



Commentaire de

l'ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19)

Berne, le 25 mars 2020

1 Contexte

Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a adopté un train de mesures visant à atténuer les conséquences économiques de la pandémie de coronavirus (COVID-19).

Les mesures prises en Suisse et à l'étranger pour protéger la santé ont, pour certaines d'entre elles, des conséquences majeures pour l'économie et la société suisses. La cause n'est pas à rechercher dans les mesures du Conseil fédéral, mais dans la pandémie mondiale. Le train de mesures n'a donc pas pour objectif de verser des indemnités pour compenser les mesures officielles. D'ailleurs, même la loi sur les épidémies ne prévoit pas expressément le versement de telles indemnités. Le Conseil fédéral entend plutôt:

- éviter les licenciements massifs;
- garantir le versement du salaire en cas d'absence involontaire au travail; et
- empêcher que des entreprises et des travailleurs indépendants solvables ne soient acculés à la faillite en raison d'un manque de liquidités lié au coronavirus.

Les mesures adoptées visent à éviter les cas de rigueur et, au besoin, à apporter un soutien ciblé, rapide et sans formalités excessives aux personnes et aux entreprises concernées. Cette ordonnance vise à contribuer à la réalisation du troisième objectif. Elle doit fournir en particulier aux travailleurs indépendants et aux petites et moyennes entreprises (PME) un accès rapide et non bureaucratique aux crédits bancaires, et donc aux liquidités, afin qu'ils puissent supporter leurs frais fixes au cours des prochains mois malgré des pertes de revenus.

2 Réglementation proposée

Cautionnements solidaires

Conformément à la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME¹, le conseil fédéral soutient les organisations de cautionnement afin de faciliter l'accès des PME aux crédits bancaires. Les quatre organisations de cautionnement² reconnues par la Confédération peuvent fournir des sûretés sous la forme de cautionnements solidaires aux banques qui prêtent de l'argent aux entreprises. Actuellement, la Confédération prend à sa charge 65 % des pertes résultant des cautionnements. La mesure proposée s'appuie sur cet instrument, dont l'efficacité est éprouvée.

La Confédération sera en mesure de garantir les cautionnements solidaires pour les crédits octroyés à des travailleurs indépendants et à des entreprises solvables qui souffrent des conséquences économiques du coronavirus. Afin d'assurer un accès rapide et sans formalités excessives aux liquidités, la Confédération cautionnera 100 % des crédits liés au COVID-19 d'un montant allant jusqu'à 500 000 francs. Ces crédits bénéficieront par ailleurs d'une procédure simplifiée. En outre, des cautionnements pour des crédits pouvant aller jusqu'à 20 millions de francs seront possibles, le montant du crédit dépassant les premiers 500 000 francs devant être garanti à 85 %. Les travailleurs indépendants et les entreprises feront la demande de crédit en principe auprès de leur banque. Les clients de PostFinance SA pourront, eux aussi, demander un crédit COVID 19. À cette fin, l'interdiction faite à PostFinance SA d'octroyer des crédits est temporairement levée, les crédits n'étant accordés qu'au titre du COVID-19 et pour un montant jusqu'à concurrence de 500 000 francs. Cette

¹ RS 951.25

² La Suisse compte actuellement trois coopératives de cautionnement régionales: la CC Centre, la BG OST-SÜD et le Cautionnement romand, auxquelles s'ajoute la Société coopérative de cautionnement SAFFA destinée aux femmes, active à l'échelle nationale.

disposition d'exception est nécessaire car près de 70 % des PME ne bénéficient d'aucun crédit bancaire. Une grande partie d'entre elles effectuent leurs opérations de paiement via PostFinance SA et n'ont pas de banque attitrée. Or, si toutes ces PME devaient d'abord ouvrir un compte auprès d'une banque, l'aide rapide aux liquidités visée par l'ordonnance ne serait pas possible pour une majorité de travailleurs indépendants et de petites entreprises.

Ni les banques ni PostFinance SA n'ont l'obligation d'accorder un crédit à leurs clients.

Les cautionnements seront accordés par les quatre organisations de cautionnement. La Confédération prendra à sa charge les éventuelles pertes de cautionnement subies par ces organisations.

Les demandes de crédit au sens de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 pourront être déposées auprès d'une banque ou de PostFinance SA jusqu'au 31 juillet 2020.

Déclaration du requérant

Afin de pouvoir exécuter rapidement et sans formalités excessives les procédures d'octroi de crédits COVID-19 cautionnés, les conditions sont délibérément simples et reposent sur la déclaration des requérants:

- L'entreprise doit avoir été fondée avant la pandémie de COVID-19 en Suisse, soit avant le 1^{er} mars 2020.
- Elle doit être considérablement touchée sur le plan économique par la pandémie de COVID-19, notamment concernant son chiffre d'affaires.
- Elle doit être financièrement saine, c'est-à-dire ne pas être en procédure de faillite, en procédure concordataire ou en liquidation.

En outre, un crédit COVID-19 ne peut être sollicité que si, au moment du dépôt de la demande, le requérant ne bénéficie pas déjà d'une aide liée au COVID-19 sous la forme de liquidités au titre d'une des ordonnances urgentes dans le secteur de la culture ou des sports adoptées par le Conseil fédéral le 20 mars 2020.

Montant du crédit COVID-19

Le montant du crédit COVID-19 cautionné est calculé selon la taille de l'entreprise, en fonction du chiffre d'affaires. Le crédit de transition cautionné par la Confédération ne doit pas dépasser 10 % du chiffre d'affaires d'une année (pour les jeunes entreprises et les start-up, on se base sur une estimation du chiffre d'affaires). Dans l'hypothèse où le chiffre d'affaires est composé d'environ un tiers de coûts salariaux (pertes couvertes par les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ou par l'ordonnance urgente COVID dans le domaine des allocations pour perte de gain), de coûts variables et de coûts fixes, un tel crédit devrait pouvoir financer les coûts fixes d'une entreprise pendant un peu plus de trois mois.

En valeur nominale, la limite maximale par crédit cautionné est de 20 millions de francs; des exceptions sont possibles en cas de rigueur.

Échéances et taux d'intérêt

Les crédits COVID-19 sont accordés pour une période de cinq ans, avec possibilité de prolonger le délai jusqu'à deux ans supplémentaires en cas de difficulté.

Pour les crédits COVID-19 d'un montant allant jusqu'à 500 000 francs, le taux d'intérêt est de

0,0 %. Pour les crédits supérieurs à ce montant (jusqu'à 20 millions de francs), une réglementation différenciée s'applique: sur la part cautionnée du crédit (85 %), le taux d'intérêt est de 0,5 %. Sur la part restante (15 %) qui, conformément à l'ordonnance, n'est pas couverte par le cautionnement solidaire, il incombe aux parties au contrat de crédit – c'est-à-dire à la banque et au bénéficiaire du crédit – de convenir d'un taux d'intérêt approprié. L'ordonnance contient un mécanisme d'ajustement des taux d'intérêt pour les crédits garantis par un cautionnement solidaire. Selon ce mécanisme, le Département fédéral des finances (DFF) adapte chaque année les taux d'intérêt en fonction de l'évolution du marché, après avoir consulté les banques participant au programme.

