



Berne, le 7 juin 2024

Rapport à l'intention de la CER-N

Séance des 24 et 25 juin 2024

Loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers



Synthèse

Des études scientifiques ont démontré que l'introduction d'un examen des investissements n'est pas favorable à une économie, car elle freine les investissements étrangers. Ce constat vaut à plus forte raison pour une petite économie ouverte telle que la Suisse. Au moment d'élaborer le projet de loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers (P-LEIE), le Conseil fédéral a donc posé ces trois postulats de départ :

- L'insécurité juridique étant extrêmement préjudiciable à l'activité économique et aux investissements, le projet doit être gage d'une **sécurité juridique maximale** pour les milieux concernés.
- L'examen des investissements doit être **aussi ciblé que possible** afin de maintenir les **coûts de la réglementation à un niveau plancher**. La précision du ciblage résulte du rapport entre les examens nécessaires et ceux qui sont superflus.
- Le projet doit être **compatible avec les obligations internationales** de la Suisse.

Compte tenu de ce qui précède, les principales conclusions du présent rapport sont les suivantes :

- **La proposition 15 entraîne une grave insécurité juridique** (voir ch. 5) : elle consiste à ajouter l'expression « en particulier » à la définition du champ d'application à l'art. 3, al. 1 et 2, P-LEIE. Sous cette forme, la disposition ne régit plus de manière exhaustive les acquisitions soumises à approbation. L'investisseur ne sait donc pas s'il doit déposer une demande d'approbation pour une acquisition qui ne fait pas partie des domaines énumérés dans la loi, alors qu'il est tenu de le faire pour toute acquisition soumise à approbation. Ce flou dans la loi crée une grave insécurité juridique pour toutes les parties prenantes, avec des conséquences à l'avenant. En outre, cela confère au Secrétariat d'État à l'économie (SECO) un important pouvoir d'appréciation quant à la détermination, dans la pratique, de ce qui est soumis à approbation et ce qui ne l'est pas, car en cas de soupçon de non-respect ou de violation de l'obligation de déposer une demande d'approbation, il est tenu d'ouvrir une procédure d'approbation. Le fait que le champ d'application ne soit pas défini de manière exhaustive est également très problématique au regard du principe de la légalité qui découle de la Constitution. En effet, le non-respect ou la violation de l'obligation de déposer une demande d'approbation entraîne des mesures et des sanctions administratives. Or, dans cette situation, les acteurs concernés ne peuvent pas suffisamment anticiper les conséquences de leurs actes.
- **La proposition 01 décuple le nombre d'acquisitions à examiner. Il en résulte une forte hausse des coûts de la réglementation** (voir ch. 3) : la disposition concernerait tous les investisseurs étrangers, au lieu de s'appliquer aux seuls investisseurs contrôlés par un État étranger. Le SECO estime qu'il faudrait ainsi examiner au total quelque 30 à 40 acquisitions par an. Le nombre d'équivalents plein temps nécessaires à la réalisation de ces examens devrait passer de deux à environ sept. L'abaissement des seuils sectoriels applicables aux réseaux de distribution d'électricité, aux centrales de production d'électricité et aux distributeurs d'eau n'a en revanche qu'un effet négligeable en la matière (proposition 08, proposition 19 et proposition 21). Ces infrastructures sont en effet la plupart du temps en mains publiques (cantons, communes), et leurs propriétaires n'ont généralement pas l'intention de les vendre.
- **Il est impossible d'évaluer les conséquences de la proposition 15 sur le nombre d'acquisitions à examiner** (voir ch. 3) : en l'état actuel des choses, les conséquences de l'ajout de l'expression « en particulier » à l'art. 3, al. 1 et 2, P-LEIE sur le nombre de demandes et de cas à examiner ne sont pas chiffrables.
- **La proposition 15 entraîne une forte hausse du nombre de cas où il faudra clarifier préalablement à titre indicatif l'obligation de déposer une demande d'approbation** (voir ch. 3) : le projet du Conseil fédéral devrait représenter chaque année une trentaine de clarifications préalables visées à l'art. 5 P-LEIE. Ajouter « en particulier » dans la définition

du champ d'application de l'art. 3, al. 1 et 2, P-LEIE engendrerait une grave insécurité juridique pour les entreprises. Il n'est pas exclu qu'il en résulte un doublement, voire un triplement du nombre de clarifications préalables. Les coûts liés à l'exécution de la loi augmenteraient alors de manière substantielle, dans la mesure où cette tâche exigerait des ressources humaines supplémentaires. À l'extrême, l'autorité compétente pourrait se retrouver temporairement débordée.

- **La proposition 22 est contraire aux obligations internationales de la Suisse** (voir ch. 6) : dans le cadre de la proposition 22, la réciprocité est ajoutée à titre de critère supplémentaire pour l'exemption des investisseurs étrangers de certains États. C'est incompatible avec les obligations internationales de la Suisse. Pour mettre en œuvre cette disposition conformément au droit international, le Conseil fédéral devrait donc renoncer à toute exemption.
- **Un préavis contraignant (*ruling*) accroîtrait au cas par cas la sécurité juridique pour les entreprises suisses. Associée à la proposition 15, cette mesure induirait toutefois un très grand nombre de préavis** (voir ch. 4) : la proposition présentée prévoit de substituer un préavis contraignant à la clarification préalable indicative de l'art. 5 P-LEIE. Le préavis serait destiné en premier lieu aux entreprises suisses qui envisagent de vendre sans avoir encore d'acheteur défini. Il améliorerait la sécurité juridique pour les entreprises suisses. Du point de vue de ces entreprises, le préavis contraignant constitue un avantage. Mais si l'on ajoute encore « en particulier » à l'art. 3, al. 1 et 2, P-LEIE (proposition 15), il n'est pas exclu que le nombre de demandes de préavis contraignant dépasse largement la centaine. Les coûts liés à l'exécution de la loi augmenteraient ainsi de manière substantielle, dans la mesure où cette tâche exigerait des ressources humaines supplémentaires. À l'extrême, l'autorité compétente pourrait se retrouver temporairement débordée.

Compte tenu de ce qui précède, l'administration recommande notamment ce qui suit :

- **Il est préférable de ne pas ajouter « en particulier » à l'art. 3, al. 1 et 2, P-LEIE (première partie de la proposition 15).** La norme de délégation contenue à l'art. 3, al. 3, P-LEIE pourrait éventuellement être modifiée de manière à ce que le Conseil fédéral puisse soumettre à approbation d'autres catégories d'entreprises suisses par voie d'ordonnance, si nécessaire sans limitation dans le temps (deuxième partie de la proposition 15).
- **Il est indiqué de renoncer à la réciprocité à titre de critère supplémentaire pour l'exemption des investisseurs étrangers de certains États (proposition 22).** À défaut, la réciprocité pourrait être formulée comme un objectif et non comme une condition préalable à l'exemption, ce qui serait compatible avec les obligations internationales de la Suisse.

Le rapport parvient en outre aux conclusions suivantes :

- Les modifications visées par les propositions 02 et 05 ne sont pas nécessaires et peuvent compliquer la justification du mécanisme d'examen des investissements à la lumière des obligations internationales de la Suisse (voir ch. 7). Ces deux propositions visent à inclure explicitement l'approvisionnement en biens et services essentiels dans le but. L'administration recommande d'y renoncer.
- L'abaissement des seuils sectoriels pour les réseaux de distribution d'électricité, les centrales de production d'électricité et les distributeurs d'eau (proposition 08, proposition 19 et proposition 21), combiné au seuil *de minimis*, a pour conséquence que, dans ces domaines, l'acquisition d'une partie des entreprises n'est pas soumise à approbation (voir ch. 2). Une proposition de modification alternative est présentée.
- Pour ce qui est de la proposition 20, il serait indiqué de préciser qu'il s'agit d'entreprises qui possèdent des sources d'eau *en Suisse* (voir ch. 8).
- Quant à la proposition 01, quelques modifications formelles s'imposent (voir ch. 9).

