

Les instruments juridiques de la guerre économique

Autor(en): **Pfefferlé, Alexis**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue Militaire Suisse**

Band (Jahr): - **(2019)**

Heft 6

PDF erstellt am: **14.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-977465>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.



Alexis Pfefferlé dresse un panorama de l'évolution et des impacts de certaines normes juridiques sur les intérêts de la Suisse dans un contexte de guerre économique et de guerre du renseignement à l'échelle mondiale.

Intelligence économique

Les instruments juridiques de la guerre économique

Alexis Pfefferlé

Avocat, Fondateur et associé d'heptagone Digital Risk Management & Security

Il est commun de dire depuis les années 1990 et la publication des premiers rapports et travaux universitaires dans le domaine de l'intelligence économique que les acteurs de l'économie globalisée, Etats, sociétés privées et individus sont au cœur d'une guerre économique qui ne dit pas son nom.

Dans ce contexte, suivant la tendance générale d'une judiciarisation accrue des rapports sociaux et économiques, les acteurs de cette guerre économique ont simultanément embrassé les nouvelles armes juridiques offertes par le législateur et soutenu le développement de normes destinées à protéger leur marché et leur patrimoine économique.

Cet article propose une analyse synthétique illustrée par quelques cas emblématiques, des instruments juridiques offensifs et défensifs actuellement utilisés et conclut par deux arrêts récents du Tribunal fédéral. Ces derniers soulevant des questions fondamentales en matière de défense des intérêts économiques de la Suisse.

Les instruments juridiques de la guerre économique

Partie prenante de ce marché globalisé, la Suisse est une cible de choix de par sa capacité d'innovation et la qualité de ses technologies et produits. Or, dans le cadre de la guerre économique, nous assistons à une recrudescence du recours, par les sociétés et les Etats, à des instruments juridiques autant offensifs que défensifs.

Les instruments juridiques offensifs

Les instruments offensifs peuvent être définis comme des normes juridiques permettant à un pays ou une entité économique d'entraver, soumettre ou acquérir une société étrangère par le biais d'une contrainte juridique.

L'exemple le plus parlant, et aujourd'hui le plus largement utilisé, est le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) américain. Le FCPA est une loi fédérale américaine de 1977 créée à l'origine pour lutter contre la corruption d'agents publics à l'étranger.

La particularité de cette loi est qu'elle est extraterritoriale, à savoir qu'elle déploie certains de ses effets en dehors du territoire national américain.

Sur la base de cette loi, le département de la justice américain (DOJ) s'arroge la compétence de poursuivre des actes de corruption commis à l'étranger, par des sociétés étrangères, et cela sur des critères très ténus, comme par exemple la simple utilisation du dollar comme monnaie transactionnelle ou l'utilisation d'un serveur de messagerie américain.

Loin de l'idéal affiché d'une lutte éthique contre la corruption à l'étranger, cette loi est manifestement utilisée comme un instrument de *soft-power* dans l'intérêt de l'économie américaine.

Nos voisins français en ont fait les frais, en 2014, avec l'amende colossale infligée à BNP Paribas (USD 8,9 milliards) puis celle infligée à Alstom (USD 772 millions) en vertu des règles du FCPA, condamnation qui a permis dans la foulée à General Electric, son concurrent historique, de racheter à bon prix la division Energie du groupe français.

Depuis fin 2017, c'est le groupe Airbus, éternel rival de l'américain Boeing, qui est aux prises avec la justice américaine sur fond de FCPA.

Plus proche de nous, Novartis a écopé aux Etats-Unis à la fin 2016 d'une amende de 390 millions de dollars dans le cadre d'une enquête FCPA en lien avec des actes de corruption prétendument commis par l'entreprise suisse en Grèce. En mars 2016, Novartis avait déjà payé une

amende de 25 millions de dollars aux Etats-Unis pour mettre fin à des poursuites pour des actes de corruption commis en Chine dans un contexte de concurrence exacerbé entre entreprises pharmaceutiques suisses et américaines.

