'accomplissement du mandat de la BNS, par exemple pour l'approvisionnement en liquidités du marché monétaire en francs suisses (art. 5, al. 2, let. a, de la loi sur la Banque nationale, LBN), pour la contribution de la BNS à la stabilité du système financier (art. 5, al. 2, let. e, LBN) et pour l'établissement de la balance des paiements (art. 15, al. 2, LBN). C'est pourquoi, pour que la BNS puisse accomplir ses tâches dans le cadre de son mandat légal existant, il faut qu'elle soit en mesure, au-delà du pur règlement du refinancement, de traiter les données relatives à l'octroi de crédits par les banques qu'elle reçoit de ces dernières dans le cadre du refinancement des crédits COVID-19 et d'autres crédits.

Conformément aux dispositions générales du droit de la protection des données, la BNS est habilitée, en sa qualité d'organe de la Confédération, à traiter des données personnelles dans la mesure où une base légale existe. Il est sans importance qu'elle

⁶³ RS 783.1
⁶⁴ RS 951.11

relève les données requises directement auprès des personnes concernées, qu'elle les obtienne de tiers (p. ex. les banques) ou qu'elle recoure aux données statistiques disponibles.

Contrairement aux domaines de la statistique, de la stabilité financière et de la surveillance des infrastructures des marchés financiers d'importance systémique, pour lesquels la LBN mentionne explicitement le traitement des données, la base juridique n'est actuellement décrite que de manière générale s'agissant du relevé et du traitement de données par la BNS aux autres fins visées à l'art. 5 LBN en relation avec l'art. 3, let. a, de l'ordonnance de la Banque nationale⁶⁵.

Pour des raisons de transparence, lors de la révision totale de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)⁶⁶, il faudrait donc introduire dans la LBN un nouvel *art. 49a* précisant que la BNS peut traiter des données personnelles, y compris des données sensibles, ainsi que les données de personnes morales dans le but de remplir toutes ses tâches légales⁶⁷. Comme il est peu probable que la révision totale de la LPD entre en vigueur dans un proche avenir, il faut introduire la nouvelle norme relative au traitement des données dans la LBN dans le cadre de la présente loi. La BNS reçoit ainsi une base légale explicite, ancrée dans une loi formelle, qui lui permet de traiter les données relatives à l'octroi de crédits par les banques nécessaires à l'accomplissement de ses tâches légales.

La révision de la LPD mentionnée plus haut, qui est actuellement en suspens au Parlement (numéro d'objet 17.059) vise à inclure dans les données personnelles les données concernant les personnes physiques (art. 1 et 2, al. 1, P-LPD). Si cette révision entre en vigueur, l'art. 49a sera modifié en conséquence. Il ne sera pas nécessaire de coordonner de nouveau les travaux.

Art. 29 Référendum, entrée en vigueur et durée de validité

Selon l'*al. 1*, le projet est déclaré urgent. Il peut être mis en vigueur avant l'échéance du délai référendaire (art. 165, al. 1, Cst.). La loi remplace l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 mise en vigueur le 26 mars 2020.

Conformément à l'art. 165, al. 1, Cst., la validité de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 doit être limitée dans le temps. Comme les cautionnements solidaires visés à l'art. 3, al. 3, sont d'une durée maximale de dix ans et que leur règlement durera encore un certain temps après ce délai, l'*al. 2* fixe un délai de douze ans à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. En conséquence, la validité de la loi échoit au 31 décembre 2032. Le Conseil fédéral devra examiner avant l'échéance de ce délai si la loi doit être prorogée au-delà de cette date et si des travaux législatifs correspondants doi-vent être engagés.

