



Evelyne Schmid*

Critères d'Exclusion relatifs aux exportations du matériel de guerre Teneur, pratique, chantiers et désaccords 2008–2018

3/2018

Sicherheit Recht
Sécurité & Droit

Technik Sicherheit

157

Cette contribution discute en détail les critères qui s'opposent à l'octroi des licences d'exportation du matériel de guerre et les révisions de l'ordonnance correspondante entre 2008 et 2018. L'auteure présente un argument en deux points : d'une part, le Conseil fédéral interprète les critères d'exclusion de l'Ordonnance sur le matériel de guerre d'une manière qui est juridiquement inadaptée. D'autre part, la révision de 2014 a eu pour effet de modifier la structure de la révision de 2008 et le Conseil fédéral a proposé d'affaiblir davantage la législation. Dans ce contexte, l'auteure discute les enjeux de régler les critères d'exclusion dans la loi et le rapport des critères d'exclusion avec les buts énumérés dans la loi fédérale sur le matériel de guerre.

Dieser Beitrag befasst sich ausführlich mit den Kriterien, welche der Erteilung von Bewilligungen für die Ausfuhr von Kriegsmaterial entgegenstehen, sowie mit den zwischen 2008 und 2018 erfolgten Änderungen der entsprechenden Verordnung. Die Verfasserin bringt in ihrer Argumentation zwei Punkte vor: Einerseits legt der Bundesrat die Ausschlusskriterien der Kriegsmaterialverordnung in juristisch nicht stimmiger Weise aus. Andererseits hat die Revision von 2014 dazu geführt, dass die Struktur der Revision von 2008 verändert wurde. Der Bundesrat schlug 2018 eine weitere Abschwächung vor. In diesem Zusammenhang beschäftigt sich die Autorin mit der Option, die Ausschlusskriterien im Gesetz zu regeln, sowie mit dem Verhältnis dieser Kriterien zu den im Kriegsmaterialgesetz aufgezählten Zielen.

Contenu

- I. Introduction
 1. La situation de départ
 2. Le régime de contrôle en bref et la révision de 2008
 3. Révisions de l'OMG entre 2008–2018
 - 3.1 L'introduction d'une dérogation en lien avec la situation des droits de l'homme dans le pays de destination (2014)
 - 3.2 Les modifications proposées en 2018 et les réactions
- II. Les exportations vers des pays impliqués dans des conflits armés
 1. Les interprétations du CF
 2. Analyse de l'interprétation du CF
 - 2.1 Droit de la neutralité
 - 2.2 Mandats de l'ONU
 - 2.3 Le consentement de l'État concerné
 - 2.4 Un critère territorial ?
 - 2.5 Le type de matériel de guerre
 - 2.6 Conclusion préliminaire
- III. Perspectives et enjeux
 1. Quelques aspects pour des recherches futures
 2. Le niveau normatif
 3. Des « conséquences juridiquement obligatoires » ?
 4. Quel droit international public ?

I. Introduction

En août 2008, le Conseil fédéral (CF) a modifié l'Ordonnance sur le matériel de guerre (OMG). L'OMG révisée est entrée en vigueur le 12 décembre 2008.¹ Depuis cette révision, l'ordonnance contient un nouvel alinéa avec des critères qui sont censés « éviter des exportations sujettes à controverses. »² La révision de 2008 a notamment introduit l'exclusion de l'octroi de licences concernant les marchés passés avec l'étranger si « le pays de destination viole systématiquement et gravement les droits de l'homme » et « si le pays de destination est impliqué dans un conflit armé interne ou international » (art. 5 al. 2 lettre a et b OMG). Une décennie après cette révision, il est inévitable de constater que la révision n'a pas réussi à éviter des exportations controversées. Comme c'était déjà le cas avant la révision de 2008, des considérations humanitaires et éthiques s'opposent notamment à des considérations économiques de l'industrie d'armement suisse (ou l'industrie de la technique de la défense/Wehrtechnik – le terme préféré par l'industrie).³

* Evelyne Schmid est professeure associée en droit international public à l'Université de Lausanne. L'auteure tient à remercier vivement ses assistants Mme Constance Kaempfer, titulaire du brevet d'avocate, et M. Raphaël Marlétaz, MLaw, de leur relecture attentive du manuscrit. En 2009, l'auteure avait coordonné la lettre ouverte des 70 experts juridiques en lien avec l'interprétation de l'Ordonnance sur le matériel de guerre. Cette lettre est disponible en français et en allemand avec la liste complète des signataires sur <http://bit.ly/Lettre_OMG>. Cette contribution n'engage que l'auteure. Tous les sites web ont été visités le 11 octobre 2018.

¹ Ordonnance sur le matériel de guerre (OMG), du 25 février 1998, RS 514.511, modifiée par l'ordonnance du 27 août 2008 (entrée en vigueur le 12 décembre 2008) RO 2008 5495.

² CF, Communiqué de presse du 27 août 2008.

³ JÖRG KÜNZLI, Vom Umgang des Rechtsstaats mit Unrechtsregimes: Völker- und landesrechtliche Grenzen des Verhaltensspielraums der schweizerischen Aussenpolitik gegenüber Völkerrecht missachtenden Staaten, Habil. Bern 2008, 4 ss, 558. FRANK PETERMANN,

Cette contribution a pour objectif de commenter les dispositions les plus importantes de l'OMG et les révisions entre 2008 et 2018, y compris les chantiers actuels, et de les situer dans leur contexte normatif et politique. Je présente un raisonnement en deux points : d'une part, j'explique que le CF interprète l'OMG d'une manière qui est juridiquement inadaptée. D'autre part, j'expose que la révision de 2014 et les propositions de 2018 ont visé une modification de la structure du nouvel alinéa introduit il y a dix ans. Tandis que certaines modifications introduites depuis 2008 ont renforcé l'ordonnance, notamment en lien avec les déclarations de non-réexportation,⁴ la modification en 2014 du régime de contrôle et son interprétation l'ont affaibli.

La structure de l'article est la suivante : la section introductive résume la situation juridique et empirique de départ et explique brièvement les bases du fonctionnement du contrôle des exportations du matériel de guerre en Suisse ainsi que la révision de l'OMG en 2008 et les changements intervenus durant les dix dernières années (section I). La deuxième section est consacrée à l'interprétation de l'OMG en lien avec les conflits armés (section II) et l'article conclura avec quatre réflexions (section III).

1. La situation de départ

L'OMG est une ordonnance dépendante basée sur la loi du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (LFMG, RS 514.51) – qui est basée sur l'art. 107 al. 2 Cst.⁵ Le champ d'application de la LFMG est limité au contrôle de la fabrication et du transfert de matériel de guerre et de la technologie y relative et n'inclut pas les soi-disant « biens militaires spécifiques ». Ces derniers incluent notamment certaines catégories d'avions Pilatus.⁶ Ceux-ci tombent dans le champ d'application de la loi sur le contrôle des biens et l'ordonnance sur le contrôle des biens utilisables à des fins civiles et militaires, des biens militaires spécifiques et des biens stratégiques du 3 juin 2016 (Ordonnance sur le contrôle des biens, OCB, RS 946.202.1).⁷ Le fait que la Suisse connaisse une catégorie de biens militaires spécifiques réglés dans une autre loi est une controverse séparée que je n'aborderai pas ici.⁸

Dual-Use: Aspekte des Bundesgesetzes über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter sowie besonderer militärischer Güter und der Güterlisten, Zürich 2014, 177. Sur l'argument sécuritaire et le besoin d'une industrie d'armement domestique v. section I.3.2.

⁴ RO 2012 5533.

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

⁶ Art. 3 c de la loi fédérale sur le contrôle des biens utilisables à des fins civiles et militaires, des biens militaires spécifiques et des biens stratégiques du 13 décembre 1996 (Loi sur le contrôle des biens, LCB, RS 946.202).

⁷ L'exportation des biens militaires spécifiques peut uniquement être exclue en cas d'embargo (art. 3 LCB) ou si le CF utilise son pouvoir de prendre des mesures conformément aux arts. 184 al. 3 ou 185 al. 3 Cst.

⁸ En général, v. JEAN-MARIE PELLAUX, L'affaire Pilatus : les milieux engagés et la Suisse officielle face aux exportations d'armes (1978–1985), Fribourg 2008. Plus récemment PETERMANN (N 3), 171 ss, 174. JÖRG KÜNZLI, Blossie Pendelausschlüsse oder nachhaltige Richtungsän-

derung des schweizerischen Rüstungsexportrechts?, Sicherheit & Recht 2009, 141 ss, 143s.

Par la suite, l'article se concentrera sur les critères d'autorisation de l'OMG concernant l'exportation de matériel de guerre. Au cours de cette analyse, nous constaterons que les désaccords concernent notamment les critères en lien avec les conflits armés et les droits humains.

Les exportations de matériel de guerre relèvent en même temps des affaires étrangères et des affaires internes. Quand les autorités décident d'octroyer ou de refuser une autorisation d'exportation, elles sont liées par la Constitution fédérale qui demande qu'elles s'attachent « à préserver l'indépendance et la prospérité de la Suisse » et à contribuer « notamment à soulager les populations dans le besoin et à lutter contre la pauvreté ainsi qu'à promouvoir le respect des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique des peuples et la préservation des ressources naturelles » (art. 54 al. 2 Cst.). De plus, les autorités doivent respecter les obligations internationales de la Suisse (art. 5. al. 4 Cst.).⁹ L'article premier de la LFMG ajoute que les autorités doivent poursuivre ces buts, « tout en permettant le maintien en Suisse d'une capacité industrielle adaptée aux besoins de sa défense ». Comme l'exprimait la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N), cet article premier de la LFMG est au cœur d'une situation législative dans laquelle, « selon la nature de la requête ou de la demande préalable, [les objectifs de la législation suisse sur le matériel de guerre] constituent autant de conditions qui peuvent ne pas toutes être remplies simultanément ».¹⁰ Un rédacteur de la Revue militaire suisse explique que ce défi existe notamment quand l'industrie « poursuit ses propres buts parfois éloignés de ceux de la Confédération ».¹¹ La solution proposée par le CF en 2008 pour gérer ces défis était d'exclure entièrement certaines exportations tandis que d'autres pouvaient être admises selon une pesée des intérêts structurée autour de certains critères. Je reviendrai sur la remise en question de cette structure à la fin de cet article.

