



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

20 décembre 2019

Rapport du Groupe de travail interdépartemental LPSP/LFMG/LCB

1. Contexte

1.1 Introduction

1.1.1 Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger : historique

En 2011, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) d'élaborer un avant-projet de loi en collaboration avec le Département fédéral de l'économie (DFE), le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) et les cantons. Selon le message relatif au projet, l'objectif était de réglementer les entreprises de sécurité privées sans toutefois légitimer ou promouvoir le recours à ces dernières ou au contraire les interdire complètement¹.

Le message précise en outre que le projet de loi constitue un développement des initiatives prises par la Suisse concernant l'adoption du Document de Montreux du 17 septembre 2008², le premier document international qui réaffirme les obligations de droit international des États relatives aux activités des entreprises militaires et de sécurité privées, et l'élaboration du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (ICoC) du 9 novembre 2010³. En sa qualité d'initiateur et de promoteur du processus d'adhésion à ces instruments, la Suisse joue un rôle de précurseur pour les autres États en légiférant dans ce domaine⁴.

Ce rôle de pionnier de la Suisse dans le domaine de la réglementation des entreprises de sécurité privées est reconnu et salué par les autres États. La Suisse est ainsi souvent invitée à participer à des discussions ou à des manifestations, par exemple dans le cadre de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). Elle a en outre investi des ressources considérables dans la réglementation internationale des entreprises militaires et de sécurité privées ; depuis 2016, elle a alloué quelque 3,5 millions de francs au titre du Document de Montreux et de l'ICoC (frais de personnel exclus). Le Parlement suisse s'engage lui aussi pour une meilleure réglementation nationale et internationale des entreprises militaires et de sécurité privées : dans le cadre de l'OSCE, par exemple, la délégation suisse a soumis en 2019, lors de l'assemblée parlementaire, une résolution qui a été adoptée par l'assemblée plénière.

1.1.2 Institution du Groupe de travail interdépartemental LPSP/LFMG/LCB

Sur mandat de leur chef de département, les secrétaires généraux du DFAE et du DEFR ont institué, le 21 février 2019, le Groupe de travail interdépartemental LPSP/LFMG/LCB. La mise en place de ce groupe de travail a principalement été motivée par le constat que certaines prestations de services tombent dans le champ d'application à la fois de la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP), de la loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG) et de la loi sur le contrôle des biens (LCB). Un processus de coordination des procédures a certes été mis en place sur la base de l'art. 16 LPSP, mais des problèmes de cohérence subsistent au niveau matériel en raison des bases légales différentes. Le groupe de travail se compose de représentants du DFAE, du DEFR, du DFJP et du DDPS. Conformément au mandat donné, le groupe de travail a pour but d'analyser les similitudes et les différences entre les critères d'interdiction et d'autorisation énoncés dans les différentes bases légales, d'identifier la marge de manœuvre disponible et de proposer des solutions concrètes envisageables, qui passeraient soit par une modification de la LFSP et de son ordonnance d'application (ordonnance sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, OFSP), soit par une adaptation de leur interprétation⁵.

¹ FF 2013 1573

² www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/droit-international-humanitaire/entreprises-militaires-securite-prives/document-montreux.html.

³ www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/droit-international-humanitaire/entreprises-militaires-securite-prives/code-bonne-conduite.html.

⁴ FF 2013 1573

⁵ Annexe 1 : Addendum du 26.11.2019 au Mandat 1 du Groupe de travail interdépartemental (GTID) LPSP/LFMG/LCB.

1.2 Champ d'application matériel des trois lois

1.2.1 Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP)

En vertu de son libellé, la LPSP s'applique aux entreprises qui fournissent depuis la Suisse des prestations de sécurité privées à l'étranger ou qui contrôlent depuis la Suisse une entreprise qui fournit des prestations de sécurité privées à l'étranger.

Selon l'art. 4 LPSP, sont considérées comme prestations de sécurité privée notamment les neuf activités suivantes :

1. *la protection de personnes dans des environnements complexes ;*
2. *la garde de biens et d'immeubles dans des environnements complexes ;*
3. *les services d'ordre lors de manifestations ;*
4. *le contrôle, la rétention ou la fouille de personnes, la fouille de locaux ou de contenants et la séquestration d'objets ;*
5. *la garde, la prise en charge et le transport de prisonniers, l'exploitation de prisons ainsi que les prestations d'assistance dans la gestion de camps de prisonniers de guerre ou d'internement de civils ;*
6. *le soutien opérationnel ou logistique à des forces armées ou de sécurité ;*
7. *l'exploitation et l'entretien de systèmes d'armement ;*
8. *le conseil ou la formation du personnel des forces armées ou de sécurité ;*
9. *les activités de renseignements, d'espionnage et de contre-espionnage.*

La LPSP s'applique logiquement à toutes les entreprises qui exercent une ou plusieurs des activités susmentionnées. Ces entreprises sont donc soumises aux procédures de déclaration et d'examen prévues par la LPSP.

Dans le cas d'espèce, l'accent est mis sur les prestations 6 à 8. Ces prestations ont été décrites, parfois à l'aide d'exemples, dans le message et dans un guide rédigé après consultation d'experts (de l'armée pour des termes comme « soutien logistique ») et de l'Office fédéral de la justice (OFJ).

On entend par soutien opérationnel à des forces armées ou de sécurité les services ayant un lien direct avec les opérations en cours (interventions) de forces armées ou de sécurité. Le soutien logistique à des forces armées ou de sécurité comprend quant à lui la réparation, l'entretien, la maintenance et l'optimisation de matériel, de biens et de véhicules, la construction, l'entretien et l'exploitation d'infrastructures, la garantie de la gestion de l'approvisionnement et du transport, le stockage et le transbordement de biens militaires sur place ainsi que le transport du personnel de forces armées ou de sécurité dans le cadre de leurs activités. Le message donne comme exemples concrets la mise sur pied ou l'exploitation d'une infrastructure lors d'une situation d'urgence ou l'exploitation d'un système de communication en dehors d'un conflit armé. Ces activités doivent en outre avoir un lien clair avec les tâches des forces armées ou de sécurité⁶.

En revanche, les services de réparation et d'installation fournis sur la base des obligations de garantie usuelles ne sont en règle générale pas des prestations de sécurité au sens de la LPSP.

Par exploitation de systèmes d'armement, on entend la mise à disposition de personnel pour le maniement ou l'utilisation d'un système d'armement à des fins d'entraînement ou d'engagement. Par entretien de systèmes d'armement, on entend les travaux de réparation, de révision et d'entretien ainsi que les travaux de maintenance et d'optimisation. Le message donne comme exemple l'exploitation et l'entretien d'un système de défense contre des attaques aériennes⁷.

Par formation du personnel des forces armées ou de sécurité, on entend tout type de formation et d'entraînement technique, stratégique ou tactique du personnel de forces armées ou de sécurité qui a un rapport avec leurs tâches. En revanche, l'envoi de manuels ou d'instructions, la diffusion d'informations standardisées en vue d'acquérir des clients, la participation à des salons dédiés à l'armement ou à des démonstrations ne constituent pas des prestations de formation ou de conseil. De

⁶ FF 2013 1615

⁷ FF 2013 1615

même, le service clientèle généralement lié à un contrat de vente (réponse par téléphone ou par courriel aux questions techniques générales des clients, p. ex.) n'est en principe pas considéré comme une prestation soumise à l'obligation de déclarer.

Enfin, on entend par conseil du personnel des forces armées ou de sécurité toute forme de conseil ou de soutien technique, stratégique ou tactique, écrit ou oral, fournie à des forces armées ou de sécurité qui a un rapport avec leurs tâches. Les services de courtage dans le cadre d'acquisitions sont considérés comme des services de conseil uniquement si le prestataire de ces services conseille les forces armées ou de sécurité concernant l'acquisition en question.

1.2.2 Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG)

La LFMG s'applique à la fabrication, au commerce, au courtage, à l'importation, à l'exportation et au transit de matériel de guerre ainsi qu'au transfert de biens immatériels, y compris le know-how, à l'étranger. Le Conseil fédéral désigne le matériel de guerre dans une ordonnance (art. 5, al. 3, LFMG). En vertu de l'art. 5, al. 1 et 2, LFMG, on entend par matériel de guerre les armes, les systèmes d'arme, les munitions et les explosifs militaires ainsi que les équipements spécifiquement conçus ou modifiés pour un engagement au combat ou pour la conduite du combat et qui, en principe, ne sont pas utilisés à des fins civiles. Les pièces détachées et les éléments d'assemblage, même partiellement usinés, lorsqu'il est reconnaissable qu'on ne peut les utiliser dans la même exécution à des fins civiles, sont également considérés comme matériel de guerre.

Par know-how, on entend les connaissances non brevetées utilisées directement pour la fabrication ou lors de la distribution d'objets ou de la fourniture de services. Il s'agit d'un avantage lié à la détention de connaissances par un cercle restreint de personnes, lequel prend des mesures techniques et organisationnelles pour prévenir leur diffusion (informations concernant les processus de fabrication, p. ex.).

En revanche, ne sont pas soumis à autorisation les biens immatériels, y compris le know-how, qui sont tombés dans le domaine public ou qui sont nécessités par les travaux d'installation, d'entretien, de contrôle et de réparation de matériel de guerre, lorsqu'il s'agit de travaux de routine et que l'exportation de ce matériel avait été autorisée.

1.2.3 Loi sur le contrôle des biens (LCB)

La LCB s'applique dans le cadre du trafic transfrontalier de marchandises, à savoir l'exportation, l'importation, le transit et le courtage de biens nucléaires, de biens utilisables à des fins civiles et militaires, de biens militaires spécifiques⁸, de biens stratégiques⁹ et de biens soumis au régime national de contrôle à l'exportation en vertu de la loi sur les armes et de la loi sur les explosifs. Au sens de la LCB, on entend par biens non seulement les marchandises, mais aussi les technologies et les logiciels, raison pour laquelle chaque liste de biens comprend aussi la technologie afférente. Les biens concernés sont définis dans les annexes 1 à 5 de l'ordonnance sur le contrôle des biens (OCB) et sont spécifiés au moyen de numéros de contrôle à l'exportation (NCE).

Par technologie, on entend les connaissances spécifiques indispensables pour le développement, la production, l'exploitation, l'installation, l'entretien (vérification), la réparation, la révision ou la rénovation des biens concernés ; ces connaissances se transmettent par la voie de la documentation technique¹⁰ ou de l'assistance technique¹¹.

