



Commentaires de

**l'ordonnance concernant les mesures pour
les cas de rigueur destinées aux entreprises
en lien avec l'épidémie de COVID-19**

(Ordonnance COVID-19 cas de rigueur)

Berne, le 20 janvier 2021

1 Contexte

En adoptant l'art. 12 de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19), les Chambres fédérales ont créé la base légale qui régit la participation de la Confédération aux mesures de soutien cantonales pour les cas de rigueur. Ces mesures visent à remédier aux situations difficiles qui découlent directement ou indirectement des décisions des autorités. L'art. 12 dispose notamment que, dans des cas de rigueur, la Confédération peut, à la demande d'un ou de plusieurs cantons, soutenir financièrement les entreprises particulièrement touchées par les conséquences des mesures ordonnées aux fins de la lutte contre l'épidémie de COVID-19 en raison de la nature même de leur activité économique, en particulier les entreprises actives dans la chaîne de création de valeur du secteur événementiel, les forains, les prestataires du secteur des voyages ainsi que les entreprises touristiques pour autant que les cantons participent au financement dans la mesure prescrite par la loi. La loi COVID-19 contient des lignes directrices concernant, par exemple, les critères d'éligibilité, la forme des aides pour les cas de rigueur ou la répartition des tâches visée entre la Confédération et les cantons. Les détails sont réglés dans l'ordonnance.

2 Grandes lignes de la réglementation

L'ordonnance vise principalement à définir les conditions auxquelles la Confédération participe aux mesures cantonales pour les cas de rigueur. Les cantons décident librement s'il faut prendre des mesures pour les cas de rigueur et, le cas échéant, sous quelle forme. Cette liberté qu'ils ont souhaitée explicitement leur permet d'adapter lesdites mesures aux particularités cantonales.

Les cantons définissent la forme des mesures pour les cas de rigueur

Énoncés aux sections 2 et 3 de l'ordonnance, les critères d'éligibilité et les critères concernant le type et l'étendue des mesures constituent des conditions minimales que les dispositions cantonales relatives aux cas de rigueur doivent remplir en vue d'une participation de la Confédération. Les cantons peuvent définir d'autres critères supplémentaires dans leur réglementation, en précisant par exemple les branches éligibles, la forme concrète des mesures pour les cas de rigueur ou la durée de ces dernières. Il leur incombe également de durcir ou de définir plus strictement, si nécessaire, les conditions minimales définies aux sections 2 et 3. Les conditions-cadres permettant d'adapter les mesures pour les cas de rigueur aux particularités cantonales sont ainsi mises en place, conformément à la requête des Chambres fédérales, qui entendaient laisser aux cantons une certaine marge dans l'appréciation de ces cas.

Dans leur réglementation, les cantons peuvent prévoir des cautionnements, des garanties, des prêts ou des contributions à fonds perdu. Du point de vue de l'égalité de traitement (prévention de l'arbitraire étatique), ces dernières sont toutefois plus problématiques que des moyens financiers remboursables. Un plafond absolu relativement bas est donc fixé pour les contributions à fonds perdu accordées à chaque entreprise.

Les prêts, les cautionnements et les garanties ont une durée maximale de dix ans. Ils s'élèvent au maximum à 25 % du chiffre d'affaires moyen obtenu en 2018 et 2019 par une entreprise, mais à 10 millions de francs au plus. Les contributions à fonds perdu sont limitées au maximum à 20 % du chiffre d'affaires moyen 2018/2019, mais à 750 000 francs au plus par entreprise. La Confédération participe aux éventuelles pertes résultant des aides rembour-

sables ou aux coûts des contributions non remboursables à hauteur de la participation financière prescrite par la loi.

Seules sont soutenues les mesures cantonales qui ont été allouées ou versées entre la date d'entrée en vigueur de la loi COVID-19, soit le 26 septembre 2020, et la fin de 2021.

Plafonnement de la contribution fédérale

En vertu de la loi COVID-19, la Confédération participe aux dépenses des cantons liées aux cas de rigueur. Les deux tiers des trois premières tranches prévues à l'art. 12, al. 1, de la loi COVID-19, sont répartis entre les cantons en fonction de leur PIB et le tiers restant en fonction de la population résidante. Le Conseil fédéral fixera à une date ultérieure la clé de répartition de la réserve du Conseil fédéral, conformément à l'art. 12, al. 6, de la loi COVID-19.

Les cantons versent aux entreprises la totalité du montant alloué et le facturent rétroactivement à la Confédération. Celle-ci règle ses contributions à des prêts remboursables, à des cautionnements ou à des garanties uniquement en cas de pertes. Les cantons peuvent conclure des accords avec des tiers pour l'octroi et la gestion de cautionnements. Ils luttent contre les abus par des moyens appropriés.

Les cantons peuvent octroyer des fonds supplémentaires en dehors du cadre de l'ordonnance, mais ils doivent les financer eux-mêmes.

3 Commentaires des différents articles

Section 1 Principe

Art. 1

L'al. 1 fixe le principe selon lequel la Confédération participe aux mesures cantonales pour les cas de rigueur dans la limite du crédit d'engagement approuvé par l'Assemblée fédérale, pour autant que les réglementations cantonales remplissent les conditions minimales prévues par l'ordonnance en matière d'éligibilité des entreprises et de forme des mesures, et que les cantons respectent les conditions minimales concernant la procédure, les comptes rendus et le contrôle. La responsabilité incombe aux cantons: ceux-ci définissent les mesures pour les cas de rigueur. La décision portant sur la prise de ces mesures et, le cas échéant, sur leur étendue relève de la seule compétence des cantons. La participation financière (en pourcentage) de la Confédération et des cantons est fixée à l'art. 12, al. 1, de la loi COVID-19. Les fonds fournis par des tiers, par exemple des banques cantonales, ne peuvent pas être pris en compte dans les contributions des cantons. Les contributions de communes ne sont pas considérées ici comme des fonds de tiers et peuvent, par conséquent, être prises en compte dans les contributions des cantons.

