



Berne, le 18 mai 2022

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Rapport explicatif
relatif à l'ouverture de la procédure de consultation

Aperçu

En adoptant la motion 18.3021 Rieder (« Protéger l'économie suisse en contrôlant les investissements »), le Parlement a chargé le Conseil fédéral de créer des bases légales en vue d'un mécanisme d'examen des investissements directs étrangers¹. L'avant-projet de loi donne suite à ce mandat. Le Conseil fédéral reste opposé à l'introduction d'un examen des investissements, car il est d'avis que le rapport coût-utilité n'est pas avantageux et que le cadre réglementaire en vigueur est suffisant.

Contexte

La Suisse compte à la fois parmi les premières destinations mondiales des investissements étrangers et parmi les plus grands investisseurs à l'étranger. La politique d'ouverture en matière d'investissements étrangers est capitale pour la place économique suisse et constitue un modèle fructueux. Elle assure aux entreprises suisses un afflux de capital et de savoir, contribuant ainsi non seulement à la valeur ajoutée, mais encore au maintien et à la création d'emplois.

Il importe pour cette raison de veiller, lors de l'instauration d'un examen des investissements, à préserver l'ouverture de la Suisse aux investisseurs étrangers et son attrait pour ces derniers. Comme l'a relevé le Parlement lors des débats portant sur la motion 18.3021 Rieder, l'examen des investissements devra être ciblé, efficace et peu bureaucratique. La réglementation correspondante devrait en outre garantir un niveau élevé de transparence et de prévisibilité ainsi qu'une grande sécurité juridique. Par ailleurs, les compétences devront être réglées de manière claire. Enfin, le mécanisme d'examen des investissements devra être compatible avec les engagements de la Suisse en matière de droit international.

Contenu du projet

L'examen des investissements a pour but d'éviter que des acquisitions d'entreprises suisses par des investisseurs étrangers ne viennent menacer ou compromettre l'ordre ou la sécurité publics. On part du principe que les principales menaces émanent d'investisseurs proches d'un État. Par conséquent, toute acquisition par des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un État devra être soumise à approbation, quelle que soit la branche. L'avant-projet de loi définit en outre les domaines particulièrement critiques dans lesquels toute acquisition d'entreprise suisse par des investisseurs étrangers, qu'ils soient étatiques ou privés, sera soumise à approbation. Il fixe toutefois un seuil de chiffre d'affaires, si bien que les petites entreprises seront en général exemptées de la réglementation.

En ce qui concerne la définition d'une entreprise suisse, deux options sont soumises à la discussion. Il s'agira d'établir si la filiale suisse d'un groupe étranger doit être considérée (ou non) comme étant une entreprise suisse.

Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) sera chargé de mettre en œuvre l'examen des investissements et d'assurer la coordination avec les unités administratives concernées. L'avant-projet de loi prévoit une procédure d'approbation en deux étapes. Le SECO décidera, dans un délai d'un mois, si l'acquisition peut être approuvée directement ou si une procédure d'examen, d'une durée maximale de trois mois, doit être ouverte. La décision d'ouvrir ou non une procédure d'examen sera prise par consensus entre les unités administratives participant à la procédure (c.-à-d. le SECO et les unités administratives concernées). Si ces dernières sont d'avis qu'une acquisition doit être interdite ou qu'elles ne parviennent pas à se mettre d'accord à l'issue d'une procédure d'examen, il appartiendra au Conseil fédéral de trancher.

Il est prévu de régler l'examen des investissements dans une nouvelle loi fédérale distincte.

¹ Le titre de la loi étant « loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers », le présent rapport utilise l'expression « examen des investissements » et non « contrôle des investissements ».

Table des matières

1	Contexte.....	4
1.1	Nécessité d'agir et objectifs visés	4
1.2	Solutions étudiées et solution retenue.....	5
1.3	Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral	7
1.4	Classement d'interventions parlementaires.....	8
2	Comparaison avec le droit étranger, notamment européen.....	8
2.1	Champ d'application	9
2.2	Secteurs critiques	9
2.3	Investisseur national ou investisseur étranger.....	10
2.4	Investisseur étatique ou investisseur non étatique	10
2.5	Type d'investissement et valeurs seuils	10
2.6	Obligation de déclarer et de déposer une demande d'approbation	11
2.7	Étapes, durée de la procédure et voies de droit	11
2.8	Responsabilités	12
2.9	Coopération et dérogation (mutuelle) à l'examen des investissements	12
2.10	Pratique	12
3	Présentation du projet	13
3.1	Réglementation proposée	13
3.2	Adéquation des moyens requis	14
3.3	Mise en œuvre.....	14
4	Commentaire des articles	15
5	Conséquences.....	30
5.1	Conséquences pour la Confédération	30
5.2	Conséquences pour les cantons, les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne.....	31
5.3	Conséquences sur l'ordre et la sécurité publics	31
5.4	Conséquences économiques.....	32
5.5	Conséquences sanitaires et sociales	34
5.6	Conséquences environnementales	34
5.7	Autres conséquences	34
6	Aspects juridiques	35
6.1	Constitutionnalité	35
6.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	35
6.3	Forme de l'acte à adopter	36
6.4	Frein aux dépenses	36
6.5	Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale	37
6.6	Délégation de compétences législatives	37
6.7	Protection des données	37

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

En adoptant la motion 18.3021 Rieder (« Protéger l'économie suisse en contrôlant les investissements »)², le Parlement a chargé le Conseil fédéral de créer *des bases légales pour contrôler les investissements directs depuis l'étranger dans des entreprises suisses, en particulier en mettant en place une autorité d'approbation chargée de contrôler les transactions visées*. En exécution de ce mandat, le Conseil fédéral met en consultation, sous la forme d'un avant-projet de loi, une proposition concernant la forme que pourrait prendre un futur mécanisme d'examen des investissements.

La motion 18.3021 Rieder doit être considérée en regard du fait que, au milieu des années 2010, des entreprises de pays émergents ont intensifié leurs activités d'investissement à l'étranger, motivées dans certains cas par une forme de politique industrielle. On constate toutefois que ces entreprises ont nettement réduit leurs activités d'investissement au cours des dernières années³.

Les investissements effectués par des entreprises étatiques ou proches d'un État, notamment, ont parfois suscité la crainte d'une menace pour l'ordre ou la sécurité publics ou encore de distorsions de la concurrence. Dans le but de se prémunir contre une telle menace, le Parlement estime que la Suisse doit se doter d'un mécanisme d'examen des investissements⁴ qui permettrait d'interdire, dans certains cas, l'acquisition d'une entreprise suisse par un investisseur étranger.

Jusqu'ici, le Conseil fédéral s'est prononcé contre l'introduction d'un examen des investissements. Il estime que le rapport coût-utilité n'est pas avantageux et que le cadre réglementaire en vigueur aux niveaux fédéral et cantonal est suffisant. Dans son rapport du 13 février 2019 intitulé *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements*, qui donne suite aux postulats 18.3376 Bischof et 18.3233 Stöckli⁵, le Conseil fédéral souligne que la participation majoritaire de l'État dans la plupart des infrastructures critiques et la législation en vigueur offrent déjà une protection appropriée contre les menaces pour l'ordre ou la sécurité publics de la Suisse. Il est d'avis qu'un examen investissements augmenterait la charge administrative des entreprises concernées, entraînerait plus d'incertitudes pour les investisseurs et réduirait l'attrait de la place économique suisse.

L'analyse d'impact de la réglementation approfondie portant sur l'instauration d'un mécanisme d'examen des investissements (ci-après « AIR relative à l'examen des investissements ») réalisée sur mandat du SECO parvient également à la conclusion qu'il existe déjà une multitude d'instruments permettant de parer aux menaces susmentionnées. Les infrastructures critiques (énergie, eau, transports, p. ex.), en particulier, bénéficient déjà d'une protection appropriée. Il ressort par contre de l'AIR que les biens d'équipement militaires ou à double usage, les services informatiques liés à la sécurité ainsi que les médicaments et les dispositifs médicaux sont moins bien protégés. Le Conseil fédéral maintient son avis : il reste opposé à un mécanisme d'examen des investissements, au motif que l'utilité potentielle d'un tel instrument sur le plan de la sécurité, qui ne peut pas être clairement quantifiée et ne concernerait qu'un petit nombre de branches économiques, serait contrebalancée par les coûts élevés escomptés pour les propriétaires des entreprises cibles et la place économique suisse dans son ensemble.

² Cf. www.parlement.ch > 18.3021.

³ Cf. Analyse d'impact de la réglementation (AIR) portant sur l'instauration d'un mécanisme d'examen des investissements www.seco.admin.ch > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies.

⁴ Le titre de la loi étant « loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers », le présent rapport utilise l'expression « examen des investissements » et non « contrôle des investissements ».

⁵ Cf. www.parlement.ch > 18.3376 > Rapport en réponse à l'intervention parlementaire.

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

Lors de la mise en œuvre de la motion, il convient de tenir compte du fait que la politique d'ouverture en matière d'investissements étrangers est capitale pour la place économique et, partant, pour la prospérité de la population de notre pays. Cette politique assure aux entreprises suisses un afflux de capital et de savoir, contribuant ainsi non seulement à la valeur ajoutée, mais encore au maintien et à la création d'emplois⁶.

Dans son rapport *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements*, le Conseil fédéral a mis en discussion quatre options envisageables, en présentant les points forts et les points faibles de chacune d'entre elles. Ces quatre options sont : 1) le statu quo, 2) le statu quo avec monitoring ultérieur, 3) l'instauration d'une obligation de notifier, et 4) l'instauration d'un examen des investissements. Le Conseil fédéral préconisait l'option 2.

L'option 2 prévoyait la réalisation d'un monitoring sur la base des données à disposition et l'actualisation du rapport à l'attention du Parlement pour février 2023. Cette solution aurait permis d'identifier, moyennant une charge administrative proportionnée, s'il était nécessaire de prendre des mesures.

Dans le cadre des débats relatifs à la motion 18.3021 Rieder, le Parlement a discuté le rapport *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements* et les options proposées. En adoptant la motion, il a exprimé sa préférence pour l'option 4 (instauration d'un examen des investissements). Le Conseil fédéral donne suite à cette décision en mettant en consultation l'avant-projet de loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers (AP-LEIE).

L'examen des investissements devra être ciblé, efficace et peu bureaucratique. La réglementation correspondante devra en outre garantir un niveau élevé de transparence, de prévisibilité et de sécurité juridique. Par ailleurs, les compétences devront être réglées de manière claire. Enfin, le système d'examen des investissements devra être compatible avec les engagements de la Suisse en matière de droit international.

L'examen des investissements doit avoir pour but d'éviter que des acquisitions d'entreprises suisses par des investisseurs étrangers ne viennent compromettre ou menacer l'ordre ou la sécurité publics.

Autres objectifs possibles, mais non poursuivis, d'un mécanisme d'examen des investissements

L'examen des investissements pourrait également viser d'autres objectifs, comme le soutien et la promotion étatiques de certaines branches ou technologies dans le but d'éviter la perte d'emplois ou de savoir-faire. Il ne devrait toutefois pas être utilisé à cet effet, notamment pour les deux raisons indiquées ci-après.

Premièrement, l'instrument de l'examen des investissements n'est pas approprié ni nécessaire pour atteindre l'objectif susmentionné. Il ressort du rapport *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements* que la meilleure façon de garantir les emplois et l'avance technologique est de privilégier des conditions-cadre favorisant l'innovation et la concurrence, une politique de formation et de recherche qui tient compte des besoins de l'économie et une protection adéquate des droits de la propriété intellectuelle. Un examen des investissements motivé par des raisons de politique industrielle risquerait d'être utilisé à des fins protectionnistes, ce qui serait à moyen et long terme dommageable pour l'économie suisse. Le Conseil fédéral a jusqu'à présent clairement rejeté ce type de mesures⁷.

Deuxièmement, les engagements de la Suisse en matière de droit international limitent la marge de manœuvre pour l'instauration d'un examen des investissements (cf. ch. 6.2). Un mécanisme qui aurait entre autres pour but de soutenir et de promouvoir certaines branches

⁶ Cf. ch. 2 du rapport *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements* (cf. note 5).

⁷ Cf. rapport du Conseil fédéral du 16 avril 2014 faisant suite au postulat 11.3461 Bischof « Une politique industrielle pour la Suisse » : www.seco.admin.ch > Le SECO > Communiqués de presse > Communiqués de presse 2014 – SECO > L'industrie suisse reste compétitive.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

ou technologies, et qui aurait ainsi des visées protectionnistes, ne serait pas compatible avec les engagements de la Suisse en matière de droit international.

Un autre objectif possible mais non poursuivi serait d'empêcher une éventuelle violation de la neutralité concurrentielle des activités économiques privées d'entreprises étrangères étatiques ou proches d'un État en Suisse. Par neutralité concurrentielle, on entend l'exigence que l'action des pouvoirs publics n'avantage ou ne désavantage pas systématiquement un acteur du marché ou une entreprise spécifique. Le non-respect la neutralité concurrentielle engendre une distorsion de la concurrence.

S'agissant des activités économiques privées d'entreprises étatiques ou proches d'un État, les sources de distorsions de la concurrence induites par une influence étatique sont notamment les suivantes : 1) inégalité de traitement dans la réglementation et/ou la fiscalité, 2) avantages en matière d'information du fait de l'implication de l'État propriétaire, qui assume simultanément plusieurs rôles, 3) avantages d'ordre financier octroyés à une entreprise par un État, et 4) subventionnement croisé entre un monopole protégé et un segment non protégé⁸.

Dans le contexte d'un régime d'examen des investissements, les sources 1 et 2 ne sont pas pertinentes, puisqu'il ne s'agit pas d'investissements d'entreprises suisses étatiques ou proches de l'État ni d'investissements avec la participation de l'État suisse. Par contre, les investisseurs étrangers étatiques peuvent, sous certaines conditions, profiter de coûts de (re)financement plus bas (source 3) grâce, par exemple, à des garanties étatiques explicites ou implicites. Les bailleurs de fonds peuvent estimer que les risques sont moins élevés du fait que l'entreprise en question appartient à l'État et accorder par conséquent des crédits à des conditions avantageuses. Il se pourrait aussi que des établissements financiers proches de l'État octroient des crédits avantageux, le propriétaire étatique acceptant des rendements ou des dividendes inhabituellement bas. De tels avantages peuvent engendrer l'éviction d'entreprises privées au moment de l'acquisition ou par la suite. Enfin, le subventionnement croisé à partir d'un monopole (source 4) peut, dans certains cas, être soumis au contrôle prévu par le droit des cartels en matière d'abus d'une position dominante (art. 7 de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels [LCart]⁹).

En Suisse, la Constitution (Cst.)¹⁰ (notamment le droit fondamental à la liberté économique inscrit à l'art. 27 et le principe de la liberté économique prévu à l'art. 94) garantit l'économie de marché, dans laquelle l'État (à tous les échelons) promeut l'autonomie individuelle et respecte la neutralité concurrentielle. Ces règles ne s'appliquent toutefois qu'à l'État suisse et non aux entreprises étrangères étatiques ou proches d'un État actives sur le marché helvétique. Du point de vue du droit de la concurrence, ces dernières sont uniquement soumises au droit des cartels. Il y a donc inégalité de traitement entre les entreprises étatiques ou proches de l'État suisses et étrangères. Cela signifie du même coup que les entreprises privées en Suisse sont moins bien protégées contre les distorsions de la concurrence résultant des activités économiques privées avantagées d'une entreprise étatique ou proche de l'État lorsque celle-ci est étrangère. L'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires¹¹ règle certes l'utilisation de subventions par les pays membres de l'OMC et l'application de mesures compensatoires lorsque des importations subventionnées causent un dommage à la branche de production nationale, mais il ne s'applique pas aux subventions dans le secteur des services et ne couvre pas tous les types de subventions à l'industrie qui engendrent des distorsions du marché.

Instaurer un examen des investissements étrangers pour empêcher ces distorsions de la concurrence ne serait toutefois guère compatible avec les engagements de la Suisse en matière de droit international (notamment l'Accord général sur le commerce des services [AGCS] ;

⁸ Cf. note 5 et OCDE, *State-Owned Enterprises as Global Competitors: A Challenge or an Opportunity?*, Paris : Éditions OCDE, 2016, p. 14, www.oecd-ilibrary.org.

⁹ RS 251

¹⁰ RS 101

¹¹ RS 0.632.20 annexe 1A.13

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

cf. ch. 6.2), raison pour laquelle l'avant-projet ne prévoit pas de mettre en place un tel mécanisme pour combler cette « lacune réglementaire ». Les distorsions de la concurrence pourront donc être empêchées uniquement si elles compromettent ou menacent l'ordre ou la sécurité publics.