Suivant le modèle américain, les britanniques ont promulgué leur UK Bribery Act en 2010, lequel possède également une portée extraterritoriale, toutefois plus limitée que le FCPA en tant qu'il ne vise que les sociétés anglaises ayant des activités à l'étranger ou les sociétés étrangères ayant des activités au Royaume-Uni.

Dans le même esprit, la Suisse a aussi expérimenté de plein fouet le caractère extraterritorial des dispositions fiscales américaines, lesquelles ont servi de justification légale à l'assaut victorieux des Américains contre le secret bancaire.

Enfin, les sanctions américaines, notamment contre l'Iran, ont également une portée extraterritoriale et ont impacté de nombreuses sociétés européennes et suisses. Victime de la première heure, la France a commandé en 2016 un rapport à l'attention de l'Assemblée Nationale au sujet du caractère extraterritorial de certaines lois américaines intitulé « *Mission d'information commune sur l'extraterritorialité de la législation américaine* », lequel concluait sur la nécessité d'instaurer « *un rapport de force* ».

Au niveau suisse, l'instauration d'un rapport de force avec les Etats-Unis semble d'emblée illusoire.

Toutefois, rien n'empêche le législateur suisse d'étendre la compétence des autorités de poursuites suisses pour, au moins, rétablir un certain équilibre des armes.

Les instruments juridiques défensifs

Les instruments d'ordre défensifs peuvent être définis comme des normes juridiques permettant à un pays ou une entité économique de bloquer, entraver ou conditionner l'acquisition de technologie et d'une société par un tiers étranger.

Dans un contexte de course technologique mondiale, avec une montée en puissance impressionnante des BRICS et particulièrement de la Chine, la question de la protection des patrimoines industriels, technologiques et informationnels est devenue un sujet épineux et prépondérant au sein de nos économies libres et libérales.

Selon les derniers chiffres disponibles, les entreprises chinoises, dont la plupart étatiques, ont acquis plus de 30 sociétés suisse depuis 2010, dont Syngenta (chimie), Glencore Storage & Logistics (stockage et logistique), Corum et Eterna (horlogerie), Addax (trading de pétrole) ou encore un véritable symbole suisse, la marque SIGG, passée relativement discrètement en main chinoise en 2015.

On notera que les Allemands et les Américains sont les premiers acheteurs d'entreprises suisses mais le cas de la Chine est emblématique d'un point de vue stratégique



La muraille de Chine.

car la Chine n'offre pas la réciprocité des investissements aux sociétés suisses. En d'autres termes, les entreprises chinoises peuvent acquérir des sociétés suisses mais les sociétés suisses ne peuvent légalement pas acquérir la majorité des parts ou la totalité d'une entreprise chinoise. En 2018, la Conseillère fédérale Doris Leuthard s'était publiquement inquiétée de ces rachats massifs ainsi que de l'absence de réciprocité, enjoignant la Confédération à réfléchir à la question afin que les entreprises suisses et chinoises luttent à armes égales. Cette préoccupation a également été évoquée par le Conseiller fédéral Johann Schneider-Ammann lors de sa visite en Chine en 2018. A ce jour, et malgré les récentes tribulations en Chine du Conseiller fédéral Ueli Maurer, la Chine ne semble pas infléchir sa position de force sur ce point.

Sur ce sujet, l'exemple pourrait être à chercher du côté de nos voisins allemands qui ont nettement durci leur position sur la question des rachats d'entreprises avec l'introduction en 2017 d'un décret anti-OPA qui donne au gouvernement un droit de blocage dans le cas d'une tentative de prise de participation de plus de 25 % par une entreprise hors de l'UE, notamment si elle représente un danger pour la sécurité du pays.



La Cour Suprême des Etats-Unis.

C'est ainsi qu'en août 2018, le gouvernement allemand a interdit le rachat du fabricant de machines-outils Leifeld Metal Spinning par le Chinois Yantai Taihai.

Dans le même esprit, la banque publique allemande KfW a racheté les 20 % de l'opérateur de réseau à haute tension 50Hertz convoités par le Chinois SGCC, dans un secteur jugé stratégique par Berlin.

En France également, la loi dite Montebourg, de 2014, permet à Paris de bloquer les opérations qui touchent à la défense, la sécurité, l'énergie, l'eau, les transports ou la santé.