Selon *l'al. 2*, les entreprises détenues par les pouvoirs publics n'ont pas droit aux mesures cantonales pour les cas de rigueur. Par conséquent, celles-ci ne s'appliquent pas lorsque la participation de l'État dans l'entreprise demandeuse dépasse 10 %. En effet, une participation publique plus élevée traduit un intérêt stratégique, de sorte qu'il est raisonnable pour l'échelon de l'État compétent de soutenir l'entreprise avec ses propres fonds. Or les petites communes pourraient avoir du mal à soutenir financièrement leurs entreprises. L'ordonnance prévoit par conséquent une dérogation permettant d'éviter par exemple que des entreprises touristiques situées dans des cantons de montagne soient exclues d'emblée de la réglementation pour les cas de rigueur à cause de la participation de leur commune (*let. a*). La *let. b* exclut la possibilité que les sociétés dites «boîtes aux lettres» bénéficient des mesures pour

les cas de rigueur.

On renonce sciemment dans la présente ordonnance à d'autres critères d'exclusion. Les cantons sont libres de prévoir des critères d'éligibilité supplémentaires ou de durcir ou définir plus strictement les critères mentionnés aux sections 2 et 3, par exemple en précisant les branches éligibles.

Section 2 Exigences relatives aux entreprises

Art. 2 *Forme juridique et numéro IDE*

La définition d'une entreprise à l'art. 2, al. 1, correspond à celle de l'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (RS 951.261). Les fondations et les associations sont donc également éligibles, pour autant qu'elles remplissent les conditions fixées dans cette ordonnance pour les mesures destinées aux cas de rigueur.

Conformément à l'al. 2, l'entreprise doit disposer d'un numéro d'identification des entreprises (IDE). Celui-ci ne doit pas être marqué comme «radié» dans le registre IDE. Pendant la durée de validité de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, il est prévu que l'Office fédéral de la statistique (OFS) publie sur Internet les données relatives aux caractères clés de toutes les entités IDE, sans leur accord. Les cantons pourront ainsi vérifier dans le registre IDE si une entreprise est toujours active. Selon la loi fédérale du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises (RS 431.03), toutes les personnes physiques ou morales qui exploitent une entreprise en Suisse ont un numéro d'identification; celui-ci peut être demandé gratuitement auprès de l'OFS.

Art. 2a *Entreprises dont les domaines d'activité sont clairement délimités*

L'art. 12, al. 2^{bis}, de la loi COVID-19 exclut des mesures pour les cas de rigueur les entreprises déjà éligibles pour bénéficier d'autres aides financières de la Confédération destinées à des secteurs spécifiques, afin d'éviter les doubles subventionnements. Cette mesure d'exclusion peut toutefois se révéler problématique pour les entreprises actives dans différents secteurs (par ex. les établissements de restauration proposant une scène culturelle ou les entreprises de voyages en car actives dans le transport régional des voyageurs et proposant également des excursions). C'est pourquoi le Parlement a complété l'art. 12 de la loi COVID-19 d'un nouvel al. 2^{ter} qui permet d'accorder différents types d'aides à condition que les activités d'une entreprise puissent être clairement délimitées et qu'il n'y ait pas de chevauchements. L'ordonnance précise, par conséquent, que les entreprises dont les domaines d'activité sont clairement délimités au moyen d'une comptabilité par secteur peuvent demander à ce que les critères d'éligibilité soient appliqués séparément, c'est-à-dire par secteur. Cette disposition ne concerne pas seulement l'interdiction des doubles subventionnements, mais aussi le recul du chiffre d'affaires et le montant maximal d'une aide fixée, au cas par cas, en fonction du chiffre d'affaires.

Les cantons peuvent également demander l'application de la comptabilité par secteur, par exemple pour évaluer les critères d'éligibilité d'entreprises fermées partiellement.

Art. 3 *Date de la création et chiffre d'affaires*

L'art. 3, al. 1, fixe les conditions relatives à la date de création et au chiffre d'affaires qu'une entreprise doit respecter afin que la Confédération participe aux coûts des mesures cantonales pour les cas de rigueur: seules seront soutenues les entreprises qui existaient déjà avant le début de la pandémie de COVID-19 au début de mars 2020 (*let. a*). Le chiffre d'affaires minimum étant de 50 000 francs, les propriétaires de très petites entreprises qui ne pouvaient subvenir que partiellement à leurs besoins grâce aux bénéfices de celles-ci avant

la pandémie sont exclus des aides destinées aux cas de rigueur (*let. b*). Les grandes entreprises ne sont pas en soi écartées des critères d'éligibilité, la définition d'un éventuel chiffre d'affaires maximum incombant aux cantons. De plus, l'objectif étant de conserver les postes de travail en Suisse, la Confédération participe uniquement au financement des mesures pour les cas de rigueur qui bénéficient à des entreprises payant la plus grande partie de leurs charges salariales en Suisse (*let. c*).

L'*al. 2* indique comment calculer le chiffre d'affaires des entreprises qui n'en avaient encore réalisé aucun en 2018 ou en 2019 ou dont l'un de ces deux exercices est plus long en raison de leur création en 2018 ou en 2019.

Art. 4 Situation patrimoniale et dotation en capital

L'*art. 4* précise essentiellement les exigences de l'*art. 12*, al. 2^{bis}, de la loi COVID-19.

L'*al. 1* énonce les principes concernant la situation patrimoniale et la dotation en capital. Les mesures d'autofinancement pouvant raisonnablement être exigées des entreprises pour protéger les liquidités et la base de capital (*let. b*) sont, par exemple, la renonciation au versement de dividendes et de tantièmes, la renonciation au remboursement de prêts d'actionnaires et d'autres mesures similaires depuis le début de l'épidémie de COVID-19, à condition que ces mesures n'aient pas été compensées par des augmentations de capital d'une ampleur au moins équivalente.

