

Fabrication et exportation de matériel de guerre: perspectives suisse et internationale

AYMERIC HÊCHE*

* Dr en droit. Chargé d'enseignement à la Haute-Ecole Arc (Neuchâtel) et collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel.

Table des matières

A.	Introduction	470
B.	Panorama de la fabrication et de l'exportation de matériel de guerre	472
I.	Les enjeux	472
II.	Les notions clés	474
1.	Le matériel de guerre: distinctions	474
a.	Matériel de guerre	475
b.	Bien militaires spécifiques	477
c.	Biens à double usage	478
2.	Les étapes et concepts de la vente d'armes	479
a.	Les étapes	479
b.	Les concepts et considérations pratiques	481
III.	L'industrie suisse de l'armement	484
C.	Fabrication d'armes	486
I.	Introduction	486
II.	Armes interdites	488
1.	Les traités de désarmement	488
2.	La coutume et les principes généraux du droit	490
III.	Armes autorisées	493
1.	Les armes autorisées	493
2.	Le régime d'autorisation	494
3.	Le marquage	497
IV.	Armes nouvelles	499
1.	Position du problème et hypothèses	499
2.	Le régime de l'article 36 du PA I	500
3.	Système d'arme autonome	503
a.	Interdiction des attaques indiscriminées et principe de distinction	504
b.	Précautions dans l'attaque	506
c.	Développements internationaux et implication de la Suisse	507
D.	Exportation d'armes	510
I.	Introduction	510
II.	Le Traité sur le commerce des armes	511
1.	Aperçu	511
2.	Le champ d'application matériel	512
3.	L'article 6 TCA: Interdictions des exportations	514
4.	L'article 7 TCA: Evaluation des exportations	516
a.	Les violations	517
b.	La mitigation du risque	518
c.	Le risque prépondérant	519
III.	La loi fédérale sur le matériel de guerre	520
1.	Aperçu du régime d'exportation	520
2.	Conditions matérielles et compatibilité avec le TCA	521
3.	La neutralité et l'interdiction de la réexportation	522
4.	Evolutions législatives	524
IV.	La responsabilité	527
1.	Contexte international	527
2.	Contexte national	529
E.	Conclusion	531
	Bibliographie	533

A. Introduction

Ce rapport décrit les principes régissant la fabrication et l'exportation de matériel de guerre et analyse des problématiques propres à la Suisse, à l'industrie de l'armement, et aux États exportateurs. Le rapport est structuré en trois parties. Il s'agit dans un premier temps d'offrir un panorama du secteur de l'armement (Section B) en définissant le matériel de guerre, les étapes de la vente internationale, et les caractéristiques de l'industrie suisse de l'armement. La Section C aborde la fabrication des armes. La préoccupation majeure consiste à déterminer quelles armes peuvent légalement être fabriquées et à identifier le cadre juridique pour le développement d'armes nouvelles telles que les armes autonomes. Les conditions et considérations présidant à l'autorisation d'une demande d'exportation au niveau international et suisse sont traitées dans la Section D. Des questions ponctuelles sont abordées dans différentes sections du rapport (par ex. marquage; pertinence du droit coutumier; réexportation et neutralité).

En raison du caractère global du commerce des armes, le droit international constitue presque toujours le point de départ de ce rapport, le droit suisse est abordé dans un second temps. La question de l'espace réglementaire de référence se décline donc d'abord selon le duo droit international/national¹. En outre, plusieurs branches du droit sont pertinentes pour l'encadrement du matériel de guerre. Le droit des «armes» au sens large est bien sûr au centre de l'échiquier pour la fabrication et l'exportation (Traité sur le commerce des armes au niveau international; Loi fédérale sur le matériel de guerre en Suisse)². La question de l'exportation commerciale renvoie au droit des échanges commerciaux: sont pertinents les mécanismes de contrôle à l'exportation (notamment la loi sur le contrôle des biens en Suisse), le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)³, les accords de libre-échange⁴, ou encore le droit de

1 Il s'agit d'un trio lorsque le niveau régional prend position. Dans le cadre de l'UE, voir le texte consolidé: Position commune 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires. Voir aussi les conventions régionales relatives aux armes légères: Convention de la CEDEAO de 2006 relative aux armes légères (entrée en vigueur en 2009); Convention de l'Afrique centrale de 2010 pour le contrôle des armes légères (entrée en vigueur en 2017).

2 Voir notamment: Protocole additionnel contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, ci-après «Protocole contre la fabrication et le trafic d'armes à feu» (RS 0.311.544); la loi sur les armes (RS 514.54); et la loi sur les explosifs (RS 941.41).

3 Les armes bénéficient d'une exemption concernant les subsides à l'exportation. GARCÍA-ALONSO MARÍA DEL CARMEN/LEVINE PAUL, Arms export controls, subsidies and the WTO exemption, University of Kent 2003, p. 2–3. Sur l'articulation entre l'exportation d'armes et le droit de l'OMC: ALTAMIMI ABDULMALIK M., The UN Arms Trade Treaty: A Multilateral Trade and Security Treaty Not Regulated by International Trade Law?, in: Basu Bal et al. (éds), Regulation of Risk, La Haye 2023, p. 28–62.

4 Les armes et munitions représentaient 1,5% des exportations des États de l'Association européenne de libre-échange en 2023. ASSOCIATION EUROPÉENNE DE LIBRE-ÉCHANGE, European Free Trade Association Annual Report 2023, Genève 2024, p. 58 (<https://www.efta.int/sites/default/files/uploads/2024-06/EFTA%20Annual%20Report%202023.pdf>).

l'Organisation mondiale des douanes⁵. S'agissant des armes autorisées et des vérifications avant de procéder à l'exportation, le droit international pénal, le droit international humanitaire (DIH), les droits humains (DIDH), et le droit international de l'environnement sont pertinents. Pour terminer cet inventaire, le trafic illicite d'armes relève de la criminalité transnationale et se lie souvent avec d'autres thématiques, comme la lutte contre la corruption et le terrorisme⁶. Dans le cadre de ce rapport, l'accent sera porté sur les branches du droit qui affectent la fabrication d'armes (le DIH indique si une arme est autorisée ou non) et leur exportation (une demande d'exportation doit être refusée en cas d'atteinte grave aux DIDH)⁷.

Très schématiquement, la réglementation des armes est construite sur trois volets:

- L'interdiction: certaines armes sont frappées d'interdiction à la racine. Concernant les armes dont la fabrication est autorisée, ce sont les circonstances dans l'État destinataire qui peuvent conduire à une interdiction d'exportation.
- L'autorisation: la fabrication d'armes dépend de l'octroi d'autorisations et patentes. De la même manière, l'exportation finale est systématiquement assujettie à vérification et autorisation.
- La prévention: il s'agit de mitiger et diminuer les risques des transferts d'armes grâce à des mesures de *due diligence*. L'évaluation des risques fait partie intégrante de la procédure d'exportation. L'exportateur qui identifie un risque peut exiger des garanties supplémentaires du destinataire des armes ou des informations détaillées. Ce volet se poursuit parfois après la livraison d'armes, par exemple en vérifiant que les armes ont été effectivement livrées au destinataire ou qu'elles sont effectivement utilisées pour l'usage annoncé (art. 11 Traité sur le commerce des armes, ci-après «TCA»).

Avant d'aborder les notions clés de la fabrication et de l'exportation d'armes, il est nécessaire de prendre du recul afin de situer la problématique et d'indiquer les considérations inhérentes à cette branche du droit (section B.I).

5 Le chapitre 93 du Système Harmonisé concerne les armes et munitions. Les véhicules militaires maritimes et aériens, y compris les drones, relèvent des chapitres 87 à 89. Aucun chapitre n'est consacré aux biens à double usage.

6 Une vente d'armes peut résulter de la corruption passive d'agents publics ou de personnes privées. Voir les arts 322 quater et 322 novies CP et la Convention des Nations Unies contre la corruption (RS 0.311.56, notamment son art. 61). Les embargos incluent parfois des considérations liées au trafic d'armes.

7 Voir l'article 7, par. 1, lit. b, ch. ii) du Traité sur le commerce des armes (RS 0.518.61).

B. Panorama de la fabrication et de l'exportation de matériel de guerre

I. Les enjeux

Le préambule du TCA – ratifié par la Suisse – donne une image fidèle des principales préoccupations de la vente d'armes: la paix, les considérations humanitaires, et la sécurité de l'État.

L'encadrement strict du commerce international d'armes fait partie de l'arsenal permettant d'éviter les violences. Les arts 1 et 2 de la Charte de l'ONU et l'objectif de développement durable n° 16⁸ expriment les mêmes préoccupations. Le commerce d'armes non contrôlé augmente l'insécurité: les armes peuvent atterrir entre de mauvaises mains (groupes armés, terroristes, criminalité transnationale) et ainsi favoriser le déclenchement de conflits et leur prolongation. Une notion large de paix est de mise: les impacts de la fourniture d'armes sont pris en compte à tous les niveaux, qu'il s'agisse de violences individuelles (violences au sein des couples, criminalité) que de la déstabilisation d'une région entière. L'art. 26 Charte de l'ONU – auquel le préambule du TCA renvoie – exprime l'équation qui lie la prolifération des armes, le financement de cette industrie, et la paix:

«Afin de favoriser l'établissement et le maintien de la paix et de la sécurité internationales en ne détournant vers les armements que le minimum des ressources humaines et économiques du monde, le Conseil de sécurité est chargé, avec l'assistance du Comité d'état-major prévu à l'Article 47, d'élaborer des plans qui seront soumis aux Membres de l'Organisation en vue d'établir un système de réglementation des armements⁹.»

Chaque ressource allouée aux armes porte en elle un potentiel de fragilisation de la paix et est par définition enlevée à la construction de la paix.

Les considérations humanitaires concrétisent les préoccupations précédentes: le flux incontrôlé d'armes et leur prolifération facilitent la violation du DIH et des DIDH, il empêche ou retarde l'assistance humanitaire, il provoque des déplacements de population. Les armes légères (fusils d'assauts, armes de poing) sont particulièrement susceptibles d'avoir des conséquences néfastes à long terme: manœuvrables, faciles à cacher et à transporter, ces armes peuvent être maniées par des enfants. Les munitions sont communes et se procurent aisément, de plus les stocks de telles armes sont plus difficiles à contrôler, ils

8 «Promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et ouvertes aux fins du développement durable». Voir en particulier la cible 16.4: «D'ici à 2030, réduire nettement les flux financiers illicites et le trafic d'armes, renforcer les activités de récupération et de restitution des biens volés et lutter contre toutes les formes de criminalité organisée».