Le CF maintient depuis longtemps qu'un « régime sévère de contrôle garantit qu'aucune arme suisse ne [puisse] être exportée dans des régions menacées de conflits ».¹² Il soutient également depuis longtemps, même avant la révision de l'OMG en 2008, qu'il est conforme à la « pratique admise jusqu'ici » que « l'autorisation requise [ne soit] pas accordée quand les droits de l'homme [sont] gravement et systématiquement violés dans l'État de destination des exportations en question. »¹³ En ce qui concerne l'Arabie saoudite, le CF a expliqué en 2017 qu'« [e]n raison de la situation insatisfaisante des droits de l'homme en Arabie saoudite, ... seule la livraison de pièces de rechange destinées à du

derung des schweizerischen Rüstungsexportrechts?, Sicherheit & Recht 2009, 141 ss, 143s.

⁹ V. section III.4.

¹⁰ FF 2007 1993, 2000.

¹¹ JULIEN GRAND, Compte-rendu du livre « L'affaire Pilatus », Revue militaire suisse 2011, 44 ss, 46.

¹² P.ex. FF 2001 237, 309.

¹³ Avis du CF du 27 mai 1998 à l'interpellation 98.3098. Avis du CF du 21 février 2007 sur le rapport du 7 novembre 2006 de la CdG-N, FF 2007 2013, 2023.

matériel de guerre est encore possible ..., lorsqu'il n'y a aucune raison de supposer que ledit matériel pourrait être utilisé au Yémen. »¹⁴ À d'autres reprises, le CF a refusé l'octroi de certaines autorisations envers l'Arabie saoudite, l'Égypte et le Pakistan¹⁵, alors qu'il avait indiqué en 2012 et en 2016 que des exportations autres que des pièces de rechange étaient autorisées vers l'Arabie saoudite.¹⁶ À ce propos, la thèse d'habilitation de JÖRG KÜNZLI contient un aperçu détaillé de la pratique des autorisations (jusqu'à la fin de l'année 2007) qui indique p.ex. que l'Arabie saoudite et d'autres États ont pu se procurer du matériel de guerre suisse malgré des situations problématiques du point de vue des droits de l'homme.¹⁷ En ce qui concerne les conflits armés, HANSJÖRG MEYER, ancien juriste du Secrétariat général du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) est d'avis que « chaque autorisation implique un risque que le matériel de guerre soit ensuite utilisé dans des conflits armés d'une façon qu'on n'approuverait pas en fin de compte ». ¹⁸ Ailleurs en Europe, les exportations du matériel de guerre en général et envers l'Arabie saoudite en particulier sont également controversées. L'Allemagne a récemment décidé d'arrêter toutes les exportations du matériel de guerre vers l'Arabie saoudite et le parlement européen a adopté une résolution dans ce sens, mais 17 pays de l'UE (Union européenne) ont fourni du matériel de guerre à ce pays en 2015.¹⁹

Si on considère le volume des exportations, la Suisse est un exportateur relativement important. En 2017, elle a vendu pour 446,8 millions de francs de matériel de guerre (et des biens militaires spécifiques pour 71 millions de francs).²⁰ Pour tenir compte des fluctuations importantes d'une année à l'autre, il est plus pertinent de considérer des chiffres sur une durée plus longue. Durant la dernière décennie (2008 à 2017), la Suisse était au 14^{ème} rang des pays au niveau international si on considère les chiffres absolus et au 5^{ème} rang mondial si on calcule les chiffres d'exportations per capita.²¹ Selon SIMON PLÜSS, responsable du secteur Contrôles à l'exportation/Matériel de guerre du SECO, « [l]a Suisse se situe loin devant la majorité des pays, particulièrement concernant les exportations en direction des pays en voie de développement ».²²

tation/Matériel de guerre du SECO, « [l]a Suisse se situe loin devant la majorité des pays, particulièrement concernant les exportations en direction des pays en voie de développement ».²²

2. Le régime de contrôle en bref et la révision de 2008

L'art. 22 LFMG pose le principe selon lequel les exportations du matériel de guerre sont autorisées si elles « 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 ». L'article 5 OMG précise cette disposition. À son premier alinéa, l'art. 5 contient une liste de considérations que les autorités doivent prendre en compte (mais qui n'ont pas de conséquence juridique prédéterminée). Ces considérations sont le maintien de la paix, la situation qui prévaut dans le pays de destination (notamment droits de l'homme et enfants-soldats), les efforts déployés par la Suisse dans le domaine de la coopération au développement,²³ l'attitude du pays de destination envers la communauté internationale et son respect du droit international et la conduite adoptée par d'autres pays à l'encontre du pays de destination potentiel. Ces considérations faisaient déjà partie de l'OMG avant la révision de 2008.

Depuis 2008, le deuxième alinéa de l'article 5 contient une liste de conditions de refus d'autorisation.²⁴ Le CF précise dans le rapport explicatif que le nouvel alinéa contient des critères d'exclusion qui « énumèrent désormais les motifs qui s'opposent en tout état de cause à l'octroi d'une licence ». ²⁵ Sauf pour l'usage privé ou sportif,²⁶ une autorisation ne doit pas être accordée :

- « si le pays de destination est impliqué dans un conflit armé interne ou international;
- si le pays de destination viole systématiquement et gravement les droits de l'homme;
- s'il y a de forts risques que, dans le pays de destination, le matériel de guerre à exporter soit utilisé contre la population civile; ou
- s'il y a de forts risques que, dans le pays de destination, le matériel de guerre à exporter soit transmis à un destinataire final non souhaité. »

¹⁴ Avis du CF du 10 mai 2017 à l'interpellation 17.3104.

¹⁵ Secrétariat d'État à l'économie (SECO), Communiqué de presse (25 mars 2009). La presse a ensuite révélé des lacunes dans ce communiqué de presse : Weitere Rüstungsexporte nach Pakistan, NZZ am Sonntag, 1 novembre 2009.

¹⁶ Avis du CF du 15 février 2012, interpellation 11.4069 (« majoritairement » des pièces de rechange, mais aussi des munitions). Communiqué de presse du CF du 20 avril 2016 (matériel conçu pour la défense antiaérienne et des munitions).

¹⁷ KÜNZLI (N 3), 567 ss.

¹⁸ HANSJÖRG MEYER, Das Kriegsmaterialgesetz, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnemarktrecht, 2007, 165–199, Rz. 59.

¹⁹ Bundesregierung stoppt Rüstungsexporte nach Saudi-Arabien, Handelsblatt, 19 janvier 2018. Résolution du Parlement européen du 13 septembre 2017 sur les exportations d'armements (P8_TA [2017] 0344, para. 17). Rapport du Conseil définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires du 16 mai 2017, C 153/01.

²⁰ SECO, Communiqué de presse (27 février 2018).

²¹ Calculé sur la base de chiffres du SIPRI, Trends in international arms transfers 2008 à 2017 (données à disposition sur demande; NB le SIPRI ne tient compte que des armes conventionnelles majeures).

(Au 2^{ème} rang pour l'année 2015 : RENÉ A. RHINOW, et al., Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 3553a.)

²² Exporter des armes dans les pays en guerre civile ?, ATS, 4 novembre 2017.

²³ Entre 2008 et 2014, les exportations vers les pays figurant parmi les moins avancés sur la liste de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) étaient entièrement exclues. Depuis 2014, ce critère a été déclassé en considération du premier alinéa (RO 2014 3045).

²⁴ Un critère a été supprimé en 2014 (lettre c), RO 2014 3045.

²⁵ CF, Commentaire des modifications du 27 août 2008 de l'ordonnance sur le matériel de guerre (en allemand uniquement), <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/12842.pdf>> (traduction par l'auteur).

²⁶ Art. 5 al. 3 OMG.

Si une de ces conditions est remplie, l'OMG stipule une interdiction d'octroyer une autorisation. À cette liste de critères de refus s'ajoute, depuis 2014, une dérogation en lien avec les droits de l'homme (v. section 3.1 ci-dessous).

Néanmoins, environ la moitié de toutes les demandes tombent sous un régime assoupli : sous certaines circonstances, les autorités ont la possibilité – prévue par l'art. 18 al. 2 LFMG – de renoncer à la déclaration de non-réexportation pour des pièces détachées ou des éléments d'assemblage. Selon le volume financier, ces demandes ne sont pas examinées par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et une fois que l'exportation est autorisée, le contrôle d'une éventuelle réexportation à un destinataire non-souhaité n'est plus possible, ce qui permet des possibilités d'éluder l'application des critères d'exclusion.²⁷

La révision de l'OMG de 2008 a eu lieu dans le contexte d'une initiative populaire qui demandait une interdiction totale de l'exportation du matériel de guerre et des biens militaires spécifiques.²⁸ Le CF a rejeté l'initiative sans proposer de contre-projet.²⁹ En même temps que la publication du message sur l'initiative,³⁰ le CF a expliqué le 27 août 2008 qu'il avait révisé l'OMG pour permettre « d'éviter des exportations sujettes à controverses » et il s'est référé à l'importance des critères en lien avec les droits de l'homme et les conflits armés. Il a ajouté : « Si l'un de ces critères est rempli, l'octroi d'une autorisation est absolument exclu. À titre d'exemple, il pourrait s'agir d'une livraison de matériel de guerre à un pays de destination qui viole systématiquement et gravement les droits de l'homme ». ³¹ L'année suivante, une grande majorité d'électeurs (68,2%) et tous les cantons ont rejeté l'initiative populaire pour l'interdiction d'exporter du matériel de guerre.³² On peut en déduire que la population qui s'est exprimée par les urnes en 2009 n'est pas en faveur d'une interdiction totale de toutes les exportations du matériel de guerre et des biens militaires spécifiques. Au-delà de cette affirmation, il n'est pas possible de conclure que les votants sont nécessairement en faveur ou à l'encontre de la pratique du CF en la matière.