⁸ Biens militaires spécifiques : les biens qui ont été conçus ou modifiés à des fins militaires, mais qui ne sont pas considérés comme matériel de guerre, ainsi que les avions militaires d'entraînement avec point d'emport.

⁹ Biens stratégiques : les biens qui font partie d'une infrastructure critique.

¹⁰ Documentation technique : données pouvant se présenter sous des formes telles que bleus, plans, diagrammes, maquettes, formules, tableaux, dessins et spécifications d'ingénierie, manuels et instructions écrits ou enregistrés sur des supports ou dispositifs tels que disques, bandes magnétiques, mémoires mortes.

¹¹ Assistance technique : assistance pouvant revêtir des formes telles que instructions, transmission de compétences, formation, outils de travail, services de consultants ; peut impliquer le transfert de documentation technique.

La technologie minimale nécessaire à l'installation, à l'exploitation, à l'entretien (vérification) ou à la réparation des biens qui ne sont pas soumis à la LCB ou dont l'exportation a été autorisée n'est toutefois pas concernée.

1.3 Critères d'autorisation

1.3.1 Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP)

Dans son art. 8, la LPSP interdit de recruter ou de former du personnel en vue de fournir des prestations de sécurité privées à des fins de participation directe à des hostilités ainsi que de fonder, d'établir, d'exploiter ou de contrôler une entreprise qui fournit de telles prestations. Le but était ainsi de mettre en œuvre l'interdiction du « mercenariat » voulue par les Chambres fédérales.

L'art. 9 LPSP interdit en outre de fournir des prestations de sécurité privées ou des prestations en rapport avec des prestations de sécurité ainsi que de contrôler une entreprise qui fournit des prestations dont il faut présumer que les destinataires les utiliseront dans le cadre de la commission de graves violations des droits de l'homme.

En plus de ces interdictions absolues, l'art. 14 LPSP prévoit que l'autorité compétente est tenue, après avoir procédé à un examen, d'interdire une activité si celle-ci est contraire aux buts de la LPSP (art. 1), qui sont les suivants :

a. Préserver la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse

À ce titre, il y a par exemple lieu d'examiner si la prestation fournie pourrait être utile à des groupes terroristes ou à une organisation criminelle, ou si elle pourrait favoriser la prolifération d'armes ABC et de leurs vecteurs.

b. Réaliser les objectifs de la politique étrangère de la Suisse

Pour l'interprétation de l'art. 1, le message renvoie à l'art. 54, al. 2, de la Constitution (Cst.), qui dresse une liste non exhaustive des objectifs principaux vers lesquels doit tendre la politique étrangère de la Confédération¹². Il s'agit notamment de préserver l'indépendance et la prospérité du pays, de soulager les populations dans le besoin, de lutter contre la pauvreté dans le monde et de promouvoir le respect des droits de l'homme, la démocratie et la coexistence pacifique des peuples. Lors de l'examen de chaque prestation, il convient de mettre en balance les différents critères concrets définis à cet effet¹³.

c. Préserver la neutralité suisse

Selon le message, le principe de la neutralité suisse couvre aussi bien le droit que la politique en matière de neutralité. Il faut donc examiner si les activités visées par la LPSP sont compatibles avec les obligations de la Suisse en tant qu'État neutre permanent ainsi qu'avec la crédibilité et l'efficacité de la neutralité suisse¹⁴.

d. Garantir le respect du droit international, en particulier des droits de l'homme et du droit international humanitaire

En vertu de cet objectif, il y a lieu d'examiner si le pays destinataire viole des obligations internationales fondamentales (non-respect de l'interdiction de recourir à la force, p. ex.) ou ses obligations en matière de droits de l'homme ou de droit international humanitaire. Le lien de causalité entre la prestation prévue et la violation des dispositions de droit international doit être suffisant, c'est-à-dire que la prestation doit manifestement contribuer à la commission d'une violation du droit international.

1.3.2 Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG)

L'article 22 LFMG autorise la fabrication, le courtage, l'exportation et le transit de matériel de guerre pour des destinataires à l'étranger si ces activités ne contreviennent pas au droit international et ne sont pas contraires aux principes de la politique étrangère de la Suisse et à ses obligations internationales.

¹² FF 2013 1608

¹³ Cf. annexe 2 : Tableau synoptique des lois fédérales régissant les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, le matériel de guerre et le contrôle des biens (LPSP, LFMG, LCB).

¹⁴ FF 2013 1608

Les critères d'autorisation pour les marchés passés avec l'étranger sont énumérés à l'art. 5 OMG dans une liste non exhaustive. L'art. 5, al. 1, OMG précise les considérations sous-jacentes aux conditions d'autorisation prévues à l'art. 22 LFMG :

- a. *la maintenance de la paix, de la sécurité internationale et de la stabilité régionale ;*
- b. *la situation qui prévaut dans le pays de destination ; il faut tenir compte notamment du respect des droits de l'homme et de la renonciation à utiliser des enfants-soldats ;*
- c. *les efforts déployés par la Suisse dans le domaine de la coopération au développement et le fait que le pays de destination figure parmi les pays les moins avancés sur la liste établie par le Comité d'aide au développement de l'OCDE ;*
- d. *l'attitude du pays de destination envers la communauté internationale, notamment sous l'angle du respect du droit international public ;*
- e. *la conduite adoptée par les pays qui, comme la Suisse, sont affiliés aux régimes internationaux de contrôle des exportations.*

Les critères de l'art. 5, al. 2, OMG précisent ceux de l'art. 5, al. 1, OMG et fixent les limites absolues de l'exportation de matériel de guerre.

Ainsi, l'autorisation n'est pas accordée si le pays de destination est impliqué dans un conflit armé, interne ou international. Dans la pratique, c'est le cas lorsqu'un conflit armé interne est en cours dans le pays de destination. L'interprétation de cette disposition met l'accent sur les obligations liées à la politique de neutralité de la Suisse ainsi que sur les sanctions et les embargos sur les armes relevant du droit international.

L'autorisation est également refusée si le pays de destination viole systématiquement et gravement les droits de l'homme. Néanmoins, les livraisons sont possibles si le risque est faible que le matériel en question soit utilisé pour commettre des violations graves des droits de l'homme.

Aucune autorisation n'est par contre accordée s'il y a de forts risques que le matériel soit utilisé contre la population civile. Cette hypothèse peut s'imposer notamment eu égard au destinataire final concret, au rôle de celui-ci ou encore au type de matériel de guerre à livrer et de ses caractéristiques.

Enfin, l'autorisation n'est pas accordée s'il y a de forts risques que le matériel de guerre à exporter soit transmis à un destinataire final non souhaité (risque de prolifération).

L'exportation de pièces de rechange destinées à du matériel de guerre dont l'exportation a été autorisée est en revanche permise, à moins que des circonstances exceptionnelles survenues entre-temps ne justifient la révocation de la première autorisation.

1.3.3 Loi sur le contrôle des biens (LCB)

En vertu de l'art. 6 LCB, l'octroi du permis est exclu si :

- a) *l'activité envisagée contrevient à des accords internationaux ;*
- b) *l'activité envisagée contrevient aux mesures de contrôle internationales ;*
- c) *des mesures de coercition fondées sur la loi sur les embargos ont été édictées ;*
- d) *s'il y a une raison de croire que l'activité envisagée pourrait favoriser des groupes terroristes ou la criminalité organisée ;*
- e) *s'il y a une raison de croire que l'activité envisagée pourrait porter atteinte à une infrastructure critique internationale à laquelle participe la Suisse.*

Le principe qui prévaut dans la LCB est que l'exportation de biens doit être avalisée au cas par cas à partir du moment où aucun des motifs de refus mentionnés à l'art. 6 LCB ne peut être invoqué. Ces critères d'autorisation légaux sont précisés à l'art. 6 OCB. Les motifs de refus peuvent être invoqués s'il y a des raisons de penser que les biens qui doivent être exportés :

- a) *sont destinés au développement, à la production, à l'utilisation, à la transmission ou à l'engagement d'armes ABC ;*
- b) *contribueront à l'armement conventionnel d'un État au point d'aviver les tensions régionales, d'aggraver l'instabilité ou de durcir un conflit armé ;*
- c) *ne resteront pas chez le destinataire final déclaré.*

- d) *un État partenaire a refusé l'exportation d'un bien similaire au même destinataire final ;*
- e) *l'État d'origine informe la Suisse qu'il exige son consentement pour la réexportation et que celui-ci fait défaut ;*
- f) *l'État de destination interdit l'importation.*

La LCB ne prévoit par contre pas de motif de refus fondé sur la neutralité, le droit international ou les objectifs de politique extérieure de la Suisse.

Pour les biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles, l'art. 6 de l'ordonnance sur l'exportation et le courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles prévoit un critère de refus supplémentaire : le permis individuel est refusé s'il y a des raisons de supposer que les biens qui doivent être exportés ou faire l'objet d'un courtage seront utilisés par le destinataire final comme moyens de répression.

2. Analyse de la problématique

2.1 Champ d'application à raison de la matière

Il découle de ce qui précède que la question des recouvrements se pose en pratique, d'une part, entre la LPSP et la LCB, en particulier pour ce qui est des biens militaires spécifiques, et, d'autre part, entre la LPSP et la LFMG.

Ces recouvrements sont illustrés ci-après à l'aide de deux exemples.

Exemple 1 : Lien entre la LPSP et la LCB

L'entreprise suisse X exporte de Suisse des avions d'entraînement destinés à des forces militaires étrangères. Ces exportations englobent des obligations de garanties, un soutien ad hoc depuis la Suisse en cas de problèmes complexes, des prestations d'ingénierie, un service de support technique (dépannage, réponse à des questions techniques, mise à jour de logiciels, rapports techniques) et la gestion de la chaîne d'approvisionnement. L'acheteur a en outre conclu un contrat de maintenance de 5 ans (avec option de prolongation). Au total, 12 personnes seront sur place pour la durée intégrale du contrat.

Dans le cas de la LCB, c'est le trafic transfrontalier de marchandises qui constitue le critère déterminant. Les avions militaires d'entraînement non armés ainsi que les composants spécialement conçus pour ces avions sont visés par le numéro de contrôle à l'exportation (NCE) ML10 de l'annexe 3 de l'OCB. Selon la LCB, leur exportation est donc soumise au régime de l'autorisation.

Le service de support technique, s'il est fourni depuis la Suisse, est visé par le NCE ML22 (technologie), voire ML21 (logiciels). La gestion de la chaîne d'approvisionnement n'est pas concernée, puisqu'elle n'est pas en lien direct avec les marchandises exportées depuis la Suisse.