9 Bien que l'art. 47 soit resté lettre morte, l'idée de l'art. 26 s'est disséminée dans les organes de l'ONU: SCHÜTZ HANS-JOACHIM, Article 26, in: Simma et al. (éds), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 3^e éd., Oxford 2012, p. 866.

peuvent alimenter les violences interindividuelles à la fin du conflit. Les victimes d'armes légères sont principalement des civils; les femmes et les enfants sont particulièrement touchés¹⁰.

La dernière considération pour la réglementation internationale des armes apporte des nuances: le lien entre armes, défense, et sécurité de l'État est souligné, et, de manière plus générale, les États disposent d'une marge de manœuvre reconnue en matière d'armements¹¹. Aucune règle coutumière ni aucun principe général de droit n'interdit aux États de se doter d'armes ni de s'équiper d'un arsenal qui excéderait les besoins en défense¹². Les seules limites découlent de la participation volontaire à des traités de désarmement et de l'interdiction coutumière de certains types d'armes (sur ces deux aspects, *infra* section C.II). Le préambule du TCA reconnaît clairement l'intérêt légitime des États à importer et exporter des armes, et ce également à des fins commerciales¹³.

Le droit international du commerce des armes est la résultante de ces trois considérations¹⁴. Des solutions permettent d'illustrer la mise en œuvre de ces trois enjeux majeurs. Certaines armes sont interdites par des traités et des règles coutumières en raison de leurs effets. Concernant les armes qui ne sont pas interdites, le désarmement et la limitation sont souvent préconisés. Ensuite, la possibilité d'exporter des armes dépend notamment d'un contrôle de la situation humanitaire de l'État destinataire, des violations possibles ou avérées du DIDH ou du DIH entraînant une interdiction d'exporter ou l'exigence de garanties supplémentaire quant à la destination des armes. À ce titre, les deux premières considérations expliquent pourquoi le droit du commerce des armes est si souvent dépendant des normes du DIDH et du DIH. Le besoin d'encadrement strict des exportations a débouché sur une *due diligence* taillée sur mesure

10 Dixième préambule du TCA.

11 Il s'agit du «domaine réservé» au sens de l'art. 2, par. 7 Charte ONU (RS 0.120): «Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte».

12 Le droit des États de se doter d'armes serait nécessairement impliqué (ou implicite) au vu des buts de la Charte, i.e., la mise en place d'un système de sécurité collective et la consécration de la légitime défense à l'art. 51 («Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée [...]»). L'art. 26 Charte fait d'ailleurs référence à la réglementation des armes, et non au désarmement (SCHÜTZ [note 9], p. 861–864).

13 Quatrième paragraphe: «*Reconnaissant* aux États des intérêts légitimes d'ordre politique, sécuritaire, économique et commercial dans le commerce international des armes classiques» (italiques dans l'original).

14 Sur un autre plan, le droit du commerce des armes réalise un arbitrage entre les dimensions «publiques» (la paix, les droits humains) et «privées» (sécurité et intérêt commercial de l'État) du droit international. Sur l'arbitrage entre ces deux dimensions: KOLB ROBERT, Le droit international comme corps de «droit privé» et de «droit public», Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Leiden 2021, p. 29–45.

et intégrant le DIDH et le DIH. Les arts 5 et 7 TCA confirment l'orientation du TCA vers la *due diligence*¹⁵.

La législation suisse en matière d'armes ajoute d'autres considérations, principalement dues à la neutralité et aux enjeux de politique extérieure. Ainsi, la Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG) prend notamment sa source dans l'art. 54 Cst. (compétence de la Confédération en matière d'affaires étrangères)¹⁶. La conception suisse de la neutralité a par exemple conduit aux solutions strictes consacrées aux arts 18 et 22a, al. 2 LFMG qui interdisent l'exportation en cas de conflit et la réexportation (cf. *infra*, section D.III.3). On note déjà que l'interdiction de réexportation n'a cessé d'être débattue après l'agression contre l'Ukraine de février 2022. En dehors du cadre strictement prohibitif, l'exportation d'armes offre l'occasion à la Suisse de promouvoir le respect du droit international (elle figure plusieurs fois en tête du classement de la transparence en matière de commerce d'armes légères)¹⁷ et de promouvoir une bonne application du droit via le programme de vérification de livraison d'armes du SECO¹⁸.

II. Les notions clés

1. *Le matériel de guerre: distinctions*

Le cœur de ce rapport ayant trait au «matériel de guerre», il convient d'en définir les contours et de le distinguer des «biens militaires spécifiques», et des «biens à double usage». La classification d'un bien a une incidence directe sur le régime d'autorisation et de contrôle à l'exportation. Le droit suisse occupe une place centrale dans cette section II.1. La Suisse n'est pas obligée de reprendre mot pour mot les définitions utilisées dans les traités internationaux (art. 2 TCA). Les États sont libres de choisir comment mettre en œuvre les traités internationaux – le cas échéant en employant leurs propres définitions – pourvu que le traité soit respecté¹⁹. Les définitions nationales permettent de trouver un

15 Sur la *due diligence* et son adaptation à chaque domaine du droit: BESSON SAMANTHA, *La due diligence* en droit international public, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Leiden 2020, p. 130–133.

16 Art. 54, al. 1 et 2 Cst.: «1. Les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. 2. La Confédération s'attache à préserver l'indépendance et la prospérité de la Suisse; elle contribue 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 [...]».

17 SMALLS ARMS SURVEY, *The Small Arms Trade Transparency Barometer 2022*, Genève 2022, p. 2; SMALLS ARMS SURVEY, *The 2021 Small Arms Trade Transparency Barometer*, Genève 2021, p. 6.

18 SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, *Les bases du contrôle à l'exportation*, Berne 2019, p. 6 («En tant que mesures de confiance, les PSV [Post-shipment verification] sont l'un des meilleurs moyens de prévenir les transferts non souhaités de matériel de guerre exporté. [...] La Suisse a été le premier pays en Europe à introduire ces mesures»).

19 Dans les limites d'une bonne mise en œuvre du traité, cf. art. 5 TCA.

équilibre entre la lutte contre le trafic d'armes et le commerce. La liste des biens soumis à des procédures strictes de contrôle à l'exportation reste donc limitée: les biens militaires spécifiques et les biens à double usage – beaucoup plus nombreux que le matériel de guerre – bénéficient d'un contrôle à l'exportation plus léger.

a. *Matériel de guerre*

Nous utilisons les termes «armes» et «armements» comme des synonymes de «matériel de guerre». L'art. 5 LFMG définit le matériel de guerre comme:

- a. les armes, les systèmes d'arme, les munitions et les explosifs militaires;
 - b. les équipements spécifiquement conçus ou modifiés pour un engagement au combat ou pour la conduite du combat et qui, en principe, ne sont pas utilisés à des fins civiles.»
2. Par matériel de guerre, on entend également les pièces détachées et les éléments d'assemblage, même partiellement usinés, lorsqu'il est reconnaissable qu'on ne peut les utiliser dans la même exécution à des fins civiles. [...]»

Cette définition englobe notamment les véhicules (aéronefs, navires, chars, etc.), les armes de tous calibres, les munitions destinées aux véhicules et aux armes, certains lasers, le matériel électronique destiné spécifiquement au combat, et les logiciels conçus ou modifiés pour l'utilisation des biens énumérés précédemment. Sans exhaustivité, la liste comprend aussi des plaques de blindage, des gaz lacrymogènes, ainsi que des systèmes de visée. Par contre, et afin de donner une idée des limites de la définition suisse du matériel de guerre, les casques et gilets pare-balles n'y entrent pas (il s'agit de «biens militaires spécifiques», cf. *infra* B.II.1.b). Quant à l'art. 5, al. 2 LFMG, il s'applique par exemple à la carcasse d'un pistolet, mais non aux éléments standards tels que des vis, écrous, boulons, etc. qui entrent dans la fabrication²⁰. L'annexe 1 de l'ordonnance sur le matériel de guerre (OMG) détaille les nombreuses catégories de matériel de guerre (Kriegsmaterial ou «KM» 1 à 22). Cette liste se calque sur les 22 rubriques de la «liste des munitions» de l'Arrangement de Wassenaar²¹. Cet arrangement international sert de plateforme de coordination pour établir les catégories d'armes et des biens à double usage soumis au contrôle à l'exportation²². L'arrangement n'étant pas un traité international, la

20 Les vis utilisées dans l'assemblage du manche ne tombent pas sous le coup de la LFMG (pour une illustration: <https://www.sigsauer.com/pub/media/sigsauer/resources/SIG_ClassicMini_Manual_8501154Rev03_LR.pdf>, p. 68)

21 The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies, Munitions List, December 2023. L'arrangement de Wassenaar a succédé aux Coordinating Committee for Multilateral Export Controls («CoCOM») dont la Suisse était déjà membre.

22 En 2024, l'arrangement compte 42 Etats participants (il s'agit principalement d'Etats européens et industrialisés: Etats-Unis, Russie, Inde, Japon, Corée du Sud, Australie). Liste complète: <<https://www.wassenaar.org/about-us/>>.

Suisse peut s'en écarter sans engager sa responsabilité internationale²³. La classification de l'annexe 1 de l'OMG est compatible²⁴ avec d'autres classements internationaux, comme par exemple le mécanisme non contraignant de l'ONU relatif à la transparence en matière de transferts d'armes²⁵ (ci-après «UNROCA»), ainsi qu'avec les armes énumérées dans les arts 2 à 4 du TCA (qui est juridiquement contraignant).

Toute définition juridique est périlleuse. Dans le cas de l'annexe 1 de l'OMG, les interrogations concernent la nature de la liste, la méthode de classement à appliquer, et le classement d'un bien nouveau. La liste est exhaustive, mais un effort d'interprétation peut être nécessaire. Ainsi, un bien qui ne figure pas explicitement sur la liste, mais qui participe à la fabrication d'une arme est couvert par la liste (pièces détachées, éléments d'assemblage). Dans le cadre d'une livraison de Von Roll à l'Irak, une expertise a été demandée afin de déterminer si un élément était fabriqué ou non à des fins militaires²⁶. La prévisibilité de la loi n'est pas en cause ici, car les entreprises doivent prendre les mesures nécessaires afin de s'informer sur le cadre réglementaire applicable à leur activité²⁷. Une autre perspective pour l'interprétation de la liste de l'annexe 1 est son lien organique avec l'Arrangement de Wassenaar, lequel est régulièrement mis à jour²⁸. La définition des biens listés dans l'Annexe 1 devrait donc tenir compte des dernières mises à jour de la liste des munitions de l'Arrangement de Wassenaar²⁹.