L'UE règle dans sa législation relative aux aides d'État certaines distorsions de la concurrence induites par des services étatiques et affectant le marché unique. Elle examine actuellement l'opportunité de réglementer également les distorsions de la concurrence affectant son marché unique qui sont provoquées par des services étatiques étrangers (cf. projet de règlement de la Commission européenne sur les subventions étrangères génératrices de distorsions)¹². La Suisse ne dispose pas de réglementation horizontale concernant les distorsions de la concurrence causées par les services étatiques de manière générale ni par les aides d'État en particulier. Après l'échec des négociations relatives à un accord-cadre institutionnel avec l'UE, les services compétents examinent actuellement, sur mandat du Conseil fédéral, si la Suisse aurait intérêt à introduire une réglementation autonome sur les aides d'État.

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023¹³ ni dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023¹⁴.

Le projet n'est pas mentionné dans le budget 2022 assorti d'un plan intégré des tâches et des finances 2023-2025¹⁵.

Il est la conséquence directe de l'adoption, par le Parlement, de la motion 18.3021 Rieder.

Le projet présente des recoupements thématiques avec les stratégies suivantes du Conseil fédéral, quand bien même aucune de ces deux stratégies ne traite directement de l'instauration d'un examen des investissements :

- la Stratégie nationale de protection des infrastructures critiques (PIC) 2018-2022¹⁶ ;
- la Stratégie nationale de protection de la Suisse contre les cyberrisques¹⁷.

Il existe en outre un lien entre le projet et l'initiative parlementaire 16.498 Badran (« Soumettre les infrastructures stratégiques du secteur énergétique à la lex Koller »)¹⁸, qui exige que les infrastructures stratégiques du secteur énergétique, notamment les centrales hydrauliques, les réseaux électriques et les réseaux de gaz, soient soumises à la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE, dite lex Koller)¹⁹. Dans le cadre de l'examen des investissements, une acquisition serait en principe possible sauf s'il est démontré qu'elle menace ou compromet l'ordre ou la sécurité publics. L'initiative parlementaire 16.498 Badran prévoit le contraire : selon le projet mis en consultation en vue de la modification de la LFAIE²⁰, l'acquisition d'une infrastructure stratégique du secteur énergétique serait en principe exclue et ne serait autorisée que si les intérêts économiques de la Suisse ou ses intérêts en matière d'approvisionnement énergétique tout comme l'intérêt supérieur du pays le permettent. Afin que les compétences soient réglées de manière

¹² Cf. https://ec.europa.eu/info/index_fr > Coin presse > Nouveau règlement pour s'attaquer aux distorsions causées par les subventions étrangères.

¹³ FF 2020 1709

¹⁴ FF 2020 8087

¹⁵ Cf. www.efv.admin.ch > Rapports financiers > Rapports financiers > Budget assorti d'un plan intégré des tâches et des finances.

¹⁶ Cf. www.babs.admin.ch > Autres domaines d'activités > Protection des infrastructures critiques > Stratégie nationale PIC.

¹⁷ Cf. www.ncsc.admin.ch > Stratégie SNPC > Stratégie SNPC 2018-2022.

¹⁸ Cf. www.parlement.ch > 16.498.

¹⁹ RS 211.412.41

²⁰ Cf. www.parlement.ch > Commissions > Commissions thématiques > Commissions de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie CEATE > Rapports et procédures de consultation.

claire, le secteur énergétique devra être soumis soit à la LEIE, soit à la LFAIE, mais pas aux deux. Il conviendra dès lors de prendre en considération ce point lors des débats parlementaires relatifs à ces deux projets.

1.4 Classement d'interventions parlementaires

L'avant-projet découle du mandat donnant suite à la motion 18.3021 Rieder, adoptée le 3 mars 2020.

2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Depuis le début des années 2010, les États ont multiplié les mesures pour protéger leurs intérêts essentiels touchant à l'ordre et à la sécurité publics en lien avec les investissements étrangers dans les domaines des infrastructures critiques et de la haute technologie, le plus souvent sous la forme d'un examen intersectoriel des investissements. Un examen des investissements leur permet d'être informés des investissements effectués par des investisseurs étrangers dans des secteurs critiques de leur économie, de fixer dans certains cas des charges ou des conditions, d'interdire la réalisation de certains projets d'investissement étrangers, ou encore d'ordonner leur annulation.

Dans son rapport *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements*²¹, le Conseil fédéral présente la manière dont d'autres États procèdent en la matière (cf. ch. 8 du rapport). Le sujet a aussi été examiné par l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) dans son avis du 20 décembre 2018 relatif aux restrictions aux investissements²². Différentes études ont également été réalisées dans le cadre de l'OCDE²³.

S'agissant du droit européen, il y a lieu de mentionner en particulier le règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, applicable depuis le 11 octobre 2020²⁴. Cet acte juridique prévoit un mécanisme de coopération qui consiste essentiellement en un système d'échange d'informations entre les États membres de l'UE et la Commission européenne. Il permet principalement d'échanger des informations et de partager des préoccupations concernant les investissements directs étrangers susceptibles de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public de l'UE et de ses États membres. L'art. 4 du règlement contient une liste non exhaustive de facteurs pouvant être pris en considération par les États membres de l'UE ou la Commission européenne pour déterminer si un investissement direct étranger est susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public. Il s'agit, notamment, d'effets potentiels sur les infrastructures critiques, les technologies critiques, l'approvisionnement en ressources essentielles, l'accès à des informations sensibles ainsi que sur la liberté et le pluralisme des médias. Les États membres de l'UE doivent aussi pouvoir prendre en compte le fait que l'investisseur étranger soit contrôlé directement ou indirectement par un pays tiers (notamment à travers la structure de propriété ou un appui financier significatif), qu'il ait déjà participé à des activités portant atteinte à la sécurité ou à l'ordre public ou qu'il existe un risque que l'investisseur exerce des activités illégales. Le règlement n'affecte pas la compétence concernant la mise en place et les modalités concrètes d'un examen des investissements, qui continue de relever des États membres de l'UE. Il fixe toutefois certaines normes minimales auxquelles les réglementations des États membres doivent satisfaire. Par exemple, des délais doivent être prévus pour l'examen, les informations confidentielles doivent être protégées, et les investisseurs étrangers et entreprises concernés doivent avoir la possibilité de former un recours contre les décisions prises dans ce contexte. L'approche suisse proposée répond à ces normes minimales.

²¹ Cf. note 5.

²² Cf. www.seco.admin.ch > Économie extérieure & Coopération économique > Relations économiques > Investissements internationaux > Investissements étrangers > Contrôles des investissements.

²³ Au sujet des travaux en question de l'OCDE, cf. aperçu disponible sur www.oecd.org/fr > Investissement > Investment policies related to national security and public order.

²⁴ Cf. <https://eur-lex.europa.eu> > numéro CELEX 32019R0452.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Le droit comparé qui suit se concentre sur les pays de l'OCDE, en particulier sur les États suivants : Allemagne, Australie, Autriche, Canada, États-Unis, Finlande, France, Italie, Japon, Nouvelle-Zélande et Royaume-Uni.

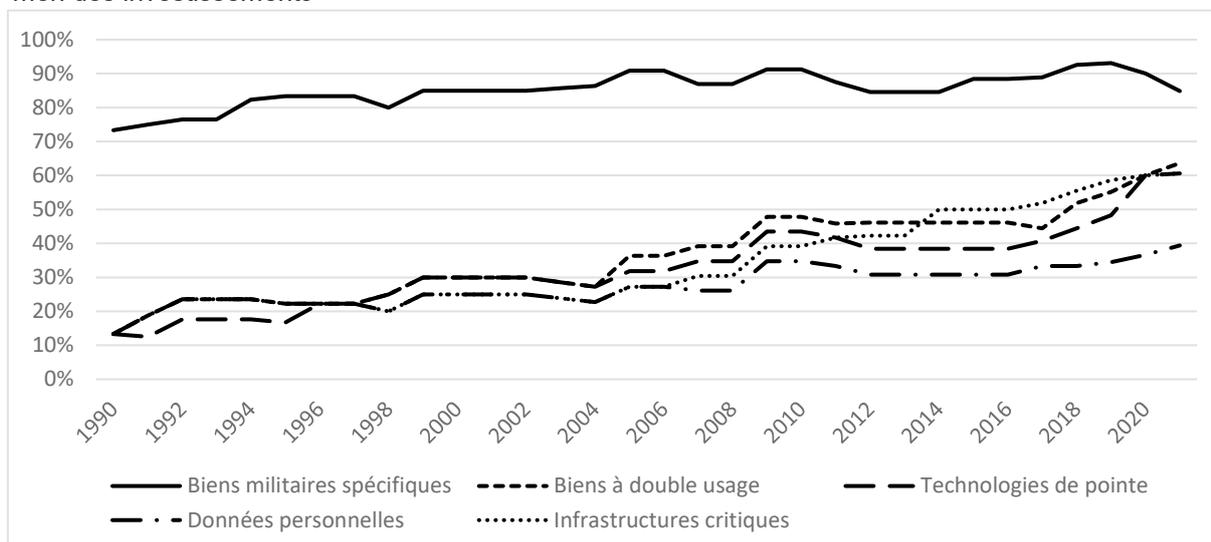
2.1 Champ d'application

La plupart des pays de l'OCDE disposant d'un mécanisme d'examen des investissements analysent les investissements sous l'angle de leurs effets sur l'ordre ou la sécurité publics (p. ex. Allemagne, Autriche, États-Unis, Finlande, France, Italie, Japon, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni). En règle générale, ils prennent en considération la question de savoir non seulement si un investissement représente une menace pour la capacité militaire, mais aussi, par exemple, si celui-ci pourrait mettre en danger des infrastructures critiques. La plupart des États ne définissent pas (de manière détaillée) ce que l'on entend par ordre ou sécurité publics afin d'offrir une certaine flexibilité à l'autorité chargée de l'examen. C'est alors surtout la pratique qui permet de savoir ce que l'État concerné entend par ces notions. Dans la zone OCDE, certains pays (Australie, Canada, Mexique, Nouvelle-Zélande) examinent également des éléments économiques²⁵, mais de plus en plus souvent dans des réglementations séparées qui ne prévoient pas de valeurs seuils monétaires (p. ex. le Canada et, plus récemment, l'Australie et la Nouvelle-Zélande).

2.2 Secteurs critiques

La plupart des États ne prévoient une compétence d'examen que pour les transactions dans certains secteurs critiques, qui sont énumérés de manière exhaustive chez les uns (France) ou à titre d'exemple chez d'autres (Australie, Autriche, Italie, Japon, Nouvelle-Zélande, etc.). Certains États (Allemagne, Canada, États-Unis) prescrivent une compétence d'examen globale pour les acquisitions dans tous les secteurs économiques. En Allemagne, ces prescriptions sont complétées par des réglementations sectorielles qui prévoient davantage d'examen (déclarations obligatoires, valeurs seuils plus basses, etc.).

Figure 1 : Fréquence relative à laquelle les pays de l'OCDE ciblent certains secteurs dans leur examen des investissements



Source : OCDE ; note : 100 % = nombre de pays de l'OCDE disposant d'un mécanisme d'examen des investissements dans l'année considérée.

Parmi les secteurs critiques sous l'angle de l'ordre ou de la sécurité publics qui sont concernés par l'examen des investissements, on trouve généralement le secteur de la défense. Ces vingt dernières années, sont venus s'ajouter, les infrastructures critiques (notamment les télécommunications, les transports, l'énergie, l'eau, la santé, la distribution des denrées alimentaires,

²⁵ Le Canada et l'Australie, entre autres, ont émis des réserves à ce sujet dans le cadre de leurs obligations de droit international.

le traitement et le stockage des données), les biens pouvant être utilisés à la fois à des fins civiles et militaires (biens à double usage) et les technologies de pointe (p. ex. les technologies quantiques ou l'intelligence artificielle). La figure 1 en donne l'illustration²⁶.

2.3 Investisseur national ou investisseur étranger

La grande majorité des États (Allemagne, Australie, Autriche, États-Unis, Finlande, France, Italie, Royaume-Uni, etc.) accueillent volontiers les projets des investisseurs étrangers. Un investissement est défini comme étranger si la nationalité de l'investisseur ne correspond pas à celle de l'entreprise cible. Lors de l'examen d'un cas spécifique, une distinction fondamentale est faite entre l'investisseur direct et l'investisseur ultime. Or vérifier qui est l'investisseur ultime peut s'avérer compliqué, en particulier lorsque des structures (verticales) de propriété complexes rendent difficile l'établissement de la nationalité de l'investisseur ultime ou que les propriétaires de l'entreprise investisseuse sont nombreux. Il incombe souvent à l'investisseur lui-même d'établir la preuve de l'identité de l'investisseur ultime.

Seuls quelques rares pays, à l'instar de la Lituanie ou de la Pologne, ne font pas de distinction entre les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers ou, plus précisément, soumettent aussi les investisseurs de leur pays à l'examen des investissements. Les Pays-Bas et la Norvège envisagent d'étendre l'examen des investissements à tous les investisseurs. En Australie, les investissements dans les infrastructures critiques doivent être déclarés indépendamment de la nationalité de l'investisseur.

2.4 Investisseur étatique ou investisseur non étatique

Nombreux sont les États qui, pendant longtemps, n'ont pas fait de distinction formelle entre les investisseurs étrangers privés et les investisseurs étrangers contrôlés par un État, alors que ces derniers présentent parfois un risque (de sécurité) élevé. Cette situation a partiellement changé, notamment pour les États membres de l'UE, depuis que le règlement (UE) 2019/452 mentionne expressément la possibilité, lors de l'examen d'investissements étrangers, de prendre en compte le fait que l'investisseur étranger soit contrôlé directement ou indirectement par un État tiers. Même si ce critère n'est généralement pas mentionné dans la législation des États membres, c'est un point important dans l'évaluation des risques pour l'ordre ou la sécurité publics que peut présenter un cas spécifique.

Dans certains pays non membres de l'UE, notamment au Canada, les effets des investissements effectués par des investisseurs étatiques ou contrôlés par l'État (parmi lesquels les régimes de pension étatiques) sont analysés au cas par cas. L'attention se focalise notamment sur les intérêts de l'investisseur pour déterminer s'ils sont purement économiques, ou aussi politiques. D'autres pays (Australie, États-Unis) examinent systématiquement les opérations d'investisseurs étrangers contrôlés par l'État (mais aussi privés), quel que soit le secteur concerné. En Australie, les valeurs seuils applicables aux participations sont plus basses pour les investissements réalisés par des investisseurs étrangers contrôlés par l'État.

2.5 Type d'investissement et valeurs seuils

Les régimes d'examen des investissements étrangers se concentrent sur les reprises d'entreprises (*brownfield investments*). Rares sont les pays qui examinent la création de nouvelles entreprises (*greenfield investments*), à l'exception du Canada. En outre, la vente de branches d'activité critiques d'une entreprise et de certains actifs importants (*assets*) est parfois contrôlée (notamment en Allemagne, Autriche, Finlande, France et Italie).

La plupart des pays utilisent la part dans le capital ou les droits de vote de l'entreprise cible comme critère pour déterminer à partir de quand un investissement peut être potentiellement critique. Tous les États choisis dans l'étude procèdent à un examen lorsqu'un investisseur envisage d'acquérir 50 % des droits de vote ou des actions d'une entreprise. Et la grande

²⁶ Cf. également *OECD Business and Finance Outlook 2021*, p. 151 ss., disponible sur www.oecd-ilibrary.org.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

majorité examinent les investissements portant sur l'acquisition d'un pourcentage de parts inférieur (10 ou 25 %) ou l'augmentation de la participation à l'actionnariat. L'examen part de l'idée que, même avec une participation inférieure à 50 %, un investisseur peut exercer une influence déterminante sur les décisions de la direction de l'entreprise ou avoir accès à des éléments sensibles, que ce soit des données, un savoir-faire ou une technologie. Lorsque cette influence peut s'exercer d'autres manières (actions spécifiques donnant un droit de veto, p. ex.) permettant de contourner ces valeurs seuils, aucun seuil n'est fixé²⁷. De nombreux États (Allemagne, Autriche, Australie, États-Unis, Italie, Japon et Royaume-Uni) prévoient en outre un examen à partir d'un seuil bas (5 ou 10 % des droits de vote, p. ex.) dans certains secteurs considérés comme très critiques. En Allemagne, par exemple, cette valeur seuil est de 10 % dans les secteurs de l'armement et des infrastructures critiques. Dans certains cas (Australie et Canada), les valeurs seuils sont également fixées en fonction du volume d'investissement.

