

Le cadre juridique des affaires compensatoires et du controlling de celles-ci

Rapport succinct sur mandat du CPA*

par Etienne POLTIER, Professeur honoraire de l'Université de Lausanne

28 avril 2021

I.	Eléments introductifs	2
II.	Le cadre normatif	3
A.	Parenthèse terminologique	3
B.	La politique de défense et de sécurité de la Suisse.....	4
C.	Les relations internationales de la Suisse	5
D.	La régulation du commerce international, spécialement s'agissant de l'acquisition d'armement par les États.....	6
1.	La réglementation découlant de l'AMP	6
2.	Le droit interne : le régime découlant de la LMP	7
III.	Le principe de la légalité, spécialement dans le domaine des affaires compensatoires	7
A.	Le principe de la légalité : généralités	7
B.	Le principe de la légalité et les affaires compensatoires.....	9
1.	Le principe de la hiérarchie des normes.....	9
2.	Le principe de la suprématie de la loi	9
a)	L'adoption de directives.....	9
b)	Les opérations d'acquisition de matériel proprement dites	10
3.	Le principe de la base légale (ou de la réserve de la loi)	11
IV.	La collaboration avec le secteur privé dans la mise en œuvre du <i>controlling</i> des affaires compensatoires ; respect du principe de la légalité ?	11
V.	Remarques conclusives	12

* *Avertissement*: Le présent rapport est le fruit d'un travail d'accompagnement juridique, par le soussigné, d'un audit réalisé par le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) portant sur les affaires compensatoires et leur *controlling*. Il s'agit d'un rapport succinct, de sorte que l'appareil critique qui l'accompagne est limité à l'essentiel.

Comme on le verra plus loin, la régulation applicable dans le domaine des affaires compensatoires est extrêmement svelte ; le Conseil fédéral lui-même indique expressément avoir pris l'option de limiter la réglementation en cette matière autant que possible¹. Néanmoins, après quelques éléments introductifs (ch. I ci-après), la présentation du cadre normatif applicable constitue le point de départ de la présente analyse (II) ; elle se poursuivra par la vérification du respect du principe de la légalité dans le domaine des affaires compensatoires (III). On y ajoutera quelques réflexions sur le *controlling* mis en place en cette matière (IV). Le rapport s'achèvera par quelques remarques conclusives (V).

Ce faisant, les lignes qui suivent répondent au mandat confié au soussigné par le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA). L'accent initial était mis sur le principe de la légalité et son respect dans les affaires compensatoires ; par la suite, le CPA a souhaité un prolongement de l'analyse à la légalité du *controlling* des affaires compensatoires.

I. Eléments introductifs

L'État acquiert divers biens et services : ces prestations sont désignées par la notion de « marchés publics ». À cet égard, l'État bénéficie d'une liberté de choix fondamentale : il a la faculté de délivrer la prestation lui-même ; il a aussi celle de recourir au marché pour se procurer les biens et services nécessaires (en anglais, on parle de l'alternative « *make or buy* »). Et, s'il acquiert la prestation sur le marché, il est tenu, par des règles de droit international et de droit interne, de respecter certaines procédures, prévues dans la législation sur les marchés publics. L'objectif de ce dispositif préconisé par l'Organisation mondiale du commerce est de favoriser le jeu de la libre concurrence en matière d'acquisitions publiques et cela au-delà des frontières nationales. Dans cette ligne prévalait jusqu'ici l'adage « *no policy by public procurement* » ; autrement dit l'État ne doit pas conduire de politique publique lorsqu'il acquiert des biens ou des services, mais doit se laisser guider (exclusivement) par les mécanismes du marché.

Cependant, dans le domaine de la sécurité et notamment des armements destinés à l'armée, les exigences du droit international ne s'appliquent pas, au contraire de règles internes assez sommaires (pour plus de détails à ce sujet, voir ci-après ch. II/B et C). Dans cette mesure, le cadre normatif de l'acquisition d'armes, spécialement à l'étranger, constitue pratiquement une feuille blanche.

De fait, la Suisse, comme de nombreux États de taille moyenne, dispose en matière d'armements d'une *liberté de choix* : elle peut soit fabriquer elle-même (en interne, par l'intermédiaire de RUAG, ou avec le concours des industries nationales) ces armements ; elle peut également se les procurer sur les marchés étrangers (le principe de neutralité ne s'y oppose pas). C'est précisément ce dont il s'agit ici ; à l'instar d'autres États, la Suisse a souvent pris l'option d'une acquisition d'armements à l'étranger, notamment lorsqu'il s'agit d'acquérir des systèmes complexes ou des appareils très coûteux, comme des avions de combat. Dans un tel contexte, la Suisse, dès lors que le droit international régissant les marchés publics autorise une exception en matière d'armements, a la possibilité de lier de telles acquisitions à des contre-affaires ou **affaires compensatoires** (ou encore *offset* ou participations industrielles) ; à l'instar de très nombreux pays, elle utilise effectivement cette faculté : le fournisseur étranger (entrepreneur général) doit de ce fait acquérir des prestations auprès de fournisseurs suisses, agissant par exemple en qualité de sous-traitants.

Il faut relever que les éléments de ce choix sont extrêmement complexes. Néanmoins, deux dimensions peuvent être soulignées dans le cadre de cette *politique d'armement* (en tant

¹ Principes du Conseil fédéral en matière de politique d'armement du DDPS, du 24 octobre 2018, FF 2018 7241, spécialement p. 7249.

que politique publique particulière, sectorielle) : tout d'abord, la Suisse devrait tendre à maîtriser dans toute la mesure du possible ses équipements destinés à la sécurité ; d'un autre côté, la fabrication, par ses propres forces (y compris son économie nationale), d'armements complexes serait extrêmement coûteuse. La solution trouvée constitue dans une certaine mesure un compromis entre ces deux finalités. L'acquisition s'opère sur les marchés étrangers, à *meilleur coût* qu'une solution développée uniquement sur un plan interne ; par ailleurs, les fournisseurs étrangers doivent procéder à leur tour à des acquisitions sur le marché suisse, ce qui est de nature à permettre à la Suisse d'avoir ou de regagner une *maîtrise* aussi large possible sur les éléments-clés de sa sécurité. Ce faisant il s'agit de développer ce que l'on appelle *la base technologique et industrielle importante pour la sécurité* (BTIS). Les deux buts que l'on vient d'évoquer peuvent ensuite se décliner en de nombreux objectifs (principaux ou secondaires), voire s'accompagner d'objectifs accessoires, en gardant à l'esprit que la sécurité devrait être prioritaire, mais que le soutien à l'économie nationale, spécialement la BTIS, lui est fortement lié. Ainsi, contrairement à ce qui prévaut dans le régime ordinaire des marchés publics (on en rappelle un principe de base : « *no policy by public procurement* »), les acquisitions d'armements, dans la mesure où elles sont couplées avec des affaires compensatoires, sont précisément motivées par une politique publique de soutien à la BTIS.

