



20.075

## Message concernant la loi sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus

du 18 septembre 2020

---

Madame la Présidente,  
Monsieur le Président,  
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'une loi sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous proposons simultanément de classer les interventions parlementaires suivantes:

- |      |   |         |   |
|------|---|---------|---|
| 2020 | M | 20.3156 | 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 (E 5.5.2020, Commission des finances CE; N 5.5.2020) |
| 2020 | M | 20.3170 | Des assainissements d'entreprises ciblés plutôt qu'une vague de faillites (E 8.6.2020, Commission des finances CE; N 11.6.2020)   |

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

18 septembre 2020

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Simonetta Sommaruga  
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

---

## Condensé

*Le projet vise à transposer dans une loi ordinaire l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 adoptée par le Conseil fédéral le 25 mars 2020. Cette ordonnance de nécessité a constitué la base légale permettant de surmonter rapidement les problèmes de liquidités rencontrés par les petites et moyennes entreprises en raison de l'épidémie de COVID-19. L'ordonnance est limitée à six mois, mais le remboursement des crédits accordés prendra encore de nombreuses années. C'est pourquoi il est nécessaire de créer une réglementation légale formelle applicable aux relations de crédit.*

### Contexte

*Le 30 janvier 2020, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a déclaré que l'épidémie de COVID-19 constituait une urgence de santé publique de portée internationale. La progression de l'épidémie a entraîné une insécurité économique générale au niveau mondial. L'incertitude régnait et règne encore en ce qui concerne les possibles conséquences des ruptures de la chaîne d'approvisionnement, du chômage et du manque de main-d'œuvre sur la performance économique, ainsi que d'autres effets potentiellement durables sur le marché résultant d'une diminution de la confiance des consommateurs et de restrictions liées à la situation sanitaire. 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 ou complète dans de nombreuses entreprises en Suisse. Afin que les entreprises, en particulier les PME et les indépendants, puissent tout de même payer leurs coûts fixes, il a fallu prévoir un accès rapide à des financements de transition permettant de leur garantir les liquidités nécessaires. L'ordonnance du 25 mars 2020 sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 constitue la réponse du Conseil fédéral à cette situation. De par la loi, l'ordonnance de nécessité a dû être limitée à six mois.*

### Contenu du projet

*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. Rétrospectivement, ce délai semble avoir été bien choisi. L'évolution des demandes de crédits liés au COVID-19 montre clairement que le besoin a nettement diminué après quelques semaines. En cas de deuxième vague du COVID-19 ou de difficultés conjoncturelles durables, il conviendrait de revoir la situation et de trouver des solutions adéquates. Le système actuel ne saurait être simplement transposé à tous les problèmes financiers futurs des entreprises suisses.*

*Le présent projet doit maintenant régler les aspects juridiques postérieurs à l'octroi des crédits, 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 de crédit transférées aux organisations de cautionnement). Le projet*

---

*prévoit de régler de manière individuelle chaque cas de rigueur en ce qui concerne la durée d'amortissement, la postposition de créance et l'abandon de créance, et renonce délibérément à toute solution définie par branche économique. Cette approche au cas par cas a été largement approuvée dans le cadre de la consultation.*

*Le projet transpose aussi dans le droit ordinaire plusieurs réglementations de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 qui restent valables (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 en vue du refinancement, responsabilités et dispositions pénales, plainte pénale, dérogation limitée à l'interdiction d'octroyer des crédits mise en place pour PostFinance SA). Sur la base notamment d'avis exprimés lors de la consultation, certains de ces aspects sont ponctuellement adaptés pour remédier à des problèmes d'application ou pour les prévenir.*

*Afin de ne pas créer d'insécurité juridique, le système de cautionnement des crédits qui a été développé avec les donneurs de crédit, la Banque nationale suisse et les quatre organisations de cautionnement et qui est ancré dans l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 doit être repris dans la mesure du possible sans changement. Cette position a été clairement soutenue par les participants à la consultation.*

## Table des matières

<b>Condensé</b>	<b>8166</b>
<b>1 Contexte</b>	<b>8170</b>
1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés	8170
1.2 Solutions étudiées et solution retenue	8170
1.3 Relation avec le programme de la législature et la planification financière, ainsi qu’avec les stratégies du Conseil fédéral	8173
1.4 Classement d’interventions parlementaires	8173
<b>2 Résultat de la consultation</b>	<b>8174</b>
<b>3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen</b>	<b>8176</b>
<b>4 Présentation du projet</b>	<b>8177</b>
4.1 Nouvelle réglementation proposée	8177
4.1.1 Les trois phases du système de cautionnement des crédits COVID-19	8177
4.1.2 L’essentiel du projet	8178
4.1.3 Questions autour d’une réglementation pour les cas de rigueur	8180
4.1.4 Prévention, lutte et poursuite en matière d’abus	8183
4.2 Adéquation des moyens requis	8185
4.3 Aspects de mise en œuvre	8186
4.4 Prolongation de la durée de validité de l’ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19	8187
<b>5 Commentaire des dispositions</b>	<b>8187</b>
5.1 Section 1 Objet	8187
5.2 Section 2 But du cautionnement solidaire, utilisations illicites des fonds, amortissement et taux d’intérêt	8188
5.3 Section 3 Tâches des organisations de cautionnement et convention avec la Confédération	8195
5.4 Section 4 Gestion, surveillance et règlement du cautionnement solidaire ainsi que prévention, lutte et poursuite en matière d’abus	8197
5.5 Section 5 Prise en charge des pertes sur cautionnements et des frais administratifs par la Confédération	8206
5.6 Section 6 Transfert simplifié des créances de crédit en vue du refinancement par la BNS	8209
5.7 Section 7 Responsabilité, tâches de l’organe de révision, surendettement et disposition pénale	8212
5.8 Section 8 Dispositions finales	8216

---

<b>6</b>	<b>Conséquences</b>	<b>8219</b>
6.1	Conséquences pour la Confédération	8219
6.1.1	Conséquences financières	8219
6.1.2	Conséquences sur l'état du personnel	8220
6.2	Conséquences économiques	8221
<b>7</b>	<b>Aspects juridiques</b>	<b>8222</b>
7.1	Constitutionnalité	8222
7.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	8222
7.3	Forme de l'acte à adopter	8223
7.4	Frein aux dépenses	8223
7.5	Conformité à la loi sur les subventions	8223
7.6	Délégation de compétences législatives	8224
7.7	Protection des données	8224
	<b>Loi fédérale sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus (Loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, LCaS-COVID-19) (Projet)</b>	<b>8225</b>

# Message

## 1 Contexte

### 1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Les effets de l'épidémie<sup>1</sup> 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 sises en Suisse, 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 coûts 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 par la Confédération ont été sollicitées pour garantir ces crédits par des cautionnements solidaires<sup>2</sup>. 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.)<sup>3</sup>, le Conseil fédéral a édicté le 25 mars 2020 l'ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19<sup>4</sup>) (cf. ch. 4.1.1). En vertu de l'art. 7d de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)<sup>5</sup>, la durée de validité de cette ordonnance de nécessité a dû être limitée à six mois. Avec le présent projet, le Conseil fédéral peut, d'une part, prolonger la durée de validité de l'ordonnance de nécessité afin d'éviter tout vide réglementaire (cf. ch. 4.4) et, d'autre part, régler les situations postérieures à l'octroi de crédits, notamment les droits et obligations des organisations de cautionnement ainsi que les cas de rigueur en lien avec la durée d'amortissement, la postposition de créance et l'abandon de créance (cf. ch. 4.1.2).

### 1.2 Solutions étudiées et solution retenue

Compte tenu de l'extrême urgence à agir au milieu de mars 2020, il n'y avait guère d'autres instruments financiers envisageables que le cautionnement solidaire; le

<sup>1</sup> Il a sciemment été renoncé à l'utilisation du terme de «pandémie», car ce dernier est étranger au droit suisse des épidémies.

<sup>2</sup> Art. 496 du code des obligations (RS 220); cf. Basler Kommentar OR I-Pestalozzi, art. 496, n° 1 s.

<sup>3</sup> RS 101

<sup>4</sup> RS 951.261; RO 2020 1077; cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 25 mars 2020, disponible sous: [www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-78572.html](http://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-78572.html).

<sup>5</sup> RS 172.010

recours au cautionnement simple était notamment exclu. Il s'agissait de trouver très rapidement avec les banques et PostFinance SA une solution qui soit fonctionnelle dès la fin du mois de mars 2020. La solution choisie s'appuie donc en particulier sur le système déjà connu du cautionnement des crédits octroyés aux PME par les quatre organisations de cautionnement reconnues. L'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, adoptée dans le but d'assurer les liquidités de ces entreprises, conçoit les crédits et les cautionnements liés à l'épidémie selon les axes principaux suivants:

#### *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 coûts fixes à raison d'un tiers chacun, un crédit COVID-19 devrait donc permettre de financer les coûts fixes d'une entreprise pendant un peu plus de trois mois en moyenne.

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). Aucun crédit COVID-19 portant sur une somme de plus de 20 millions de francs n'a été accordé.

#### *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 dans un délai de 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 formelles et fixer le montant du crédit en fonction du chiffre d'affaires indiqué. 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. Le crédit n'était libéré qu'après l'analyse de crédit par la banque, le contrôle des conditions formelles 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 solidaires<sup>6</sup> (cf. ch. 7.4). Le premier crédit d'engagement prévu se montait à 20 milliards de francs. Compte tenu de l'ampleur de la demande en crédits COVID-19 au début du programme (cf. graphique sous ch. 2), le Conseil fédéral a estimé qu'il était urgent de prévoir un second crédit d'engagement d'un montant identique. En date du 2 avril 2020, on comptait déjà plus de 75 000 conventions de crédit conclues pour un volume estimé dépassant 14 milliards de francs. À l'époque, il s'agissait pour le Conseil fédéral d'éviter que les donneurs de crédits ou les organisations de cautionnement ne se trouvent soudain dans l'incapacité d'octroyer ou de cautionner des crédits COVID-19 pour la simple raison que la première tranche du crédit d'engagement eût été épuisée<sup>7</sup>. Rétrospectivement, on constate que la première tranche de 20 milliards de francs était suffisante.