En outre, eu égard à l'interdiction d'un double subventionnement inscrite dans la loi COVID-19, les entreprises qui ont droit à des aides financières COVID-19 destinées spécifiquement aux domaines de la culture, du sport, des transports publics ou des médias ne peuvent pas bénéficier des mesures pour les cas de rigueur. Conformément à la *let. c*, l'entreprise doit, au moment du dépôt de sa demande de mesure pour cas de rigueur, prouver au canton qu'elle n'a pas droit à ce type d'aides. Les entreprises dont les domaines d'activité sont clairement délimités peuvent fonder leur demande sur l'*art. 2a*.

En revanche, l'interdiction des doubles subventionnements ne s'applique pas aux allocations pour perte de gain due au coronavirus, aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, aux crédits COVID-19 garantis par des cautionnements solidaires et aux crédits de cautionnement pour les start-up. Elle ne concerne pas non plus les aides financières versées aux entreprises sur la base du droit ordinaire, indépendamment de la pandémie de COVID-19. En font notamment partie les contributions ou les prêts dans les domaines du tourisme, de la politique régionale ou de l'énergie.

L'*al. 2* énumère les cas dans lesquels une entreprise est réputée rentable ou viable. Celle-ci doit établir la preuve qu'elle ne faisait l'objet ni d'une procédure de faillite ou de liquidation au moment du dépôt de sa demande, ni d'une procédure de poursuite relative à des cotisations sociales en date du 15 mars 2020. En ce qui concerne la condition ne pas faire l'objet d'une procédure de poursuite relative à des cotisations sociales, il est précisé que cette condition est considérée comme remplie si, au moment du dépôt de la demande, un plan de paiement a été convenu ou si la procédure s'est conclue par un paiement.

Art. 5 Recul du chiffre d'affaires

En vertu de l'*art. 12*, al. 1^{bis}, de la loi COVID-19, il y a cas de rigueur si le chiffre d'affaires annuel de l'entreprise est inférieur à 60 % de la moyenne pluriannuelle. La réglementation vise à atténuer les cas de rigueur qui sont dus directement ou indirectement aux mesures prises par les autorités. L'*al. 1* précise que ce recul du chiffre d'affaires 2020 doit représenter plus de 40 % du chiffre d'affaires moyen des années 2018 et 2019.

Étant donné que les mesures décidées par les autorités se poursuivent en 2021, il est possible qu'une entreprise qui a profité d'une saison d'hiver 2019-2020 normale et/ou d'une bonne saison estivale ne soit pas considérée comme un cas de rigueur au regard du chiffre d'affaires réalisé en 2020, bien qu'elle subisse, en raison des fermetures et des restrictions décrétées à partir du 4^e trimestre 2020, des pertes en 2021 justifiant la qualification de cas de rigueur. L'al. 1^{bis} tient compte de cette situation en permettant à l'entreprise de calculer le recul de son chiffre d'affaires en se fondant non pas sur le chiffre d'affaires de l'année 2020, mais sur celui des douze derniers mois, par exemple sur le chiffre d'affaires réalisé entre février 2020 et janvier 2021 ou entre avril 2020 et mars 2021. Pour justifier sa demande, une entreprise peut ainsi étendre le calcul de son chiffre d'affaires annuel moyen jusqu'au mois de juin 2021.

Le chiffre d'affaires de référence des entreprises créées après le 31 décembre 2017 est défini à l'al. 2. Les reculs de chiffres d'affaires subis en 2021 ne sont pas pris en compte dans la base de calcul. Il est très probable que les entreprises dont le chiffre d'affaires sera réduit en 2021 auront déjà subi un recul en 2020 et seront donc en principe éligibles.

Art. 5a Coûts fixes non couverts

L'art. 12, al. 1^{bis}, prévoit que, pour déterminer s'il y a cas de rigueur, il faut aussi tenir compte de la part de coûts fixes non couverts d'une entreprise. Ainsi, les entreprises dont les coûts comprennent notamment des coûts salariaux qui ont déjà été largement couverts par les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail et/ou les prestations compensatoires COVID ne seront pas considérées comme des cas de rigueur, même si leur chiffre d'affaires est en fort recul. C'est pourquoi l'entreprise doit confirmer au canton, lors de sa demande, que le recul du chiffre d'affaires entraîne à la fin de l'année une part substantielle de coûts fixes non couverts. Une autodéclaration de l'entreprise suffit.

Art. 5b Dérogation en faveur des entreprises fermées par les autorités

Les entreprises qui, en raison des mesures fédérales, ont été contraintes de fermer à partir du 1^{er} novembre 2020 pendant plus de 40 jours civils bénéficieront de conditions d'éligibilité assouplies:

- (1) *Suppression de l'obligation de fournir la preuve du recul du chiffre d'affaires visée à l'art. 5, al. 1*

On partira désormais du principe que si les fermetures décidées par les autorités entre le 1^{er} novembre 2020 et le 30 juin 2021 durent au moins 40 jours civils, les entreprises concernées subissent un recul du chiffre d'affaires suffisamment important pour justifier un cas de rigueur et qu'il n'est donc plus nécessaire qu'elles en établissent la preuve. Les entreprises susceptibles de bénéficier des solutions sectorielles prévues par certains cantons seront dorénavant éligibles pour les cas de rigueur, si tout le secteur est affecté par des fermetures de longue durée (par ex. les restaurants et les centres de fitness). Ces entreprises seront soutenues par la Confédération sans qu'il leur soit nécessaire de fournir la preuve du recul de leur chiffre d'affaires. Cet assouplissement non seulement accorde une sécurité financière aux cantons, mais facilite aussi notablement l'exécution des mesures.

Une entreprise est considérée comme fermée au moment où la décision est prise par les autorités et non à l'issue de toute la durée de fermeture.

Une entreprise est également considérée comme fermée même si elle est en mesure de réduire les pertes causées par la fermeture en proposant des activités autorisées par les autorités (par ex. un restaurant offrant des plats à l'emporter ou un commerce

de détail proposant un service de récupération des articles précommandés). Est également réputée fermée une entreprise contrainte de fermer une part essentielle de son activité (par ex. un grand magasin vendant également des produits alimentaires). Les cantons définissent à leur convenance les règles concrètes à appliquer aux entreprises fermées partiellement. Dans leur calcul des contributions, les cantons peuvent et doivent prendre en considération, par la prise en compte des coûts fixes non couverts (ou au contraire couverts en majeure partie), le chiffre d'affaires qu'une entreprise fermée partiellement réalise encore, afin d'éviter un cumul d'indemnités.