Table des matières

Synthèse.....	2
1. Remarques préliminaires	6
1.1. Contenu du rapport	6
1.2. Définition du champ d'application	6
2. Rapport entre le seuil de <i>minimis</i> et les seuils sectoriels prévus à l'art. 3, al. 1, P-LEIE.....	7
2.1. Introduction	7
2.2. Réseaux de distribution d'électricité	8
2.3. Centrales de production d'électricité.....	8
2.4. Distributeurs d'eau	8
2.5. Conclusion et option de modification alternative	8
2.6. Recommandation de l'administration.....	10
3. Conséquences des modifications du champ d'application sur le volume des opérations à examiner.....	10
3.1. Extension aux investisseurs privés et abaissement des seuils sectoriels	10
3.2. Proposition 15 : des conséquences difficiles à chiffrer.....	11
4. Modalités possibles d'un préavis contraignant.....	11
4.1. Teneur.....	11
4.2. Commentaire.....	12
4.3. Évaluation	13
5. Proposition 15 : conséquences de l'ajout de « en particulier »	14
5.1. Remarque préliminaire : fonctionnement de l'art. 3 P-LEIE et relation avec les art. 6 et 12 P-LEIE.....	14
5.2. Teneur de la proposition.....	14
5.3. Conséquence	14
5.4. Recommandation de l'administration.....	16
6. Proposition 22 : compatibilité avec le droit international de l'exigence de la réciprocité comme critère de l'exemption	16
6.1. Teneur de la proposition.....	16
6.2. Examen de la compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse...	16
6.3. Recommandation de l'administration.....	17
7. Propositions 02 et 05 : proposition de modification formelle et examen de la compatibilité avec le droit international de la mention explicite de l'approvisionnement en biens et services essentiels	17
7.1. Teneur des propositions	17
7.2. Proposition de modification formelle	17
7.3. Examen de la compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse...	18
7.4. Recommandation de l'administration.....	19

8.	Proposition 20 : relation avec la LFAIE (lex Koller) et proposition de modification	19
8.1.	Teneur de la proposition.....	19
8.2.	Relation avec la LFAIE (lex Koller)	19
8.3.	Conséquences de l'ajout	20
8.4.	Recommandation de l'administration.....	20
9.	Proposition 01 : proposition de modifications formelles.....	21
9.1.	Teneur de la proposition.....	21
9.2.	Proposition de modifications formelles	21
10.	Annexe A : estimation du nombre d'aménagements hydroélectriques dépassant le seuil <i>de minimis</i>	23
11.	Annexe B : propositions 01, 02, 05, 08, 15, 19, 20, 21 et 22	25

1. Remarques préliminaires

1.1. Contenu du rapport

Le présent rapport a été rédigé à la demande de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N). Lors de la discussion par article du projet de loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers (P-LEIE)¹, le 23 avril 2024, plusieurs questions se sont posées quant à l'impact des seuils prévus à l'art. 3, al. 1, P-LEIE et à leur interaction (voir ch. 2). L'administration a par ailleurs été chargée d'estimer les conséquences sur le nombre d'acquisitions à examiner résultant de la décision d'étendre le champ d'application de la loi (voir ch. 3). La commission lui a en outre demandé d'élaborer une proposition de formulation concrète d'un article introduisant un préavis contraignant (voir ch. 4). Enfin, le présent rapport attire également l'attention de la commission sur les importantes conséquences de certaines modifications qui résulteraient de l'adoption de plusieurs propositions et propose quelques modifications formelles (voir ch. 5 à 9).

1.2. Définition du champ d'application

La Suisse doit une part importante de sa prospérité à sa politique d'ouverture au commerce et aux investissements. Cette ouverture de la place économique suisse est aussi une condition essentielle de la résilience de l'économie et de la sécurité de l'approvisionnement. Elle permet en effet une diversification aussi large que possible des chaînes d'approvisionnement tout en favorisant les investissements dans des sites de production en Suisse, lesquels contribuent à leur tour à cette diversification et à l'approvisionnement de la population en biens et services. Des études scientifiques ont démontré que l'introduction d'un examen des investissements freinait considérablement les investissements étrangers². Cet effet ne tient pas aux seules éventuelles interdictions d'acquisitions : il résulte bien davantage du net accroissement de la charge administrative pesant sur les entreprises concernées et de l'allongement du temps nécessaire à la réalisation de l'investissement envisagé. L'introduction d'un tel examen peut ainsi induire un recul des investissements étrangers dans les secteurs concernés pouvant aller jusqu'à 16 %. En Suisse, l'examen des investissements pourrait aussi nuire à la sécurité de l'approvisionnement.

Fort de ce constat scientifique, c'est donc à dessein que le Conseil fédéral a limité le champ d'application de l'examen des investissements et élaboré un projet de loi à la fois efficace et aussi ciblé que possible. En conséquence, ce projet prévoit de limiter l'examen des investissements aux cas dans lesquels on peut effectivement entrevoir un risque d'ampleur nationale. Le champ d'application a aussi été clairement délimité de manière à réduire autant que possible l'insécurité juridique pour les entreprises suisses comme pour les investisseurs étrangers. Ces mesures permettent de contenir l'impact négatif avéré d'un examen des investissements sur l'activité d'investissement. Une grande importance a par ailleurs été accordée à la compatibilité de cet examen avec les obligations internationales de la Suisse, à défaut de quoi, la Suisse se mettrait en porte-à-faux sur la scène internationale.

¹ FF 2024 125

² Voir p. ex. Vera Z. Eichenauer et Feicheng Wang (2024) : Mild Deglobalization : Foreign Investment Screening and Cross-Border Investment. Kiel Working Paper N° 2265, mars 2024 (disponible sur <https://www.ifw-kiel.de/de/publikationen/mild-deglobalization-foreign-investment-screening-and-cross-border-investment-32641/>), ou David Godsell, Ugur Lel et Darius Miller (2023) : U.S. national security and de-globalization. Journal of International Business Studies (2023) 54, 1471-1494 (disponible sur <https://link.springer.com/article/10.1057/s41267-023-00621-2>).

Pour ce qui est de la définition du champ d'application, il faut aussi tenir compte du fait que le large contrôle de l'État sur les infrastructures critiques, en particulier, offre d'ores et déjà une protection solide contre les menaces pesant sur l'ordre ou la sécurité publics de la Suisse. À ce jour, nous n'avons connaissance d'aucune acquisition qui aurait représenté une menace de cette nature par le passé, ce que l'analyse d'impact de la réglementation a également confirmé.

2. Rapport entre le seuil de *minimis* et les seuils sectoriels prévus à l'art. 3, al. 1, P-LEIE

2.1. Introduction

L'art. 3, al. 1, P-LEIE prévoit un seuil de *minimis*, en vertu duquel le régime de l'approbation s'applique uniquement à l'acquisition d'entreprises suisses qui, au cours des deux exercices précédant le dépôt de la demande d'approbation, comptaient en moyenne au moins 50 postes à plein temps à l'échelle mondiale ou ont réalisé en moyenne un chiffre d'affaires annuel mondial d'au moins 10 millions de francs. Cette disposition définit en outre aux lettres a à f les domaines auxquels s'appliquent des seuils supplémentaires qui leur sont propres.

Le seuil de *minimis* reflète la volonté de ne pas faire peser une charge administrative inutile sur les investissements dans de petites entreprises, indépendamment d'éventuels seuils sectoriels supplémentaires. Afin d'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. Pour les start-up, la question du financement revêt d'ailleurs une importance capitale, et les investisseurs étrangers jouent souvent un rôle essentiel à cet égard³. De plus, l'examen des investissements vise à écarter les menaces susceptibles d'affecter le pays dans son ensemble. C'est pourquoi seules les entreprises d'importance nationale doivent être concernées. Enfin, cette disposition permet d'éviter que l'autorité en charge de l'examen des investissements ne soit débordée par des cas d'importance mineure, ce qui nuirait à la mise en œuvre effective de l'examen des investissements.

Pour que le régime de l'approbation s'applique, le seuil de *minimis* et le seuil sectoriel doivent être dépassés de manière cumulative. Par conséquent, lorsqu'une entreprise nationale se situe au-dessous de l'un des deux seuils, son acquisition n'est pas soumise à approbation :

Cas de figure	L'entreprise dépasse le seuil de <i>minimis</i>	L'entreprise dépasse le seuil sectoriel	Acquisition soumise à approbation
N° 1	oui	oui	oui
N° 2	non	oui	non
N° 3	oui	non	non

Le 23 avril 2024, la CER-N a décidé d'apporter à l'art. 3, al. 1, P-LEIE trois modifications relatives aux seuils sectoriels :

- Réseaux de distribution d'électricité : abandon du seuil sectoriel (art. 3, al. 1, let. b, P-LEIE ; **proposition 08**)
- Centrales de production d'électricité : abaissement du seuil sectoriel à 60 MW de puissance (art. 3, al. 1, let. c, P-LEIE ; **proposition 19**)
- Distributeurs d'eau : abaissement du seuil sectoriel à 10 000 habitants (art. 3, al. 1, let. e, P-LEIE ; **proposition 21**)

³ Voir le rapport « Jeunes entreprises à forte croissance en Suisse » du 29 mars 2017 donnant suite au postulat 13.4237 Derder (disponible sur www.parlament.ch > 13.4237 > Rapport en réponse à l'intervention).

Les paragraphes qui suivent consistent à analyser si des entreprises de ces trois domaines entrent dans le deuxième cas de figure du fait des modifications apportées aux seuils sectoriels.

2.2. Réseaux de distribution d'électricité

La Suisse compte plus de 600 opérateurs aux différents niveaux du réseau d'électricité. Le réseau national de transport d'électricité est géré par Swissgrid, tandis que les réseaux des niveaux inférieurs sont exploités par les autres gestionnaires de réseau. Les données statistiques relatives aux chiffres d'affaires ou aux effectifs de ces opérateurs manquent, mais ces derniers publient parfois des informations à ce sujet dans leurs rapports annuels. Il en ressort qu'il existe des gestionnaires de toute taille, dont certains affichent un chiffre d'affaires inférieur à 10 millions de francs et moins de 50 postes à temps plein, ce qui les situe au-dessous du seuil *de minimis*. En l'absence de données statistiques, il n'est toutefois pas possible de dire combien d'entre eux sont dans ce cas de figure.

2.3. Centrales de production d'électricité

Il est difficile, sur la base des données disponibles, d'estimer le nombre de centrales d'une puissance d'au moins 60 MW qui dépassent le seuil *de minimis*. Les détails de l'estimation effectuée ici figurent au ch. 10.

