Centre Patronal

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Paudex, le 22 août 2022
JDU

Consultation fédérale – Loi sur l'examen des investissements étrangers

Mesdames, Messieurs,

En adoptant la motion 18.3021 Rieder (« Protéger l'économie suisse en contrôlant les investissements »), le Parlement a chargé le Conseil fédéral de créer les bases légales en vue d'un mécanisme de contrôle des investissements étrangers. Récemment, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a ainsi ouvert une consultation sur un avant-projet de loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers. On notera d'emblée que le Conseil fédéral demeure foncièrement opposé à l'introduction d'un tel contrôle, estimant que le rapport coût-bénéfice n'est pas avantageux et que le cadre réglementaire en vigueur est amplement suffisant.

Eminemment politique, la thématique du contrôle des investissements étrangers renvoie à l'articulation entre liberté et sécurité. Au sein d'un régime démocratique, l'une ne va pas sans l'autre, la sécurité apportant à la liberté les conditions de son exercice. Il n'en demeure pas moins que toute restriction des libertés se doit de respecter scrupuleusement le principe de la proportionnalité, y compris lorsqu'il est question de liberté économique et de garantie de la propriété. Le principe de la proportionnalité implique notamment le recours à la mesure la moins incisive possible pour atteindre le but d'intérêt public identifié.

1. Le contrôle des investissements étrangers

A l'heure actuelle, de plus en plus de reprises d'entreprises helvétiques sont pilotées par des fonds publics, principalement des investisseurs chinois et des fonds souverains étrangers. L'accélération des investissements provenant d'acteurs proches de certains Etats est de nature à générer des inquiétudes, à plus forte raison lorsque des entreprises suisses emblématiques - Syngenta, Swissport, Gate Gourmet, Eterna ou encore Sigg - sont ciblées et que les investissements en question consistent en des investissements directs internationaux.

Contrairement au simple investissement de portefeuille, l'investissement direct est un investissement transfrontalier par lequel un investisseur s'assure une participation à long terme au sein d'une entreprise située dans un autre pays. L'objectif de l'investisseur est de pouvoir exercer par ce biais une influence déterminante à l'intérieur de l'entreprise dans laquelle il investit. En principe, on considère qu'il y a investissement direct dès que l'investisseur acquiert au moins 10% du capital donnant droit de vote d'une entreprise.

Route du Lac 2
1094 Paudex
Case postale 1215
1001 Lausanne
T +41 58 796 33 00
F +41 58 796 33 11
info@centrepatronal.ch

Kapellenstrasse 14
Postfach
3001 Bern
T +41 58 796 99 09
F +41 58 796 99 03
cpbern@centrepatronal.ch

www.centrepatronal.ch

Malgré leurs multiples bienfaits, les investissements directs étrangers présentent un certain nombre de risques concrets, selon le profil de l'investisseur. Tout d'abord, ils permettent potentiellement aux entreprises étrangères de s'approprier des secrets industriels en rachetant une entreprise helvétique. Il peut en résulter une menace pour les emplois et les connaissances de nos entreprises. Ensuite, la vente d'une entreprise suisse exploitant des infrastructures critiques est susceptible de mettre en danger la sécurité nationale. Enfin, l'étatisation indirecte des entreprises privées via des investisseurs étatiques - contrôlés par exemple par des fonds souverains étrangers - est souvent de nature à fausser la concurrence, puisque ces investisseurs disposent d'un avantage en matière de financement, principalement sous forme de contraintes budgétaires lâches.

Le thème des investissements étrangers ne peut que susciter l'intérêt tant il renvoie à la question de la maîtrise effective de notre économie. Par le truchement notamment des postulats 18.3376 Bischof du 16 mars 2018, 18.3233 Stöckli du 15 mars 2018 et de la motion 18.3021 Rieder du 26 février 2018, une partie de la classe politique suisse s'est sérieusement interrogée sur la nécessité de procéder à un filtrage des investissements étrangers.