(2) *Assouplissement d'autres conditions d'éligibilité (art. 4 et 5a) pour bénéficiaire d'une simplification administrative*

Il est en outre possible de renoncer à exiger les preuves suivantes:

- preuve que les entreprises ont pris les mesures qui s'imposent pour protéger leurs liquidités et leur base de capital (art. 4, al. 1, let. b);
- confirmation que le recul de leur chiffre d'affaires entraîne à la fin de l'année d'importants coûts fixes non couverts (art. 5a).

Art. 6 *Restriction de l'utilisation*

Financées par l'État, les mesures pour les cas de rigueur entendent garantir l'existence des entreprises suisses et préserver des emplois. Par conséquent, au cours des trois années qui suivent l'obtention d'une aide pour cas de rigueur ou jusqu'au remboursement intégral de l'aide reçue, les fonds ne doivent pas être utilisés par les entreprises pour décider, ni distribuer des dividendes ou des tantièmes, rembourser des apports en capital ou accorder des prêts à leurs propriétaires, ni être transférés à des sociétés du groupe sises à l'étranger. Tout transfert de fonds à une personne ou une entreprise sise à l'étranger qui est liée directement ou indirectement à la société bénéficiaire des mesures (par ex. dans le cadre d'une gestion centralisée de la trésorerie [cash pooling]) est donc interdit. En revanche, les paiements découlant d'obligations contractuelles préexistantes pour maintenir l'activité opérationnelle (p. ex. paiements d'intérêts ordinaires et amortissements) sont réservés et admis si ces obligations sont échues. De même, les paiements ordinaires et conformes au marché pour les livraisons et les prestations d'une société du groupe sont autorisés.

Cette limitation de l'utilisation des fonds constitue également un élément important de l'ensemble du système prévu dans l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 et dans le projet de loi connexe du 18 septembre 2020. Les entreprises doivent confirmer au canton compétent qu'elles respecteront ces restrictions. Les cantons peuvent prévoir la résiliation des contrats de prêt ou de cautionnement ou la restitution des contributions à fonds perdu s'il s'avère a posteriori qu'une entreprise n'a pas observé toutes ces restrictions.

Section 3 **Exigences relatives à la forme des mesures pour les cas de rigueur**

Art. 7 *Forme*

Les mesures pour les cas de rigueur pour lesquelles le canton sollicite la participation de la Confédération aux coûts ou aux pertes occasionnés peuvent revêtir la forme de prêts remboursables, de garanties ou cautionnements et de contributions à fonds perdu (*al. 1*).

L'instrument à utiliser et sa forme (par ex. faut-il prévoir des instruments différents en fonction de la branche; les entreprises doivent-elles verser des intérêts aux cantons pour les prêts remboursables et, si oui, lesquels?) relèvent des compétences décisionnelles des cantons (*al. 2*).

L'al. 3 précise que les cantons peuvent, à leurs propres frais, conclure des accords avec des tiers pour l'octroi et la gestion de cautionnements, par exemple avec l'organisation commerciale de cautionnement responsable de leur région. En cas de défaillance sur crédit, les cantons devraient alors prendre en charge les pertes vis-à-vis des organisations de cautionnement, mais pourraient faire valoir une part du montant auprès de la Confédération conformément à la répartition des coûts prévue par la loi.

Art. 8 Plafonds

La fixation d'un montant maximum par entreprise, calculé en fonction de la taille de celle-ci et libellé en francs, vise à éviter que les fonds ne soient utilisés dans une large mesure à des fins autres que la poursuite de l'activité de l'entreprise. Ce plafond comprend le montant total par entreprise (part de la Confédération et des cantons).

Le montant maximum relatif doit être clairement défini, quantifiable et facile à calculer non seulement pour les entreprises disposant d'une comptabilité analytique détaillée, mais également pour les travailleurs indépendants. Il est donc fixé jusqu'à un plafond précis qui dépend du chiffre d'affaires annuel. Concrètement, les prêts remboursables, les cautionnements ou les garanties s'élèvent au maximum à 25 % du chiffre d'affaires moyen des années 2018 et 2019, mais au plus à 10 millions de francs par entreprise. En supposant que les coûts fixes représentent environ un tiers du chiffre d'affaires, une part de 25 % du chiffre d'affaires serait en moyenne suffisante pour couvrir les coûts fixes pendant 9 mois. La durée des prêts, des cautionnements ou des garanties correspond à la durée maximale des crédits COVID-19 définie dans la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (*al. 1*).

Les contributions à fonds perdu étant plus problématiques que des fonds remboursables en matière d'égalité de traitement, leur plafond est sensiblement plus faible que celui des prêts, des cautionnements ou des garanties. Il s'élève au maximum à 20 % du chiffre d'affaires moyen des années 2018 et 2019 et à 750 000 francs au plus par entreprise (*al. 2*).

Les cantons ont la possibilité d'augmenter le plafond nominal visé à l'al. 2 à 1,5 million de francs, si l'entreprise procède à une restructuration, à condition que les propriétaires et les bailleurs de fonds apportent une contribution supplémentaire à hauteur d'un montant correspondant. Ainsi, l'augmentation de la contribution de la Confédération à 1 million de francs présuppose une contribution des propriétaires ou de bailleurs de fonds d'un montant total de 250 000 francs (composé, par ex., d'une augmentation des fonds propres de 150 000 francs et d'un abandon de créances de 100 000 francs). Seuls les fonds propres fraîchement apportés sont considérés comme une contribution supplémentaire des propriétaires, et non la conversion de prêts d'actionnaires en fonds propres (*al. 2^{bis}*).

Si une entreprise reçoit à la fois des aides remboursables et des aides non remboursables, leur total ne doit pas dépasser 25 % du chiffre d'affaires moyen des années 2018 et 2019, ni 10 millions de francs (*al. 3*).