Fin 2018, les prérogatives du gouvernement français en vertu de cette loi de blocage ont été étendues au Cloud et à l'intelligence artificielle, deux domaines dans lesquels la Suisse est, rappelons-le, pionnière.

En Suisse justement, rien de tel pour l'instant, si ce n'est un dangereux jeu de séduction helvético-chinois qui, au rythme des acquisitions chinoises dans notre pays tournera bien assez vite à l'avantage de l'Empire du Milieu.

Notons encore qu'en date du 10 avril 2019, l'Union Européenne a acté l'entrée en vigueur d'un nouveau règlement sur le filtrage des investissements étrangers. Ce règlement, fruit d'une réflexion commune des Etats Membres, doit servir de bouclier européen contre les investissements agressifs étrangers dans les domaines stratégiques.

A l'heure des discussions sur l'Accord-cadre avec l'Union européenne, celle-ci ne laissera certainement pas la Suisse devenir le ventre mou de l'Europe sur ce sujet. La Confédération serait bien inspirée de se saisir rapidement et sérieusement de la problématique.

Quelques décisions suisses récentes et préoccupantes

Pour terminer, voici quelques décisions récentes qui, selon notre point de vue, peuvent être considérées comme des vulnérabilités dans une perspective de guerre économique et de son corollaire, l'espionnage économique.

Entrée en vigueur le 1er juillet 2006, la Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans) vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration. A cette fin, elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels.

Répondant à la demande actuelle et compréhensible de la société civile pour une transparence accrue, notamment dans l'utilisation des fonds publics, cette loi partait d'une intention tout à fait louable.

En revanche, dans une perspective de défense des intérêts de la Suisse, il est légitime de s'inquiéter de la portée toujours plus large accordée à cette loi par les tribunaux, saisis principalement de demandes de journalistes.

Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a ainsi rappelé que la LTrans a opéré un changement de paradigme : *« le principe de la transparence prévalant désormais, le maintien du secret dans les cas prévus par la loi étant réservé »*.

Ainsi le maintien du secret est notamment prévu lorsque l'accès à un document officiel risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure, le Tribunal fédéral rappelant au passage que les autorités jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans la concrétisation de cette disposition¹.

Or, le problème est que ladite disposition est interprétée si largement par les tribunaux qu'elle pose aujourd'hui des problèmes de sécurité nationale et constitue une faille assez unique en comparaison internationale.

A cet égard, les deux décisions suivantes sont emblématiques.

La première, du 23 juin 2016, concerne la décision du Tribunal fédéral d'accorder à un journaliste l'accès à l'agenda Outlook du directeur général de l'armement, *« sous réserve des éléments qui peuvent être caviardés en application de l'art. 7 LTrans »*. Le Tribunal fédéral ajoute en sus que l'autorité doit motiver chaque caviardage en indiquant l'exception légale applicable².

Sans porter ici un (autre) jugement sur cette décision, on peut imaginer la portée de cet arrêt, par exemple dans le cadre actuel du programme AIR2030 et de la compétition que se livrent les avionneurs et pour qui les agendas

¹ EMILIE JACOT-GUILLARMOD, L'accès à l'agenda Outlook d'un fonctionnaire haut placé (art. 6 LTrans), in : www.lawinside.ch/300/ (cf. TF, 1C_137/2016*)

² ATF 142 II 324



Un F-35.

des rapporteurs d'ARMASUISSE pourraient être très précieux.

La deuxième décision, publiée le 24 avril 2019, concerne l'obligation imposée par le Tribunal fédéral au SECO de transmettre à un journaliste des informations détaillées sur les demandes d'exportation de matériel de guerre effectuées par des entreprises suisses en 2014³.

D'un point de vue juridique et logique, les raisonnements développés par le Tribunal fédéral sont clairs et n'appellent pas forcément de critiques dès lors qu'ils consacrent l'esprit de la loi et la volonté du législateur. On peut toutefois être plus critique envers le parlement qui ne semble pas avoir – encore - pris la mesure de la brèche ouverte par l'application extensive des dispositions de la LTrans.