Outre ses quatre centrales nucléaires, la Suisse compte 73 installations hydroélectriques d'une puissance d'au moins 60 MW. Parmi elles, 46 ont une puissance d'au moins 100 MW et 27, une puissance égale ou supérieure à 60 MW, mais inférieure à 100 MW.

Avec un seuil à 100 MW, les 46 installations hydroélectriques d'une puissance d'au moins 100 MW seraient soumises à approbation.

En revanche, avec un seuil à 60 MW, certaines installations se situent en dessous du seuil *de minimis*. Sur la base des calculs et des estimations effectués, on peut considérer que sur les 27 installations d'une puissance égale ou supérieure à 60 MW et de moins de 100 MW, une quinzaine dépassent le seuil *de minimis* (premier cas de figure) et une douzaine se situent en dessous de ce seuil (deuxième cas de figure).

À cela s'ajoutent les quatre centrales nucléaires qui dépassent également le seuil *de minimis*.

2.4. Distributeurs d'eau

Selon une extrapolation de l'Association pour l'eau, le gaz et la chaleur (SSIGE), quelque 178 entreprises approvisionnent en eau au moins 10 000 habitants (état 2020), parmi lesquelles 168 approvisionnent entre 10 000 et 49 999 habitants, 4 entre 50 000 et 99 000 habitants et 6 au moins 100 000 habitants. Ces 178 entreprises couvrent environ 50 % de la distribution annuelle totale d'eau.

Les données statistiques relatives aux chiffres d'affaires ou aux effectifs des distributeurs d'eau manquent, mais ces derniers publient parfois des informations à ce sujet dans leurs rapports annuels. Il en ressort que seuls les grands distributeurs dépassent le seuil *de minimis*. Ceux qui approvisionnent environ 50 000 habitants sont déjà bien en dessous du seuil *de minimis*.

On peut donc considérer qu'abaisser le seuil sectoriel à 10 000 habitants n'aura guère d'effet sur le champ d'application dès lors que les distributeurs sont également soumis au seuil *de minimis*.

2.5. Conclusion et option de modification alternative

Il résulte des modifications décidées par la CER-N concernant les seuils sectoriels à appliquer aux réseaux de distribution d'électricité, aux centrales de production d'électricité et aux distributeurs d'eau que dans ces trois domaines, des entreprises dépassent le seuil sectoriel, mais pas le seuil *de minimis*. L'acquisition de telles entreprises n'est par conséquent pas soumise à approbation (deuxième cas de figure).

Si l'on entend que le régime de l'approbation s'applique à l'acquisition de toute entreprise dépassant le seuil sectoriel, indépendamment du seuil *de minimis*, l'art. 3 P-LEIE pourrait être modifié de la manière suivante :

¹ Les acquisitions des entreprises suisses suivantes par un investisseur étatique étranger doivent être approuvées avant leur réalisation :

- a. les entreprises qui exploitent ou contrôlent le réseau suisse de transport d'électricité ou des réseaux de distribution de niveau de réseau 3 ou inférieur ;
- b. les entreprises qui exploitent ou contrôlent en Suisse des centrales de production d'électricité d'une puissance d'au moins 60 MW ;
- c. les entreprises qui exploitent ou contrôlent en Suisse des gazoducs à haute pression ;
- d. les entreprises qui approvisionnent en eau plus de 10 000 habitants en Suisse.

¹² Les acquisitions des entreprises suisses suivantes par un investisseur étatique étranger doivent être approuvées avant leur réalisation, pour autant que ces entreprises aient compté au moins 50 postes à plein temps à l'échelle mondiale ou réalisé un chiffre d'affaires annuel mondial d'au moins 10 millions de francs en moyenne au cours des deux exercices précédant le dépôt de la demande :

- a. les entreprises qui fabriquent des biens ou transfèrent des biens immatériels :
 - 1. qui ont une importance décisive pour la capacité opérationnelle de l'armée suisse, d'autres institutions fédérales chargées de la sécurité de l'État ou de programmes spatiaux auxquels la Suisse participe en vertu d'accords internationaux, et
 - 2. dont l'exportation ou le transfert à l'étranger est soumis à autorisation en vertu de la loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre⁴ ou de la loi du 13 décembre 1996 sur le contrôle des biens⁵ ;
- ~~b. les entreprises qui exploitent ou contrôlent le réseau suisse de transport d'électricité ou des réseaux de distribution de niveau de réseau 3 ou inférieur, si la quantité d'électricité annuelle écoulée via ces réseaux de distribution est d'au moins 450 GWh ;~~
- ~~c. les entreprises qui exploitent ou contrôlent en Suisse des centrales de production d'électricité d'une puissance d'au moins 100 MW ;~~
- ~~d. les entreprises qui exploitent ou contrôlent en Suisse des gazoducs à haute pression ;~~
- ~~e. les entreprises qui approvisionnent en eau plus de 100 000 habitants en Suisse ;~~
- fb. les entreprises qui fournissent aux autorités suisses des systèmes ou services informatiques clés liés à la sécurité.

Les alinéas 2, 3 et 4 actuels deviendraient alors les alinéas 3, 4 et 5.

Il résulterait de cette modification que le seuil *de minimis* ne s'appliquerait plus aux domaines soumis à un seuil sectoriel (distribution et production d'électricité, approvisionnement en eau). Les entreprises qui exploitent ou contrôlent en Suisse des gazoducs à haute pression ne seraient plus non plus concernées par le seuil *de minimis*. Le domaine est clairement spécifié (gazoducs à haute pression) et les entreprises visées sont les mêmes, que le seuil *de minimis* soit appliqué ou non. Pour des raisons de cohérence, il est indiqué de déplacer la mention des

⁴ RS 514.51

⁵ RS 946.202

gazoducs à haute pression dans le nouvel alinéa 1, de manière à réglementer l'ensemble du secteur de l'énergie dans le même alinéa.

Les explications concernant les entreprises qui possèdent des sources d'eau figurent au ch. 8.

2.6. Recommandation de l'administration

Les infrastructures des domaines de la production et de la distribution d'énergie et d'eau sont le plus souvent en mains cantonales et communales. Dans la majorité des cas, les cantons et les communes exercent donc un contrôle sur la vente à des investisseurs étrangers. La proposition du Conseil fédéral avait pour but de réserver l'examen des investissements à l'acquisition d'entreprises d'importance nationale. Les modifications décidées par la CER-N le 23 avril 2024 ou l'option de modification alternative présentée ci-dessus ont pour effet d'étendre le champ d'application à des infrastructures d'importance régionale ou locale. L'administration considère toutefois que cette mesure empiète exagérément sur l'autonomie des cantons et des communes. Elle est donc défavorable à l'abandon du seuil *de minimis* comme à la réduction des seuils sectoriels proposés par le Conseil fédéral dans son projet de loi.

3. Conséquences des modifications du champ d'application sur le volume des opérations à examiner

3.1. Extension aux investisseurs privés et abaissement des seuils sectoriels

Le 23 avril 2024, la CER-N a décidé de plusieurs modifications qui ont des répercussions sur le champ d'application du projet de loi. Il s'agit d'analyser ci-après leur impact sur le nombre d'acquisitions à examiner (= le nombre de demandes visées à l'art. 6 P-LEIE). Les chiffres proviennent de l'analyse d'impact de la réglementation approfondie⁶ (ci-après AIR relative au P-LEIE) commandée par le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) ainsi que d'autres éclaircissements apportés par le mandataire de l'AIR (BSS Volkswirtschaftliche Beratung). Ils reposent sur un ensemble de données couvrant les années 2016 à 2020.

Il ressort de l'AIR relative au P-LEIE que dans le cadre du projet du Conseil fédéral, le nombre de demandes annuelles serait vraisemblablement nettement inférieur à 10. L'extension du champ d'application aux investisseurs privés – telle que prévue par la **proposition 01** – porterait le nombre de demandes à environ 35 par an⁷. Cette extension à tous les investisseurs entraîne donc grosso modo une multiplication par dix du nombre de demandes, avec à la clé une forte hausse des coûts de la réglementation (incertitude accrue et charge administrative supplémentaire pour les entreprises suisses et les investisseurs étrangers ; coûts d'exécution). Le nombre d'équivalents plein temps nécessaires à la réalisation de ces examens devrait passer de deux à environ sept.

L'abaissement des seuils sectoriels applicables aux réseaux de distribution d'électricité (art. 3, al. 1, let. b, P-LEIE ; **proposition 08**), aux centrales de production d'électricité (art. 3, al. 1, let. c, P-LEIE ; **proposition 19**) et aux distributeurs d'eau (art. 3, al. 1, let. e, P-LEIE ; **proposition 21**) n'aura vraisemblablement guère d'influence sur le nombre de demandes. Ces infrastructures sont la plupart du temps en mains publiques (cantons, communes), et leurs propriétaires n'ont en principe pas l'intention de les vendre. L'estimation de l'impact sur le nombre de demandes ne serait donc guère différente si l'on renonçait au seuil *de minimis* pour ces infrastructures (voir aussi le ch. 2).

⁶ Disponible sur www.seco.admin.ch > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies.