Les demandes de crédits cautionnés pouvaient être déposées entre le 26 mars et le 31 juillet 2020 (état au 17 août 2020):

- Pendant cette période, 135 005 conventions de crédit ont été conclues pour des crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs, dont le montant garanti s'élevait à 103 000 francs en moyenne. Le volume des cautionnements concernant des crédits COVID-19 s'inscrit ainsi à 13,8 milliards de francs.
- Pendant la même période, 1128 cautionnements ont été octroyés pour les autres crédits COVID-19 jusqu'à 20 millions de francs, dont le montant moyen était de 2,7 millions de francs. Comme la Confédération ne cautionne indirectement ces crédits qu'à concurrence de 85 %, le volume des caution-

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

<sup>7</sup> Pour l'ensemble, cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 3 avril 2020, disponible sous: [www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78684.html](http://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78684.html)



nements concernant ces crédits COVID-19 s'inscrit à environ 2,59 milliards de francs.

En incluant PostFinance SA, 123 banques ont participé au programme<sup>8</sup>.

En date du 25 juin 2020, les crédits COVID-19 se répartissent sur toutes les branches et toutes les régions. Les divisions de branche 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 de tous les crédits ont été octroyés à des entreprises des cantons de Zurich (17 %), de Vaud (11 %) ainsi que de Genève, du Tessin et de Berne (8 à 9 % chacun)<sup>9</sup>.

### **1.3 Relation avec le programme de la législature et la planification financière, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral**

Le projet n'est pas annoncé dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023<sup>10</sup>. 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-19, dont la validité est limitée à une durée de six mois en vertu de son art. 25.

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 organisations<sup>11</sup>.

### **1.4 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.

<sup>8</sup> La liste des banques est disponible sous: <https://covid19.easygov.swiss/fr/pour-les-banques/>.

<sup>9</sup> Chiffres et graphiques supplémentaires disponibles sous: [https://covid19.easygov.swiss/fr/Pour les médias](https://covid19.easygov.swiss/fr/Pour%20les%20m%C3%A9dias)).

<sup>10</sup> FF 2020 1709

<sup>11</sup> Cf. les explications relatives à l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, pages 2 ss.

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 Résultat de la consultation

Dans le cadre de la consultation, qui a duré du 1<sup>er</sup> au 21 juillet 2020, 66 avis ont été déposés (25 cantons<sup>12</sup>, la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP), 6 partis (PDC, PES, PEV, PLR, PSS, UDC), l'Union des villes suisses, 20 associations faitières et autres associations économiques<sup>13</sup>, 13 autres participants<sup>14</sup>)<sup>15</sup>:

Quasiment tous les participants à la consultation ont exprimé un avis très positif sur l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 et sa transposition dans le droit ordinaire. La mise en place rapide et sans complication d'une aide sous forme de liquidités a souvent été explicitement saluée. Seule l'UDC a explicitement critiqué le recours au cautionnement solidaire plutôt qu'au cautionnement simple.

La transposition de l'ordonnance de nécessité dans une loi n'a été critiquée qu'une seule fois<sup>16</sup>, le délai de consultation étant pour sa part jugé trop court à deux reprises<sup>17</sup>. C'est méconnaître le fait que l'art. 7d LOGA prescrit que les ordonnances de nécessité édictées en vertu de l'art. 185, al. 3, Cst. ne peuvent être prolongées que si un message établissant une base légale est présenté dans le délai de six mois correspondant à leur durée de validité.

Plusieurs points ont obtenu une approbation explicite, en particulier le maintien presque intégral des réglementations actuelles<sup>18</sup> (maintien qui crée la sécurité juri-

<sup>12</sup> Le canton AR ne s'est pas exprimé.

<sup>13</sup> Association suisse des sociétés de leasing (ASSL), Chambre de commerce et d'industrie du canton de Fribourg (CCIF), Centre Patronal (CP), Economiesuisse, EXPERTsuisse, Financement à la consommation Suisse (FCS), Fédération des Entreprises Romandes (FER), Fédération suisse des avocats (FSA), GastroSuisse, HotellerieSuisse, Swiss Textiles, SwissBanking, SwissHoldings, Swissemecanic, Swissemem, Travail.Suisse, Union des banques cantonales suisses (UBCS), Union patronale suisse (UPS), Union suisse des arts et métiers (USAM), Union syndicale suisse (USS).

<sup>14</sup> Baker McKenzie/Lukas Glanzmann, Coopérative de cautionnement pour PME BG Ost-Süd, Coopérative de cautionnement pour PME CC Centre, Core-Partner, Cautionnement romand (CR), Forster Rohner AG/Uéli Forster, Holenstein Brusa AG/Franco Lorandi, Kellerhals Carrard, PFPDT, Raiffeisen Suisse société coopérative, Transliq AG, Vischer AG, Walder Wyss AG.

<sup>15</sup> Le rapport sur les résultats de la consultation et les avis peuvent être consultés sous: [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2020 > DFF

<sup>16</sup> Vischer AG

<sup>17</sup> PSS, USS

<sup>18</sup> Raiffeisen Suisse et SwissBanking ont en particulier salué ce procédé car des modifications importantes pourraient nécessiter l'adaptation des plus de 135 000 conventions de crédit. Mais les avis des cantons OW et SG ainsi que du PLR et d'Economiesuisse permettent également cette conclusion.

dique et évite que l'on doive, après un délai très court, adapter plus de 135 000 conventions de crédit), la renonciation à l'interdiction partielle des investissements en lien avec les crédits COVID-19 cautionnés (art. 2)<sup>19</sup>, l'approche individuelle de la réglementation des cas de rigueur (en particulier les art. 3, 7 et 8), notamment la possibilité de prolonger à dix ans au maximum le délai d'amortissement ordinaire de cinq ans<sup>20</sup>, ainsi que la renonciation à la conversion des crédits COVID-19 en contributions à fonds perdu<sup>21</sup>. L'idée de prolonger le délai d'amortissement ordinaire<sup>22</sup>, soutenue isolément, doit être rejetée pour des questions de sécurité juridique (art. 3).

Certains participants ont suggéré de prolonger le délai de dépôt des demandes de crédits<sup>23</sup>. Ce délai a échu le 31 juillet 2020. Le présent projet ne donne pas suite à cette proposition pour plusieurs raisons. L'octroi de crédit a été créé comme un instrument permettant de fournir rapidement et sans bureaucratie des liquidités notamment aux PME; il avait donc le caractère d'une aide d'urgence. Sur cette base, les crédits jusqu'à 500 000 francs cautionnés à 100 % ont été octroyés par les banques et PostFinance SA sans autre examen de solvabilité. Si des crédits devaient pouvoir être accordés à long terme, il faudrait au minimum adapter en conséquence l'examen de la solvabilité. En cas de deuxième vague du COVID-19 ou de difficultés conjoncturelles durables, il conviendrait de revoir la situation et de trouver des solutions adéquates. Le système actuel ne saurait être simplement transposé à tous les problèmes financiers futurs des entreprises suisses. Jusqu'à présent, on ne peut non plus constater aucune défaillance du marché dans l'octroi de crédits commerciaux ordinaires par les banques hors du système de cautionnement des crédits COVID-19. Finalement, l'évolution des demandes de crédits COVID-19 montre clairement que le besoin en liquidités à court terme a diminué entre mai et fin juillet 2020<sup>24</sup>:

<sup>19</sup> Cinq cantons (AG, GL, GR, LU, UR), la CDEP, deux partis (PES, PSS), neuf associations économiques (ASSL, CCIF, Economiesuisse, FCS, FER, GastroSuisse, Swissmechanic, Swissmem, Swiss Textiles), ainsi que la CC Centre.

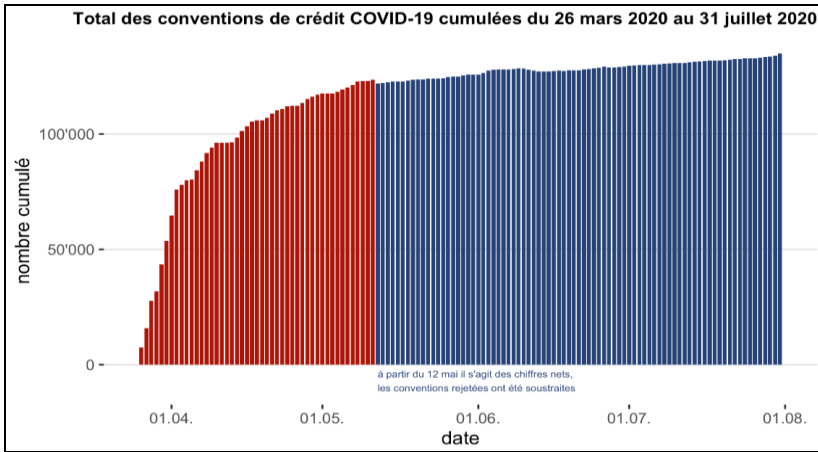
<sup>20</sup> Cinq cantons (AG, GE, GL, GR, UR), la CDEP, trois partis (PDC, PLR, PSS), neuf associations économiques (CCIF, Economiesuisse, EXPERTsuisse, FER, GastroSuisse, SwissHoldings, Swissmechanic, Swiss Textiles, Travail Suisse), ainsi que Raiffeisen Suisse.

<sup>21</sup> AG, GL, GR, SO, UR, ZG, PLR, Economiesuisse, EXPERTsuisse, SwissHoldings, Swissmem, Travail.Suisse.

<sup>22</sup> PES, PSS, USS.

<sup>23</sup> Trois cantons (AG, AI, UR), la CDEP, deux partis (PES, PSS), trois associations économiques (Swissmem, Swiss Textiles, USS), ainsi que Forster.

<sup>24</sup> Source du graphique: <https://covid19.easygov.swiss/fr/> (Pour les médias; état au 17 août 2020)



Les dispositions relatives à l'utilisation illicite des crédits prévues à l'article 2 ont donné lieu à diverses remarques. Ainsi, d'aucuns ont proposé d'assouplir l'interdiction de verser des dividendes, à tout le moins de préciser le texte du message sur ce point. Le présent projet refuse toujours d'entrer en matière sur un tel assouplissement (à ce propos, cf. art. 2).

Plusieurs participants à la consultation ont souhaité une modification voire la suppression du mécanisme d'adaptation annuelle de l'intérêt, notamment pour les crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs. Une telle adaptation est également rejetée dans le projet (à ce propos, cf. art. 4).