2.6 Obligation de déclarer et de déposer une demande d'approbation

De nombreux pays de l'OCDE imposent une obligation de déclarer les investissements soumis à examen (p. ex. l'Autriche, la France, l'Italie et, pour certains secteurs, l'Allemagne, les États-Unis et la Finlande). Cette déclaration déclenche généralement le mécanisme d'examen. Elle doit souvent être effectuée avant la réalisation du projet d'investissement. Dans ces systèmes, les autorités peuvent en outre procéder à un examen si l'obligation de déclarer n'est pas respectée intentionnellement ou par négligence (contournement).

Certains États ne connaissent pas d'obligation générale de déclarer, mais les investisseurs sont tenus de le faire s'il y a lieu de penser que l'opération pourrait constituer une menace pour l'ordre ou la sécurité publics (Finlande, p. ex.). Les autorités ont alors également la possibilité d'ouvrir d'office une procédure d'examen et, le cas échéant, d'interdire l'investissement, que celui-ci ait déjà été réalisé ou non.

Plusieurs États, comme l'Allemagne et les États-Unis, combinent les déclarations obligatoires et spontanées. Ainsi, sur sol américain, les investisseurs contrôlés par l'État sont tenus de déclarer un investissement (cf. également ch. 2.4). Certains pays émettent également dans ce contexte des avis de conformité (*Unbedenklichkeitsbescheide*) qui visent à réduire l'incertitude quant à la nécessité ou non d'une déclaration ; c'est par exemple le cas de l'Allemagne et des États-Unis. Globalement, la densité des examens varie d'un État à l'autre. Elle est plutôt faible dans l'ensemble, ce qui entre probablement dans l'évaluation des risques des investisseurs.

2.7 Étapes, durée de la procédure et voies de droit

La plupart des États appliquent en principe une procédure d'approbation comportant au moins deux étapes. En premier lieu, l'autorité compétente décide, sur la base d'une déclaration, s'il convient ou non d'effectuer un examen approfondi. Cette phase dure plus ou moins un mois dans la plupart des États (Allemagne, Australie, Autriche, France, Finlande, Italie et Royaume-Uni). Si des préoccupations subsistent, une procédure d'approbation approfondie est ouverte dans le cadre d'une deuxième étape, qui ajoute généralement deux (Australie, Autriche, Finlande, France et Italie) ou trois mois supplémentaires (Allemagne). Il faut compter 45 jours pour chacune des deux étapes aux États-Unis, une durée à laquelle il convient d'ajouter un délai supplémentaire de 15 jours, au cas où le président voudrait se prononcer. De nombreux États prévoient en outre la possibilité de prolonger les délais afin de donner suffisamment de flexibilité à l'autorité compétente lorsque le dossier présente des difficultés. La quasi-totalité des États connaissent la possibilité, dans la seconde étape, de soumettre les projets d'investissements étrangers à des charges ou des conditions, de les refuser ou, si nécessaire, de les faire annuler s'ils ont déjà été réalisés.

²⁷ Cf. OCDE, *Investment policy developments 2021*, ch. marg. 17 ss., disponible sur www.oecd.org/fr/ > Investissement > Investment policies related to national security and public order.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Si les investisseurs ont généralement la possibilité de recourir contre une décision, notamment devant un tribunal, certains États (comme les États-Unis, lorsque l'acquisition n'est pas encore réalisée) ne le permettent pas.

2.8 Responsabilités

Dans la plupart des États, la mise en œuvre de l'examen des investissements est confiée au Ministère de l'économie (Allemagne, Autriche, Canada, France, Royaume-Uni, etc.). Dans certains pays, dont l'Australie et les États-Unis, c'est le Ministère des finances qui est compétent. Mais d'autres ministères sont généralement impliqués dans le processus d'examen. La coopération interministérielle est très développée, notamment en Allemagne, aux États-Unis et en France. Aux États-Unis, l'examen est effectué par un organe interministériel (Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS), qui est chapeauté par le Secrétariat au trésor.

2.9 Coopération et dérogation (mutuelle) à l'examen des investissements

Les États membres de l'UE se dispensent mutuellement de l'examen des investissements dans le contexte du marché intérieur, mais aucune exception n'est par exemple accordée, en Allemagne ou en Italie, dans des secteurs plus critiques comme celui de l'armement. Par ailleurs, certains États membres de l'UE, à l'instar de l'Allemagne (sauf dans le domaine de l'armement) ou de l'Autriche, exemptent actuellement la Suisse de l'examen des investissements, contrairement à d'autres, comme la France ou l'Italie. L'UE et ses États membres, à l'image de nombreux autres pays, n'ont pas émis de réserves sur l'examen des investissements, ni dans l'AGCS ni dans leurs accords de libre-échange (ALE). L'examen des investissements à l'égard d'États tiers repose sur les dispositions dérogatoires qui figurent dans les accords correspondants (cf. ch. 6.2). Le mécanisme de coopération entre les États membres de l'UE et la Commission européenne (cf. ch. 2) permet, lors de la prise de décision, de tenir compte des préoccupations des autres États membres en termes de sécurité. En ce qui concerne les participations minoritaires dans certains secteurs (technologies critiques, infrastructures critiques, données personnelles sensibles ou biens immobiliers critiques), les États-Unis exemptent aujourd'hui les investisseurs de quelques États (Australie, Canada et Royaume-Uni) de l'examen, pour autant que les États et les investisseurs remplissent certaines conditions, parmi lesquelles un mécanisme d'examen des investissements ou un échange d'informations. Ils ne prévoient en revanche aucune dérogation pour les participations permettant de prendre le contrôle d'une entreprise.

2.10 Pratique

Dans la pratique, rares sont les projets d'investissement formellement interdits²⁸. Les projets jugés critiques sont généralement adaptés en fonction des charges ou des conditions des autorités pour qu'ils puissent être approuvés. Il arrive aussi parfois que des projets d'investissement qui rencontrent des difficultés pour obtenir l'autorisation nécessaire des autorités (un supplément d'informations étant requis, p. ex.) et qui ont peu de chance d'y parvenir soient retirés avant que la décision finale ne soit rendue. Les données disponibles concernant les décisions des autorités sont donc difficiles à interpréter.

²⁸ Cf. ISDC, avis du 20 décembre 2018 relatif aux restrictions aux investissements (cf. note 22).

3 Présentation du projet

3.1 Réglementation proposée

Menaces principales

L'examen des investissements a pour but d'éviter que des acquisitions d'entreprises suisses par des investisseurs étrangers ne viennent compromettre ou menacer l'ordre ou la sécurité publics.

Il doit notamment permettre d'écarter les menaces suivantes :

- la défaillance d'une entreprise qui fournit un service indispensable à l'ensemble de l'économie et qui ne peut pas être remplacé dans un délai raisonnable ;
- la dépendance critique de l'armée suisse ou d'autres institutions fédérales chargées de la sécurité de l'État vis-à-vis de fournisseurs de pièces d'armement essentielles ;
- la dépendance critique des autorités suisses à l'égard de fournisseurs de systèmes informatiques clés liés à la sécurité ;
- la dépendance critique d'infrastructures spatiales internationales auxquelles la Suisse participe vis-à-vis de fournisseurs de composants essentiels ;
- l'accès d'un acteur malveillant à des données clés liées à la sécurité ou à une grande quantité de données personnelles sensibles ;
- des distorsions majeures de la concurrence lors d'acquisitions par des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un État, dans la mesure où ils compromettent ou menacent l'ordre ou la sécurité publics.

Focus sur les investisseurs étatiques ou proches d'un État

Les acquisitions qui relèvent d'une logique entrepreneuriale semblent a priori peu problématiques. Dès lors, les risques liés aux investisseurs étrangers privés devraient être plutôt faibles. Par contre, l'évaluation des risques est différente lorsque les investisseurs étrangers sont liés à un État et que les raisons qui sous-tendent les acquisitions sont d'ordre politique. On peut donc partir du principe que les menaces proviennent essentiellement des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un État. Lors des débats parlementaires relatifs à la motion 18.3021 Rieder, les orateurs ont souligné à plusieurs reprises le caractère potentiellement problématique des investisseurs étatiques ou proches d'un État.

Aussi toute acquisition par un investisseur étranger étatique ou proche d'un État doit être approuvée, quelle que soit la branche. Pour les investisseurs étrangers privés, il s'agit de déterminer les domaines dans lesquels une acquisition doit être approuvée, mais aussi les valeurs seuils à partir desquelles il convient de le faire. En revanche, les petites entreprises sont en principe exclues, puisqu'un seuil *de minimis* général est fixé.

Approbaton obligatoire en cas de prise de contrôle

Sont soumis à approbation toutes les opérations aboutissant à la prise de contrôle d'une entreprise suisse. Il incombe à l'investisseur étranger de déposer la demande. Pour définir quelles sont les entreprises considérées comme suisses, deux options sont proposées, selon que la filiale suisse d'un groupe étranger doit être considérée (ou non) comme étant une entreprise suisse.

Procédure d'approbation

L'examen des investissements se déroule en deux étapes. Rapide, la première étape consiste à déterminer si une acquisition peut être approuvée directement ou s'il faut ouvrir une procédure d'examen. S'il n'y a pas lieu de craindre que l'acquisition menace ou compromet l'ordre ou la sécurité publics, l'acquisition peut être réalisée. Dans le cas contraire, une procédure d'examen est ouverte, qui exigera un peu plus de temps.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Coopération avec d'autres États et dérogations mutuelles

Il est possible de conclure des accords de coopération avec d'autres États, avec pour objectif d'obtenir une dérogation mutuelle à l'examen des investissements et d'échanger des informations au cas par cas.

3.2 Adéquation des moyens requis

Le financement de l'examen des investissements doit être assuré par des émoluments perçus conformément aux principes du droit applicable ainsi que par des recettes fiscales générales. Des informations plus détaillées sur les coûts escomptés pour la Confédération figurent au ch. 5.1.

3.3 Mise en œuvre

Il appartiendra au SECO, plus précisément au nouveau secteur qui sera créé à cet effet, de mettre en œuvre l'examen des investissements et d'assurer la coordination avec les unités administratives concernées et le Service de renseignement de la Confédération (SRC).

Le Secrétariat d'État du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et le Secrétariat général du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (SG-DDPS) seront toujours associés aux procédures d'examen, tout comme le SRC. D'autres unités administratives seront impliquées en fonction de la branche dans laquelle l'acquisition est prévue.

La décision d'ouvrir ou non une procédure d'examen sera prise par consensus entre les unités administratives participant à la procédure (c.-à-d. le SECO et les unités administratives concernées). Si ces dernières sont d'avis qu'une acquisition doit être interdite ou qu'elles ne parviennent pas à se mettre d'accord à l'issue d'une procédure d'examen, il appartiendra au Conseil fédéral de trancher.

Le SECO aura pour tâche de publier chaque année un rapport contenant des informations agrégées sur les examens effectués.

L'examen des investissements pourrait porter sur des acquisitions contrôlées dans le cadre de procédures relevant d'autres actes législatifs. Ces chevauchements sont de l'ordre du prévisible, notamment dans les domaines suivants : 1) le contrôle des concentrations d'entreprises par la Commission de la concurrence (COMCO)²⁹, 2) l'examen du respect des dispositions sur les offres publiques d'acquisition par la Commission des offres publiques d'acquisition (Commission des OPA)³⁰ et 3) l'examen par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) des participations qualifiées dans des banques³¹, des établissements financiers³², des entreprises d'assurance³³ et des infrastructures des marchés financiers³⁴ quant aux garanties d'une activité irréprochable.

Ces contrôles ont toutefois un autre objectif que l'examen des investissements. Dès lors, l'examen des investissements et les autres contrôles mentionnés ici sont effectués indépendamment les uns des autres, d'autant que les instances décisionnelles ne sont pas non plus les mêmes. Les différents contrôles peuvent être effectués soit en parallèle (leur durée pouvant varier) soit dans l'ordre chronologique.

L'essentiel est qu'une acquisition soumise à l'examen des investissements ne peut être réalisée avant que les investisseurs n'en aient obtenu l'approbation. Si, par exemple, une acquisition est soumise en même temps à l'examen de la COMCO, c'est à l'investisseur étranger de choisir s'il souhaite que les deux examens se déroulent en parallèle ou l'un après l'autre. Par

²⁹ Cf. art. 10 LCart.

³⁰ Cf. art. 125 ss. de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF ; RS 958.1).

³¹ Cf. art. 3^{ter} de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB ; RS 952).

³² Cf. art. 11 de la loi du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin ; RS 954.1).

³³ Cf. art. 21 de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA ; RS 961.01).

³⁴ Cf. art. 9 LIMF.

ailleurs, le droit régissant les offres publiques d'acquisition repose sur les prémisses qu'un offrant ne peut en principe exécuter une offre d'acquisition que si cela ne lui est pas interdit par une décision administrative. Dans la pratique, les offres d'acquisition sont donc aujourd'hui déjà généralement liées à la condition qu'il n'existe pas d'interdiction des autorités. Selon la pratique de la Commission des OPA, de telles conditions sont parfaitement admises et s'appliquent jusqu'à l'exécution de l'offre d'acquisition. La Commission des OPA autorise également ce genre de conditions dans le cas d'offres obligatoires.

4 Commentaire des articles

Art. 1 But

L'examen des investissements a pour but d'éviter que des acquisitions d'entreprises suisses par des investisseurs étrangers ne viennent compromettre ou menacer l'ordre ou la sécurité publics. La sécurité publique peut être menacée principalement lorsqu'une acquisition est susceptible de compromettre la capacité d'intervention de l'armée suisse ou d'autres institutions fédérales chargées de la sécurité de l'État. La menace pour l'ordre public réside essentiellement dans la défaillance potentielle d'infrastructures critiques dont les prestations ne peuvent être remplacées en temps utile.

Art. 2 Champ d'application

Al. 1 : la délimitation du champ d'application matériel s'appuie sur la notion d'entreprise au sens large telle que définie à l'art. 3, let. a. La loi doit s'appliquer aussi bien aux entreprises de droit privé qu'aux entreprises de droit public. Le champ d'application matériel comprend également les sociétés ayant la capacité d'acquérir (comme les sociétés de gestion de fonds) qui sont contrôlées par une ou plusieurs personnes à l'étranger ou par un autre État. La notion de contrôle au sens de la loi (art. 3, let. a) est déterminante. La loi ne s'applique pas qu'à des personnes morales ; elle vise aussi des personnes physiques, notamment lorsqu'elles agissent en tant qu'investisseurs étrangers directs (art. 3, let. d, ch. 3).

Al. 2 : le champ d'application territorial est défini sur la base du principe des effets, selon lequel la législation nationale peut se référer à des états de fait qui se sont produits à l'étranger s'il existe un lien manifeste entre ces états de fait et le droit interne. L'intention manifestée par un investisseur étranger d'acquérir une entreprise suisse suffit à remplir cette condition. La législation suisse sur l'examen des investissements s'applique dès lors que l'acquisition envisagée est susceptible de menacer ou de compromettre l'ordre ou la sécurité publics.

Al. 3 : cet alinéa fixe les conditions d'une éventuelle exception au champ d'application de la loi. Il donne au Conseil fédéral la compétence, dans certaines circonstances, de dispenser de l'examen des investissements les investisseurs ayant leur siège social et leur administration centrale dans un État étranger donné, conformément aux obligations de droit international applicables à la Suisse. L'examen d'un investissement peut pénaliser un investisseur étranger, ce qui irait à l'encontre des engagements en matière de non-discrimination pris au titre d'accords internationaux (notamment l'AGCS et les ALE). Pour des raisons d'ordre ou de sécurité publics, il est toutefois possible de prendre des mesures qui dérogent à ces engagements, comme un examen des investissements (cf. ch. 6.2). Dans le cas où les investisseurs d'un État donné seraient dispensés de l'examen des investissements, il faudrait être en mesure de s'assurer que l'ordre et la sécurité publics demeurent garantis. C'est pourquoi toute dérogation doit être soumise à certaines conditions. Il est par ailleurs important que les modalités du régime dérogatoire n'entraînent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les États qui appliquent des conditions similaires. Il faudrait donc définir des critères d'exclusion objectifs à satisfaire pour continuer à garantir l'ordre et la sécurité publics. C'est uniquement à ces conditions qu'il serait possible de renoncer à l'examen des investissements correspondants, dans le respect des engagements de la Suisse en matière de droit international. Des analyses approfondies seront menées d'ici à la finalisation du message pour clarifier quels pourraient être, le cas échéant, les critères d'exclusion. Il serait par exemple envisageable qu'une exception réciproque ne puisse être convenue qu'avec un État qui applique une forme d'examen

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

des investissements. Une autre condition pourrait être l'existence, avec l'État en question, d'une coopération étroite qui serve l'objectif visé par l'examen des investissements.

