CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Crédits COVID-19

Pas d'obligation de diligence des banques ?

Par Urs Zulauf, Luc Thévenoz le 26 mars 2020

Le Conseil fédéral a adopté et publié hier l'**ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19**. Cette ordonnance d'urgence vise l'octroi rapide et non bureaucratique de crédits pour répondre aux besoins courants en liquidités des PME affectées par l'épidémie. Elle entre en vigueur aujourd'hui, le 26 mars 2020. Les crédits sont accordés à des conditions uniformes et bénéficient du cautionnement d'une des quatre organisations de cautionnement, lesquelles reçoivent une garantie de déficit de la Confédération. L'examen et l'octroi des crédits doit être possible en 30 minutes sur la base de déclarations formelles standardisées du demandeur. La banque a-t-elle à cet égard des obligations de diligence ?

Ce commentaire est également disponible en langue allemande.

Sous le titre « Aide de transition COVID-19 », leConseil fédéral, la Banque Nationale et la FINMA ont présenté hier un paquet de mesures permettant d'approvisionner en liquidités les PME touchées par la pandémie. L'instrument juridique central en est l' « ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus », fondée sur la compétence du Conseil fédéral d'adopter des mesures urgentes « en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure » (art. 185 al. 3 Cst.).

Cette ordonnance d'urgence, élaborée en seulement 10 jours en collaboration avec l'ensemble du secteur bancaire suisse et limitée à un maximum de 6 mois, prévoit le **dispositif** suivant pour fournir une aide en liquidités aux PME touchées par la pandémie. Ce dispositif n'est accessible qu'aux PME dont le chiffre d'affaires n'a pas dépassé CHF 500 millions en 2019 (art. 6 al. 2 let. a).

1. L'entreprise soumet, par courrier ou par courriel, un contrat de prêt standardisé, rempli et signé à l'une des 104 banques participant au programme (parmi lesquelles Postfinance, art. 19)ayant signé les conditions-cadres figurant en annexe I à l'ordonnance. La PME s'adresse si possible (pas obligatoirement) à sa banque habituelle pour éviter les formalités d'ouverture de compte. Le contrat de crédit est un formulaire PDF d'une seule page qui peut être téléchargé sur le site officiel covid19.easygov.swiss. Il comprend une série de déclarations préformulées. Toute personne qui fournit délibérément de fausses informations (par exemple sur le dernier chiffre d'affaires annuel) pour obtenir un prêt peut être condamnée à une amende pouvant aller jusqu'à CHF 100 000 (art. 23), sans préjudice d'infractions pénales plus graves (faux dans les titres, escroquerie, etc.).

2. La banque vérifie l'exhaustivité des déclarations et des informations requises dans le contrat-formulaire. Si elle considère les déclarations et informations fournies par l'entreprise comme complètes, elle verse immédiatement un montant ne dépassant pas 10 % du chiffre d'affaires annuel en 2019 mais au maximum CHF 500 000. Le taux d'intérêt est de 0 %. Le prêt doit en principe être remboursé dans les 5 ans (« crédit Covid-19 »). Dans le cas de demandes de crédits plus élevées (max. CHF 20 millions, « crédit Covid-19 Plus »), la banque examinera les demandes de crédit en « se fondant sur un contrôle de crédit en usage dans la branche » (art. 4 al. 1 lit. b). Comme la banque participe à hauteur de 15 % au risque de défaut de paiement pour les prêts de plus d'un demi-million, l'ordonnance lui permet d'appliquer un taux d'intérêt de 0,5 %. La banque est toujours libre de refuser un crédit sans indication de motifs (annexe 2, dernière ligne).

3. Les crédits ne peuvent pas être utilisés pour de nouveaux investissements ou des distributions aux actionnaires (article 6, al. 2 et 3)

4. Les contrats de crédit Covid-19 acceptés par la banque comme complets bénéficient *ex lege*, sans acte juridique supplémentaire, du cautionnement de l'un des quatre organismes reconnus par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (art. 3 al. 3). Pour les crédits supérieurs à CHF 500 000, un contrat de cautionnement doit être conclu (annexe 3).