Si l'entreprise a été créée après le 31 décembre 2017, le chiffre d'affaires moyen des années 2018 et 2019 est calculé conformément à l'art. 3, al. 3 (*al. 4*).

Les cantons peuvent octroyer des fonds supplémentaires en dehors du champ d'application de l'ordonnance, mais ils doivent les financer intégralement eux-mêmes (*al. 5*). En cas de pertes liées à des prêts dépassant les plafonds, la participation de la Confédération aux pertes éventuelles est réduite proportionnellement.

Art. 9 Communication des données

La lutte efficace contre les abus présuppose que les cantons aient la possibilité de vérifier les informations fournies par les entreprises qui présentent la demande, si possible déjà lors

de l'examen de celle-ci, mais au plus tard par des contrôles ponctuels. Pour ce faire, ils doivent avoir accès à des données provenant de diverses sources publiques. Par conséquent, les décisions que les cantons arrêtent ou les contrats relatifs aux subventions qu'ils concluent avec les entreprises doivent prévoir que le canton compétent peut obtenir des données sur l'entreprise en question auprès d'autres services fédéraux ou cantonaux ou fournir à ces derniers des données sur l'entreprise, dans la mesure où cela est nécessaire à l'examen des demandes, à la gestion des aides et à la lutte contre les abus.

Art. 10 Calendrier

La loi COVID-19 étant valable jusqu'à fin 2021, la participation de la Confédération concerne les mesures cantonales qui sont allouées ou versées entre l'entrée en vigueur de la loi COVID-19 le 26 septembre 2020 et la fin décembre 2021. Cette formulation autorise la Confédération à participer à des mesures accordées par les cantons avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, pour autant que les réglementations cantonales respectent les conditions de cette dernière. Le risque que des mesures allouées précédemment ne remplissent pas ces conditions est donc supporté par les cantons.

Si une aide cantonale a été allouée avant fin décembre 2021, la contribution de la Confédération aux pertes éventuelles résultant de prêts, de garanties ou de cautionnements peut être versée au cours des années suivantes sur la base du crédit d'engagement approuvé par le Parlement. Par ailleurs, en ce qui concerne les contributions allouées ou versées pendant que l'ordonnance est en vigueur, les dispositions de cette dernière restent applicables même après son abrogation.

Art. 11 Gestion par les cantons et lutte contre les abus

La Confédération participe uniquement si les cantons prennent des mesures appropriées pour prévenir ou réduire les dommages et pour lutter contre les abus (*al. 1*). Il s'agit notamment, dans le cas de prêts, de cautionnements ou de garanties, de veiller à ce que les créances en souffrance soient gérées de manière appropriée, que ce soit par les cantons eux-mêmes ou par des tiers (facturation, amortissement et intérêts, cas problématiques, assainissements; *let. a*), et, en cas de pertes sur prêts ou sur cautionnements, de prendre des mesures appropriées pour recouvrer le montant des créances (*let. b*).

Par ailleurs, la prise de mesures appropriées pour lutter contre les abus revêt une importance particulière (*let. c*). Les actes cantonaux doivent ainsi régler la manière dont les entreprises authentifient les informations qu'elles fournissent lors du dépôt de leur demande. Afin de contenir les coûts administratifs, on privilégiera si possible les informations existantes, faciles à vérifier et que les entreprises ne peuvent pas manipuler. Il doit, par exemple, être possible de certifier la date de fondation ou, le cas échéant, le siège d'une société en présentant un extrait actuel du registre du commerce, ou de prouver que les exigences relatives au chiffre d'affaires de l'entreprise ont été respectées en fournissant un décompte du chiffre d'affaires soumis à la TVA ou les comptes annuels (s'il existe un rapport de révision, les comptes annuels révisés). Par ailleurs, un extrait du registre du commerce devrait suffire pour vérifier qu'aucune procédure de faillite ou de liquidation n'est en cours, tout comme un extrait du registre des poursuites devrait suffire pour prouver que la société ne fait pas l'objet d'une procédure de poursuite relative à des cotisations sociales, et les rapports d'investissement des autorités concernées devraient fournir les informations sur les participations des pouvoirs publics. Dans les cas exceptionnels où cela n'est pas possible (par ex. pour les entreprises sans extrait du registre du commerce ou dont le chiffre d'affaires n'est pas soumis à la TVA), l'autodéclaration de l'entreprise sera probablement, pour des raisons pratiques, le moyen le plus approprié (pour les exceptions, voir l'art. 18, al. 1^{bis}).

C'est pourquoi les contrôles ponctuels ultérieurs ou, si possible, des analyses complètes de

données (concernant par ex. l'interdiction de verser des dividendes), combinés à des sanctions en cas de manquement, constituent un instrument important pour lutter contre les abus: les contrôles cantonaux des finances et le Contrôle fédéral des finances peuvent vérifier sur place l'existence, l'exhaustivité et l'exactitude des données fournies par l'entreprise et transmises par le canton.

L'*al. 2* oblige les services fédéraux compétents pour l'octroi des aides financières COVID-19 destinées spécifiquement aux domaines de la culture, du sport, des médias ou des transports publics à donner aux cantons l'accès aux données concernant les aides accordées. Il est en effet important de disposer de ces données pour examiner en détail les demandes et éviter les abus. Il est primordial que les cantons assurent une gestion rigoureuse et mènent une lutte efficace contre les abus. Étant donné le montant total des moyens mis à disposition et les taux de subvention, la Confédération doit pouvoir vérifier, à l'aide de contrôles ponctuels, que la mise en œuvre par les cantons est conforme aux prescriptions de l'ordonnance (*al. 3*).

Section 4 Procédure et compétences

Art. 12 Compétence

Les cantons réglementent la procédure de subventionnement dans des actes cantonaux (*al. 1*) et veillent à cet égard à la transparence requise et à l'égalité de traitement. Ils doivent examiner les demandes des entreprises, cet examen pouvant également être réalisé à l'aide d'outils numériques (*al. 2*). Ils peuvent faire appel à des tiers à cet effet (p. ex. organisations de cautionnement, banques, assurances, fiduciaires; *al. 3*).