Dans le contexte de cette politique publique d'armement, l'on peut distinguer diverses phases, notamment la *planification*, puis celle de la *mise en œuvre*.

S'agissant de la phase de planification, l'on peut mentionner ici le récent arrêté fédéral relatif à l'acquisition de nouveaux avions de combat ; cet arrêté, adopté par le Parlement le 20 décembre 2019, a fait l'objet d'un referendum, mais le peuple a confirmé cette décision dans un scrutin du 27 septembre 2020. Dans le cadre de cet *arrêté de planification*, le Parlement a autorisé le Conseil fédéral à acquérir des avions de combat ; il a également fixé un certain nombre de paramètres à respecter dans cette opération. L'un d'entre eux a trait aux affaires compensatoires ; en substance, ces dernières doivent renforcer la BTIS, étant précisé que, en principe, la valeur de l'acquisition doit être compensée à hauteur de 60 % (plus spécialement 20 % de compensation directe et 40 % de compensation indirecte). Enfin, une répartition régionale des affaires compensatoires est prévue (65 % en Suisse alémanique, 30 % en Suisse romande et 5 % en Suisse italienne).

II. Le cadre normatif

Après un bref rappel terminologique (A), on dressera un panorama des dispositions topiques comportant des règles de droit, cela aussi bien au niveau constitutionnel, légal ou encore réglementaire. Au premier chef, les affaires compensatoires constituent un élément de la politique de sécurité menée par la Confédération ; c'est ce premier aspect qui sera examiné tout d'abord (B). Par ailleurs, les affaires compensatoires prennent place dans le commerce international. Il faut donc rappeler qu'elles jouent un rôle s'agissant des relations internationales de la Suisse, certes dans un domaine très spécifique (C). On mettra enfin l'accent sur la régulation du commerce international et plus spécifiquement sur celui des armes (D).

A. Parenthèse terminologique

En droit, l'on s'attache au premier chef à la notion de « *règle de droit* » ; elle fait l'objet d'une définition à l'**art. 22 al. 4 LParl.** Même si cette définition est en partie incomplète (en effet, certaines dispositions, qui doivent aussi être considérées comme des règles de droit, ne

fixent que des objectifs, sans être nécessairement d'application directe²), elle doit servir ici de guide. Ainsi, la règle de droit est comprise comme une disposition à caractère général et abstrait, d'application directe, qui fixe des obligations, confère des droits ou attribue des compétences.

Quoi qu'il en soit, les dispositions de la **Constitution**, de la **loi formelle** (adoptée par le Parlement et sujette à referendum), ainsi que des **ordonnances** (le Conseil fédéral est l'organe compétent pour en adopter ; cette attribution peut cependant être déléguée, par exemple à un département)³ contiennent de règles de droit (s'agissant des ordonnances, on parle alors d'ordonnance « *législative* » parce qu'elles contiennent de telles règles). Le gouvernement et l'administration adoptent au surplus de nombreux textes, d'une autre nature, notamment des directives (on parle aussi à cet égard d'ordonnances « *administratives* ») ; ces textes ne comportent cependant pas de règles de droit au sens de l'art. 22 al. 4 LParl⁴.

Les *directives analysées* par le Rapport du CPA (les directives émanant du Conseil fédéral, du département ou encore d'*Armasuisse*⁵) constituent toutes des ordonnances « administratives » (ou directives, soit des textes qui ne comportent pas de règles de droit). Autrement dit, ces textes ne comportent pas de véritables « normes », soit des règles de droit à caractère contraignant, mais se bornent à fixer des directions que l'administration doit suivre dans son activité. Ces ordonnances « administratives » ou directives, qui sont des instruments de gestion et de direction, sont fondées au demeurant sur le pouvoir hiérarchique ; il est alors logique que les directives du Conseil fédéral priment celles du département, qui priment à leur tour celles d'*Armasuisse*. De manière générale, les ordonnances administratives, quand bien même elles ne créent pas de droits ou d'obligations pour les tiers, sont contraignantes pour toutes les entités et agents subordonnés hiérarchiquement à leurs auteurs (mais ceux-ci peuvent s'en écarter dans des circonstances particulières)⁶. Il en va enfin de même des exigences posées dans l'arrêté fédéral relatif aux avions de combat, évoqué plus haut ; en effet, l'arrêté en question est un *acte de planification*⁷ et les paramètres posés à l'art. 2 de celui-ci ont une nature indicative (même si leur légitimité est forte), de sorte qu'il ne s'agit pas de règles de droit à proprement parler. Le Conseil fédéral est d'ailleurs habilité à s'en écarter en cas de changement de circonstances sur des points importants⁸.

B. La politique de défense et de sécurité de la Suisse

Les dispositions des art. 57 ss de la *Constitution fédérale* (Cst.) fournissent les grandes lignes de la politique de sécurité et de défense de la Confédération. L'art. 58 al. 1 prévoit ainsi, notamment, que la Suisse dispose d'une armée, celle-ci relevant pour l'essentiel de la compétence de la Confédération (al. 1 et 3 ; voir aussi art. 60 qui précise que l'équipement

² Voir à ce propos MOOR/FLÜCKIGER/ MARTENET, Droit administratif I, p.51 ss et 61 ss.