Art. 3 Définitions

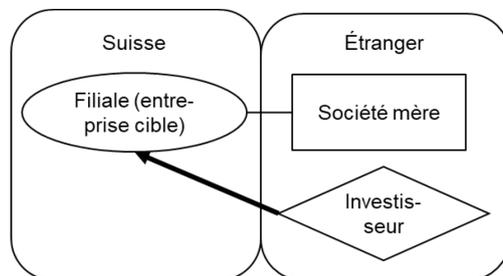
Let. a : la définition du terme *acquisition* s'inspire de la notion de contrôle en droit des cartels, qui a fait ses preuves dans la pratique³⁵. Par prise de contrôle, on entend tous les moyens et formes possibles de contrôle. Le ou les investisseurs étrangers qui exercent le contrôle doivent pouvoir décider des questions importantes de gestion et de la politique commerciale de l'entreprise contrôlée. Sont donc visées à la fois la prise de contrôle directe et la prise de contrôle indirecte. La mesure dans laquelle la possibilité de contrôle est effectivement exploitée n'est pas importante. La prise de contrôle peut par exemple résulter d'une prise de participation au capital ou de la conclusion d'un contrat. Il n'est pas possible de fixer de manière absolue le niveau de participation indiquant une prise de contrôle, car cela dépend notamment de la forme juridique de la société et d'autres données juridiques et factuelles. Dans une société anonyme (SA) à caractère personnel et ne comptant que quelques actionnaires, le seuil critique se situe généralement à 50 % des droits de vote ; lorsque la SA est ouverte au public, 20 ou 30 % de ces droits peuvent suffire pour en prendre le contrôle, les petits actionnaires étant en général faiblement représentés – ou de façon dispersée – à l'assemblée générale³⁶.

La notion d'acquisition recouvre également l'achat d'actifs importants (comme des installations, des machines ou des brevets). L'objectif est d'éviter qu'une entreprise ne vende des actifs importants sans lesquels elle ne pourrait plus poursuivre son activité économique et ne serait dès lors qu'une coquille vide. Une telle vente serait comparable à une perte de contrôle. Est également considérée comme une acquisition la fusion d'au moins une entreprise étrangère avec au moins une entreprise suisse qui étaient jusque-là indépendantes l'une de l'autre.

À noter qu'il n'y a acquisition que si tout ou partie d'une entreprise suisse *existante* est reprise. Autrement dit, la création d'une entreprise entièrement nouvelle (*greenfield investment*) n'est pas visée par l'examen des investissements.

Let. b : le terme *entreprise* est défini de manière large, à l'image de l'art. 2, al. 1^{bis}, LCart. La forme juridique n'est pas déterminante pour qu'une entité soit considérée comme une entreprise. Il suffit que cette entité soit engagée dans le processus économique et offre ou acquière des biens ou des services.

Let. c : deux options sont proposées pour définir quelles entités juridiques doivent être considérées comme des *entreprises suisses*. Elles ont en commun le critère de l'inscription au registre suisse du commerce et se distinguent par la manière dont elles traitent la filiale suisse d'un groupe étranger. L'option 1 considère comme des entreprises suisses les filiales suisses faisant partie d'un groupe étranger, contrairement à l'option 2. Ainsi, le cas de figure ci-dessous serait soumis à l'examen des investissements si l'option 1 était retenue, mais ne le serait pas selon l'option 2 :

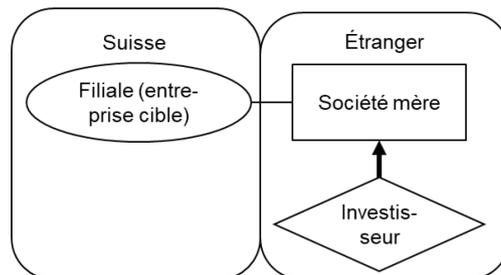


³⁵ Cf. art. 4, al. 3, LCart. L'art. 1 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4) précise dans quels cas de figure une entreprise est réputée acquérir le contrôle d'une autre entreprise selon l'art. 4, al. 3, LCart.

³⁶ Cf. message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (FF 1995 I 472), p. 548.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Comme une prise de contrôle indirecte est aussi visée par l'examen des investissements (cf. commentaire de la let. a), le cas de figure ci-dessous devrait également faire l'objet d'un examen selon l'option 1, puisque la filiale établie en Suisse serait considérée comme une entreprise suisse et que l'acquisition de la société mère constitue une prise de contrôle indirecte :



Cette opération ne serait en revanche pas couverte par l'option 2, car la filiale située en Suisse ne correspondrait pas à la définition d'une entreprise suisse.

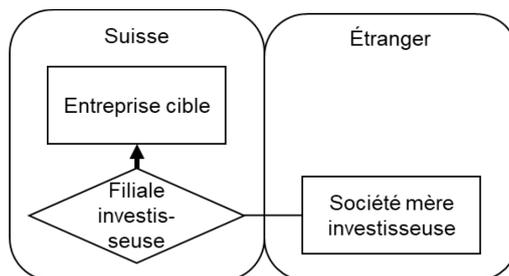
Avantages et inconvénients des deux options pour la définition de l'entreprise suisse : l'option 1 a de plus grandes chances que l'option 2 de couvrir les acquisitions problématiques ; le fait que l'entreprise suisse soit en mains étrangères ou non n'est en fin de compte pas déterminant pour juger si son acquisition par un investisseur étranger menace ou compromet l'ordre ou la sécurité publics de la Suisse. De fait, si la grande majorité des entreprises qui fournissent des infrastructures critiques sont la propriété de l'État (Confédération, canton ou commune), certaines entreprises qui exploitent des infrastructures critiques sont déjà en mains étrangères³⁷. Ce qui importe, c'est de savoir si une acquisition par un (nouvel) investisseur étranger pourrait représenter l'une des menaces décrites au ch. 3.1. On peut par exemple imaginer qu'il n'y ait aucun problème à ce qu'une entreprise suisse soit détenue par un propriétaire privé étranger, mais que la revente de cette entreprise à un investisseur étatique ou proche d'un État puisse représenter une menace pour l'ordre ou la sécurité publics. Qui plus est, l'examen des investissements pourrait être contourné par une cascade de ventes et de reventes. L'option 2 risquerait par ailleurs d'entraîner une distorsion de concurrence en faveur des investisseurs étrangers, car les investisseurs suisses devraient fixer une valeur de revente plus basse que ces derniers, pour lesquels la revente de l'entreprise ne serait plus soumise à l'examen des investissements. Par contre, les coûts de la réglementation seraient plus élevés si l'option 1 était retenue, car il faudrait examiner davantage d'acquisitions en raison de la définition plus large de l'entreprise cible : d'après l'AIR relative à l'examen des investissements (cf. ch. 5), il aurait probablement fallu examiner, entre 2016 et 2020, environ 45 acquisitions par an selon l'option 1, contre environ 23 acquisitions selon l'option 2. En outre, avec l'option 1, les filiales créées par un groupe étranger dans le cadre d'un *greenfield investment*, puis vendues, seraient également soumises à l'examen des investissements au moment de leur vente. Enfin, si l'option 1 était retenue, la filiale d'un groupe étranger serait considérée tantôt comme une entreprise suisse, tantôt comme une entreprise étrangère. En effet, elle serait qualifiée d'étrangère dès lors qu'elle agirait en qualité d'investisseur. À l'inverse, elle serait considérée comme une entreprise suisse dans le cas où un investisseur étranger envisagerait de l'acquérir.

Let. d : il convient de considérer comme un *investisseur* étranger quiconque a l'intention d'acquérir une entreprise suisse. Afin de juger si l'investisseur est *étranger*, le critère déterminant, pour les entreprises (ch. 1), est le lieu où se trouvent le siège principal et l'administration centrale : si ce lieu est situé en dehors de la Suisse, l'investisseur est réputé étranger. On entend par siège social le siège statutaire de l'entreprise et par administration centrale, son siège effectif, d'où l'activité centrale est exercée. Pour les entreprises faisant partie d'un groupe, c'est le lieu du siège social et de l'administration centrale du groupe qui est déterminant.

³⁷ Cf. ch. 3.2 du rapport *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements* (cf. note 5).

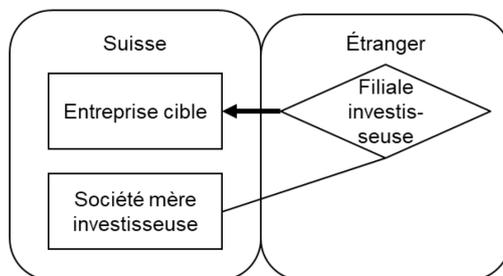
Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Ainsi, lorsqu'elle réalise un investissement, la filiale suisse d'une multinationale ayant son siège social et son administration centrale en dehors de la Suisse est considérée comme un investisseur étranger. L'examen des investissements s'appliquerait donc dans le cas de figure ci-dessous :



Les possibilités de contourner la loi s'en trouvent réduites : pour éviter d'être considéré comme un investisseur étranger, un groupe serait obligé de transférer son siège social ou son administration centrale en Suisse ; créer une filiale en Suisse ne serait pas suffisant.

En revanche, une filiale étrangère n'est *pas* considérée comme un investisseur *étranger* si le groupe auquel elle appartient a son siège social ou son administration centrale en Suisse. Il s'ensuit que l'examen des investissements ne s'appliquerait pas dans le cas de figure ci-dessous :



Sont également considérées comme des investisseurs étrangers les sociétés ayant la capacité d'acquérir (comme les sociétés de gestion de fonds) qui sont contrôlées par une ou plusieurs personnes à l'étranger ou par un autre État (ch. 2). La notion de contrôle définie à l'art. 3, let. a, s'applique.

De même, une personne physique qui n'est *pas* suisse au sens de la loi du 20 juin 2014 sur la nationalité (LN)³⁸ et qui agit en qualité d'investisseur direct est considérée comme un investisseur *étranger* (ch. 3). En revanche, l'examen des investissements ne s'applique pas aux acquisitions prévues par des personnes physiques des États membres de l'UE/AELE qui, en vertu de l'accord entre la Suisse et l'UE sur la libre circulation des personnes (ALCP)³⁹ ou de la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE)⁴⁰, cherchent à obtenir le droit d'exercer une activité indépendante en Suisse.

Art. 4 Acquisitions soumises à approbation

Al. 1 : cette disposition énumère les acquisitions d'entreprises suisses qui sont soumises à approbation. L'approbation doit être obtenue avant la réalisation de l'acquisition.

Al. 1, let. a : les acquisitions qui relèvent d'une logique entrepreneuriale semblent a priori peu problématiques. Dès lors, les risques liés aux investisseurs étrangers privés devraient être plutôt faibles. Par contre, l'évaluation des risques est différente lorsque les investisseurs étrangers sont liés à un État et que les raisons qui sous-tendent les acquisitions sont d'ordre politique. On peut donc partir du principe que les menaces proviennent essentiellement des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un État. C'est la raison pour laquelle le régime de l'approbation fait une distinction entre investisseurs étrangers *étatiques ou proches d'un*

³⁸ RS 141.0

³⁹ RS 0.142.112.681

⁴⁰ RS 0.632.31

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

État, d'une part, et investisseurs étrangers du secteur *privé*, d'autre part. Lors des débats parlementaires relatifs à la motion 18.3021 Rieder, les orateurs ont souligné à plusieurs reprises le caractère problématique des investisseurs étatiques ou proches d'un État.

Le régime de l'approbation s'applique sans restriction aux acquisitions par des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un État (sous réserve du seuil *de minimis* prévu à l'al. 2) : toute acquisition d'une entreprise suisse par un investisseur de cette catégorie requiert une approbation, quelle que soit la branche économique concernée.

La définition des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un État vise à couvrir les investisseurs étrangers qui se caractérisent par une certaine proximité avec l'État. Est réputé étatique ou proche de l'État tout investisseur contrôlé directement ou indirectement par un organe étatique. La notion de contrôle est la même qu'à l'art. 3, let. a, qui définit l'acquisition. Elle englobe tous les moyens et formes possibles de contrôle. Le terme *organe étatique* s'entend aussi, dans le cas d'une monarchie, de la maison royale. L'organe étatique étranger qui exerce le contrôle doit pouvoir décider des questions importantes de gestion et de la politique commerciale de l'entreprise contrôlée. La mesure dans laquelle la possibilité de contrôle est effectivement exploitée n'est pas importante.

Al. 1, let. b et c : dans les domaines où il ne peut être exclu que des risques résultent d'une acquisition par un investisseur étranger privé, le régime de l'approbation s'applique à tous les investisseurs étrangers, c'est-à-dire aussi bien aux investisseurs étatiques ou proches d'un État qu'aux investisseurs privés. C'est notamment le cas des infrastructures jugées particulièrement critiques ou lorsque la capacité d'intervention de l'armée suisse ou d'autres institutions fédérales chargées de la sécurité de l'État est concernée. Afin de délimiter clairement les acquisitions soumises à approbation, le domaine concerné est décrit le plus précisément possible. On distingue les domaines pour lesquels (sans tenir compte du seuil *de minimis* prévu à l'al. 2) le chiffre d'affaires n'entre pas en ligne de compte (let. b) de ceux pour lesquels un seuil d'au moins 100 millions de francs de chiffre d'affaires doit être atteint (let. c).

Les explications qui suivent portent uniquement sur les domaines qui appellent des éclaircissements.

Al. 1, let. b, ch. 1 : ce chiffre vise à inclure les entreprises suisses qui fournissent à l'armée suisse ou à d'autres institutions fédérales chargées de la sécurité de l'État des pièces d'armement ou des services indispensables à leur capacité d'intervention. De telles relations commerciales revêtent une grande importance pour la politique d'armement. Il peut s'agir aussi bien d'entreprises qui fournissent du matériel ou des logiciels (systèmes d'armes, moyens de communication, outils de cryptage, etc.) que de prestataires de services (maintenance, intégration, exploitation, support en matière d'armement). On peut par exemple penser à des entreprises qui ont obtenu des marchés adjugés, pour des raisons de politique de sécurité, selon la procédure de gré à gré ou la procédure sur invitation, conformément à la marge de manœuvre prévue par le droit des marchés publics. Il y a donc un lien avec la base technologique et industrielle importante pour la sécurité (BTIS)⁴¹, même si celle-ci est définie de manière beaucoup plus large. L'utilisation du présent de l'indicatif permet en outre de souligner que ce sont les relations commerciales existantes qui sont visées. Il n'est en effet pas utile de cibler les fournisseurs de pièces d'armement essentielles qui ne sont plus utilisées ou avec lesquels il n'y a plus de relation commerciale (travaux d'entretien ou de réparation, p. ex.). Dans le cadre des travaux à venir, le Conseil fédéral examinera l'opportunité de préciser par voie d'ordonnance quelles sont les pièces d'armement concernées, afin d'accroître la sécurité juridique.

Al. 1, let. b, ch. 2 : la loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (LFMG)⁴² et la loi du 13 décembre 1996 sur le contrôle des biens (LCB)⁴³ régissent, entre autres, le contrôle des exportations de matériel de guerre, de biens utilisables à des fins civiles et militaires (biens

⁴¹ Cf. www.ar.admin.ch > Acquisitions > Politique d'armement > Base technologique et industrielle importante pour la sécurité (BTIS).

⁴² RS 514.51

⁴³ RS 946.202

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

à double usage), de biens militaires spécifiques et de biens stratégiques. Ce contrôle s'étend aussi au transfert du savoir-faire connexe. Sous l'angle de la politique de sécurité, il paraît indiqué de ne pas s'intéresser uniquement à l'exportation de ces biens. Il s'agit notamment d'éviter qu'un investisseur étranger qui n'a pas obtenu l'autorisation d'acheter l'un des biens susmentionnés n'acquière l'entreprise productrice afin de mettre la main sur le bien ou la technologie convoités. La référence explicite à la nécessité d'une autorisation d'exportation vise à indiquer le plus clairement possible si une acquisition est soumise à approbation. Là encore, c'est la situation qui prévaut au moment de l'acquisition qui est déterminante : peu importe qu'une autorisation d'exportation ait été nécessaire dans le passé, si elle ne l'est plus au moment de l'acquisition au motif que l'entreprise a cessé de fabriquer les biens concernés. La notion de bien stratégique selon la LCB permet d'englober les entreprises qui comptent parmi les principaux fournisseurs d'infrastructures internationales que la Suisse participe à développer ou à exploiter dans le domaine spatial (à l'instar du système de navigation et de localisation par satellite Galileo). Il peut y avoir recoupement avec l'al. 1, let. b, ch. 1, lorsque l'acquisition porte sur une entreprise suisse qui fournit une pièce d'armement essentielle à l'armée ou à d'autres institutions fédérales chargées de la sécurité de l'État. Le cercle des entreprises suisses visées par le ch. 2 est toutefois nettement plus large et couvre une grande part de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux.

Al. 1, let. b, ch. 3 : ce chiffre, qui vise les réseaux électriques, englobe, d'une part, le propriétaire et le gestionnaire du réseau de transport d'électricité (Swissgrid) et, d'autre part, tous les propriétaires ou gestionnaires de réseaux de distribution de niveau de réseau 3 et/ou inférieur, pour autant que la quantité annuelle écoulée est d'au moins 450 GWh (quantité nette fournie aux consommateurs finaux et aux distributeurs).