Art. 13 Compétence des cantons

Les entreprises déposent leur demande auprès du canton dans lequel elles avaient leur siège statutaire le 1^{er} octobre 2020 (*al. 1*). Cela évitera les transferts de siège en raison de la forme cantonale des mesures pour les cas de rigueur. Les entreprises inscrites au registre du commerce peuvent présenter à titre de justificatif un extrait actuel dudit registre, où les éventuels transferts du siège sont consignés. Pour les autres entreprises, on privilégiera l'autodéclaration, car les informations devraient être relativement faciles à vérifier, par exemple sur la base des données fiscales.

Le canton qui a accordé la mesure initiale reste compétent pendant toute sa durée de validité, même en cas de transfert du siège de l'entreprise (*al. 2*).

Section 5 Contributions de la Confédération et comptes rendus des cantons

Art. 14 Montant de la participation de la Confédération

L'art. 12, al. 1, de la loi COVID-19 prévoit des fonds d'un montant total de 1,75 milliard de francs en faveur des mesures pour les cas de rigueur, répartis en trois tranches financées différemment par la Confédération et les cantons. En complément à ces aides, l'art. 12, al. 6, de la loi COVID-19, prévoit la création d'une «réserve» du Conseil fédéral: la Confédération peut verser aux cantons particulièrement touchés des contributions supplémentaires à hauteur de 750 millions de francs au plus en faveur des mesures cantonales pour les cas de rigueur, sans que les cantons doivent participer financièrement à ces contributions supplémentaires. Toutefois, la loi ne précise pas si les fonds de la réserve du Conseil fédéral doivent être versés aux cantons sur la base des dispositions de l'ordonnance COVID-19 cas de rigueur ou s'ils doivent être utilisés pour des mesures cantonales spécifiques supplémentaires en dehors du champ d'application de l'ordonnance sur les cas de rigueur. L'art. 14 de l'ordonnance prescrit, dès lors, que la réserve du Conseil fédéral doit aussi être affectée au

financement des mesures cantonales pour les cas de rigueur conformément à la présente ordonnance. Par conséquent, un total de 2,5 milliards est disponible pour le financement, prévu par cette ordonnance, des mesures pour les cas de rigueur. La réserve du Conseil fédéral sera utilisée à titre de quatrième tranche, une fois épuisées les trois premières tranches.

Art. 15 Répartition entre les cantons

Cet article définit la répartition entre les cantons du montant total mis à disposition par la Confédération et précise que la part de chaque canton exprimée en pour-cent est arrondie à deux décimales (*al. 1*). Par analogie, les contributions en millions de francs sont aussi arrondies à deux décimales. La population résidante est une clé de répartition fréquemment utilisée pour ventiler des fonds entre la Confédération et les cantons (par ex. péréquation financière nationale). Les mesures cantonales pour les cas de rigueur étant destinées à soutenir l'activité économique dans les cantons, la prise en compte déterminante du PIB dans la clé de répartition semble judicieuse. C'est pourquoi la répartition du montant maximal de la contribution de la Confédération approuvée par l'Assemblée fédérale au moyen d'un crédit d'engagement entre les cantons doit être basée sur une clé combinant la population résidante cantonale et le PIB cantonal. Cette clé tiendra compte, à raison d'un tiers, de la population cantonale résidante (part cantonale dans la population résidante; Office fédéral de la statistique [OFS], 2019, page consultée le 1^{er} octobre 2020) et, à raison des deux tiers, du PIB cantonal (part cantonale au PIB national; OFS, 2016¹). Le montant total mis à disposition par la Confédération sera ventilé entre les cantons en fonction des parts ainsi calculées (cf. tableau en annexe de l'ordonnance).

Les parts à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et les indemnités de chômage partiel versées par canton ont été envisagées comme clé de répartition lors de l'élaboration de la présente ordonnance. Dans l'ensemble, une répartition en fonction des parts à la TVA devrait être assez semblable à une ventilation selon le PIB et apporterait dès lors peu de valeur ajoutée. Le montant des indemnités de chômage partiel fournit certes des indications sur les difficultés de certaines branches ou entreprises. Le chômage partiel semble néanmoins peu approprié pour déterminer les parts cantonales, car les mesures pour les cas de rigueur sont destinées en particulier aux entreprises qui rencontrent des problèmes financiers en raison de leur structure opérationnelle ou de leurs activités (p. ex. charges de personnel faibles par rapport au capital ou pertes de recettes sans possibilité d'économiser du personnel), en dépit des indemnités de perte de gain ou de chômage partiel. Afin de garantir que les fonds mis à disposition par la Confédération soient utilisés de la manière la plus efficace possible, les cantons annoncent au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) avant le 30 juin 2021 si, et dans quelle mesure, ils n'auront pas recours à la contribution de la Confédération qui leur est attribuée ou s'ils ont besoin de ressources supplémentaires (*al. 2*). De cette manière, les fonds non utilisés peuvent être répartis entre les cantons qui ont des besoins de financement plus importants. Les nouvelles attributions entraînent une adaptation des contrats (*al. 3*). La répartition est effectuée selon la clé de répartition définie à l'*al. 1* (deux tiers en fonction du PIB cantonal et un tiers en fonction de la population résidante). L'*al. 4* habilite le DEFR à déroger à cette clé de répartition, pour autant que cela permette de mieux répondre aux besoins des cantons qui requièrent des fonds supplémentaires.

La Confédération ne participe pas aux coûts d'exécution des cantons.

¹ L'OFS a publié le 23 octobre 2020 les données définitives les plus récentes sur le PIB cantonal.

Art. 16 Contrat

Si un canton sollicite des contributions de la Confédération, il conclut un contrat de droit public avec le SECO au plus tard le 30 septembre 2021 (*al. 1*).

Ce contrat précise notamment les bases légales, les mesures pour les cas de rigueur prises par le canton, les obligations de ce dernier et la participation financière de la Confédération (*al. 2*). Concrètement, le canton indique quel type de mesures pour les cas de rigueur il veut prendre et comment il entend garantir que seules les mesures répondant aux exigences de l'ordonnance seront facturées à la Confédération. (*Al. 2*). Les modifications et les extensions des contrats existants sont possibles par accord mutuel.