³ Voir à ce propos MOOR/FLÜCKIGER/ MARTENET, Droit administratif I, p. 207, 214 ss et, au sujet des ordonnances législatives, 241 ss. Le terme de « règlement », synonyme de celui d'ordonnance, n'est pas usuel en droit fédéral, contrairement au droit cantonal où il est fréquent.

⁴ Sur la notion d'ordonnance administrative, voir MOOR/FLÜCKIGER/ MARTENET, Droit administratif I, p. 420 ss.

⁵ Controlling des affaires compensatoires, Rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'intention de la Commission de gestion du Conseil des États (ci-après : Rapport CPA), ch. 2.1.

⁶ MOOR/FLÜCKIGER/ MARTENET, Droit administratif I, 59 s. et 420 ss.

⁷ Il est fondé en effet sur l'art. 28 al. 1^{bis} let. c LParl. Sur les actes de planification, voir aussi MOOR/FLÜCKIGER/ MARTENET, Droit administratif I, p. 432 ss.

⁸ Voir le Message relatif à cet arrêté, FF 2019 4861.

de l'armée relève de la compétence de la Confédération⁹). La *loi fédérale*, du 3 février 1995, sur l'armée et l'administration militaire¹⁰ met en œuvre cette compétence. En particulier, l'art. 106 LAAM prévoit que la Confédération acquiert le matériel de l'armée (al. 1 ; elle doit le faire « *si possible auprès d'un fabricant suisse et en prenant en considération toutes les régions du pays* », selon l'al. 2). On soulignera que cette dernière disposition a été introduite dans une nouvelle du 18 mars 2016, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018 ; au demeurant ces précisions ont été introduites lors du débat parlementaire, alors que le projet du Conseil fédéral ne prévoyait rien à ce sujet. L'art. 109b LAAM autorise au surplus expressément la coopération en matière d'armement avec des États partenaires et notamment la conclusion d'accords portant sur l'acquisition d'armement. On cite encore ici pour mémoire l'*ordonnance* du DDPS, du 26 mars 2018, sur l'acquisition, l'utilisation et la mise hors service du matériel¹¹ ; les art. 7 ss de cette ordonnance traitent de l'acquisition du matériel nécessaire à l'armée (sans mettre en œuvre en détail l'art. 106 al. 2 LAAM précité (ce texte décrit plutôt un mode de gestion, notamment s'agissant de projets d'acquisition complexes).

On signale aussi, comme autre exemple de mise en œuvre de l'art. 60 al. 2 Cst., le projet de loi fédérale sur le fonds d'acquisition de l'avion de combat Gripen¹². Dans le cadre de ce projet, le Conseil fédéral avait choisi la voie de la loi en relation avec l'acquisition projetée (et non celle d'un arrêté de planification, comme cela a été le cas pour le projet ultérieur, Air2030¹³) ; mais ce texte avait échoué devant le peuple à l'occasion d'un referendum.

C. Les relations internationales de la Suisse

Les art. 54 ss Cst. traitent des relations de la Suisse avec l'étranger ; l'art. 54 al. 2 précise en particulier que la Confédération s'attache à préserver l'indépendance de la Suisse, ainsi qu'à promouvoir la coexistence pacifique des peuples¹⁴.

Dans cette perspective, il faut signaler également l'art. 107 Cst., spécialement son alinéa 2, relatif au matériel de la guerre ; à teneur de cette disposition, la Confédération « *légifère sur la fabrication, l'acquisition, la distribution, l'importation, l'exportation et le transit de matériel de guerre* ». À cet égard, le but poursuivi par cette norme relève de la politique de sécurité et de la défense nationale, ainsi que de la politique extérieure, de la politique de neutralité, notamment ; pour reprendre la formule de Aubert¹⁵, d'un côté, la Suisse a besoin d'une industrie d'armement pour préserver son indépendance et, de l'autre, elle doit se souvenir que ce n'est pas en multipliant les exportations de matériel de guerre qu'elle contribuera à promouvoir la coexistence pacifique des peuples. Cette disposition comporte l'attribution à la Confédération d'une compétence législative obligatoire¹⁶ ; ce mandat a été réalisé (en partie tout au moins) par l'adoption de la *loi fédérale* du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre¹⁷. L'art. 1 LFMG rappelle ce double but et notamment celui du « *maintien en Suisse d'une capacité industrielle adaptée aux besoins de sa défense* ». On voit donc apparaître ici la BTIS, centrale dans le domaine des affaires compensatoires. Cependant, cette loi vise

⁹ Voir à ce propos LUBISHTANI, in : Martenet/Dubey, Commentaire romand de la constitution fédérale, Bâle 2021 (cité ci-après : CR Cst.-AUTEUR, art. X N Y) : LUBISHTANI, art. 60 N 18 ss.

¹⁰ Ci-après : LAAM ; RS 510.10.

¹¹ OMat ; RS 514.20.

¹² FF 2012 8559 ; voir aussi le message y relatif : FF 2012 8559 ; ce projet prévoyait d'ailleurs des affaires compensatoires à hauteur de 100% du montant de l'acquisition.

¹³ Arrêté évoqué plus haut, sous I *in fine*.

¹⁴ CR Cst.-MAROONIAN/KOLB, art. 54 N 43 s. et 55 ss.

¹⁵ AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Genève 2003, art. 107, n° 8.

¹⁶ AUBERT, op. cit., n° 4.

¹⁷ Ci-après : LFMG ; RS 514.51.

essentiellement à encadrer **les exportations** de matériel de guerre par des entreprises suisses. Elle évoque cependant aussi l'importation de matériel de guerre (visée par le mandat constitutionnel), mais de manière accessoire ; ainsi, à teneur de l'art. 17 al. 4 LFMG, aucune autorisation d'importation n'est requise pour l'importation de matériel de guerre destiné à la Confédération (art. 17 al. 4 lit. a LFMG).

En somme, malgré l'art. 107 al. 2 Cst., l'importation de matériel de guerre destiné à la Confédération ne fait l'objet d'aucune règle particulière dans cette législation spéciale¹⁸.