Procédures

Deux procédures différentes sont appliquées pour l'octroi de crédits COVID-19, en fonction du montant demandé:

Procédure simplifiée pour les crédits allant jusqu'à 500 000 francs («CRÉDIT COVID-19»):

Pour les crédits COVID-19 allant jusqu'à 500 000 francs, la Confédération prend en charge le risque de perte total, plus un intérêt annuel. Grâce à cette couverture, la banque peut appliquer une procédure de contrôle sommaire:

- La personne exerçant une activité indépendante ou l'entreprise remplit la convention de crédit COVID-19 standardisée fournie par voie électronique, déclarant ainsi qu'elle remplit les conditions d'octroi. Elles soumettent la convention de crédit à leur banque ou, le cas échéant, à PostFinance SA.
- Le crédit de transition ne peut dépasser 10 % du chiffre d'affaires d'une année. La banque (ou PostFinance SA) vérifie si le requérant est client et s'il remplit les conditions pour bénéficier d'un crédit COVID-19 sur les bases de sa déclaration. Aucun autre contrôle n'est effectué. Si les conditions sont remplies, la banque (ou PostFinance SA) envoie la convention de crédit aux organisations de cautionnement. Dès que la convention est envoyée à l'organisation de cautionnement, le cautionnement est considéré comme approuvé et la banque peut mettre les fonds à disposition immédiatement. En principe, la libération des fonds du crédit entraîne également l'entrée en vigueur du cautionnement.

Cette procédure simplifiée est destinée à fournir une aide d'urgence rapidement et sans formalités. Elle est appliquée pour les travailleurs indépendants et les PME dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 5 millions de francs. Cette procédure devrait permettre de couvrir les besoins de plus de 90 % des entreprises concernées par le COVID-19.

Procédure pour les crédits compris entre 500 000 et 20 000 000 de francs («CRÉDIT COVID-19 PLUS»):

Pour les crédits supérieurs à 500 000 francs, la Confédération prend en charge le risque de perte total du crédit pour les premiers 500 000 francs, plus un intérêt annuel. Pour le montant allant de 500 000 à 20 millions de francs, elle assume 85 % du risque de perte; les banques doivent supporter les 15 % restants. La procédure doit également rester simple pour les crédits à hauteur de ces montants, mais l'examen des demandes doit être plus approfondi:

- L'entreprise qui demande un crédit remplit une demande de crédit standardisée, fournie par voie électronique. Les banques sont les seules interlocutrices pour le dépôt des demandes.
- Les conditions d'octroi et le calcul du montant maximum (10 % du chiffre d'affaires) sont les mêmes que pour la procédure simplifiée.

- En outre, la banque procède à une vérification conformément aux normes de la branche, en tenant compte du cautionnement solidaire; si sa décision est positive, elle soumet la demande à l'organisation de cautionnement compétente.
- Le crédit est versé dès que l'organisation de cautionnement compétente a signé le contrat de cautionnement avec la banque.

Grâce à des demandes et à des contrats standardisés ainsi qu'à un renforcement ciblé des effectifs au sein des organisations de cautionnement, ces crédits devraient pouvoir être traités rapidement.

Portée financière globale

La portée financière globale des crédits COVID-19 et, donc, l'estimation des pertes maximales que la Confédération doit supporter, seront fixées par le Parlement au moyen d'un crédit d'engagement conformément à la loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération³. Ce crédit doit s'élever à 20 milliards de francs.

Ce crédit d'engagement ne constitue pas une garantie de l'État indépendante des contrats de crédits bancaires, mais permettra à la Confédération de soutenir les quatre organisations de cautionnement reconnues pour l'octroi de cautionnements solidaires conformément à la présente ordonnance et au code des obligations (CO)⁴.

3 Commentaire des dispositions

1. Section 1 But, délimitation et volume global des cautionnements

Art. 1 But

L'al. 1 de la présente ordonnance de nécessité dispose que des cautionnements solidaires peuvent être octroyés en complément des mesures visées dans l'actuelle loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME⁵ (*let. a*). Grâce à des cautionnements solidaires, les entreprises individuelles, sociétés de personnes ou personnes morales ayant leur siège en Suisse qui souffrent des conséquences économiques de la lutte mondiale contre la pandémie de COVID-19 doivent avoir simplement et rapidement accès à des crédits leur permettant de surmonter les problèmes de liquidités pendant quelque trois mois. La manière dont les banques et PostFinance SA (*let. b*) ainsi que la Banque nationale suisse (*let. c*) sont associées au présent programme est également réglée.

L'al. 2 dispose en outre que l'octroi des cautionnements solidaires incombe aux quatre organisations de cautionnement reconnues. À l'heure actuelle, la Confédération soutient déjà ces organisations de cautionnement afin de faciliter l'accès des PME rentables et susceptibles de se développer aux crédits bancaires. Pour qu'un système fonctionnel puisse rapidement être mis en place, les organisations de cautionnement reconnues par la Confédération doivent également être en charge de l'octroi de cautionnements solidaires visant à atténuer les conséquences économiques de la lutte contre la pandémie de COVID-19. Il s'agit des quatre organisations de cautionnement évoquées au début du présent document (voir note de bas de page 2).

³ RS 611.0

⁴ RS 220

⁵ RS 951.25

Art. 2 *Volume global des cautionnements*

Cette disposition précise que le volume global des cautionnements qui est à disposition pour couvrir les pertes sur cautionnements du programme visant à atténuer les conséquences du coronavirus est déterminé par les crédits approuvés par l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral demande par conséquent un crédit d'engagement de 20 milliards de francs aux Chambres fédérales. En raison de son caractère urgent, ce crédit d'engagement a dans un premier temps été décidé le 23 mars 2020 avec le seul assentiment de la Délégation des finances⁶. Il sera soumis à l'approbation ultérieure de l'Assemblée fédérale (conformément à l'art. 28 de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances⁷).

