

LE CONSEIL DE L'ORDRE

8, RUE DU GRAND-CHÊNE
CASE POSTALE 7056
CH - 1002 LAUSANNE

TÉL : 021 311 77 39
FAX : 021 311 77 49

info@oav.ch
www.oav.ch

Par courriel à : julien.varidel@vd.ch

Département de l'économie, de l'innovation
et du sport - Secrétariat général
A l'att. de M. Julien Varidel
Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Lausanne, 9 août 2022

Consultation fédérale : Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers

Monsieur le Conseiller juridique,

Au nom de l'Ordre des avocats vaudois (OAV) et dans le délai imparti pour ce faire, je reviens ici sur votre courriel du 7 juin 2022 nous invitant à vous faire part de nos observations en relation avec le projet de Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers visant à créer les bases légales en vue d'un mécanisme de contrôle des investissements directs étrangers (mise en œuvre de la motion 18.3021 Rieder « Protéger l'économie suisse en contrôlant les investissements »).

Non sans vous remercier de nous avoir invités à nous déterminer, je vous livre ci-dessous le fruit des travaux menés par la Commission de droit des obligations de l'OAV, sous l'égide de sa Présidente Me Christine Sattiva Spring.

* * *

Comme le relève le rapport, la Suisse connaît et garantit par sa Constitution le droit fondamental à la liberté économique qui impose à l'Etat de promouvoir l'autonomie individuelle en respectant la neutralité concurrentielle. La réglementation proposée prétend vouloir protéger mieux les entreprises privées en Suisse pour leur éviter en particulier les distorsions de la concurrence résultant des activités économiques privées d'une entreprise étatique ou proche d'un état étranger, et vise la protection des intérêts suisses en général face à une emprise étrangère, d'une part quant aux activités essentielles pour les populations, d'autre part face aux ingérences étatiques étrangères indépendamment du secteur considéré.

Sans entrer trop dans les détails de la réglementation légale, on constate quoi qu'il en soit qu'elle vise, à son art. 4 (acquisitions soumises à approbation), des secteurs économiques extrêmement variés, qui vont du domaine militaire à celui de l'approvisionnement en électricité et gaz naturel, en passant par

l'informatique, la santé, les entreprises pharmaceutiques, les transports de marchandises et personnes, les centrales de distributions de denrées alimentaires, les réseaux de télécommunication, les marchés financiers et les banques d'importances systémiques.

La variété des problématiques relatives aux secteurs considérés implique pour la Commission qu'on ne devrait pas leur réserver le même traitement. Ce champ d'application extrêmement large, éminemment critiquable sous l'angle du principe d'égalité notamment, ne devrait pas être maintenu tel quel ; il faut ici tenir compte des restrictions très importantes qu'il engendre et de la perte d'intérêt marquée que l'adoption d'une telle législation entraînerait pour la place suisse, sous l'angle financier d'une part, mais également pour la recherche et le développement d'autre part, en particulier dans les secteurs qui n'apparaissent pas comme de première importance en matière de sécurité nationale.

La Commission est bien consciente que l'économie libérale du 19^{ème} siècle a probablement vécu ou succombé, les tournants géopolitiques du 21^{ème} siècle nécessitant un changement de paradigme. Il convient toutefois d'être prudent, l'inflexion protectionniste induite par des réflexions politiques à court terme ne devant pas l'emporter sur la sécurité du droit. Or, sous cet angle-là, la législation proposée paraît très imparfaite, évoquant par exemple des exceptions qui ne sont pas déterminées (et dont le rapport dit qu'il y aura lieu d'y réfléchir d'ici la rédaction du message).

Ainsi, telle qu'elle est présentée, la loi ne convainc pas la Commission de droit des obligations de l'OAV.