D. La régulation du commerce international, spécialement s'agissant de l'acquisition d'armement par les États

Pour accomplir leurs diverses tâches publiques, les États ont besoin d'acquérir des biens et des services d'une ampleur considérable. Dans le souhait d'éviter une approche protectionniste, l'Organisation mondiale du commerce a pu mettre sur pied un accord portant sur les marchés publics¹⁹. Jusqu'ici, une première version de cet accord était applicable pour la Suisse : conclue le 15 avril 1994, elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996. Ce texte a été remplacé tout récemment par celui de l'AMP 2012, conclu à Genève le 30 mars 2012 ; son entrée en vigueur pour la Suisse est intervenue le 1^{er} janvier 2021. Cette réglementation internationale est mise en œuvre en Suisse, pour ce qui est des acquisitions de la Confédération (seule en cause s'agissant de matériel de guerre), par la *loi fédérale* du 21 juin 2019 *sur les marchés publics* (et ses dispositions d'application ; la loi précitée a remplacé dès le 1^{er} janvier 2021 la loi du 16 décembre 1994 sur le même objet²⁰).

1. La réglementation découlant de l'AMP

Il faut d'emblée souligner que l'accord international examiné ici prévoit une ouverture des marchés publics à la concurrence internationale. Or, le mécanisme des affaires compensatoires heurte de front ce principe ou en tous les cas le limite fortement. Par exemple, lorsque la Confédération achète des prestations informatiques, elle limiterait très fortement l'accès à un tel marché si elle exigeait que le montant de ses acquisitions soit compensé par le fournisseur étranger, contraint dès lors d'acquérir en Suisse des prestations équivalentes. L'AMP 1994 ne prévoyait rien à cet égard ; en revanche l'AMP 2012 le proscriit expressément à l'art. IV (6) (mais cette disposition n'est qu'une confirmation d'un point déjà admis sous l'empire de l'AMP 1994). Cependant, l'AMP 2012 ménage une exception en matière d'achat d'équipement militaire, cela afin de sauvegarder les intérêts de la sécurité nationale des États membres²¹. La Suisse a fait usage de cette réglementation d'exception dans le cadre de ses engagements, annexés à l'accord AMP (ceci dans ses deux versions successives). En effet, elle s'engage seulement à ouvrir à la concurrence les marchés relatifs à des matériels dits à « double usage » selon la liste exhaustive figurant dans l'annexe 1 de l'appendice I pour la Suisse à cet accord ; les autres matériels nécessaires à la défense sont exclus²².

¹⁸ Voir au surplus CR Cst.-ADANK, art. 107 N 20 ss, qui met l'accent sur l'exportation de matériel de guerre et non son importation, tout en évoquant la BTIS (N 28).

¹⁹ Ci-après : AMP ; RS 0.632.231.422. Pour plus de détails sur le régime découlant de cet accord, voir Etienne POLTIER, *Droit de marchés publics*, Berne 2014, notamment p. 5 s. et 13 ss.

²⁰ Ces deux lois sont abrégées LMP, respectivement, 1994 ou 2019 ; RS 172.056.1. Pour les textes d'application, voir principalement l'ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics ; elle a remplacé au 1^{er} janvier 2021 celle du 11 décembre 1995 (abrégés respectivement OMP 1995 ou 2020 ; RS 172.056.11).

²¹ Art. XXIII AMP 1994 ; Art. III.1 AMP 2012.

²² Voir également dans le même sens l'annexe 4 de l'AMP 2012 ; ce texte est d'ailleurs plus explicite.

2. Le droit interne : le régime découlant de la LMP

Dans le cadre de la LMP 1994, le législateur a mis en œuvre ses engagements internationaux. Ainsi, l'art. 3 al. 1 lit. e LMP prévoit que la loi n'est pas applicable à l'acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, notamment. L'OMP 1995 comportait au surplus diverses dispositions générales (art. 32 ss) applicables aux acquisitions non soumises à la loi, ainsi celles auxquelles procèdent les entreprises d'armement (art. 32b OMP 1995). Il en résultait que les entreprises d'armement pouvaient procéder à de telles acquisitions en choisissant la procédure sur invitation (procédure qui était donc facultative), ce indépendamment des valeurs seuil (art. 35 al. 3 let. a OMP 1995). Le nouveau droit reprend cette solution²³. Il découle en outre de ce régime que le soumissionnaire évincé ne dispose d'aucune voie de recours à l'encontre de la décision d'adjudication prononcée en faveur de son concurrent (art. 52 al. 2 et annexe 5 let. c LMP 2019)²⁴.

La pratique et la jurisprudence ont confirmé ces solutions, par exemple à l'occasion de l'acquisition d'hélicoptères pour l'armée auprès de l'entreprise Agusta²⁵.

On en retire un premier résultat : l'acquisition de matériel de guerre par la Confédération échappe aux accords internationaux ; elle a donc la faculté de lier ces acquisitions à des affaires compensatoires, sans violer l'AMP. Au demeurant, de nombreux pays en font de même, ce qui confirme que la Suisse, à cet égard, respecte ses obligations internationales²⁶.

Pour le surplus, le droit interne suisse soumet l'acquisition de matériel de guerre partiellement au droit des marchés publics ; en substance cette acquisition **peut** intervenir dans le cadre d'une procédure sur invitation, mais la décision qui met fin à cette procédure, spécialement l'adjudication, n'est pas susceptible de recours. Il en découle en outre que cette procédure sur invitation implique une mise en concurrence partielle, fondée sur des documents d'appel d'offres et dans laquelle le pouvoir adjudicateur doit demander au moins trois offres (art. 20 al. 2 LMP 2019)²⁷.

III. Le principe de la légalité, spécialement dans le domaine des affaires compensatoires

A. Le principe de la légalité : généralités

Le principe de la légalité²⁸ recouvre deux aspects ou plutôt, compte tenu de leur importance, deux sous-principes :

²³ Art. 20 al. 3 LMP 2019. Voir à ce propos Hans Rudolf TRÜEB (éd.), Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020, spéc. WALTER P., Art. 20 N 8 ss.

²⁴ Handkommentar TRÜEB, ZOBL M., Art. 52 N 27. Voir aussi art. 2 al. 3 dernière phrase LMP 1994.