2. Section 2 **Cautionnement solidaire avec conditions allégées**

Art. 3

Afin qu'une aide rapide puisse être octroyée aux entreprises individuelles, sociétés de personnes ou personnes morales ayant leur siège en Suisse (requérant) pour surmonter les problèmes de liquidités, un système à deux étapes est mis en place. À l'issue de la première étape, un requérant doit obtenir rapidement une aide immédiate au moyen d'un crédit entièrement cautionné au sens de l'art. 3:

D'après l'al. 1, une organisation de cautionnement accorde sans formalités un cautionnement solidaire unique pour des crédits bancaires jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires du requérant, mais d'au maximum 500 000 francs, plus un intérêt annuel (voir art. 7 et 13), si le requérant déclare que les conditions suivantes sont remplies:

Let. a: L'activité commerciale du requérant a débuté avant le 1^{er} mars 2020. Ces crédits visent à aider des entreprises individuelles, sociétés de personnes ou personnes morales ayant leur siège en Suisse qui étaient déjà actives au moment où la lutte contre la pandémie de COVID-19 a commencé à entraîner des conséquences économiques.

Let. b: Au moment du dépôt de la demande, le requérant ne doit par ailleurs se trouver ni en faillite, ni en procédure concordataire, ni en liquidation. Les liquidités supplémentaires doivent uniquement servir à la poursuite de l'activité commerciale.

Let. c: Le requérant est substantiellement affecté sur le plan économique par la pandémie de COVID-19, par exemple en raison d'une diminution du chiffre d'affaires. Les diminutions du chiffre d'affaires qui sont dues à d'autres raisons (par ex. perte du site de production en raison d'un sinistre, fermeture de l'entreprise pour des raisons d'hygiène, etc.) ne donnent pas droit à une aide au sens de la présente ordonnance.

Let. d: Afin d'empêcher le requérant de solliciter une double aide de la Confédération, il doit déclarer qu'il n'a pas déjà obtenu une garantie des liquidités au titre d'autres réglementations du droit d'urgence de la Confédération dans les domaines du sport et de la culture. Si une aide au sens de l'ordonnance COVID-19 sport du 20 mars 2020⁸ est demandée après l'obtention d'un crédit cautionné au sens de la présente ordonnance, le crédit cautionné est considéré comme une mesure d'autofinancement raisonnablement exigible au sens de l'art. 5, let. c, de l'ordonnance COVID-19 sport. Il existe ainsi la possibilité d'obtenir, subsidiairement aux crédits cautionnés visés dans la présente ordonnance, des ressources supplémentaires par l'intermédiaire de l'ordonnance COVID-19 sport.

L'art. 6, al. 2, let. a, est réservé; il précise que l'octroi de cautionnements solidaires au sens de la présente ordonnance pour des crédits destinés à des entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 500 millions de francs est exclu.

⁶ Communiqué de presse de la Délégation des finances du 23 mars 2020

⁷ RS 611.0

⁸ RO 2020 851

Al. 2: Les banques qui participent au programme d'octroi de cautionnements visant à atténuer les conséquences du coronavirus doivent accepter les conditions-cadres envers le SECO avant d'octroyer des crédits cautionnés au sens de la présente ordonnance. Ces conditions-cadres sont énoncées à l'annexe 1 de l'ordonnance. Ce n'est qu'une fois cette condition remplie que la banque ou PostFinance SA peuvent participer au programme.

D'après *l'al. 3*, les crédits de ce genre (y compris les intérêts définis à l'art. 13 pour une année) sont déjà considérés comme cautionnés lorsque la banque a reçu la convention de crédit signée par le requérant et l'a transmise au registre central désigné par les organisations de cautionnement ou a libéré le montant du crédit correspondant en faveur du client. De cette manière, les liquidités les plus urgentes peuvent être mises à la disposition du requérant de manière simple, non bureaucratique et donc rapide.

La banque créancière doit immédiatement transmettre la convention de crédit signée au registre central désigné par les organisations de cautionnement. Idéalement, la banque procède à cette transmission le jour même où elle a reçu la convention de crédit signée de la part du requérant. *L'al. 4* précise que, si la banque ne transmet pas la convention de crédit dans un délai de deux jours ouvrables bancaires, le cautionnement solidaire ne prend effet qu'au moment de l'envoi effectif de la convention de crédit au registre central. Il incombe à la banque ou à PostFinance SA d'apporter la preuve de l'envoi effectif de la convention de crédit.

Se fondant sur *l'al. 5*, le DFF peut, après consultation des organisations de cautionnement et des banques participantes ainsi que de PostFinance SA, modifier les conditions-cadres visées à l'annexe 1 de l'ordonnance et la convention de crédit visée à l'annexe 2 de l'ordonnance. Les modifications ne déploient aucun effet rétroactif matériel.

Section 4 Autres cautionnements solidaires

Art. 4

Al. 1: outre les cautionnements visés à l'art. 3, les organisations de cautionnement peuvent également accorder des cautionnements solidaires pour des crédits d'un montant maximal de 20 millions de francs. Ces cautionnements couvrent également un intérêt annuel (calculé selon les modalités définies à l'art. 13). Comme pour l'art. 3, les entreprises individuelles, les sociétés de personnes et les personnes morales ayant leur siège en Suisse peuvent en bénéficier. Demeure réservé, ici aussi, l'art. 6, al. 2, let. a, aux termes duquel l'octroi d'un cautionnement solidaire au sens de l'ordonnance est exclu si le chiffre d'affaires du requérant est supérieur à 500 millions de francs.

Les conditions d'octroi d'un cautionnement solidaire visé à l'art. 4 sont en principe les mêmes que celles qui s'appliquent aux cautionnements visés à l'art. 3 et elles sont délibérément conçues de manière à pouvoir être vérifiées de manière simple, rapide et sans formalités. En d'autres termes, le requérant doit faire les mêmes déclarations que pour un cautionnement au titre de l'art. 3 (al. 1, let. a, ch. 1). Toutefois, en raison du volume de crédit plus élevé (jusqu'à 20 millions de francs), deux exigences supplémentaires s'appliquent:

- *Premièrement*, le requérant doit disposer d'un numéro d'identification de l'entreprise (IDE) (al. 1, let. a, ch. 2). Chaque entreprise active en Suisse reçoit un tel numéro⁹. Outre les personnes inscrites au registre du commerce, les travailleurs indépendants qui ne sont pas inscrits dans ce registre peuvent également obtenir un numéro IDE.
- *Deuxièmement*, le requérant doit se soumettre à un contrôle de crédit, comme il est d'usage dans la branche (al. 1, let. b). Dans ce cadre, la banque à laquelle un crédit

⁹ Pour des informations complémentaires, voir Office de la statistique, à l'adresse: www.ofs.admin.ch > Registres > Numéro d'identification des entreprises (IDE)

est demandé vérifie la capacité financière et le degré de solvabilité du requérant. Ce contrôle de crédit est nécessaire étant donné que, d'une part, les volumes de crédit possibles sont sensiblement plus élevés que ceux prévus à l'art. 3 et que, d'autre part, la banque supporte 15 % du risque de crédit, conformément à l'al. 5. La banque doit tenir compte du fait que le crédit est largement couvert par un cautionnement solidaire: les risques sont considérablement réduits pour elle; plus précisément, ils sont transférés économiquement à la Confédération.