L'*al. 3* a pour but de créer une sécurité juridique en précisant que les données personnelles et les informations visées à l'art. 12, al. 2, sont considérées comme confidentielles depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les cautionnements soli-

⁶⁵ RS 951.131

⁶⁶ RS 235.1

⁶⁷ Cf. Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565, 6764 (17.059).

dares liés au COVID-19. La réglementation rétroactive est justifiée et proportionnelle. Elle permet un traitement confidentiel des identités et des données bancaires sensibles des personnes physiques et morales requérantes ou des preneurs de crédit. Elle garantit que la confidentialité des identités et des données bancaires soit respectée dans tous les cas également dans le cadre des procédures d'accès au sens de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la transparence⁶⁸ qui ont été engagées avant l'entrée en vigueur de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. En outre, la réglementation rétroactive ne concerne que la période relativement brève comprise entre le 26 mars 2020 et l'entrée en vigueur de la présente loi fédérale urgente.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

3.1.1 Conséquences financières

Par le présent projet, le Conseil fédéral entend transposer dans le droit ordinaire son ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Cela n'entraîne pas de conséquences financières au-delà de celles qui sont engendrées par l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, déjà décidée et mise en œuvre.

En vertu de l'art. 11 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, les demandes de crédits pouvaient être déposées jusqu'au 31 juillet 2020 auprès des banques ou de PostFinance SA. Le 21 juin 2020, 128 000 conventions de crédit avaient été reçues. La somme de cautionnement estimée est d'environ 15 milliards de francs.

S'agissant des cautionnements solidaires impliquant une couverture des pertes par la Confédération, le Parlement a arrêté un crédit d'engagement de 40 milliards de francs⁶⁹. Ce crédit d'engagement a été utilisé à hauteur de 37,5 %. Une part de 90 % des ressources cautionnées concerne des crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs et 10 % correspondent à d'autres crédits COVID-19.

Pour la Confédération, des sorties de fonds ne surviennent que si les donneurs de crédit sollicitent effectivement les cautionnements solidaires. Comme la simplicité et la rapidité de la procédure implique des risques de pertes sur cautionnement, le Parlement a reçu par la voie d'une annonce tardive concernant le supplément I au budget, pour 2020 déjà, une demande de fonds à hauteur de 1 milliard de francs pour couvrir les pertes sur cautionnement.

Une grande incertitude demeure quant à l'ampleur des pertes financières (art. 14) et des coûts administratifs des organisations de cautionnement (art. 15, cf. aussi ch. 1.4.1) que la Confédération devra supporter en raison des cautionnements solidaires. En admettant qu'environ 10 % à 20 % des crédits COVID-19 ne soient pas

⁶⁸ RS 152.3

⁶⁹ Art. 2b de l'arrêté fédéral Ia du Conseil national (4 mai 2020) et du Conseil des États (5 mai 2020) concernant le supplément I au budget 2020 (20.007).

remboursés, la Confédération devra dépenser entre 1,5 et 3 milliards de francs environ au titre des pertes sur cautionnement.

La durée des crédits COVID-19 est de cinq ans, voire de dix ans si les conséquences sont très dures (art. 3). En conséquence, les pertes sur cautionnement concernant la Confédération se répartissent sur dix ans à partir de l'octroi des crédits COVID-19. Bien que la répartition des pertes au cours des prochaines années dépende fortement des hypothèses sur lesquelles se fonde l'estimation (évolution de l'épidémie de COVID-19, moment et ampleur de la reprise économique, etc.), il y a lieu de penser que la plupart des défauts de crédit surviendront les deux premières années suivant la conclusion de la convention de crédit. La Confédération devra donc supporter d'importantes pertes sur cautionnement surtout jusqu'en 2022 (montant estimé de 1,3 milliard de francs par an).

Si des pertes surviennent dans le cadre d'un cautionnement, l'organisation de cautionnement doit prendre toutes les mesures nécessaires pour recouvrer le montant de la créance (art. 8, al. 1). Les montants de créance recouverts sont versés à la Confédération (art. 17). Il n'est pas possible de se fonder sur les faits pour estimer les montants à attendre, eu égard au caractère unique des crédits COVID-19, mais on peut tabler sur un montant relativement modeste.