Art. 17 Moment du versement, recouvrement et remboursements

L'*al. 1* énonce qu'en vue d'une simplification administrative, les cantons financent de manière anticipée les mesures allouées pour les cas de rigueur et facturent rétroactivement ce montant à la Confédération. Cette procédure est raisonnable, car ces mesures ne devraient pas dépasser les capacités financières des cantons.

Selon l'*al. 2*, les contributions de la Confédération aux prêts remboursables ne sont versées que lorsque ceux-ci ne sont pas ou pas entièrement remboursés à l'échéance (*let. a*), lorsque les cautionnements sont sollicités et lorsque les garanties sont exigées (*let. b*). La Confédération participe proportionnellement aux pertes. Concernant les contributions à fonds perdu, elle prend en charge sa part l'année au cours de laquelle ces contributions sont versées. Comme aucun crédit n'était prévu pour 2020 et que la loi COVID-19 et l'ordonnance COVID-19 cas de rigueur expirent à la fin de 2021, la majorité des contributions de la Confédération aux aides à fonds perdu seront versées aux cantons en 2021. Les cantons devraient verser cette même année la plus grande partie de leurs contributions (*let. c*).

Les revenus de recouvrement provenant des pertes liées à des cautionnements et à des prêts, dont sont déduits les coûts de recouvrement, sont répartis entre la Confédération et les cantons en fonction de la participation aux coûts prévue par la loi (*al. 3*). Il en va de même pour les remboursements effectués à la suite de fausses déclarations et pour les restitutions volontaires de contributions à fonds perdu (*al. 4*). Cette règle s'applique uniquement aux montants auxquels la Confédération a participé. Si les cantons ont versé des contributions sans participation de la Confédération, celles-ci ne relèvent pas de cette disposition.

Art. 18 Comptes rendus et facturation

L'*al. 1* réglemente les paramètres du compte rendu que les cantons adressent au SECO.

L'*al. 1^{bis}* dispose que le canton doit remettre à la Confédération, à la demande de celle-ci, les justificatifs prouvant que les conditions d'éligibilité aux aides sont bien respectées. Pour faciliter l'exécution administrative par les cantons, l'ordonnance autorise l'autodéclaration des entreprises, à trois exceptions près. À moins que les cantons n'aient édicté des règles plus strictes, il suffit à une entreprise de confirmer simplement qu'elle répond aux critères d'éligibilité énoncés aux art. 4 et 5a (par ex. en cochant la case correspondante dans le formulaire et en y apposant sa signature). Font exception uniquement les justificatifs concernant la date de création, le chiffre d'affaires et la confirmation que l'entreprise ne fait pas l'objet d'une procédure de faillite ou de liquidation. Une simple autodéclaration n'est pas suffisante dans ces cas. Cependant, les petites entreprises qui ne sont pas assujetties à la TVA peuvent, par exemple, prouver la baisse de leur chiffre d'affaires en présentant un extrait de leur compte de résultats. La responsabilité du respect des conditions d'éligibilité incombe aux cantons.

Pour faciliter l'exécution, le compte rendu visé à l'*al. 1* est établi au moyen d'une solution informatique (hafrep) mise à disposition par le SECO. Compte tenu du grand intérêt politique

que présente une vue d'ensemble actualisée des mesures prises, les rapports doivent être établis sur une base mensuelle jusqu'à la fin de 2021. Par la suite, les intervalles pourront être plus longs; un rapport semestriel devrait suffire (*al.* 2).

Les cantons remettent les factures relatives aux prestations fournies au SECO une fois par année. En ce qui concerne les contributions non remboursables, ils peuvent remettre les factures une fois par semestre. (*al.* 3).

Le DEFR peut préciser d'autres modalités par voie d'ordonnance (*al.* 4).

Art. 19 *Réduction ultérieure et demande de remboursement*

Le respect des conditions minimales de cette ordonnance et des contrats concernés incombe aux cantons. Si l'examen par le SECO révèle que les conditions minimales ne sont pas remplies, la Confédération peut réduire *ex ante* les montants maximums par canton ou réclamer le remboursement ultérieur des paiements effectués. Les dispositions générales de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu; RS 616.1), en particulier les art. 28 (aides en cas de non-accomplissement ou d'accomplissement défectueux de la tâche) et 31 (résiliation de contrats portant sur une aide ou une indemnité), sont applicables. Les cantons diminuent le risque de réductions ultérieures et de demandes de remboursement par la Confédération en luttant systématiquement contre les abus conformément aux possibilités citées à l'art. 11.

Section 6 **Procédure concordataire, perte de capital et surendettement**

Art. 20 *Procédure concordataire en lien avec les mesures pour les cas de rigueur*

Pour ne pas compromettre l'objectif que le Parlement poursuivait avec l'art. 12 de la loi COVID-19, il faut empêcher qu'une entreprise soit déclarée en faillite avant le versement des fonds alloués pour son sauvetage. Le sursis provisoire représente une procédure adaptée aux besoins de la situation actuelle à laquelle peut recourir toute entreprise menacée d'insolvabilité qui a une perspective concrète d'assainissement. Une telle entreprise peut obtenir relativement facilement un sursis de durée limitée. Cette procédure lui laissera le temps de préparer sa demande de mesure pour les cas de rigueur, d'attendre le versement des fonds correspondants et, le cas échéant, d'engager des mesures d'assainissement supplémentaires. Si sa demande est acceptée, l'entreprise peut être libérée du sursis concordataire au plus tard lorsque les fonds sont versés et poursuivre ensuite ses activités commerciales sans restriction. Si la demande est rejetée, l'entreprise est mise en faillite conformément à l'art. 293a de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1).