²⁵ Voir à ce sujet l'enquête préalable menée par le secrétariat de la Commission fédérale de la concurrence, DPC 2007/4, p. 517 ss ; voir aussi la recommandation de la ComCo, DPC 2008/2, p. 356, qui suggérait une modification législative afin d'introduire des voies de recours en la matière. Voir aussi sur ces questions POLTIER, op. cit., p. 149 et 156 et les références.

²⁶ Voir en outre à cet égard Cristina DUGA, Les politiques d'offset (compensation). Enjeux généraux et étude du cas de l'Afrique du Sud, thèse Grenoble 2016.

²⁷ Les art. 35 al. 2 et 37 OMP 1995 aboutissaient au même résultat ; selon l'art. 37 précité, les offres devaient être évaluées sur la base de critères d'adjudication, de manière que le marché puisse être adjugé au soumissionnaire ayant présenté « l'offre la plus avantageuse économiquement ». On note encore à ce propos que le processus d'acquisition des nouveaux avions de combat, en cours actuellement, a suivi la voie d'une procédure sur invitation et qu'il est régi par la LMP 1994 (l'appel d'offres étant antérieur au 1.1.2021).

²⁸ Voir à ce propos MOOR/FLÜCKIGER/ MARTENET, Droit administratif I, p. 621 ss et 649 ss.

- le principe de la *suprématie de la loi* ; il exige que toute activité de l'État soit conforme au droit ou plus précisément à l'ensemble des règles de l'ordre juridique ;
- le principe de la *réserve de la loi* (ou principe de la *base légale*) ; selon ce dernier, l'État, s'il veut agir, doit bénéficier en outre d'une habilitation de la loi pour le faire ; à défaut, l'État est condamné à la passivité et donc à ne pas intervenir dans les activités privées.

Ces deux aspects du principe de la légalité, s'ils sont distincts, apparaissent complémentaires l'un de l'autre. Dans le cadre du principe de la suprématie de la loi, la loi apparaît comme une limite (négative) à l'intervention de l'État. Le principe de la réserve de la loi exige au surplus que l'intervention de l'État repose sur un fondement légal ; il implique donc une habilitation (positive) à l'action de ce dernier. Il vise ainsi, notamment, à préserver une sphère d'activités privée, libre d'intervention étatique, là où la loi n'en prévoit pas²⁹. Lorsque l'État obéit à ces deux facettes du principe de la légalité, il apparaît comme régi par le droit, d'où la formule « État de droit ». L'article 5 al. 1 Cst., sous la note marginale « Principes de l'activité de l'État régi par le droit », exprime d'ailleurs l'un et l'autre de ces principes de la manière suivante :

« *Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État.* »

On notera encore que le principe de la *suprématie de la loi* prolonge et complète le principe de la *hiérarchie des normes*³⁰. En effet, il n'y aurait guère de sens à exiger que la règle de droit de rang inférieur respecte celle de niveau supérieur si l'*activité concrète* de l'État ne devait pas à son tour être conforme à « l'ensemble » de ces différentes normes. Cette exigence vaut pour toute forme d'activité de l'État : en premier lieu, les décisions ; cependant, les contrats de droit administratif, comme les actes matériels de l'administration doivent eux aussi être conformes au droit. Il en va de même enfin des contrats de droit privé passés par l'administration.

Auparavant jurisprudentiel, le fondement du principe de la suprématie de la loi se trouve désormais exprimé à l'article 5 al. 1 Cst., cité plus haut (« *Le droit est [...] la limite de l'activité de l'État* »).

Le principe de la *base légale* exige que toute activité de l'État repose sur une règle de droit qui l'habilite à agir. Cette exigence³¹ d'une norme, permettant l'activité de l'État, est de nature, entre autres fonctions, à préserver l'existence d'une sphère privée et le libre exercice des activités économiques. Ce principe a d'ailleurs été développé d'abord en relation avec les restrictions aux libertés publiques, ainsi que dans le domaine fiscal. Cependant, la jurisprudence en a étendu l'application pratiquement à l'ensemble des activités administratives et notamment à l'administration de prestation³². Y échappent néanmoins en partie les activités de l'administration visant à la couverture de ses *besoins courants* (*Bedarfsverwaltung* ; par exemple l'acquisition des biens mobiliers et immobiliers nécessaires à l'accomplissement des tâches publiques)³³. Dans ce domaine, le principe

²⁹ Sur ces points, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 621 ss, spéc. 624 s.

³⁰ Il découle de ce principe (presque banal) que la règle de rang inférieur doit être conforme à celle de rang supérieur (par exemple, l'ordonnance doit être conforme à la loi).

³¹ Ce principe implique aussi le respect d'autres exigences : certaines ont trait au niveau de la norme et d'autres concernent la densité (la précision) de celle-ci. Voir aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p.656 ss et 674 ss.

³² Voir en particulier ATF 103 Ia 369, Wäffler ; cet arrêt constitue un véritable tournant de la jurisprudence.

³³ Sur cette notion, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berne 2014, p. 25 ss.

précité ne s'applique que si l'activité en cause est soumise au droit public (ce qui est rare ; tel est le cas cependant de l'engagement des agents publics par l'État)³⁴.

Une dernière remarque : *la densité normative*, la précision de la règle de droit peut varier. Lorsqu'elle est imprécise, l'interprétation, parmi d'autres méthodes, se référera aux finalités, buts et objectifs poursuivis par le constituant ou le législateur (méthode téléologique) pour en dégager le sens.

B. Le principe de la légalité et les affaires compensatoires

On abordera ici successivement les diverses dimensions (ci-dessus A) que comporte ce principe. La vérification du respect des différentes facettes de ce principe entre dans la notion de « contrôle de la légalité », qui relève de la compétence des tribunaux, lorsqu'ils peuvent être saisis, mais aussi du Parlement, dans le cadre de la haute surveillance qu'il exerce sur les activités du gouvernement et de l'administration (art. 26 al. 3 let. a LParl).

1. Le principe de la hiérarchie des normes

À cet égard, il s'agit de s'assurer que les normes de rang inférieur soient conformes à celles de rang supérieur (ainsi l'ordonnance doit l'être à la loi, qui elle-même doit être conforme à la Constitution). On y ajoute ici l'exigence de la conformité des textes de droit interne avec les dispositions directement applicables du droit international (sans s'étendre sur ce thème ici, certaines dispositions de l'accord AMP sont directement applicables ; mais ce n'est pas le cas de toutes les dispositions de ce texte).