Al. 2: si un preneur de crédit s'est déjà vu garantir un crédit au moyen d'un cautionnement solidaire visé à l'art. 3, le montant maximal du cautionnement solidaire au sens de l'art. 4 est réduit à concurrence du montant correspondant (*let. a*). En tout, et sous réserve de l'art. 7, un même preneur de crédit peut recevoir conformément à l'ordonnance des cautionnements solidaires jusqu'à concurrence de 20 millions de francs. En cas de conséquences très dures prouvées (voir art. 13, al. 2), il est possible, dans des cas d'espèce et à titre exceptionnel, d'accorder des cautionnements solidaires pour des crédits dépassant 20 millions de francs (*let. b*), le cautionnement solidaire étant dans tous les cas limité à 85 % du montant du crédit, intérêt annuel compris (al. 5), et basé sur le chiffre d'affaires du requérant (art. 7).

Al. 3: le contrat de cautionnement entre la banque octroyant le crédit et l'organisation de cautionnement doit être conforme à l'ordonnance (voir annexe 3). Le DFF peut adapter le contrat-type. Pour ce faire, il consulte les organisations de cautionnement et les banques participant au programme. Les adaptations n'ont pas d'effet rétroactif matériel.

Al. 4: les déclarations faites par le requérant dans le cadre d'une déclaration au titre de l'al. 1, let. a, sont fondées sur la demande de crédit. Celle-ci doit être conforme au modèle de l'annexe 4. Le DFF peut l'adapter après avoir consulté les organisations de cautionnement et les banques participantes. Les adaptations n'ont pas d'effet rétroactif matériel.

Al. 5: contrairement à l'art. 3, les cautionnements solidaires prévus à l'art. 4 sont limités à 85 % du montant des crédits accordés, majorés d'un intérêt annuel. En d'autres termes, la banque qui octroie un crédit reçoit une sûreté de 85 % et supporte elle-même 15 % du risque de défaillance de ce crédit.

Al. 6: pour être valable, le contrat de cautionnement ne doit pas nécessairement être signé de la main de l'organisation de cautionnement, en dérogation à l'art. 493 CO¹⁰. La signature peut être apposée à la main, sous la forme d'un fac-similé ou à l'aide d'un tampon.

Section 4 Dispositions communes

Art. 5 Durée du cautionnement solidaire

Le droit en vigueur prévoit en principe une durée de dix ans, qui peut être prolongée de cinq ans en cas de difficultés, pour amortir les crédits cautionnés (art. 6 de l'ordonnance sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME¹¹). Étant donné que les cautionnements liés au COVID-19 servent à couvrir des problèmes temporaires de liquidité et ne sont pas destinés à financer l'exploitation des entreprises à plus long terme, la durée des cautionnements concernés doit être fixée à cinq ans. Cela permettra aux entreprises de rembourser sur toute la durée du cautionnement, soit cinq ans, les crédits accordés pour garantir des liquidités. La conception concrète des modalités d'amortissement est laissée aux entreprises et aux banques créancières. Pour des raisons de transparence et afin d'assurer un suivi continu de la progression de l'amortissement, un amortissement régulier, par exemple semestriel, semble approprié.

¹⁰ RS 220

¹¹ RS 951.251

Si l'amortissement des crédits octroyés dans le délai imparti (c'est-à-dire en intégralité dans un délai de cinq ans) est susceptible d'entraîner des conséquences très dures pour le preneur de crédit, le délai peut, en vertu de l'art. 13, al. 2, de l'ordonnance, être prolongé une fois de deux ans.

Art. 6 But du cautionnement solidaire

En vertu de l'al. 1, des cautionnements solidaires sont accordés uniquement pour des crédits de transition destinés à pallier les difficultés de liquidité résultant de l'impact économique de la lutte contre le coronavirus (pandémie de COVID-19). Cela signifie que les crédits obtenus ne peuvent être utilisés que pour couvrir, par exemple, les frais de location ou de matériel encourus (les charges de personnel doivent en grande partie être couvertes par les mesures COVID-19 dans les domaines de la réduction de l'horaire de travail et des allocations pour perte de gain).

En conséquence, l'al. 2 règle les exclusions du cautionnement solidaire. D'une part, les requérants dont le chiffre d'affaires était supérieur à 500 millions de francs en 2019 ne peuvent pas bénéficier d'un cautionnement au titre de cette ordonnance, car le cautionnement est, en particulier, destiné à assurer la liquidité des PME (*let. a*). D'autre part, les cautionnements solidaires ne sont pas non plus ouverts à ceux qui souhaitent utiliser le crédit pour de nouveaux investissements en actifs immobilisés qui ne sont pas des investissements de remplacement (*let. b*).

En vertu de l'al. 3, les opérations suivantes ne sont pas autorisées pendant la durée du cautionnement solidaire:

La *let. a* exclut la distribution de dividendes et de tantièmes ainsi que le remboursement d'apports de capital .

La *let. b* interdit l'octroi de prêts actifs ou le refinancement de prêts à des actionnaires ou à des proches revêtant la forme de prêts actifs. En ce qui concerne les crédits bancaires existants, il convient notamment d'éviter que les crédits accordés au titre de cette ordonnance permettent d'effectuer des amortissements extraordinaires ou des paiements extraordinaires d'intérêts sur ces crédits bancaires. Les amortissements et les paiements d'intérêts ordinaires prévus dans le contrat sont autorisés pour les crédits bancaires existants; dans ce cadre restreint, les crédits bancaires ne sont pas considérés comme des prêts privés. Est admis le refinancement de découverts de compte accumulés depuis le 23 mars 2020 auprès de PostFinance SA ou de la banque qui accorde le crédit cautionné visé par l'ordonnance.

La *let. c* précise qu'il n'est pas admis de rembourser des prêts intragroupes par un crédit cautionné au titre de cette ordonnance.

Let. d: les crédits cautionnés en vertu de cette ordonnance servent exclusivement à garantir les liquidités du requérant suisse. Tout transfert de fonds garantis par un cautionnement solidaire à une personne à l'étranger qui est liée d'une manière ou d'une autre au requérant (par ex. dans le cadre d'une gestion centralisée [*cash pooling*]) est interdit.

Les dispositions de l'al. 3 visent toutes à éviter un détournement des crédits obtenus sur la base de cette ordonnance. En particulier, aucun fonds et aucune garantie ne doivent être accordés pour des engagements financiers existants ou nouveaux, si ces moyens ou ces garanties ne permettent pas de couvrir des besoins impérieux pour le maintien de l'exploitation opérationnelle. En outre, les contrats passés avec des sociétés de services du groupe ou des tiers ne doivent pas être modifiés (au détriment de la caution solidaire).