⁷ Voir message du 15 décembre 2023 relatif à la loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers (FF 2024 124, p. 12 s.).

La méthode utilisée pour déterminer le nombre de demandes atteint toutefois ses limites lorsque l'ordre de grandeur est inférieur à dix ainsi qu'en cas d'analyse désagrégée, raison pour laquelle la prudence est de mise quant à cette estimation. Le SECO estime qu'avec les modifications évoquées ci-dessus, le nombre de demandes s'établirait autour de 30 à 40 par an.

3.2. Proposition 15 : des conséquences difficiles à chiffrer

En adoptant la **proposition 15**, la CER-N a décidé d'ajouter « en particulier » aux al. 1 et 2 de l'art. 3 P-LEIE. Sous cette forme, la disposition ne réglemente plus de manière exhaustive les acquisitions soumises à approbation, ce dont il résulte une grave insécurité juridique pour les investisseurs et pour les entreprises suisses (voir ch. 5). En l'état actuel des choses, il n'est pas possible d'estimer l'impact de cette modification sur le nombre de demandes et de cas à examiner.

Au-delà des conséquences de cette modification sur le nombre d'acquisitions à examiner, il faut en outre tenir compte de ses répercussions sur le nombre de clarifications préalables de l'obligation de déposer une demande d'approbation (art. 5 P-LEIE). Dans le cadre d'une telle clarification, le SECO sera par exemple appelé à évaluer à titre indicatif si une entreprise suisse relève de l'un des domaines énumérés à l'art. 3, al. 1 et 2, P-LEIE.

La charge que représentera la clarification préalable est difficile à estimer. Le message relatif à la loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers indique un chiffre approximatif obtenu sur la base du scénario maximal calculé dans l'AIR relative au P-LEIE⁸. Dans ce scénario, le nombre d'acquisitions à examiner chaque année, qui n'est limité que par le seuil *de minimis*, est estimé à quelque 280. À supposer que 10 % de ces acquisitions présentent des incertitudes ou appellent une clarification du champ d'application de la loi, une trentaine de clarifications préalables devraient être effectuées chaque année. Comme la LEIE est une nouvelle loi, il faut par ailleurs s'attendre à un recours plus fréquent à la clarification préalable au cours des premières années.

L'ajout de l'expression « en particulier » devrait entraîner une très forte augmentation du nombre de clarifications préalables, car il en résulte une détérioration significative de la sécurité juridique par rapport au projet du Conseil fédéral. Il n'est pas exclu qu'il induise un doublement ou un triplement du nombre de clarifications préalables. Les coûts liés à l'exécution de la loi augmenteraient alors de manière substantielle, dans la mesure où cela exigerait des ressources humaines supplémentaires. À l'extrême, l'autorité compétente pourrait se retrouver temporairement débordée (voir ch. 5).

4. Modalités possibles d'un préavis contraignant

La CER-N a chargé l'administration de rédiger une proposition de formulation visant à inclure dans la LEIE la possibilité de solliciter un préavis contraignant de l'autorité compétente (*ruling*). Cet instrument est notamment connu dans le domaine fiscal.

Il s'agit ci-après de présenter une proposition concrète en la matière et de l'évaluer.

4.1. Teneur

Compte tenu de la structure de la loi, c'est à la section 3 (Procédure d'approbation) qu'il conviendrait d'inscrire le préavis contraignant. C'est là que se trouve l'art. 5 P-LEIE prévoyant une clarification préalable indicative quant à l'obligation de déposer une demande d'approbation. Celle-ci pourrait être convertie en un préavis contraignant dans cet article qui se présenterait ainsi :

⁸ Voir message relatif à la loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers, p. 63.

Art. 5 *Préavis*

¹ *Une entreprise suisse peut demander au Secrétariat d'État à l'économie (SECO) un préavis contraignant indiquant si son acquisition est soumise à approbation.*

² *En règle générale, le SECO rend sa décision dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande complète.*

³ *Le préavis est valable 12 mois. Sur demande, il peut être prolongé une fois pour une durée de 12 mois.*

⁴ *L'entreprise suisse est tenue d'annoncer au SECO tout changement important, notamment s'il porte sur son domaine d'activité ou sa taille.*

⁵ *Le SECO peut révoquer le préavis en cas de changement important, de non-respect de l'obligation d'annoncer ou s'il a été délivré sur la base de fausses indications.*

⁶ *Le Conseil fédéral définit les documents à fournir avec la demande.*

4.2. Commentaire

Al. 1

Le préavis est destiné en premier lieu aux entreprises suisses qui envisagent de vendre sans avoir encore d'acheteur défini. Une telle entreprise ayant reçu un préavis positif pourrait ainsi signaler dans une procédure d'appel d'offres que l'acquisition ne sera pas soumise à l'examen de l'investissement, quel que soit l'investisseur.

Pour obtenir un tel préavis, une entreprise suisse peut demander au SECO si son acquisition est soumise à approbation. Un préavis positif indiquerait donc qu'une future acquisition de cette entreprise n'aura pas à être approuvée. Il en résulte pour l'entreprise concernée une sécurité juridique, dans la mesure où, en cas d'acquisition, le SECO ne devrait en principe plus être amené à ouvrir d'office une procédure d'approbation (voir art. 12 P-LEIE), sauf par exemple si de fausses indications ont été fournies à l'appui de la demande. À l'instar de la clarification préalable indicative, le préavis serait donné moyennant un émolument couvrant les coûts.

Al. 2

Cet alinéa précise le délai dans lequel le SECO doit en principe rendre sa décision. Il s'agit d'un délai indicatif dont la durée est à dessein un peu plus longue que celle de l'examen d'une demande d'approbation (voir art. 7 P-LEIE). Ce délai peut au besoin être prolongé de manière appropriée. Lorsqu'une opération d'acquisition concrète est en vue – autrement dit si l'investisseur est connu et qu'un contrat a par exemple déjà été conclu – il y a lieu de déposer une demande d'approbation visée à l'art. 6 P-LEIE. Le délai plus court prévu pour l'examen d'une demande constitue donc une incitation à déposer directement une demande d'approbation.

Par ailleurs, on peut s'attendre à ce que les entreprises suisses envisageant de vendre fassent un large usage du préavis contraignant. Dans le cas de la clarification préalable indicative, il faudrait probablement déjà compter avec une trentaine de demandes par an (voir le message relatif à la loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers, ch. 6.1). Mais si la clarification indicative est remplacée par le préavis contraignant, qui offre une plus grande sécurité juridique aux entreprises, il faut s'attendre à une augmentation substantielle du nombre de demandes. Pour que le SECO soit en mesure d'absorber les pics de charge, il est par conséquent judicieux qu'il dispose d'un peu plus de temps et puisse au besoin gérer le délai avec souplesse.

Al. 3

La validité du préavis doit être limitée dans le temps. Comme indiqué plus haut, le préavis est destiné en premier lieu aux entreprises suisses qui envisagent de vendre sans avoir encore d'acheteur défini. Limiter la validité du préavis permet d'éviter que les entreprises suisses ne déposent de demandes sans réelle nécessité, ce qui entraînerait un volume de travail inutile pour l'autorité qui, à l'extrême, pourrait se retrouver débordée.

Al. 4

Comme le prévoit l'al. 3, la validité du préavis contraignant peut aller jusqu'à 24 mois. On ne saurait dès lors exclure que l'entreprise suisse pour laquelle un préavis a été délivré connaisse dans l'intervalle un changement important dans les éléments fondant la décision, et que ce changement soit susceptible de conduire à une appréciation différente des faits. C'est pourquoi l'al. 4 prévoit une obligation d'annoncer : si un tel changement est intervenu, et en particulier si celui-ci porte sur son domaine d'activité ou sa taille, l'entreprise doit en informer le SECO.

Al. 5

Le SECO doit pouvoir révoquer le préavis dans les trois cas suivants : premièrement, lorsqu'un changement important est intervenu au sein de l'entreprise suisse ; deuxièmement, lorsque l'obligation d'annoncer n'a pas été respectée ; et troisièmement, lorsque le préavis a été délivré sur la base de fausses indications.

Al. 6

Par analogie avec l'art. 6, al. 2, P-LEIE, cet alinéa charge le Conseil fédéral de définir de manière exhaustive, au niveau de l'ordonnance, les documents qui doivent être fournis au SECO avec la demande visée à l'al. 1. On pense ici en particulier aux informations relatives à l'activité commerciale de l'entreprise suisse.

4.3. Évaluation

Du point de vue des entreprises suisses potentiellement concernées par l'examen des investissements, un préavis contraignant est précieux par la sécurité juridique qu'il génère. Elles peuvent dès lors agir fortes de la certitude qu'une future acquisition ne sera pas soumise à la loi sur l'examen des investissements étrangers.

Il faut toutefois veiller à ce que le préavis soit conçu de manière à ne pas produire d'incitations malvenues. Il ne devrait notamment pas être possible de déposer de demande sans réelle nécessité. De plus, dans le cas d'une acquisition concrète, la procédure visée à l'art. 6 ss. P-LEIE s'impose.