Dans la mesure où le personnel sur site détient un savoir technique spécifique, qu'il se déplace à l'étranger depuis la Suisse et qu'il transmet son savoir sur place, ce transfert de savoir est également visé par le NCE ML22 (technologie). Le contrat de maintenance, par contre, n'entre pas dans le champ d'application de la LCB, puisqu'il ne constitue pas un transfert de savoir au sens de l'OCB.

Tous les services susmentionnés, exception faite des obligations de garantie, sont visés par la LPSP en tant que soutien logistique à des forces armées ou de sécurité.

Dans cet exemple, le service de support technique relève des deux lois s'il est lié à un transfert de savoir. Il n'y a pas de recoupement dans le cadre de la gestion des pièces de rechange et du contrat de maintenance distinct. Une question se pose néanmoins : les décisions prises en application de lois distinctes ne devraient-elles pas, malgré tout, aboutir à un résultat semblable pour des raisons de cohérence ?

Exemple 2 : Lien entre la LPSP et la LFMG

L'entreprise suisse Y exporte un système de défense antiaérienne (défense contre avions, DCA). Ces exportations englobent des obligations de garanties, un soutien ad hoc depuis la Suisse en cas de problèmes complexes, un contrat de maintenance de 5 ans (avec option de prolongation) pour les travaux de maintenance généraux, la gestion des pièces de rechange, une assistance en cas de problèmes techniques sur certains groupes d'assemblage et instruments de mesure, la réparation et l'entretien des systèmes de DCA et de radar. Au total, 10 personnes seront sur place pour la durée intégrale du contrat. Par ailleurs, un programme de formation de plusieurs mois sera dispensé au début ; il comporte les modules suivants : Field Maintenance, Gun Operation Training, Tracking et divers instruments de test.

L'exportation du système de DCA est soumise au régime de l'autorisation de la LFMG. Les services fournis dans le cadre de l'exportation de marchandises relèvent de la LFMG dès lors qu'ils impliquent un transfert de know-how au sens de l'art. 20 LFMG. L'autorisation délivrée pour le système DCA couvre le transfert de know-how nécessité par les travaux d'installation, d'entretien, de contrôle et de réparation de matériel de guerre, lorsqu'il s'agit de travaux de routine.

Dans ce cas, on peut partir du principe que le soutien ad hoc depuis la Suisse en cas de problèmes complexes n'est pas couvert par l'autorisation d'exportation initiale et appellerait une autorisation distincte selon l'art. 20 LFMG dès lors que le soutien serait associé à un transfert de know-how. Les travaux d'entretien généraux (dans le cadre des contrôles de routine) et l'assistance en cas de problèmes techniques sur certains groupes d'assemblage et instruments de mesure, la réparation et l'entretien sont en revanche couverts par l'autorisation d'exportation initiale et n'appellent donc pas d'autorisation supplémentaire au titre de l'art. 20 LFMG, dès lors qu'ils sont liés à un transfert de know-how.

Par ailleurs, la formation sur site est soumise au régime de l'autorisation conformément à l'art. 20 LFMG, dès lors qu'elle implique un transfert de know-how essentiel à l'utilisation des systèmes de DCA.

La gestion des pièces de rechange, par contre, n'entre pas dans le champ d'application matériel de la LFMG.

Tous les services susmentionnés, exception faite des obligations de garantie, sont visés par la LPSP en tant que soutien logistique à des forces armées ou de sécurité.

Les recouvrements effectifs concernent donc principalement les formations et les travaux d'entretien autres que les contrôles de routine, dès lors qu'ils impliquent un transfert de know-how. Il n'y a pas de recoupement dans le cadre de la gestion des pièces de rechange et des travaux d'entretien du moment qu'ils ne sont pas associés à un transfert de know-how, mais la question de la cohérence demeure : des décisions prises en application de lois distinctes ne devraient-elles pas, malgré tout, aboutir à un résultat semblable ?

2.2 Éléments d'interprétation et critères d'interdiction

2.2.1 LFMG et LPSP

S'agissant des critères d'autorisation ou d'interdiction découlant de la LFMG et de la LPSP, la question qui se pose est celle de la cohérence : comment ces lois pourraient-elles, voire devraient-elles, être interprétées pour que des faits similaires conduisent au même résultat ?

Tant la LFMG que la LPSP mettent en œuvre des prescriptions de droit international très semblables pour l'exportation de matériel de guerre et la fourniture de services de sécurité à l'étranger : dans les deux cas, il s'agit en premier lieu d'éviter que les biens ou les services en question ne soient liés à des

violations du droit humanitaire international ou des droits de l'homme et de préserver la neutralité de la Suisse.

Conformément à l'art. 22 LFMG, les autorisations sont délivrées si les activités visées ne contreviennent pas au droit international et ne sont pas contraires aux principes de la politique étrangère de la Suisse et à ses obligations internationales.

La LPSP, quant à elle, prévoit qu'une prestation est interdite si elle contrevient à la préservation de la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse, à la réalisation des objectifs de la politique étrangère de la Suisse, à la préservation de la neutralité suisse ou au respect du droit international.

Exception faite de la sauvegarde de la sécurité, qui n'est mentionnée que dans la LPSP, les éléments d'interprétation et les critères d'interdiction sont formulés de manière semblable. Les deux lois prévoient le respect du droit international public et la réalisation des principes ou objectifs de la politique étrangère de la Suisse. S'agissant des objectifs de politique étrangère, le message sur la LPSP renvoie spécifiquement à l'art. 54, al. 2, Cst., qui donne à la Confédération pour tâches de préserver l'indépendance et la prospérité de la Suisse et de contribuer à soulager les populations dans le besoin, de lutter contre la pauvreté dans le monde ainsi que de promouvoir le respect des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique des peuples et la préservation des ressources naturelles. La préservation de la neutralité est prévue par les deux lois, sachant que selon la LPSP, cette notion englobe aussi bien le droit que la politique en matière de neutralité.

Il faut en outre noter que les critères de l'art. 22 LFMG sont précisés dans l'art. 5 OMG. Ces critères, du moins ceux énoncés à l'art. 5, al. 2, OMG, visent spécifiquement les exportations de marchandises. Leur application à la LPSP ne serait pas toujours satisfaisante. Dans le cas des prestations telles que la protection de personnes ou de marchandises, la LPSP prévoit par exemple que des activités de ce genre doivent être déclarées uniquement lorsqu'elles sont fournies dans un environnement complexe, sachant qu'en pratique, les environnements complexes se trouvent presque exclusivement dans des pays en proie à un conflit armé. Dès lors, s'il l'on appliquait le critère énoncé à l'art. 5, al. 2, let. a, OMG (pas d'autorisation si le pays de destination est impliqué dans un conflit armé, interne ou international) à la LPSP, la fourniture de ce type de prestations serait, dans les faits, complètement interdite. En pareil cas, l'application telle quelle de la LFMG à la LPSP entraînerait un durcissement de cette dernière, puisqu'en application de la LPSP, une prestation peut être interdite s'il existe un lien de causalité entre cette prestation et la violation du droit international public.

2.2.2 Critères au titre de la LCB et de la LPSP

Les critères de refus dans le cadre de la LCB se fondent sur les régimes internationaux de contrôle des exportations dans le domaine du contrôle des biens. D'une manière semblable à la LPSP, l'art. 6, al. 1^{bis}, let. a, LCB prévoit que l'octroi du permis est exclu si l'activité envisagée est susceptible de favoriser des groupes terroristes ou la criminalité organisée (LPSP : sécurité intérieure et extérieure de la Suisse). La LCB ne contient par contre pas de critères comparables à ceux de la LPSP pour ce qui est des objectifs de politique étrangère, de la neutralité de la Suisse et du droit international public. Cela tient notamment au fait que les exportations de biens tombant sous le coup de la LCB, pris isolément, ne sont généralement pas en lien avec des violations du droit humanitaire international ou des droits de l'homme et qu'elles ne touchent pas directement à la neutralité de la Suisse. La LCB ne prévoit donc pas de contrôles dans ces domaines. Il n'est donc pas possible d'interpréter de la même manière les critères de la LCB et ceux de la LPSP¹⁵.

3. Solutions envisageables

3.1 Harmonisation de l'interprétation (pas de modification des bases légales)

Il est en principe possible d'harmoniser l'interprétation dans différents domaines, soit au niveau du champ d'application à raison de la matière, soit à celui des critères appliqués à l'évaluation d'un transfert ou d'une prestation.

¹⁵ Cf. annexe 3 : Vue d'ensemble des critères d'autorisation et des solutions envisageables

3.1.1 Interprétation du champ d'application à raison de la matière

Comme il ressort de l'analyse portant sur le champ d'application matériel des trois lois, il peut y avoir des recouvrements, en particulier pour ce qui est du soutien logistique à des forces armées ou de sécurité, de l'exploitation et de la maintenance de systèmes d'armement et du conseil ou de la formation du personnel de forces armées ou de sécurité. Dans ces cas-là, on peut se demander si une interprétation stricte des prestations en question contribuerait à réduire le plus possible les éventuels recouvrements ou le nombre de cas couverts simultanément par plusieurs lois.

Toutefois, une telle solution a ses limites. En effet, selon la doctrine¹⁶ et la jurisprudence¹⁷, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Si le résultat obtenu est juridiquement univoque, s'il n'y a aucune ambiguïté dans les notions juridiques données par la lecture du texte, on parle d'un texte clair, et la conséquence en est qu'en principe, on ne saurait s'en écarter sans aller à l'encontre de la volonté du législateur. Dans le cas contraire, lorsque le sens littéral du texte n'est pas juridiquement clair, il faut l'interpréter en recourant aux méthodes historique, systématique et téléologique, entre lesquelles il n'existe aucun ordre de priorité.

Vu le libellé de l'art. 4 LPSP (cf. 1.2.1) et la disposition relative à la coordination à l'art. 16 LPSP, il ne fait aucun doute que le législateur avait conscience du fait que les prestations allant de pair avec l'exportation de marchandises pouvaient être couvertes par la LPSP et aussi tomber sous le coup de la LFMG ou de la LCB. Les travaux menés en amont de la LPSP corroborent cette observation. Une interprétation restrictive de la notion de prestation pourrait ainsi réduire certains recouvrements entre la LPSP et la LFMG ou la LCB, mais ne serait pas à même de les éliminer, en raison du libellé. Dans ce contexte, il faudra également tenir compte du jugement du Tribunal administratif fédéral une fois qu'il sera rendu.