-
- 23 Page du site du Département fédéral des affaires étrangères relative à l'Arrangement: <<https://urlr.me/V8kJz6>>. Par exemple, les Etats décident librement d'autoriser ou non l'exportation d'un bien mentionné sur la liste (Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies, Initial Elements. II.3). La distinction entre engagements internationaux contraignants ou non dépasse le cadre de cet article, cf. les travaux de la Commission du droit international à ce sujet: <https://legal.un.org/ilc/guide/1_17.shtml> (Non-legally binding international agreements).
- 24 Cette compatibilité de principe ne signifie pas que la Suisse suive parfaitement les classements internationaux. Parfois la classification du droit suisse s'écarte des catégories internationales, la question du respect du droit international se pose en lien avec le TCA. Cf. *infra* D.II.2. La Suisse exclut les avions d'entraînements (Art. 3, lit. c LCB) et les fusils à un coup de la définition des «armes» (voir l'annexe 1 OMG).
- 25 Registre des armes conventionnelles des Nations Unies (ci-après «UNROCA»). Sept catégories d'armes sont concernées par ces rapports sur les transferts (<<https://www.unroca.org/categories>>).
- 26 ATF 122 IV 103, consid. III.3.
- 27 Dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme («CEDH»), voir: CEDH, Guide relatif à l'art. 7 CEDH (pas de peine sans loi), Strasbourg 2024, p. 30–31. <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_7_fre> (version du 29 février 2024).
- 28 Liste annuelle des changements apportés aux biens à double usage et à la «liste des munitions»: <<https://www.wassenaar.org/control-lists-previous-years/>>.
- 29 Aussi longtemps qu'un bien ne figure pas dans l'annexe 1 OMG, les mises à jour de Wassenaar ne sont pas pertinentes pour la Suisse. L'annexe 1 OMG a été mise à jour 3 fois (RO 1999 2454; RO 2002 312; RO 2021 595). Ces mises à jour confirment l'indépendance de l'annexe 1 et de la liste des munitions concernant les *biens* (mais ne dit rien sur l'interprétation des catégories de biens déjà listés). Voir l'arrêt 6B_14/2015, consid. 3.2: «il n'est pas question en droit

La méthode de classement des biens pour le contrôle à l'exportation suit une logique de «cascade» en trois étapes³⁰. Le bien peut-il être classé comme une «arme» dans l'annexe 1 OMG? Si tel n'est pas le cas, il faut ensuite déterminer s'il s'agit d'un «bien militaire spécifique» de l'annexe 3 de l'ordonnance sur le contrôle des biens (OCB). En cas de réponse négative, s'agit-il d'un «bien à double usage» au sens des annexes 1 et 2 de l'OCB? Si aucune des catégories précédentes ne s'applique, le bien obéit – sauf exception³¹ – au régime usuel de l'exportation commerciale. En cas de doute sur les critères à appliquer ou le classement d'un bien, l'industrie peut demander des renseignements au SECO³².

Ces développements permettent d'esquisser des solutions au classement d'un bien «nouveau» (par ex. les drones dans les années 2000; actuellement un exosquelette démultipliant la force des soldats; une arme produisant une onde de choc). Si une arme nouvelle dont la fabrication n'est pas interdite (cf. *infra*, section C.IV) est développée par une entreprise suisse, la vérification débutterait par un passage en revue les catégories de l'annexe 1 de l'OMG (interprétée au regard de l'Arrangement de Wassenaar). Si aucune catégorie n'est suffisamment proche³³, la cascade indiquée dans le paragraphe précédent devrait ensuite être suivie.

b. *Bien militaires spécifiques*

Ils sont définis à l'art. 3, lit. c LCB:

«[I]es biens qui ont été conçus ou modifiés à des fins militaires, *mais qui ne sont pas des armes, des munitions, des explosifs militaires ni d'autres moyens de combat ou pour la conduite du combat*, ainsi que les avions militaires d'entraînement avec point d'emport [nos italiques].»

suisse d'une application directe de l'Arrangement de Wassenaar ou des listes qui sont élaborées dans son cadre. Le recourant ne saurait dès lors invoquer, afin de contester sa condamnation en vertu de l'art. 33 LFMG, une violation de cet arrangement. Il est également erroné de soutenir que la liste de munitions prévue par l'Arrangement de Wassenaar aurait été «incorporée» dans le droit national, soit en l'occurrence dans l'OMG (recours, p. 17), le préambule de l'annexe 1 OMG indiquant clairement que tel n'est pas le cas (cf. *supra* consid. 3.1.2)».

30 SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, Classement des composants des biens d'équipement militaires, Berne 2018, p. 4; Loi sur le contrôle des biens (LCB; RS 946.202) et Ordonnance sur le contrôle des biens (OCB 946.202.1).

31 Nous omettons les «biens stratégiques» dans cette énumération. Un embargo peut aussi restreindre les possibilités d'exportation (art. 25 LFMG).

32 SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (note 30), p. 4.

33 En cas de mise à jour de l'Arrangement de Wassenaar, la Suisse doit ensuite formellement modifier l'OMG ou la LCB. Avant une telle modification de l'annexe 1, le Conseil fédéral pourrait décider d'appliquer par précaution un contrôle à l'exportation pour ces biens «nouveaux» (arts 26 et 29 LFMG).

L'annexe 3 de l'OCB indique la liste complète des biens militaires spécifiques. Ils se déterminent grâce à la soustraction suivante³⁴:

Biens militaires spécifiques = Liste des Munitions de Wassenaar – Matériel de guerre selon l'annexe 1 de l'OMG

Les casques pour soldats, gilets pare-balles, systèmes de vision nocturne, jumelles télémétriques militaires³⁵, avions d'entraînement non armés sont autant d'exemples de biens militaires spécifiques. Ces biens relèvent de la LCB et de l'OCB, et obéissent donc à un régime de contrôle plus léger que le matériel de guerre (l'exportation de matériel de guerre requiert une autorisation du SECO *et* du DFAE, tandis que l'autorisation du SECO suffit pour les biens militaires spécifiques)³⁶. La frontière entre «matériel de guerre» et «bien militaire spécifique» n'est pas toujours facile à établir, la catégorisation de lunette de visée livrée à l'Iran a par exemple mobilisé les juridictions pénales³⁷.

c. *Biens à double usage*

L'art. 3, lit. b LCB les définit comme des: «biens utilisables à des fins aussi bien civiles que militaires». Les annexes 1 et 2 de l'OCB indiquent les biens faisant partie de cette très large catégorie (plus de 250 pages). Elles s'alignent sur la liste européenne de contrôle à l'exportation, qui est elle-même une compilation de cinq régimes internationaux de contrôle à l'exportation³⁸: la liste est organisée selon les dix catégories de la «Liste des biens et technologies à double usage» de l'Arrangement de Wassenaar (1)³⁹. La liste des biens à double usage incorpore également les régimes internationaux de contrôle d'armements du «Groupe d'Australie» (2)⁴⁰, du contrôle de la technologie des missiles (3)⁴¹, du

34 Cf. annexe de 1 de l'OMG: «Les biens qui ne sont pas mentionnés dans cette liste, bien que figurant dans la LM [liste des munitions de Wassenaar], relèvent, au titre de «biens militaires spécifiques», du champ d'application de la LCB». Voir aussi l'avis du CF à propos de la Motion 20.4619 de SEILER GRAF PRISKA, Soumettre les biens militaires spécifiques à la loi sur le matériel de guerre: «Les biens militaires spécifiques se définissent donc comme la différence entre les biens figurant sur la liste de munitions et les biens considérés comme matériel de guerre (soit biens figurant sur la liste de munitions moins matériel de guerre)».

35 TPF, Jugement du 20 octobre 2017, Cour des affaires pénales, SK.2016.10, consid. 2.3–2.7.

36 Art. 14 OMG; SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE 2019 (note 18), p. 4.

37 Voir: TPF, Jugement du 13 novembre 2014, Cour des affaires pénales, SK.2014.26; Arrêt 6B_14/2015 du 28 janvier 2016; TPF, Jugement du 8 avril 2016, Cour des affaires pénales, SK.2016.10; TPF, Jugement du 20 octobre 2017, Cour des affaires pénales, SK.2016.10.

38 SECO 2019 (note 18), p. 149–150.

39 The Wassenaar Arrangement, Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies, Public Documents, Volume II, List of Dual-use Goods and Technologies, 2023, 245 p. Entre autres catégories: électronique, télécommunication, capteurs et lasers, aérospatiale et propulsion, traitement des matériaux.

40 Lutte contre la prolifération d'armes chimiques et biologiques: <<https://www.dfat.gov.au/publications/minisite/theaustraliagroupnet/site/fr/index.html>>.

41 Lutte contre la prolifération des vecteurs d'armes de destruction massive: <<https://www.mtrc.info/fr/>>.

groupe des fournisseurs nucléaires (4)⁴², et de la Convention sur les armes chimiques (5)⁴³ (ce dernier texte est juridiquement contraignant).

Lue en isolation, la définition de l'art. 3 LCB est vague et peu satisfaisante⁴⁴, car n'importe quel bien – marchandise, technologie, logiciel – pourrait être utilisé à des fins militaires. Selon le guide de bonne pratique de l'Arrangement de Wassenaar, sont des biens à double usage «les biens qui sont essentiels ou critiques pour le développement, la production, l'utilisation ou l'amélioration autochtones de capacités militaire⁴⁵». Vouloir cerner les biens à double usage uniquement grâce à la définition générale de l'art. 3 LCB (perspective «top-down») semble être une mauvaise stratégie pour comprendre la *ratio legis* de la liste. Il serait plus pragmatique de considérer la question dans une perspective «bottom-up» ou de *finalité*, c'est-à-dire s'interroger sur les biens civils qui peuvent être *détournés* à des fins militaires et examiner quelles sont les «capacités militaires» contre lesquelles le contrôle à l'exportation veut lutter (quelles armes et technologies nécessitent une surveillance?). La liste des biens à double usage est efficace si elle se calque sur les principales préoccupations en matière de sécurité internationale (par ex. la lutte contre les armes nucléaires, contre les armes biochimiques). Ainsi, des produits chimiques qui sont utilisés pour fabriquer des substances nocives figurent sur la liste⁴⁶. Abordée sous cet angle, la définition prend corps et il est plus facile de comprendre pourquoi un bien est ou non considéré comme étant «à double usage».