3.1.2 Conséquences sur l'état du personnel

En principe, les entreprises ont déposé leurs demandes de crédits COVID-19 auprès de leur banque ou de PostFinance SA. Les quatre organisations de cautionnement reconnues par la Confédération ont accordé des sécurités sous forme de cautionnements solidaires aux donneurs de crédit qui permettent aux entreprises d'accéder aux crédits. Ainsi, les cautionnements ont été octroyés de manière décentralisée au moyen de structures existantes et en recourant au personnel des quatre organisations de cautionnement, des banques et de PostFinance SA. La Confédération prend en charge les frais administratifs encourus par les organisations de cautionnement pour contrôler les demandes ainsi que pour surveiller et régler les cautionnements (art. 15). La contribution de la Confédération à la couverture des coûts dépend à long terme du nombre de cautionnements et elle comprend les coûts de recours à des tiers. Au stade du projet destiné à la consultation, la contribution à la couverture des coûts prévue dès 2021 pour les organisations de cautionnement comporte une part d'incertitude et n'est pas encore arrêtée.

Afin de mettre en œuvre rapidement l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, il a fallu augmenter adéquatement les capacités en personnel des organisations de cautionnement à raison d'un nombre de postes à plein temps estimé à 25. Ces postes sont financés par la contribution de la Confédération à la couverture des frais administratifs préalablement mentionnée. En outre, un service centralisé a été institué pour une durée déterminée par les organisations de cautionnement afin de traiter et de saisir les demandes de crédits (cf. ch. 1.3 et 1.6). La Confédération en assumera les coûts uniques, d'un montant estimé à 6 millions de francs, par le biais du crédit supplémentaire extraordinaire. Par ailleurs, elle assurera le financement des dépenses supplémentaires effectives des organisations de cautionnement pour l'informatique de même que pour le conseil et le soutien juridiques fournis par des tiers.

Au sein de l'administration fédérale, le personnel en place a permis d'assumer les charges pendant la phase 1 (demande et octroi des crédits, cf. 1.4.1). En revanche, à l'avenir, vu les charges inhérentes au contrôle et à la surveillance des organisations de cautionnement, à l'établissement de rapports destinés au Conseil fédéral sur l'ampleur des engagements de la Confédération, ainsi qu'à la fourniture d'évaluations concernant le recours aux cautionnements solidaires, cinq postes à plein temps supplémentaires seront nécessaires pour une durée déterminée au SECO. Ces postes entraîneront des coûts à hauteur d'environ 900 000 francs pour la rétribution du personnel, y compris les cotisations de l'employeur. Il sera possible de compenser le financement correspondant en interne à tout le moins pour 2020 et 2021.

3.2 Conséquences économiques

Pour l'heure, il est très difficile d'estimer les conséquences pour l'ensemble de l'économie des aides en liquidités apportées aux PME dans le cadre de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. En particulier, la situation économique que la Suisse connaîtrait en l'absence de telles aides en liquidités n'est pas claire. Toutefois, le fait que quelque 128 000 demandes de crédits COVID-19 ont été déposées jusqu'à présent indique que de très nombreuses entreprises ont rencontré des problèmes de liquidités ou du moins qu'elles s'y sont attendues.

Des problèmes de liquidités simultanés dans de nombreuses entreprises pourraient mener à une vague de faillites, y compris leurs effets rétroactifs, entraînant des coûts élevés au niveau macroéconomique. En cas de destruction de facteurs de production, ces coûts pourraient s'inscrire dans la durée. Du point de vue macroéconomique, il s'agissait donc surtout d'éviter une telle vague de faillites. C'est pourquoi, dans la présente crise, il était judicieux de mettre rapidement des liquidités à disposition: cette mesure a vraisemblablement contribué à stabiliser la trésorerie des entreprises. Les aides en liquidités qui empêchent des faillites d'entreprise induisent aussi probablement des effets positifs sur la future croissance de l'économie. Cependant, il n'est pas encore possible de prévoir dans quelle mesure les dettes contractées aujourd'hui se répercuteront sur l'activité d'investissement des entreprises ces prochaines années, lorsqu'elles devront amortir leurs dettes. On ne peut exclure complètement que la faiblesse des investissements ait des effets négatifs sur le développement économique à venir. La durée d'amortissement prévue (art. 3) semble cependant supportable pour une entreprise saine en soi (cf. point 1.4.3).