Elle devrait être clairement limitée à des sujets sensibles, en particulier la question militaire et la vente d'armes à des pays étrangers, domaine dans lesquels on pourrait imaginer une procédure d'autorisation préalable. Dans les autres domaines, un contrôle préventif tel que celui qui est proposé ne paraît pas nécessaire ni même approprié.

On peut comprendre la crainte de perdre des fleurons de l'économie nationale, mais la Commission rappelle ici le cas d'école de la société française DAILY MOTION, qui n'a pu se développer en raison d'une loi trop protectrice semblable à celle ici en discussion. Il convient de souligner que, dans un certain nombre de domaine, les investissements étrangers sont bienvenus pour éviter une perte de compétitivité ; ainsi des critères tels que celui de la préférence nationale ne sauraient être par trop protégés. Il faut donc se garder d'une législation par trop protectionniste susceptible d'induire des effets opposés à ceux qu'ils entendent promouvoir.

Qui plus est, la législation proposée contient des entraves administratives certaines pour les sociétés qui seront visées, lesquelles vont coûter du temps et de l'argent, tant au secteur privé qu'au secteur public amené à donner des autorisations.

Si on salue la brièveté de la procédure d'autorisation (30 à 45 jours), le temps inhérent à un recours, à exercer dans les 30 jours, aura très vraisemblablement pour effet de dissuader des investisseurs qui pourraient à défaut être intéressants ; cet aspect ne doit pas être négligé. Le risque d'instrumentalisation des procédures de recours existe aussi dans ce contexte. La faible prévisibilité et vérifiabilité des critères prévus par l'avant-projet de loi est aussi à déplorer, y compris dans le cadre d'éventuelles procédures de recours.

En outre, les critères relatifs à l'importance de l'entreprise suisse visée omettent que ce sont parfois les start-ups, potentiellement filiales d'entreprises établies, qui vont se développer et pourront devenir critiques au sens de l'avant-projet de loi, ce que celle-ci ne permet pas d'appréhender.

S'agissant des entreprises ouvertes au public, le mécanisme de contrôle prévu par l'avant-projet de loi pourrait impacter négativement la valeur des actions en cause et la recherche de financement public.

Ainsi, pour alléger l'impact de la loi proposée, on pourrait imaginer, hors des domaines de sécurité nationale, des mécanismes de contrôle lorsque la crise pointe, et non en période de beau temps. Cela pourrait par exemple consister en une restriction, voire une suppression provisoire ou définitive du contrôle découlant de la participation étrangère en cause, au profit d'un contrôle autochtone justifié alors par un intérêt public (cf. art. 36 al. 2 Cst. féd.) dans des hypothèses cas échéant définies d'avance, sans que cela n'empêche l'apport de capitaux étrangers pouvant justement servir à l'intérêt public en cause. Le droit suisse connaît déjà un tel type de restriction au secteur privé par l'intérêt public (not. art. 762 CO).

Dès lors, pour garder les principes généraux du droit suisse que sont la liberté du commerce et de l'industrie, la proportionnalité des moyens, la sécurité du droit, la loi telle qu'elle est présentée ne peut être suivie d'effet. Pour préserver des domaines stratégiques, des investissements étatiques pourraient être prévus au besoin.

Afin de garantir l'intérêt de la place suisse sur le plan de la sécurité et notamment dans le domaine porteur de l'innovation, il y a lieu de remettre l'ouvrage sur le métier pour limiter aux secteurs clés en matière de sécurité le champ d'application d'une loi beaucoup trop large dans son avant-projet.

* * *

Telles sont les réponses de l'Ordre des avocats vaudois dans le cadre de la consultation à laquelle vous l'avez associé.

Le Conseil de l'Ordre, ainsi que la Commission de droit des obligations qui a examiné le projet, se tiennent à votre entière disposition pour poursuivre ces réflexions.

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, je vous prie de croire, Monsieur le Conseiller juridique, à l'assurance de ma parfaite considération.

Pour le Conseil de l'Ordre :



Eric Ramel