Une autre question soulevée plusieurs fois lors de la consultation et en pratique est celle de la manière dont il faut gérer une modification de la forme juridique des entreprises qui ont demandé un crédit COVID-19. Dans la mesure où il subsiste manifestement une incertitude, ce point doit être clarifié dans la loi et également dans les explications du message (cf. art. 2, al. 4).

Finalement, plusieurs articles de l'avant-projet ont encore fait l'objet de remarques isolées. Nombre d'entre elles sont traitées dans le commentaire des dispositions, sous ch. 5, où leur acceptation ou leur rejet sont motivés.

### **3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen**

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'État<sup>25</sup>. Les États de

<sup>25</sup> 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](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_fr).

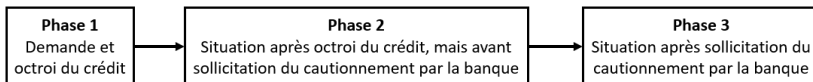
l'UE doivent respecter le cadre du régime des aides d'État prévu par le droit européen, mais bénéficient d'un régime sensiblement assoupli jusqu'à fin 2020<sup>26</sup>. Par rapport à la Suisse, il existe des différences de fond ponctuelles en ce qui concerne la durée des crédits, le taux de couverture du cautionnement solidaire et le taux d'intérêt. Cependant, la Suisse est globalement sur la même ligne que l'UE et ses États membres.

## 4 Présentation du projet

### 4.1 Nouvelle réglementation proposée

#### 4.1.1 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. 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 Département fédéral des finances (DFF) fait foi en l'espèce<sup>27</sup>.

Le présent 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 don-

<sup>26</sup> 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))].

<sup>27</sup> Commentaire du 14 avril 2020, disponible sous: <https://covid19.easygov.swiss/fr/> (état au 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: [www.swissbanking.org/fr/themes/coronavirus/coronavirus-ce-que-font-les-banques-et-lasb?set\\_language=fr](http://www.swissbanking.org/fr/themes/coronavirus/coronavirus-ce-que-font-les-banques-et-lasb?set_language=fr)).

nées et d'informations, transfert simplifié des créances de crédit à la Banque nationale suisse [BNS] en vue du refinancement, responsabilités, notamment des membres de l'organe suprême de direction ou d'administration, dispositions pénales, plainte pénale, 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 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 que 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, doit être modifié le moins possible, ce pour éviter une insécurité juridique qui nécessiterait l'adaptation a posteriori de plus de 135 000 contrats de crédit et de cautionnement. Les crédits COVID-19 ont été accordés à des conditions très précises et suffisamment claires pour toutes les parties associées. Si la sécurité juridique devait être remise en question, 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 fassent faillite. Les dispositions de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 et celles du présent projet doivent ainsi être examinées dans l'optique du maintien de cet équilibre entre entreprises privées et économie nationale. C'est la raison pour laquelle 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.). Parallèlement, l'interdiction de verser des dividendes prévue à l'art. 2, al. 2, let. a, vise à maintenir une certaine pression sur les preneurs de crédit afin qu'ils amortissent leur dette.

#### 4.1.2 L'essentiel du projet

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

- En date du 17 août 2020, 136 133 relations de crédit et de cautionnement ont été conclues, raison pour laquelle les dispositions de l'art. 6, al. 3, de l'ordonnance sur 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 nécessaires à l'exploitation. La disposition pénale, qui se réfère notamment à ces utilisations illicites, est également reprise dans le projet sans modification matérielle (art. 25). 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. 23).

- 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 s'il est probable que les risques financiers de la Confédération pourront 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 créancières. 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 (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 au moyen 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 nécessaires 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. 16).

- 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. 19 à 21).
- Sur le fond, le projet reprend telle quelle la norme sur la responsabilité personnelle et solidaire des membres de l'organe suprême de direction ou d'administration ainsi que des personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation du preneur de crédit (art. 22).
- Lors du calcul des pertes en capital et du surendettement au sens de l'art. 725 du code des obligations (CO)<sup>28</sup>, les crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs ne sont désormais pas pris en compte en tant que capitaux étrangers pendant toute la durée du crédit, alors que jusqu'à présent cette règle était limitée au 31 mars 2022 (art. 24).
- 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. 27, ch. 2).

### 4.1.3 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. 1.1 s.).

Ce type de procédure aurait été inapproprié pour octroyer des contributions à fonds perdu, car ces dernières exigent en principe un examen individuel<sup>29</sup>. 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. Les avantages et les inconvénients de différentes réglementations pour les cas de rigueur vont être esquissés ci-après. Les possibilités que le Conseil fédéral a prévues pour aborder les cas de rigueur seront présentées sur cette base.

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 condi-

<sup>28</sup> RS 220

<sup>29</sup> Octroi sur demande: art. 11 de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu; RS 616.1); analyse du besoin et examen au cas par cas: art. 14, 23 et 25 LSu.



tion 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. 6.2).

Vu ce qui précède, il a été renoncé dans le présent projet à la mise en place d'une solution pour les cas de rigueur applicable à des branches économiques dans leur ensemble, cela au profit d'une solution applicable au cas par cas. Il serait certes assez facile de concrétiser une solution par 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 avait été mise en place alors qu'il était encore possible de demander un crédit COVID-19, la demande de crédits COVID-19 aurait massivement augmenté. 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 étrangers 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 du 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-19 prévoyait la possibilité de prolonger cette durée de deux ans, mais le 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 à condition qu’il soit probable que les risques financiers de la Confédération pourront ainsi être réduits. Le cautionnement solidaire reste valable pendant cette période (art. 3, al. 3).
- *Prévention du surendettement au sens de l’art. 725 CO et postpositions de créance.* 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 étrangers pendant toute la durée du crédit (art. 24 du 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 extrajudiciaires 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, art. 8, al. 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 s’il est probable que les risques financiers de la Confédération s’en trouveront 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 (art. 8, al. 2) 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 à condition qu’il soit probable que les risques financiers de la Confédération s’en trouveront réduits et que d’autres créanciers déclarent un abandon de créance substantiel ou que de nouveaux fonds de financement parviennent à l’entreprise (art. 8, al. 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'exigeaient 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 créance, le versement anticipé du cautionnement et la gestion des créances transférées aux organisations de cautionnement (art. 7, al. 4, et 8, al. 6).

Cette réglementation *individualisée* a trouvé un écho très favorable lors de la consultation. Plusieurs participants ont même salué expressément le fait que le Conseil fédéral ne propose pas de réglementation générale ou par branche, ni de contributions à fonds perdu<sup>30</sup>.

#### 4.1.4 Prévention, lutte et poursuite en matière d'abus

Les crédits COVID-19 ont été conçus sciemment comme une aide non bureaucratique<sup>31</sup>. 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 (par ex. la déclaration fiscale), 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 projet définit en outre des bases pour la lutte contre les abus à plus long terme (art. 10)<sup>32</sup>. 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,

<sup>30</sup> AG, GL, GR, SO, UR, ZG, PLR, Economiesuisse, EXPERTsuisse, SwissHoldings, Swissmem, Travail.Suisse.

<sup>31</sup> Communiqué de presse du Conseil fédéral du 25 mars 2020, disponible sous: [www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78572.html](http://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78572.html).

<sup>32</sup> Communiqué de presse du Secrétariat d'État à l'économie du 15 mai 2020, disponible sous: [www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-79133.html](http://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: [www.dike.ch/Maerkli-Gut-Missbrauch-von-Krediten-nach-COVID-19-Solidarbuergschaftsverordnung](http://www.dike.ch/Maerkli-Gut-Missbrauch-von-Krediten-nach-COVID-19-Solidarbuergschaftsverordnung)).

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)<sup>33</sup>.

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 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 supplémentaires 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, du projet). En effet, de 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. 25 du projet) introduit une compétence pénale permettant de prononcer des amendes jusqu'à 100 000 francs. En complément, l'art. 18a de l'ordonnance (art. 22 du 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*<sup>34</sup> a été relié avec le registre IDE<sup>35</sup>. 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 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'argent (LBA)<sup>36</sup>.

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 vérifier l'existence éventuelle d'une procédure

<sup>33</sup> Cf. <https://covid19.easygov.swiss/fr/> (Pour les médias, signalements des cas d'abus).

<sup>34</sup> <https://covid19.easygov.swiss/fr/>.

<sup>35</sup> [www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/registres/registre-entreprises/numero-identification-entreprises/registre-ide.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/registres/registre-entreprises/numero-identification-entreprises/registre-ide.html).

<sup>36</sup> RS 955.0

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.). Elles doivent exercer leurs tâches courantes avec toute la diligence requise, en veillant aux intérêts financiers de la Confédération (art. 5, al. 3). 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 les responsabilités (art. 22) et les dispositions pénales (art. 25). 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).

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 si le chiffre d'affaires indiqué pour fixer la limite du crédit est exact (art. 7 de l'ordonnance) et si l'interdiction de verser des dividendes et des tantièmes est respectée (art. 6, al. 3, de l'ordonnance). Le CDF vérifie également 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 DFF. Aucun crédit de ce genre n'a été octroyé.

## **4.2 Adéquation des moyens requis**

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 ou complète dans de nombreuses entreprises. Afin que les entreprises, en particulier les PME et les indépendants, puissent tout de même payer leurs coûts 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 encore possible de dire aujourd'hui si l'enjeu justifiait les finances mobilisées. Il apparaissait dans tous le cas très important d'agir, élément qui ressort aussi clairement de la consultation<sup>37</sup>: 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-19 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 éviter le plus possible les incitations inopportunes et à limiter le plus possible 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 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 contribuent aussi à la lutte contre les abus (cf. ch. 4.1.4). 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. 4.1.1 s.).

### 4.3 Aspects de mise en œuvre

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. 4.1.1).

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

<sup>37</sup> Par exemple CDEP, Economiesuisse, CCIF.

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. En ce qui concerne le refinancement par la BNS, le projet reprend les dispositions correspondantes de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (art. 19 à 21).

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 15). Elle continue en outre d'assurer le contrôle et la surveillance des organisations de cautionnement (cf. notamment art. 11, al. 4, et art. 17, al. 2).

#### **4.4 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, LOGA.

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 être nettement raccourcis; il a notamment fallu réduire à trois semaines le délai de consultation, qui est usuellement de trois mois.