L'al. 4 oblige les banques à respecter les exigences visées à l'al. 2, let. a. En outre, les banques excluent une utilisation des fonds aux fins prévues aux al. 2, let. b, et 3, let. a à d, dans le contrat de crédit qu'elles passent avec le requérant.

Art. 7 *Calcul du cautionnement solidaire*

Dans des circonstances normales, le montant du crédit est fixé après un examen minutieux, notamment de la santé financière de l'entreprise, des plans d'affaires, des liquidités requises et des garanties existantes. Dans le cas des crédits COVID-19, la priorité est mise sur un accès rapide et facile aux liquidités. Une vérification des demandes réalisée selon les critères habituels dans la branche n'est donc pas possible. Toutefois, un montant maximum pour le crédit cautionné par rapport à la taille de l'entreprise doit permettre d'empêcher que les fonds soient utilisés à grande échelle non pas uniquement pour combler les déficits de liquidités, mais aussi comme un moyen bon marché de financer des investissements ou à des fins de placement.

L'indicateur pour calculer le montant maximal individuel doit être clairement défini et mesurable; il doit être facile à déterminer, non seulement pour les entreprises ayant une comptabilité analytique étendue, mais aussi pour les travailleurs indépendants. Par conséquent, le montant maximal doit être calculé en fonction du chiffre d'affaires. Plus précisément, le crédit cautionné COVID-19 ne peut pas dépasser 10 % du chiffre d'affaires de 2019. Si la clôture définitive de l'exercice 2019 n'est pas encore disponible, le résultat provisoire fait foi pour déterminer le chiffre d'affaires. Si le résultat provisoire fait également défaut, le chiffre d'affaires de 2018 constitue la base de calcul (*al. 1*).

La pandémie de COVID-19 entraîne des pénuries de liquidités en raison des coûts fixes qui doivent être couverts pendant un certain temps sans revenus. Afin de combler ces pénuries, les coûts fixes survenant pendant la crise doivent pouvoir être financés avec les crédits COVID-19. En moyenne, 70 % des charges d'une entreprise concernent les charges de personnel, de matériel et de marchandises, ces deux dernières étant en grande partie des coûts variables. Les charges de personnel seront couvertes en grande partie par les mesures COVID-19 dans le domaine de l'allocation pour perte de gain ou de l'indemnisation en cas de réduction de l'horaire de travail. Ainsi, les autres dépenses telles que les loyers, les assurances, les dépenses d'investissement, etc., qui ne sont pas influençables à court terme, représentent moins de 30 % des charges. En supposant que les coûts fixes représentent également environ un tiers du chiffre d'affaires, 1/12 du chiffre d'affaires serait en moyenne suffisant pour couvrir les coûts fixes pendant 3 mois. Comme il s'agit de valeurs moyennes et que les chiffres peuvent fluctuer fortement en fonction de la structure et de l'activité de l'entreprise, le montant maximal est un peu plus généreux et s'élève à 10 % du chiffre d'affaires.

Le terme «chiffre d'affaires» figure notamment aux art. 727, al. 1, ch. 2, let. b, et 957, al. 1, ch. 1, CO¹². Il est donc connu depuis des années dans la pratique de la comptabilité et du droit des affaires.

Les travailleurs indépendants et les entreprises qui n'ont commencé leurs activités ou qui n'ont été fondées que dans le courant de l'année 2019 ne disposent d'aucune indication sur leur chiffre d'affaires pour un exercice complet. Dans ce cas, il faut prendre en considération la masse salariale: dans le secteur des PME, les salaires représentent environ un tiers du chiffre d'affaires d'une entreprise moyenne. Par conséquent, au lieu d'un chiffre d'affaires inconnu, il faut se baser sur la masse salariale nette pour l'ensemble de l'exercice en cours et la multiplier par trois. Comme cette formule de calcul est quelque peu approximative et ne tient pas compte de la structure individuelle de l'entreprise, l'ordonnance fixe simultanément une limite supérieure et une limite inférieure: la limite inférieure de 100 000 francs garantit que même une entreprise nouvellement créée et qui n'a pratiquement pas de charges de personnel a accès à un crédit d'au moins 10 000 francs. De même, la limite supérieure de 500 000 francs (soit un crédit de 50 000 francs) permet de ne pas surestimer le besoin de liquidités en cas d'activités demandant beaucoup de personnel avec des classes de salaires plus élevés.

¹² RS 220

Art. 8 Aide de la Confédération aux organisations de cautionnement

En raison de l'impact majeur de la lutte mondiale contre la pandémie de COVID-19 sur l'économie suisse, on s'attend à un grand nombre de demandes de cautionnement. Or les quatre organisations de cautionnement risquent de ne plus être 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 PME¹³. En outre, les conditions d'accès aux cautionnements sont temporairement assouplies afin de permettre aux entreprises concernées d'obtenir rapidement et si possible sans formalités une aide sous forme de liquidités. En conséquence, ce système entraînera un risque accru de défaut de cautionnement et de certains abus.

Selon la *let. a*, la Confédération assume donc le risque de pertes total des organisations de cautionnement pour les cautionnements solidaires liés au COVID-19 visés l'art. 3 (soit la totalité des 100 % cautionnés) ou à l'art. 4, al. 5 (soit la totalité des 85 % cautionnés). Voir également le commentaire de l'art. 17.

Les cautionnements doivent être sans conséquences financières pour les personnes ou entreprises concernées. Les organisations de cautionnement ne perçoivent donc ni émolument pour l'examen des demandes ni primes de risque. Par conséquent, selon la *let. b*, la Confédération prend également en charge tous les frais administratifs connexes et attestés (voir art. 9).

Art. 9 Couverture des frais administratifs des organisations de cautionnement par la Confédération

En vertu de l'*al. 1*, la Confédération prend en charge les frais administratifs encourus par les organisations de cautionnement pour l'examen des demandes, la surveillance et le traitement, y compris les frais liés au recours à des tiers. 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 justifiés. Par ailleurs, il convient d'assurer une délimitation par rapport aux coûts visés à l'art. 15, al. 3.

Pour le financement des frais administratifs, l'*al. 2* prévoit que la Confédération verse chaque année à l'organisation de cautionnement une avance s'élevant tout au plus à 80 % des frais administratifs attendus. Cette disposition correspond aux prescriptions de l'art. 23, al. 2, de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions¹⁴.

L'*al. 3* correspond 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 PME¹⁵. Il vise à éviter qu'une organisation de cautionnement finance des distributions de bénéfices à ses propriétaires au moyen des frais administratifs.