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">+ Le nombre de cas couverts à la fois par la LPSP et la LFMG ou la LCB devrait diminuer.+ Mise en œuvre simple et rapide sans modification des bases légales. |
| <ul style="list-style-type: none">- La distinction entre les notions ne peut se faire que selon chaque cas d'espèce.- Vu la clarté du libellé de la LPSP, il ne sera pas possible de résoudre par le biais de l'interprétation tous les problèmes de cohérence identifiés.- Pour les personnes concernées, une certaine insécurité juridique demeure. |

3.1.2 Interprétation des critères d'interdiction ou d'autorisation

Comme il est écrit au ch. 2.2, ce sont principalement les critères de la LPSP et de la LFMG qui sont comparables. La cohérence entre la LPSP et la LFMG peut donc être assurée en appliquant les critères d'évaluation de manière uniforme et en tenant compte de l'interprétation retenue par les tribunaux, le Conseil fédéral et l'administration. Jusqu'à présent, c'est ce qui s'est fait en pratique.

Cela ne signifie toutefois pas que les décisions doivent toujours être les mêmes pour un pays ou un bien donné : selon le principe d'égalité, les situations identiques doivent être traitées de manière identique, et les situations différentes doivent être traitées différemment. Une application cohérente des lois peut donc aussi avoir pour conséquence que des systèmes ont reçu une autorisation à un moment donné, mais que la présence constante de personnel sur place pour soutenir les forces armées (parfois des années après l'autorisation de la première exportation) pourra être interdite, lorsque par exemple le simple fait d'assurer la maintenance de systèmes employés dans des combats actifs pourrait constituer une participation directe aux hostilités.

L'analyse présentée au ch. 2.2.2 met en lumière le fait que la question d'une interprétation uniforme des critères dans la LPSP et dans la LCB n'est pas envisageable du fait que les critères utilisés ne sont pas les mêmes.

¹⁶ Moor, Flückiger et Martenet, Droit administratif, volume I, les fondements, p. 127 à 133, Berne 2012

¹⁷ Voir notamment ATF 134 II 328 et 129 IV 425

- | |
|--|
| + Meilleure cohérence pour les décisions relevant à la fois de la LPSP et de la LFMG. |
| + Mise en œuvre simple et rapide sans modification des bases légales. |
| - L'interprétation des critères d'interdiction ou d'autorisation n'est pas propre à créer une cohérence entre la LPSP et la LCB. |

3.2 Harmonisation des bases légales par l'adaptation de l'ordonnance d'application de la LPSP

3.2.1 Adaptations de nature procédurale

3.2.1.1 Adaptation du mécanisme de consultation au niveau de l'ordonnance sur la base de l'art. 13, al. 3, LPSP.

L'art. 13, al. 3, LPSP prévoit que les « autorités concernées » sont consultées. En vertu de cette base légale, l'ordonnance pourrait être adaptée de sorte que, dans le cadre de procédures d'examen selon la LPSP, le DFAE consulterait formellement le SECO (et les autres autorités concernées) de manière analogue aux dispositions de l'OMG et de l'OCB. En présence de divergences et de cas de portée politique importante (selon l'art. 47 LOGA), l'affaire serait soumise pour décision au Conseil fédéral.

- | |
|---|
| + L'adaptation peut avoir lieu à l'échelon de l'ordonnance et donc être effective plus rapidement. |
| + Meilleur ancrage institutionnel. |
| - Lorsque les bases légales ne laissent pas de marge de manœuvre pour une décision uniforme en raison de critères différents, une harmonisation n'est pas admissible. |

3.2.1.2 Mesure envisageable en complément au ch. 3.2.1.1 : changer l'autorité compétente au niveau de l'ordonnance

Dans l'optique de faciliter la coordination entre les différentes autorités, il serait en outre possible de rattacher les services chargés de l'application des trois lois au même département, si bien qu'ils dépendraient de la même instance politique. Cette mesure présente l'avantage de réduire la charge liée à la coordination, ce qui pourrait en outre contribuer à créer une interprétation plus homogène des notions dans les différentes lois. Il faudrait toutefois quand même prévoir un mécanisme de consultation avec les autres départements. Le changement de l'autorité responsable implique une adaptation de l'ordonnance.

3.2.2 Adaptations matérielles

3.2.2.1 Concrétisation au niveau de l'ordonnance de la définition des différents types de prestations : soutien logistique, conseil et formation du personnel de forces armées ou de sécurité, exploitation et entretien de systèmes d'armement

À de rares exceptions près, comme il n'y a pas de définition à l'échelon de l'ordonnance, l'interprétation actuelle de ces notions couvre toutes les prestations fournies dans ce contexte. Cela tient d'une part au fait que les notions sont à interpréter selon le libellé, et, d'autre part, au fait qu'il doit être possible aux entreprises concernées de faire une distinction objective entre les notions. Les définitions pourraient suivre les délimitations entre la LPSP et la LFMG/la LCB définies par le groupe de travail et être plus restrictives s'agissant des prestations (dans le cadre du libellé de l'art. 4 LPSP). Il serait par exemple concevable que les prestations constituant une partie inhérente et indispensable à la livraison d'une marchandise (p. ex. réparations ad hoc depuis la Suisse ou formation des utilisateurs) ne soient plus considérées comme des prestations indépendantes au titre de la LPSP. Il faudrait alors s'assurer que les prestations présentant un risque en termes d'infraction au droit international public continuent d'être couvertes par la LPSP. Il est probable que ce soit principalement le cas lorsqu'une prestation ne fait pas partie intégrante d'une exportation de marchandise, mais qu'elle va au-delà.

- | |
|---|
| + Le nombre de cas couverts à la fois par la LPSP et la LFMG ou la LCB diminuera. |
|---|

+ Une définition claire au niveau de l'ordonnance améliorera la sécurité juridique pour les entreprises concernées.
- Il restera un certain besoin de coordination puisque la signification précise de certaines définitions (p. ex. « de routine ») dépendra du cas d'espèce.
- En raison de la hiérarchie des normes, les prestations clairement couvertes par le libellé de la loi ne pourront pas être exclues par le biais d'une définition donnée dans une ordonnance (p. ex. la maintenance de systèmes d'armement).

3.3 Harmonisation des bases légales par des adaptations matérielles de la LPSP

3.3.1 Réserve au niveau de la loi en faveur de la LFMG et de la LCB pour les prestations en rapport avec une exportation de biens visés par lesdites lois

Aujourd'hui, la LPSP est applicable indépendamment de l'éventuel lien des prestations à une exportation de biens visée par la LFMG/la LCB, quand bien même cette loi prévoit déjà un mécanisme de coordination.

La motion 19.3991 Wicki demande que la LPSP soit modifiée en vue d'exclure de son champ d'application les « prestations d'entretien, de formation et d'autres services qui sont en lien avec des biens exportés par une entreprise suisse avec l'autorisation requise ». Afin de remplir cette exigence, la définition des prestations figurant à l'art. 4 LPSP pourrait être adaptée de manière à ce que les prestations directement liées à une exportation de biens visés par la LFMG ou la LCB fassent l'objet d'une réserve en faveur de l'application de ces deux lois. Cette solution permettrait de continuer à couvrir avec la LPSP à la fois les prestations indépendantes et les prestations liées à des biens non soumis à la LFMG ou à la LCB.

+ Il n'y aurait plus de recoupement entre la LPSP et la LFMG/la LCB.
- La solution d'une réserve en faveur de la LFMG et de la LCB pourrait aboutir à un manquement à l'égalité de traitement, condition nécessaire à une restriction de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. ¹⁸ . En effet, une entreprise pourrait obtenir, en vertu de la LFMG, une autorisation d'exporter du matériel de guerre à des forces armées d'un pays tiers, y compris de fournir au personnel une formation sur l'utilisation du matériel exporté, tandis qu'une entreprise de sécurité privée, qui n'exporte pas de matériel de guerre, pourrait se voir interdire de fournir une formation du personnel des forces armées du même pays tiers si les conditions de l'art. 14 LPSP sont remplies.
- Il y aurait un risque de violations du droit international ou de la neutralité via la fourniture des prestations, par exemple. Ce problème est principalement lié à l'introduction d'une réserve en faveur de la LCB.
- Une adaptation de la loi ne peut être rapidement mise en œuvre, car elle requiert un long processus.

3.3.2 Abrogation de la LPSP et transfert dans le code pénal de la disposition pénale relative à la participation directe à des hostilités

Sur le plan parlementaire, la motion 19.3969 de la Commission de la politique de sécurité du Conseil national demande de « mettre immédiatement un terme à l'interprétation que fait l'administration de la [LPSP] et qui va au-delà du mercenariat ». Précisons tout d'abord que, si le terme « mercenaire » est couramment utilisé en langage familier pour le déploiement de civils dans le cadre d'actes de guerre, sa définition est très restrictive en droit international. Selon le Protocole additionnel aux Conventions de

¹⁸ L'art. 27 Cst. garantit la liberté économique, qui comprend notamment le libre accès à une activité économique privée et son libre exercice. À l'instar des autres droits fondamentaux, la liberté économique peut être restreinte aux conditions de l'art. 36 Cst. et, selon la jurisprudence, à la condition que l'égalité de traitement entre concurrents économiques directs soit respectée (cf. FF **2013** 1573, 1648). Dans le cas d'espèce, il existe un rapport de concurrence entre les acteurs économiques concernés puisque leurs offres visent le même marché et couvrent les mêmes besoins.

Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole 1)¹⁹, le terme « mercenaire » implique le cumul de plusieurs critères très difficiles à prouver dans la pratique (p. ex. la recherche d'un avantage personnel ou le recrutement en vue de combattre dans un conflit armé). De surcroît, cette définition se concentre exclusivement sur les actions de combat proprement dites. D'autres prestations de soutien telles que la formation tactique, les activités de renseignement ou la maintenance de systèmes d'armement, qui sont fournies par des entreprises comme Blackwater (aujourd'hui : Academi) ou Aegis Defence Services, ne sont pas couvertes par cette définition étroite, même si, dans certaines circonstances, elles peuvent constituer une participation directe aux hostilités. À supposer qu'une définition plus large du terme soit retenue en relation avec les « services de mercenariat » (cf. message, p. 1619), l'exigence du Parlement pourrait être mise en œuvre de manière radicale en réduisant la LPSP à l'art. 8 (interdiction de participer directement à des hostilités). En pareil cas, il serait cependant nécessaire d'abroger la LPSP et d'insérer l'art. 8 en question dans le code pénal sous la forme d'une disposition pénale.