Dans le cadre de la mise en œuvre d'un préavis contraignant, il convient en outre de tenir compte de la **proposition 15** (voir ch. 5). Par l'adoption de cette proposition, la CER-N a décidé d'ajouter « en particulier » aux al. 1 et 2 de l'art. 3 P-LEIE. En conséquence, le champ d'application matériel de la disposition – l'énumération des acquisitions soumises à approbation – n'est plus exhaustif, et il en résulte une grave insécurité juridique pour les entreprises suisses et pour les investisseurs. Si l'ajout de l'expression « en particulier » est maintenu, il faudra s'attendre à une très forte hausse du nombre de demandes de préavis contraignant. Celui-ci pourrait même dépasser largement la centaine. Les coûts liés à l'exécution de la loi augmenteraient alors de manière substantielle, dans la mesure où cela exigerait des ressources humaines supplémentaires. À l'extrême, l'autorité compétente pourrait se retrouver temporairement débordée.

5. Proposition 15 : conséquences de l'ajout de « en particulier »

5.1. Remarque préliminaire : fonctionnement de l'art. 3 P-LEIE et relation avec les art. 6 et 12 P-LEIE

L'art. 3 P-LEIE doit être considéré en relation avec les dispositions des art. 6 et 12 P-LEIE :

- L'art. 3 P-LEIE énumère de manière exhaustive les entreprises dont l'acquisition est soumise à approbation.
- L'art. 6 P-LEIE précise ensuite que l'investisseur *doit* déposer une demande pour toute acquisition soumise à approbation, et ce avant sa réalisation.
- Enfin, l'art. 12 P-LEIE prévoit qu'en cas de soupçon de non-respect ou de violation de l'obligation de déposer une demande d'approbation, le SECO ouvre d'office une procédure d'approbation. Il s'agit là aussi d'une disposition impérative. Le SECO doit donc ouvrir une procédure d'approbation dès qu'il existe un indice concret que l'investisseur n'a pas respecté l'obligation de déposer une demande d'approbation ou ne l'a pas fait de la manière requise.

Afin de garantir la sécurité juridique et pour que l'interaction entre ces trois articles soit fonctionnelle, leur teneur devrait faire ressortir aussi clairement que possible pour les acteurs concernés quelles acquisitions sont soumises à approbation. Pour cela, les acquisitions qui doivent être approuvées doivent être définies de manière exhaustive. En effet, l'investisseur ne peut respecter à la lettre l'art. 6 P-LEIE que s'il peut faire clairement la différence entre ce qui est soumis à approbation et ce qui ne l'est pas.

L'art. 3, al. 3, P-LEIE introduit toutefois une certaine flexibilité quant aux acquisitions qui doivent être approuvées. Cette disposition prévoit la possibilité pour le Conseil fédéral de soumettre à approbation d'autres catégories d'entreprises suisses pour une durée limitée, si la garantie de l'ordre ou de la sécurité publics l'exige. La pérennisation du régime de l'approbation pour ces catégories exigerait une modification de la loi. Le Parlement garderait ainsi la compétence de déterminer les acquisitions soumises durablement à approbation. Mais en définitive, à un moment donné, on peut néanmoins considérer que la liste des acquisitions soumises à approbation est exhaustive et que la sécurité juridique est garantie pour toutes les parties concernées.

5.2. Teneur de la proposition

La **proposition 15** demande que l'art. 3P-LEIE soit modifié ainsi :

Art. 3, al. 1 : En particulier les acquisitions des entreprises suisses suivantes...

Art. 3, al. 2 : En particulier les acquisitions des entreprises suisses suivantes...

Art. 3, al. 3 : Le Conseil fédéral peut soumettre à approbation d'autres catégories d'entreprises suisses ~~pour une durée maximale de 12 mois si la garantie de l'ordre ou de la sécurité publics l'exige. Il peut prolonger ce délai de 12 mois maximum.~~

La majorité de la commission était opposée à l'adoption de la deuxième partie de cette proposition, à savoir la modification de l'art. 3, al. 3, P-LEIE.

5.3. Conséquence

Comme indiqué au ch. 5.1, l'art. 6 P-LEIE dispose que l'investisseur est tenu de déposer une demande avant la réalisation d'une acquisition soumise à approbation. S'il ne respecte pas cette obligation, il s'expose à des mesures ou des sanctions administratives (voir art. 19 et 20 P-LEIE). Avec l'ajout de l'expression « en particulier » aux al. 1 et 2 de l'art. 3 P-LEIE, la norme ne détermine toutefois plus de manière exhaustive les acquisitions soumises à approbation, ce qui entraîne les problèmes suivants.

Premièrement, une énumération non exhaustive des acquisitions soumises à approbation entraîne une grave insécurité juridique pour les investisseurs et les entreprises suisses. Exemple : un investisseur souhaite acquérir une entreprise de torréfaction de café. Avec le projet de loi

actuel de la CER-N, il ne sait toutefois pas s'il doit déposer une demande d'approbation, car celui-ci n'indique pas clairement si cette acquisition doit faire l'objet d'une telle demande. Le café est en outre considéré comme un bien vital soumis au stockage obligatoire, en application de l'ordonnance du 10 mai 2017 sur le stockage obligatoire d'aliments et de fourrages⁹. L'expression « en particulier » introduit donc, pour ce qui est des secteurs concernés, une incertitude quant au champ d'application de la loi. De plus, l'ajout de « en particulier » pourrait aussi susciter le trouble dans l'interprétation des seuils *de minimis* et des seuils sectoriels : on ne saurait plus s'il s'agit de valeurs précises ou d'un cadre approximatif.

Deuxièmement, la procédure d'office visée à l'art. 12 P-LEIE prend beaucoup plus d'importance que prévu initialement. Si la liste des acquisitions soumises à approbation n'est plus exhaustive, il revient au SECO, dans le cas d'une acquisition n'y figurant pas, de décider si une procédure d'approbation doit être ouverte d'office ou non. Cela lui donne un important pouvoir d'appréciation quant à la détermination de ce qui est soumis à approbation et ce qui ne l'est pas. C'est donc à lui qu'il incombera de déterminer, par l'application pratique qu'il fera de l'art. 12 P-LEIE, si d'autres catégories d'entreprises suisses que celles énumérées à l'art. 3, al. 1 et 2, P-LEIE sont soumises à approbation. Mais il faudra dans ce cas examiner systématiquement toute acquisition, quel que soit le domaine concerné, susceptible de menacer ou de compromettre l'ordre ou la sécurité publics ou la sécurité d'approvisionnement de la Suisse. Cependant, le champ d'application n'étant pas défini de manière exhaustive, le SECO n'aura pas la partie facile pour déterminer avec certitude s'il est face à un cas de non-respect ou de violation de l'obligation d'approbation relevant de l'art. 12 P-LEIE.

Troisièmement, le fait que le champ d'application ne soit pas défini de manière exhaustive est également très problématique au regard du principe de la légalité qui découle de la Constitution (art. 5, al. 1, art. 36, al. 1, et art. 164 Cst.). En effet, le non-respect ou la violation de l'obligation de déposer une demande d'approbation entraîne des mesures et des sanctions administratives. Cependant, compte tenu du manque de précision de l'énoncé et de l'insécurité juridique qui en résulte, les acteurs concernés ne peuvent pas suffisamment anticiper les conséquences de leurs actes.

Quatrièmement, la norme de délégation prévue à l'art. 3, al. 3, P-LEIE n'a plus guère de sens. Il n'y a plus beaucoup d'intérêt à ce que le Conseil fédéral soumette à approbation d'autres catégories d'entreprises suisses pour une durée limitée si la garantie de l'ordre ou de la sécurité publics l'exige, dans la mesure où le SECO peut arriver au même résultat en modifiant sa pratique d'application, et ce même sans limitation dans le temps. Aucune modification de la loi n'est dès lors nécessaire pour soumettre durablement ces catégories à l'obligation d'approbation. Par conséquent, en ajoutant « en particulier », le Parlement transfère de facto au SECO la compétence de déterminer les acquisitions durablement soumises à approbation.

Cinquièmement, les coûts liés à l'exécution de la loi seront nettement plus élevés. En effet, compte tenu de l'affaiblissement considérable de la sécurité juridique par rapport au projet du Conseil fédéral, il faut s'attendre à une très forte hausse du nombre de clarifications préalables en application de l'art. 5 P-LEIE (voir ch. 3). Et si c'est le préavis contraignant qui est mis en œuvre (voir ch. 4), il faut s'attendre à une hausse encore plus forte du nombre de demandes. À l'extrême, l'autorité compétente pourrait se retrouver temporairement débordée par les demandes, ce qui entamerait sa capacité à assurer un examen des investissements en bonne et due forme.

⁹ RS 531.215.11

5.4. Recommandation de l'administration

Compte tenu des problèmes présentés au ch. 5.3, l'administration recommande expressément de ne pas ajouter « en particulier » à l'art. 3, al. 1 et 2, P-LEIE (première partie de la **proposition 15**).

Si une certaine souplesse quant à la liste des acquisitions soumises à approbation est néanmoins souhaitée, la deuxième partie de la **proposition 15** permet d'atteindre cet objectif. L'art. 3, al. 3, P-LEIE pourrait être modifié comme suit :

³ Le Conseil fédéral peut soumettre à approbation d'autres catégories d'entreprises suisses pour une durée maximale de 12 mois si la garantie de l'ordre ou de la sécurité publics l'exige. Il peut prolonger ce délai de 12 mois au maximum.