Au niveau procédural, les exportateurs doivent tout d'abord obtenir une autorisation initiale (art. 9 LFMG; art. 3 OMG). Celle-ci a pour but de vérifier que l'activité prévue n'est pas contraire aux intérêts du pays et que l'exportateur offre les garanties nécessaires d'une gestion régulière de ses affaires (art. 10 LFMG). Les articles 6 et 7 OMG permettent que le courtage, le commerce de matériel de guerre et le transfert de technologie à destination d'une liste de pays ne requièrent aucune autorisation spécifique (l'annexe 2 de l'OMG contient cette

liste, qui inclut p.ex. les États-Unis, la Grande-Bretagne et la France). Par contre, l'exportation de matériel de guerre nécessite toujours une autorisation spécifique.³³

Pour des exportations concrètes, l'exportateur doit déposer une demande auprès du SECO. Le SECO se prononce ensuite sur la demande. Le DFAE, et selon le contenu de la demande, d'autres autorités fédérales (p. ex. le Service de renseignement de la Confédération, le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) ou pour le domaine nucléaire, l'Office fédéral de l'énergie) doivent donner leur accord à la position du SECO. Lorsque les services compétents ne parviennent pas à s'entendre sur la suite à donner à une demande, la demande est soumise au CF pour décision à la majorité simple. Le CF statue également sur toutes les demandes « dont la portée sur le plan de la politique extérieure ou de la politique de sécurité est considérable » (art. 29 al. 2 LFMG). Les concrétisations judiciaires des critères d'autorisation sont rares étant donné que les recours contre des refus d'autorisations sont également rares. De plus, il est très difficile de contester l'octroi d'une autorisation. La procédure applicable aux recours déposés contre les décisions est régie par les dispositions générales du droit de procédure administrative fédérale (art. 29 al. 3 LFMG). Un recours est uniquement possible s'il ne tombe pas dans le catalogue d'exceptions de l'art. 32 LTAF³⁴ (ce qui constitue en pratique un premier obstacle majeur³⁵). En outre, une personne ne peut recourir contre une décision uniquement si elle est « spécialement atteinte par la décision attaquée » (art. 48b PA³⁶), ce qui a été nié p.ex. pour deux familles vivant dans les Territoires palestiniens occupés qui se sentaient menacées par des drones israéliens équipés de technologies suisses.³⁷ Pour des raisons évidentes, la procédure administrative interne de plainte (à l'autorité de surveillance et donc au Département fédéral de l'économie et ensuite au CF) est peu prometteuse parce que les mêmes acteurs, qui ont déjà été à l'origine de la décision qui déplaît à la personne qui souhaite entreprendre un recours, examineront le recours.³⁸ Selon les mots de deux représentants du SECO, « [I]e transfert de la responsabilité de l'administration vers l'exécutif donne un caractère politique à la décision d'autorisation : ce type de considérations entre alors davantage en ligne de compte, en sus de celles d'ordre juridique. »³⁹

²⁷ Sur ce sujet, cf. notamment le rapport du Contrôle fédéral des finances du 3 septembre 2018 (« Audit du contrôle du transfert de matériel de guerre »).

²⁸ FF 2008 6897.

²⁹ FF 2008 6869, notamment 6888.

³⁰ FF 2008 6869.

³¹ CF, Communiqué de presse du 27 août 2008.

³² FF 2010 3117.

³³ Sur la procédure et les compétences de chaque acteur, v MEYER (N 18), N 36 ss.

³⁴ Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF), RS 173.32.

³⁵ KÜNZLI (N 3), 189 ss qui argumente en faveur d'une application nuancée de l'exception de l'art. 32 al. 1 lettre a LTAF (« affaires relevant des relations extérieures »).

³⁶ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA), RS 172.021.

³⁷ Lettre du SECO à l'étude d'avocats qui défendait les intérêts des familles S. et Al-Q., 26 octobre 2015 (au dossier de l'auteure).

³⁸ KÜNZLI (N 3), 190 (avec d'autres références).

³⁹ SIMON PLÜSS/TOBIAS VESTNER, Les contrôles à l'exportation du matériel de guerre: un équilibre délicat entre les différents intérêts, La Vie économique 11/2012, 67 ss, 69.

3. Révisions de l'OMG entre 2008–2018

La modification la plus importante de l'OMG depuis 2008 est celle de septembre 2014. En juin 2018, le CF a annoncé (et ensuite abandonné) une modification qui a provoqué d'intenses débats.

3.1 L'introduction d'une dérogation en lien avec la situation des droits de l'homme dans le pays de destination (2014)

Depuis 2008, l'art. 5, al. 2, let. b OMG interdit les exportations vers des États qui violent systématiquement et gravement les droits humains. Il est important de souligner que le terme de violations graves et systématiques des droits de l'homme ou de « violations sérieuses » sont des termes connus en droit international qui ne peuvent pas être interprétés sans tenir compte de la pratique internationale riche qui a concrétisé ces termes,⁴⁰ un constat qui vaut également pour l'interprétation des critères du Traité sur le commerce des armes (TCA).⁴¹ Selon une étude, le DFAE tient une liste indicative d'abus que le département considère comme graves et systématiques. Cette liste incluait p.ex. la détention arbitraire, la torture ou la discrimination systématique.⁴² Depuis longtemps, l'Arabie saoudite est critiquée entre autres pour ce type d'abus.⁴³

À l'époque de la révision de 2008, le critère d'exclusion en matière de droits de l'homme (tout comme les autres critères) ne distinguait pas le système d'armes à exporter; un pays qui violait de façon grave et systématique les droits de l'homme n'était pas censé recevoir de livraisons. Néanmoins, le 19 septembre 2014, le CF modifia l'ordonnance en introduisant une dérogation qui permet désormais l'octroi d'une autorisation « si le risque est faible que le matériel de guerre à exporter soit utilisé pour commettre des violations graves des droits de l'homme ». ⁴⁴ Depuis 2014, il suffit donc que les autorités estiment ex ante, que le risque de voir le matériel concret exporté utilisé pour commettre des violations systématiques et graves est considéré comme faible, pour octroyer une autorisation. À l'origine de cette modification importante se trouvait une motion menée par la Commission de la politique de sécurité du Conseil des États qui avait pour but de « mettre un terme à la discrimination de l'industrie suisse d'armement ». ⁴⁵ Cette motion fut très controversée au Conseil national

qui l'approuva finalement par la voix prépondérante du président.⁴⁶ Quoique l'on pense de l'introduction de cette dérogation, elle signifie que le CF a accepté d'affaiblir l'ordonnance. En même temps, l'intervention de l'industrie et l'introduction de la dérogation suggèrent que le SECO a très probablement répondu à certaines demandes préliminaires en indiquant qu'il n'autoriserait pas certaines transactions envisagées entre 2008 et 2014. En tout cas, dès 2014, la situation générale des droits de l'homme en Arabie saoudite n'est plus mentionnée comme un obstacle en tant que tel à l'octroi de licences.⁴⁷

3.2 Les modifications proposées en 2018 et les réactions

Le 15 juin 2018, le CF a publié un communiqué de presse dans lequel il a annoncé vouloir affaiblir l'OMG en lien avec des pays impliqués dans des conflits non-internationaux. Suite aux réactions à cette annonce, le CF a entretemps renoncé à cette révision pour éviter « des effets contreproductifs sur la pratique actuelle en matière d'autorisation d'exportation de matériel de guerre ». ⁴⁸ L'annonce de juin 2018 a notamment provoqué une motion pendante (18.3394) qui a pour but de régler les critères d'autorisation au niveau de la loi. Le CF propose de la rejeter.

En été 2018, le CF a prévu trois mesures pour faciliter l'octroi de licences d'exportation d'armes : premièrement, « la préservation de la base industrielle » aurait dû être prise en considération en tant que critère autonome dans la procédure d'autorisation. Deuxièmement, des exportations à des pays qui sont impliqués dans un conflit armé de caractère non-international auront été possibles « s'il n'y a aucune raison de penser que le matériel de guerre à exporter sera utilisé dans un conflit armé interne ». Finalement, le CF a voulu prolonger la durée de validité des autorisations.⁴⁹

L'annonce de cette modification est arrivée après la démission de l'ancien ministre des affaires étrangères, DIDIER BURCKHALTER, qui indiquait que sa démission du CF était en partie expliquée par le fait qu'il n'était pas d'accord avec les exportations du matériel de guerre dans les zones de conflits.⁵⁰ La modification proposée a aussi été précédée d'une lettre adressée par treize entreprises suisses d'armement à la Commission de politique de sécurité du Conseil des États en novembre 2017, dans laquelle elles exprimaient leur souhait de pouvoir exporter leurs produits également dans des pays connaissant des conflits armés « internes ». ⁵¹ Le CF a considéré que la Suisse doit « maintenir en Suisse une capacité

⁴⁰ KÜNZLI (N 8), 142.

⁴¹ TAKHMINA KARIMOVA, *What amounts to "a serious violation of international human rights law"?*, Geneva 2014.

⁴² ALEXANDER SPRING, et al. (Forum Aussenpolitik), *Der schweizerische Kriegsmaterialexport auf dem Prüfstand: Divergenz zwischen Gesetzgebung und Praxis?*, Diskussionspapier Nr. 10 (2012), 26.

⁴³ P.ex. Déclaration publique conjointe d'ONGs du 29 juin 2016, MDE 23/4345/2016.

⁴⁴ Art. 5 al. 4 OMG (en vigueur depuis le 1^{er} nov. 2014, RO 2014 3045).

⁴⁵ CF, Communiqué de presse du 19 septembre 2014; Motion de la CPS-CE 13.3662; Rapport du CF en réponse au postulat 10.3622 du 18 juin 2010, 34 s.

⁴⁶ Conseil national, 6 mars 2014 (93 : 93 voix et 6 abstentions, vote nominatif).

⁴⁷ P.ex. Communiqué de presse du CF du 20 avril 2016.

⁴⁸ Communiqué de presse du CF du 31 octobre 2018.

⁴⁹ Communiqué de presse du CF du 15 juin 2018.

⁵⁰ Didier Burkhalter : « Je n'étais plus en phase avec le Conseil fédéral sur des valeurs essentielles », RTS Info, 25 avril 2018.

⁵¹ Réponse du CF du 5 mars 2018 à la question no. 18.5026; *Die Rüstungsindustrie wird erhört*, NZZ, 15 juin 2018, 17.

industrielle adaptée aux besoins de la défense nationale » et que de toute façon « les pratiques suisses en matière de licences d'exportation sont évidemment plus strictes que celles d'autres pays européens, ce qui désavantage l'industrie suisse et met en danger la base industrielle pertinente pour la politique de sécurité ». ⁵² Le maintien en Suisse d'une capacité industrielle adaptée aux besoins de sa défense est un des buts de la LFMG. Selon des experts militaires interrogés par la NZZ, l'interdépendance technologique et industrielle est aujourd'hui telle qu'une production autosuffisante n'est de toute façon plus réaliste sans fournisseurs étrangers. De plus, les besoins de la défense nationale identifiés par le DDPS concernaient, selon la NZZ, notamment l'exploitation et l'entretien du matériel de l'armée, qui ne constituent pas des besoins dépendant nécessairement des exportations. ⁵³

En tout cas, l'annonce du CF en juin 2018 de vouloir affaiblir l'OMG (sans procédure de consultation) a mené à de réactions de la part de la société civile, notamment des églises et des organisations humanitaires, dans des commentaires dans les médias et au sein du Conseil national. Six femmes, issues du PS ⁵⁴, des Verts, des Vert'libéraux, du PBD ⁵⁵, du PDC et de l'UDC ont posé une série de questions au CF. ⁵⁶ Des textes parlementaires ont été déposés dans des parlements romands pour demander au CF de revenir en arrière sur la modification proposée. ⁵⁷ Les Grands Conseils des cantons de Genève et de Neuchâtel ont adopté une résolution ⁵⁸ et celui de Genève a reçu une réponse que je discuterai à la fin de cet article. ⁵⁹

En septembre 2018, PBD et le parti vert'libéraux ont annoncé avoir formé une nouvelle alliance avec les partis de gauche, des églises et des ONG ⁶⁰ pour une initiative populaire « de rectification » contre l'assouplissement de l'OMG. Un texte d'initiative, largement basé sur les critères existants dans la version de l'OMG de 2008, a été soumis à l'examen préliminaire auprès de la Chancellerie fédérale. ⁶¹

Comme mentionné, plusieurs affaires parlementaires sont actuellement en cours en automne 2018. Sous la direction de MARTIN LANDOLT et ROSMARIE QUADRANTI, le groupe du PBD a initié deux motions et une interpellation.