Art. 10 Obligations des organisations de cautionnement

En vertu de l'*al. 1*, l'organisation de cautionnement exerce son activité avec toute la diligence requise pour la mise en œuvre de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19. En principe, elle doit faire preuve de la même diligence que jusqu'à présent lors de l'octroi de cautionnements conformément à la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME¹⁶. Les aspects et les procédures concernant la diligence raisonnable applicable, dont le règlement dans l'ordonnance diffère de celui de la loi, doivent toutefois être pris en compte. Ainsi, les organisations

¹³ RS 951.25

¹⁴ RS 616.1

¹⁵ RS 951.25

¹⁶ RS 951.25

de cautionnement sont tenues de vérifier uniquement les aspects formels et l'exhaustivité des demandes de cautionnement solidaire (voir art. 11, al. 3).

L'al. 2 prévoit en outre que l'octroi d'un cautionnement solidaire visé par l'ordonnance ne doit pas être subordonné à l'utilisation d'autres prestations de l'organisation de cautionnement.

Art. 11 Remise et contrôle de la demande

Une organisation de cautionnement accorde un cautionnement solidaire uniquement sur demande. En vertu de l'al. 1, les demandes doivent être déposées par voie électronique auprès de la banque créancière pour le 31 juillet 2020 au plus tard et la banque doit les transmettre électroniquement aux organisations de cautionnement pour le 14 août 2020 au plus tard.

Pour les crédits cautionnés en vertu de l'art. 3, est réputée demande la transmission à la banque de la convention de crédit visée à l'annexe 2 de l'ordonnance signée par le requérant. Pour les crédits cautionnés en vertu de l'art. 4, est réputée demande la transmission de l'ensemble des documents de la banque, soit le contrat de cautionnement visé à l'annexe 3 de l'ordonnance, y compris la demande de crédit visée à l'annexe 4 et le contrat de crédit.

L'al. 2 prévoit que le requérant doit confirmer par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la forme par un texte que toutes les données figurant dans la demande sont complètes et véridiques (voir disposition pénale inscrite à l'art. 23).

L'organisation de cautionnement vérifie, conformément à l'al. 3, uniquement l'exhaustivité et l'exactitude formelle des demandes de cautionnement solidaire.

L'al. 4 prévoit que le SECO règle et publie les modalités du dépôt de la demande. Cette disposition offre la flexibilité requise au cadre juridique, elle est nécessaire pour garantir le déroulement optimal de la procédure électronique de demande et elle apporte une certaine sécurité juridique, en particulier aux organisations de cautionnement.

Art. 12 Levée des prescriptions sur le maintien du secret

Pour pouvoir vérifier les données figurant dans la demande de cautionnement ainsi que l'exécution du contrat de crédit et du contrat de cautionnement, les différents services intervenant dans le processus doivent disposer des informations requises pour l'accomplissement de leurs tâches. Afin de donner accès à ces informations et d'en permettre ainsi un traitement rapide, l'al. 1 prévoit que le requérant délève, dans la convention de crédit (voir art. 3, al. 3, et annexe 2) ou dans la demande de crédit (voir art. 4, al. 4, et annexe 4), la banque créancière, l'organisation de cautionnement, les offices compétents de la Confédération et des cantons, ainsi que la Banque nationale suisse (BNS) du respect des dispositions relatives au maintien du secret.

Conformément à l'al. 2, les organisations de cautionnement, les banques créancières, les offices compétents de la Confédération et des cantons et la BNS peuvent s'échanger toutes les informations requises pour la mise en œuvre de l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 (voir art. 14 également).

Art. 13 Amortissement et taux d'intérêt maximum

Selon l'al. 1, les crédits cautionnés en vertu de l'ordonnance doivent être intégralement amortis dans un délai de cinq ans. Cette règle souligne le fait que les crédits cautionnés dans le cadre de l'ordonnance servent uniquement à couvrir les besoins en liquidités découlant de la pandémie de COVID-19. Cela justifie aussi qu'un amortissement plus rapide soit requis pour ces crédits que pour les autres cautionnements accordés par les organisations de cautionnement.

Dans les cas de rigueur, la banque peut prolonger le délai jusqu'à sept ans au maximum avec l'accord de l'organisation de cautionnement (voir art. 5). L'al. 2 s'appuie sur une notion

du droit fiscal (voir art. 90 de la loi du 12 juin 2009 sur la TVA¹⁷ et art. 166 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct¹⁸).

Le taux d'intérêt des crédits cautionnés en vertu des art. 3 et 4 de l'ordonnance s'élève à 0,0 % pour les crédits visés à l'*al. 3, let. a*, et à 0,5 % pour les crédits visés à l'*al. 3, let. b*. Selon l'*al. 4*, le DFF adapte ces taux d'intérêt fixés par la loi à l'évolution du marché une fois par an, le 31 mars (la première fois le 31 mars 2021). Le DFF consulte à ce sujet les banques participantes et tient notamment compte de l'évolution des taux sur les marchés ainsi que des coûts de refinancement des banques participantes. Dans tous les cas, le taux d'intérêt prévu à l'*al. 3, let. a*, est d'au moins 0,0 % et celui prévu à l'*al. 3, let. b*, d'au moins 0,5 %.

Pour ce qui est du montant du crédit qui n'est pas garanti par un cautionnement solidaire au sens de l'ordonnance, l'*al. 3, let. b*, laisse les parties s'accorder sur l'éventuel taux d'intérêt.

Art. 14 Obligations d'informer des banques

Les banques doivent informer au moins deux fois par an les organisations de cautionnement des problèmes qui surviennent avec les preneurs de crédit, notamment les retards de paiement relatifs aux amortissements et aux intérêts concernant les crédits garantis selon les art. 3 et 4. Ce flux d'information est important pour que les organisations de cautionnement puissent assumer les tâches de surveillance et de traitement qui les attendent.

Art. 15 Recouvrements

L'art. 15 reprend sur le plan matériel l'art. 9 de l'ordonnance du 12 juin 2015 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME¹⁹. Il est en principe possible de renvoyer à la pratique actuelle en la matière. En cas de pertes sur cautionnement, il faut prendre toutes les mesures permettant de faire valoir les prétentions récursoires vis-à-vis du preneur de crédit (art. 507 s CO²⁰) et de récupérer le montant versé à la banque en tant que caution (*al. 1*).

Comme la Confédération couvre 100 % des pertes sur cautionnements (voir art. 8 et 17), l'*al. 2* prévoit que les montants recouverts vont à la Confédération.

Selon l'*al. 3*, l'organisation de cautionnement peut porter en déduction les coûts résultant des recouvrements qui sont directement liés à l'exécution de la créance récursoire, notamment les émoluments et les frais de procédure. Elle ne peut pas porter en déduction les frais généraux de surveillance et de traitement qui sont déjà inclus dans les frais administratifs visés à l'art. 9. L'organisation de cautionnement doit pouvoir justifier tous les frais.

Art. 16 Convention entre la Confédération et les organisations de cautionnement

Selon l'*al. 1*, la Confédération, par l'intermédiaire du DEFR, conclut avec chaque organisation de cautionnement une convention de droit public sur l'octroi de cautionnements visant à lutter contre les conséquences économiques de la pandémie de COVID-19.