Du fait de l'adoption du présent message à l'intention du Parlement, le Conseil fédéral peut 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 juridique<sup>38</sup> et l'importante incertitude qui en résulterait, l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 est prolongée jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

## **5 Commentaire des dispositions**

### **5.1 Section 1: Objet**

#### *Art. 1*            **Objet**

L'art. 1 énonce l'objet de la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (*let. a à f*), c'est-à-dire la régulation des phases 2 et 3 du système de cautionnement des crédits COVID-19 évoquées plus haut (cf. ch. 4.1.1).

<sup>38</sup> Cf. Florian Brunner/Martin Wilhelm/Felix Uhlmann, «Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts», PJA 6/2020, page 700.

## 5.2 Section 2: But du cautionnement solidaire, utilisations illicites des fonds, amortissement et taux d'intérêt

*Art. 2* But du cautionnement solidaire et utilisations illicites 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 être utilisés pour couvrir des coûts courants, en particulier les coûts de loyer et autres coûts d'exploitation, tandis que les coûts 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 gain. 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 épidémies<sup>39</sup>).

Ainsi que c'était déjà le cas en vertu de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, certaines activités du preneur de crédit restent exclues pendant toute la durée du cautionnement solidaire en vertu de l'*al. 2*. Cette disposition essentielle sert à éviter les incitations inopportunes lors du recours aux crédits que la Confédération cautionne en définitive avec des fonds publics, ainsi qu'à maintenir une certaine pression sur les preneurs de crédit afin qu'ils amortissent leurs dettes. Les *let. a à d* reprennent ainsi le contenu de l'art. 6, al. 3, *let. a à d*, de l'ordonnance. Une modification substantielle des règles en réponse à différentes idées ponctuellement lancées durant la consultation, à propos de la *let. a* notamment<sup>40</sup> – alors même que l'examen des demandes est maintenant terminé et que les crédits ont été octroyés –, 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 plus de 135 000 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 pour l'ensemble des parties contractantes, le Conseil fédéral a donc décidé de renoncer à modifier le contenu des *let. a à d* quant au fond – en dehors de la levée de l'interdiction des nouveaux investissements nécessaires à l'exploitation –, et s'est

<sup>39</sup> RS 818.101

<sup>40</sup> Cf. GE (exception à l'interdiction de distribuer des dividendes au profit des structures de holding, en cas de succession); Economiesuisse et Swissmem (dans des cas de rigueur, assouplissement de l'interdiction de distribuer des dividendes lors du règlement d'une succession en cours, avec le consentement de l'organisation de cautionnement); Swiss Textiles (assouplissement de l'interdiction de distribuer des dividendes lors du règlement d'une succession en cours, avec le consentement de l'organisation de cautionnement); Forster (assouplissement de l'interdiction de distribuer des dividendes, si par ex. 50 % du crédit COVID-19 a été remboursé).



contenté d'apporter au texte de la loi et à son commentaire des précisions ponctuelles, dont une partie avaient été suggérées durant la consultation<sup>41</sup>:

- La *let. a* exclut de manière générale, à compter de l'obtention du crédit COVID-19 jusqu'à son remboursement complet, la distribution de dividendes (qu'il s'agisse de dividendes en nature ou en espèces, ou de distributions de bénéfices effectuées par analogie avec les dividendes) et de tantièmes, ainsi que le remboursement d'apports de capital. Le rachat des actions propres est également considéré comme un tel remboursement<sup>42</sup>. 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 avant le paiement du crédit cautionné, ou au moins d'en reporter l'échéance<sup>43</sup>. L'interdiction de distribuer des dividendes (c'est-à-dire des bénéfices) reste donc inchangée. Elle aide à éviter les incitations inopportunes, lors du recours à des liquidités que la Confédération cautionne en définitive avec des fonds publics. Il ne serait pas acceptable que la Confédération fournisse les liquidités servant à la distribution de dividendes.
- La *let. b* interdit l'octroi de nouveaux prêts ou le remboursement de prêts d'associés (par ex. actionnaires, associés d'une Sàrl, coopérateurs) ou de personnes proches, et ce à compter de l'obtention du crédit COVID-19. Les notions de prêt actif ou prêt privé ne figurent plus dans la loi, car il ressort de la consultation qu'elles ont conduit en pratique à des problèmes d'interprétation. Rien ne change toutefois sur le plan matériel. Les dépôts effectués par les preneurs de crédit sur leur compte bancaire ou postal dans le cadre des réserves de liquidité ordinaires restent admis. Il convient par ailleurs d'éviter que les crédits COVID-19 ne permettent d'effectuer des amortissements extraordinaires ou des paiements extraordinaires d'intérêts concernant des crédits existants, soit des crédits antérieurs à la conclusion de la convention ou du contrat de crédit au sens de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. Les amortissements et les paiements d'intérêts *contractuels ordinaires* pour les crédits préexistants (intérêts moratoires compris), les paiements découlant d'engagements contractuels préexistants visant à maintenir l'exploitation, ainsi que l'exécution d'un engagement préexistant à l'octroi d'un prêt figurant dans un contrat de crédit déjà conclu avant le recours à un crédit COVID-19 sont en revanche autorisés, selon le principe de la fidélité contractuelle rendu par l'adage «pacta sunt servanda». Est également admis le remboursement de prêts découlant d'une dénonciation extraordinaire, par le donneur de crédit, d'une relation de crédit qui existait avant la conclusion de la convention ou du contrat de crédit

<sup>41</sup> Dont notamment Baker McKenzie Glanzmann, SwissBanking.

<sup>42</sup> 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/>).

<sup>43</sup> Cf. Lukas Glanzmann, «Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen», in: Kunz et al. [édit.], «Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII», Berne 2017, page 109; Mark Branson, «Ausschüttung von Dividenden kritisch prüfen», NZZ du 26 mars 2020, numéro 72, page 7.

COVID-19. L'utilisation du crédit COVID-19 doit toutefois être conforme aux fins prévues. Tel ne serait pas le cas, en particulier, si la dénonciation ou le remboursement extraordinaire visait à rééchelonner des crédits existants avec un crédit COVID-19.

Sont d'autre part admis, aussi bien sur la base d'engagements contractuels préexistants que d'engagements contractés après la conclusion du crédit cautionné, les paiements conformes au marché visant à maintenir l'exploitation opérationnelle du preneur de crédit, par exemple des paiements pour des livraisons de matériel provenant d'une personne proche.

Ne tombe pas sous le coup de l'interdiction d'octroi de nouveaux prêts le versement du montant d'émission de parts sociales, notamment lors de la libération d'actions dans le cadre d'une augmentation de capital. En pareil cas, une participation relevant du droit des sociétés est acquise dans une société de capitaux.

Il est également licite que le preneur d'un crédit COVID-19 octroie à un partenaire commercial, par exemple, un report de paiement en réponse à ses contraintes opérationnelles, et qu'ainsi il laisse provisoirement une créance perdurer et procède plus tard à sa compensation.

Reste 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 a accordé le crédit cautionné en vertu de l'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 (cf. par ailleurs let. c).

- La *let. c* précise qu'il n'est pas autorisé de rembourser un prêt intragroupe au moyen d'un crédit cautionné conformément à l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19; en d'autres termes, il est interdit de transférer des fonds provenant d'un crédit cautionné dans une autre société du groupe. Les financements internes du groupe au moyen de crédits obtenus sur la base de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 ne sont en principe pas autorisés. En particulier, un accord de gestion de trésorerie centralisée (*cash pooling*) ne doit donc pas avoir pour conséquence que le preneur de crédit ne puisse plus disposer de manière autonome de l'intégralité des fonds obtenus grâce au crédit COVID-19. Par analogie avec la *let. b*, restent en revanche admis les paiements conformes au marché effectués au sein du groupe qui sont rendus possibles par le crédit COVID-19 et qui servent au maintien de l'exploitation opérationnelle, par exemple des paiements pour des livraisons de matériel provenant d'une société du groupe. Les remboursements *ordinaires* de dépôts sur un compte de

trésorerie commun – y compris les paiements *ordinaires* d'intérêts – par le preneur de crédit sont également admis, pour autant qu'ils se fondent sur des engagements *contractuels préexistants* et soient exigibles.

- *Let. d.* les crédits COVID-19 servent à garantir la liquidité du preneur de crédit suisse. Le transfert des crédits garantis par un cautionnement solidaire à une personne ou une entreprise 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 (cf. aussi al. 4). Par analogie avec les let. b et c, sont en revanche réservés les paiements conformes au marché visant à maintenir l'exploitation opérationnelle. Sont également admis les paiements d'intérêts et amortissements contractuels ordinaires, pour autant qu'ils se fondent sur des engagements contractuels préexistants et soient exigibles.

Globalement, les dispositions de l'al. 2 visent à empêcher des sorties de fonds et, en particulier, un changement d'affectation direct ou indirect des crédits COVID-19, qui sont en fin de compte des deniers publics. Les entreprises et leurs associés restent soumis à l'obligation d'assurer la liquidité en priorité avec des fonds générés par leurs propres moyens. Cela nécessite souvent un plan de suppression de tâches clair ou une priorisation de l'affectation des fonds. L'al. 2 incite en outre dans une certaine mesure 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. Un tel régime d'interdiction a été ponctuellement demandé lors de la consultation<sup>44</sup>. 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 précédentes<sup>45</sup>. 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 exclure, dans le contrat conclu avec le preneur de crédit, les utilisations des fonds visées à l'al. 2, en particulier 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 remplacement. L'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19

<sup>44</sup> PES, PSS, USS.

<sup>45</sup> Voir notamment Basler Kommentar OR I-Portmann/Rudolph, art. 322d n° 10.

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. 26, al. 2, du 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 nécessaires à l'exploitation, y compris s'il ne s'agit pas de simples investissements de remplacement.

L'al. 4 est un simple rappel de la situation qui prévaut déjà aujourd'hui. Mais comme la relation entre l'utilisation interdite des crédits COVID-19, le CO et la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus)<sup>46</sup> a soulevé à diverses reprises des questions en pratique et lors de la consultation<sup>47</sup>, il convient de préciser quelques principes afin d'instaurer la sécurité juridique nécessaire.

Les *successions à titre singulier*, soit le transfert de droits et obligations découlant de la relation de crédit, par exemple au moyen de cessions au sens de l'art. 164 CO, restent interdites. Cette prescription correspond en particulier au ch. 12 de la convention de crédit figurant à l'annexe 2 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, qui interdit ce genre de cessions.