Al. 1, let. b, ch. 7 : par analogie avec la let. b, ch. 1, il s'agit de couvrir les entreprises suisses qui fournissent aux autorités du pays des systèmes ou services informatiques clés liés à la sécurité. L'utilisation du présent de l'indicatif permet ici aussi de mettre en évidence que seules les relations commerciales existantes sont visées. Peu importe qu'une entreprise ait fourni, par le passé, des systèmes informatiques clés liés à la sécurité si ces derniers ne sont plus utilisés ou ne font plus l'objet d'une relation commerciale (travaux de maintenance ou de réparation, p. ex.). Le terme *autorités suisses* désigne les autorités à tous les niveaux de l'État. Les systèmes informatiques clés liés à la sécurité comprennent entre autres les systèmes de communication ou de cryptage des messages utilisés par le SRC ou la police. Les systèmes informatiques qui n'ont pas de fonction clé en matière de sécurité, comme les systèmes de gestion des affaires ou de gestion des documents, ne sont en revanche pas concernés.

Al. 1, let. c, ch. 3 : ce chiffre vise notamment les aéroports de Genève et de Zurich ainsi que les ports rhénans suisses. Les ports et aéroports d'importance régionale ne sont pas concernés. Il en va de même de l'aéroport de Bâle, car il ne s'agit pas d'une entreprise inscrite au registre suisse du commerce, autrement dit d'une entreprise suisse. La Convention franco-suisse du 4 juillet 1949 relative à la construction et à l'exploitation de l'aéroport de Bâle-Mulhouse⁴⁴ contient toutefois des dispositions permettant d'éviter que l'aéroport de Bâle ne puisse être vendu sans l'accord de la Suisse. Par installations de transbordement dédiées au transport combiné (ITTC), on entend les ITTC qui revêtent une importance nationale sur le plan de la politique des transports selon l'art. 11, al. 2, de la loi du 25 septembre 2015 sur le transport de marchandises (LTM)⁴⁵.

Al. 1, let. c, ch. 4 : ce chiffre recouvre toutes les entreprises ferroviaires au sens de l'art. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF)⁴⁶ qui exploitent en Suisse une infrastructure ferroviaire au sens de l'art. 62 LCdF ou qui en sont propriétaires. L'infrastructure ferroviaire englobe, entre autres, les voies de chemin de fer, y compris l'accès à celles-ci (les quais, p. ex.), ainsi que les installations publiques de chargement.

⁴⁴ RS 0.748.131.934.92

⁴⁵ RS 742.41

⁴⁶ RS 742.101

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Al. 1, let. c, ch. 8 : comme la définition de l'acquisition (cf. art. 3, let. a) inclut la reprise d'une partie d'une entreprise, le terme *banques d'importance systémique* recouvre également les sociétés mères, les sociétés du groupe significatives et les conglomérats visés à l'art. 2^{bis} LB. Le chiffre d'affaires ne constitue pas un critère pertinent pour évaluer l'importance économique d'une banque ; le revenu brut est plus approprié. C'est pourquoi, par analogie avec l'art. 9, al. 3, LCart, c'est le revenu brut des banques qui est déterminant, et non le chiffre d'affaires annuel.

Al. 2 : il est prévu d'exclure les acquisitions de petites entreprises de l'examen des investissements. D'une part, il ne semble guère possible que l'acquisition d'une petite entreprise menace ou compromette l'ordre ou la sécurité publics, même si l'on ne peut exclure que des petites entreprises (notamment des start-up) développent des technologies liées à la sécurité. À cet égard, il convient de relever que la question du financement revêt une importance capitale pour les start-up et que les investisseurs étrangers jouent souvent un rôle essentiel en la matière. Pour éviter, autant que faire se peut, d'entraver l'activité d'innovation des petites entreprises, celles-ci ne doivent pas être limitées dans leurs recherches d'investisseurs. En outre, on peut partir du principe que les entreprises qui fournissent à l'armée suisse ou à d'autres institutions fédérales chargées de la sécurité de l'État des pièces d'armement ou des services indispensables à leur capacité d'intervention (cf. commentaire de l'al. 1, let. b, ch. 1) ne sont pas des petites entreprises. D'autre part, cette disposition permet d'éviter que l'autorité en charge de l'examen des investissements ne soit débordée par des cas d'importance mineure. Ainsi, aucune approbation n'est requise pour acquérir une entreprise suisse qui, au cours des deux derniers exercices, a compté moins de 50 postes à plein temps et a réalisé, dans le monde, un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions de francs en moyenne. Ce seuil *de minimis* s'appuie sur la définition statistique des petites entreprises appliquée par l'Office fédéral de la statistique (OFS) et l'UE⁴⁷. À titre d'exemple, l'Autriche prévoit un seuil comparable dans sa loi régissant le contrôle des investissements. Par ailleurs, le rapport entre le chiffre d'affaires (en millions) et le nombre d'équivalents plein temps (soit 0,2) est similaire au seuil (0,16) à partir duquel une société est tenue de soumettre ses comptes annuels à un contrôle ordinaire conformément à l'art. 727 du code des obligations⁴⁸.

Al. 3 : grâce à cette disposition, le Conseil fédéral pourra étendre le régime de l'approbation, pour une durée déterminée, à d'autres catégories d'entreprises suisses. Il aura la possibilité d'abaisser le seuil de chiffre d'affaires fixé dans la loi. La condition restrictive prévue, à savoir la nécessité de prendre des mesures temporaires pour garantir l'ordre et la sécurité publics, souligne que l'adoption de telles mesures doit être réservée à des circonstances exceptionnelles. Dans tous les autres cas, il convient de passer par la procédure législative ordinaire. La durée maximale d'application de ces mesures est fixée à 12 mois. Si celles-ci devaient être maintenues plus longtemps, il faudrait modifier la loi.

Art. 5 Critères d'approbation

Al. 1 : les acquisitions visées par la loi sont approuvées s'il n'y a pas lieu de penser qu'elles compromettent ou menacent l'ordre ou la sécurité publics. Dans le cas contraire, elles sont interdites. L'accent est ainsi mis sur les changements qu'elles induiraient.

Le risque que représente une acquisition pour l'ordre et la sécurité publics est compris comme le produit de la probabilité de survenance et de l'ampleur potentielle des dommages. La probabilité de survenance est fonction de deux facteurs. Premièrement, il s'agit de déterminer si l'investisseur étranger (plus précisément son administration et sa direction) et son propriétaire ultime jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable. Deuxièmement, il convient d'évaluer dans quelle mesure l'investisseur étranger aurait accès aux domaines critiques de l'entreprise suisse. Quant à l'ampleur potentielle des dommages, elle dépend principalement de la vulnérabilité liée à l'objet de l'acquisition et de

⁴⁷ Cf. www.statistique.admin.ch > Trouver des statistiques > Industrie, services > Entreprises et emplois > Structure de l'économie : entreprises > Petites et moyennes entreprises.

⁴⁸ RS 220

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

ce qui se produirait si un investisseur exploitait effectivement cette vulnérabilité. Si l'une de ces deux grandeurs tend vers zéro, le risque inhérent à l'acquisition tend également vers zéro.

Comme l'acquisition doit être approuvée avant sa réalisation (cf. art. 4, al. 1), l'évaluation est effectuée *ex ante*. C'est donc le niveau de risque potentiel qui est déterminant pour décider si l'acquisition d'une entreprise donnée doit être approuvée ou interdite. En ce qui concerne la probabilité de survenance, il faut essayer d'anticiper le comportement de l'investisseur étranger, puisque son comportement effectif ne peut être observé à l'avance. Dans de nombreux cas, l'estimation de l'ampleur potentielle des dommages, elle aussi, ne peut être qu'approximative, car de tels événements sont rares, d'où le manque de valeurs empiriques sur lesquelles se fonder.

Al. 2 : l'énumération des principaux critères d'approbation à prendre en compte lors de l'évaluation d'un cas concret clarifie les thèmes examinés dans le cadre d'une procédure d'approbation. La liste n'est toutefois pas exhaustive, car il peut être nécessaire d'intégrer des critères supplémentaires dans l'évaluation d'un cas donné. De plus, la disposition ne précise pas quel(s) critère(s) doit(vent) être rempli(s) pour qu'une acquisition soit interdite. Elle confère ainsi au SECO et aux unités administratives concernées un certain pouvoir d'appréciation. Le processus décisionnel est toutefois conçu de façon à ce que les acquisitions interdites et celles pour lesquelles les unités administratives concernées n'ont pas trouvé de consensus soient systématiquement soumises au Conseil fédéral (cf. commentaire des art. 7 et 8). En tout état de cause, la condition prévue à l'al. 1 doit être satisfaite : une acquisition ne peut être interdite que s'il y a lieu de penser qu'elle menace ou compromet l'ordre ou la sécurité publics.

Les let. a à d visent à clarifier si l'investisseur étranger (plus précisément son administration et sa direction) et son propriétaire ultime jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable. Les let. e et f servent notamment à évaluer l'ampleur potentielle des dommages. Enfin, la let. g vise à déterminer si une intervention de l'État entraîne une distorsion importante de la concurrence, de nature à compromettre ou menacer l'ordre ou la sécurité publics.

Les paragraphes qui suivent décrivent les différents critères.

Al. 2, let. a : dans l'évaluation d'une acquisition, il convient de tenir compte de toute appréciation négative de l'investisseur eu égard à des activités qu'il mène ou qu'il a menées par le passé. De même, il y a lieu de prendre en considération toute autre activité qui porte ou a porté atteinte à l'ordre ou à la sécurité publics de la Suisse. On citera à titre d'exemple les activités criminelles (comme la participation ou le soutien à une organisation criminelle). Il s'agit également d'examiner les activités qui ont ou ont eu un effet négatif sur l'ordre ou la sécurité publics d'un autre État, auquel cas il est toutefois essentiel de considérer le contexte de l'État en question.

Al. 2, let. b : il se peut qu'un investisseur étranger qui a des vues sur une entreprise suisse cherche ou ait cherché à se procurer des informations sur celle-ci en recourant à l'espionnage économique, afin d'obtenir un avantage par rapport à ses concurrents. L'opération d'espionnage peut être menée soit par l'investisseur lui-même, soit par son État d'origine, qui transmet à l'investisseur les informations obtenues entre autres grâce aux moyens du renseignement. De telles pratiques peuvent être révélatrices des motivations de l'investisseur.

Al. 2, let. c : il s'agit d'examiner si un investisseur étranger se livre ou s'est livré à de l'espionnage dans un contexte autre que celui de l'acquisition de l'entreprise suisse visée (p. ex. en pratiquant un service de renseignements politiques ou économiques selon les art. 272 et 273 du code pénal⁴⁹). Il est également envisageable que l'investisseur n'ait pas commis lui-même d'acte d'espionnage, mais en ait commandité. Il convient aussi d'en tenir compte dans l'évaluation de l'investisseur étranger. Comme il peut être difficile d'apporter la preuve qu'une opération d'espionnage est en cours ou a été menée, on devra fréquemment se contenter de soupçons fondés.

⁴⁹ RS 311.0

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Al. 2, let. d : les sanctions sont le plus souvent des restrictions financières. L'acquisition d'une entreprise suisse par un investisseur étranger faisant l'objet de telles sanctions serait de toute façon interdite. Dans le cas où l'investisseur étranger n'est pas lui-même visé par des sanctions, on ne saurait exclure que son propriétaire ultime soit, lui, soumis à des sanctions.

Al. 2, let. e : on entend par substituabilité limitée le risque que des processus, systèmes ou installations critiques ne puissent pas être fournis sous une forme similaire par d'autres acteurs du marché ou que d'autres prestataires ne soient pas en mesure de prendre le relais en temps utile. Si la substituabilité est garantie, il apparaît peu probable que l'ordre ou la sécurité publics soient menacés, puisque la défaillance d'une entreprise ne risque pas d'avoir un impact majeur. À titre d'exemple, l'annonce, par un État étranger, de son intention de saboter une entreprise qu'il contrôle ne constituerait pas une véritable menace. De même, le fait de négliger délibérément d'investir dans une entreprise achetée ne risquerait pas de compromettre l'ordre et la sécurité publics si les prestations de l'entreprise sont substituables. Le cas classique où la substituabilité est considérée comme limitée selon la définition ci-dessus est celui des banques d'importance systémique⁵⁰. Le délai acceptable pour remplacer un service, un produit ou une infrastructure dépendra de l'appréciation de l'incidence sur l'ordre et la sécurité publics. On peut partir du principe que le remplacement d'une pièce d'armement essentielle (ou la recherche d'un autre fournisseur) prend plus de temps qu'il n'en faut en cas de cessation d'activité d'une entreprise dont les fonctions peuvent être remplacées suffisamment rapidement par le marché ou reprises à un coût acceptable par une société de défaisance.

Al. 2, let. f : cette lettre vise à évaluer les risques potentiels résultant de l'accès éventuel d'un investisseur à des données clés liées à la sécurité ou à une grande quantité de données particulièrement sensibles. Il est par exemple envisageable qu'un investisseur étranger soit contraint ou incité, sous la pression, à divulguer de telles données aux autorités de son pays.

Al. 2, let. g : il s'agit également de tenir compte des situations dans lesquelles l'acquisition d'une entreprise suisse par un investisseur étranger étatique ou proche d'un État entraîne des distorsions majeures de la concurrence qui constituent une menace pour l'ordre ou la sécurité publics. L'idée est d'examiner non pas les distorsions de la concurrence en tant que telles (cf. ch. 1.2), mais leurs conséquences sur l'ordre et la sécurité publics. À titre d'exemple, l'acquisition d'une entreprise suisse par un investisseur étranger étatique ou proche d'un État pourrait conférer à cette entreprise un avantage concurrentiel tel qu'il menacerait de faillite une entreprise suisse concurrente. Si cette dernière fournissait par ailleurs une pièce d'armement essentielle pour l'armée suisse, il en résulterait une menace pour la sécurité publique.

Al. 3 : cet alinéa donne au SECO un certain pouvoir d'appréciation pour juger si un investisseur est enclin ou non à coopérer avec les autorités. Peuvent être prises en compte la volonté de coopérer de l'investisseur dans le cadre de la procédure en cours ou d'une procédure précédente fondée sur la LEIE (p. ex. lorsque des documents supplémentaires lui sont demandés), mais aussi celle qu'il a montrée dans ses contacts antérieurs avec d'autres autorités. D'une part, ce critère d'approbation donne au SECO un moyen d'action à l'encontre des investisseurs étrangers qui cherchent à faire obstacle à l'examen. D'autre part, la volonté de coopérer peut contribuer à déterminer si l'investisseur présente effectivement toutes les garanties d'une activité irréprochable. Les cas où l'investisseur étranger a le droit de refuser de collaborer sont réservés. Ce critère, contrairement à ceux énumérés à l'al. 2, n'est pas matériel mais formel, raison pour laquelle il fait l'objet d'un alinéa distinct.

Al. 4 : au lieu d'être purement et simplement interdite, une acquisition peut être approuvée sous réserve de charges ou de conditions fixées au cas par cas sur la base d'un examen de la proportionnalité. Les éventuelles charges et conditions sont limitées par l'objectif conféré à l'examen des investissements : elles doivent être propres à écarter la menace que l'approbation de l'acquisition considérée représenterait pour l'ordre ou la sécurité publics. Cette restriction a son importance, car il existe un risque que des pressions (publiques) soient exercées sur les instances décisionnelles pour qu'elles mènent, par le biais de charges et de conditions,

⁵⁰ Cf. *Rapport final de la commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale*, septembre 2010.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

une politique favorable à certaines branches et/ou technologies, dans le but de maintenir ou de promouvoir certaines structures économiques. Il convient par exemple d'exclure les charges ou conditions exigeant de garantir un certain nombre d'emplois. Le Conseil fédéral s'est toujours prononcé contre une telle intervention de l'État, jugée excessive. Dans la décision sur les charges ou conditions qu'il convient d'imposer, il ne faut pas oublier que celles-ci doivent généralement rester confidentielles (notamment parce que leur publication n'est pas envisageable sous l'angle de la politique de sécurité). Il peut en résulter des coûts cachés, d'où un impact négatif sur les actionnaires minoritaires ou les bailleurs de fonds qui n'en ont pas connaissance. La fixation de charges ou de conditions créerait par ailleurs différentes catégories d'entreprises (celles qui sont soumises à de telles charges et conditions, et celles qui ne le sont pas), ce qui pourrait fausser la concurrence. La disposition est de nature déclaratoire, car la possibilité que des charges ou des conditions soient imposées existerait, que la loi le prévoie ou non.