Si la LPSP devait être supprimée, il faudrait accepter que les entreprises qui, par exemple, forment dans le domaine de l'expertise militaire les forces armées d'États impliqués dans un conflit armé, offrent des services de renseignement ou épaulent les forces de sécurité d'États autoritaires déployées pour réprimer des mouvements de protestation ne soient plus contrôlées par la loi et puissent offrir sans restriction ces prestations depuis la Suisse.

+ Il n'y aurait pratiquement plus de recoupement avec la LFMG/LCB.
- L'art. 9 LPSP (interdiction de fournir une aide à la commission de graves violations des droits de l'homme) tomberait également.
- Avec la suppression de la procédure de déclaration, il n'y aurait plus d'autorité de contrôle pour vérifier les prestations de sécurité fournies par les entreprises suisses.
- Il y aurait un risque que des violations du droit international ou de la neutralité, par exemple, soient commises via la fourniture des prestations.
- Les entreprises étrangères qui souhaitent fournir des prestations à l'étranger via la Suisse pourraient de nouveau le faire sans aucun contrôle.
- La Suisse a beaucoup investi sur le plan international, également en termes financiers, pour améliorer le contrôle des prestataires de sécurité militaires privés (cf. p. ex. le Document de Montreux). Éliminer complètement ce contrôle au niveau national serait contraire aux efforts consentis dans ce domaine et enverrait un mauvais signal sur le développement et la mise en œuvre à venir des mécanismes de contrôle internationaux.
- Une adaptation de la loi ne peut être rapidement mise en œuvre, car elle requiert un long processus.

3.3.3 Adaptation de la définition des prestations dans la loi : suppression de prestations dans les définitions à l'art. 4 LPSP

Selon la manière dont le terme « mercenariat » est compris, l'exigence d'une limitation de la LPSP pourrait également être remplie en supprimant certaines prestations énumérées à l'art. 4 de la loi.

La première option consisterait à biffer l'art. 4, let. a, ch. 6 à 8, de la LPSP, de manière à exclure du champ d'application de la loi le soutien opérationnel ou logistique à des forces armées ou de sécurité, l'exploitation et l'entretien de systèmes d'armement ainsi que le conseil ou la formation du personnel de forces armées ou de sécurité.

La seconde option, encore plus radicale, serait de limiter la LPSP aux prestations de protection et de garde (art. 4, let. a, ch. 1 et 2) et, partant, de supprimer également celles liées au traitement de prisonniers, à l'exploitation de prisons et à la gestion de camps de prisonniers de guerre (art. 4, let. a, ch. 5) ainsi que celles assimilables à des activités de renseignement et d'espionnage (art. 4, let. a, ch. 9).

Toutefois, en retenant la première option pour restreindre le champ d'application de la loi, il y aurait un risque que les entreprises qui, par exemple, forment les forces armées d'États dans le domaine de la

¹⁹ Art. 47, par. 2, RS 0.518.521

stratégie militaire ou épaulent des forces de sécurité étrangères déployées pour réprimer des mouvements de protestation ne soient plus contrôlées par la loi et puissent de nouveau offrir ces prestations depuis la Suisse ; en adoptant la seconde, ces mêmes entreprises pourraient en plus déployer des activités d'espionnage à l'étranger ou gérer des prisons dans un État autoritaire.

- | |
|--|
| <p>+ Il n'y aurait pratiquement pas de recoupement avec la LFMG/la LCB, à l'exception de la question des armes exportées en lien avec la fourniture de prestations de protection.</p> |
| <p>- Il ne serait plus possible de contrôler efficacement les activités des prestataires de sécurité privés.</p> <p>- Il y aurait le risque que des violations du droit international ou de la neutralité soient commises via la fourniture des prestations, puisque celles-ci ne seraient ni couvertes ni contrôlées par la loi.</p> <p>- Une telle suppression aurait pour conséquence qu'une entreprise étrangère pourrait, d'une part, exporter vers un État tiers son matériel de guerre depuis son siège ailleurs qu'en Suisse et, d'autre part, offrir, par l'intermédiaire de sa filiale en Suisse, des prestations de sécurité à ce même État sans être soumise à aucune réglementation.</p> <p>- La Suisse a beaucoup investi sur le plan international, également en termes financiers, pour améliorer le contrôle des prestataires de sécurité militaires privés (cf. p. ex. le Document de Montreux). Éliminer complètement ce contrôle au niveau national serait totalement contraire aux efforts consentis dans ce domaine.</p> <p>- Une adaptation de la loi ne peut être rapidement mise en œuvre, car elle requiert un long processus.</p> |

4. Conclusions du GTID

Le GTID propose d'harmoniser la LPSP et la LCB en délimitant leur champ d'application matériel respectif (ch. 3.1.1) et, dans toute la mesure du possible, en assurant ainsi une cohérence entre elles. Il propose également de poursuivre l'harmonisation entre la LPSP et la LFMG par une interprétation uniforme des critères d'interdiction ou d'autorisation (ch. 3.1.2). Cette solution ne permet toutefois pas de résoudre certains problèmes de cohérence.

Afin d'améliorer la mise en œuvre de ces efforts d'harmonisation, le GTID propose, d'une part, de définir précisément dans l'ordonnance d'application de la LPSP la terminologie, notamment la définition des différentes prestations (ch. 3.2.2.1) et, d'autre part, de prévoir un mécanisme de consultation basé sur l'art. 13, al. 3, LPSP (ch. 3.2.1.1), à l'image de celui qui figure dans les législations régissant le contrôle des biens et le matériel de guerre. Il estime que les problèmes de cohérence identifiés pourront ainsi être résolus relativement rapidement et de manière satisfaisante, sans devoir engager une nouvelle procédure législative. Il précise toutefois que changer l'autorité compétente (ajout au ch. 3.2.1.1) n'apporterait pas forcément de valeur ajoutée, d'autant moins que cela n'affecterait en rien l'exigence du mécanisme de consultation lui-même.

Le GTID pense qu'une modification de la LPSP ne constituerait pas une solution adéquate (ch. 3.3), car elle implique un long processus et comporte des risques considérables en matière d'égalité juridique et de contrôle efficace des prestations de sécurité privées.

Enfin, le GTID propose de procéder à un réexamen trois ans après l'entrée en vigueur de la modification d'ordonnance. Il s'agirait notamment de vérifier si, dans la pratique, les adaptations proposées améliorent effectivement la cohérence entre la LPSP et la LFMG/la LCB, ou si des mesures supplémentaires, comme la modification de la LPSP, doivent être envisagées.

Pour le Groupe de travail interdépartemental LPSP/LFMG/LCB :

Division politique de sécurité, DFAE

Centre de prestations Relations économiques
bilatérales, SECO

Nadine Olivieri Lozano

Erwin Bollinger

Annexes

Annexe 1 : Addendum du 26.11.2019 au Mandat du Groupe de travail interdépartemental (GTID)

Annexe 2 : Tableau synoptique des lois fédérales régissant les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, le matériel de guerre et le contrôle des biens (LPSP, LFMG, LCB)

Annexe 3 : Vue d'ensemble des critères d'autorisation et des solutions envisageables



Addendum du 26.11.2019 au Mandat du Groupe de travail interdépartemental (GTID) LPSP/LFMG/LCB

1. Situation de départ

Un certain nombre d'activités d'entreprises à l'étranger sont potentiellement concernées tant par la Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP) que par la procédure d'autorisation pour des marchés passés avec l'étranger prévue par la Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG) et la Loi sur le contrôle des biens (LCB). La notion de *prestation de sécurité privée* selon la LPSP inclut entre autres des activités telles que l'exploitation et l'entretien de systèmes d'armement (art. 4 let. a ch. 7 LPSP), le soutien opérationnel et logistique à des forces armées ou de sécurité (art. 4 let. a ch. 6 LPSP) ou le conseil ou la formation du personnel des forces armées ou de sécurité (art. 4 let. a ch. 8 LPSP).

Conformément à l'art. 16 LPSP, les autorités concernées sont tenues de coordonner, dans toute la mesure du possible, les procédures selon la LPSP, la LFMG et la LCB. Il s'agit d'une coordination formelle ; la LPSP - base légale la plus récente - n'exige aucun alignement matériel entre les différentes autorités concernées. L'accord signé par la Division politique de sécurité (DPS) et le SECO le 17 novembre 2015 (renouvelé le 10 janvier 2017), fixe la procédure de coordination entre les deux parties, fondée sur le principe de la déclaration unique.

Le fait que plusieurs autorités de la Confédération traitent - sur la base de législations différentes - de cas communs, soulève la question de la possibilité et des limites d'une cohérence entre les décisions de ces autorités. Une analyse des points communs et des divergences entre les critères d'interdiction dans les différentes législations doit permettre d'identifier la marge de manœuvre existante et de formuler des propositions en vue d'une meilleure cohérence des décisions. Les Secrétaires Généraux du DFAE et du DEFR attendent du GTID qu'il examine si des adaptations sont requises dans la mise en œuvre de la LPSP/OPSP (ordonnance sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger) ou dans le texte même de la loi/ de l'ordonnance.

2. Tâches du Groupe de travail

- Effectuer l'analyse des critères d'interdiction selon la LPSP (art. 1 et art. 14 LPSP), la LFMG (art. 22 LFMG) et la LCB (art. 6 LCB) et les ordonnances respectives, en mettant en évidence les similitudes et les différences.
- Prendre en compte, ce faisant, les éventuels éléments d'interprétation fournis par le législateur et le Conseil fédéral.

- Établir s'il existe une hiérarchie entre les législations (par ex. sur la base du principe *lex posterior derogat priori*).
- Identifier des mesures d'adaptation sur le plan de la mise en oeuvre de la LPSP/OPSP (interprétation, modification des pratiques courantes) ou dans le texte même de la loi ou de l'ordonnance, permettant une meilleure cohérence entre les décisions des différentes autorités.
- Formuler des options dans la mise en oeuvre de la LPSP/OPSP ou dans le texte même de la loi/ordonnance, indiquer le potentiel et les risques inhérents à chacune d'entre elles.
- Présenter les premiers résultats dans un rapport intermédiaire d'ici le 31 juillet 2019. Le rapport final sera soumis aux chefs du DFAE et du DEFR jusqu'au 31 décembre 2019.