2. Les étapes et concepts de la vente d'armes

a. Les étapes

Les conventions internationales distinguent les étapes suivantes: développement, fabrication ou production, acquisition, vente au sens strict, transfert phy-

42 Lutte contre la prolifération d'armes nucléaires: <<https://www.nuclearsuppliersgroup.org/index.php/fr/>>.

43 Lutte contre la fabrication et l'emploi d'armes chimiques: <<https://www.opcw.org/fr/convention-sur-linterdiction-des-armes-chimiques>>. Voir en particulier les annexes 1 et 2 de la Convention (RS 0.515.08).

44 FRANK TH. PETERMANN, *Dual Use*, Zürich/St-Gallen 2014, p. 101–106.

45 The Wassenaar Arrangement, Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies, Public Documents, Volume III, p. 47 (traduction officielle: <<https://www.wassenaar.org/fr/best-practices/>>, document «Critères de sélection».

46 Cf. la Catégorie 1 – Matières spéciales et équipements apparentés (1C350), annexe 2 de l'OCB. Autre exemple: seuls certains types de calculateurs à haute capacité ou conçus pour fonctionner dans des conditions extrêmes seront considérés comme des biens à double usage (cf. Catégorie 4). En plus, des biens qui ne figurent pas initialement sur la liste peuvent être interdits en raison de sanctions, voir: LE TEMPS, Des puces genevoises dans des missiles russes tirés sur l'Ukraine, 18 décembre 2022.

sique, stockage⁴⁷, conservation⁴⁸, emploi⁴⁹. La séparation entre la phase de développement («mise au point», «conception») et la fabrication a des conséquences importantes. Se pose ainsi la question de savoir si une arme – autorisée – qui serait développée en Suisse, mais produite à l'étranger échappe au contrôle à l'exportation⁵⁰. Il faut distinguer trois situations sur la base des arts 20 et 21 LFMG et de l'art. 7 OMG: 1) si l'Etat de production figure sur la liste de l'annexe 2 de l'OMG, aucune autorisation n'est requise pour le transfert «de biens immatériels, y compris le know-how, essentiels au développement, à la fabrication ou à l'exploitation de matériel de guerre» (art. 20 LFMG)⁵¹. 2) Si l'État ne figure pas sur cette liste, la conclusion du contrat est soumise à autorisation. 3) La conclusion de contrat n'est jamais autorisée «si l'acquéreur a son domicile ou son siège dans un pays vers lequel l'exportation du matériel de guerre en question ne serait pas autorisée» (art. 21 LFMG).

La réglementation internationale aborde généralement les étapes de la fabrication et de l'emploi en énonçant des interdictions totales; le chapitre 2 de la LFMG reprend ces interdictions concernant la fabrication. Concernant la fabrication d'armes autorisées, une «autorisation initiale» est nécessaire selon les arts 9–11 LFMG.

Concernant la vente (exportation) et le transfert physique des armes (transit, transbordement), les règles internationales énoncent des droits et obligations, par exemple sous la forme de vérifications à conduire⁵². Les étapes ultérieures (livraison au destinataire final, emploi prévu) sont vérifiées à travers la de-

47 Le stockage concerne l'accumulation d'armes non utilisées, soit directement sur le territoire de l'Etat, soit pour son compte sur le territoire d'un État tiers. Les armes «stockées» ne sont pas immédiatement prêtes à l'emploi. CASEY-MASLEN STUART, *The Anti-Personnel Mine Ban Convention*. A Commentary, Oxford 2023, p. 71–72. Un des buts de l'interdiction du stockage est d'éviter la constitution de grandes réserves d'armes susceptibles de mettre en danger la sécurité.

48 Le terme anglais est «retain», il n'est pas toujours distingué du stockage. La «conservation» s'applique par exemple à des armes prises à l'ennemi ou à des groupes armés. CASEY-MASLEN (note 47), p. 72. La conservation concerne de plus petites quantités que le stockage. La conservation d'armes par une armée peut suivre des buts d'entraînements, de recherche, et de développement de mesures de protection (par exemple la Convention sur les armes chimiques autorise la conservation à des fins de recherche et de protection, cf. la sixième partie de la Convention – «Activités non interdites par la Convention menées conformément à l'art. VI»).

49 Voir par ex. les arts 1 de Convention sur les armes chimiques (RS 0.515.08); de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (RS 0.515.092); de la Convention sur les armes à sous-munitions (RS 0.515.093); et de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (RS 0.515.07).

50 RADIO TÉLÉVISION SUISSE, Des armes développées par l'entreprise suisse Rheinmetall seront livrées en Ukraine, <<https://www.rts.ch/info/suisse/14004018-des-armes-developpees-par-lent-reprise-suisse-rheinmetall-seront-livrees-en-ukraine.html>> (7 mai 2023).

51 Il s'agit principalement d'Etats européens et – entre autres – du Japon, des Etats-Unis, et de l'Argentine.

52 Arts 5–9 TCA.

mande d'autorisation d'exportation. L'étape d'exportation est déterminante pour la lutte contre le trafic illicite; dès qu'un transfert physique des armes est en cours, il devient très difficile d'empêcher un détournement. Cette structure se retrouve sur le plan suisse, les chapitres 3 à 5 LFMG instituent un système de contrôle et d'autorisation. Le courtage, l'exportation, le transit, etc., sont soumis à des autorisations indépendantes entre elles. La nécessité de requérir des autorisations pour chaque activité permet d'exercer un contrôle accru et assure que d'éventuels intérêts politiques puissent être pris en compte⁵³.

b. Les concepts et considérations pratiques

Afin de terminer ce panorama de la vie des armes, un bref passage par des notions et considérations pratiques s'impose. Cette section permet en retour d'énumérer les points où la réglementation est la plus nécessaire.

Le «trafic illicite» d'armes a déjà été évoqué, mais cette notion s'écarte du langage courant. Elle vise des transferts d'armes qui n'auraient pas été *autorisés*. Ainsi, une autorisation d'exportation pour une livraison d'armes à un Etat qui commet des crimes contre l'humanité ne constitue pas un trafic illicite, *car la livraison ne fait qu'exécuter l'autorisation délivrée en amont* (dans cette hypothèse l'exportation n'aurait pas dû être accordée et elle viole l'art. 6, par. 3 TCA)⁵⁴. Le trafic illicite survient *en l'absence* ou *en aval* d'une autorisation. Il s'agit d'une mauvaise exécution ou d'un «détournement» de l'autorisation quand celle-ci existe⁵⁵. Les mêmes remarques sont valables pour la fabrication illicite d'armes⁵⁶.

Le «détournement» d'armes recouvre partiellement la notion précédente, mais il est plus restreint puisqu'il suppose qu'une autorisation ait préalablement été donnée. Il concerne l'emploi non autorisé d'une arme («end-use») ou la livraison à des destinataires finaux non autorisés («end-user»)⁵⁷. Il existe quatre

53 Voir la formule commune aux arts 16, al. 2; 16b, al. 2; et 19, al. 2 LFMG («Si des circonstances exceptionnelles l'exigent, elles [les autorisations] peuvent être suspendues ou révoquées»).

54 «Un État Partie ne doit autoriser aucun transfert d'armes classiques visées par l'article 2 (1) ou des biens visés par les articles 3 [munitions] ou 4 [pièces et composants] s'il a connaissance, lors de l'autorisation, que ces armes ou ces biens pourraient servir à commettre un génocide, des crimes contre l'humanité, [...]».

55 CASEY-MASLEN STUART, Preamble, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 23.

56 Voir l'Instrument international visant à permettre aux États de procéder à l'identification et au traçage rapides et fiables des armes légères et de petit calibre illicites, section II.6., lit. a et d: «Aux fins du présent instrument, les armes légères et de petit calibre sont <illicites> si: a) Elles sont considérées comme illicites en vertu de la loi de l'État sous la juridiction territoriale duquel elles ont été trouvées; [...] d) Elles sont fabriquées ou montées sans une licence ou autorisation délivrée par les autorités compétentes de l'État où a lieu la fabrication ou le montage [...]»). Voir aussi l'art. 3, lit. d du Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu (RS 0.311.544)

57 GIACCA GILLES, Article 1. Object and Purpose, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 49–50.

étapes où le détournement est le plus susceptible d'arriver: lorsque l'arme quitte le territoire de l'État d'exportation, pendant le transit vers le destinataire, lors de la remise au destinataire, et après la remise⁵⁸. En plus d'une solide vérification avant d'autoriser l'exportation⁵⁹, le détournement lors de ces étapes peut notamment être combattu par des vérifications par les Etats de transit⁶⁰, grâce à la coopération internationale⁶¹, et par des contrôles suite à la livraison⁶².

Un outil pratique pour lutter contre le détournement consiste à exiger de l'importateur des certificats indiquant le destinataire final («end-user certificate») et/ou l'emploi final qui sera fait de l'arme («end-use certificate»)⁶³. Ces certificats permettent de mitiger les risques et peuvent participer à la *due diligence* lors de l'exportation. Il faut noter que ces deux types de certificats sont simplement mentionnés dans l'art. 8, par. 1 TCA⁶⁴: le droit international se contente de prendre acte de leur existence sans les rendre obligatoires⁶⁵. En droit suisse, l'exportation est presque systématiquement conditionnée à un certificat quant au destinataire final (sous la forme d'une interdiction de réexportation; cf. les arts 18 LFMG et 5a OMG). En revanche la loi suisse semble muette sur les certificats relatifs à l'*emploi* des armes. Etant donné que les traités internationaux n'obligent pas à fournir ni de «end-use» ni de «end-user certificates», c'est vers les codes de bonnes pratiques et les lois nationales qu'il faut se tourner pour déterminer leur contenu et une éventuelle obligation – nationale – de les requérir pour l'exportation⁶⁶.

58 *Ibid.*, p. 50 et PARKER SARAH, Article 11. Diversion, *ibid.*, p. 352; UNODC, Global Study on Firearms Trafficking 2020, New York 2020, p. 37.

59 Une demande exportation à destination d'une société active dans le transport de marchandises devrait déclencher des vérifications supplémentaires. Voir les exemples dans: ARRANGEMENT DE WASSENAAR, Liste des questions utiles à l'industrie, 2023 (<<https://www.wassenaar.org/fr/best-practices/>>).