L'*al. 2* définit le contenu minimal de cette convention. Il laisse aux partenaires contractuels suffisamment de marge de manœuvre pour trouver une solution adéquate.

¹⁷ RS 641.20

¹⁸ RS 642.11

¹⁹ RS 951.251

²⁰ RS 220

Art. 17 *Couverture des pertes par la Confédération*

L'art. 17 règle la couverture des pertes par la Confédération. En cas de défaut de paiement, la Confédération couvre le crédit cautionné dans l'accord de cautionnement (voir art. 3, al. 1 et art. 4, al. 5), déduction faite des amortissements versés jusqu'à ce moment (voir art. 13, al. 1 et 2). La couverture des pertes comprend en outre les intérêts cautionnés (voir art. 3, al. 1 et art. 4, al. 1).

La couverture des pertes par la Confédération est indirecte, car cette dernière met les fonds correspondants à la disposition des organisations de cautionnement (voir art. 8 et 18).

Art. 18 *Décomptes*

Selon l'*al. 1*, les organisations de cautionnement soumettent régulièrement au SECO leurs décomptes sur les contributions aux pertes et aux frais administratifs visés par l'ordonnance. Il s'agit d'éviter que les organisations de cautionnement ne doivent faire face à un manque soudain de liquidités. Les organisations de cautionnement doivent également transmettre toutes les pièces nécessaires permettant de déterminer le montant des contributions aux pertes et aux frais administratifs.

Selon l'*al. 2*, le SECO fixe le montant des contributions aux pertes et aux frais administratifs.

Le SECO exerce aujourd'hui déjà le contrôle et la surveillance des organisations de cautionnement (art. 17 et 18 de l'ordonnance du 12 juin 2015 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME²¹). L'*al. 3* prévoit explicitement que le DEFR informe annuellement le Conseil fédéral du résultat de son activité de contrôle et de surveillance. Dans ce contexte notamment, le Conseil fédéral reçoit les informations essentielles concernant l'application de la présente ordonnance, en particulier sur le volume des cautionnements des quatre organisations de cautionnement et sur les conséquences financières à prévoir pour la Confédération.

Section 5 **PostFinance SA**

Art. 19

PostFinance SA occupe une place particulière sur la place financière suisse. Elle assume un mandat de service universel dans le trafic des paiements. Dans ce contexte, elle sert un peu plus de 2,7 millions de clients, dont 300 000 sont des clients commerciaux (état à fin 2019). Elle dispose en outre d'une autorisation de la FINMA à exercer en tant que banque. Contrairement à d'autres banques suisses, en tant que société du groupe La Poste, PostFinance SA ne peut pas octroyer des crédits (art. 3, al. 3, de la loi du 17 décembre 2010 sur l'organisation de la Poste [LOP]²²).

Au vu de ce qui précède, il serait impossible à PostFinance SA de contribuer aux aides accordées pour lutter contre les problèmes de liquidités dus au COVID-19 en Suisse. Tenant compte de la position centrale de PostFinance SA et de sa clientèle – précisément aussi dans le domaine des PME –, l'ordonnance contient une base légale qui permet aussi à PostFinance SA d'apporter, dans certaines limites, une aide d'urgence à la situation liée au COVID-19.

Selon l'*al. 1*, PostFinance SA peut participer au programme visant à atténuer les conséquences économiques de la pandémie de COVID-19 (voir art. 1, al. 1, let. b et al. 2). Dans ce but précis, elle est autorisée à octroyer à ses clients des crédits en vertu de cette ordonnance.

²¹ RS 951.251

²² RS 783.1

Vu l'interdiction d'octroyer des crédits prévue à l'art. 3, al. 3, LOP²³ et le contexte politique de cette interdiction, cette dérogation est toutefois soumise à trois limites:

- Premièrement, PostFinance SA ne peut octroyer que des crédits au sens de l'art. 3 de l'ordonnance, c'est-à-dire des crédits dont le montant est limité à 500 000 francs par crédit. Comme ces crédits sont garantis à 100 % (indirectement) par la Confédération, le risque de crédit de PostFinance SA reste en principe inchangé. L'octroi de crédits d'un montant supérieur, notamment des crédits au sens de l'art. 4 de l'ordonnance, est interdit.
- Deuxièmement, PostFinance SA ne peut offrir de tels crédits qu'aux clients qu'elle avait déjà le 26 mars 2020. La dérogation à l'interdiction d'octroyer des crédits ne doit pas permettre à PostFinance d'élargir sa clientèle.
- Troisièmement, cette mesure fondée sur le droit de nécessité est clairement limitée dans le temps (voir art. 25).

Section 6 Refinancement par la BNS

Art. 20 Forme

En cas de besoin, les banques doivent pouvoir se procurer auprès de la BNS les liquidités nécessaires à l'octroi des crédits cautionnés au sens de l'ordonnance ainsi que d'autres créances vis-à-vis d'entreprises. Cette possibilité de refinancement joue un rôle important dans l'octroi de crédits par les banques. Elle facilite l'octroi de crédits par les banques.

Le refinancement par la BNS ne peut être accordé que contre une sûreté correspondante. Juridiquement, le refinancement est un prêt garanti de la BNS à la banque (facilité)²⁴. Dans la situation actuelle, la BNS doit être en mesure d'accepter facilement en tant que sûreté un grand nombre de créances provenant de crédits cautionnés au sens de l'ordonnance et d'éventuelles autres créances vis-à-vis d'entreprises individuelles, de sociétés de personnes ou de personnes morales ayant leur siège en Suisse (par ex. des crédits que les banques accordent contre un cautionnement ou une garantie des cantons).

L'utilisation de créances de crédit en tant que sûretés pour l'octroi de prêts de la BNS à des banques est donc facilitée, notamment par une modification des prescriptions concernant la forme.

Afin que les banques puissent obtenir rapidement la facilité mentionnée, les créances servant de sûretés doivent pouvoir être transférées valablement à la BNS, puis rétrocédées aux banques, en temps utile et de manière simple.

La cession de la créance à la BNS et sa rétrocession à la banque doivent donc être possibles sans forme particulière (al. 1)²⁵. Toute autre prescription de forme d'ordre légal ou contractuel n'a aucune portée.

La créance est considérée comme transférée au moment de l'enregistrement dans les systèmes de la BNS (al. 2). Il en va de même pour la rétrocession aux banques: la créance est considérée comme rétrocédée dès qu'elle a été effacée dans les systèmes de la BNS (al. 3).

La BNS définit habituellement dans une note les modalités du transfert et les données à transmettre (par ex. preneur de crédit, montant du crédit). Dans tous les cas, une cession

²³ RS 783.1

²⁴ Cf. Directives générales de la Banque nationale suisse sur ses instruments de politique monétaire du 25 mars 2004 (état le 1^{er} février 2020).