En l'occurrence, il faut constater d'emblée que le régime prévu pour les acquisitions d'armement (art. 20 al. 3 et 21 al. 3 LMP 2019) est pleinement conforme au droit international ; tel est en particulier le cas de l'exigence d'affaires compensatoires dans le cadre de l'acquisition d'armement auprès d'entreprises étrangères³⁵.

2. Le principe de la suprématie de la loi

Ce principe doit s'appliquer à toute activité de l'État. Tel est le cas de l'adoption de directives, comme aussi de la conclusion de contrats de droit administratif ou de droit privé par l'administration.

a) L'adoption de directives

On se souvient qu'il s'agit là d'instruments de gestion, ne comportant pas de règles de droit. Logiquement, ceux-ci doivent ainsi respecter l'ensemble des normes de l'ordre juridique pour respecter ce principe. Le Rapport du CPA passe en revue leur contenu³⁶ ; il n'y a pas d'indication permettant de retenir que ces documents violent la Constitution, la loi ou l'ordonnance. On peut néanmoins observer qu'aucun de ces textes ne mentionne l'art. 106 (ni d'ailleurs l'art. 109b) LAAM, qui concerne pourtant l'acquisition du matériel de l'armée ; or celui-ci, à son alinéa 2, prescrit expressément (certes « *si possible* ») l'acquisition de ce matériel « *en prenant en considération toutes les régions du pays* » ; une telle règle devrait être comprise, à tout le moins, comme fixant un objectif à suivre lors de l'acquisition de matériel par l'armée. À cet égard, il faut admettre que les affaires compensatoires interviennent dans le cadre du contrat passé avec un fournisseur étranger ; il ne s'agit donc pas directement de l'acquisition du matériel de l'armée (au sens étroit, seul le contrat passé

³⁴ Voir à ce propos TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, op. cit., p. 137 et 147 ; il va d'ailleurs de soi que l'État, lorsqu'il est autorisé à agir sur la base du droit privé, doit respecter les dispositions du CC et du CO.

³⁵ Voir au surplus ci-dessus II/D 1 et 2.

³⁶ Rapport CPA, ch. 2.1.

avec ce fournisseur répond à la notion) ; il n'en reste pas moins que, indirectement, l'affaire compensatoire entre dans l'opération d'acquisition, sous la forme d'une charge, pleinement conforme à l'art. 106 al. 2 LAAM. Ainsi, l'on doit pouvoir considérer que cette prise en considération des régions du pays devrait, de par la loi, intervenir dans le contexte des affaires compensatoires (certes à nouveau « *si possible* »). Il faut d'ailleurs observer que les dernières directives adoptées tendent à prendre en considération cet aspect (mais le Conseil fédéral et sans doute le DDPS et *Armasuisse* souhaitent ne pas être liés trop strictement à cet égard).

b) Les opérations d'acquisition de matériel proprement dites

Sont visés ici les contrats conclus avec les fournisseurs étrangers. Ces acquisitions peuvent faire l'objet d'une mise en concurrence partielle, sous la forme d'une procédure sur invitation, qui doit alors être conforme à la législation fédérale sur les marchés publics (principalement, auparavant, à l'OMP 1995 ; désormais à l'art. 20 al. 3 LMP 2019 ; mais le gré à gré reste possible, notamment s'il s'agit de préserver une entreprise de la BTIS : art. 21 al. 3 LMP 2019³⁷). En procédure sur invitation, trois offres au moins devraient être sollicitées. Cependant, plus intéressantes sont les règles de cette procédure sur invitation qui devraient être appliquées : un cahier des charges doit être établi, des critères d'adjudication doivent être adoptés³⁸. Dans ce contexte, il est possible de prévoir un critère lié aux affaires compensatoires³⁹ ; cela est d'ailleurs le cas dans le cadre du programme d'acquisition de nouveaux avions de combat (ce critère y pèse pour 10 % dans l'évaluation des offres). À cet égard, il faut relever qu'*Armasuisse* n'a pas adopté une pratique généralisée d'application de ce critère dans ses programmes d'armement. La question se pose cependant de l'opportunité d'une telle solution⁴⁰ ; en somme, cela permettrait de mieux cerner les objectifs assignés par *Armasuisse* aux affaires compensatoires imposées au fournisseur étranger, entrepreneur général.

Les exigences précitées sont posées en amont, avant la conclusion du contrat passé avec le fournisseur. Dans une seconde phase, l'intérêt se déplace sur l'exécution du contrat et sur l'effectivité des affaires compensatoires conclues par le fournisseur étranger choisi. La question ici est celle du suivi des contrats, qu'il appartient à *Armasuisse* de mettre en œuvre, notamment au travers de l'analyse des « *Offset Declaration Forms* », remises par les entreprises suisses actives dans les affaires compensatoires en cause ; en cas de non-respect, *Armasuisse* pourrait activer les clauses pénales figurant dans ces contrats (régis par le code des obligations et, dès lors, susceptibles d'être soumis en cas de litige au juge civil ; voire à un arbitrage⁴¹). Ce processus, plus globalement, entre dans le champ du *controlling* (voir sur ce point IV, ci-dessous).

³⁷ Handkommentar TRÜEB, AESCHBACHER/KREBS, Art. 21 N 29 s.

³⁸ Handkommentar TRÜEB, WALTER, Art. 20 N 4 s.

³⁹ Certes, de tels critères peuvent apparaître comme des « critères étrangers au marché », voire des critères marquant une préférence locale, en principe incompatibles avec le droit ordinaire des marchés publics (voir à ce propos POLTIER, op. cit. p.203 ss). Toutefois, les affaires compensatoires ne sont possibles qu'en dérogation au droit des marchés publics ; si elles sont admises sur le principe, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'elles puissent aussi trouver leur place dans des critères d'adjudication.

⁴⁰ D'autres questions devraient dans ce cas être abordées : quelles seraient les exigences adressées aux concurrents s'agissant de ce critère et comment ces exigences seraient-elles évaluées ?