60 Ces vérifications sont difficiles à mettre en œuvre lorsque les armes sont exportées par bateaux; cf. les développements dans PARKER SARAH, Article 9. Transit or Trans-Shipment, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 316–326.

61 Art. 11, par. 3 et Art. 15, par. 2 TCA; REUTERS, Italy seizes Chinese-made military drones destined for Libya, 2 juillet 2024. <<https://www.reuters.com/world/italy-seizes-chinese-made-military-drones-destined-libya-2024-07-02/>>.

62 Les «Post Shipment Verification», cf. SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE 2019 (note 18), p. 6.

63 Les certificats relatifs à l'emploi peuvent aussi indiquer que l'arme ne sera utilisée que pour des usages licites et qu'en cas de revente les conditions d'utilisation seront répercutées sur l'acheteur (comme pour une «clause de jonction en aval»). Cf. PARKER SARAH, Article 8. Import, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 295.

64 «Chaque État Partie importateur prend des mesures pour veiller à ce que les informations utiles et pertinentes soient fournies, conformément à sa législation nationale, à l'État Partie exportateur, à sa demande, pour l'aider à procéder à son évaluation nationale de l'exportation, conformément à l'article 7. Ces mesures peuvent comprendre la communication des certificats d'utilisateur final ou d'utilisation finale». Voir aussi l'art. 11, par. 2, relatif au détournement (GENEVA ACADEMY, *The Arms Trade Treaty*, Genève 2013, p. 34).

65 PARKER (note 63), p. 294–295.

66 L'art. 8, par. 1 TCA n'est pas une obligation («Ces mesures peuvent comprendre la communication des certificats»). Pour un tour d'horizon des pratiques nationales: UNODA, *Study on the*

Les «ALPC», soit les armes légères et de petits calibres (en anglais «small arms and light weapons», ou «SALW») et leurs munitions constituent presque une catégorie d'armement à part dans la lutte contre le trafic illicite. Ces armes – produites en très grand nombre – sont les plus difficiles à contrôler⁶⁷, elles impliquent un risque accru d'usage non autorisé, de constitution de stocks durant de très longues périodes⁶⁸, d'usage par des enfants, et, une fois le conflit terminé, de revente non autorisée (entière; en pièces détachées⁶⁹), d'alimentation du marché parallèle, et de contribution à la criminalité⁷⁰. Les armes légères et leurs munitions correspondent aux rubriques KM 1, 2 et 3 de l'annexe 1 de l'OMG et de l'arrangement de Wassenaar. Le TCA s'y applique⁷¹, elles figurent dans la liste des armes classiques de l'UNROCA depuis 2016 seulement⁷². Leur incorporation dans le TCA constitue une étape extrêmement importante pour le contrôle des armements au niveau mondial⁷³. Mitrailleuses légères, pistolets, et fusils d'assauts – entre autres – sont des armes légères. Quant aux armes de petits calibres, elles sont généralement maniées par deux à trois opérateurs: mitrailleuses lourdes, lanceurs portatifs antichars, lanceurs portatifs antiaériens (certains «MANPADS⁷⁴»), et mortiers⁷⁵. On utilise dans ce rapport le terme générique d'«armes légères» pour les armes de petits calibres et les armes légères au sens strict.

Ces considérations indiquent en filigrane les zones où le droit des armes se doit d'être efficace. Une surveillance accrue pour les armes légères doit être mise en œuvre; le trafic illicite et le détournement doivent être encadrés par des stratégies permettant de vérifier l'usage et le destinataire finaux des armes (renforcement et coordination des certificats et de leur mise en œuvre, renforcement

Development of a Framework for Improving End-User and End-User Control Systems, 2011, 96p. Dans sa décision PESC 2021/38 du 15 janvier 2021, le Conseil Européen indique les éléments communs devant figurer dans les certificats relatifs aux armes légères (<<https://urlr.me/jDsUe8>>).

67 Ces armes sont le plus souvent détournées après la remise au destinataire final (UNODC (note 58), p. 9).

68 Des armes légères de la Deuxième Guerre mondiale seraient utilisées dans le conflit russo-ukrainien (ZORIA YURI, *WWI and WWII firearm relics still used in Russo-Ukrainian war*, Euro-maidan Press, 26 février 2024).

69 UNODC (note 58), p. 27–28.

70 *Ibid.*, p. 8 et 13.

71 Le Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu (RS 0.311.544) ne définit que les «armes à feu» (PARKER SARAH, Article 2. Scope, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 105).

72 UN Register of Conventional Arms, voir: <<https://www.unroca.org/categories>>. Ce mécanisme est déjà volontaire pour les catégories classiques, les Etats qui le souhaitent peuvent communiquer des rapports relatifs aux armes légères.

73 Sur la négociation du TCA: PARKER (note 71), p. 62–65.

74 Les «MANPADS» sont parfois classés dans la catégorie des lanceurs de missiles (catégorie VII de l'UNROCA), voir les discussions dans: PARKER (note 71), p. 100–104 et 119.

75 D'un calibre inférieur à 75 mm dans la liste UNROCA; inférieur à 100 mm dans le TCA (PARKER [note 71], p. 119); sans indication de calibre dans l'OMG (annexe 1, rubrique KM 2, simple référence aux «mortiers»).

du contrôle pendant la phase de transit, «Post Shipment Verification», demande préalable d'autorisation pour la réexportation, diffusion des bonnes pratiques au sein des entreprises).

III. L'industrie suisse de l'armement

Comment se situe l'industrie suisse de l'armement en comparaison internationale et nationale? Il s'agit ici d'avoir un aperçu de l'importance de cette industrie, d'identifier quelles entreprises sont affectées par la LFMG, de désigner les principaux Etats d'exportation, et d'indiquer les armes vendues⁷⁶.

Pour l'année 2020, les exportations mondiales d'armes étaient évaluées à plus de 112 milliards de dollars⁷⁷. Les Etats-Unis sont en tête des exportations (42% des exportations mondiales pour la période 2019–2023)⁷⁸. Suivent la France et la Russie (toutes deux à 11%), puis la Chine et l'Allemagne (respectivement à 5,8% et 5,6%). La Suisse se classe en 17^e position avec 0,5%⁷⁹. Ces classements ne livrent toutefois qu'une partie de la réalité: 1) il est nécessaire de déterminer quelles armes sont prises en compte (les armes légères et munitions sont-elles comptabilisées?); 2) les classements par année sont sujets à d'importantes fluctuations en cas de conflit (les exportations des Etats de l'UE vers l'Ukraine ont augmenté); 3) ne peut être comptabilisé que ce qui est *annoncé* comme une *exportation* (les transferts illicites échappent aux statistiques; prêts et dons peuvent être omis en raison de la pratique nationale)⁸⁰; 4) certains biens militaires spécifiques ou à double usage peuvent apporter une contribution militaire aussi importante que le matériel de guerre, ils n'apparaissent toutefois pas dans ces statistiques.

En omettant les munitions, les principales exportations suisses de 2023 se dessinent ainsi⁸¹: pour les armes légères *stricto sensu*, 258 ont été livrées à la Corée du Sud; 172 à la Pologne; 66 aux USA. Pour les armes de petits calibres:

76 De manière générale, voir l'initiative «Der Rüstungsreport – ein Portal für die Transparenz» (<https://www.ruestungsreport.ch/>).

77 Voir la base de données du SIPRI, Financial value of the global arms trade, <https://www.sipri.org/databases/financial-value-global-arms-trade>. Les statistiques financières sont difficiles à établir, car les mécanismes de transparence concernent la quantité et le type d'armes transférés. Pour donner un ordre de grandeur, les exportations de textile sont trois fois plus importantes (339 milliards \$) en 2022. Au niveau *national*, les exportations automobiles de la Chine en 2022 avoisinent 121 milliards \$ (OMC, World Trade Statistical Review 2023, Genève 2023, pp. 14–15).

78 WEZEMAN et al., SIPRI Fact Sheet. Trends in International Arms Transfers 2023, Stockholm 2024, p. 2–3 https://www.sipri.org/sites/default/files/2024-03/fs_2403_at_2023.pdf. Pour des statistiques globales: <https://armstransfers.sipri.org/ArmsTransfer/>.

79 *Ibid.*, p. 2. En 2014–2018, la Suisse représentait 1% des exportations mondiales.

80 Les statistiques de l'UNROCA sont révélatrices à cet égard, car elles comparent les chiffres annoncés par les Etats exportateurs et importateurs (<https://www.unroca.org/>), page de la Suisse).

81 UNROCA, <https://www.unroca.org/switzerland/report/2023/>.

82 aux USA, 75 à la Suède, 23 à la France. Concernant les autres armes, 568 missiles de défense antiaérienne ont été livrés à l'Allemagne et 26 véhicules «Pirhana» au Danemark. Dans les années 2019–2023, les Etats-Unis, l'Allemagne, le Danemark, et la Roumanie sont régulièrement en tête des Etats de destination en valeur d'exportation⁸². Les catégories KM 3 (munitions), KM 5 (matériel pour la conduite de tir)⁸³, KM 6 (véhicules blindés et automobiles) représentent les plus forts cumuls de valeurs d'exportation sur la période 2019–2023, suivies par la catégorie KM 2 (armes de tout calibre)⁸⁴. Le montant total avoisine 697 millions CHF en 2023 (munitions y comprises)⁸⁵. Cette valeur reste très modeste en comparaison nationale: en 2023 le secteur textile, habillement et chaussure totalise plus de 4,8 milliards; les exportations de papier et produits des arts graphiques représentent 1,3 milliard⁸⁶. Sur la période 2022–2015, la vente d'armes constitue entre 0,15 % et 0,30 % de l'ensemble des exportations suisses, le montant moyen d'exportation est de 633 millions (avec un montant record de 955 millions en 2022)⁸⁷.

Parmi les entreprises suisses actives dans l'exportation d'armes⁸⁸, le groupe RUAG⁸⁹ (à vocation «généraliste»), Rheinmetall (défense antiaérienne et canons), RWM Schweiz (munitions de tous types, l'entreprise fait partie du groupe Rheinmetall), et GDELS Mowag (véhicules) arrivent en tête pour la période 2015–2022⁹⁰. Concernant les biens militaires spécifiques⁹¹ pour la même période, les entreprises Safran Vectronix (systèmes de vision nocturne, d'orientation, et de positionnement), Plath AG (saisie, surveillance, codage, et brouillage des communications), Pilatus (avions polyvalents et d'entraînement), GDELS MOWAG, et RUAG ont le plus régulièrement demandé des licences d'exportation.