3. Composition du groupe de travail

Les services de la Confédération suivants sont représentés dans le Groupe de travail :

- a) DFAE
 - Section services de sécurité privés de la DPS
 - Section du droit international public de la Direction du droit international public
 - Secrétariat général du DFAE (zuständige Referentin)
- b) DEFR
 - Politique de contrôle à l'exportation dual-use SECO
 - Contrôles à l'exportation / produits industriels SECO
 - Maîtrise des armements et politique de la maîtrise des armements SECO
 - Secrétariat général DEFR (zuständiger Referent)
- c) DFJP
 - Unité projets et méthode législatifs, Office fédéral de la justice
- d) DDPS
 - Domaine Politique de sécurité, Secrétariat général.

Le Groupe de travail peut associer d'autres experts à ses travaux, selon les besoins.

4. Coordination du Groupe de travail

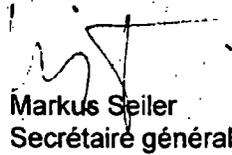
Le Groupe de travail est présidé conjointement par la cheffe de la DPS et le chef des relations économiques bilatérales du SECO ».

La DPS et le SECO :

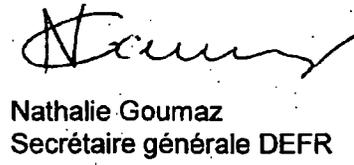
- Président en alternance les séances du Groupe de travail.
- Convoquent et organisent les séances de travail, établissent un procès-verbal, coordonnent l'attribution de mandats.
- Représentent le Groupe de travail et entretiennent les contacts avec les entités externes au groupe.
- Coordonnent la rédaction des rapports.

5. Dissolution du Groupe de travail

Le Groupe de travail est dissout sur décision des Secrétaires généraux du DFAE et du DEFR.



Markus Seiler
Secrétaire général DFAE



Nathalie Goumaz
Secrétaire générale DEFR

Tableau synoptique des lois fédérales régissant les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, le matériel de guerre et le contrôle des biens (LPSP, LFMG, LCB)

	Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP)	Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG)	Loi sur le contrôle des biens (LCB)
Champ d'application matériel	<p>La LPSP s'applique aux entreprises qui exercent l'une des activités suivantes (cf. art. 2, al. 1, LPSP) :</p> <ol style="list-style-type: none"> fournir depuis la Suisse des prestations de sécurité privées à l'étranger ; fournir en Suisse des prestations en rapport avec une prestation de sécurité privée fournie à l'étranger ; fonder, établir, exploiter ou diriger en Suisse une entreprise qui fournit des prestations de sécurité privées à l'étranger ou qui fournit en Suisse ou à l'étranger des prestations en rapport avec celles-ci ; contrôler depuis la Suisse une entreprise qui fournit des prestations de sécurité privées à l'étranger ou qui fournit en Suisse ou à l'étranger des prestations en rapport avec celles-ci. 	<p><u>Art. 2, LFMG</u> : la fabrication, le commerce, le courtage, l'importation, l'exportation et le transit de matériel de guerre ainsi que le transfert à l'étranger de biens immatériels, y compris le know-how y afférent.</p>	<p><u>Art. 1 – 3 LCB</u> : l'importation, l'exportation, le transit et le courtage de biens utilisables à des fins nucléaires, civiles et militaires, de biens militaires spécifiques et de biens stratégiques ainsi que ceux qui, aux termes de la loi sur les armes et de la loi sur les explosifs sont soumis à des mesures nationales de contrôle des exportations.</p>
Définitions	<p>Prestation de sécurité privée = notamment les activités suivantes exercées par une entreprise privée (art. 4, let. a, LPSP) :</p> <ol style="list-style-type: none"> la protection de personnes dans des environnements complexes, la garde de biens et d'immeubles dans des environnements complexes, les services d'ordre lors de manifestations, le contrôle, la rétention ou la fouille de personnes, la fouille de locaux ou de contenants et la séquestration d'objets, la garde, la prise en charge et le transport de prisonniers, l'exploitation de prisons ainsi que les prestations d'assistance dans la gestion de camps de prisonniers de guerre ou d'internement de civils, le soutien opérationnel ou logistique à des forces armées ou de sécurité, l'exploitation et l'entretien de systèmes d'armement, le conseil ou la formation du personnel des forces armées ou de sécurité, les activités de renseignements, d'espionnage et de contre-espionnage. <p>Soutien opérationnel à des forces armées ou de sécurité (art. 4, let. a, ch. 6, LPSP)</p> <ul style="list-style-type: none"> Prestations en relation directe avec des opérations en cours (interventions) des forces armées ou de sécurité <p>Soutien logistique à des forces armées ou de sécurité (art. 4, let. a, ch. 6, LPSP)</p> <ul style="list-style-type: none"> Réparation, entretien, maintenance et optimisation des équipements, biens et véhicules Construction, entretien et exploitation d'infrastructures (y c. cyber) 	<p><u>Art. 5, LFMG</u> : Par matériel de guerre, on entend :</p> <p><u>al. 1, let. a</u> : les armes, les systèmes d'arme, les munitions et les explosifs militaires ;</p> <p><u>al. 1, let. b</u> : les équipements spécifiquement conçus ou modifiés pour un engagement au combat ou pour la conduite du combat et qui, en principe, ne sont pas utilisés à des fins civiles.</p> <p><u>al. 2</u> : les pièces détachées et les éléments d'assemblage, même partiellement usinés, lorsqu'il est reconnaissable qu'on ne peut les utiliser dans la même exécution à des fins civiles.</p>	<p><u>Art. 3 LCB</u> :</p> <ol style="list-style-type: none"> biens : les marchandises, les technologies et les logiciels ; biens à double usage : les biens utilisables à des fins aussi bien civiles que militaires ; biens militaires spécifiques : les biens qui ont été conçus ou modifiés à des fins militaires, mais qui ne sont pas considérés comme matériel de guerre, ainsi que les avions militaires d'entraînement avec point d'emport ; <p>c^{bis} biens stratégiques : les biens qui font partie d'une infrastructure critique.</p> <p>La LCB, l'OCB ainsi que les annexes de l'OCB contiennent des définitions de termes. Le DEFR actualise régulièrement les annexes de l'OCB. Ces mises à jour se fondent sur les décisions prises par les États partenaires des régimes internationaux de contrôle des exportations.</p> <p>Aux termes de la LCB, on entend par biens les marchandises, les technologies et les logiciels. Aussi, dans les listes de biens, outre les marchandises, la technologie y afférente est également spécifiée.</p> <p>On entend par technologie, telle que définie dans l'<u>annexe 3 de l'OCB</u> (liste des équipements militaires), les connaissances techniques spécifiques requises pour le développement, la production ou l'utilisation d'un produit. Les connaissances techniques se transmettent par la voie de la documentation technique ou de l'assistance technique. La technologie contrôlée pour la liste des équipements militaires est visée au point ML22.</p> <p>La technologie visée au point ML22 a., autre que celle qui est spécifiée au point ML22.b, est nécessaire au développement, à la production, à l'ex-</p>

	<ul style="list-style-type: none"> - Garantie de la gestion de l'approvisionnement sur place, p. ex. par des pièces de rechange ou munitions pour le matériel, les biens et les véhicules - Transport, stockage et transbordement de biens militaires sur place ; transport du personnel des forces armées ou de sécurité dans le cadre des activités de celles-ci. <p>→ Les activités énumérées doivent en outre avoir un lien clair avec les tâches des forces armées et de sécurité.</p> <p>Exploitation de systèmes d'armement (art. 4, let. a, ch. 7, LPSP)</p> <p>Mise à disposition de personnel pour le maniement et l'utilisation d'un système d'armement à des fins d'entraînement ou d'engagement.</p> <p>Entretien de systèmes d'armement (art. 4, let. a, ch. 7, LPSP)</p> <p>Prestations suivantes effectuées sur le matériel de guerre ou de pièces de celui-ci :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Travaux de réparation - Travaux de révision et de maintenance - Travaux de maintien de la valeur et d'optimisation <p>Formation du personnel des forces armées ou de sécurité (art. 4, let. a, ch. 8, LPSP)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tout type de formation et d'entraînement du personnel des forces armées ou de sécurité, de nature technique, stratégique ou tactique, ayant un lien avec les tâches qui lui incombent. <p>Conseil du personnel des forces armées ou de sécurité (art. 4, let. a, ch. 8, LPSP)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tout type d'offre de conseils et de soutien de nature technique, stratégique ou tactique sous forme écrite ou orale à l'intention des forces armées et de sécurité ayant un rapport avec leurs tâches. Les services de courtage dans le cadre d'acquisitions sont considérés comme des services de conseil uniquement si le prestataire de ces services conseille les forces armées ou de sécurité sur les produits dans le cadre de cette acquisition. <p>Prestation en rapport avec une prestation de sécurité privée (art. 4, let. b, LPSP)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Recrutement et formation de personnel pour les entreprises de sécurité privées à l'étranger 2. Mise à disposition directe ou indirecte de personnel en faveur d'une entreprise qui offre des prestations de sécurité privées à l'étranger 		<p>exploitation, à l'installation, à l'entretien (vérification), à la réparation, à la révision ou à la rénovation d'articles visés dans la liste des équipements militaires.</p> <p>Le point M22b concerne</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. la technologie nécessaire à la conception d'installations complètes de production, à l'assemblage de composants dans de telles installations, à l'exploitation, à l'entretien et à la réparation de telles installations pour des articles visés dans la liste des équipements militaires, quand bien même les composants de ces installations de production ne seraient pas visés. 2. la technologie nécessaire au développement ou à la production d'armes à feu portatives, quand bien même elle servirait à la fabrication de reproductions d'armes à feu anciennes. <p><u>Notes techniques</u> selon définition de la liste des équipements militaires :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Documentation technique (<i>technical data</i>) : données pouvant se présenter sous des formes telles que bleus, plans, diagrammes, maquettes, formules, tableaux, dessins et spécifications d'ingénierie, manuels et instructions écrits ou enregistrés sur des supports ou dispositifs tels que disques, bandes magnétiques, mémoires mortes. 2. Assistance technique (<i>technical assistance</i>) : assistance pouvant revêtir des formes telles que instructions, transmission de compétences, formation, outils de travail, services de consultants ; peut impliquer le transfert de documentation technique.
<p>Délimitations</p>	<p>Délimitation de la notion de soutien logistique (art. 4, let. a, ch. 6, LPSP) : en règle générale, les réparations, qui sont fournies sur la base des obligations de garantie usuelles (voir art. 197 ss CO), ne sont pas des prestations au sens de la LPSP.</p> <p>Délimitation de la notion de formation (art. 4, let. a, ch. 8, LPSP)</p> <p>L'envoi de manuels ou d'instructions, la diffusion d'informations standardisées en vue d'acquiescer des clients, la participation à des salons dédiés à</p>	<p><u>Art. 20, al. 2, LFMG Ne sont pas soumis à autorisation</u> les biens immatériels, y compris le know-how :</p> <ol style="list-style-type: none"> a. nécessités par les travaux d'installation, d'entretien, de contrôle et de réparation de matériel de guerre, lorsqu'il s'agit de travaux de routine et que l'exportation de ce matériel avait été autorisée ; b. tombés dans le domaine public ; c. qui doivent être divulgués en vue du dépôt d'une demande de brevet dans un État tiers ; ou 	<p>Selon la <u>note 2</u>, le point ML22 ne vise pas, entre autres :</p> <ol style="list-style-type: none"> a. la technologie minimale nécessaire à l'installation, à l'exploitation, à l'entretien (vérification) ou à la réparation des articles qui ne sont pas contrôlés ou dont l'exportation a été autorisée ; b. la technologie relevant du domaine public, la recherche scientifique fondamentale ou l'information minimale nécessaire au dépôt de demandes de brevets.