Une telle norme de délégation permettrait au Conseil fédéral de soumettre à approbation d'autres catégories d'entreprises suisses par voie d'ordonnance, si nécessaire sans limitation dans le temps. Il résulterait de cette modification une extension du pouvoir d'appréciation du Conseil fédéral et un assouplissement permanent de la liste des acquisitions soumises à approbation. Dans ces conditions, cette liste resterait dans tous les cas exhaustive, avec à la clé la garantie de la sécurité juridique.

6. Proposition 22 : compatibilité avec le droit international de l'exigence de la réciprocité comme critère de l'exemption

6.1. Teneur de la proposition

La **proposition 22** demande que l'art. 3, al. 4, P-LEIE soit modifié ainsi :

⁴ Le Conseil fédéral peut exempter de l'approbation obligatoire les acquisitions par des investisseurs étatiques étrangers de certains États s'il existe avec ces États une coopération suffisante pour éviter que l'ordre et la sécurité publics ne soient menacés ou compromis et que ces États garantissent à la Suisse la réciprocité.

6.2. Examen de la compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Un critère lié à la réciprocité de l'exemption n'aurait pas de lien avec le maintien de l'ordre public suisse, mais refléterait des considérations d'ordre économique (faciliter l'accès des investisseurs suisses aux marchés étrangers). Il reviendrait en particulier à créer une discrimination injustifiable, car il impliquerait de traiter différemment des investisseurs de pays dans lesquels des conditions similaires existent au regard du maintien de l'ordre public suisse. Un critère de réciprocité pour l'octroi d'exemptions n'est ainsi pas compatible avec les obligations internationales de la Suisse, comme l'a démontré l'étude réalisée par le Prof. Michael Hahn¹⁰.

Pour être admissible au regard des obligations internationales de la Suisse, l'examen des investissements – qui par définition limite la possibilité pour un investisseur étranger d'effectuer un investissement ou retarde cet investissement – doit être justifié au regard des clauses d'exceptions prévues par les accords commerciaux auxquels la Suisse est partie. Il s'agit en particulier des articles XIV et XIV *bis* de l'Accord général sur le commerce des services (GATS) et des dispositions correspondantes des accords de libre-échange et de la convention de l'AELE.

¹⁰ Hahn (2023) : Avis sur des questions de droit international économique relatives aux exceptions à l'examen des investissements en faveur de certains États (en allemand, avec résumé en français, disponible sur www.seco.admin.ch > Économie extérieure et Coopération économique > Relations économiques > Investissements internationaux > Investissements étrangers > Examen des investissements).

L'art. XIV a) GATS réserve en particulier les mesures nécessaires au maintien de l'ordre public. Or, pour être justifiées au titre de cette disposition, les mesures concernées ne doivent pas être appliquées de façon à constituer un *moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent*. L'exemption de l'examen des investissements au bénéfice d'investisseurs de certains pays créerait de toute évidence une discrimination entre les investisseurs. Pour analyser si une telle discrimination peut être admissible, l'accent est mis selon les organes adjudicateurs de l'OMC sur le motif de la discrimination. La cause de la discrimination – ici la raison pour laquelle une exemption est accordée – doit notamment être en lien avec l'objectif poursuivi par la mesure. Concrètement, cela signifie ici que les critères d'exemption doivent pouvoir être conciliés avec le maintien de l'ordre public tel que concrétisé dans la LEIE.

6.3. Recommandation de l'administration

La modification de l'art. 3, al. 4, P-LEIE est contraire aux obligations internationales de la Suisse. Pour garantir la mise en œuvre conforme au droit international de cette disposition telle que modifiée, le Conseil fédéral devrait donc renoncer à accorder des exemptions, ce qui ne correspondrait pas à la volonté exprimée par la commission. L'administration recommande par conséquent de ne pas inscrire la réciprocité comme critère à l'art. 3, al. 4, P-LEIE.

Une alternative tenant compte des obligations internationales de la Suisse serait de formuler la réciprocité en tant qu'*objectif* plutôt que condition de l'exemption. L'art. 3, al. 4, P-LEIE pourrait donc être modifié comme suit :

⁴ Le Conseil fédéral peut exempter de l'approbation obligatoire les acquisitions par des investisseurs étatiques étrangers de certains États s'il existe avec ces États une coopération suffisante pour éviter que l'ordre et la sécurité publics ne soient menacés ou compromis. Une exemption réciproque est recherchée.

Le Conseil fédéral s'attacherait ainsi à obtenir une exemption de l'examen au bénéfice des investisseurs suisses de la part des pays exemptés, dans le contexte d'accords de collaboration au sens de l'art. 17, al. 4, P-LEIE ou de manière indépendante. Une telle exemption ne serait cependant pas une condition obligatoire pour l'exemption des investisseurs du pays concerné.

7. Propositions 02 et 05 : proposition de modification formelle et examen de la compatibilité avec le droit international de la mention explicite de l'approvisionnement en biens et services essentiels

7.1. Teneur des propositions

La **proposition 02** demande que l'art. 1, al. 1, P-LEIE soit modifié ainsi :

¹ La présente loi vise à empêcher les acquisitions d'entreprises suisses par des investisseurs étrangers dès lors que ces acquisitions menacent ou compromettent l'ordre ou la sécurité publics de la Suisse, ainsi que son approvisionnement en biens et services essentiels.

La **proposition 05** demande que l'art. 4, al. 1, P-LEIE soit modifié ainsi :

¹ Une acquisition est approuvée s'il n'y a pas lieu de penser qu'elle menace ou compromet l'ordre ou la sécurité publics ou l'approvisionnement en biens et services essentiels.

7.2. Proposition de modification formelle

Dans la **proposition 02**, l'approvisionnement en biens et services essentiels est introduit par « ainsi que », alors que dans la **proposition 05**, il est introduit par « ou ». Bien que cela ne fasse aucune différence matérielle quant à l'examen, il serait préférable, pour des raisons de cohérence, d'utiliser également « ou » à l'art. 1, al. 1, P-LEIE. Cela permettrait de préciser dès

l'énoncé du but de la loi que les menaces ne doivent pas être cumulatives pour qu'une acquisition ne soit pas approuvée ou qu'elle soit soumise à certaines charges ou conditions. En effet, selon la **proposition 05**, une acquisition doit pouvoir être empêchée si l'un des trois biens (ordre public, sécurité publique, sécurité d'approvisionnement) est menacé ou compromis.

Compte tenu de ce qui précède, l'administration recommande de modifier l'art. 1, al. 1, P-LEIE comme suit :

¹ La présente loi vise à empêcher les acquisitions d'entreprises suisses par des investisseurs étrangers dès lors que ces acquisitions menacent ou compromettent l'ordre ou la sécurité publics de la Suisse ou son approvisionnement en biens et services essentiels.

7.3. Examen de la compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Pour être admissible au regard des obligations internationales de la Suisse, l'examen des investissements – qui par définition limite la possibilité pour un investisseur étranger d'effectuer un investissement ou retarde cet investissement – doit être justifié au regard des clauses d'exceptions prévues par les accords commerciaux auxquels la Suisse est partie. Il s'agit en particulier des articles XIV et XIV *bis* de l'Accord général sur le commerce des services (GATS) et des dispositions correspondantes des accords de libre-échange et de la convention de l'AELE.

La formulation retenue à l'art. 1, al. 1, P-LEIE, qui se réfère à l'ordre et la sécurité publics, vise à ce que l'examen des investissements puisse être justifié au titre de ces clauses d'exceptions. L'art. XIV a) GATS réserve en particulier les mesures nécessaires au maintien de l'ordre public. Cette exception suppose qu'une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société. Dans le contexte OMC, il est reconnu que les Membres ont une marge de manœuvre pour définir et appliquer eux-mêmes le concept d'ordre public, en fonction de leurs propres systèmes et échelles de valeurs¹¹. Un panel à l'OMC a notamment jugé que la sécurité de l'approvisionnement énergétique faisait partie de l'ordre public au titre de cette exception¹². Par ailleurs, l'art. XIV *bis* al. 1, let. b) ch. 1 GATS réserve expressément les mesures se rapportant à la fourniture de services destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées.

Ainsi, la sécurité de l'approvisionnement en biens et services essentiels est déjà couverte par les notions d'ordre et de sécurité publics. Cela est reflété dans le fait que les préoccupations d'approvisionnement sont prises en compte dans la liste des acquisitions devant être approuvées (art. 3 P-LEIE) et dans la liste des critères d'approbation (art. 4 P-LEIE). L'art. 4, al. 2, let. e, P-LEIE énonce ainsi qu'il y a lieu d'examiner si les services, les produits ou les infrastructures de l'entreprise suisse peuvent être remplacés dans un délai raisonnable. L'examen des investissements contribue donc à la sécurité de l'approvisionnement sans que l'approvisionnement en biens et services essentiels soit mentionné explicitement. L'acquisition d'une infrastructure critique du domaine de l'énergie ou des télécommunications mettant en danger l'ordre ou la sécurité publics de la Suisse, par exemple, serait refusée ou approuvée sous réserve de charges ou de conditions.