La première motion (18.3394) demande « de renforcer la légitimité démocratique des décisions [en matière d'exportations du matériel de guerre et des biens militaires spécifiques] et d'étayer ainsi davantage la pratique actuelle ». Pour réaliser cet objectif, le PBD suggère d'intégrer les critères d'autorisation pour les marchés passés avec l'étranger dans la LFMG. Dans la même motion, le PBD souhaite que les critères d'exclusion figurant dans la loi sur le contrôle des biens soient adaptés par analogie à ceux de la LFMG. La motion a été adoptée par le Conseil national le 26 septembre 2018 et sera prochainement traitée par le Conseil des États. La deuxième motion (18.3395) a pour but « d'empêcher que les exportations de matériel de guerre et d'autres biens à usage militaire ne contrecarrent les efforts de la politique suisse de l'asile et des migrations » et suggère que la Suisse n'exporte pas « à destination de zones de crise pourvoyeuses de réfugiés ». Le CF a répondu qu'il « n'y a pas de lien de causalité entre les exportations de matériel de guerre suisses et la pression migratoire qui s'exerce sur notre pays ». ⁶² La motion n'a pas encore été traitée. Une interpellation (18.3396) a appelé à élaborer une analyse empirique de l'importance économique de l'industrie de l'armement en Suisse et notamment dans des régions périphériques et a entre-temps été liquidée. ⁶³ Il s'y sont ajoutés deux motions du Conseiller national PIERRE-ALAIN FRIDEZ (18.3951 et 18.3952 sur les éléments d'assemblage), une de RAPHAËL COMTE (18.4084, éléments d'assemblage) et une autre de PRISKA SEILER GRAF (18.3956, art. 1 LFMG) et un nombre considérable d'interpellations (18.3504, 18.3731, 18.3733 à 18.3738, 18.3804 et 18.3805) et de questions. Par exemple, une interpellation a été déposée par le groupe du Parti chrétien démocratique à la suite de rapports indiquant que des armes suisses avaient été trouvées entre les mains de « l'État islamique » en Libye. Le CF a répondu « qu'aucune exportation de matériel de guerre destiné à être utilisé dans des conflits n'était autorisée ». ⁶⁴

La section III revient sur les enjeux des souhaits du CF et de l'industrie qui auront eu – malgré les assertions contraires du CF – pour effet d'éroder davantage la structure de l'art. 5 OMG conçue en 2008. Même si le CF a renoncé à cette révision annoncée en juin 2018, la structure de l'art. 5 OMG est également remise en cause par une interprétation inadéquate du critère de refus en lien avec les conflits armés.

⁵² Réponse du CF du 5 mars 2018 à la question no. 18.5026 (traduite par l'auteure).

⁵³ Stochern im Ungefahren, NZZ, 22 juin 2018, 13.

⁵⁴ Parti socialiste suisse.

⁵⁵ Parti Bourgeois-Démocratique Suisse.

⁵⁶ Non au démantèlement de l'ordonnance sur le matériel de guerre, Questions 18.5026-31 (27 février 2018).

⁵⁷ Une initiative vaudoise a été renvoyé à une séance ultérieure (Grand Conseil de l'État de Vaud, 18_INI_005).

⁵⁸ Résolution 18.167 du Grand Conseil de Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel (projet déposé le 22 juin 2018 et accepté le 27 juin 2018); Résolution R 850 du Grand Conseil de la République et canton de Genève (projet déposé le 26 avril 2018); Procès-verbal, session 55, 24 mai 2018, point 137.

⁵⁹ Section III.4.

⁶⁰ Organisations non-gouvernementales.

⁶¹ Dossier média de la conférence de presse du 10 septembre 2018, disponible sur <<https://korrektur-initiative.ch>>.

⁶² Avis du CF du 14 septembre 2018, motion 18.3395.

⁶³ Dans son avis, le CF répond que les conditions-cadres compétitives pour des exportations du matériel de guerre sont essentielles pour maintenir l'existence de cette industrie et d'autre part qu'il « s'oppose à une politique industrielle qui figerait les structures ». Avis du CF du 29 août 2018 concernant l'interpellation 18.3396.

⁶⁴ Avis du CF du 21 septembre 2018, interpellation urgente 18.3735 (italique de l'auteure).

II. Les exportations vers des pays impliqués dans des conflits armés⁶⁵

Nous avons vu que depuis la révision de l'OMG en 2008, l'art. 5 al. 2 let. a OMG impose aux autorités d'examiner si le pays de destination est « impliqué dans un conflit armé interne ou international ». Si tel est le cas, l'OMG exclut de façon obligatoire l'octroi d'une autorisation. Dans ce qui suit, je commenterai la teneur du critère concerné et l'interprétation avancée par le CF et le SECO.

La notion de conflit armé est principalement définie dans les Conventions de Genève et leurs protocoles additionnels. Le droit international humanitaire établit une distinction entre les conflits armés internationaux et les conflits de caractère non-international (communément mais imprécisément appelés « conflits internes »). Cette distinction est souvent complexe, mais elle n'est pas pertinente pour interpréter l'OMG puisque le texte de celle-ci traite les conflits armés internes et internationaux sur un pied d'égalité.⁶⁶ Le droit international définit un conflit armé international comme « tout différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention de membres des forces armées ».⁶⁷

Pour la définition du conflit de caractère non-international et notamment son seuil inférieur, le point de départ est l'article 3 commun aux Conventions de Genève ainsi que le deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Il y a un conflit de caractère non international au sens de l'article 3 commun des Conventions de Genève chaque fois que le seuil d'intensité et le seuil relatif au degré d'organisation des parties sont cumulativement remplies et des affrontements ont lieu entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. En tant que moyens auxiliaires pour la détermination de ces seuils inférieurs des conflits armés non-internationaux, la jurisprudence et la doctrine fournissent des éléments de précision additionnelles.⁶⁸ Le CF a affirmé qu'en appliquant l'OMG, il s'en tiendra à ces définitions des conflits armés au sens du droit international.⁶⁹

Après avoir examiné l'existence d'un conflit armé,⁷⁰ les autorités doivent analyser si le pays de destination y est impliqué. Comme des experts en droit international l'ont affirmé en 2009 dans la lettre ouverte au CF, le terme « impliqué » n'est usuel ni en droit suisse ni en droit international : « On peut toutefois admettre que le seuil pour « être impliqué dans un conflit armé interne ou international » doit être plus bas que le seuil pour « être partie à un conflit », un concept courant en droit international humanitaire. »⁷¹ En bref, toutes les parties à un conflit sont toujours impliquées, mais pas tous les acteurs impliqués dans un conflit sont nécessairement « parties » au conflit au sens juridique du terme. Le critère décisif pour la question de savoir si un acteur est « partie au conflit » est la contribution de la force intervenante à la conduite collective des hostilités.⁷²

1. Les interprétations du CF

L'interprétation du CF de l'art. 5 al. 2 lettre a est particulière. Le CF a avancé quatre raisons juridiques pour justifier des exportations controversées vers des pays qui semblent remplir le critère d'exclusion en lien avec les conflits armés : le droit de la neutralité, les résolutions de l'ONU, le consentement de l'État en conflit au recours à la force et notamment un critère territorial présumé qui limiterait de façon significative le champ d'application de l'art. 5 alinéa 2 lettre a OMG.

Quelques semaines après la révision de l'OMG et avant son entrée en force, le CF a été sollicité pour savoir s'il était d'avis que les États-Unis ou les pays membres de l'Union européenne étaient « impliqués » à l'époque dans les conflits armés en Irak et en Afghanistan. Le CF répondit que les exportations vers les pays qui participaient à la Force internationale d'assistance et de sécurité en Irak ou à l'Operation Enduring Freedom en Afghanistan demeuraient possibles. Selon le CF, « le motif de rejet en vertu de l'article 5 alinéa 2 lettre a [OMG] ne se fonde pas directement sur l'applicabilité de la Convention [sic] de Genève, mais en premier lieu sur la notion de guerre dans le droit de la neutralité. »⁷³ Les pays concernés n'étaient donc selon le CF pas « impliqués » dans des conflits armés au sens de l'OMG.

Le CF ajouta que les exportations resteraient également possibles en vertu des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU⁷⁴ ou en vertu de l'accord de l'Afghanistan au recours à la force de la coalition sur son territoire.⁷⁵

⁶⁵ En partie, cette section est basée sur la lettre ouverte (N°) et EVELYNE SCHMID, Völkerrecht: Kriegsmaterial – Schweiz liefert trotz Exportverbot, Plädoyer: Magazin für Recht und Politik 2009 09/5, 26 ss.

⁶⁶ Par contre, si on admettait un critère territorial, ce traitement égal des deux types de conflits armés ne pourrait plus être maintenu. V. section II.2.4.

⁶⁷ Art. 2 commun aux Conventions de Genève et JEAN PICTET, et al., Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949, Vol. I, Genève 1952, 26.

⁶⁸ Pour le TPIY notamment : Tadić, jugement, 1997, para. 562; Haradinaj, jugement, 2008, para. 60; Limaj, jugement, 2005, para. 90, et Bošković et Tarčulovski, jugement, 2008, para. 175. Pour le TIPIR : Akayesu, jugement, 1998, para 619 et 620 ou Rutaganda, jugement, 1999, para. 91 s.

⁶⁹ Réponse du CF à la question 08.1094 (19 novembre 2008).

⁷⁰ Actuellement, le SECO conteste l'existence d'un conflit armé notamment en ce qui concerne l'Inde (conflit au Cachemire et insurrection maoïste (Naxalites). Schweizer Präzisionswaffe gegen die Rohingya, Sonntagszeitung, 7 octobre 2018, 9.