En revanche, les restructurations au sens de la LFus sont autorisées; elles ne sont exclues ni par les art. 3 et 4 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 ni par le ch. 12 de la convention de crédit figurant à l'annexe 2 de cette dernière. De telles restructurations répondent aux besoins économiques des entreprises. La restructuration au sens de LFus peut par exemple faire partie d'un plan d'assainissement, elle peut faciliter le règlement d'une succession dans les entreprises familiales, tout comme elle peut s'imposer en raison du volume croissant des activités commerciales (par ex. transfert de tous les actifs et passifs d'une entreprise individuelle à l'occasion de la fondation d'une société anonyme). Restent par contre incompatibles avec le but de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 et donc interdites les restructurations qui servent au transfert à l'étranger d'actifs et de passifs du preneur de crédit.

Les droits et obligations découlant de la relation de crédit ne peuvent être transférés que si ce transfert est effectué dans le cadre d'une succession universelle (fusion, division), ou s'il comprend une part substantielle de l'entreprise (scission, transfert d'actifs), ou s'il est lié à un changement de forme juridique, et qu'il n'en résulte aucun transfert des actifs et des passifs à l'étranger.

La LFus prévoit lors de chaque restructuration des mesures d'accompagnement axées sur la protection des créanciers (art. 6, 25 s., 45 à 48, 68 et 75 LFus notamment). En outre, chaque restructuration doit être inscrite au registre du commerce (art. 21, 51, 66 et 73 LFus). L'inscription au registre du commerce et les pièces justificatives prévues par la loi seront accessibles au public (art. 10 de l'ordonnance

<sup>46</sup> RS 221.301

<sup>47</sup> SwissBanking, UBCS, CORE.

du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce<sup>48</sup>). Un preneur de crédit qui a son siège en Suisse et a été restructuré au sens de la LFus peut par conséquent être partie contractante de plusieurs conventions de crédit au sens de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19.

Le consentement du donneur de crédit demeure en principe réservé: en particulier, les conditions générales du donneur de crédit peuvent exclure une restructuration du preneur de crédit pendant la durée du crédit. Dans un cas d'espèce, le donneur de crédit peut également interdire la restructuration, par exemple si elle va à l'encontre de ses intérêts économiques. En outre, la restructuration doit respecter les exigences du droit du cautionnement selon lesquelles elle ne doit pas être défavorable à la caution (par ex. devoir de diligence du créancier et remise des gages et des titres en vertu de l'art. 503 CO).

Le cautionnement des crédits correspondants est régi par l'art. 493 CO. La forme écrite suffit pour les modifications en la matière, sauf en cas d'augmentation du montant. Par conséquent, les modifications du cautionnement doivent être communiquées a posteriori aux organisations de cautionnement, par écrit ou par voie électronique. Le consentement écrit de ces dernières n'est cependant pas nécessaire.

### *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 TVA<sup>49</sup> [lourd de conséquences] et art. 166 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct<sup>50</sup> [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 qu'il soit probable que cela permette de réduire les risques financiers de 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. Le terme «probablement» souligne plus clairement que dans l'avant-projet qu'il s'agit en définitive d'une prévision, aussi solide soit-elle (il en va de même de l'art. 7, al. 2, let. b, et de l'art. 8, al. 4)<sup>51</sup>. 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

<sup>48</sup> RS 221.411

<sup>49</sup> RS 641.20

<sup>50</sup> RS 642.11

<sup>51</sup> Cf. consultation: Baker McKenzie Glanzmann.

cautionnement. Par conséquent, la prolongation du délai d'amortissement doit suivre – à l'instar de la postposition de créance au sens de l'art. 7 – un processus structuré et le résultat visé par cette mesure (réduction probable 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 l'ordonnance du 12 juin 2015 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME<sup>52</sup>. Le schéma prévu par l'avant-projet (durée d'amortissement ordinaire du crédit fixée à cinq ans; possibilité d'une prolongation d'au maximum cinq ans pour éviter les cas de rigueur) a obtenu un large soutien durant la consultation<sup>53</sup>.

Le délai d'amortissement ne peut être prolongé contre la volonté du donneur de crédit. Il faut donc un consensus entre le donneur de crédit, le preneur de crédit et 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* Taux d'intérêt

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. Le Parlement a déjà refusé à deux reprises de modifier ce mécanisme à propos de l'ordonnance de nécessité<sup>54</sup>.

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 relations 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

<sup>52</sup> RS 951.251

<sup>53</sup> Cf. notamment GE, GL, UR, AG, CDEP, PDC, PLR, PSS, Economiesuisse, Swiss-Holdings, Travail.Suisse, EXPERTsuisse, FER, GastroSuisse, CCIF, Raiffeisen Suisse.

<sup>54</sup> Motion 20.3153 de la Commission des finances du Conseil des États du 27 avril 2020, Maintien d'un taux d'intérêt à 0,0 pour cent pour les crédits cautionnés par la Confédération; motion 20.3148 de la Commission des finances du Conseil national du 24 avril 2020, Maintien d'un taux d'intérêt à 0,0 pour cent pour les crédits cautionnés par la Confédération.

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, comme la demande en a parfois été faite lors de la consultation<sup>55</sup>, le taux d'intérêt 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. Le Parlement a d'ailleurs déjà refusé à deux reprises de fixer les taux de cette manière.

Contrairement à ce que prévoyait l'*art. 13*, al. 4, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, ce n'est toutefois 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 créditrices du système de cautionnement des crédits COVID-19.

### 5.3 Section 3: Tâches des organisations de cautionnement et convention avec la Confédération

#### *Art. 5* Tâches des organisations de cautionnement

Il ressort de l'*al. 1* que les tâches des organisations de cautionnement sont définies par la loi (notamment par les art. 7 et 8) 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. 4.1.4 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. Elle peut exécuter toutes les opérations nécessaires dans ce cadre. 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. 25*, al. 2). La *let. c* indique en outre clairement que, pour sauve-

<sup>55</sup> PSS, PES, PEV, USS, USAM, CCIF, GastroSuisse, HotellerieSuisse, Swissemecanic, Travail.Suisse.

garder les intérêts de la Confédération, les organisations de cautionnement disposent en tant que partie plaignante de tous les droits et obligations prévus aux art. 118 ss du code de procédure pénale (CPP)<sup>56</sup>. Pour les organisations de cautionnement, qui ont en leur qualité de cautions solidaires une responsabilité directe envers les donneurs de crédit, cette possibilité existe aussi dans les procédures pénales qui sont exécutées avant la sollicitation formelle ou le versement formel du cautionnement.

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. 14, 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. Elle prescrit que le DEFR règle 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 est possible d'adapter les conventions encore valables à la pratique actuelle ou de conclure de nouvelles conventions.

La liste de l'*al. 2* ne reprend pas la teneur de 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 teneur de la let. f de l'art. 16, al. 2, de l'ordonnance, qui porte sur l'exécution des créances récursives, n'est pas reprise séparément dans la liste, car elle est figure 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. 25, al. 2. Il convient notamment de préciser à quel moment ces 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.

<sup>56</sup> RS 312.0



## 5.4 **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

À côté de l'art. 3 sur la durée d'amortissement, les art. 7 et 8 constituent les principales dispositions légales de la réglementation applicable aux cas de rigueur dans des cas d'espèce. Elle a obtenu un large assentiment durant la consultation (cf. analyse globale du ch. 4.1.3).

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 16,4 milliards de francs 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<sup>57</sup>). 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, cf. art. 19 à 21), 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 extrajudiciaires visant à maintenir la partie essentielle de l'entreprise et de liquidations inscrites au registre du commerce.

La catégorie des «assainissements financiers extrajudiciaires» 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. Selon quelques participants à la consultation, ces conditions ne devraient pas s'appliquer cumulativement<sup>58</sup>. Or, dans la mesure où elles proposent une approche globale, il est indispensable de toutes les remplir. 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)<sup>59</sup>. La postposition de créance de l'organisation de cautionnement doit s'inscrire dans un concept clair avec un plan d'assainissement ou de liquidation (*let. a*), et réduire probablement 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). À la différence de l'avant-projet, les «conventions

<sup>57</sup> RS 281.1

<sup>58</sup> VD, CP, CR.

<sup>59</sup> RS 842

contraignantes» ne sont plus mentionnées à la let. a. Il en résulte une flexibilité accrue – comme le préconisent les participants à la consultation<sup>60</sup> –, sachant que des postpositions de créances constituent souvent une importante condition en vue de l'adoption d'un plan de restructuration ou d'assainissement contraignant. Le plan d'assainissement ou de liquidation qui continue d'être exigé garantit une approche suffisamment structurée. Il s'agit en outre de veiller à une certaine symétrie des pertes<sup>61</sup> (let. c, ch. 1 et 2). La débitrice ou les tiers doivent mettre à disposition de manière suffisamment contraignante des capitaux propres ou étrangers substantiels ou consentir un abandon de créances substantiel. De même, les nouveaux fonds ne parviendront au preneur de crédit qu'en temps utile après la postposition de créance, par exemple à l'occasion d'une augmentation de capital opérée lors d'une assemblée générale extraordinaire qu'il lui faudra encore convoquer. Tout l'al. 2 laisse volontairement à l'organisation de cautionnement une certaine marge de manœuvre, qu'il sera possible de préciser dans le contrat de droit public avec le DEFR (art. 6, al. 2, let. g).

L'al. 3 prévoit la possibilité d'un versement anticipé du cautionnement, aux conditions énumérées à l'al. 2. 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, même ainsi, les risques financiers de la Confédération pourront probablement être réduits. Le preneur de crédit peut également faire part d'un tel souhait à l'organisation de cautionnement. 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)<sup>62</sup>.

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 recou-

<sup>60</sup> BL, LU, CC Centre.

<sup>61</sup> 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.»

<sup>62</sup> Cf. Heinrich Honsell, «Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil», 10<sup>e</sup> édition, Berne 2017, pages 445 s.

vrer le montant versé. Elle doit faire valoir les prétentions pécuniaires déterminantes, notamment celles qui découlent du droit de recours prévu à 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 aujourd'hui, elle pourra 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.

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 après la sollicitation du cautionnement ou son versement anticipé, dans le cadre d'une procédure concordataire au sens des art. 293 ss LP impliquant un preneur de crédit, aux frais pour les honoraires du commissaire jusqu'à concurrence de 100 000 francs. Il s'agit d'éviter qu'une procédure concordataire qui serait judicieuse pour un preneur de crédit n'échoue pour cette seule raison, entraînant la mise en faillite du preneur de crédit. La Confédération peut ainsi fournir une contribution importante à l'assainissement des entreprises ayant un potentiel de redressement.