	<p>l'armement ou à des démonstrations ne constituent pas, en revanche, des prestations de formation. De même, le service clientèle généralement lié à un contrat de vente (réponse par téléphone ou par courriel aux questions techniques générales des clients, p. ex.) n'est en principe pas considéré comme une prestation soumise à l'obligation de déclarer.</p> <p>Délimitation de la notion de conseil (art. 4, let. a, ch. 8, LPSP)</p> <p>Les services de courtage dans le cadre d'acquisitions sont considérés comme des services de conseil uniquement si le prestataire de ces services conseille les forces armées ou de sécurité sur les produits dans le cadre de cette acquisition.</p>	<p>d. qui servent la recherche scientifique fondamentale.</p> <p>Des forfaits de service et des conventions d'entretien sont généralement liés à l'exportation de systèmes d'arme. Le législateur a dès lors prévu une exemption de l'obligation d'obtenir une autorisation pour le transfert de biens immatériels pour les travaux d'entretien.</p>	
<p>Critères d'évaluation Interdictions</p>	<p>Art. 8 LPSP : Il est <u>interdit</u>, de par la loi, de fournir des prestations en rapport avec une prestation de sécurité privée fournie à l'étranger et de fonder, d'établir, d'exploiter ou de contrôler une entreprise qui réalise des prestations de cette nature pour une participation directe à des hostilités.</p> <p>Art. 9 LPSP : Il est <u>interdit</u>, de par la loi, de fournir des prestations de sécurité privées, de fournir des prestations en rapport avec une prestation de sécurité privée, de fonder, d'établir, d'exploiter ou de contrôler une entreprise qui fournit des prestations de sécurité privées dont il faut présumer que les destinataires les utiliseront dans le cadre de la commission de graves violations des droits de l'homme.</p> <p>L'<u>autorité</u> compétente <u>interdit</u> sur la base de l'art. 14, al. 1, en relation avec l'art. 1 LPSP toute activité contraire à l'un des buts suivants.</p> <p>A. Préservation de la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse (art. 1, let. a, LPSP)</p> <ul style="list-style-type: none"> - La prestation peut être utile à un groupe terroriste ou à une organisation criminelle ; - La prestation contribue à la prolifération d'armes ABC et de leurs vecteurs. <p>B. Réalisation des objectifs de la Suisse en matière de politique extérieure (art. 1, let. b, LPSP, en rapport avec l'art. 54, al. 2, Cst.)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Préservation de l'indépendance de la Suisse</i> <ul style="list-style-type: none"> - L'entreprise déclarante a une fonction importante pour la défense nationale de la Suisse ; ou - la fourniture de prestation entraîne une limitation de la latitude décisionnelle de la Suisse en tant qu'État. 2. <i>Prospérité de la Suisse</i> <ul style="list-style-type: none"> - L'entreprise déclarante a une grande influence sur la prospérité économique de la Suisse ; et - une interdiction de la prestation causerait à l'entreprise déclarante un lourd préjudice matériel ou nuirait fortement à son image. 3. <i>Soulagement des populations dans le besoin et lutte contre la pauvreté dans le monde</i> <ul style="list-style-type: none"> - L'activité a une influence néfaste sur des projets de développement ou sur l'aide humanitaire de la Confédération. 4. <i>Respect des droits de l'homme et promotion de la démocratie</i> 	<p>Art. 22, LFMG : La fabrication, le courtage, l'exportation et le transit de matériel de guerre pour des destinataires à l'étranger seront autorisés si ces activités ne contreviennent pas</p> <p>-au droit international</p> <p>-aux principes de la politique étrangère de la Suisse</p> <p>-à ses obligations internationales.</p> <p>L'art. 5, OMG concrétise les critères d'autorisation légaux pour les marchés passés avec l'étranger (énumération non exhaustive).</p> <p>Les critères énoncés à l'art. 1 ont pour objectif de concrétiser les conditions d'autorisation figurant dans l'art. 22, LFMG.</p> <p>Let. a : <i>le maintien de la paix, de la sécurité internationale et de la stabilité régionale.</i></p> <p>Let. b : <i>la situation qui prévaut dans le pays de destination ; il faut tenir compte notamment du respect des droits de l'homme et de la renonciation à utiliser des enfants-soldats.</i></p> <p>Let. c : <i>les efforts déployés par la Suisse dans le domaine de la coopération au développement et la présence du pays de destination parmi les pays les moins avancés sur la Liste des pays bénéficiaires de l'APD établie par le CAD de l'OCDE.</i></p> <p>Let. d : <i>l'attitude du pays de destination envers la communauté internationale, notamment sous l'angle du respect du droit international public</i></p> <p>Let. e : <i>la conduite adoptée par les pays qui, comme la Suisse, sont affiliés aux régimes internationaux de contrôle des exportations.</i></p> <p>Les critères énoncés à l'al. 2 précisent ceux qui figurent à l'al. 1 et constituent une limitation absolue à l'exportation de matériel de guerre :</p> <p>let. a : <i>le pays de destination est impliqué dans un conflit armé interne ou international ;</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Lors de sa <u>séance de discussion du 21.03.2016</u>, le Conseil fédéral a confirmé l'interprétation qu'il a faite jusqu'à présent : un pays de destination est « impliqué » dans un « conflit armé interne » au sens de l'art. 5, al. 2, let. a, OMG si, dans ce pays, règne un conflit armé interne (voir également l'intervention parlementaire Ip Friedl 16.3501). - Dans l'interprétation de l'art. 5, al. 2, let. a, OMG, considéré en relation avec l'art. 22, LFMG, les obligations que le droit de la neutralité impose à la Suisse ainsi que les embargos sur les armes ou les 	<p>Art. 6 LCB :</p> <p>al. 1 : L'octroi de permis est exclu si :</p> <ol style="list-style-type: none"> a. l'activité envisagée contrevient à des accords internationaux ; b. l'activité envisagée contrevient aux mesures de contrôle internationales non obligatoires du point de vue du droit international soutenues par la Suisse ; c. des mesures de coercition fondées sur la loi du 22 mars 2002 sur les embargos (LEmb) ont été édictées. <p>al. 1^{bis} : Le permis est en outre refusé s'il y a une raison de croire que l'activité envisagée :</p> <ol style="list-style-type: none"> a. pourrait favoriser des groupes terroristes ou la criminalité organisée ; b. pourrait porter atteinte à une infrastructure critique internationale à laquelle participe la Suisse. <p>al. 2 : Les permis concernant les biens militaires spécifiques sont en outre refusés lorsque les Nations Unies ou certains États qui, comme la Suisse, participent à des mesures internationales de contrôle des exportations, interdisent l'exportation de tels biens, et si les principaux partenaires commerciaux de la Suisse s'associent à ces mesures d'interdiction.</p> <p>→ Cette disposition remonte à une époque antérieure à la LEmb et pourrait avoir aujourd'hui, par rapport à l'art. 6, let. c, LCB, une importance moindre.</p> <p>L'art. 6, OCB, concrétise les critères légaux d'octroi de permis :</p> <p>al. 1 : Les motifs de refus visés à l'art. 6, al. 1, let. a et b, LCB, peuvent notamment être invoqués s'il y a des raisons de penser que les biens qui doivent être exportés :</p> <ol style="list-style-type: none"> a. sont destinés au développement, à la production, à l'utilisation, à la transmission ou à l'engagement d'armes ABC ; b. contribueront à l'armement conventionnel d'un État au point d'aviver les tensions régionales, d'aggraver l'instabilité ou de durcir un conflit armé ; c. ne resteront pas chez le destinataire final déclaré. <p>al. 2 : Les motifs de refus visés à l'art. 6, al. 1, let. b, LCB, peuvent en outre être invoqués si :</p> <ol style="list-style-type: none"> a. un État partenaire a refusé l'exportation d'un bien similaire au même destinataire final ;

- L'État dans lequel la prestation est fournie commet de graves violations des droits de l'homme ; ou
- l'État dans lequel est fournie la prestation réprime systématiquement la participation démocratique ou ne dispose pas de structures démocratiques.
- Ces conditions entretiennent au moins un lien lâche avec la prestation à fournir (plus le lien est fort, plus la contradiction avec l'objectif est importante).

5. Coexistence pacifique des peuples

- L'État dans lequel est fournie la prestation participe à un conflit armé international ou est impliqué dans un conflit armé intérieur ; ou
- L'État dans lequel est fournie la prestation compromet par son comportement la stabilité régionale.
- Ces conditions entretiennent au moins un lien lâche avec la prestation à fournir (plus le lien est fort, plus la contradiction avec l'objectif est importante).

6. Préservation des ressources naturelles

- L'activité nuit de manière substantielle à l'environnement ou aux ressources naturelles dans l'État concerné.

C. Préservation de la neutralité suisse (art. 1, let. c, LPSP)

1. Droit de la neutralité

- Le pays auquel est destiné la prestation est impliqué dans un conflit international armé (ce n'est pas le cas s'il existe un mandat du Conseil de sécurité de l'ONU) et
- la fourniture de la prestation constitue un soutien militaire à la partie belligérante.

2. Politique de neutralité

- La fourniture de la prestation compromet la crédibilité de la neutralité suisse au sein de la communauté internationale.

D. Garantie du respect du droit international (droits de l'homme et droit international humanitaire) (art. 1, let. d, LPSP)

- Il existe des indices substantiels de violation, par l'État destinataire, d'obligations fondamentales en vertu du droit international (p. ex. violation de l'interdiction du recours à la force) ; ou
- il existe des indices substantiels de violation, par l'État destinataire, d'obligations en matière de droits de l'homme ou de droit international humanitaire.
- Un lien de causalité suffisant existe entre la prestation à fournir et la violation du droit international s'il est manifeste que la prestation contribue à la commission de l'infraction au droit international.

mesures de sanction contraignantes du point de vue du droit international sont mis en avant.