⁴¹ Pour un exemple où une telle clause a été appliquée : TF, arrêt du 18 février 2021, 2D_12/2020 ; le jugement retient la compétence du juge civil pour connaître de telles clauses pénales.

3. Le principe de la base légale (ou de la réserve de la loi)

On se souvient que ce principe ne s'applique normalement pas lorsque l'administration agit sur le terrain du droit privé, comme en l'espèce. En somme, l'idée est ici la suivante : la base constitutionnelle et la base légale relative à la tâche publique en cause (ici la défense militaire) constituent un fondement suffisant pour permettre à l'administration de procéder à l'acquisition de biens et de services nécessaires à l'exécution de cette tâche⁴².

IV. La collaboration avec le secteur privé dans la mise en œuvre du *controlling* des affaires compensatoires ; respect du principe de la légalité ?

En dernier lieu, on abordera brièvement une question qui déborde du premier thème de la présente étude, soit la légalité des affaires compensatoires ; elle concerne la légalité du **controlling**, tel qu'il est exercé sur (et par) Armasuisse en la matière.

Il faut observer d'abord que le *controlling*, prévu par l'article 21 OLOGA constitue un **moyen de direction** de l'administration fédérale⁴³. Plus largement, c'est au Conseil fédéral qu'il appartient de diriger l'administration fédérale (article 178 Cst.), étant précisé qu'il peut déléguer aux départements, voire aux offices certaines de ses prérogatives à cet égard⁴⁴. Il faut souligner que les dispositions de la LOGA sont largement suffisantes pour fonder un tel *controlling* ; prévu expressément à l'art. 21 OLOGA, cet instrument de direction et de contrôle, disponible à tous les échelons de l'Administration centrale, s'appuie sur d'autres normes de rang supérieur, l'art. 178 Cst. précité et des dispositions de la LOGA : 8, 38, 42 et 45 notamment.

Au surplus, il entre dans les tâches d'Armasuisse (l'acquisition de l'équipement militaire entre en effet dans ses attributions) d'assurer le suivi des contrats conclus avec les fournisseurs ; et le code des obligations fournit bien évidemment à Armasuisse des moyens, relevant certes du droit privé, de direction – c'est lui qui procède à la commande – et de contrôle – c'est lui qui peut vérifier que la prestation reçue est conforme à ce qui était souhaité. Ces diverses dispositions ne permettent en revanche pas de prescrire un *controlling* d'une intensité déterminée ; c'est là une question de choix du mode de gestion, qui relève essentiellement de l'opportunité, aussi longtemps que la solution retenue reste dans un cadre raisonnable et proportionné⁴⁵.

Dans le domaine particulier des affaires compensatoires, le secteur privé joue, à lire le règlement OBB et le Rapport du CPA, un rôle très important (en partie mis en question d'ailleurs) ; on peut alors se demander si l'on se trouve en présence d'une délégation de cette tâche de contrôle à des acteurs privés. Or, une telle délégation suppose, à teneur de l'article 178 al. 3 Cst., une base légale formelle⁴⁶. On l'a vu cependant, une loi formelle comportant une telle délégation fait défaut. Autrement dit, le concours du secteur privé au *controlling* n'est pas possible s'il atteint l'intensité correspondant à une « **délégation de tâches publiques** » au sens de cette disposition. Une autre qualification est certes possible : il peut s'agir d'un simple mandat, régi par exemple par les dispositions du code des obligations (on peut d'ailleurs se demander si un tel mandat pourrait, voire devrait faire

⁴² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, op. cit., p. 147.

⁴³ Cette disposition figure en effet dans le chapitre 3 de cette ordonnance, intitulé « Direction de l'activité du gouvernement et de l'administration ».

⁴⁴ Art. 35 ss LOGA (voir spéc. art. 35, 37 et 45 LOGA). CR Cst.-POLTIER Art. 178 N 21 ss.

⁴⁵ A titre de comparaison, on signale que la Conférence des achats de la Confédération (CA) publie chaque année un rapport de « Controlling des achats de de l'administration fédérale » (CoA adm. féd.), son approche, portant sur un domaine voisin, paraît plus serrée, que celle retenue en matière d'affaires compensatoires. La vérification de la CA porte principalement sur la régularité et la durabilité des achats publics. Voir aussi Rapport du 18.09.2020 sur les marchés publics des services d'achat centraux de la Confédération en 2019 (Armasuisse, OFROU, OFCL et CVC).

⁴⁶ CR Cst.-POLTIER Art. 178 N 42 ss.

l'objet d'un marché public au sens de la LMP). Tel serait le cas si l'appui du secteur privé correspondait à une expertise technique ; il en irait de même s'il représentait un appui de nature logistique (tenue d'un secrétariat, établissement de statistiques, p. ex. ; l'organisme privé ne serait dans ces cas qu'un *Verwaltungshelfer*). Par contre, si des prérogatives essentielles relevant du *controlling* étaient confiées aux acteurs privés concernés, par exemple le *controlling* stratégique, on sortirait sans doute du cadre d'un simple mandat pour entrer dans le domaine de la délégation ; il en irait de même si l'organisme privé se voyait attribuer le pouvoir d'accorder ou de rejeter, en son nom, une transaction comme éligible au titre des affaires compensatoires ou celui d'accorder ou non un multiplicateur.

Quoi qu'il en soit, le Rapport du CPA montre que le règlement OBB est pour le moins touffu et qu'il ne donne pas toujours de réponses claires aux questions ci-dessus, pourtant essentielles pour déterminer les responsabilités en la matière⁴⁷. La question de la nature juridique de ce règlement (s'agit-il d'un simple contrat relevant du droit privé ?) n'est pas non plus évidente ; on parle certes de « partenariat public-privé », mais cela ne correspond à aucune catégorie juridique bien définie.