L'industrie suisse de l'armement est modeste, tant en comparaison internationale que nationale. Les entreprises actives dans l'armement produisent souvent des biens militaires spécifiques. Les exportations se font majoritairement vers l'Europe et les USA. La Suisse exporte essentiellement des munitions de tous types, des véhicules, et des équipements militaires technologiques. La part

82 Données compilées à partir des rapports disponibles sur la page chiffres et statistiques du SECO: <<https://urlr.me/B5Cd2D>>.

83 Par exemple du matériel pour la détection, l'identification et la localisation d'une cible.

84 Compilation des données des documents «Exportations de matériel de guerre par catégorie».

85 SECO, Contrôle à l'exportation des armements, Chiffres et statistiques, accessible ici: <<https://urlr.me/B5Cd2D>>.

86 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Office fédéral des douanes et de la sécurité des frontières. Rapport Annuel. Commerce extérieur suisse 2023, Berne 2023, p. 8.

87 SECO (note 85), <<https://urlr.me/B5Cd2D>>, lien «Statistiques 2022».

88 Les valeurs d'exportations de la Confédération et de l'initiative «Rüstungsreport» (<<https://www.rüstungsreport.ch/>>) diffèrent, car cette dernière indique les valeurs des *licences* d'exportation, cependant les licences ne sont pas toujours utilisées en totalité.

89 Notamment: RUAG AG; RUAG MRO; RUAG AMMOTEC.

90 <<https://www.rüstungsreport.ch/permits/2022>>.

91 *Ibid.*

d'exportation d'armes légères – la catégorie qui contribue le plus à l'insécurité – reste faible. La Suisse figure régulièrement en tête du classement de la transparence en matière d'armes légères et de leurs munitions, gage supplémentaire que les problématiques liées à l'exportation d'armes sont étroitement surveillées⁹².

C. Fabrication d'armes

I. Introduction

A la différence du régime nuancé et sophistiqué de l'exportation, la fabrication d'armes obéit à une logique binaire: l'arme est soit interdite, soit autorisée. Une zone grise entre ces deux pôles peut apparaître en raison d'armes radicalement nouvelles («différence de nature») ou d'armes dont les caractéristiques ont évolué («différence de degré», par ex. en raison de l'évolution technologique à l'intérieur d'une catégorie d'arme). Quoi qu'il en soit, cette zone grise ne soulève que rarement la question de l'autorisation ou la prohibition de l'arme en elle-même. L'interrogation porte plutôt sur le *classement* de l'arme dans une catégorie préexistante⁹³.

L'interdiction d'armes découle majoritairement des traités de désarmement⁹⁴, on peut citer – entre autres – l'interdiction des bombes à sous-munitions, des mines antipersonnel, et des armes biologiques⁹⁵. L'interdiction peut également découler de règles coutumières, de principes généraux, et du droit international humanitaire⁹⁶ (section C.II.2). Le DIH interdit certains *moyens* de guerre (cette catégorie se recoupe avec les armes interdites par des traités de désarmement, mais elle ne s'y limite pas, voir la section C.II.2) et certaines *méthodes* de guerre (c'est-à-dire l'usage qui est fait d'armes autorisées, par ex. une arme légère est interdite si cette dernière est utilisée pour commettre des crimes de guerre. Un tel usage doit conduire au refus d'exporter une arme).

92 Par ex. elle est en première place avec 22 points sur un maximum de 25 pour l'année 2022: SMALL ARMS SURVEY (note 17). Pour les années précédentes: <<https://www.smallarmssurvey.org/database/small-arms-trade-transparency-barometer>>.

93 A quelle rubrique de la liste des munitions de l'Arrangement de Wassenaar l'arme appartient-elle? Si l'examen arrive à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une arme, les catégories des «biens militaires spécifiques» et des «biens à double usage» peuvent éventuellement s'appliquer, ce qui aura une influence directe sur le régime d'exportation et de contrôle applicable.

94 RIETIKER DANIEL, *Le régime juridique des traités de maîtrise des armements*, Berne 2010, p. 127–130.

95 BOOTHBY WILLIAM, *Weapons and the law of armed conflict*, 2^e éd., Oxford 2016, p. 111, 174, et 264.

96 RIETIKER (note 94), p. 76–82.

S'agissant des armes autorisées, le raisonnement est sensiblement différent. Il n'existe pas de traités dont le but est d'indiquer les armes licites, en revanche les classements de l'UNROCA et la «liste des munitions» de l'Arrangement de Wassenaar peuvent être lus comme une énumération d'armes autorisées (cf. *supra* section B.II.1). A cet égard, il est significatif que l'UNROCA utilise le terme «d'armes conventionnelles» ou «d'armes classiques»⁹⁷.

L'interdiction d'une arme porte généralement sur l'ensemble des étapes, et pas seulement sur leur fabrication et emploi. L'article 1^{er} de la Convention sur les mines antipersonnel est représentatif du champ large de l'interdiction: le développement⁹⁸ est également prohibé, de même que le stockage et le transfert⁹⁹. Une lecture comparative de la doctrine en matière de désarmement indique que la fabrication – ou «production» – d'armes est largement définie: toute activité qui contribue à la construction de l'arme est proscrite¹⁰⁰. Peu importe que la production soit industrielle ou artisanale, peu importe qu'il s'agisse d'une partie de l'arme seulement¹⁰¹, la production sous licence à l'étranger peut aussi tomber sous le coup de l'interdiction de *production*¹⁰². Au niveau suisse, la fabrication est définie à l'art. 6 LFMG: «au sens de la présente loi, on entend [par fabrication] toute activité professionnelle consistant à produire du matériel de guerre ou à en modifier les parties essentielles à son fonctionnement». Le chapitre 2 de la LFMG se calque sur les interdictions internationales; l'emploi des armes n'y est toutefois pas mentionné, car cette loi est exclusivement consacrée aux exportations¹⁰³. La suite de cette section se penchera sur les sources juridiques d'interdiction des armes (II), sur les armes autorisées (III), puis sur les armes dites «nouvelles» (IV).

97 L'emploi de certaines armes classiques est toutefois interdit en raison des traumatismes qu'elles provoquent. Voir la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques et ses protocoles (RS 0.515.091).

98 Le développement englobe la mise au point, la recherche, les études, les plans et prototypes, etc. en amont de – et nécessaire à – lancer une fabrication: «the stage of research prior to formal production of a weapon that is being prohibited, including the weapon's design» (CASEY-MASLEN (note 47) p. 67).

99 «Chaque État partie s'engage à ne jamais, en aucune circonstance: a) employer de mines antipersonnel; b) mettre au point, produire, acquérir de quelque autre manière, stocker, conserver ou transférer à quiconque, directement ou indirectement, de mines antipersonnel [...]» (RS 0.515.092); CASEY-MASLEN (note 47), p. 67–78.

100 CASEY-MASLEN (note 47), p. 68.

101 Voir la position de la Norvège: «If it is clear that the component can only be used in the production of cluster munitions, the production of such component is covered by the prohibition» (WIEBE VIRGIL et al., Article 1, in: Casey-Maslen/Nystuen (éds), *The Convention on Cluster Munitions. A Commentary*, Oxford 2010, p. 119).

102 *Ibid.*, p. 119–120.

103 L'interdiction d'emploi des armes ressort des arts 264h et 264j CP (DUPUIS et al. (éds), *Petit commentaire du code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017, p. 1719–1724 et voir *infra* note n° 120).

II. Armes interdites

1. Les traités de désarmement

Le contrôle de la fabrication d'armes n'est pas nouveau; la préoccupation initiale des souverains consistait à s'assurer un monopole sur les biens indispensables à la guerre, tels que les armes à feu et la poudre à canon¹⁰⁴. C'est à partir du milieu du 19^e siècle que des Etats militent pour l'interdiction des armes qui causent des maux superflus¹⁰⁵. L'interdiction est d'abord motivée par des considérations *humanitaires* et porte exclusivement sur *l'emploi* de ces armes¹⁰⁶. C'est dans un second mouvement que l'interdiction de fabrication de certaines armes est évoquée lors de conférences internationales¹⁰⁷, qu'elle est imposée à l'Allemagne dans le traité de Versailles¹⁰⁸, puis, en 1972, la Convention sur l'interdiction des armes biologiques est le premier instrument universel à étendre l'interdiction à la fabrication¹⁰⁹. La Suisse est partie à cette Convention, ainsi qu'à quatre traités universels qui interdisent la fabrication de certaines armes, soit:

- Le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires de 1968 (RS 0.515.03)¹¹⁰;
- La Convention sur les armes chimiques de 1993 (RS 0.515.08);
- La Convention sur l'interdiction des mines antipersonnel de 1997 (RS 0.515.092);
- La Convention sur les armes à sous-munitions de 2008 (RS 0.515.093).

Le contenu de ces conventions est repris dans les arts 7, 8, et 8a LFMG. Les arts 34 à 35a LFMG prévoient des peines privatives de liberté de 10 ans au plus ou des peines pécuniaires en cas d'infraction. Le contrôle de la fabrication

104 GILLESPIE ALEXANDER, *History of the Law of Wars*. 3rd Volume: Arms Control Rules, Oxford 2011, p. 16.

105 *Ibid.*, p. 23–24.

106 Pour une liste actualisée des armes dont l'emploi est interdit, cf. <<https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/treaties-and-states-parties>>, rubrique «Méthodes et moyens de combat».

107 GILLESPIE (note 104), p. 36.

108 *Ibid.*, p. 41. Traité de Versailles, 28 juin 1919, art. 192: «[I]es armes, munitions et le matériel de guerre de toute nature, y compris les mines et les torpilles, qui se trouvent actuellement entre les mains du Gouvernement allemand et qui sont en excédent desdites quantités, seront livrés aux Gouvernements desdites puissances dans tels lieux que ceux-ci désigneront. La destruction ou mise hors d'usage en sera effectuée. Tous autres stocks, dépôts ou réserves d'armes, de munitions ou de matériel naval de guerre, de quelque nature que ce soit, sont interdits. La fabrication sur le territoire allemand et l'exportation desdits articles à destination de pays étrangers seront prohibées.»

109 RS 0.515.07; art. 1: «Chaque État partie à la présente Convention s'engage à ne jamais, et en aucune circonstance, mettre au point, fabriquer, stocker, ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver [...]».