La consultation<sup>63</sup> a révélé que le montant de 50 000 francs prévu dans l'avant-projet avait été fixé trop bas. Il a par conséquent été doublé. Les 100 000 francs constituent un montant maximum; l'organisation de cautionnement peut donc très bien aussi approuver deux tranches (par ex. 35 000 et 25 000 francs). Le lien entre la prise en charge des frais pour les honoraires du commissaire et les crédits COVID-19 a pour conséquence que la demande correspondante ne peut être présentée que par un preneur de crédit COVID-19. Il est en plus nécessaire que la créance de crédit ait déjà été transférée à l'organisation de cautionnement. Par conséquent, il faut soit que l'organisation de cautionnement ait déjà été sollicitée, soit qu'elle ait procédé à un versement anticipé du cautionnement solidaire en application de l'art. 7, al. 2 et 3.

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.

<sup>63</sup> BL, LU, CC Centre, Lorandi, Transliq AG.

La demande n'est acceptée que s'il est probable que la prise en charge des frais du commissaire ne fera pas augmenter les risques financiers de la Confédération de manière considérable; en d'autres termes, le remboursement du crédit en suspens ne doit pas être plus fortement compromis par le sursis concordataire que par une procédure de faillite. Dans ce contexte, l'organisation de cautionnement prendra notamment en compte le montant du crédit COVID-19 n'ayant pas encore été amorti, ainsi que la complexité des faits.

L'*al. 5* s'inspire de l'art. 59, al. 3, de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances<sup>64</sup> 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.

#### *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 plus de 135 000 crédits COVID-19 cautionnés. 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. 6.1.1).

Les organisations de cautionnement restent cependant responsables de l'accomplissement soigneux de leurs tâches à l'égard de la Confédération (art. 5, al. 3), raison pour laquelle elles doivent accorder le plus grand soin à la sélection, à l'instruction et à la surveillance des tiers auxquels elles recourent en fonction des circonstances. Le cas échéant, elles devront résilier une relation contractuelle, par exemple en révoquant un mandat. Dans la convention de droit public conclue avec l'organisation de cautionnement, le DEFR règle les modalités du recours à des tiers (art. 6, al. 2,

<sup>64</sup> RS 611.0

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 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 PME. 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. 14).

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

Pour prévenir, combattre et poursuivre les abus (cf. ch. 4.1.4), le DEFR collabore étroitement avec le DFF, d'autres offices concernés de la Confédération (notamment l'Administration fédérale des contributions, AFC) et des cantons (notamment les autorités de poursuite pénale), 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. Les dispositions de lois spéciales sont réservées.

C'est ainsi que, en cas d'infraction à la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 ou à l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, l'échange d'informations entre les autorités – terme qui n'englobe pas les entités juridiques de droit privé telles que les organisations de cautionnement – est possible aux conditions énoncées à l'art. 29, al. 2<sup>bis</sup>, LBA, c'est-à-dire dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et les infractions préalable au blanchiment.

Si un établissement soumis à la LBA soupçonne ou constate qu'un crédit COVID-19 a été obtenu ou utilisé sur la base d'un crime au sens du code pénal (CP)<sup>65</sup>, la banque est tenue par la loi de l'annoncer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). Le MROS dénonce immédiatement le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente si les conditions énoncées à l'art. 23, al. 4, LBA et à l'art. 8 de l'ordonnance du 25 août 2004 sur le bureau de communication en matière de blanchiment d'argent<sup>66</sup> sont remplies<sup>67</sup>.

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).

<sup>65</sup> RS 311.0

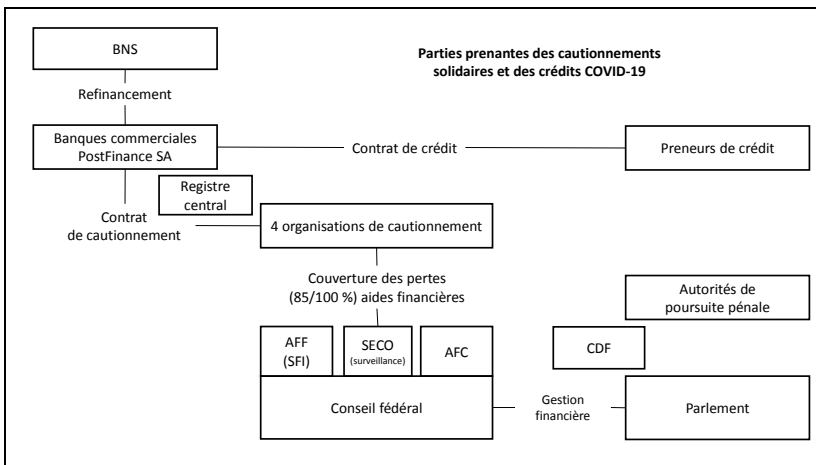
<sup>66</sup> RS 955.23

<sup>67</sup> En ce qui concerne les statistiques relatives aux communications de soupçons et aux dénonciations reçues par le MROS, prière de se référer à sa publication: [www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/kriminalitaet/geldwaescherei/ueberbrueckungskredite.html](http://www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/kriminalitaet/geldwaescherei/ueberbrueckungskredite.html).

*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 – 16,4 milliards de francs – des crédits cautionnés par des fonds publics, mais aussi pour assurer la prévention, la lutte et la poursuite en matière d'abus.



Le CDF est explicitement mentionné à l'*al. 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'AFC, l'AFF et l'Office fédéral de la statistique). 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. 4.1.4). À la différence de l'avant-projet, la prévention, la lutte et la poursuite en matière d'abus sont désormais expressément mentionnées<sup>68</sup>. Loin d'introduire un changement matériel, cette disposition est conforme à la pratique actuelle et constitue donc une simple clarification linguistique.

<sup>68</sup> Proposition émise durant la consultation par l'UBCS.

L'interdiction spécifique d'informer de l'art. 10a LBA<sup>69</sup> est réservée; elle met en œuvre l'interdiction de transmettre des informations au sens des normes du Groupe d'action financière. Il s'agit ainsi d'empêcher que le client de la banque ne remarque qu'il fait l'objet d'une communication de soupçon et qu'il n'entrave l'analyse du MROS et ultérieurement, en cas de dénonciation fondée sur l'art. 23, al. 4, LBA, les enquêtes des autorités de poursuite pénale et l'administration des preuves qui en découle.

Ne peuvent être traitées, appariées et communiquées que les données personnelles et informations qui sont nécessaires aux parties associées pour accomplir leurs tâches. Par exemple, 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, afin qu'elles puissent s'acquitter de leurs tâches (art. 5).

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 (LPD) 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). À l'avenir, le traitement des données concernant les personnes morales sera probablement réglé aux art. 57<sup>h</sup><sup>bis</sup> ss P-LOGA. Selon l'art. 57<sup>s</sup>, al. 1, P-LOGA, une base légale restera également nécessaire pour la communication des données concernant les personnes morales. Or, le présent échange de données et d'informations doit demeurer inchangé. Aussi l'office fédéral compétent complètera-t-il la présente disposition, cinq ans au plus tard après l'entrée en vigueur de la LPD entièrement révisée (cf. dispositions transitoires de l'art. 66 P-LPD), pour y introduire la notion de données concernant les personnes morales, dont la communication restera possible. Une telle procédure est également prévue pour plusieurs autres lois fédérales.

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) et le DEFR (cf. art. 18). Il est désormais précisé que, pour s'acquitter de leur devoir prévu dans la présente disposition, les donneurs de crédit sont tenus de faire usage du système de traitement des données exploité par les organisations de cautionnement. Ces dernières le feront

<sup>69</sup> À l'application duquel le cabinet Kellerhals Carrard s'est opposé dans son avis.

régulièrement vérifier, afin de s'assurer qu'il respecte les exigences reconnues en matière de sécurité des données (c'est-à-dire les exigences concernant la protection et la sécurité des données). En concertation avec le SECO, les organisations de cautionnement définiront à cet effet le programme d'audits en se fondant sur les normes usuelles de la branche. Dans la mesure où ils transmettent leurs données selon les prescriptions des organisations de cautionnement et à l'aide du système de traitement des données prévu, les donneurs de crédit n'ont ni obligation de vérification, ni responsabilité en lien avec les contrôles portant sur le système de traitement des données ou sur la transmission des données aux organisations de cautionnement.

Conformément à l'*al. 4*, le SECO et le CDF peuvent en tout temps exiger des organisations de cautionnement les données personnelles et informations dont ils ont besoin pour accomplir leurs 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 est désormais 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'est pas exhaustive et la levée du secret de la révision était déjà prévue dans la convention de crédit COVID-19. La mention désormais explicite du secret statistique ne constitue pas non plus une extension du champ matériel, car le secret statistique était jusqu'à présent englobé dans l'échange général de données et d'informations entre les autorités. Une autorisation supplémentaire de la part des entreprises et personnes concernées n'est en outre par nécessaire. 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<sup>70</sup>.

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 (par ex. nombre et volume par canton, par branche<sup>71</sup> ou selon la taille des entreprises<sup>72</sup>).

<sup>70</sup> Cette précision tient dûment compte de la crainte, exprimée lors de la consultation, d'un empiètement excessif sur le secret des avocats (FSA).

<sup>71</sup> GastroSuisse en a expressément fait la demande.

<sup>72</sup> Une bonne partie de ces informations, y compris sur les branches, peuvent être consultées sous le lien: <https://covid19.easygov.swiss/fr/> (Pour les médias).



L'al. 2, let. a et b, indique clairement que les données personnelles et les informations concernant les entreprises et les personnes qui recherchent ou prennent un crédit (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)<sup>73</sup>. L'art. 12 constitue ainsi une disposition spéciale au sens de l'art. 4, let. a, LTrans. Il entrera en vigueur rétroactivement au 25 mars 2020 (art. 28, al. 3, du 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. 4.1.4 et art. 10), à solliciter les cautionnements et à gérer les créances transférées aux organisations de cautionnement (art. 7 s.).