Les aides en liquidités pourraient retarder le changement structurel, puisque certaines entreprises financées n'auraient peut-être pas été rentables à moyen et long termes. Elles pourraient donc avoir aussi un impact sur la concurrence entre les entreprises. Certes, les crédits COVID-19 étaient en principe également ouverts à toute PME, mais les avantages de financement qu'ils ont induits ont pu varier d'une entreprise à l'autre. Il se pourrait aussi que l'usage abusif du droit aux aides en liquidités ait généré des distorsions de la concurrence. De tels effets seront toutefois atténués par une gestion des créances dont l'objectif est le remboursement des aides et la lutte contre les abus (cf. point 1.3, art. 7 à 11). En outre, les conséquences du

projet sur le changement structurel et la concurrence devraient être limitées dans le temps puisque la durée des crédits cautionnés est en principe fixée à cinq ans.

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

4.1 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'est pas annoncé dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁷⁰. Conséquence directe de l'épidémie de COVID-19, il doit intégrer dans le droit ordinaire l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19⁷¹, dont la validité est limitée à une durée de six mois en vertu de son art. 25.

4.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

L'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 fait partie intégrante de la lutte contre les conséquences économiques de l'épidémie de COVID-19. Par cette ordonnance, le Conseil fédéral a voulu permettre aux PME intrinsèquement saines sur le plan économique de se procurer des liquidités rapidement et sans formalités administratives excessives grâce à des crédits cautionnés.

Pour l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 comme pour ce projet de loi, le Conseil fédéral s'est basé sur les quatre organisations de cautionnement reconnues par l'État dans le cadre du système d'aides financières de la Confédération qui existe depuis des années. Par conséquent, il n'a pas été nécessaire de suivre des procédures fondamentalement inédites ni de mettre sur pied de nouvelles organisations⁷².

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

À l'instar de la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME⁷³, le projet repose sur l'art. 103 Cst., qui porte sur la politique structurelle. Avec l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19⁷⁴, le Conseil fédéral a voulu assurer les liquidités nécessaires aux PME privées qui n'avaient fondamentalement aucune autre possibilité de se financer à court terme. Ces entreprises n'auraient pu fournir aux banques aucune sûreté ou que des sûretés minimales pour obtenir des crédits supplémentaires et elles n'auraient pas pu se financer sans cautionnement sur les marchés financiers. Il fallait éviter la liquidation et la faillite de PME intrinsèquement saines sur le plan économique et, partant, la perte de places de travail (cf. ch. 1.2 et 3.2).

⁷⁰ FF 2020 1709 (19.078).

⁷¹ RS 951.261

⁷² Cf. les explications relatives à l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, p. 2 ss.

⁷³ RS 951.25

⁷⁴ RS 951.261

La politique structurelle correspondante fait partie des mesures d'urgence du Conseil fédéral. Elle était de durée limitée puisque, selon l'art. 11 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, il n'était possible de soumettre les demandes de crédits que jusqu'au 31 juillet 2020 auprès des donneurs de crédit. En conséquence, elle n'a pas généré un nouveau système durable de cautionnement pour les crédits octroyés aux entreprises.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet et l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 sont compatibles avec les obligations internationales de la Suisse. Tous les pays d'importance majeure pour la place économique suisse ont introduit des instruments comparables en vue de stabiliser les entreprises établies sur leur territoire. Le cautionnement direct ou indirect par l'État de crédits bancaires privés constitue dans ce cadre un instrument particulièrement souvent utilisé pour assurer les liquidités nécessaires aux entreprises.

En ce qui concerne le droit européen, cf. point 1.7.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Pour édicter l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, le Conseil fédéral s'est directement référé à l'art. 185, al. 3, Cst. En assurant les liquidités requises par les PME au moyen de crédits cautionnés, il a voulu parer à une grave perturbation qui menaçait directement la place économique suisse, c'est-à-dire les PME dont le siège est en Suisse. Il devait limiter la validité de cette ordonnance de nécessité à six mois (cf. ch. 1.5) et il a fixé au 31 juillet 2020 l'échéance de la période de dépôt des demandes de crédits.