Art. 6 Demande

Al. 1 : premièrement, cet alinéa détermine à quel moment la demande doit être déposée. Puisque l'acquisition doit être approuvée avant sa réalisation (cf. art. 4, al. 1), le dépôt de la demande doit également précéder la réalisation de l'acquisition. Deuxièmement, la disposition précise que la demande doit être adressée au SECO, et ce, par l'investisseur étranger. Il apparaît judicieux que cette obligation incombe à un seul acteur, afin de clarifier les responsabilités. En l'occurrence, il est préférable de choisir l'acheteur plutôt que le vendeur, ce dernier n'étant pas nécessairement au courant de l'intention de l'investisseur d'acquérir l'entreprise (notamment en cas d'offre publique d'acquisition hostile).

Al. 2 : cette norme de délégation charge le Conseil fédéral de dresser, dans une ordonnance, la liste exhaustive des documents que l'investisseur étranger doit fournir au SECO avec la demande visée à l'al. 1. Les éléments à fournir peuvent inclure une description de l'activité de l'investisseur étranger et de l'entreprise suisse, l'indication de la structure de propriété (notamment l'identité du propriétaire ultime), une liste des sources de financement ou encore des informations permettant d'évaluer la réputation et les garanties d'une activité irréprochable.

Art. 7 Approbation directe ou ouverture d'une procédure d'examen

Al. 1 : l'examen des investissements comprend deux étapes successives. Dans un premier temps, il est décidé si l'acquisition peut être approuvée directement ou si une procédure d'examen doit être ouverte (cf. commentaire de l'art. 8). Afin que les parties concernées sachent le plus rapidement possible si une procédure d'examen est nécessaire, cette décision doit être prise dans un délai d'un mois. Celui-ci commence à courir dès que le SECO est en possession de tous les documents à fournir avec la demande. Le SECO prend la décision en accord avec les unités administratives concernées (cf. commentaire de l'art. 10 pour la définition de ce terme) et après avoir consulté le SRC, qui sera régulièrement amené à effectuer des recherches sur l'investisseur auprès des services partenaires étrangers. Cette manière de procéder permet de garantir que l'ensemble des points de vue et évaluations pertinents soient pris en compte dans le processus d'approbation.

Si une acquisition doit pouvoir être approuvée en urgence afin d'éviter une perturbation grave de l'ordre ou de la sécurité publics, il est exceptionnellement possible, en recourant au droit d'urgence, de passer outre à la procédure d'approbation prévue par la loi.

Al. 2 : si les unités administratives qui prennent part à la procédure (à savoir le SECO et les unités administratives concernées) ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le fait qu'une acquisition peut être approuvée directement ou, au contraire, qu'elle doit être examinée de plus près, une procédure d'examen est ouverte.

Al. 3 : afin de limiter la charge de travail des autorités, le SECO pourra se prononcer seul sur les cas d'importance mineure. Une décision antérieure (p. ex. lorsqu'il s'agit d'un investisseur connu) peut aussi justifier le traitement du cas comme étant d'importance mineure. Il est prévu

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

que les unités administratives concernées définissent ensemble dans quels cas elles renoncent à un traitement commun. Cette décision pourra être prise au cas par cas ou sur la base d'une règle de principe.

Al. 4 : lorsqu'il ouvre une procédure d'examen, le SECO le notifie par écrit à l'investisseur étranger et à l'entreprise suisse. Cette notification ne constitue pas une décision formelle. Si une acquisition est approuvée directement, le SECO en informe l'investisseur étranger et l'entreprise suisse au moyen d'une décision sujette à recours selon l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁵¹. La forme écrite est également régie par la PA, ce qui permet une transmission électronique moyennant un certificat de classe A. Si la correspondance entre le SECO et l'investisseur étranger ne peut pas se faire par voie électronique, ce dernier doit élire un domicile de notification en Suisse au sens de l'art. 11b PA.

Art. 8 Procédure d'examen

Al. 1 : la procédure d'examen dure trois mois. Lorsqu'une procédure d'examen est nécessaire, la décision d'approbation ou d'interdiction de l'acquisition est rendue au plus tard au bout de quatre mois à compter du dépôt de la demande (sous réserve de l'al. 3, qui régit les acquisitions soumises au Conseil fédéral ; cf. explications ci-après). Comme en cas d'approbation directe, l'acquisition est approuvée si toutes les unités administratives qui prennent part à la procédure y sont favorables. Le SRC doit être systématiquement consulté.

Al. 2, let. a : si l'approbation de l'acquisition ne fait pas l'unanimité ou si les unités administratives qui prennent part à la procédure sont d'avis que l'acquisition doit être interdite, l'acquisition est soumise au Conseil fédéral pour décision.

Al. 2, let. b : il revient également au Conseil fédéral de se prononcer si les unités administratives qui prennent part à la procédure conviennent que l'acquisition a une portée considérable sur le plan politique. Dans ce cas, la décision est prise par le Conseil fédéral même si les unités administratives qui prennent part à la procédure sont toutes favorables à une approbation. L'approbation d'une acquisition ne peut être assortie de charges ou de conditions que dans les deux cas de figure décrits à l'al. 2. La question de savoir si une interdiction totale serait proportionnée ou si l'acquisition pourrait être approuvée moyennant des charges ou des conditions ne se pose qu'à ce stade de la procédure (et pas avant).

Al. 3 : le Conseil fédéral doit en principe prendre sa décision dans le délai de trois mois fixé à l'al. 1. Il se peut toutefois qu'aucune séance du Conseil fédéral ne soit prévue à l'issue de ces trois mois (p. ex. pendant les semaines sans séance en été ou entre fin décembre et début janvier). C'est pourquoi il est précisé que le Conseil fédéral doit décider au plus tard à sa première séance ordinaire après expiration du délai de trois mois. Cette disposition permet à l'entreprise suisse et à l'investisseur étranger de savoir avec précision quand la décision tombera. Elle peut cependant avoir pour effet de retarder la décision de plusieurs semaines : si l'examen des investissements était entré en vigueur en 2021 et que le délai de trois mois d'un dossier avait expiré le 5 juillet 2021, il aurait fallu attendre la séance du Conseil fédéral du 11 août 2021.

Al. 4 : cet alinéa règle la forme de l'approbation ou de l'interdiction d'une acquisition à l'issue de la procédure d'examen. Dans un cas comme dans l'autre, une décision formelle au sens de l'art. 5 PA est notifiée par écrit par le SECO à l'investisseur étranger et à l'entreprise suisse. Comme pour l'approbation directe, la forme écrite est régie par la PA, ce qui permet une transmission électronique moyennant un certificat de classe A.

Al. 5 : cet alinéa, qui s'inspire de l'art. 34 LCart, prévoit que les effets de droit civil d'une acquisition soumise à approbation sont suspendus jusqu'à l'approbation.

⁵¹ RS 172.021

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Art. 9 *Non-respect et prolongation des délais*

Al. 1 : cet alinéa prévoit que l'approbation est implicite. Il vise à permettre aux personnes concernées par une acquisition de savoir si celle-ci est approuvée ou non à l'expiration du délai applicable selon l'art. 7 ou l'art. 8. Concrètement, une acquisition est considérée comme approuvée dès lors qu'aucune décision n'a été prise dans les délais prévus aux art. 7, al. 1, et 8, al. 1 et 3. En outre, cette disposition exerce une certaine pression sur le SECO, les unités administratives concernées et le Conseil fédéral pour qu'ils prennent leur décision dans les délais légaux, afin de dissiper le flou juridique qui entoure l'acquisition. Elle est comparable au principe de célérité que doivent respecter les autorités.

Al. 2 : l'approbation implicite est réservée dans le cas où l'examen a été perturbé par des circonstances imputables à l'investisseur étranger ou à l'entreprise suisse, ou parce que le SECO attend de recevoir d'une autorité étrangère des informations nécessaires à l'examen. Dans ce cas, le SECO rend une décision formelle dans laquelle il constate l'existence du motif et fixe un nouveau délai approprié au cas d'espèce. Une acquisition ne saurait alors être considérée comme implicitement approuvée à l'issue du délai ordinaire applicable selon l'art. 7, al. 1, ou 8, al. 1 et 3, mais seulement à l'expiration du délai prolongé. Si une décision de prolongation du délai est attaquée, puis annulée par un tribunal, le mécanisme de l'approbation implicite ne s'applique pas.

Étant donné que les délais ne pourront être prolongés qu'aux deux motifs cités (l'investisseur étranger ou l'entreprise suisse ont perturbé l'examen, ou des informations requises sont attendues d'une autorité étrangère), il sera essentiel que le SECO dispose des ressources en personnel nécessaires. Dans le cas contraire, il sera impossible de garantir que toutes les acquisitions soient évaluées avec la diligence requise.

Art. 10 *Unités administratives concernées*

Al. 1 : les unités administratives concernées sont désignées au cas par cas par le SECO. Cette manière de procéder permet de satisfaire à l'exigence de déterminer clairement quelles sont les unités administratives appelées à prendre part à une décision. Seules des unités de l'administration fédérale centrale entrent en ligne de compte. Dans chaque cas d'espèce, le SECO se fondera sur le domaine de compétence des unités administratives. Pour citer quelques exemples, le SECO solliciterait l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) si l'acquisition visait une entreprise énergétique, le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) en cas d'acquisition d'une banque, l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE) pour l'acquisition d'une entreprise participant à l'approvisionnement en biens ou services vitaux, et l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) si l'acquisition visait un aéroport, une compagnie aérienne ou une autre entreprise du secteur aérien (active dans les services d'assistance en escale, p. ex.).

Al. 2 : dans tous les cas, les unités administratives concernées comprennent le Secrétariat d'État du DFAE et le SG-DDPS. Ce dernier assurera, au sein du DDPS, la coordination avec l'Office fédéral de la protection de la population (OFPP), l'Office fédéral de l'armement (armasuisse) et le domaine Défense, selon qu'une acquisition vise une infrastructure critique ou le secteur de l'armement.

Art. 11 *Procédure ouverte d'office*

Lorsqu'un investisseur étranger est soupçonné d'avoir contourné ou enfreint l'obligation de déposer une demande d'approbation, le SECO engage d'office la procédure d'approbation prévue à l'art. 7 dès qu'il a connaissance d'un possible manquement à ladite obligation. Pour pouvoir faire usage de cette disposition, le SECO doit disposer d'indices concrets qui donnent à penser que l'investisseur étranger n'a pas, ou pas entièrement, satisfait aux exigences légales. Il y a non-respect de l'obligation de déposer une demande d'approbation lorsqu'une acquisition soumise à approbation est réalisée sans demande ni approbation préalables. Il y a violation lorsqu'un investisseur étranger donne sciemment de fausses informations dans la demande d'approbation d'une acquisition projetée. Le SECO informe par écrit l'investisseur étranger du manquement visé à l'art. 11 et de l'ouverture de la procédure d'approbation prévue

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

à l'art. 7. Le délai d'un mois fixé à l'art. 7, al. 1, commence à courir dès que l'investisseur étranger a fourni au SECO l'ensemble des informations et documents requis pour l'examen complet d'une demande. Cette disposition s'inspire de l'art. 35 LCart.

Art. 12 Obligation de fournir des renseignements

Les personnes qui prennent part à une acquisition sont tenues de fournir des renseignements au SECO. On considère comme prenant part à une acquisition non seulement l'investisseur étranger et l'entreprise suisse, mais également, entre autres, le propriétaire ultime. L'obligation de fournir des renseignements vise à permettre au SECO d'obtenir toutes les informations nécessaires à un examen complet des investissements, ce qui lui est indispensable pour remplir sa mission et faire appliquer la loi dans son ensemble. L'obligation d'information au sens large s'applique aussi bien à la demande visée à l'art. 6 qu'à la requête de renseignements complémentaires par le SECO. Si nécessaire, le SECO peut exiger les informations dont il a besoin au moyen d'une décision sujette à recours, en faisant référence à l'obligation de fournir des renseignements.

L'obligation de fournir des renseignements est limitée par l'objectif conféré à l'examen des investissements. En d'autres termes, le SECO ne peut exiger que les informations nécessaires à l'examen des investissements prévu par la loi.

Art. 13 Traitement des données

Cette disposition permet le traitement de certaines données sensibles des personnes physiques prenant part à une acquisition. Seules les unités compétentes de l'administration fédérale centrale ont cette prérogative, à savoir le SECO, habilité selon l'art. 4, al. 1, à approuver les acquisitions d'entreprises suisses, mais également les unités administratives concernées au sens de l'art. 10 et le SRC, qui doit être systématiquement consulté selon les art. 7 et 8. Le traitement des données n'est autorisé que si l'exécution de la loi l'exige. Autrement dit, les données sensibles des personnes physiques ne peuvent être traitées qu'aux fins de l'examen d'un investissement. Les let. a et b indiquent les catégories de données personnelles sensibles qui peuvent être traitées lorsque l'examen d'un investissement l'exige, à savoir : les données sur les opinions ou les activités religieuses, philosophiques ou politiques (let. a) et les données sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives (let. b). Le droit des unités administratives citées de se communiquer ces données découle implicitement des dispositions procédurales prévues aux art. 7 et 8. Le traitement des données non sensibles selon la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)⁵² sera réglé par voie d'ordonnance.

Art. 14 Collaboration avec des autorités suisses

Cette disposition institue une obligation de fournir des renseignements. L'al. 1, let. a à g, dresse la liste exhaustive des organes tenus de communiquer au SECO, à la demande de celui-ci, tout renseignement nécessaire à l'examen d'un investissement. Parmi ces organes figurent notamment les autorités de surveillance de la Confédération (let. e), comme la FINMA ou l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN). Les différents organes cités contribueront ainsi aux clarifications menées par le SECO en vue de l'examen des investissements. Comme le SECO a une fonction de surveillance dans le cadre de l'exécution de la LEIE, la FINMA est autorisée, conformément aux art. 39 ss. de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)⁵³, à lui transmettre les données nécessaires à l'exécution de la LEIE. En ce qui concerne l'Office fédéral de la police, ce sont en particulier les informations détenues par le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) qui, dans la pratique, devraient être utiles au SECO. Même si l'examen des investissements s'effectue en principe au niveau fédéral, il peut arriver que le SECO soit amené à solliciter le concours d'autorités cantonales (let. f et g). Le SECO pourra consulter ces organes pour obtenir les informations nécessaires à l'examen des investissements. La disposition couvre également la communication mutuelle des données nécessaires pour répondre à la demande de

⁵² RS 235.1

⁵³ RS 956.1

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

renseignements, notamment les données sensibles relevant des catégories énumérées à l'al. 2.

Art. 15 *Collaboration avec des autorités étrangères*

Cette disposition constitue la base légale des relations avec les autorités étrangères dans le cadre de l'examen des investissements. Elle régit l'assistance administrative internationale.

Al. 1 : indépendamment d'un cas d'espèce à examiner, le SECO peut à tout moment échanger, avec les autorités d'un autre État chargées de l'examen des investissements, des informations sur la situation générale de la menace pour l'ordre et la sécurité publics.

Al. 2 : cet alinéa permet la coopération avec d'autres États ou avec des organisations internationales (l'UE, p. ex.) en vue de la transmission des informations nécessaires à l'examen d'un cas d'espèce. La communication de données suppose un accord bilatéral ou multilatéral conclu à cet effet (let. b, ch. 1), sauf si les personnes concernées dans le cas d'espèce ont donné leur consentement exprès (let. a). Les données peuvent être demandées par le SECO ou par l'autorité compétente de l'État partenaire avec lequel la Suisse a conclu un accord visé à la let. b, ch. 1. Outre l'existence d'un tel accord, trois autres conditions doivent être remplies cumulativement : l'autorité étrangère compétente doit traiter les données dans le seul le but indiqué dans la demande de renseignements (ch. 2) ; les données ne doivent pas être utilisées dans une procédure pénale ou civile (ch. 3) ; les droits des parties et le secret de fonction doivent être garantis par le droit procédural étranger (ch. 4).

Art. 16

Al. 1 : cet alinéa prévoit que la PA est applicable aux recours contre les décisions rendues par le SECO dans le cadre de l'examen des investissements. Il est ainsi impossible qu'une décision définitive soit rendue par le Conseil fédéral sans voie de recours, ce qui serait contraire à la fois au droit constitutionnel (art. 29a Cst.) et au droit international public (cf. art. 6 CEDH⁵⁴).

Al. 2 : cet alinéa règle de façon restrictive la qualité pour recourir. Seuls l'investisseur étranger et l'entreprise suisse ont le droit de déposer un recours. Cette restriction, qui vise notamment à accélérer la procédure, a pour effet d'empêcher les tiers de faire recours, même s'ils devaient être particulièrement touchés. À titre d'exemple, on peut considérer comme particulièrement touché un investisseur concurrent souhaitant acquérir l'entreprise suisse.