V. Remarques conclusives

Force est de relever, après ce tour d'horizon, que le cadre normatif (en tant qu'ensemble de règles de droit) régissant les affaires compensatoires est extrêmement svelte. Ce constat suggère des pistes de réflexion :

a) *Convient-il d'étoffer ce cadre normatif ?* On peut observer à cet égard que la Confédération dispose de bases constitutionnelles pour cela (aux art. 58 et 107 Cst. notamment ; cette dernière disposition permettrait de régler plus en détail les importations de matériel de guerre, même par la Confédération ; d'autres voies sont possibles, par exemple au travers de l'adoption de règles d'application de l'art. 106 LAAM). La question de l'opportunité de telles règles reste néanmoins posée, compte tenu d'ailleurs de la réticence du Conseil fédéral à cet égard (voir au surplus let. e ci-dessous).

b) Dans la mesure où cet appareil normatif est très peu contraignant, le gouvernement et l'administration (spécialement le DDPS et Armasuisse) ne rencontrent que peu de difficultés à le respecter. Certes, on peut s'étonner que l'art. 106 al 2 LAAM ne soit pas évoqué dans les directives analysées. Il reste que l'exigence d'une prise en considération des régions dans la distribution des affaires compensatoires est un aspect désormais pris en considération en pratique (en tous les cas, la transparence s'est accrue sur ce volet dans la période récente). Il n'y a donc guère de difficulté du côté du respect du *principe de la suprématie de la loi*.

c) On a vu par ailleurs que *le principe de la réserve de la loi* ne s'applique pas dans le cadre de la *Bedarfsverwaltung* et notamment dans le cadre de l'acquisition de matériel militaire. Ce principe ne soulève dès lors pas de difficulté non plus. On pourrait tout au plus se demander si les dispositions prises en matière d'affaires compensatoires peuvent être qualifiées « d'avantages appréciables en argent » accordés aux entreprises de la BTIS, pour constituer en définitive une forme de *subvention* (assimilable à une aide financière en nature). Dans ce cas, une base légale eût été nécessaire⁴⁸. Sans doute, certains auteurs considèrent que la concurrence peut se trouver faussée par le biais du régime des affaires compensatoires, ce qui peut être dommageable à l'évolution du tissu économique suisse ; cette remarque est sans doute en partie fondée sur le terrain de la concurrence

⁴⁷ Rapport du CPA, ch. 5.4 et 7.4, ainsi que 3.4.

⁴⁸ Voir à ce propos MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 715 ss. On pense bien sûr aux « aides financières » régies par la LF du 5 octobre 1990 sur les subventions (RS 616.1).

internationale. Sur le plan interne, tel ne devrait en revanche pas être le cas. Il faut tenter, à cet égard, de comprendre comment se déroule le choix d'un sous-traitant suisse par le fournisseur étranger qui a obtenu le marché principal. Ce dernier doit en effet réduire ses coûts, exposé qu'il est aux pressions de la concurrence ; en conséquence, il va chercher à sélectionner, parmi les entreprises suisses de la BTIS, celle qui lui offrira la prestation la plus favorable. En d'autres termes, la concurrence devrait jouer – selon les vœux d'ailleurs du Conseil fédéral – entre les prestataires suisses entrant en considération. Dans cette mesure, on ne voit pas que le mécanisme des affaires compensatoires puisse être considéré comme analogue à une subvention (faussant la concurrence sur le marché interne suisse). Cela étant, il paraît douteux que l'on puisse étendre, en droit suisse, la notion de subvention aux affaires compensatoires.

d) Les acquisitions de matériel de guerre auprès de fournisseurs étrangers, comportant des affaires compensatoires, apparaissent ainsi **pleinement conformes au principe de la légalité**, ce d'autant que le mécanisme ne viole pas le droit international. Il va en outre de soi que les opérations concrètes portant sur l'acquisition de matériel de guerre doivent obéir, il est vrai partiellement seulement, à la législation suisse sur les marchés publics. La prise en compte des affaires compensatoires devrait sans doute intervenir d'abord au stade de l'appel d'offres ou de l'élaboration du cahier des charges, au travers d'un critère d'adjudication (à l'instar de ce qui a prévalu en matière d'avions de combat) ; le fonctionnement de ce critère pourrait constituer un élément intéressant pour le controlling des affaires compensatoires, à tout le moins en amont de la conclusion des contrats principaux passés avec les fournisseurs. L'analyse du suivi de ces contrats paraît au surplus reposer sur de bonnes bases, dont la mise en œuvre gagnerait à être surveillée.

e) On reprend ici la première remarque (ci-dessus a) : faut-il étoffer le cadre normatif (au sens strict) ? Cette dernière question relève au premier chef de l'opportunité politique ; les remarques qui suivent seront donc prudentes et sommaires. Il reste que deux points devraient sans doute d'être développés au niveau de la loi formelle ou, à défaut, dans une ordonnance législative. Cette seconde solution serait peut-être préférable, dans la mesure où elle offre beaucoup plus de souplesse, en cas d'évolution des techniques et de l'économie.

En premier lieu, *la BTIS* est omniprésente dans le domaine des affaires compensatoires (elle est aussi présente dans le domaine des exportations d'armes, tout en étant peut-être au second plan). Le Rapport du CPA parvient à la conclusion que le périmètre de celle-ci est défini de manière floue⁴⁹ ; il serait dès lors opportun de préciser ce qui est visé à cet égard : en d'autres termes, le tissu économique qu'il convient de soutenir par le biais des affaires compensatoires (voire aussi, accessoirement, dans le régime des exportations d'armes ; on pourrait d'ailleurs le faire dans le cadre des dispositions d'application de la LFMG ; c'est toutefois là une suggestion que le soussigné n'a pas creusée de manière approfondie) pourrait être circonscrit, dans les grandes lignes, dans une norme.

Par ailleurs, le Rapport du CPA montre *l'imbrication étroite entre Confédération et secteur privé en matière de controlling des affaires compensatoires*⁵⁰. Il serait peut-être opportun à cet égard qu'un texte (là aussi sans doute sous forme d'ordonnance) précise quelque peu les rôles en cette matière. Cela permettrait d'éviter que le secteur privé se voie déléguer une tâche publique dans ce domaine, sans base légale ; en outre, il serait possible ainsi de marquer l'indépendance du controlling, qui apparaît aujourd'hui à certains comme trop proche des milieux de l'industrie privée qui y prennent part actuellement.

⁴⁹ Rapport du CPA, ch. 5.3.

⁵⁰ Rapport du CPA, ch. 5.4 et 7.4, ainsi que 3.4.