L'art. 20 vise à modifier légèrement trois dispositions du droit en vigueur qui régit le sursis provisoire (art. 293 à 293d LP):

- (1) Une entreprise visée à l'art. 2 de l'ordonnance peut obtenir un sursis concordataire provisoire si elle prouve de manière crédible qu'elle remplit les conditions requises pour bénéficier des mesures pour les cas de rigueur et qu'elle a déjà pris ou prendra les mesures nécessaires à cette obtention. Si la demande de mesure pour cas de rigueur a déjà été soumise, la présentation d'une copie de cette demande sera la manière la plus simple pour l'entreprise de remplir l'exigence correspondante. Il suffira au juge du concordat de vérifier sommairement si les conditions requises dans le cadre des mesures pour les cas de rigueur sont remplies. Dans tous les cas, le juge du concordat évaluera uniquement si une entreprise est en mesure de présenter une demande d'assistance de manière sérieuse et si les chances d'approbation de cette demande sont intactes. Le seul but est d'établir un pronostic sur la manière dont

l'autorité compétente jugera la demande de mesure pour cas de rigueur et en aucun cas de rendre une décision sur la demande elle-même. Pour cette raison et eu égard aux divers organes compétents impliqués dans la décision ultérieure sur une telle demande, la décision du juge du concordat n'a aucune valeur de précédent; il en va de même pour une décision négative du juge du concordat.

- (2) Afin de réduire autant que possible les obstacles financiers liés à une procédure concordataire, il est prévu qu'en règle générale, le juge du concordat renonce, en dérogation à l'art. 293b LP, à nommer un commissaire. Cette disposition se fonde par ailleurs sur l'art. 9 de l'ancienne ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en cas d'insolvabilité pour surmonter la crise du coronavirus (ordonnance COVID-19 insolvabilité; RO 2020 1233, 3971), qui prévoyait qu'aucun commissaire ne devait généralement être nommé. Une telle nomination n'était requise que dans des cas qualifiés, lorsqu'il s'agit de grandes entreprises ou de circonstances complexes. Il convient en outre de souligner que le droit en vigueur prévoit la possibilité de ne pas nommer de commissaire dans les cas justifiés (art. 293b, al. 2, LP), en particulier, «lorsqu'il n'y a pas d'intérêts de tiers en jeu, ou lorsque l'intervention d'un commissaire réduirait le substrat disponible au point de rendre un assainissement impossible» (message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [droit de l'assainissement], FF 2010 5871, 5896).
- (3) Enfin, en dérogation à l'art. 54 de l'ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP; RS 281.35), le présent article dispose que le juge du concordat ne perçoit pas d'émolument pour sa décision relative à un cas pour lequel la demande de sursis se fonde sur l'ordonnance COVID-19 cas de rigueur. En principe, les procédures menées dans de pareilles circonstances doivent être gratuites.

Par ailleurs, les dispositions générales relatives au sursis provisoire s'appliquent. En vertu de l'art. 293c LP en relation avec l'art. 296, le sursis doit, en principe, faire l'objet d'une publication; aux termes de l'art. 293c, al. 2, let. d, LP, celle-ci est obligatoire si aucun commissaire n'est désigné. Pendant la durée du sursis, l'entreprise peut poursuivre ses activités commerciales; toutefois, aucune poursuite ne peut être engagée ni exercée à l'encontre de la société, sous réserve des créances garanties par un gage immobilier; les procès civils et les procédures administratives portant sur les créances concordataires sont suspendus et les délais de prescription ou de péremption cessent de courir (cf. art. 297 ss LP). Le sursis est annulé dès qu'il n'y a plus de perspective d'assainissement, en l'occurrence notamment si la demande de mesure pour cas de rigueur a été rejetée ou si aucune demande n'a été introduite dans le délai imparti.

Art. 21 Perte de capital et surendettement

Les prêts accordés en vertu de cette ordonnance ou les crédits cautionnés ou garantis sur cette base ne sont pas pris en compte comme capitaux de tiers au sens de l'art. 725, al. 1, du code des obligations.

Les créances issues de crédits COVID-19 cautionnés solidairement et de crédits COVID-19 pour les cas de rigueur se situent au même rang. Il s'agit dans les deux cas de créances de classe 3.

Section 7 Dispositions finales

Art. 22 Exécution

Le SECO est l'autorité d'exécution au niveau de la Confédération.

Art. 23 Entrée en vigueur et durée de validité

L'ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2020 et s'applique jusqu'à la fin de la validité de la loi COVID-19, soit le 31 décembre 2021 (*al. 1 et 2*). Les contrats doivent être conclus avec les SECO avant le 30 septembre 2021 (voir art. 16). Les prêts, cautionnements et garanties doivent également être alloués ou versés au plus tard fin 2021, de même que les contributions à fonds perdu auront été versées à cette date (voir art. 10).

La loi COVID-19 (art. 9, let. c) prévoit que le Conseil fédéral peut définir des exceptions pour le calcul de la couverture du capital-actions et des réserves conformément à l'art. 725, al. 1, CO² et pour le calcul du surendettement conformément à l'art. 725, al. 2, CO. Ces dispositions dérogatoires doivent pouvoir être appliquées aux aides pour les cas de rigueur allouées sous forme de prêts ou de prêts garantis pendant toute la durée de ces dernières. Par conséquent, l'art. 21 de l'ordonnance doit avoir effet jusqu'au 31 décembre 2031 (*al. 3*). Toutefois, l'Assemblée fédérale doit d'abord adopter la prolongation de la délégation de compétences au Conseil fédéral (art. 9, let. c) dans le cadre d'une modification de la loi COVID-19. Par conséquent, l'*al. 3* ne peut entrer en vigueur que sous réserve de cette modification de la loi (*al. 4*). La modification du 18 décembre 2020 de la loi COVID-19 a rempli cette condition.

En revanche, la plupart des pertes des cantons liées à des prêts, des cautionnements ou des garanties ne devraient pas se produire avant le 31 décembre 2021. Le règlement ultérieur du paiement de ces pertes peut toutefois être fondé sur les assurances données en vertu des art. 16 et 10 pendant la période de validité de la loi COVID-19 et de la présente ordonnance. Il peut donc être opéré même si la loi et l'ordonnance ne sont plus en vigueur; les dispositions de cette dernière restent applicables.

² RS 220