Séparer dans le but de la loi le concept d'approvisionnement en biens et services essentiels des notions d'ordre et de sécurité publics éloignerait la terminologie du droit suisse de celle retenue dans les clauses pertinentes des accords commerciaux internationaux de la Suisse. Cette séparation des concepts compliquerait ainsi la défense de l'examen des investissements

¹¹ Rapport du Panel dans l'affaire *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, para. 6. 461.

¹² Rapport du Panel dans l'affaire *Union européenne et ses états membres — Certaines mesures relatives au secteur de l'énergie*, para. 7.1156.

de la Suisse au regard des exceptions relatives à l'ordre et la sécurité publics prévues par ces accords.

La modification éloignerait également la Suisse de la pratique internationale. Le cadre mis en place par l'Union européenne pour le filtrage des investissements étrangers repose en effet également sur les concepts de sécurité et d'ordre public¹³. Les questions d'approvisionnement figurent parmi les facteurs à prendre en compte dans l'examen, sous le chapeau de l'ordre et de la sécurité publics.

7.4. Recommandation de l'administration

Sans être à proprement parler contraire aux obligations internationales de la Suisse, la modification n'est pas nécessaire, rendrait la défense du mécanisme d'examen des investissements suisse le cas échéant plus complexe et éloignerait la Suisse de la pratique internationale.

L'administration recommande par conséquent de renoncer à inclure l'approvisionnement en biens et services essentiels à l'art. 1, al. 1, P-LEIE et à l'art. 4, al. 1, P-LEIE, afin de faciliter la justification de l'examen des investissements au titre des obligations internationales de la Suisse.

8. Proposition 20 : relation avec la LFAIE (lex Koller) et proposition de modification

8.1. Teneur de la proposition

La **proposition 20** demande que l'art. 3, al. 1, P-LEIE soit complété ainsi :

Art. 3, al. 1, let. h (nouveau)

h. les entreprises qui possèdent des sources d'eau.

8.2. Relation avec la LFAIE (lex Koller)

Lors des débats, la question s'est posée de savoir dans quelle mesure l'acquisition d'entreprises possédant des sources d'eau entrerait déjà dans le champ d'application de la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE, aussi appelée « lex Koller »)¹⁴. Ce point est examiné brièvement ci-après.

Selon le droit suisse, les sources d'eau sont toujours liées à un terrain. L'art. 704 du Code civil suisse¹⁵ énonce que les sources sont une partie intégrante du fonds et que la propriété n'en peut être acquise qu'avec celle du sol où elles jaillissent. Les sources ne peuvent donc être vendues que moyennant le transfert de la propriété des terrains.

Par conséquent, la LFAIE limite l'acquisition de sources d'eau par des ressortissants étrangers domiciliés à l'étranger, des sociétés ayant leur siège à l'étranger ou des sociétés en mains étrangères ayant leur siège en Suisse. Une telle acquisition est en principe soumise à autorisation, ce qui la complique, sans l'interdire.

Toutefois, afin d'encourager les investissements étrangers dans la création d'entreprises de production et de services, la LFAIE exclut expressément du régime de l'autorisation l'acquisition d'un immeuble servant durablement à l'exercice d'une activité économique. De manière

¹³ 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.

¹⁴ RS 211.412.41

¹⁵ RS 210

générale, la LFAIE ne s'oppose par conséquent pas à l'acquisition ou à l'exploitation d'une source d'eau suisse par un investisseur étranger, si le terrain sur lequel la source jaillit est utilisé en permanence à des fins économiques.

Par ailleurs, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les sources qui jaillissent sur un terrain privé et qui forment d'emblée un cours d'eau ne sont pas des sources privées au sens de l'art. 704, al. 1, du Code civil, mais des cours d'eau publics¹⁶. Aucune propriété privée ne peut être établie sur ces sources si la collectivité compétente déclare la source publique.

8.3. Conséquences de l'ajout

Sous la forme proposée, la formulation est problématique. Elle s'applique non seulement aux entreprises suisses qui possèdent des sources d'eau en Suisse, mais aussi aux entreprises suisses qui possèdent des sources d'eau à l'étranger. Cela signifie que la Suisse serait appelée à examiner les acquisitions de sources d'eau à l'étranger, ce qui est contraire au but de la loi. De plus, il est difficile de savoir combien d'acquisitions supplémentaires devraient ainsi être examinées.

C'est pourquoi les al. 1 et 2 de l'art. 3 P-LEIE précisent que les infrastructures visées sont des infrastructures *suisses* (p. ex. les entreprises qui exploitent ou contrôlent *en Suisse* des centrales de production d'électricité ou des réseaux de télécommunication). Il s'agit en effet ici d'empêcher des acquisitions menaçant ou compromettant l'ordre ou la sécurité publics ou l'approvisionnement *de la Suisse*.

8.4. Recommandation de l'administration

Compte tenu du problème relevé au ch. 8.3, l'administration recommande de modifier la **proposition 20** de la manière suivante :

Art. 3, al. 1, let. h (nouveau)

h. les entreprises qui possèdent des sources d'eau en Suisse.

Cette modification permet de ne pas examiner les acquisitions d'entreprises suisses qui possèdent des sources d'eau à l'étranger.

Si l'option de modification alternative présentée au ch. 2.5 est retenue, la mention des entreprises qui possèdent des sources d'eau en Suisse devrait être ajoutée au nouvel al. 2 de l'art. 3 P-LEIE en tant que let. c.

¹⁶ ATF 97 II 333, consid. 1, p. 337, confirmé dans l'ATF 106 II 311, consid. 2a, p. 314.

9. Proposition 01 : proposition de modifications formelles

9.1. Teneur de la proposition

La **proposition 01** demande que les art. 1 et 2 P-LEIE soient modifiés ainsi :

Art. 1, al. 1^{bis} (nouveau) et al. 2

^{1bis} Elle s'applique aux faits qui ont des effets en Suisse, même s'ils se déroulent à l'étranger.

² Elle s'applique aux acquisitions d'entreprises suisses de droit privé et de droit public par des investisseurs ~~étatiques~~ étrangers.

Art. 2, let. d

investisseur étranger : l'une des personnes ou entités suivantes ayant l'intention d'acquérir une entreprise suisse :

1. un organe étatique étranger,
2. une entreprise qui a son siège principal et son administration centrale en dehors de la Suisse,
3. une société ayant la capacité d'acquérir qui est contrôlée directement ou indirectement par une ou plusieurs personnes à l'étranger ou par un autre État,
4. une personne physique ou morale agissant pour le compte d'un organe étatique étranger,
5. une personne physique n'ayant pas la nationalité suisse qui agit en qualité d'investisseur direct ; ne sont pas considérées comme des investisseurs étrangers les personnes physiques des États membres de l'UE/AELE qui ont l'intention d'acquérir une entreprise suisse en vertu de l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses États membres, sur la libre circulation des personnes³ ou de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE)⁴ afin de pouvoir exercer une activité indépendante en Suisse.

Reste du projet :

Remplacer « investisseur étatique étranger » par « investisseur étranger ».

9.2. Proposition de modifications formelles

La **proposition 01** inclut plusieurs formulations qui ont en effet été utilisées sous cette forme dans le projet mis en consultation, mais qui ont ensuite été modifiées à dessein dans le projet de loi. Par conséquent, l'administration recommande d'apporter à la **proposition 01** les modifications formelles suivantes :

- Art. 1, al. 1^{bis} : Cet alinéa, qui inscrit le principe des effets, avait été intégré dans le projet mis en consultation sur le modèle de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels¹⁷ (art. 2, al. 2, LCart). Des clarifications supplémentaires ont cependant démontré qu'il n'était pas nécessaire, dans le cas présent, de préciser explicitement que la loi fédérale sur l'examen des investissements étrangers s'applique aux faits qui ont des effets en Suisse, même s'ils se déroulent à l'étranger. En effet, l'art. 1, al. 1, P-LEIE s'applique déjà aux faits qui se déroulent à l'étranger. C'est pourquoi cet alinéa a été abandonné dans le projet de loi.
 - Recommandation : afin d'éviter un doublon inutile, il est indiqué de ne pas ajouter l'art. 1, al. 1^{bis}.