Al. 3 : cette disposition restreint l'examen judiciaire dans les cas ayant une portée considérable sur le plan politique. La détermination des cas ayant une portée considérable sur le plan politique est régie par l'art. 8, al. 2, let. b.

Art. 17 *Mesures administratives*

Cet article sert de base légale à l'adoption de mesures administratives pour remédier, le cas échéant, aux violations du droit.

Al. 1 : si une acquisition a déjà été réalisée, ne serait-ce qu'en partie, il est possible de prendre les mesures nécessaires pour rétablir l'ordre légal. En cas de non-respect de l'obligation de déposer une demande d'approbation, il serait en principe indiqué d'ouvrir d'office la procédure d'approbation, comme le prévoit l'art. 11.

Al. 2 : en l'absence de mesure moins contraignante, le SECO peut aller jusqu'à ordonner un désinvestissement, qui annule l'acquisition réalisée illégalement. L'intervention du SECO exige une décision du Conseil fédéral en ce sens.

Art. 18 *Sanctions administratives*

Al. 1 : cet alinéa règle les infractions prévues par la loi. Premièrement, une sanction peut être imposée lorsqu'une acquisition soumise à approbation est réalisée en contournant l'obligation de déposer une demande d'approbation selon l'art. 4 ou en outrepassant l'interdiction pronon-

⁵⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

cée à l'issue de la procédure d'approbation (let. a). Deuxièmement, une sanction administrative est prévue lorsqu'une acquisition a été approuvée à tort sur la base de fausses indications fournies intentionnellement (let. b). Troisièmement, une sanction peut être infligée à quiconque ne met pas en œuvre une mesure visant à rétablir l'ordre légal selon l'art. 17 (let. c). Le destinataire de la sanction est l'investisseur étranger. Il est prévu que le montant de la sanction corresponde à un pourcentage de la valeur de la transaction. Ce montant, qui peut aller jusqu'à 10 % de la valeur de la transaction, est fixé par le SECO en fonction de la gravité du cas d'espèce et de l'appréciation de l'ensemble des circonstances (cf. commentaire de l'al. 5).

Al. 2 : cet alinéa prévoit une sanction pour les personnes tenues de fournir des renseignements au sens de l'art. 12. Toute personne qui ne fournit pas ou ne fournit qu'une partie des renseignements qui lui sont demandés s'expose au paiement d'un montant maximal de 100 000 francs. L'obligation n'est pas remplie *en tout* lorsque la personne sollicitée ne fournit aucun des renseignements qui lui sont demandés en application de la loi. L'obligation n'est pas remplie *en partie* si les informations requises en vue de l'examen d'un investissement ne sont pas toutes communiquées au SECO.

Al. 3 : si l'ancien propriétaire ne peut pas (ou plus) être tenu pour responsable des infractions visées aux al. 1 et 2, notamment du fait de la réalisation de l'acquisition, la responsabilité passe à l'entreprise née de l'acquisition. Ce transfert de responsabilité s'applique également en cas de vente ultérieure de l'entreprise suisse.

Al. 4 : si la valeur de la transaction ne lui a pas été communiquée et qu'il lui faudrait un effort important pour l'obtenir, le SECO est autorisé à l'estimer lui-même pour déterminer le montant de la sanction prévue à l'al. 1.

Al. 5 : cet alinéa règle la compétence en matière d'instruction et de jugement des infractions visées aux al. 1 et 2. Il l'attribue au SECO.

Al. 6 : cet alinéa règle la prescription de la poursuite pour les sanctions prévues par le présent article. Le délai de prescription est de 5 ans pour les infractions visées aux al. 1 et 2. Il commence à courir, s'agissant des infractions visées à l'al. 1, au moment de la réalisation de l'acquisition et, pour les infractions prévues à l'al. 2, au moment où le SECO reçoit la demande de l'investisseur étranger.

Al. 7 : cet alinéa exclut les procédures de sanction administrative de l'applicabilité de l'examen judiciaire restreint selon l'art. 16, al. 3. Ces procédures sont donc examinées avec un plein pouvoir de cognition par le tribunal.

Art. 19 Exécution

Al. 1 : cet alinéa donne au Conseil fédéral le mandat usuel d'édicter les dispositions d'exécution de la loi.

Al. 2 : le SECO informe chaque année le public de l'exécution de la LEIE sous la forme d'un rapport d'activité adressé au Conseil fédéral. Ce rapport ne comportera que des informations agrégées, afin qu'il ne soit pas possible d'identifier des acquisitions ou procédures données. Il fournira en outre des informations, également sous forme agrégée, sur les éventuelles décisions de première instance concernant des sanctions administratives.

Art. 20 Modification d'autres actes

L'adoption de la LEIE entraîne la modification de deux autres lois fédérales. D'une part, à l'art. 56, al. 1, let. c, de la loi du 18 décembre 2020 sur la sécurité de l'information (LSI)⁵⁵, qui n'est pas encore entrée en vigueur, il est prévu que le service spécialisé chargé de mener la procédure de sécurité relative aux entreprises (service spécialisé PSE) puisse également collecter auprès du SECO des données en vue de l'évaluation de la qualification d'une entreprise. Dans le domaine de la sécurité de l'information, la LSI poursuit un but similaire à celui de la LEIE (ordre et sécurité publics). Elle prévoit que le service spécialisé PSE soumette à un con-

⁵⁵ Cf. www.parlement.ch > 17.028.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

trôle de loyauté les entreprises qui entrent en considération pour l'exécution d'un mandat sensible confié par la Confédération (examen de la qualification des entreprises selon les art. 55 à 58 LSI). Les données recueillies par le SECO au sujet de l'influence étrangère exercée sur des entreprises qui, dans certaines circonstances, peuvent être amenées à travailler pour la Confédération, s'inscrivent dans la collecte de données effectuée par le service spécialisé PSE. Pour raccourcir la procédure, celui-ci devrait avoir accès, sur demande, aux informations réunies par le SECO. D'autre part, il convient de modifier la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF)⁵⁶ pour admettre, à l'art. 33, let. b, ch. 11, les recours contre les décisions du Conseil fédéral concernant les décisions prises dans le cadre d'une procédure d'approbation en vertu de la LEIE.

Art. 21 Référendum et entrée en vigueur

En tant que loi fédérale, la LEIE est sujette au référendum (facultatif) selon l'art. 141, al. 1, let. a, Cst. Il est prévu que le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur de la loi.

5 Conséquences

Les explications qui suivent se fondent principalement sur l'analyse d'impact de la réglementation approfondie (ci-après : AIR relative à l'examen des investissements) réalisée, sur mandat du SECO, par BSS Volkswirtschaftliche Beratung avec le concours de la Haute école zurichoïse des sciences appliquées (ZHAW)⁵⁷.

5.1 Conséquences pour la Confédération

L'instauration d'un examen des investissements engendrerait deux types de coûts pour la Confédération : des coûts uniques liés à la mise en place de l'instrument (coûts initiaux) et des coûts permanents liés à l'exécution de la loi. Ces coûts incomberont principalement au SECO et, selon les cas, aux unités administratives concernées et au SRC, qui doit être consulté systématiquement. Le montant des coûts dépendra essentiellement des modalités de l'examen des investissements. La charge de travail sera plus ou moins élevée en fonction du nombre d'acquisitions à examiner. Le financement devra dans la mesure du possible être assuré par des émoluments ; les charges non couvertes seront financées par les recettes fiscales générales (cf. ch. 3.2).

Coûts initiaux

Il est prévu de créer, au sein du SECO, un secteur responsable de l'examen des investissements, qui serait notamment chargé de recruter le personnel, de définir concrètement la procédure d'examen et les critères d'approbation et de mettre en place le processus de concertation avec d'autres unités administratives. Cette dernière tâche générera probablement de faibles coûts initiaux pour les unités administratives concernées et le SRC. L'élaboration des processus pourra bénéficier de l'expérience acquise dans la mise en place de procédures similaires, notamment dans le cadre des contrôles à l'exportation, ce qui pourrait réduire quelque peu les coûts initiaux.

Coûts permanents

Les acquisitions visées par l'examen des investissements seront examinées par le SECO, les unités administratives concernées et le SRC. Le SECO sera parfois amené à effectuer des clarifications en lien avec les critères d'approbation énoncés à l'art. 5 AP-LEIE, par exemple pour déterminer qui est le propriétaire ultime de l'investisseur ou si celui-ci fait l'objet d'un contrôle étatique déguisé. Des informations complémentaires sur l'investisseur peuvent être recueillies auprès de l'ambassade concernée pour mieux comprendre ses motivations. Dans le cas d'infrastructures critiques, en particulier, il faudra analyser le marché ainsi que les produits et les services proposés par l'entreprise suisse, afin déterminer si ceux-ci peuvent être

⁵⁶ RS 173.32

⁵⁷ Cf. www.seco.admin.ch > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

remplacés. De son côté, le SRC sera régulièrement amené à effectuer des recherches sur l'investisseur auprès des services partenaires étrangers. Par ailleurs, l'échange d'informations entre les unités administratives concernées entraîne des frais de coordination.

Le montant des coûts permanents sera étroitement lié au nombre d'acquisitions à examiner. L'AIR relative à l'examen des investissements relève que ce nombre dépend de l'option choisie pour définir une entreprise suisse (cf. commentaire de l'art. 3 AP-LEIE au ch. 4). S'appuyant sur les chiffres des années 2016 à 2020, l'étude parvient à la conclusion qu'il faudra probablement examiner environ 45 acquisitions par an si l'option 1 est retenue, contre environ 23 acquisitions pour l'option 2. À noter toutefois que cette estimation, qui repose sur une analyse *ex post*, n'est que partiellement pertinente pour évaluer la charge de travail attendue. Plusieurs limites méthodologiques existent en outre. Il est par exemple très difficile de recenser les acquisitions d'entreprises exportant des biens à double usage. De plus, les chiffres d'affaires des entreprises suisses font souvent défaut dans les bases de données utilisées dans le cadre de l'AIR (cf. ch. 3 de l'AIR relative à l'examen des investissements). Du fait de ces incertitudes, le nombre effectif des acquisitions à examiner pourrait être plus bas ou plus haut. C'est pourquoi ces chiffres ne doivent pas être considérés comme des prévisions, mais comme des valeurs indicatives.

En ce qui concerne les ressources humaines, il faut tenir compte du fait que le nombre de cas variera au fil du temps. En outre, il est important de prévoir suffisamment de personnel pour pouvoir examiner minutieusement les acquisitions tout en respectant les délais légaux de procédure. Compte tenu des effectifs dont disposent les autorités étrangères chargées de l'examen des investissements, l'AIR relative à l'examen des investissements estime que chaque équivalent plein temps (EPT) pourrait examiner environ 6 acquisitions par année. Si l'on prend en compte le nombre d'acquisitions à examiner et les besoins en personnel, le SECO devra prévoir environ 8 EPT si le choix se porte sur l'option 1⁵⁸, contre environ 4 EPT pour l'option 2⁵⁹. En outre, il faut s'attendre à ce que les unités administratives qui prendront part à toutes les procédures (Secrétariat d'État du DFAE et SG-DDPS) et le SRC aient également besoin de personnel supplémentaire.

En plus du personnel directement impliqué dans les procédures d'examen, il faudra probablement prévoir, pour obtenir les informations requises sur les entreprises et les investissements, un accès à des bases de données spécialisées. Or les licences peuvent, selon le produit, s'élever à quelques dizaines, voire plusieurs centaines de milliers de francs.

5.2 Conséquences pour les cantons, les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Le projet n'a pas de conséquences particulières pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne. Aussi cette question n'a-t-elle pas été analysée plus avant.

En revanche, les cantons et les communes sont concernés dans la mesure où ils sont propriétaires d'entreprises, actives pour la plupart dans le domaine des infrastructures critiques (p. ex. dans le secteur de l'énergie ou de l'approvisionnement en eau). Si un canton ou une commune a l'intention de céder une entreprise dont il ou elle est propriétaire et que cette opération entre dans le champ d'application de la LEIE, l'acquisition est soumise à approbation. Dans ce cas, le canton ou la commune sera autant touché par les coûts de la réglementation qu'un propriétaire privé qui souhaite vendre son entreprise (la question des coûts de la réglementation est abordée au ch. 5.4).

5.3 Conséquences sur l'ordre et la sécurité publics

Selon l'AIR relative à l'examen des investissements, le projet devrait contribuer à préserver l'ordre et la sécurité publics. Il devrait permettre d'éviter les investissements potentiellement

⁵⁸ 45 acquisitions ÷ 6 cas par EPT = 7,5 EPT.

⁵⁹ 23 acquisitions ÷ 6 cas par EPT = 3,8 EPT.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

problématiques et de dissuader les acteurs étrangers qui cherchent à acquérir des entreprises suisses pour exercer une influence politique.

Certes, le droit en vigueur et le fait que de nombreuses entreprises exploitant des infrastructures critiques appartiennent à l'État (Confédération, cantons ou communes) garantissent déjà un niveau élevé de protection contre les menaces majeures⁶⁰. L'AIR relative à l'examen des investissements a toutefois identifié quelques domaines dans lesquels cette protection est potentiellement insuffisante, à savoir : les biens d'équipement militaires et les biens à double usage, les services informatiques liés à la sécurité, les médicaments et les dispositifs médicaux.

En matière de sécurité, il est important à cet égard que les acquisitions d'entreprises qui fournissent des biens d'équipement militaires ou des services indispensables à la capacité d'intervention de l'armée suisse ou d'autres institutions fédérales chargées de la sécurité de l'État soient soumises à approbation. La loi permet ainsi d'interdire les acquisitions qui compromettraient le bon fonctionnement et la capacité d'engagement et d'endurance des systèmes installés au sein de l'armée et d'autres institutions chargées de la sécurité de l'État.

En outre, l'AIR relative à l'examen des investissements souligne que, dans certains cas, le projet peut aussi présenter un avantage indirect en matière de politique de sécurité, car un État étranger ne pourra pas, par le biais d'une acquisition, se procurer des technologies suisses pour servir ses efforts d'armement, si cette acquisition menace ou compromet la sécurité publique de la Suisse. C'est le cas notamment des acquisitions visant des fabricants de matériel de guerre ou de biens à double usage dont l'exportation est soumise à autorisation.

5.4 Conséquences économiques

Cette section présente d'abord les conséquences pour les entreprises suisses, puis les conséquences pour l'économie dans son ensemble, y compris l'impact sur l'ouverture internationale de la Suisse et sur l'attrait de la place économique suisse.

Le projet a également un impact sur les investisseurs étrangers qui doivent obtenir l'approbation d'une acquisition. Ces effets ne sont pas traités spécifiquement étant donné qu'ils se produisent non pas en Suisse, mais à l'étranger. Toutefois, tout ou partie des coûts qu'ils induisent sont indirectement imputés aux coûts encourus par l'entreprise suisse. En effet, les coûts totaux d'une transaction sont répartis entre l'acheteur et le vendeur en fonction du pouvoir de négociation et sont inclus dans le prix de vente.

Conséquences pour les entreprises suisses

Il ressort de l'AIR relatif à l'examen des investissements que le projet aurait principalement pour effet d'augmenter les incertitudes juridiques pour les entreprises suisses et de diminuer la valeur de celles-ci en cas de vente.

Les incertitudes juridiques proviennent principalement du fait que les unités administratives participant à la procédure, et le Conseil fédéral en dernier ressort, disposeront d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'évaluation d'une acquisition. Il sera donc plus difficile pour une entreprise d'estimer à l'avance si une acquisition sera approuvée ou non.

Les risques en matière de conformité (*compliance*) entraînent également des incertitudes juridiques. L'investisseur étranger peut par exemple avoir des difficultés à déterminer si l'acquisition qu'il projette est soumise à approbation ou non. Or il s'expose à des mesures et sanctions administratives s'il omet de déposer une demande pour une acquisition soumise à approbation (cf. commentaire des art. 17 et 18 au ch. 4). Ces incertitudes juridiques entravent le marché des acquisitions d'entreprises.

En outre, dans le cas d'acquisitions soumises à approbation, l'examen des investissements peut prolonger d'un à quatre mois le délai entre la conclusion du contrat de vente et la réalisa-

⁶⁰ Cf. ch. 3 et 4 du rapport *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements* (cf. note 5).

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

tion de l'acquisition. Plus ce délai est long, plus les incertitudes sont grandes, tant pour l'acheteur que pour le vendeur, car une entreprise est considérée comme techniquement vendue dès la conclusion du contrat de vente, alors que l'acheteur ne prend le plein pouvoir de l'entreprise qu'une fois la vente réalisée.