- o Le droit international humanitaire n'interdit pas de manière générale la livraison d'armes à des parties à un conflit, mais l'interdit dans certains cas très spécifiques (en vertu de l'art. 1 commun aux Conventions de Genève).
- o Les dispositions du Traité sur le commerce des armes, des art. 6 et 7 en particulier, doivent également être respectées.
- o En vertu du droit international, les embargos sur les armes ou les mesures de sanction sont en tout état de cause contraignants lors de l'évaluation des demandes d'exportation de matériel de guerre.
- ACF du 20.04.2016 relatif à l'exportation de matériel de guerre dans le contexte du conflit yéménite. Les exportations de matériel de guerre à destination de pays tiers impliqués dans le conflit yéménite peuvent être en principe autorisées **s'il n'existe aucune raison de croire** que le matériel de guerre à exporter est destiné à être utilisé dans ce conflit. Les refus du CF s'appuyaient sur l'art. 5, al. 1, let a, OMG.

Let. b et al. 4 (exception) : Violations graves et systématiques des droits de l'homme

- Les demandes d'exportation sont refusées si le pays de destination viole systématiquement et gravement les droits de l'homme.
- Dérogation – Section 4, OMG (à partir de novembre 2014) : Les livraisons sont possibles si le **risque est faible** que le matériel de guerre à exporter soit utilisé pour commettre des violations graves des droits de l'homme.
 - o P. ex. : travaux de maintenance sur des avions de combat, modernisation d'obusiers ou livraisons de systèmes de défense antiaérienne (cf. résultat du GTID et commentaires qui en découlent des modifications de l'ACF du 19 septembre 2014).

Let. d : risques élevés de voir le matériel utilisé contre la population civile

- En principe, il existe toujours un risque élevé d'utilisation contre la population civile si, compte tenu de toutes les informations disponibles, il est vraisemblable que le matériel de guerre à exporter soit utilisé de manière offensive et/ou de manière disproportionnée contre la population civile. Tel est le cas, p. ex., s'il est avéré que les armes appelées à être exportées (ou des armes semblables) ont, par le passé, déjà été utilisées contre la population civile par les autorités du pays destinataire. Cette hypothèse peut s'imposer en particulier au vu du destinataire final et/ou de son rôle et/ou du type de matériel de guerre à livrer et de ses caractéristiques.

Let. e : risques élevés de voir le matériel de guerre à exporter transmis à un destinataire final non souhaité

- b. l'État d'origine informe la Suisse qu'il exige son consentement pour la réexportation et que celui-ci fait défaut ;
- c. l'État de destination interdit l'importation.

Les explications concernant la révision totale de l'OCB du 3.6.2016 précisent les points suivants :

- Le **principe qui prévaut** dans l'OCB est que l'**exportation** de biens doit être **avalisée** au cas par cas **à partir du moment où aucun des motifs de refus** mentionnés à l'art. 6 LCB **ne peut être invoqué**.
- Ce principe n'est pas applicable à l'octroi d'une licence générale d'exportation. **Ce dernier est un privilège d'exportation** qui peut – mais pas obligatoirement – être accordé par le SECO uniquement à des exportateurs fiables pour des exportations clairement autorisées sur le plan légal. Inversement, l'octroi d'une licence générale d'exportation est exclu si la licence est en contradiction avec l'art. 6 LCB. Une licence générale d'exportation a valeur d'allégement administratif tant pour le requérant que pour le SECO en sa qualité d'autorité octroyant les permis.
- **L'art. 6, OCB** a été reformulé à l'occasion de la révision totale de 2016 et **ne va pas au-delà des dispositions de l'art. 6 LCB**. Il ne met en lumière qu'un aspect de l'art. 6, al. 1, LCB : alors que la disposition de la loi englobe toutes les activités soumises à autorisation, la disposition de l'ordonnance continue de se concentrer sur l'autorisation d'exporter des biens. L'objectif de la refonte de l'art. 6 OCB était de rendre plus concrets les critères de refus de l'art. 6, al. 1, let. a et b, LCB en lien avec l'exportation de biens.

Al. 1 de l'art. 6, OCB :

- La **let. a** concerne l'interdiction d'exporter des biens destinés au développement, à la production, à l'utilisation, à la transmission ou à l'engagement d'engins explosifs nucléaires, d'armes biologiques et chimiques, et de leurs systèmes vecteurs (armes ABC). Cette interdiction se fonde sur des accords internationaux (notamment la Convention sur les armes chimiques, la Convention sur les armes biologiques et le traité de non-prolifération) et les règles des régimes de contrôle à l'exportation (GA, GFN, RCTM).
- La **let. b** se réfère à l'armement conventionnel et s'inspire, dans sa nouvelle formulation, des recommandations de l'AW. Alors que, jusqu'ici, il était question d'évaluer le comportement d'un État étranger, la nouvelle formulation se réfère elle à l'ampleur de l'armement conventionnel et à ses conséquences.
- La **let. c** évoque le cas où, bien qu'il n'y ait aucun indice que les conditions de la let. a ou b seraient remplies, il y a lieu de penser que les marchandises ne resteront pas chez le destinataire final déclaré.

Al. 2 : la disposition de l'art. 6, OCB précise quand les motifs de refus visés à l'art. 6, al. 1, let. b, LCB peuvent s'appliquer. Les conditions décrites incluent la prise en compte, par des États partenaires, des refus qui leur ont été notifiés par d'autres États partenaires (*denial notification* ; let. a), ou l'absence d'une autorisation de réexportation ou d'importation, respectivement de l'État d'origine ou de l'État de destination (**let. b et c**).

		<p>Art. 23, LMFG : Livraison de pièces de rechange</p> <ul style="list-style-type: none"> - Principe selon lequel l'exportation de pièces de rechange destinées à du matériel de guerre est autorisée dès lors qu'aucune circonstance exceptionnelle ne survient entre-temps, qui justifierait la révocation de la première autorisation. <ul style="list-style-type: none"> o <u>ACF du 14.11.2007</u> : Les livraisons de pièces de rechange sont autorisées pour autant qu'<i>aucune circonstance exceptionnelle ne survient</i> -> la suspension de la Constitution et le limogeage de juges de la Cour suprême au Pakistan constituent des « circonstances exceptionnelles » de cet ordre justifiant de suspendre l'autorisation → seuil d'intervention élevé, encore plus élevé pour une révocation (art. 19 al. 2, LMFG). o <u>Intervention parlementaire 16.3102 (lp Friedl)</u>: « [...] Pour ce qui est des pays participant à l'intervention militaire au Yémen, le Conseil fédéral ne juge actuellement pas nécessaire, vu sa décision du 20 avril 2016, de suspendre ou d'interdire les livraisons de pièces de rechange. » <p>Exemple : Pratique actuelle envers l'Arabie saoudite¹</p>	<p>Il faut également mentionner l'art. 27, qui règle les compétences dans la procédure de permis :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Le SECO (ou, le cas échéant, l'OFEN ; v. l'art. 3, al. 2, OCB) est l'autorité autorisée à délivrer les permis. - <u>Le SECO autorise les demandes de permis individuels lorsque rien n'indique qu'il existe un motif de refus visé à l'art. 6 LCB.</u> Cela traduit le principe évoqué dans le commentaire de l'art. 6 OCB, qui dispose que, selon l'art. 6 LCB, il faut autoriser les activités en l'absence de motif légal d'opposer un refus. - <u>Le SECO rejette les demandes de permis en présence manifeste d'un motif de refus visé à l'art. 6 LCB.</u> Cette disposition est applicable à tous les types d'autorisation, aussi bien aux permis individuels qu'aux licences générales d'exportation. - Dans le cas où il s'avère difficile de déterminer s'il faut autoriser ou rejeter une demande ou dans celui où le SECO songe à la possibilité d'autoriser une demande d'exportation d'un bien alors même qu'un État partenaire du GA, du GFN ou du RCTM a refusé l'exportation d'un bien similaire et l'a signalé aux autres États partenaires (réglementation dite <i>no-undercut</i>), les demandes de permis individuel sont soumises au groupe interdépartemental des contrôles à l'exportation, dirigé par le SECO, pour prise de décision. Si le groupe n'arrive pas à tomber d'accord, le Conseil fédéral tranche sur proposition du DEFR. <p><u>Pas d'arrêt des exportations généralisé :</u></p> <p>Il convient de souligner que le Conseil fédéral n'a jamais fait en sorte de donner un coup d'arrêt à l'exportation de biens à double usage ou de biens militaires spécifiques par pays, excepté dans le cadre de la reprise de listes de sanctions de l'ONU ou de mesures de l'UE reprises sur la base de la loi sur les embargos.</p>
--	--	---	--

¹ Pratique actuelle envers l'Arabie saoudite Les demandes d'exportation de matériel de guerre doivent être analysées au cas par cas au moyen de tous les critères d'autorisation de l'art. 22, LMFG, en relation avec l'art. 5, OMG. En raison des violations graves et systématiques des droits de l'homme (art. 5, al. 2, let. b, OMG ; cf. ACF 2009), une autorisation d'exportation à destination de l'Arabie saoudite ne peut être délivrée que si le risque est faible que le matériel de guerre à exporter soit utilisé pour commettre des violations graves des droits de l'homme (p. ex. systèmes de défense antiaérienne ; art. 5, al. 4, LMFG). Les autres critères d'autorisation doivent en outre être contrôlés : ainsi, en ce qui concerne l'Arabie saoudite, le maintien de la paix, de la sécurité internationale et de la stabilité régionale (al. 1, let. a) joue un rôle de premier plan. À cet égard, le Conseil fédéral a par exemple décidé, le 20 avril 2016, que les autorisations ne seront pas accordées s'il y a une raison de croire que le matériel de guerre à exporter est destiné à être utilisé dans le conflit au Yémen. Cela étant, l'exportation de pièces de rechange destinées à du matériel de guerre dont l'exportation a été autorisée, peut, sur la base de l'art. 23 LMFG, être également autorisée. Cela n'est toutefois valable que s'il n'existe aucune raison de croire que les pièces de rechange sont utilisées dans le conflit au Yémen. Dans la pratique, de telles livraisons de pièces détachées ont été dernièrement autorisées.

Vue d'ensemble des critères d'autorisation et des solutions envisageables