En l'état, la Suisse ne dispose pas de législation sur le contrôle des investissements pour pouvoir séparer le cas échéant le bon grain de l'ivraie. Néanmoins, cela ne signifie pas que notre pays connaît une absence totale de barrières aux rachats étrangers. On constate en effet qu'il existe des limitations disséminées au sein de plusieurs lois fédérales, de telle sorte que l'on peut parler de mécanisme de contrôle indirect des investissements. Dans son rapport « Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements » du 13 février 2019, le Conseil fédéral estimait d'ailleurs que la législation en vigueur permettait de contrer efficacement les éventuelles menaces, si bien que la mise en place d'un régime de contrôle des investissements devait être écartée.

C'est un fait : l'argumentaire du Conseil fédéral n'a pas pleinement convaincu le Parlement, qui juge nécessaire de se prémunir contre les Etats utilisant les investissements directs pour atteindre des objectifs politiques. A cet égard, le but serait d'introduire, pour certains cas exceptionnels, un frein d'urgence visant essentiellement les investisseurs étrangers cherchant à acquérir des entreprises suisses actives dans des secteurs stratégiques, ceci pour exercer une influence politique. L'exemple souvent mis en avant est celui des barrages d'Alpiq, l'un des grands producteurs électriques du pays. A l'époque, l'entreprise avait généré un certain émoi en annonçant la cession d'une partie des sociétés détenant ses barrages à des investisseurs, y compris étrangers, à hauteur de 49%. D'aucuns craignaient alors qu'une entreprise publique chinoise profite de l'ouverture du portefeuille d'Alpiq pour faire main basse sur l'un ou l'autre ouvrage hydroélectrique d'importance stratégique.

2. L'avant-projet du Conseil fédéral en matière d'examen des investissements étrangers

Afin de préserver l'attrait de notre pays pour les investisseurs, le Conseil fédéral souhaite un processus ciblé, efficace et peu bureaucratique. Le régime d'examen des investissements proposé a pour but d'éviter que des acquisitions d'entreprises suisses par des investisseurs étrangers ne viennent compromettre l'ordre ou la sécurité publics. A ce titre, l'avant-projet part de l'idée que les principales menaces émanent essentiellement d'investisseurs proches d'un État. Par conséquent, il prévoit que <u>toute acquisition par des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un État devra être soumise à approbation</u>, 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.

On relèvera que la notion d'investisseur proche d'un Etat est large puisqu'elle inclut également les investisseurs contrôlés indirectement par un organe étatique, étant entendu que tous les moyens et les formes possibles de contrôle sont visés. En ce qui concerne la notion

d'entreprise suisse, deux options sont soumises à la discussion dans le cadre de l'avant-projet. Il s'agira d'établir si la filiale suisse d'un groupe étranger doit être considérée – ou non – comme étant une entreprise suisse.

En pratique, 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 diverses 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. 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.

S'agissant des critères d'approbation, 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. 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. Il est à noter qu'il conviendra de déterminer si l'investisseur étranger – en l'occurrence son administration et sa direction – et son propriétaire ultime jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable.

En résumé, l'avant-projet met en place un régime d'approbation obligatoire en cas de prise de contrôle d'une entreprise suisse, étant précisé qu'il incombe à l'investisseur étranger de déposer la demande. La procédure d'approbation se déroule en deux étapes. La première étape – visant à déterminer si une procédure d'examen doit être conduite – devrait se distinguer par sa rapidité. Le régime est ciblé puisque seules certaines acquisitions sont soumises à l'obligation de déclaration et d'approbation. Selon les estimations, moins de 50 acquisitions par année seraient ainsi concernées par la procédure d'examen.

3. Positionnement du Centre Patronal

Dans la lignée de son rapport « Investissements transfrontaliers et contrôles des investissements » du 13 février 2019, le Conseil fédéral se montre ouvertement dubitatif quant à la nécessité d'introduire un mécanisme d'examen, le cadre réglementaire en vigueur étant jugé suffisant. Le Centre Patronal partage cette analyse.