L'obligation de soumettre une acquisition à l'examen des investissements a en outre un impact négatif sur la valeur de l'entreprise suisse. En règle générale, un vendeur cherchera à faire jouer la concurrence entre les acheteurs potentiels. Plus cette concurrence est vive, plus le prix de vente sera élevé. Or, si l'examen des investissements a pour effet de réduire le nombre de personnes intéressées, la concurrence entre les acheteurs potentiels en sera affectée. Par ailleurs, il convient de distinguer deux cas de figure. Dans le premier, l'entreprise suisse fait partie de la catégorie des entreprises dont l'acquisition est soumise à approbation quel que soit l'investisseur étranger qui souhaite l'acquérir. Dans ce cas, le nombre de personnes intéressées peut diminuer, notamment en raison des incertitudes juridiques susmentionnées et du risque de retard dans la réalisation de l'acquisition, retard pouvant aller jusqu'à quatre mois. Dans le second cas de figure, l'obligation de déposer une demande d'approbation ne s'applique que si l'acheteur est un investisseur étranger étatique ou proche d'un État. Dans ce cas, c'est au vendeur de décider s'il veut prendre le risque de soumettre l'opération à un examen ou s'il veut exclure les offres d'investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un État, ce qui affaiblirait la concurrence entre les acheteurs.

Si l'acquisition est interdite ou si un investisseur étranger se retire pendant la procédure d'approbation, d'autres effets négatifs sont à escompter. D'abord, la valeur de l'entreprise suisse risque d'être fortement réduite. Ensuite, il y a des coûts d'opportunité : une acquisition présente généralement des avantages économiques en raison des synergies entre l'acheteur et l'entreprise cible, avantages qui dans ce contexte ne se matérialiseraient pas. Enfin, l'entreprise suisse doit assumer l'intégralité des frais inhérents au processus de vente.

À cela s'ajoutent les coûts directs de procédure et de conseil liés aux acquisitions soumises à l'examen des investissements. Selon l'AIR relative à l'examen des investissements, ces coûts seront négligeables lors de l'acquisition de grandes entreprises, d'autant plus que celles-ci sont en règle générale encadrées par des conseillers spécialisés. Toutefois, dans le cas de l'acquisition de plus petites entreprises, ces coûts risquent d'avoir un impact plus important. L'étude part néanmoins du principe que les frais de conseil supplémentaires occasionnés par l'examen des investissements ne seront pas un facteur déterminant dans la décision des entreprises concernées de procéder ou non à une transaction. Si les prestations de conseil pour une acquisition donnée sont fournies par des consultants suisses, les coûts directs qui en découlent équivaldront aux recettes de ces derniers.

Conséquences économiques globales

L'instauration d'un examen des investissements réduirait le degré d'ouverture du marché suisse à la concurrence internationale et diminuerait l'attrait de la Suisse pour les entreprises et les investisseurs. Le fait que certains investissements étrangers dans des entreprises suisses puissent être retardés ou empêchés pourrait avoir un effet négatif sur la volonté des investisseurs, tant suisses qu'étrangers, d'investir dans des entreprises suisses. Il faut également s'attendre à ce qu'un investisseur hésite à créer une nouvelle filiale en Suisse (*greenfield investment*), si la vente future de celle-ci sera possiblement soumise à l'examen des investissements, ce qui pourrait réduire, toutes choses égales par ailleurs, le volume des investissements (étrangers) dans notre pays.

Si l'examen des investissements est mis en place, la Suisse profitera dans une mesure moindre des avantages découlant des investissements étrangers⁶¹. Ceux-ci contribuent par exemple à l'augmentation du stock de capital d'une économie et conduisent au déploiement de nouvelles technologies ainsi qu'à des innovations en matière de produits et de processus. En outre, les investissements nationaux à l'étranger, de même que les investissements étran-

⁶¹ Cf. ch. 2 du rapport *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements* (cf. note 5).

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

gers dans un pays, favorisent l'intégration des entreprises dans les chaînes de valeur mondiales. Par conséquent, l'instauration d'un examen des investissements aurait un impact négatif sur l'évolution de la productivité et l'innovation et, plus généralement, sur l'évolution du marché du travail. En définitive, tous ces éléments contribuent au développement du bien-être de la population, qui devrait donc être affecté négativement par l'introduction d'un examen des investissements.

Certes, de nombreux pays de l'OCDE disposent déjà d'un mécanisme d'examen des investissements ou œuvrent à la mise en place d'un tel instrument. Cependant, la Suisse perdrait un avantage concurrentiel par rapport aux États qui procèdent à un examen des investissements.

L'interdiction d'acquisitions qui menaceraient ou compromettraient l'ordre ou la sécurité publics de la Suisse pourrait toutefois avoir un effet positif sur les autres entreprises. L'examen des investissements peut par exemple contribuer à assurer l'approvisionnement continu d'intrants importants qui ne peuvent pas être remplacés dans un délai raisonnable.

Ce sont surtout les acquisitions par des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un État qui suscitent de grandes réserves dans le débat public. Ainsi, un mécanisme ciblé d'examen des investissements pourrait contribuer à garantir durablement le soutien de la population à l'ouverture de la Suisse aux investissements étrangers. Par ailleurs, un niveau élevé de protection de l'ordre et de la sécurité publics est un facteur déterminant de l'attrait d'un pays pour les entreprises et les investisseurs. Un mécanisme d'examen des investissements pourrait donc indirectement augmenter l'attrait de la place économique.

5.5 Conséquences sanitaires et sociales

La sécurité de la population suisse augmenterait si les acquisitions qui menacent ou compromettent l'ordre ou la sécurité publics étaient interdites. L'examen des investissements peut donc présenter un avantage direct en termes de sécurité pour l'État et la société (cf. ch. 5.3).

Le projet n'a pas d'impact spécifique sur des groupes sociaux particuliers ou sur d'autres aspects sociétaux tels que la culture, l'égalité ou la solidarité entre les générations. Aussi ces questions n'ont-elles pas été analysées plus avant.

5.6 Conséquences environnementales

Le projet n'a pas de conséquences particulières sur l'environnement. Aussi cette question n'a-t-elle pas été analysée plus avant.

5.7 Autres conséquences

Il n'est pas exclu que l'interdiction de certaines acquisitions puisse avoir des répercussions sur la politique étrangère. Elle pourrait donner lieu à des mésententes entre la Suisse et l'État de résidence de l'investisseur étranger, surtout si celui-ci est un investisseur étatique ou proche de l'État. On ne peut pas non plus totalement exclure qu'un État ne prenne des mesures de rétorsion à l'encontre des entreprises suisses si un investisseur de l'État en question se voyait interdire l'acquisition d'une entreprise suisse.

Toutefois, deux facteurs donnent à penser que de tels cas de figure sont peu probables. Premièrement, plus de la moitié des pays de l'OCDE appliquent aujourd'hui un examen intersectoriel des investissements, contre seulement un tiers il y a dix ans. Beaucoup de grands pays émergents ont également mis en place un mécanisme d'examen des investissements. Il s'agit donc d'un instrument répandu, que de nombreux États utilisent déjà. Deuxièmement, les modalités de l'examen des investissements doivent être compatibles avec les engagements de la Suisse en matière de droit international (cf. ch. 6.2).

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

L'art. 27 Cst. consacre le droit fondamental de la liberté économique (garantie individuelle). En vertu de l'art. 94, al. 1, Cst., la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique (garantie institutionnelle), qui englobe la liberté d'investissement et, en partie, celle des personnes morales étrangères.

Aux termes de l'art. 101, al. 2, Cst., la Confédération peut, dans des cas particuliers, prendre des mesures afin de protéger l'économie suisse et déroger, au besoin, au principe de la liberté économique. Une telle dérogation doit être prévue par la Cst. (art. 94, al. 4, Cst.).

Compte tenu de la complexité et de la nature intersectorielle de l'examen des investissements, il semble nécessaire de fonder la LEIE sur différentes normes constitutionnelles. Les art. 95 et 101 Cst. sont pertinents à cet égard.

L'ordre et la sécurité publics constituent des motifs légitimes de restriction de la liberté économique. Il faudra néanmoins motiver, pour chaque cas, l'impact d'une prise de contrôle d'une entreprise suisse par une personne physique ou morale étrangère sur l'ordre et la sécurité publics et fonder la restriction prévue sur l'intérêt public de manière proportionnée au but visé. Toute restriction de la liberté économique doit satisfaire aux conditions énoncées à l'art. 36 Cst. (Restriction des droits fondamentaux). L'examen des investissements ne peut restreindre la liberté économique au-delà de ce que commande la protection de l'ordre et de la sécurité publics. Prévoir des charges ou conditions appropriées peut, dans ce contexte, se révéler un moyen adéquat pour garantir le respect de la proportionnalité dans chaque cas.

En vertu de l'art. 95 Cst., la Confédération peut réglementer les activités économiques privées. Nombre de lois fédérales reposent déjà sur cet article, dont l'al. 1 confère à la Confédération une compétence globale. S'agissant de l'exercice d'une activité économique lucrative relevant du droit privé, la Confédération peut assujettir tous les aspects et étapes de cette activité à une réglementation. Les activités économiques privées visées à l'art. 95, al. 1, Cst. et l'activité économique lucrative privée visée à l'art. 27 Cst. recouvrent la même réalité. Ce dernier permet notamment de régler les conditions d'accès au marché suisse. Toute mesure prise par le législateur doit toutefois respecter le principe de la liberté économique prévu par les art. 27 (garantie individuelle) et 94 (garantie institutionnelle). Le législateur peut édicter des mesures dérogeant à ce principe uniquement si elles reposent sur une base constitutionnelle spécifique (art. 94, al. 4, Cst.). Les mesures respectant ce principe sont autorisées dès lors qu'elles répondent aux exigences des art. 27 et 36 Cst. (Restriction des droits fondamentaux).

L'art. 101 Cst. régit la compétence de la Confédération en matière de politique économique extérieure. L'al. 1 dispose que « la Confédération veille à la sauvegarde des intérêts de l'économie suisse à l'étranger » et l'al. 2 qu'« elle peut prendre des mesures afin de protéger l'économie suisse » et, « au besoin, déroger au principe de la liberté économique ». L'examen des investissements doit être conforme au mandat selon lequel la Confédération doit œuvrer à ouvrir des marchés étrangers pour les entreprises suisses (art. 101, al. 1, Cst.). Pour ce faire, il doit en outre se limiter aux domaines critiques présentant des risques potentiels pour l'ordre et la sécurité publics.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

L'art. 5, al. 4, Cst. dispose que la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international. Un régime d'examen des investissements doit donc être conçu de sorte à respecter les engagements internationaux de la Suisse.

La Suisse a pris des engagements relatifs aux investissements (notamment la non-discrimination par rapport aux investisseurs domestiques) dans l'AGCS, les ALE conclus avec des États tiers, mais aussi dans les accords bilatéraux avec l'UE pertinents en la matière, à savoir

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

l'ALCP et l'accord sur le transport aérien⁶², ainsi que dans la Convention AELE et les règlements de l'OCDE (codes de l'OCDE de la libération). Or l'examen d'un investissement peut avoir pour effet de restreindre la possibilité d'un investisseur étranger de réaliser un investissement ou de le retarder et ainsi entraîner une discrimination à l'encontre d'investisseurs d'une partie contractante ou enfreindre les obligations de la Suisse en matière d'accès au marché.

Les accords et réglementations susmentionnés contiennent toutefois des dispositions dérogatoires visant la sauvegarde de l'ordre public et des intérêts essentiels de la sécurité (art. XIV et XIVbis AGCS ; dispositions correspondantes dans les ALE ; art. 27.2 de la Convention AELE ; annexe I art. 5 ALCP et annexe K – appendice 1, art. 5, de la Convention AELE ; art. 7 de l'accord sur le transport aérien et annexe Q, art. 5.2, de la Convention AELE) pouvant motiver des mesures dérogeant aux obligations de droit international. Les notions d'ordre public et de sécurité publique doivent être définies de sorte à être conformes aux obligations internationales pertinentes de la Suisse (cf. rapport *Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements*). Elles englobent par conséquent l'exercice de fonctions essentielles de l'État et la protection des valeurs fondamentales de la société. L'exception prévue par l'AGCS concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société (art. XIV a) AGCS). La mesure doit en outre être nécessaire et ne pas être appliquée de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre pays où règnent des conditions similaires, soit une restriction déguisée. Enfin, dans chaque cas d'espèce, il faudra démontrer que les conditions permettant d'invoquer une exception sont remplies, et que des mesures moins draconiennes n'auraient pas suffi à atteindre l'objectif recherché. L'exception concernant la sécurité prévue à l'art. XIVbis, par. 1 b), AGCS dispose que les membres de l'OMC peuvent prendre des mesures qu'ils estimeront nécessaires à la protection des intérêts essentiels de leur sécurité se rapportant à la fourniture de services destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées, se rapportant aux matières fissiles et fusionables ou aux matières qui servent à leur fabrication, ou appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale. Cette exception est pertinente pour les acquisitions qui touchent à l'approvisionnement militaire. Le règlement (UE) 2019/452 renvoie lui aussi à ces dispositions dérogatoires. Les autres accords prévoient des exceptions générales au libellé similaire (renvoi à l'ordre et à la sécurité publics).

L'avant-projet a été rédigé de sorte à être conforme à ces obligations et dispositions dérogatoires.

Selon les Lignes directrices de l'OCDE sur les politiques d'investissement des pays d'accueil relatives à la sécurité nationale⁶³, que la Suisse s'est engagée à respecter en tant que membre de l'OCDE, un examen des investissements devrait en outre respecter les principes de non-discrimination, de transparence des politiques, de prévisibilité des résultats, de proportionnalité des mesures et de responsabilité des autorités chargées de leur mise en œuvre.

6.3 Forme de l'acte à adopter

Toute restriction d'un droit fondamental comme la garantie de la propriété ou la liberté économique doit être fondée sur une base légale (art. 36, al. 1, Cst.). Une analyse succincte de la législation visant à déterminer où inscrire l'examen des investissements a révélé qu'aucune loi en vigueur ne s'y prête sans révision totale, raison pour laquelle il est prévu d'édicter une nouvelle loi distincte, une approche confortée par la complexité de la matière, qui appelle une réglementation détaillée.

6.4 Frein aux dépenses

Le projet ne prévoit pas de dispositions relatives aux subventions qui entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses annuelles de

⁶² RS 0.748.127.192.68

⁶³ Lignes directrices sur les politiques d'investissement des pays d'accueil relatives à la sécurité nationale, OCDE 2009.

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

plus de 2 millions de francs. Il n'est donc pas soumis au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

6.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

L'AP-LEIE est conforme au principe de subsidiarité. Il concerne uniquement le domaine de compétence de la Confédération et porte sur une tâche qui appelle une réglementation uniforme de sa part. Il n'affecte pas le domaine de compétence des cantons.

Le principe d'équivalence fiscale est également respecté.

6.6 Délégation de compétences législatives

L'art. 19, al. 1, AP-LEIE dispose que le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution de la loi.

Pour l'exécution de l'art. 2, al. 3, qui prévoit la possibilité d'exclure certaines acquisitions du champ d'application, il faudra définir par voie d'ordonnance les critères à réunir à cette fin tout en veillant à ce que l'ordre et la sécurité publics soient garantis.

Conformément à l'art. 6, al. 2, il faudra définir les documents que l'investisseur étranger devra remettre au SECO avec la demande d'acquisition.

L'art. 4, al. 3, dispose que le Conseil fédéral peut soumettre à approbation d'autres catégories d'entreprises suisses pour une durée maximale de 12 mois, pour autant que la garantie de l'ordre ou de la sécurité publics l'exige. Dans ce contexte, le Conseil fédéral peut également fixer un seuil de chiffre d'affaires ou abaisser un seuil existant.

Enfin, en vertu de l'art. 21, al. 2, le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur de la loi.

6.7 Protection des données

La LEIE permet le traitement de données personnelles et de données de personnes morales ainsi que leur communication à des fins spécifiques (cf. commentaire des articles).

Les exceptions prévues par la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence dans l'administration (LTrans)⁶⁴ garantissent déjà une protection complète des décisions administratives et politiques (art. 8, al. 2, LTrans), de l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs (art. 7, al. 1, let. b, LTrans), des intérêts de la politique économique de la Suisse (art. 7, al. 1, let. f, LTrans) et des intérêts privés des acteurs concernés, en particulier du secret d'affaires (art. 7, al. 1, let. g, LTrans) et des données personnelles (art. 7, al. 2, et art. 9 LTrans). Les informations transmises au SECO par le SRC aux fins de l'examen des investissements sont exclues du principe de transparence en vertu de l'art. 67 de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement⁶⁵ et ne sont donc pas accessibles au public.

Selon l'art. 19, al. 2, le SECO publie chaque année un rapport d'activité présentant les informations sous forme agrégée, notamment sur d'éventuelles décisions de première instance relatives à des sanctions administratives.

⁶⁴ RS 152.3

⁶⁵ RS 121