Le projet doit intégrer dans le droit ordinaire les dispositions encore nécessaires de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 en les transposant au niveau de la loi formelle et en les complétant ponctuellement. Il contient des dispositions fondamentales concernant l'organisation et la procédure des autorités fédérales ainsi que des donneurs de crédit et des organisations de cautionnement qui leur sont parfois étroitement associées financièrement et contractuellement. Il règle en outre les tâches et prestations de la Confédération. L'ensemble de ces dispositions doivent entrer dans une loi fédérale (art. 164, al. 1, let. e et g, Cst.).

5.4 Frein aux dépenses

Le projet n'est pas soumis au frein aux dépenses visé à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst. car, contrairement à l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, il ne prévoit pas de dispositions relatives aux subventions. En outre, le crédit d'engagement à hauteur de 40 milliards de francs qui a été adopté dans le cadre du

supplément I afin de mettre en œuvre l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, était soumis au frein aux dépenses⁷⁵.

5.5 Conformité à la loi sur les subventions

Les crédits COVID-19 ont servi à assurer immédiatement les liquidités des PME après l'arrêt, ou du moins la réduction provisoire de leurs activités suite aux mesures prises par le Conseil fédéral en vue d'endiguer l'épidémie de COVID-19 (cf. point 1.2).

L'avant-projet régleme les phases 2 et 3 (cf. point 1.4.1), postérieures à la période d'octroi des crédits, qui a duré jusqu'au 31 juillet 2020 (art. 11, al. 1, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19). Il ne prévoit pas de nouvelle subvention par rapport à l'ordonnance, puisqu'il contient principalement des dispositions relatives à la gestion, à la surveillance et au règlement des cautionnements et des créances transférées aux organisations de cautionnement.

La loi du 5 octobre 1990 sur les subventions⁷⁶, la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME⁷⁷ et l'ordonnance du 12 juin 2015 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME⁷⁸ demeurent valables, en particulier s'agissant de la relation entre la Confédération et les quatre organisations de cautionnement, sous réserve que les dispositions de ce projet de loi ou de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 n'y dérogent explicitement. Une dérogation très importante apparaît aux art. 3 et 4 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, qui prévoient des taux de couverture de 100 % ou de 85 % pour les crédits COVID-19 proposés jusqu'au 31 juillet 2020 (au lieu de 65 % selon l'art. 6, al. 2, de la loi fédérale sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME).

5.6 Délégation de compétences législatives

Le Conseil fédéral reçoit des compétences législatives en vertu de l'art. 7, al. 4, et de l'art. 8, al. 6. Afin de préserver ses intérêts ou pour uniformiser la pratique des quatre organisations de cautionnement, la Confédération peut régler par voie d'ordonnance les aspects concernant la postposition de créance, le versement anticipé des cautionnements et la gestion des créances transférées aux organisations de cautionnement.

5.7 Protection des données

Hormis la disposition spécifique à la Banque nationale (art. 28, ch. 3), le projet ne contient pas de nouvelle disposition relative à la protection des données.

⁷⁵ Art. 2b de l'arrêté fédéral Ia du Conseil national (4 mai 2020) et du Conseil des États (5 mai 2020) concernant le supplément I au budget 2020 (20.007).

⁷⁶ RS 616.1

⁷⁷ RS 951.25

⁷⁸ RS 951.251

Toutefois, l'art. 11, al. 5, prévoit expressément que le secret bancaire, le secret fiscal, le secret de la révision ou le secret de fonction ne peuvent être invoqués dans le cadre du traitement, de l'appariement et de la communication de données personnelles et d'informations entre toutes les parties du système de cautionnement de crédits COVID-19. Les flux d'informations ainsi que le traitement et l'appariement des données sont indispensables afin de prévenir les abus dans l'utilisation des ressources publiques ou pour les combattre et les poursuivre (cf. point 1.3) et pouvoir régler les cautionnements éventuellement sollicités de manière efficace et efficiente. La limitation des droits au secret mentionnés était déjà prévue dans l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Elle n'est que précisée dans le cadre de la transposition de l'ordonnance dans le droit ordinaire.