⁷¹ Lettre ouverte (N°).

⁷² Comité International de la Croix-Rouge (CICR), Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Cambridge 2016, Art. 2, para. 248 s. Pour les conflits non-internationaux, v. Art. 3, para. 446.

⁷³ Réponse du CF à la question 08.1094 (19 novembre 2008) (italique de l'auteur).

⁷⁴ Organisation des Nations unies.

⁷⁵ Réponse du CF à la question 08.1094 (19 novembre 2008).

Quelques mois plus tard, en août 2009, le CF expliqua en une seule phrase qu'il « [était] d'avis qu'il [fallait] exclure les exportations de matériel de guerre en vertu de l'article 5 alinéa 2 lettre a OMG lorsque l'État de destination [était] lui-même le théâtre d'un conflit armé interne », c'est-à-dire s'il y a un conflit armé interne *sur le territoire du pays de destination lui-même*.⁷⁶

Cette assertion d'un critère territorial non-écrit demeure importante. Le CF a répété en 2016 qu'un pays est impliqué dans un conflit armé (interne) uniquement si celui-ci a lieu dans le pays lui-même mais non pas lorsqu'un État intervient dans un conflit armé dans un autre État, lorsqu'un État est partie à un conflit en dehors de son territoire ou impliqué de toute autre manière.⁷⁷ Encore une fois, la question est notamment pertinente en ce qui concerne l'Arabie saoudite qui participe au conflit au Yémen au moins depuis le printemps 2015. Le CF expliqua en 2016 qu'il n'appliquait pas le critère d'exclusion de l'art. 5 al. 2 lettre a aux demandes qui concernent l'Arabie saoudite mais qu'il octroyait des autorisations pour des demandes qui « concernent pour la plupart du matériel de guerre (...) pour lequel il n'y a pas de raison de supposer qu'il soit utilisé dans les hostilités au Yémen ». ⁷⁸ Dans cette argumentation, le CF tient compte du *type de matériel de guerre* et semble estimer que certaines catégories de matériel de guerre sont intrinsèquement inaptes à jouer un rôle « offensif » dans les conflits armés ou dans la répression des populations civiles.⁷⁹

2. Analyse de l'interprétation du CF

Il convient d'analyser chaque argument du CF séparément.

2.1 Droit de la neutralité

Comme nous l'avons vu ci-dessus, le CF considérait que l'art. 5 al. 2 lettre a OMG se fonderait sur le droit de la neutralité et non pas sur le droit international humanitaire.⁸⁰ Cet argument est difficilement soutenable puisque le droit de la neutralité ne prescrit que la manière dont les États neutres doivent se comporter en cas de conflit international (c.à.d. les conflits entre plusieurs États). Le champ d'application du droit de la neutralité ne comprend pas les conflits de caractère non international.⁸¹ Comme déjà mentionné, le libellé de l'art. 5 al. 2 lettre a OMG inclut expressément les conflits internes.⁸² Il s'y ajoute que le but de la révision de l'OMG en 2008

ne se limitait clairement pas au respect des obligations (limitées) du droit de la neutralité.⁸³

Dans une lettre ouverte de 70 experts de toutes les facultés de droit de Suisse au CF en 2009 – une lettre qui attend d'ailleurs toujours une réponse –⁸⁴, nous avons entre autres averti les autorités du danger d'une réinterprétation du terme conflit armé dans la mise en œuvre de l'OMG révisée. La notion de « conflit armé » est d'une importance fondamentale pour le droit international humanitaire car elle conditionne l'application de cette branche du droit international qui est parfois menacée par des tentatives des États de réinterpréter le terme de conflit armé notamment dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme » (v. Guantanamo ou l'idée d'un conflit armé global sui generis). Une interprétation conforme au droit international exige que le CF se base sur le concept de conflit armé dans le droit humanitaire. Si la lettre ouverte a eu un succès modeste, on peut constater que le CF n'a plus tenu à l'argument hautement problématique selon lequel la mise en œuvre de l'art. 5 al. 2 lettre a OMG ne se fondait pas sur l'applicabilité du droit international humanitaire mais du droit de la neutralité. ⁸⁵ Le désaccord s'est déplacé en premier lieu au niveau du critère de « l'implication » dans un conflit armé.

2.2 Mandats de l'ONU

Deuxièmement, le CF a expliqué que les pays de destination qui participent à des conflits armés ne sont pas concernés par l'art. 5 al. 2 lettre a OMG si ces États agissent sur mandat de l'ONU. Néanmoins, l'existence d'un mandat de l'ONU ne signifie pas qu'aucun conflit armé n'a lieu et il est difficile de comprendre pourquoi une intervention basée sur un mandat onusien ne constituerait pas une implication dans un conflit armé. La qualification d'une situation (donc la question de savoir si un conflit armé a lieu ou non) doit se faire au cas par cas en lien avec les faits pertinents sur le territoire concerné. Une résolution du Conseil de sécurité qui autorise le recours à la force armée a pour effet juridique que les États qui interviennent ne violent pas la Charte des Nations unies et le principe du non-recours à la force (*ius ad bellum*). Par contre, une résolution du Conseil de sécurité ne détermine pas s'il y a un conflit armé. La question de savoir s'il y a un conflit armé est une question juridique qui renvoie au *ius in bello*, c'est-à-dire au droit international humanitaire qui vise à protéger certaines catégories de personnes dans des conflits armés sans prendre position sur la légalité ou la légitimité d'un conflit.

⁷⁶ Réponse du CF à la question 09.1108 (19 août 2009).

⁷⁷ V. notamment l'avis du CF du 16 septembre 2016 à l'interpellation 16.3501.

⁷⁸ Communiqué de presse du CF du 20 avril 2016.

⁷⁹ Schneider-Ammann au CN, débat du 28 février 2018 sur la motion 16.3502, BO 2018 N 113.

⁸⁰ Réponse du CF à la question 08.1094 (19 novembre 2008).

⁸¹ Pour une analyse détaillée v. NIKOLAS STÜRCHLER, *Der Begriff des Krieges im Völkerrecht: spezifisch unter dem Gesichtspunkt des Neutralitätsrechts*, Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht 2011, 627 ss.

⁸² Lettre ouverte (N°), v. aussi KÜNZLI (N 8), N 24.

⁸³ Lettre ouverte (N°). v. aussi section II.2.4.

⁸⁴ La Conseillère fédérale Doris Leuthard promettait d'abord de répondre à la lettre après son retour d'un voyage. Mais le CF décida quelques jours plus tard de ne pas prendre position et une réponse préparée par la Direction du droit international public ne fut pas autorisée à être diffusée. Bundesrat antwortet nicht auf Professoren-Kritik an Kriegsmaterialausfuhr, NZZ am Sonntag, 25 octobre 2009.

⁸⁵ Réponse du CF à la question 08.1094 (19 novembre 2008) (italique de l'auteure).

Cette interprétation n'est pas partagée par KÜNZLI qui soutient qu'une interprétation systématique de l'art. 5 al. 2 lettre a OMG indiquerait que les pays qui sont impliqués dans des conflits armés sur la base d'un mandat du Conseil de sécurité ne tombent pas dans le champ d'application de la disposition.⁸⁶ À mon avis et selon l'avis de SASSÖLI, le CF aurait dû introduire une exception explicite pour les « implications » basées sur un mandat de l'ONU s'il avait voulu les soustraire du critère d'exclusion.⁸⁷ Admettre l'interprétation de KÜNZLI sur ce point comporte le risque de mélanger le *ius ad bellum* avec le *ius in bello* car elle implique qu'on doive amalgamer la question de l'implication et celle de l'existence d'un conflit armé.⁸⁸

La Suisse ne peut avoir aucun intérêt à contribuer à un effondrement de la séparation cruciale entre ces deux branches du droit international public.⁸⁹ SASSÖLI ajoute que l'interprétation du CF « mènerait à des résultats absurdes. La Suisse ne pourrait pas livrer d'armes à un gouvernement démocratique confronté à un groupe armé terroriste (car l'État n'a pas besoin d'une autorisation du Conseil de sécurité pour s'engager dans un tel conflit interne sur son propre territoire), tandis qu'il pourrait en fournir à des États tiers intervenant pour soutenir un tel gouvernement, avec l'autorisation du Conseil de sécurité. »⁹⁰

En tout cas, même si on admettait l'interprétation de KÜNZLI sur ce point, on devrait au moins examiner très soigneusement si le Conseil de sécurité a effectivement et de façon explicite mandaté le recours à la force. Pour mémoire, les résolutions citées par les États-Unis et le Royaume-Uni ne constituaient aucune base légale solide pour intervenir en Irak⁹¹ sans autorisation explicite pour la situation concrète. De plus, le conflit a persisté après le 16 avril 2003⁹² et la résolution 1483 prenait principalement que note de l'existence de l'occupation et l'interprétation de cette résolution est controversée.⁹³

2.3 Le consentement de l'État concerné

Troisièmement, le CF a indiqué que le consentement de l'État concerné à la présence armée d'autres États rendrait légales les exportations vers le pays impliqué dans

le conflit. Le gouvernement KARZAÏ en Afghanistan p.ex. a donné son accord à la présence des troupes américaines (et autres). Plus récemment, le CF a également mentionné que les exportations vers l'Arabie saoudite et d'autres pays du Golf étaient légales parce que le président yéménite HADI avait demandé au Conseil de coopération du Golfe de soutenir la lutte contre les rebelles Houthi.⁹⁴ Il y a plusieurs problèmes avec cet argument. Tout d'abord, le consentement d'un État sur le territoire duquel se déroule un conflit armé n'est pas décisif pour l'interprétation de l'art. 5 al. 2 lettre a OMG. Tandis que l'assentiment valide du gouvernement modifie la qualification du conflit armé, un conflit armé demeure et le libellé de la disposition vise justement les deux types de conflits armés, comme décrit ci-dessus. On doit ajouter que même si on acceptait la pertinence du raisonnement basé sur le consentement en lien avec l'art. 5 al. 2 lettre a OMG, on devrait se poser la question de savoir s'il est dans l'intérêt de la Suisse se prononcer sur la validité d'un tel consentement, étant donné que la méfiance sur l'autorité légitime fait souvent partie des questions du conflit armé et peut être influencée par la force militaire du pays qui intervient.⁹⁵

2.4 Un critère territorial ?

Quatrièmement, le CF est d'avis que l'art. 5 al. 2 lettre a vise uniquement les pays de destination sur le territoire desquels se déroule un conflit armé (critère territorial présumé). Le problème majeur avec cet argument est que le libellé de l'OMG ne contient aucune indication d'un tel critère territorial.⁹⁶ Au contraire, le libellé utilise le terme large d'« implication » dans un conflit armé. Une interprétation littérale aboutit très clairement à la conclusion que le champ d'application du critère de l'art. 5 al. 2 lettre a OMG n'est justement pas limité aux pays sur le territoire desquels se déroule un conflit armé. C'est aussi de cette manière que la révision a été comprise par l'industrie. En tout cas, le 27 août 2008, le jour même de la révision de l'OMG, l'association industrielle Swissmem a conclu que les autorisations d'exportation vers des pays tels que les États-Unis ne pourraient plus être conciliées avec l'OMG révisée en raison de leur implication dans les conflits armés en Afghanistan et en Irak.⁹⁷

⁸⁶ BSK BV – KÜNZLI, Art. 107 N 35.