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) a refusé lors de la consultation la réglementation de l'al. 2. L'usage fait de l'argent du contribuable présente selon lui un intérêt public général. À son avis, il est raisonnable d'examiner la possibilité de communiquer les données de bénéficiaires de crédit dans des cas d'espèce, d'autant plus que la LTrans, avec la réserve relative au secret bancaire ainsi que la protection du secret d'affaires, de la sphère privée et des données, garantit les intérêts privés des personnes qui recherchent ou prennent un crédit. La réglementation proposée empêcherait de vérifier sur la base d'une demande d'accès, dans un cas d'espèce, la présence et l'importance d'un intérêt public à la communication de ces informations. La population serait ainsi dans l'incapacité de retracer l'activité de l'administration. Le PFPDT conclut en relevant qu'il est dans l'intérêt d'instaurer toute la transparence possible dans une optique de lutte contre les abus.

Il faut objecter au PFPDT que l'intérêt public général à la communication de données personnelles de preneurs de crédit *déterminés* ne prévaut pas sur l'intérêt des preneurs de crédit à la sauvegarde du secret d'affaires. Il existe un intérêt prépondérant à la préservation de la sphère privée, si bien qu'il faut éviter que chaque cas d'espèce, mais aussi la publication des données de tous les preneurs de crédit, ne doivent faire l'objet d'un examen dans le cadre de la procédure d'accès. Dans le cadre d'une procédure d'accès déjà engagée, la consultation de données agrégées et individuelles des preneurs de crédit a par exemple été exigée. Tandis que les données agrégées avaient déjà été largement publiées, le PFPDT, se fondant sur la LTrans, a recommandé que l'on octroie l'accès aux données individuelles des preneurs de crédit en les rendant anonymes par caviardage. Concrètement, cela signifierait qu'il faudrait examiner plus de 135 000 enregistrements, en indiquant par exemple le numéro postal et le montant du crédit, pour voir s'il est possible d'en tirer des déductions sur des preneurs de crédits déterminés ou déterminables. Un tel

<sup>73</sup> RS 152.3

examen prendrait énormément de temps et mobiliserait beaucoup de personnel, sans éliminer le risque que des déductions concernant les preneurs de crédit restent malgré tout possibles.

De plus, ainsi que cela a été évoqué plus haut, une lutte efficace contre les abus est déjà garantie par l'échange d'informations visé à l'art. 11 du projet. Dans ce cadre, des données personnelles et d'autres informations sont également échangées.

Et, finalement, rien ne s'oppose à la publication complète d'analyses statistiques ou rendues anonymes et agrégées; cette possibilité est même expressément prévue à l'art. 12, al. 1. De nombreuses informations et de nombreux graphiques ont déjà été publiés peu après l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19<sup>74</sup>. Ils sont régulièrement actualisés. Les besoins d'information les plus divers sont ainsi satisfaits sans que des personnes et entreprises déterminées se retrouvent au centre de l'attention.

## 5.5 **Section 5: Prise en charge des pertes sur cautionnements et des frais administratifs par la Confédération**

### *Art. 13*      Prise en charge des pertes sur cautionnements par la Confédération

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 fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME<sup>75</sup>. 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 l'*al. 1*, la Confédération assure donc la totalité du risque de pertes des organisations de cautionnement 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, la banque supporte alors 15 % de cette défaillance partielle. La banque et l'organisation de cautionnement ont ainsi souvent les mêmes intérêts à faire valoir quant à la suite des opérations.

<sup>74</sup> <https://covid19.easygov.swiss/fr/> (Pour les médias).

<sup>75</sup> RS 951.25

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.

L'*al. 2* règle la fixation des pertes devant être prises en charge par la Confédération. 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-19), déduction faite des amortissements versés jusqu'à ce moment, plus l'intérêt annuel cautionné conformément à ces dispositions (art. 4). Les montants de créance recouverts font l'objet d'une réglementation séparée (art. 16). 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. 15).

#### *Art. 14*           Prise en charge des frais administratifs par la Confédération

Les cautionnements doivent être sans conséquences financières pour les personnes ou entreprises concernées. Les organisations de cautionnement n'ont donc perçu ni émolument pour l'examen des demandes ni primes de risque. C'est pourquoi la Confédération, en vertu de l'*al. 1*, prend également 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. 16, 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, al. 4, 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 fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME. 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.

#### *Art. 15*           Paiements anticipés

D'après la *1<sup>re</sup> 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, LSu. Il s'agit d'éviter que les quatre organisations de cautionnement ne soient confrontées à un manque de liquidités.

La 2<sup>e</sup> phrase prévoit désormais la possibilité pour la Confédération de compenser les prétentions des organisations de cautionnement avec celles qu'elle a à leur égard. Seule la Confédération, et non pas les organisations de cautionnement, peut procéder à ces imputations. Compte tenu du caractère massif de l'opération, il semble justifié, pour des raisons pratiques, de l'y autoriser (éviter des flux de paiement inutiles).

*Art. 16* Versement des montants de créance recouverts

L'art. 16 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), 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 visés à l'art. 14.

*Art. 17* Fixation des contributions à la prise en charge des pertes sur cautionnements et des frais administratifs

L'*al. 1* indique que le SECO fixe le montant des contributions à la prise en charge des pertes sur cautionnements et des 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. 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).

*Art. 18* Rapport au Conseil fédéral

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 PME). Concernant les crédits et les cautionnements COVID-19, l'*art. 18* 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 (cf. aussi art. 12). 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.

## 5.6 Section 6: Transfert simplifié des créances de crédit en vue du refinancement par la BNS

### *Art. 19* Prescriptions de forme

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<sup>76</sup>). Cet établissement a donc créé une facilité de refinancement (facilité de refinancement BNS-COVID-19, FRC)<sup>77</sup> 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. 19 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.

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 la mise en œuvre opérationnelle rapide de la facilité ou la rendrait impossible dans les faits. Il con-

<sup>76</sup> RS 951.11

<sup>77</sup> Facilité de refinancement BNS-COVID-19: cf. [www.snb.ch/fr/ifor/finmkt/operat/id/finmkt\\_crf](http://www.snb.ch/fr/ifor/finmkt/operat/id/finmkt_crf).

vient 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 rétrocedée 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. 21).

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 valeur 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 créance qu'il a 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. 20* 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, le présent *art. 20* arrête à ce sujet 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, nonobstant d'éventuelles 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. 21* Devoir d'information et droit à l'information

Le processus opérationnel de refinancement nécessite que la banque transmette régulièrement à la BNS, conformément à l'*al. 1*, 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). Les banques sont en outre 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 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<sup>78</sup>. 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 LBN).

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. Par conséquent, l'*al. 2* 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 (cf. aussi art. 11).

L'art. 22, al. 2, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 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.

## 5.7 **Section 7: Responsabilité, tâches de l'organe de révision, surendettement et disposition pénale**

### *Art. 22* Responsabilité

La responsabilité personnelle et solidaire des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration du preneur de crédit ainsi que de toutes les personnes chargées de sa gestion ou de sa liquidation est reprise quant à son principe de l'art. 18a de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19<sup>79</sup>. 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. Le champ d'application personnel est limité par rapport à la notion très large d'organe qui figurait dans l'avant-projet. Cette adaptation permet d'éviter que les actionnaires ainsi que l'organe de révision qui ne s'occupent ni de direction, ni d'administration, ni de liquidation ne tombent sous le coup de cette disposition<sup>80</sup>. Les dispositions en matière de responsabilité d'autres actes législatifs, à l'instar du droit de la société anonyme (art. 752 ss CO), restent bien entendu applicables.

### *Art. 23* 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 visés à 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).

<sup>79</sup> Cf. Commentaire de l'ordonnance COVID-19 insolvabilité, du 16 avril 2020, page 9.

<sup>80</sup> Lors de la consultation, cet aspect problématique a notamment été souligné par EXPERTsuisse et par Baker McKenzie Glanzmann.



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 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 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); , l'organe de révision ne pourrait sinon ni constater ni vérifier l'existence d'une violation de la loi ou la régularisation de la situation légale.

Il a été signalé à juste titre durant la consultation que beaucoup de preneurs de crédit ne disposent pas d'un organe de révision, en raison de la possibilité de renoncer au contrôle restreint des comptes annuels (opting-out au sens de l'art. 727*a* en relation avec l'art. 727, al. 1, CO)<sup>81</sup>. Il n'y a néanmoins aucune raison matérielle de renoncer complètement à la présente disposition.

#### *Art. 24* 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, l'*al. 1* prévoit que 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 liés au COVID-19 et cautionnés à 100 % ne sont pas pris en compte en tant que capitaux étrangers. Dans la présentation des comptes, les crédits COVID-19 restent toutefois des capitaux étrangers 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 2022<sup>82</sup>.

En cas de dérogations au principe de protection du capital, il faut toujours mettre en balance les intérêts des PME preneuses de crédit et ceux des créanciers actuels ou futurs des preneurs de crédit. Il ne devrait pas être possible de retarder inutilement les mesures d'assainissement et de liquidation inévitables. Il s'agit par conséquent de procéder à une pesée des intérêts entre les entreprises preneuses de crédit et les créanciers actuels ou potentiels. Il faut partir ici du principe que la prolongation du délai ne va pas peser de manière disproportionnée sur les créanciers si, par la suite, ces petits crédits limités à 500 000 francs ne sont pas non plus pris en compte en tant que capitaux étrangers. Le 17 août 2020, le montant moyen des 135 005 conventions de crédit se situait à 103 000 francs. Il ne serait guère dans l'intérêt des créanciers qu'un grand nombre d'entreprises preneuses de crédit doivent remettre un avis de

<sup>81</sup> EXPERTsuisse

<sup>82</sup> Cf. Commentaire de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, page 18.

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 du 27 avril 2020 de la Commission des finances du Conseil des États «Ne pas prendre en considération en tant que capitaux étrangers les crédits garantis par des cautionnements solidaires pour toute la durée des cautionnements solidaires».

Pour les crédits COVID-19 au sens de l'art. 4 de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, dont le montant est supérieur à 500 000 francs, les donneurs de crédit assument à côté de la Confédération 15 % du risque de défaut de paiement (17 août 2020: 1128 demandes de crédit; montant moyen de 2,7 millions de francs). Ils ont par conséquent discuté en détail les modalités et conclu avec les preneurs de crédit des contrats *individuels*. Les parties contractantes ne *pouvaient pas* compter sur une exemption matérielle de l'obligation prévue à l'art. 725 CO au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, soit lors de la conclusion du contrat. Une dérogation réglementaire a posteriori à l'art. 725 CO ne se justifie donc plus. Le législateur empiéterait sur les relations contractuelles en place s'il modifiait après l'expiration du délai de dépôt des demandes de crédit une règle du jeu bien souvent déterminante pour l'octroi des crédits. Le Conseil fédéral tient donc à éviter l'insécurité juridique qui s'ensuivrait, pour les donneurs de crédit comme pour les autres créanciers<sup>83</sup>. Seules des voix isolées avaient d'ailleurs exigé durant la procédure de consultation l'extension de l'art. 25 aux crédits COVID-19 Plus<sup>84</sup>.