En effet, il convient malheureusement de rappeler qu'une information sensible transmise au public ne restera pas connue des seuls lecteurs suisses soucieux des intérêts du pays mais sera également accessible à tout un chacun avec un agenda potentiellement hostile aux intérêts de notre pays.

Rappelons que dans la plupart des pays, les autorités possèdent un pouvoir quasi discrétionnaire s'agissant de la classification des documents. C'est notamment le cas en France avec le «*secret défense*», lequel permet de soustraire quantité d'informations stratégiques au regard du public et même des tribunaux.

Dans une Suisse attachée à la transparence et à la milice, l'octroi à l'armée ou au DDPS de telles prérogatives dans la classification des données serait difficilement réalisable. Toutefois, le contraste entre la pratique française et la pratique suisse devrait nous interroger et nous amener vers une évaluation critique et stratégique des effets de la LTrans telle qu'elle est appliquée aujourd'hui.

A. P.

Standards de l'Association Suisse des Professionnels de l'Investigation et du Renseignement Economique

1 Formation et capacité professionnelle

Un organe dirigeant au moins ou le membre est au bénéfice d'une formation et/ou d'une expérience suffisante (+ 3 ans) dans l'un ou plus des domaines suivants :

- Police, police militaire, renseignement militaire, service de renseignement ;
- Investigation privée ou renseignement d'affaires ;
- Audit ou investigation financière ;
- Droit ou conseil juridique ;
- Analyse financière, criminelle ou du renseignement.

2 Connaissance du cadre légal (Swiss intelligence & investigation best practices)

Avoir réussi avec succès un examen de droit spécifique portant notamment sur :

- La licéité de la collecte des preuves ;
- L'exploitabilité des preuves ;
- Le respect de la sphère privée ;
- Les normes civiles et pénales pertinentes aux activités d'investigation et de renseignement ;
- Les dispositions et la jurisprudence relatives aux activités d'investigation et de renseignement ;
- Les obligations liées à la Loi sur la protection des données ;
- Les normes pertinentes en droit international ;
- La Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger et ses ordonnances.

3 Transparence du prestataire de service

- Avoir un site Internet ou une communication permettant d'identifier précisément et sans ambiguïté la société fournissant le service ou le nom de la personne opérant sous la forme d'une raison individuelle.
- Le site fournit en outre un moyen de contact clair ainsi que l'adresse de la société ou de la personne opérant sous la forme d'une raison individuelle.
- La société ou la raison individuelle est inscrite au registre du commerce suisse et possède à l'endroit de son siège et dans les Cantons qui l'exigent, l'autorisation d'exercer délivrée par l'autorité compétente.

De la tarification.

- La facturation d'opère sur la base d'un tarif horaire clairement communiqué ou sous la forme d'un forfait approuvé lors de la conclusion du mandat.
- Les prestations supplémentaires facturables font l'objet d'une communication claire et doivent recevoir l'accord du client.
- Le premier rendez-vous, au siège du prestataire ou dans la même ville, est toujours gratuit.
- Dans la gestion effective des mandats et des données au niveau local
- La société ou le professionnel mènent leurs activités depuis la Suisse et conservent leurs données en Suisse.
- La société ou la personne opérant sous la forme d'une raison individuelle a déclaré son fichier auprès du Préposé fédéral à la protection des données.

4 Conflits d'intérêts

- Observer et pratiquer la gestion des conflits d'intérêts, notamment l'interdiction de travailler simultanément pour plusieurs clients opposés sur le même dossier.
- Sont exclus les mandats portant uniquement sur des sources ouvertes pour des recherches de type Compliance ou Due diligence.

5 Confidentialité et secret professionnel

- Maintenir un haut niveau de confidentialité dans la gestion des dossiers et s'engager à fournir, sur demande, un contrat de confidentialité.
- Dans le cadre des mandats confiés par des avocats, observer strictement les obligations liées au secret professionnel de l'avocat pour lesquels le professionnel agit en qualité d'auxiliaire.
- Dans le cadre des mandats confiés par des banques, observer strictement les obligations liées au secret bancaire.

Source : Alexis Pfefferlé, membre et Président du Comité de l'Association
<https://swissinvestigation.org>

3 Arrêt 1C_222/2018 du 21 mars 2019.