⁸⁷ MARCO SASSÖLI, Exportation d'armes : la curieuse interprétation du Conseil Fédéral, Plaidoyer 2011 4, 24 ss.

⁸⁸ SASSÖLI (N 87), 24 ss.

⁸⁹ SASSÖLI (N 87), 24 ss. Un débat d'ailleurs très important et controversé au niveau international au moment de la révision : JASMINE MOUSSA, Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the separation of the two bodies of law, International Review of the Red Cross 2008 90/872, 963 ss.

⁹⁰ SASSÖLI (N 87), 24 ss.

⁹¹ V. aussi PATRICIA EGLI, Rechtliche Schranken des Handels mit Kriegsmaterial, Revue suisse de droit international et européen 2005 5, 665 ss, 682s. MEYER (N 18), N 57. Le CF a – à juste titre – décidé d'appliquer le droit de la neutralité. Il a appliqué le droit de la neutralité entre le 20 mars et le 16 avril 2003 en considérant que cette période constituait la phase *internationale* du conflit armé.

⁹² Date à laquelle le CF considère que le conflit *international* en Irak a pris fin. FF 2005 6535, 6553.

⁹³ S/RES/1483 (2003), para. 4 et 5 et préambule (« prenant note »).

⁹⁴ Avis du CF du 16 septembre 2016 à l'interpellation 16.3501.

⁹⁵ En ce qui concerne le Yémen, l'argument du CF est d'autant plus problématique que les experts mandatés par le Conseil de sécurité considèrent « qu'il n'existe plus au Yémen d'État à proprement parler » S/2018/68 (traduction par l'auteur). Déjà au printemps 2016, la légitimité de l'autorité (et donc du consentement) d'HADI était très contestée. Le fait que le Conseil de sécurité l'ait reconnu comme président légitime aurait dû être pris avec des pincettes au vu des relations entre les États-Unis et l'Arabie saoudite et du fait qu'HADI n'a été élu (comme le seul candidat) que pour une durée de deux ans en 2012.

⁹⁶ V. aussi JÖRG KÜNZLI cité dans Völkerrechtsprofessor kritisiert Waffenexport-Entscheid, Tagesanzeiger, 25 avril 2016, 5 (titre du même article en ligne : Bundesrat steht wegen Waffenexporten in der Kritik).

⁹⁷ Communiqué de presse de Swissmem (27 août 2008) (n'est plus en ligne, archivé par l'auteur).

Une interprétation systématique semble confirmer l'absence d'un critère territorial étant donné que le premier alinéa du même article contient des considérations reposant sur des valeurs éthiques, humanitaires, de stabilité et sur la sécurité internationale, qui restreignent la liberté des autorités d'autoriser certaines demandes d'exportation. Les interprétations téléologique et historique vont dans le même sens puisque la disposition fut révisée en 2008 notamment avec le but de tenir compte de la situation de la population dans les pays concernés et de répondre aux critiques de la CdG-N selon lesquelles le CF n'aurait pas dû autoriser des exportations envers des pays impliqués dans des conflits armés, comme p.ex. l'Inde, la Corée du Sud et le Pakistan.⁹⁸ La CdG-N a exprimé ses craintes en lien avec l'instabilité dans les régions concernées et le rôle de chacun de ces pays dans ces conflits.⁹⁹ Dans la doctrine, les auteurs décrivent les objectifs de l'art. 5 al. 2 OMG notamment comme de critères « de paix internationale et des droits de l'homme »¹⁰⁰ qui constituent des concrétisations de l'art. 22 LFMG (respect du droit international, des principes de la politique étrangère de la Suisse et des obligations internationales de la Suisse).¹⁰¹ S'ajoutent à l'interprétation téléologique des considérations relatives à la cohérence dans la politique étrangère suisse. L'objectif de la révision en 2008 était donc clairement humanitaire pour empêcher (à tout le moins dès qu'un conflit armé a déjà éclaté) que le matériel de guerre suisse contribue aux souffrances (à tout le moins en ce qui concerne les exportations du matériel de guerre qui n'a pas été autorisé par le passé). Il est difficile de voir comment ce but pourrait être réalisé si la Suisse continue à livrer du matériel de guerre aux pays qui sont impliqués dans des conflits dans d'autres pays mais pas aux pays sur le territoire desquels se déroule un conflit armé. Tandis que les États externes sont souvent des clients financièrement plus puissants que les pays sur le territoire desquels se déroule un conflit armé, il est difficilement justifiable de penser que les États qui participent à un conflit armé en dehors de leur territoire seront intrinsèquement plus modérés ou auront un intérêt plus légitime à obtenir des armements. Une telle hypothèse n'est pas pertinente : Si l'État A soutient militairement des rebelles dans un conflit armé sur le territoire de l'État B, la Suisse pourrait – selon l'interprétation du CF – exporter du matériel de guerre suisse à A, mais pas à B qui se défend contre un groupe armé sur son propre territoire.

Au niveau historique, il est aussi intéressant de noter que l'ancienne version de l'art. 11 de la LFMG de 1972 était déjà formulé d'une manière qui laissait suggérer que le fait de refuser des autorisations en raison de

conflits armés n'était pas lié avec un critère territorial. L'art. 11 de l'ancienne loi se référait à « des territoires » et non pas des pays de destination dans un sens étroit et incluait non seulement l'existence de conflits armés, mais également des tensions plus larges. Cette disposition excluait les exportations « à destination de territoires où des conflits armés [avaient] éclaté ou [menaçaient] d'éclater où dans lesquels [régnaient] des tensions dangereuses ».¹⁰²

Au-delà de ces éléments, peu de matériel existe sur la volonté détaillée du législateur. Les commentaires du CF lors de la révision sont presque silencieux en lien avec la révision de l'art. 5 al. 2 lettre a spécifiquement et ne contiennent que deux phrases peu utiles pour interpréter cet alinéa :

«Bst. a: Die Bewilligungsverweigerung ist zwingend, falls sich der Empfängerstaat in einem bewaffneten internen oder internationalen Konflikt befindet. Ob dies zutrifft, unterliegt der Beurteilung durch die Behörden. Insbesondere der genaue Anfang und das Ende eines Konflikts sind nicht immer einfach zu bestimmen.»¹⁰³

Le CF maintient l'avis qu'il aurait toujours voulu que l'OMG contienne un critère territorial.¹⁰⁴ Les commentaires ne confirment pas cette interprétation. Les commentaires sont aussi silencieux sur l'interprétation de « l'implication » dans un conflit armé, mais utilisent effectivement les termes légèrement plus étroits de « se trouver dans une situation de conflit armé interne ou international » (« sich in einem bewaffneten internen oder internationalen Konflikt befinden »). Il est possible qu'il s'agisse d'une référence au concept d'être « partie à un conflit » qui est – comme décrit ci-dessus – plus étroit que celui d'être « impliqué dans un conflit ».

On peut admettre que les autorités disposent d'une marge d'interprétation plus importante pour des ordonnances que pour, par exemple des dispositions organisationnelles de la Constitution. Les ordonnances peuvent rapidement être modifiées et contiennent donc naturellement parfois des formulations imprécises. Le Tribunal fédéral (TF) accepte que la pondération des différents éléments d'interprétation puisse varier en fonction de la nature de la norme concernée¹⁰⁵ mais exige qu'on donne aux dispositions d'ordonnances le sens juridique qui est le plus conforme à la Constitution dans le cadre de la loi concernée.¹⁰⁶ Même si on admettait que le texte de la lettre a devrait être interprété de manière contraire à son libellé clair et même si on acceptait de donner beaucoup de poids à la formulation dans les commentaires en remplaçant le verbe « impliqué » avec la notion de « participer à un conflit », nous ne sommes toujours pas en présence d'un critère territorial puisqu'il est évidemment possible qu'un État soit partie à un conflit (interne ou international) qui se déroule en

⁹⁸ Commentaire (N 25), 1; FF 2007 1993.

⁹⁹ FF 2007 1993, p.ex. 2005 s.

¹⁰⁰ HANS VEST, Verwaltungszessorietät am Beispiel bewilligungsbezogener Straftatbestände, in: Ackermann/Hilf (Hrsg.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2017, 59–87, 78.

¹⁰¹ MATTHIAS OESCH, Aussenwirtschaftsrecht : Grundlagen, Zürich 2015, 1296. EHRENZELLER/PORTMANN/PFISTERER St. Galler Kommentar zu Art. 54, N 39. BIAGGINI, Komm. BV art. 107 N 8 («den altruistischen aussenpolitischen Zielen gemäss BV 54 Abs. 2 verpflichtet»).

¹⁰² Art. 11 Loi fédérale du 30 juin 1972 sur le matériel de guerre [RS 514.51]. FF 1972 II 593 / BBl 1997 II 602.

¹⁰³ Commentaire (N 25), 1.

¹⁰⁴ Réponse du CF à la question 09.1108 (19 août 2009).

¹⁰⁵ ATF 112 Ia 208 c. 2a

¹⁰⁶ ATF 144 V 20, c. 6.1.

dehors de son territoire. C'est actuellement le cas de l'Arabie saoudite au Yémen.¹⁰⁷ En bref, même si on admettait d'interpréter l'OMG de façon restrictive et même si on substituait le verbe « impliquer » par le concept de « partie au conflit », des livraisons à l'Arabie saoudite seraient actuellement exclues à cause du rôle de ce pays dans le conflit au Yémen.