110 L'interdiction de fabrication n'est pas aussi directe et claire que dans la Convention sur les armes chimiques. Deux régimes différents s'appliquent selon si l'État dispose ou non de l'arme nucléaire. En revanche l'art. 1 du Traité sur l'interdiction des armes nucléaires de 2017 – qui n'a pas été signé par la Suisse en 2024 – prévoit une interdiction radicale de l'arme nucléaire calquée sur les Conventions de 1993, 1997, et 2008 (pour le texte du traité de 2017: Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 3370).

d'armes est concrétisé par l'OMG¹¹¹ et un office central est désigné par le Conseil fédéral (ci-après «CF») afin de réprimer les activités illicites relatives aux armes (art. 30 LFMG)¹¹². La responsabilité des contrôles varie en fonction des traités: ainsi, le contrôle de la mise en œuvre de la Convention sur les armes chimiques est confié à la division «sécurité internationale» du DFAE¹¹³ (le SECO, le DEFR, et le DDPS siègent également dans cette division).

Certains traités prévoient uniquement une interdiction ou une restriction de l'emploi des armes; cette interdiction limitée peut-elle avoir des conséquences sur la fabrication? Schématiquement, plusieurs réponses sont possibles: 1) l'interprétation de «l'emploi» pourrait englober la fabrication; 2) la bonne mise en œuvre du traité pourrait impliquer une interdiction de fabrication (interprétation téléologique et systémique du traité)¹¹⁴. Parmi les armes dont l'emploi est restreint ou interdit par traité, on trouve notamment les éclats non localisables, les mines, les armes incendiaires, et les armes à laser aveuglantes¹¹⁵. Attardons-nous sur le cas du lance-flamme¹¹⁶. 1) La lecture et l'interprétation du protocole n°3 à la Convention sur les armes classiques indiquent que seuls certains usages de cette arme sont prohibés¹¹⁷, ce qui signifie donc que la fabrication est licite; 2) le protocole n°3 énonce les précautions à prendre lors d'attaques, ce qui pourrait avoir des conséquences sur la mise au point – et donc la fabrication – de l'arme, sans pour autant l'interdire. Les listes internationales et nationales d'armes nous fournissent des compléments pour le lance-flamme: il n'est

111 Art. 26 LFMG: «Le Conseil fédéral édicte des prescriptions sur le contrôle de la fabrication [...]»; arts 17–19 OMG.

112 Le service des renseignements semble avoir la charge de cette tâche: arts 6, al. 1, lit. a, chiff. 3; 19, al. 2, lit. c Loi sur le renseignement (RS 121); GUILLAUME MICHEL, Exportations d'armes: un rapport explosif, *Le Temps*, 4 septembre 2018, <<https://www.letemps.ch/suisse/exportations-darmes-un-rapport-explosif>>. Pour le rapport relatif au contrôle du transfert de matériel de guerre, voir: <<https://urlr.me/Xb3rUC>> et l'article suivant: IMBACH FLORIAN, Exportations d'armes: ce que nous ne devons pas savoir, 2018, <<https://urlr.me/JxHPdE>>.

113 <<https://www.spiezlab.admin.ch/fr/nationale-behoer-fr>> et <<https://urlr.me/xE9efr>>. Les arts 35–40 de l'Ordonnance sur le contrôle des produits chimiques utilisables à des fins civiles et militaires (RS 946.202.21) règle la procédure d'inspection, laquelle est menée conjointement par l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques et par l'autorité nationale en charge de la mise en œuvre de la Convention.

114 Art. 31, par. 1 (téléologique) et par. 3, lit. c (système) de la CVDT (RS 0.111). Le par. 3 indique qu'«Il sera tenu compte, en même temps que du contexte: [...] de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties».

115 Cf., respectivement, les Protocoles n° 1 à 4 à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques de 1980 (RS 0.515.091).

116 Art. 1 du Protocole n° 3: «Les armes incendiaires peuvent prendre la forme, par exemple, de lance-flammes, de fougasses, d'obus, de roquettes, de grenades, de mines, de bombes et d'autres conteneurs de substances incendiaires». Pour le droit coutumier relatif à cette arme: BOOTHBY (note 95), p. 200–201.

117 Voir par ex. l'art. 2, par. 4: «Il est interdit de soumettre les forêts et autres types de couverture végétale à des attaques au moyen d'armes incendiaires sauf si ces éléments naturels sont utilisés pour couvrir, dissimuler ou camoufler des combattants ou d'autres objectifs militaires, ou constituent eux-mêmes des objectifs militaires». BOUTRUCHE THÉO, The legality of flame-throwers: Taking unnecessary suffering seriously, 22 Février 2018, <<https://urlr.me/YnWtBx>>.

pas englobé par l'art. 2, par. 1 TCA et son régime de contrôle à l'exportation¹¹⁸, mais il est mentionné dans la liste des munitions de Wassenaar (ML 2) et, au niveau national, dans l'annexe 2 de l'OMG (KM 2).

Si l'emploi d'une arme devait être totalement interdit – comme cela pourrait être à l'avenir le cas du lance-flamme – les étapes du raisonnement autoriseraient d'autres conclusions¹¹⁹. 1) Sans possibilité d'emploi final, l'interprétation de l'interdiction pourrait raisonnablement être étendue à la fabrication. 2) La mise en œuvre d'une interdiction totale de l'emploi doit être approchée d'une manière globale, en tenant compte des autres branches du droit international public, et, en particulier, du DIH. L'article premier commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 (RS 0.518.12) prévoit: «Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances» (de plus, le DIH interdit les armes qui provoquent des maux superflus)¹²⁰. Dans cette optique, les États ne devraient pas accorder d'autorisations pour l'exportation et la fabrication d'armes dont l'emploi est interdit¹²¹.

2. *La coutume et les principes généraux du droit*

Les traités constituent la source principale d'interdiction de la fabrication et de l'emploi des armes. Par souci d'exhaustivité, mentionnons l'existence d'autres sources internationales qui peuvent conduire à une interdiction, à savoir la coutume et les principes généraux¹²². Une interdiction contenue dans un traité peut simultanément exister dans le droit coutumier¹²³: il en va ainsi de l'interdiction des armes chimiques. Concrètement, cela signifie que l'interdiction d'emploi et de fabrication de ces armes s'étend aux (rares) États qui ne sont pas liés par la Convention de 1993 (RS 0.515.08)¹²⁴ – et qu'une hypothétique dénonciation du

118 PARKER (note 71), p. 120; CASEY MASLEN STUART, Article 5. General Implementation, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 171.

119 Les listes internationales et nationales devraient aussi être adaptées (alternativement, certaines rubriques seraient considérées comme inapplicables ou désuètes).

120 Art. 35, par. 2 Protocole additionnel I de 1977 (RS 0.518.521): «2. Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus.» Pour les interdictions d'emplois en droit international pénal, voir les crimes de guerre et en particulier l'article 8, par. 2, lit. b, ch. xvii à xx et ch. xxvii à xxix du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1).

121 Pour cette analogie, cf. RIETIKER (note 94), p. 79–80. Voir aussi le raisonnement relatif aux obligations de prévention: ANCELIN JULIEN, *La lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre*, Bruxelles 2013, p. 376–384.

122 Art. 38, par. 1 du Statut de la Cour internationale de Justice (RS 0.193.501). Concernant les autres sources (actes juridiques unilatéraux) et les sources auxiliaires (jurisprudence), voir: RIETIKER (note 94), p. 144 ss.

123 RIETIKER (note 94), p. 134–135.

124 CICR, Bases de données de droit international humanitaire, Règle 74, <<https://ihl-databases.icrc.org/fr/customary-ihl/v1/rule74>> («Il existe aussi de la jurisprudence nationale qui permet de conclure que l'emploi des armes chimiques est interdit en droit international coutumier»). En 2024, la Convention compte 193 Etats Parties.

traité par un État Partie n'efface pas l'interdiction de l'arme¹²⁵. Il faut cependant noter que le raisonnement doit se faire au cas par cas: tous les traités de désarmement n'ont pas automatiquement entraîné la création d'interdictions coutumières. Le CICR note par exemple: «qu'il est impossible, au stade actuel, d'affirmer que l'emploi des mines antipersonnel est interdit en droit international coutumier»¹²⁶. De la même manière, les armes à sous-munitions ne sont pas définitivement bannies, le droit international coutumier serait tout au plus *in statu nascendi*¹²⁷.

En droit international, les principes généraux sont des règles juridiques abstraites susceptibles de s'appliquer à de nombreuses situations concrètes, ils sont souvent exprimés par de courtes formules¹²⁸. Le DIH énonce de tels principes¹²⁹ pertinents pour les armes: l'interdiction des armes causant des maux superflus, l'interdiction des armes qui rendent la mort inévitable, et l'interdiction des armes à effets indiscriminés¹³⁰. Les interdictions qui naissent de ces principes se chevauchent souvent avec celles de nature conventionnelle ou coutumière. L'étude du CICR sur le droit coutumier indique qu'«Il est interdit d'employer des moyens ou des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus» (Règle 70) et «Il est interdit d'employer des armes qui sont de nature à frapper sans discrimination» (Règle 71)¹³¹. Ainsi, les armes à fragmentation, les balles expansives, ou encore les armes empoisonnées sont interdites à la fois par des principes, par la coutume, et parfois par des traités (le Protocole n° 1 relatif à la Convention sur les armes classiques interdit les éclats non localisables – donc les armes à fragmentation)¹³².

125 Voir également la clause de Martens (DISTEFANO GIOVANNI/HENRY ETIENNE, Final provisions, including the Martens Clause, in: Clapham et al. (éds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford 2015, p. 179–188 ss) et l'art. XVI, par. 3 de la Convention de 1993 («La dénonciation de la présente Convention n'affecte en rien le devoir des États de continuer à s'acquiescer des obligations assumées en vertu de toutes normes pertinentes du droit international, en particulier du Protocole de Genève de 1925»).

126 CICR, Bases de données de Droit international humanitaire, Règle 81, <<https://ihl-databases.icrc.org/fr/customary-ihl/v1/rule81>>.

127 BOUTRUCHE et al., Title and Preamble, in: Nyusten Gro/Casey-Maslen Stuart (éds.), *The Convention on Cluster Munitions. A Commentary*, Oxford 2010, p. 70 ss. Les réactions à l'emploi par la Russie, puis par l'Ukraine, d'armes à sous-munitions peuvent être scrutées pour évaluer si une interdiction coutumière est née ou en proche de l'être. Les tendances en 2024 ne semblent pas aller dans le sens d'une interdiction, d'avantages d'Etats produisent ce type d'armes (ONU, New use of cluster bombs threatens global ban, report warns, 9 septembre 2024, <<https://urlr.me/6kvtuH>>).