Le renvoi à l'art. 725, al. 1 et 2, CO, devra encore être adapté à la date fixée lors de la session d'été 2020 pour l'entrée en vigueur de la révision du droit de la société anonyme (n° d'objet: 16.077-1); il aura ensuite la teneur suivante: «art. 725a, al. 1, du code des obligations (CO)» (au lieu d'«art. 725, al. 1, du code des obligations (CO)») et «art. 725b, al. 1, CO» (au lieu d'«art. 725, al. 2, CO»).

L'al. 2 dispose que l'al. 1 s'applique par analogie en particulier aux Sàrl (art. 820 CO), aux sociétés coopératives (art. 903 CO) et aux fondations (art. 84a du code civil).

#### Art. 25 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

<sup>83</sup> Pour la même raison, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion 20.3813 Regazzi, «Ne pas prendre en considération en tant que capitaux de tiers les crédits Covid-19 Plus pour toute la durée des cautionnements solidaires».

<sup>84</sup> USAM, HotellerieSuisse.

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<sup>85</sup>. 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. 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. Tombe sous le coup de la disposition pénale quiconque obtient intentionnellement un crédit COVID-19 en fournissant de fausses indications 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 de faits plus graves en lien avec l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, les infractions définies dans le CP, par exemple l'escroquerie au sens de l'art. 146 CP, pour l'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale au sens de l'art. 148a CP, pour l'infraction de faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP ou pour le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305<sup>bis</sup> CP, priment la présente disposition pénale<sup>86</sup>. Si l'infraction à la loi sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 s'accompagne d'une infraction préalable au blanchiment d'argent, les dispositions de la LBA sont également applicables.

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).

En dérogation à l'art. 109 CP, l'*al. 2* dispose que l'action pénale pour les contraventions au sens de la présente loi se prescrit par sept ans. Ce délai de prescription s'applique également aux infractions à l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, pour autant que la prescription de l'action pénale ne soit pas encore échue à l'entrée en vigueur de la présente loi.

Conformément à l'art. 301, al. 1, CPP, 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

<sup>85</sup> Conformément à la requête que l'UDC a exprimée lors de la consultation.

<sup>86</sup> Cf. Marc Jean-Richard-dit-Bressel/Andrea Jug-Höhener, Die Profiteure der Krise, Ein Betrug der besonders verwerflichen Art: Strafbarkeit des Missbrauchs von Corona-Krediten aus einer Praxisperspektive, Jusletter du 3 août 2020, pages 5 ss, 11 ss et 16.

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, al. 4, de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération<sup>87</sup>). Pour ce qui est des employés des quatre organisations de cautionnement, le droit de dénoncer relève du reste 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 définit-il 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. Une souplesse suffisante est ainsi créée pour le DEFR et les organisations de cautionnement. La disposition pénale peut ainsi être appliquée comme *ultima ratio*.

## 5.8 Section 8: Dispositions finales

### Art. 26 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 au regard de l'interdiction d'affecter les crédits à certains nouveaux investissements (art. 6, al. 2, let. b, de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19). 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 nécessaires à l'exploitation, qui sont actuellement illicites, ne constituent pas une violation de contrat. Il apporte donc une sécurité juridique sans que les donneurs de crédit soient désavantagés.

### Art. 27 Modification d'autres actes

#### 1. Loi fédérale du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises<sup>88</sup>

Afin de mener la lutte contre les abus et pour assurer les flux d'informations entre tous les participants (art. 10 s., voir aussi ch. 4.1.4), il reste nécessaire de publier généralement le numéro d'identification des entreprises (IDE) même sans le consen-

<sup>87</sup> RS 172.220.1

<sup>88</sup> RS 431.03

tement 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 Poste<sup>89</sup>**

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 nationale<sup>90</sup>**

Dans l'accomplissement de ses tâches publiques, la 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, 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. Elle peut indifféremment collecter les données requises directement auprès des personnes concernées, les obtenir de tiers (par ex. les banques) ou recourir 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,

<sup>89</sup> RS 783.1

<sup>90</sup> RS 951.11

pour lesquels la LBN mentionne explicitement le traitement des données, la base juridique n'est actuellement décrite que de manière générale s'agissant de la collecte 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 du 18 mars 2004 de la Banque nationale<sup>91</sup>.

Pour des raisons de transparence, lors de la révision totale de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)<sup>92</sup>, 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 légales<sup>93</sup>. Étant donné que la date de l'entrée en vigueur de la révision totale de la LPD n'est pas encore fixée, 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, au sujet de l'octroi de crédits par les banques, de traiter les données 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 (cf. ch. 64 de l'annexe du P-LPD).

#### *Art. 28* 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 urgente 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 doivent 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 solidaires liés au COVID-19. La réglementation rétroactive est justifiée et proportionnelle. Elle permet un traitement confidentiel des identités et des données bancaires

<sup>91</sup> RS **951.131**

<sup>92</sup> RS **235.1**

<sup>93</sup> 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).

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 LTrans 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.

## **6 Conséquences**

### **6.1 Conséquences pour la Confédération**

#### **6.1.1 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 arrêtée 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.

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 francs<sup>94</sup>. Ce crédit d'engagement a été utilisé – selon les chiffres du SECO au 17 août 2020<sup>95</sup> – à hauteur de 41 % (16,4 milliards de francs). Une part de 84,1 % des ressources cautionnées concerne des crédits COVID-19 jusqu'à 500 000 francs (13,8 milliards de francs).

Pour la Confédération, des sorties de fonds ne surviennent que si les donneurs de crédit sollicitent effectivement les cautionnements solidaires ou si les organisations de cautionnement procèdent aux versements correspondants. Comme la simplicité et la rapidité de la procédure d'octroi des crédits impliquent 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. À ce jour, les donneurs de crédit ont sollicité 167 cautionnements solidaires pour un total de 13,7 millions de francs (état au 17 août 2020).

Une grande incertitude demeure quant à l'ampleur des pertes financières (art. 13) et des coûts administratifs des organisations de cautionnement (art. 14, cf. aussi ch. 6.1.2) que la Confédération devra supporter en raison des cautionnements solidaires. En admettant qu'environ 10 % à 20 % des crédits COVID-19 ne soient pas remboursés, la Confédération devra dépenser entre 1,5 et 3 milliards de francs environ au titre des pertes sur cautionnement.

<sup>94</sup> 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).

<sup>95</sup> Disponibles sous: <https://covid19.easygov.swiss/fr/> (Pour les médias).

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 qu'une part importante des défauts de crédit surviendront les deux premières années suivant la conclusion de la convention de crédit. La Confédération devra donc probablement 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, les organisations de cautionnement doivent 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. 16). Il n'est pas possible de se fonder sur des faits pour estimer les montants auxquels s'attendre, eu égard au caractère unique des crédits COVID-19, mais on peut tabler sur un montant relativement modeste.

### **6.1.2 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 supportés par les organisations de cautionnement pour contrôler les demandes ainsi que pour surveiller et régler les cautionnements (art. 14). La contribution de la Confédération à la couverture des coûts dépend à long terme du nombre et de la qualité des cautionnements, soit de la charge de travail qui en découle, et elle comprend les coûts de recours à des tiers. Compte tenu de toutes ces circonstances, une estimation du montant de ladite contribution prévue dès 2021 pour les organisations de cautionnement demeure entachée d'incertitudes.

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 23. 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. 4.1.4). 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. 4.1.1). En revanche, à l'avenir, vu les charges inhérentes à l'examen et au versement des contributions de la Confédération à la couverture des pertes, au maintien de la liquidité des quatre organisations de cautionnement, à la surveillance des organisations de cautionnement, à la garantie des processus informatiques, à la coordination de la lutte contre les abus, à la réponse aux questions émanant notamment des preneurs ou des donateurs de crédit, à l'établissement de rapports destinés au Conseil fédéral, 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 par année 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.

## 6.2 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 plus de 135 000 crédits COVID-19 aient été accordés indique que de très nombreuses entreprises ont rencontré des problèmes de liquidités ou du moins qu'elles s'y sont attendues (cf. ch. 1.1, 1.2 et 4.3).

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 cette 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. ch. 4.1.3).

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 accessibles aux mêmes conditions à toutes les 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. ch. 4.1.4, 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.

## **7 Aspects juridiques**

### **7.1 Constitutionnalité**

À l'instar de la loi fédérale sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME, le présent projet repose sur l'art. 103 Cst., qui porte sur la politique structurelle. Avec l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, le Conseil fédéral a voulu assurer les liquidités nécessaires aux PME privées qui n'avaient fondamentalement aucune autre possibilité de se financer à très 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 d'emplois (cf. ch. 1.1, 1.2 et 6.2).

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.

### **7.2 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 (cf. aussi ch. 3). Le champ d'application de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 comprend toutes les entreprises individuelles, sociétés de personnes et personnes morales 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 membres de l'organe suprême de direction ou d'administration 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)<sup>96</sup>.

<sup>96</sup> Cf. également l'interpellation 20.3565 Amaudruz du 10 juin 2020, «Crédits cautionnés dans le contexte du virus coronaire».

### 7.3 **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. 4.4) 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.).

### 7.4 **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 (cf. ch. 1.2 à propos de ses deux tranches), 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 dépenses<sup>97</sup>.

### 7.5 **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. ch. 1.1 et 1.2).

Le projet régleme les phases 2 et 3 (cf. ch. 4.1.1) de la procédure postérieure 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.

<sup>97</sup> 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).

La loi sur les subventions, la loi sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME et l'ordonnance sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME demeurent valables, en particulier s'agissant de la relation entre la Confédération et les quatre organisations de cautionnement, sous réserve que les dispositions du présent 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).

## **7.6 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.

## **7.7 Protection des données**

Hormis la disposition spécifique à la Banque nationale (art. 27, ch. 3), le projet ne contient pas de nouvelle disposition relative à la protection des données.

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. ch. 4.1.4) 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.