Il y a un deuxième problème avec l'interprétation du CF consistant à déduire un critère territorial de l'art. 5 al. 2 lettre a OMG. Selon son libellé, la disposition traite les deux types de conflits armés sur un pied d'égalité. Les autorités doivent tirer la même conclusion obligatoire si un pays est impliqué dans un conflit armé « interne » ou international. Un critère territorial va nécessairement briser cette logique. Si des autorisations étaient uniquement refusées en cas de conflit armé sur le territoire du pays de destination et lorsque la nature du conflit armé est internationale, l'application d'une telle norme poserait de sérieux problèmes au niveau du droit de la neutralité. Les autorités pourraient uniquement autoriser des exportations envers l'État qui agit en dehors de son propre territoire dans un conflit armé international sur le territoire d'un autre État. Par une telle asymétrie, la Suisse finirait par livrer du matériel de guerre à l'agresseur potentiel mais pas à l'État agressé – ce qui n'est certainement pas l'intention du CF. Comme le CF semble l'avoir reconnu,¹⁰⁸ un critère territorial aboutit donc nécessairement à traitement différencié des conflits armés internationaux de ceux qui n'ont pas de caractère international, mais cette distinction ne se retrouve pas au niveau du texte de l'OMG.

Au printemps 2016, en réponse à des questions posées par les médias concernant ce critère territorial présumé et la critique de KÜNZLI,¹⁰⁹ le SECO répondit en avril 2016 que le Tribunal fédéral aurait accepté dans certains cas qu'on interprète un texte législatif contrairement à son libellé.¹¹⁰ En principe, cette assertion est correcte – le SECO peut se référer notamment aux ATF 108 Ia 297 c. 2a et 106 Ia 211 c. 5.¹¹¹ Selon cette jurisprudence, l'interprétation d'une norme contrairement à son texte clair n'est pas exclue et il y a un pluralisme de méthodes d'interprétation.¹¹² Mais une interprétation contraire au texte clair d'une disposition n'est admissible uniquement « s'il y a de bonnes raisons de croire que le libellé

ne reflète pas le véritable sens de la disposition. Ces raisons peuvent découler de l'histoire de son origine, de l'objet de la disposition et du contexte d'autres dispositions légales ». ¹¹³ Comme décrit plus haut, il est difficile d'identifier de telles raisons, que ce soit dans l'histoire de la disposition, son but ou son contexte. ¹¹⁴ De plus, les arrêts du TF concernaient des lois fédérales et non pas des ordonnances que le CF peut modifier à tout moment et de façon autonome s'il s'avère que le texte ne correspond pas ou plus à sa volonté législative. Du point de vue constitutionnel et de la légitimité démocratique, il semble hautement problématique d'accepter une situation dans laquelle le CF maintient que la législation qu'il a rédigée lui-même assez récemment peut être interprétée par lui seul de manière contraire au texte.

2.5 Le type de matériel de guerre

Est-ce que le type de matériel de guerre est pertinent pour l'interprétation de l'art. 5 OMG comme le suggère le CF ? La réponse paraît claire : si aucun des critères d'exclusion du deuxième alinéa de l'art. 5 OMG n'est rempli, le CF a effectivement raison de considérer le type d'armes ou d'autre matériel de guerre concerné par la demande concrète pour évaluer la demande en vue des considérations du premier alinéa de l'art. 5. De plus, la dérogation introduite en 2014 en lien avec les droits de l'homme demande une analyse du risque que le matériel de guerre à exporter soit utilisé pour commettre des violations graves des droits de l'homme.

Par contre, si la demande tombe sous un des autres critères du deuxième alinéa (et ne concerne pas des pièces de rechange), *de lege lata*, il n'est pas pertinent de se pencher sur le type de matériel de guerre et le deuxième alinéa interdit l'autorisation de la demande – peu importe la catégorie de matériel de guerre. Si la législation devait être modifiée sur ce point, on devrait tenir compte de la considération politique selon laquelle des systèmes d'armement sont rarement purement « défensifs » ou « agressifs » pour la raison qu'un État qui s'implique dans un conflit armé a en général besoin d'une capacité défensive avant d'utiliser sa force armée.

2.6 Conclusion préliminaire

En résumé, l'interprétation de l'art. 5 al. 2 OMG par le CF ne semble pas convaincante. Dans la dernière section, je conclus cette contribution avec quatre réflexions sur le contexte juridico-politique de ces controverses.

III. Perspectives et enjeux

Tout d'abord, je mentionnerai quelques aspects que cet article n'a pas pu aborder mais qui pourraient présenter

¹⁰⁷ V. le traitement dans les rapports du Groupe d'experts sur le Yémen mandaté par le Conseil de sécurité. Pex. rapport S/2018/68, para. 17, 34 ou notamment 45.

¹⁰⁸ Réponse du CF à la question 09.1108 (19 août 2009) (« lorsque l'État de destination est lui-même le théâtre d'un conflit armé *interne* ») (italique de l'auteur).

¹⁰⁹ Völkerrechtsprofessor kritisiert Waffenexport-Entscheid, Tagesanzeiger, 25 avril 2016, 5 (titre du même article en ligne : Bundesrat steht wegen Waffenexporten in der Kritik).

¹¹⁰ Lettre du SECO à l'Agence télégraphique suisse, citée dans Waffenexporte in Golfstaaten im Widerspruch zur Verordnung, ats, 22 avril 2016.

¹¹¹ BERNHARD SCHNYDER, «Entgegen dem Wortlaut», in: Facultés de droit (Hrsg.), Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, FS Bundesgericht, Basel 1975, 30–38.

¹¹² ATF 128 I 34, 41 c. 3b.

¹¹³ Pex. ATF 113 Ia 12, 15 (traduction de l'auteur).

¹¹⁴ En ce qui concerne le contexte, l'art. 1 LFMG (« maintien en Suisse d'une capacité industrielle adaptée aux besoins de sa défense ») ne soutient aucune interprétation différente de celle défendue ici car les exportations les plus problématiques ont été exclues de l'exercice d'équilibre, v. section III.3.

un intérêt pour des analyses plus poussées. Ensuite, je me pencherai sur la hiérarchie des normes, le discours du « juste équilibre » entre des intérêts divergents et la question de savoir quelles sont les prescriptions du droit international que la Suisse semble prioriser et quelles autres sont négligées.

1. Quelques aspects pour des recherches futures

Malgré le fait que cet article se soit concentré sur les désaccords en lien avec les conflits armés et les droits de l'homme, il est important de souligner que d'autres aspects en lien avec la législation sur le matériel de guerre méritent également de l'attention. Une autre question qu'on pourrait analyser de plus près est p.ex. la question de savoir comment les autorités traitent les « pièces détachées et les éléments d'assemblage » – les munitions et les pièces de rechange. Il s'agit de trois catégories juridiques distinctes de matériel de guerre au sens de la LFMG.¹¹⁵ Tandis qu'il y a une base légale explicite pour des assouplissements en lien avec l'examen des critères d'exportation des pièces de rechange,¹¹⁶ la même conclusion ne semble pas s'imposer pour les deux autres.

Enfin, des recherches pourront p.ex. être menées pour évaluer la capacité et les bases institutionnelles de la surveillance parlementaire de la pratique d'exportation du matériel de guerre. Les CdG des deux Conseils en tant qu'organes de surveillance parlementaire sont appelées à vérifier la légalité de la pratique du Conseil fédéral en matière d'autorisations d'exportation mais disposent d'un nombre important d'autres domaines à surveiller.

2. Le niveau normatif

La deuxième réflexion concerne le fait étrange que nous faisons couler beaucoup d'encre dans cette revue spéciale sur un article d'une ordonnance. La Constitution fédérale exige que l'Assemblée fédérale édicte sous la forme d'une loi fédérale les dispositions importantes qui fixent des règles de droit.¹¹⁷ Les questions discutées dans cette revue spéciale illustrent qu'il s'agit de dispositions apparemment controversées. Au moins les critères d'autorisation (les considérations et les critères d'exclusion) devront donc être réglés dans la loi. Je ne suis certainement pas la première à le suggérer¹¹⁸ et il est

regrettable que l'Assemblée fédérale ait refusé en 1996 d'introduire les critères dans la loi, contrairement à l'intention du CF lors de l'élaboration de la LFMG.¹¹⁹ Il s'y ajoute que l'élaboration de la LFMG a encore eu lieu sous l'ancienne Constitution et il faut tenir compte du fait que le constituant de 1999 décida d'octroyer la compétence de légiférer en matière du matériel de guerre à la Confédération et non plus au Conseil fédéral comme préalablement selon l'art. 41 al. 4 a Cst.¹²⁰ Le constituant a ainsi octroyé cette compétence au législateur fédéral et a voulu réduire le poids du CF dans cette matière. Malgré ce changement constitutionnel, la législation inférieure n'a pas suivi jusqu'à présent, ce qui constitue une situation perturbatrice d'un point de vue constitutionnel, comme le reconnaît la motion 18.3394 du PBD.

3. Des « conséquences juridiquement obligatoires » ?

Ma troisième réflexion concerne la signification qu'on veut, doit ou devrait donner à la structure de l'art. 5 OMG.

En 2008, le CF expliqua que désormais, par l'apport de la révision de l'OMG, il y aurait des « conséquences juridiquement obligatoires » (« zwingende Rechtsfolgen », « Ausschlusskriterien, die bezüglich der Rechtsfolge kein Ermessen zulassen ») pour les critères d'exclusion.¹²¹ Le CF expliquait que le nouvel alinéa avec les critères d'exclusion seraient des « motifs qui s'[opposeraient] en tout état de cause à l'octroi d'une licence ».¹²²

Il est vrai que le premier article de la LFMG énumère des intérêts souvent contradictoires et la disposition est silencieuse sur la hiérarchie ou la pondération relative de chaque intérêt. Par contre, au niveau de l'ordonnance, nous trouvons depuis 2008 une réglementation partielle de cette question qui vise les exportations les plus problématiques, c'est-à-dire celles qui sont destinées à « des États qui ne se trouvent pas dans un environnement sécuritaire et socio-politique stable ».¹²³ Le CF a pris la décision en 2008 de soustraire une catégorie d'exportations du champ dans lequel les intérêts divergents des considérations humanitaires et des considérations économiques et sécuritaires pouvaient légitimement être équilibrés.

Comme mentionné auparavant, la nouvelle structure de l'art. 5 de l'ordonnance impose depuis 2008 deux étapes d'analyse : des considérations générales (al. 1) et des critères d'exclusion (al. 2). C'est uniquement si l'on a conclu à l'absence d'un critère d'exclusion que l'on peut

¹¹⁵ Art. 5 LFMG.

¹¹⁶ Dans les communiqués de presse concernant l'Arabie saoudite notamment, le CF associe les munitions aux pièces de rechange et aux composants et semble argumenter qu'elles tombent sous un régime assoupli pour les autorisations déjà octroyées auparavant. L'art. 18 al. 2 LFMG (et l'art. 5a OMG) se réfère à un assouplissement concernant les certificats de non-exportation (une règle qui a été critiquée par le Contrôle fédéral des finances (N 27). L'art. 23 LFMG se réfère uniquement aux pièces de rechange.