²⁵ Selon l'art. 165, al. 1, CO (RS 220), la cession n'est valable que si elle a été constatée par écrit.

écrite n'est toutefois pas nécessaire. Reste que les créances transférées doivent être suffisamment déterminées ou pouvoir être déterminées au moment du transfert (qualité du débiteur, contenu et montant), afin que la créance puisse être identifiée précisément. Une notification du débiteur n'est pas nécessaire pour que le transfert soit valable. Mais la BNS peut, en tout temps, notifier la cession aux clients des banques (débiteurs). À partir de ce moment, le client de la banque paie directement à la BNS (art. 167 CO26).

Cette possibilité de transfert simplifiée ne change rien aux conséquences juridiques liées à une cession. Les possibilités de valorisation de la BNS sont régies par les règles en vigueur et les conditions déterminantes de la BNS.

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

Art. 21 Droits accessoires

L'ordonnance prévoit également que les éventuelles sûretés liées à une créance – notamment les cautionnements solidaires visés par les art. 3 et 4 – sont transmises automatiquement à la BNS lors du transfert de la créance, indépendamment de dispositions contractuelles ou légales contraires (al. 1).

Concernant les créances transférées à la BNS, cette dernière bénéficie de la garantie de la Confédération autant que les banques créancières (voir art. 8).

Art. 22 Obligation de documenter et obligation d'informer

La gestion et l'administration des créances transférées à la BNS en tant que sûretés incombent en principe à la banque qui a transféré la créance à la BNS.

Dans le cadre de la collaboration avec la BNS, les banques sont tenues de transmettre à la BNS, à la demande de cette dernière, toute la documentation (y c. les contrats de crédit) concernant les créances de crédit qui ont été cédées (al. 1). De plus, les banques sont tenues d'annoncer dans le délai usuel tout amortissement lié aux créances de crédit cédées à la BNS (al. 2), afin d'assurer que les prêts de la BNS aux banques créancières sont suffisamment couverts durant la période où ils s'inscrivent dans la facilité de la BNS.

Section 7 Disposition pénale

Art. 23

Les crédits visés à l'art. 3 sont généralement octroyés sans contrôle des indications fournies par le requérant, et même pour les crédits visés à l'art. 4, qui sont urgents dans la plupart des cas, il n'est pas garanti que les contrôles habituels puissent être faits. Il est donc opportun de soumettre à une sanction pénale l'obtention frauduleuse des crédits et le non-respect des restrictions d'utilisation des fonds visés par l'ordonnance. Cela est d'autant plus important qu'il n'est pas sûr qu'on puisse faire valoir facilement les traditionnels éléments constitutifs de l'escroquerie et de faux dans les titres. En ce qui concerne l'escroquerie au sens de l'art. 146 du code pénal (CP)²⁶, il s'agirait notamment de se demander si une simple fausse déclaration du requérant compte tenu de l'absence de contrôle peut être qualifiée de dol. On peut partir du principe qu'il n'y a généralement pas de faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP, car les informations fournies par le requérant n'ont pas valeur de titre. Si les

²⁶ RS 220

²⁷ RS 311.0

autorités de poursuite pénale et les tribunaux devaient néanmoins retenir l'existence d'une infraction pénale plus grave en ce qui concerne l'ordonnance sur les cautionnements solidaires, les éléments constitutifs d'une infraction au CP primeraient sur la disposition pénale de l'art. 23.

L'infraction nouvellement établie dans l'ordonnance s'apparente en particulier à la soustraction d'impôt en ce qui concerne la manière dont elle est commise et les biens juridiques protégés (voir art. 175 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct²⁸). Dans les deux cas, le contrevenant veut obtenir un avantage pécuniaire par son comportement aux dépens de la collectivité (dans ce cas, un prêt auquel il n'a pas droit selon l'ordonnance ou, dans le domaine fiscal, par exemple la restitution d'impôt illégale). Dans les deux cas, il n'y a pas non plus d'infraction qualifiée (en particulier, pas de faux dans les titres) à laquelle s'appliquent des éléments constitutifs plus stricts.

Par analogie avec le droit fiscal, il est donc justifié que l'obtention frauduleuse d'un crédit en fournissant intentionnellement de fausses indications constitue également une infraction passible d'amende. Compte tenu des montants des crédits, qui peuvent être non négligeables, l'amende maximale peut atteindre 100 000 francs (également par analogie avec les dispositions pénales en matière fiscale qui, par loi spéciale, vont au-delà de l'amende ordinaire de 10 000 francs prévue à l'art. 106, al. 1, CP; voir aussi art. 175, al. 2 et art. 177, al. 2, CP).

En revanche, une sanction de l'acte de négligence n'est pas prévue, car les demandes à présenter selon l'ordonnance sont inédites et le requérant inexpérimenté peut très bien commettre, en les remplissant, une erreur évitable en tant que telle. Il est également clair que l'incitation et la complicité ne sont pas punissables, car l'infraction constitue une contravention (art. 105, al. 2, CP) et la participation n'est pas punissable.

Section 8 Dispositions finales

Art. 24

Pour le calcul de la couverture du capital et des réserves au sens de l'art. 725, al. 1, CO²⁹ et pour le calcul d'un surendettement au sens de l'art. 725, al. 2, CO, les crédits cautionnés au sens de l'art. 3 ne sont pas pris en compte en tant que capitaux de tiers jusqu'au 31 mars 2022. Les crédits cautionnés au sens de l'art. 3 sont donc neutres du point de vue du bilan au regard de l'art. 725 CO. Cela permet de créer une sécurité juridique pour les requérants concernés sans désavantager les banques créancières, car les crédits au sens de l'art. 3 sont entièrement couverts par le cautionnement solidaire des organisations de cautionnement et indirectement par la Confédération.

En ce qui concerne les crédits visés à l'art. 4, une telle règle générale ne peut pas se justifier à l'heure actuelle. Dans ce cas, les banques créancières assument 15 % du risque de défaut de paiement. En outre, ces requérants disposent d'options différentes de celles des requérants des crédits visés à l'art. 3 en ce qui concerne leurs possibilités d'actions financières et économiques et la gestion de leurs actifs et de leurs passifs.

Art. 25

L'ordonnance entre en vigueur le 26 mars 2020.

Comme il s'agit d'une ordonnance de nécessité du Conseil fédéral au sens de l'art. 185,

²⁸ RS 642.11

²⁹ RS 220

al. 3, Cst.³⁰, sa durée de validité est limitée à six mois, conformément à l'art. 7*d*, al. 2 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration³¹. Ensuite, elle devient caduque ou elle est notamment remplacée par une loi fédérale urgente au sens de l'art. 165 Cst.

³⁰ RS 101

³¹ RS 172.010