¹⁷ RS 251

- Art. 2, let. d, ch. 2 : dans le projet mis en consultation, la définition de l'entreprise considérée comme un investisseur étranger reposait sur le double critère de l'administration centrale et du siège principal. Dans le projet de loi, en revanche, on n'a gardé que la mention de l'administration centrale. Il est préférable de s'en tenir à ce choix pour les deux raisons suivantes. Premièrement, les possibilités de contourner cette exigence sont limitées. Si le double critère était maintenu, une entreprise aurait la possibilité, pour ne pas entrer dans cette définition, de transférer son siège principal statutaire en Suisse, tout en gardant son siège effectif, autrement dit son administration centrale, à l'étranger. Deuxièmement, si le seul critère est celui de l'administration centrale, il est plus facile pour les investisseurs de déterminer s'ils sont considérés comme étrangers.
 - Recommandation : l'art. 2, let. d, ch. 2, P-LEIE devrait être modifié de la manière suivante :
 2. une entreprise qui a son administration centrale en dehors de la Suisse,
- Art. 2, let. d, ch. 3 : il serait préférable d'écrire « qui est contrôlée (...) par un organe étatique étranger » plutôt que « qui est contrôlée (...) par un autre État ». L'art. 2, let. d, ch. 1, P-LEIE introduisant la notion d'« organe étatique étranger », il vaut mieux, dans le reste du texte, utiliser ce terme qui fait l'objet d'une explication détaillée dans le message. De plus, au lieu de « par une ou plusieurs personnes à l'étranger », il est recommandé d'utiliser la formulation « par une ou plusieurs personnes étrangères ». Il s'agit en effet d'établir clairement que c'est la nationalité qui est prise en compte et non une composante locale telle que le lieu de séjour ou de domicile.
 - Recommandation : l'art. 2, let. d, ch. 3, P-LEIE devrait être modifié de la manière suivante :
 3. une société ayant la capacité d'acquérir qui est contrôlée directement ou indirectement par une ou plusieurs personnes étrangères ou par un organe étatique étranger,

10. Annexe A : estimation du nombre d'aménagements hydroélectriques dépassant le seuil de *minimis*

Au total, on recense 73 installations hydroélectriques d'une puissance d'au moins 60 MW. Parmi elles, 46 ont une puissance d'au moins 100 MW et 27, une puissance égale ou supérieure à 60 MW, mais inférieure à 100 MW.

Pour estimer combien se situent au-dessus ou au-dessous du seuil de *minimis*, il a d'abord fallu calculer le chiffre d'affaires respectif de ces aménagements, puis estimer l'effectif du personnel des installations qui ne dépassent pas le seuil du chiffre d'affaires.

Chiffre d'affaires

Les données relatives au chiffre d'affaires des différentes installations hydroélectriques ne sont pas disponibles. Cependant, la production de ces installations n'étant guère vendue directement sur le marché, les propriétaires endossent les frais généraux d'exploitation de l'installation et vendent l'électricité produite (soit dans le cadre de la fourniture de services de base, soit sur le marché). Le chiffre d'affaires attribuable à une installation équivaldrait donc au coût total. Les informations relatives au coût total ne sont toutefois pas non plus disponibles. On a par conséquent estimé le chiffre d'affaires en multipliant la production annuelle par le coût de revient moyen du kWh.

Les données relatives à la production annuelle moyenne proviennent de la statistique des aménagements hydroélectriques¹⁸ (état au 1^{er} janvier 2024). Celle-ci fait toutefois état de la production sans le pompage-turbinage (le pompage vers le haut de l'eau dans un lac de retenue afin de stocker l'eau et de la turbiner ultérieurement).

Parmi les 73 installations, 13 sont des centrales de pompage-turbinage, ce qui explique que certaines affichent de faibles valeurs de production sans le pompage-turbinage. Et une était en construction (Ritom II) à la date du dernier relevé. Dans le cas de ces 14 aménagements, le chiffre d'affaires total n'a pas pu être calculé. Il a donc fallu réaliser une estimation qualitative permettant de déterminer si leur chiffre d'affaires était supérieur ou inférieur au seuil de 10 millions de francs. À cet effet, on a utilisé à titre de comparaison les chiffres d'affaires calculés pour des centrales à accumulation de taille similaire.

En l'absence de chiffres plus récents, les coûts de revient utilisés pour ce calcul proviennent d'une analyse de l'OFEN de 2018 portant sur les coûts de revient moyens des centrales hydroélectriques de 2011 à 2016. On peut distinguer dans ce cadre les centrales au fil de l'eau et les centrales à accumulation. Les premières ont les coûts de revient les plus bas. Afin d'obtenir une estimation aussi prudente que possible, on a systématiquement retenu la valeur moyenne la plus basse. En l'espèce, le coût de revient des centrales au fil de l'eau a été fixé à 5,3 centimes/kWh (valeur moyenne de 2013) et celui des centrales à accumulation à 6,2 centimes/kWh (valeur moyenne de 2015).

Les calculs montrent que les 46 aménagements d'une puissance d'au moins 100 MW dépassent le seuil de chiffre d'affaires. Ces 46 centrales seraient donc concernées par le régime de l'approbation (premier cas de figure).

En revanche, parmi les 27 installations d'une puissance supérieure ou égale à 60 MW mais inférieure à 100 MW, certaines ont un chiffre d'affaires de moins de 10 millions de francs. Pour celles-ci, il faut donc estimer en plus si leur effectif est supérieur ou inférieur à 50 postes.

¹⁸ Disponible sur www.bfe.admin.ch > Approvisionnement > Numérisation et géoinformation > Géoinformation > Géodonnées > Eau > Statistique des aménagements hydroélectriques

Effectif du personnel

Aucune donnée sur l'effectif du personnel des différentes centrales hydroélectriques n'est disponible. Les grandes sociétés d'exploitation utilisent ces ressources de manière groupée. Le détail de l'attribution du personnel mis en commun aux différents aménagements n'est pas connu.

Selon les informations sur l'effectif total du personnel que l'on trouve parfois dans les rapports annuels ou sur les sites internet des sociétés d'exploitation, pour ce qui est des aménagements dont la puissance se situe entre 60 MW et 100 MW, l'effectif imputable à une seule centrale peut tout à fait être inférieur au seuil de 50 postes à temps plein.

Résultat

Le résultat des calculs et des estimations peut être résumé ainsi :

	Installations d'une puissance ≥ 100 MW	Installations d'une puissance < 100 MW et ≥ 60 MW
Au-dessus du seuil <i>de minimis</i>	46 installations hydroélectriques	15 installations hydroélectriques
Au-dessous du seuil <i>de minimis</i>	0 installation hydroélectrique	12 installations hydroélectriques

11. Annexe B : propositions 01, 02, 05, 08, 15, 19, 20, 21 et 22

Proposition n° 001

Le projet ne doit pas seulement concerner les investisseurs étatiques étrangers (proposition globale)

Art. 1, 1bis (nouveau) et al. 2

1^{bis} Elle s'applique aux faits qui ont des effets en Suisse, même s'ils se déroulent à l'étranger.

2 Elle s'applique aux acquisitions d'entreprises suisses de droit privé et de droit public par des investisseurs ~~étatiques~~ étrangers.

Art. 2, let. d

Investisseur étranger : l'une des personnes suivantes ayant l'intention d'acquérir une entreprise suisse:

1. un organe étatique étranger,

2. une entreprise qui a son siège principal et son administration centrale en dehors de la Suisse,

3. une société ayant la capacité d'acquérir qui est contrôlée directement ou indirectement par une ou plusieurs personnes à l'étranger ou par un autre État,

4. une personne physique ou morale agissant pour le compte d'un organe étatique étranger,

5. une personne physique qui ne possède pas la nationalité suisse et qui agit en tant qu'investisseur direct ; ne sont pas considérées comme investisseurs étrangers les personnes physiques des États membres de l'UE/AELE qui, sur la base de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes ou de la convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE), ont l'intention d'acquérir une entreprise nationale afin de pouvoir exercer une activité lucrative indépendante en Suisse.

Reste du projet :

Remplacer « investisseur étatique étranger » par « investisseur étranger »

Proposition n° 002

Art. 1, al. 1

La présente loi vise à empêcher les acquisitions d'entreprises suisses par des investisseurs étrangers dès lors que ces acquisitions menacent ou compromettent l'ordre ou la sécurité publics de la Suisse, ainsi que son approvisionnement en biens et services essentiels.

Proposition n° 005

Art. 4, al. 1

Une acquisition est approuvée s'il n'y a pas lieu de penser qu'elle menace ou compromet l'ordre ou la sécurité publics ou l'approvisionnement en biens et services essentiels.

Proposition n° 008

Art. 3, alinéa 1, lettre b

les entreprises qui exploitent ou contrôlent le réseau suisse de transport d'électricité ou des réseaux de distribution de niveau de réseau 3 ou inférieur, ~~si la quantité d'électricité annuelle écoulee via ces réseaux de distribution est d'au moins 450 GWh;~~

Proposition n° 015

Proposition globale, art. 3, al. 1 et al. 2

Art. 3, al. 1 *En particulier* les acquisitions des entreprises suisses suivantes...

Art. 3, al. 2 *En particulier* les acquisitions des entreprises suisses suivantes...

Art. 3, al. 3 Le Conseil fédéral peut soumettre à approbation d'autres catégories d'entreprises suisses ~~pour une durée maximale de 12 mois si la garantie de l'ordre ou de la sécurité publics l'exige. Il peut prolonger ce délai de 12 mois maximum.~~

Proposition n° 019

Art. 3 al. 1 let. c

les entreprises qui exploitent ou contrôlent en Suisse des centrales de production d'électricité d'une puissance d'au moins 60 MW;

Proposition n° 020

Article 3, alinéa 1, lettre h (nouveau)

h. les entreprises qui possèdent des sources d'eau.

Proposition n° 021

Art. 3, alinéa 1, lettre e

e. les entreprises qui approvisionnent en eau plus de 100 000 les habitants en Suisse;

Proposition n° 022

Art. 3, al. 4

Le Conseil fédéral peut exempter de l'approbation obligatoire les acquisitions par des investisseurs étatiques étrangers de certains États s'il existe avec ces États une coopération suffisante pour éviter que l'ordre et la sécurité publics ne soient menacés ou compromis et que ces États garantissent à la Suisse la réciprocité.