¹¹⁷ 164 al. 1 Cst.

¹¹⁸ En plus du CF, la même suggestion a été également faite dans des motions parlementaires, notamment celle du PBP récemment. RAINER J. SCHWEIZER, *Kriegsmaterialexporte und Völkerrecht*, NZZ,

21 octobre 2009, 23. DANIEL THÜRER cité dans plädoyer 6/09 du 2 décembre 2009, 4.

¹¹⁹ Proposition de Suzette Sandoz de limiter le refus des autorisations où il y a une obligation précise internationale de la Suisse de ne pas exporter du matériel de guerre (BO-N 1996, 120 ss), au Conseil des États : BO-E 1996, 824 s. Plus de références dans KÜNZLI (N 3), 558.

¹²⁰ Art. 107 al. 2 Cst. BSK BV – KÜNZLI, Art. 107 N 16.

¹²¹ Commentaire (N 25), 1, 3.

¹²² Commentaire (N 25) (traduction de l'auteure).

¹²³ MEYER (N 18), N 59.

(et doit) se référer au premier alinéa qui contient les considérations générales.¹²⁴ La recherche de « l'équilibre » entre les intérêts conflictuels ne peut donc intervenir uniquement pour les demandes qui ne tombent pas dans le champ d'application du deuxième alinéa. Pour les demandes qui tombent sous le coup d'un critère d'exclusion, il n'y a aucune place pour une pesée des intérêts – c'est la solution adoptée lors de la révision de l'OMG en 2008, communiquée au peuple et aux milieux intéressés et comprise comme tel par la doctrine.¹²⁵

Le problème est que cette conception juridiquement claire ne semble pas nécessairement être celle du CF. Tout d'abord, la structure de l'art. 5 OMG a déjà été remise en cause en 2014 avec l'introduction d'une dérogation pour les pays qui violent de façon systématique et grave les droits de l'homme et dans une moindre mesure par le déclassement du critère en lien avec les pays les moins avancés.¹²⁶ De plus, les autorités se réfèrent parfois¹²⁷ à un discours de « l'équilibre » y compris quand elles se penchent sur des demandes qui tombent – du moins selon la doctrine – sous le coup de critères d'exclusion.¹²⁸ Le recours au terme d'équilibre devrait être limité à des situations dans lesquelles il est admis d'équilibrer des intérêts souvent inconciliables. Il s'agit d'un problème dogmatique, philosophique mais aussi pratique : le seul fait que des intérêts soient difficiles à concilier ou s'opposent ne signifie pas qu'il est légitime de passer à l'analyse d'un équilibre adéquat avant d'avoir répondu à la question de savoir si les valeurs sous-jacentes peuvent ou doivent être pondérées sur un même niveau hiérarchique.

Le deuxième problème réside dans le fait que, dans la mesure où le CF reconnaît la structure de l'art. 5 OMG, il a proposé une interprétation tellement restrictive qu'elle est contraire au sens ordinaire du texte de la disposition. Ainsi, le CF arrive à « exclure les critères d'exclusion ».¹²⁹

¹²⁴ KÜNZLI (N 8), 143 : «Erst wenn die Prüfung der Ausschlussgründe ergibt, dass kein absolutes Exporthindernis vorliegt, ist in einem zweiten Schritt die durch Art. 5 Abs. 1 KMV vorstrukturierte Güterabwägung vorzunehmen.»

¹²⁵ P.ex. KÜNZLI (N 8), 143; PETER V. KUNZ, *Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?*, in: Kunz (Hrsg.), *Berner Gedanken zum Recht*, Bern 2014, 217–244, N 85 «generell nicht bewilligt». OESCH (N 101), 1296 («Art. 5 Abs. 1 KMV benennt relative Abwägungskriterien, dessen Abs. 2 absolute Ausschlusskriterien.») Avis du CF du 11 mai 2016 sur l'interpellation 16.3108.

¹²⁶ V. n. 23.

¹²⁷ V. n. 129.

¹²⁸ P.ex. Communiqué de presse du CF du 20 avril 2016. « Il a procédé à cette appréciation en veillant à respecter les principes de la politique étrangère et en tenant compte du risque de diminution substantielle de la capacité industrielle dans des domaines essentiels à la défense nationale. » « Aux yeux du Conseil fédéral, la question du traitement des demandes déposées par les pays participant à l'intervention militaire au Yémen était centrale. » V. aussi l'avis du CF du 5 mars 2018 aux questions 18.5026. Dans sa réponse à la question 18.5029 sur les critères d'exclusion, le CF minimise leur importance.

¹²⁹ Dans l'avis du CF du 16 septembre 2016 à l'interpellation 16.3501, le traitement des critères par le CF est structurellement correct, c'est-à-dire que le CF sépare clairement les critères d'exclusion des critères d'appréciation. Il justifie les exportations en argumentant que les critères d'exclusion ne sont pas remplis à cause de son insistance

Finally, I would like to briefly touch upon the relevant international legal framework for the export of military equipment and goods. Finally, I would like to briefly touch upon the relevant international legal framework for the export of military equipment and goods.

4. Quel droit international public ?

Si il y a un point qui n'est pas controversé, c'est l'idée partagée par tous les acteurs que la Suisse doit respecter le droit international public. Mais les avis sont partagés lorsque l'on analyse de plus près de quel droit international lesdits acteurs parlent. La réponse du Chef du DEFR¹³⁰ au Grand Conseil de Genève du 14 juin 2018 illustre le point. Dans sa lettre, le Conseiller fédéral SCHNEIDER-AMMANN justifie l'intention d'affaiblir l'OMG à la suite de la lettre de l'industrie suisse de l'armement adressée à la Commission de la politique de sécurité du Conseil des États. Il explique que « dans tous les cas », le droit international public « reste garanti », notamment le droit de la neutralité, le TCA, et « dans certains cas très spécifiques, le droit humanitaire international ».¹³¹

Comme nous l'avons déjà analysé plus haut, le droit de la neutralité est certes important mais ne s'applique pas à des situations des conflits non-internationaux – il est donc sans pertinence pour la majorité des conflits armés contemporains. Ensuite, la contribution de FRAUKE RENZ dans cette même revue a analysé la faible valeur ajoutée du TCA pour le régime de contrôle suisse (ou plutôt son effet affaiblisseur). L'affirmation selon laquelle le cadre juridique international inclut « dans certains cas très spécifiques » le droit humanitaire révèle que le CF ne semble pas partager l'avis selon lequel le premier article commun aux Conventions de Genève est pertinent dans l'analyse des demandes d'autorisation concernant les marchés passés avec l'étranger. Cette disposition des Conventions de Genève exige que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ». Selon l'interprétation « qui reflète l'opinion dominante actuelle et qui est soutenue par le CICR », cet article « exige en outre que les États veillent au respect des Conventions par les autres États et les parties non étatiques ».¹³² Selon le CICR, « [l']article 1 commun n'est pas une simple clause de style. L'article a une valeur impérative et constitue l'un des moyens à disposition pour assurer le respect des Conventions. En prenant l'engagement de « respecter et faire respecter » les

sur la pertinence du consentement et le critère territorial présumé dans l'interprétation de ces critères. Cette approche reste juridiquement fautive, mais au moins elle ne met pas en cause la structure de l'art. 5 OMG.

¹³⁰ Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche.

¹³¹ Réponse du Chef du DEFR au Grand Conseil de la République et canton de Genève en matière de la Résolution : pas de nouveaux allègements en matière d'exportation de matériel de guerre, 14 juin 2018, <<http://ge.ch/grandconseil/data/odj/020102/C03771.pdf>>.

¹³² CICR N 72, Art. 1 para. 120 s. C.I.J., *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt, 1986, para. 220 et Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier (2005), règle 144.

Conventions, les États ont également reconnu l'importance que revêt le fait d'adopter toutes les mesures raisonnables afin de prévenir que des violations se produisent ».¹³³

Ensuite, il est intéressant de noter l'absence d'au moins deux autres groupes de normes internationales dans la lettre de SCHNEIDER-AMMANN. On peut penser aux traités des droits de l'homme¹³⁴, mais le CF aurait également pu mentionner le droit sur la responsabilité des États pour des faits internationalement illicites. Le droit sur la responsabilité des États sanctionne l'aide ou l'assistance d'un État à un autre État dans la commission d'un fait internationalement illicite (comme p.ex. des violations des droits de l'homme ou du droit international humanitaire).¹³⁵ S'y ajoute l'obligation de ne pas reconnaître une situation créée par une violation grave du droit international¹³⁶ (c'est-à-dire une violation d'une norme impérative du droit international, comme p.ex. un recours à la force contraire à la Charte des Nations unies, des violations massives de droits de l'homme élémentaires comme l'interdiction de la torture etc., des crimes contre l'humanité ou des violations des règles fondamentales du droit humanitaire). Pour autant que cela soit visible, cette considération – dont l'importance pour le système international a été soulignée p.ex. par la Cour internationale de justice¹³⁷ – n'a jamais été mentionnée par le CF en lien avec l'exportation du matériel de guerre.

¹³³ CICR N 72, Art. 1 para. 121. KNUT DÖRMANN/JOSÉ SERRALVO, L'article 1 commun aux Conventions de Genève et l'obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire, *Revue internationale de la Croix-Rouge* 2014 96/3–4, 25 ss. MAYA BREHM, The Arms Trade and States' Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law, *Journal of Conflict & Security Law* 2007 12/3, 359 ss. DAVID FURGER, *Völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit für grenzüberschreitende Waffentransfers*, Diss. Zürich 2013, 346 ss. KÜNZLI (N 3), 330 déduit : «Aus diesem Grund sind Staaten verpflichtet, die Beachtung des humanitären Völkerrechts im Importstaat zu einem zentralen Kriterium ihrer Beurteilungen von Kriegsmaterialexportbewilligungen zu machen».

¹³⁴ Sans aller aussi loin que MOHLER, *St. Galler Kommentar zu Art. 107 BV*, N 27 qui affirme que les traités en matière de la protection des droits de l'homme interdisent des exportations vers des pays qui les utilisent pour commettre des violations des droits de l'homme – une telle dimension extraterritoriale « dure » semble difficile à soutenir d'une manière si générale. Plus nuancé : FURGER (N 133), 321 ss.

¹³⁵ Art. 16 des Articles sur la responsabilité des États pour des faits internationalement illicites, Annexe à la résolution de l'Assemblée générale Res. 56/83 (12 décembre 2001). En détail, FURGER (N 133), 190 ss et 321 ss.

¹³⁶ Art. 41 al. 2 des Articles sur la responsabilité (N 135).

¹³⁷ Cour internationale de justice, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif (4 juillet 2004), para. 159.