5. La Confédération couvre les pertes des organismes de cautionnement et leurs frais administratifs (articles 8 et 9). Le Conseil fédéral a l'intention de demander au Parlement un crédit d'engagement urgent de CHF 20 milliards.

6. Les banques peuvent céder les prêts Covid-19 de manière informelle à la Banque nationale suisse afin de se refinancer (art. 20 ss.).

Quelles sont les **obligations de diligence** des banques lors de l'octroi et pendant la durée de ces crédits ? L'entreprise doit indiquer dans le contrat Covid-19 (annexe 2) ou Covid-19 Plus (annexe 4) le chiffre d'affaires qu'elle a réalisé ou estime avoir réalisé en 2019. Elle doit notamment confirmer :

- qu'elle n'a pas déjà demandé un crédit Covid-19 à une autre banque ou reçu un tel crédit,
- qu'elle a été créé avant le 1er mars 2020,
- qu'elle n'est pas en procédure de faillite ou de concordat ou en liquidation au moment du dépôt de la demande,
- qu'elle est substantiellement « affectée sur le plan économique en raison de la pandémie de COVID-19, notamment en ce qui concerne son chiffre d'affaires » (art. 3 al. 1).

Le dernier point est particulièrement important pour les crédits jusqu'à 500 000 CHF, qui sont intégralement garantis par la Confédération et ne comportent aucun risque de contrepartie pour les banques. Selon le Commentaire de l'ordonnance (p. 6), les crédits Covid-19 ne doivent pas être utilisés pour compenser une diminution du chiffre d'affaires qui ne serait pas imputable à la pandémie. Les banques doivent-elles vérifier ou du moins contrôler la plausibilité de ces informations ? Dans le cas contraire, les organismes de garantie peuvent-ils refuser de rembourser la banque en cas de défaillance de l'emprunteur ?

Sur la base d'un premier examen de l'ordonnance, nous arrivons à la conclusion que dans le cas des crédits Covid-19 (jusqu'à 500 000 CHF), les banques sont seulement tenues de vérifier l'exhaustivité formelle des déclarations. Les conditions-cadres signées par les banques (annexe 1) ne contiennent pas d'autres obligations de contrôle à leur charge. De telles obligations compromettraient le versement rapide du crédit-relais, qui est l'un des principaux objectifs de l'ordonnance.

Ainsi, les représentants du Conseil fédéral et des autorités ont-ils précisé lors de la conférence de presse que les abus devaient être combattus notamment par le biais des dispositions pénales applicables aux emprunteurs et que des contrôles *ex ante* limités sont acceptables dans l'intérêt d'un déboursement rapide.

https://cdbf.ch/wp-content/uploads/2020/03/clips-medienkonferenz-bundesrat-maurer-et-al-zu-covid-v-25-3-20-3.mp4

Le commentaire de l'ordonnance va dans la même direction : « Les crédits visés à l'art. 3 sont généralement octroyés sans contrôle des indications fournies par le requérant » (p. 16). Il en va de même en principe pour la vérification de l'utilisation du crédit : « La banque n'a aucune obligation de vérifier que l'utilisation est conforme au contrat » (annexe 2, point 5).

La seule limite posée au contrôle purement formel du formulaire de crédit par les banques reste, à notre avis, l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). La banque ne devrait pas accorder un crédit Covid-19 si le conseiller à la clientèle qui traite la demande sait ou s'il est évident à première vue que les informations fournies par la PME sont fausses ou mensongères. En se souvenant que le temps de traitement cible des crédits allant jusqu'à CHF 500 000 est de 30 minutes, seuls les mensonges qui sautent aux yeux priveraient la banque du droit de mettre en œuvre le cautionnement automatique dont ces crédits bénéficient.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Urs Zulauf, Luc Thévenoz, Pas d'obligation de diligence des banques ?, publié le 26 mars 2020 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/1119/