En Suisse, la plupart des entreprises et infrastructures critiques sont en effet propriétés de la Confédération. La participation majoritaire de l'Etat dans une entreprise s'impose comme la forme la plus stricte du contrôle des investissements puisque seul le législateur peut créer les bases légales pour vendre une telle entreprise à un acteur étranger. Du point de vue du droit des marchés financiers, il convient de signaler le mécanisme de surveillance des banques et des infrastructures financières d'importance systémiques ainsi que la loi sur les bourses qui impose des devoirs d'annonce réguliers et prévoit la remise d'informations techniques et administrative relatives aux titres côtés. S'agissant du droit de la concurrence, les concentrations doivent sous certaines conditions être notifiées à la Commission de la concurrence. Sur le plan immobilier, la Lex Koller limite l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger dans le but de prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse. En ce qui concerne le droit des sociétés, libéral par essence, ce dernier offre des instruments qui permettent de peser sur la composition et l'influence de l'actionnariat. Enfin, la stratégie nationale pour les infrastructures critiques 2018-2022 offre des garanties quant à la disponibilité des principaux biens et prestations, parmi lesquels l'énergie, les transports et les soins médicaux.

Conformément aux souhaits du Parlement, l'avant-projet postule que les principales menaces émanent d'investisseurs étatiques ou proches d'un Etat. A ce titre, on aurait légitimement pu

s'attendre à ce que la proposition se cantonne à instaurer un contrôle des acquisitions par des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un Etat, ceci uniquement dans certains secteurs critiques. Or, l'avant-projet soumet à l'examen l'ensemble des acquisitions par des investisseurs étrangers étatiques ou proches d'un Etat ainsi que les acquisitions émanant d'investisseurs privés dans les secteurs critiques. Lorsqu'on sait que la notion d'investisseurs proches d'un Etat est relativement large et qu'il sera question dans la procédure d'approbation de déterminer si l'investisseur étranger jouit d'une bonne réputation, on ne peut que s'élever contre le champ d'application de la loi sur l'examen des investissements étrangers. Une telle réglementation ne devrait d'une part pas inclure les investisseurs privés et d'autre part se limiter aux investissements étatiques au sein des domaines stratégiques. Le fait de conférer à une autorité administrative le pouvoir d'estimer si un investisseur privé constitue ou non un bon investisseur représente une ingérence excessive du pouvoir politique au sein de l'économie.

Conjointement, on relèvera que la société de conseil BSS et l'Ecole de gestion et de droit de la Haute école zurichoise des sciences appliquées ont mené une étude d'impact qui conclut que, d'un point de vue économique, la mise en place d'un examen des investissements n'est pas opportune. Les investissements étrangers stimulent l'économie suisse ; rares sont les cas où des investissements directs de l'étranger ont des motivations politiques et sont susceptibles de mettre en danger la sécurité nationale. La plupart des secteurs clés (énergie, eau, transport) sont d'ailleurs bien protégés puisque les entreprises sont généralement en mains publiques. Certes, il est vrai que quelques branches économiques sont plus exposées, à l'image des services informatiques, des produits pharmaceutiques, des technologies de la santé et de l'armement, raison pour laquelle un contrôle des investissements renforce en théorie la politique de sécurité. En pratique, on constate qu'il s'avère très délicat pour une autorité administrative de cerner les motivations d'un investisseur.

On relèvera que la mise en place d'un examen des investissements – même limité – induit pour les entreprises et les investisseurs des coûts non-négligeables (y compris en matière de compliance), une dose d'incertitude juridique ainsi qu'une perte de valeur des entreprises cibles. Une telle procédure peut en outre générer un effet dissuasif pour les investisseurs, ce d'autant qu'aucun examen préalable n'est prévu. On soulignera finalement que le contrôle des investissements ne permet de traiter qu'indirectement et partiellement les problématiques de distorsion de la concurrence.

En présence d'une économie ouverte, il paraît plus que jamais contre-productif de limiter les flux de capitaux. Sachant que le contrôle des investissements est synonyme de coûts élevés pour la place économique ainsi que les propriétaires d'entreprises et qu'il demeure difficile d'estimer la plus-value d'un tel régime en matière de politique de sécurité, force est de conclure que la liberté économique doit prévaloir. En définitive, la liberté est une forme de sécurité.

Au vu de ce qui précède, le Centre Patronal rejette l'avant-projet de loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers. Un régime de contrôle des investissements réellement ciblé devrait se focaliser uniquement sur les investissements étatiques à visée politique dans les secteurs sensibles. L'examen des investissements ne doit en effet pas outrepasser son rôle de frein d'urgence pour les situations exceptionnelles.

Nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures.

Centre Patronal

Jimmy Dupuis