128 COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Premier rapport sur les principes généraux du droit, Doc. A/CN.4/732, New York 2019, p. 45.

129 KOLB ROBERT, *Ius in Bello. Le droit international des conflits armés*, Bâle 2003, p. 55–56.

130 *Ibid.*, p. 138–142.

131 CICR, Bases de données de Droit international humanitaire, Règles 70 et 71, <<https://ihl-databases.icrc.org/fr/customary-ihl/v1/rule70>>.

132 CICR, Bases de données de Droit international humanitaire, Règles 70 et 71, voir les rubriques «exemples»; KOLB (note 129), p. 142–146.

A priori, la coutume et les principes semblent d'une importance marginale pour l'interdiction des armes. On note toutefois qu'il est possible que certaines armes soient interdites sur la base d'un principe et/ou de la coutume¹³³. Les armes qui rendent la mort inévitable enfreignent un principe général et le droit coutumier:

«Certes, toute arme, si elle est optimalement utilisée, peut tuer. [...] *Ce qui est interdit, c'est d'utiliser des armes qui ne laissent aucune chance de survie pour les personnes se trouvant dans un certain périmètre autour de l'endroit de l'impact. C'est le cas des bombes à dépression (qui en aspirant l'air provoquent l'asphyxie) ou des <fuel air explosive>*»¹³⁴.

On parle plus communément d'armes «thermobariques» – leur utilisation en Ukraine a été attestée¹³⁵. Une partie de la doctrine conclut qu'il s'agirait d'armes «classiques» ou «conventionnelles» qui exigent des précautions particulières durant l'attaque, mais qui ne seraient pas intrinsèquement interdites¹³⁶. Une analyse détaillée – hors de propos ici – serait nécessaire pour déterminer si ces armes rendent la mort inévitable et l'interprétation à donner à l'«inévitabilité».

Quoi qu'il en soit, c'est une autre problématique qui nous retient: comment le droit suisse prend-il acte des principes généraux et de la coutume? *Quid* si une entreprise suisse souhaite produire des armes thermobariques? Le chapitre 2 de la LFMG ne fait référence qu'aux interdictions de fabrication découlant de traités, il n'interdit pas *expressis verbis* ce type d'armes: qui ne dit mot consent? La Suisse est moniste, elle doit donc appliquer et respecter les sources du droit international que sont le droit coutumier¹³⁷ et les principes généraux. Le silence du chapitre 2 de la LFMG n'est pas «qualifié» et n'offre pas un blanc-seing à la fabrication d'armes. L'art. 22 LFMG est très clair en ce qui concerne les affaires avec l'étranger:

«La fabrication, le courtage, l'exportation et le transit de matériel de guerre pour des destinataires à l'étranger seront autorisés si ces activités ne contreviennent pas au droit international et ne sont pas contraires aux principes de la politique étrangère de la Suisse et à ses obligations internationales.»

133 BOOTHBY (note 95), p. 50–58.

134 KOLB (note 129), p. 139, nos italiques; CICR, Bases de données de Droit international humanitaire, Règle 70.

135 MAGNEOU FABIEN, Guerre en Ukraine: spectaculaires et destructrices, les armes thermobariques, nouvel instrument de la propagande militaire russe, Franceinfo, 25 juillet 2022, <<https://urlr.me/u7fnW9>>.

136 BOOTHBY (note 95), p. 222–224; VAN COLLER ARTHUR, Detonating the air: The legality of the use of thermobaric weapons under international humanitarian law, *International Review of the Red Cross* 2023, p. 1025 ss; MONTAZZOLI MATT, Are Thermobaric Weapons Lawful?, 23 mars 2022, <<https://lieber.westpoint.edu/are-thermobaric-weapons-lawful/>>; BIDEN SAM, War In a Vacuum, Human Security Centre, 2 avril 2022, <<https://urlr.me/hRXUgk>>.

137 BESSON SAMANTHA/AMMANN ODILE, La pratique suisse relative à la détermination du droit international coutumier, Fribourg 2016, p. 23–24; STIRLING-ZANDA SIMONETTA, L'application judiciaire du droit international coutumier: étude comparée de la pratique européenne, Zürich 2000, p. 120–121.

Une manière pragmatique de garantir le respect du droit international coutumier et des principes consiste à intégrer leur examen dans d'autres dispositions de la LFMG, et à titre principal dans l'autorisation initiale de fabrication (cette autorisation doit mentionner les armes que l'entreprise souhaite fabriquer, cf. arts 9–11 LFMG et arts 3–4 et 14 OMG)¹³⁸. Par conséquent le SECO doit refuser cette autorisation initiale de fabrication lorsque des armes sont interdites en vertu du droit coutumier et/ou des principes généraux de droit. A titre subsidiaire, c'est l'autorisation d'exportation spécifique qui doit être refusée (le SECO accorde l'autorisation d'entente avec le DFAE)¹³⁹. Lorsque la commande d'armes est destinée dès l'origine à l'exportation, l'autorisation de fabrication doit être refusée: les critères de l'exportation sont ainsi pris en compte à titre anticipé¹⁴⁰.

III. Armes autorisées

1. Les armes autorisées

Il n'existe pas de listes d'armes dont la fabrication est intrinsèquement «autorisée»; cependant les listes d'armes de l'UNROCA, la liste des munitions de l'Arrangement de Wassenaar et les arts 2 à 4 du TCA¹⁴¹ peuvent être lus comme une énumération d'armes et de munitions dont la licéité est fortement présumée. Les armes de destructions massives ne sont pas considérées comme des armes classiques¹⁴². Au niveau suisse, l'annexe 1 de l'OMG indique les catégories d'armes «autorisées» dans les rubriques KM 1 à 22 (pour des exemples d'armes, cf. *supra* section B.II.1). En dernière analyse, la décision d'autoriser ou non la fabrication d'une arme relève nécessairement du droit national. En Suisse, c'est l'autorisation initiale de fabrication délivrée par le SECO qui est déterminante (arts 9 ss LFMG à lire avec l'art. 22 LFMG; ce mécanisme est présenté dans la section C.III.2).

Bien que la liste d'armes de l'annexe 1 de l'OMG soit fortement alignée sur les documents internationaux (UNROCA, Wassenaar) et le TCA, la Suisse choisit parfois d'autres solutions. Les fusils de précision à un coup sont ainsi

138 Voir par ex. l'art. 10, par. 1, lit. b LFMG: «L'autorisation initiale est accordée aux personnes physiques ou morales [...] dont l'activité prévue n'est pas contraire aux intérêts du pays». Si les intérêts de la Suisse peuvent empêcher l'autorisation initiale, c'est à bien plus forte raison que le respect du droit coutumier et des principes généraux doit entraîner un refus.

139 VUILLE VANESSA, *La Suisse et les exportations d'armes classiques: Quel rôle pour le Traité sur le commerce des armes?*, Genève 2017, p. 13; SECO (note 18), p. 4; BOOTHBY (note 95), p. 355.

140 FF 1995 II 988, 1035.

141 «Le présent Traité s'applique à toutes les armes classiques relevant des catégories suivantes: a) Chars de combat; b) Véhicules blindés de combat; c) Systèmes d'artillerie de gros calibre; d) Avions de combat; e) Hélicoptères de combat; f) Navires de guerre; g) Missiles et lanceurs de missiles; h) Armes légères et armes de petit calibre.»

142 Voir la page du Bureau des Affaires de Désarmement des Nations Unies, <<https://disarmament.unoda.org/conventional-arms/>>.

considérés comme des biens militaires spécifiques plutôt que du matériel de guerre¹⁴³. Ce bref exemple indique qu'il s'agit d'adaptations ponctuelles, d'un choix de préférer le classement en bien militaire spécifique de ce qui aurait tout aussi bien pu être une arme. Quelle que soit l'ampleur de ces différences, les choix de la Suisse en matière de classement ne permettent pas la fabrication d'armes interdites. C'est en revanche au stade du régime d'exportation que ces différences de classement peuvent avoir un véritable impact¹⁴⁴ (application de la LFMG ou de la LCB; cf. section D.II.2).

2. *Le régime d'autorisation*

Toute entreprise souhaitant fabriquer des armes ou modifier des parties essentielles de celles-ci (art. 6 LFMG) doit disposer d'autorisations. Concernant la fabrication d'armes en général, une «autorisation initiale» est nécessaire et suffisante (art. 9 LFMG)¹⁴⁵. Une «autorisation spécifique» est en revanche nécessaire si la fabrication se fait dès l'origine dans un but d'exportation, par exemple en exécution d'une commande (art. 22 LFMG)¹⁴⁶.

Schématiquement, l'autorisation initiale poursuit deux buts: assurer le «sérieux» du fabricant et préserver les intérêts de la Suisse, y compris le respect du droit international public¹⁴⁷. Les vérifications relatives au fabricant portent notamment sur son domicile (en Suisse); ses contributions; ses éventuelles poursuites; sur la bonne gestion de l'entreprise¹⁴⁸. En ce qui concerne les inté-

143 SECO, Aide-mémoire pour les armes individuelles à épauler et les armes de poing, Berne 2021, p. 1 (<https://urlr.me/R2j6UJ>); Annexe 1 OMG; Rubrique KM 1, lit. b: «Armes individuelles à épauler et armes de poing de tout calibre, leurs accessoires et leurs composants spécialement conçus, à l'exception des armes suivantes: [...] armes à un coup».

144 Par exemple: est-ce que les avions militaires d'entraînements (Pilatus) tels que définis par la Suisse relèvent ou non du régime d'exportation de l'art. 2, par. 1, lit. d) TCA? Voir *infra* section D.II.2; l'art. 3, lit. b LCB; les notes de la rubrique KM 10 de l'Annexe 1 OMG.

145 Si l'exportation est décidée qu'une fois les armes fabriquées, alors une autorisation d'exportation initiale (art. 9, al. 1, lit. b LFMG; «faire commerce») et une autorisation spécifique doivent être demandées (arts 12, lit. d; 17; et 22 LFMG).

146 Quelles sont les interactions entre les autorisations initiales et spécifiques en matière de fabrication et d'exportation? Deux scénarii sont envisageables: 1) une entreprise peut soit demander une autorisation initiale de fabrication, puis, dans un second temps, une autorisation initiale d'exportation – si elle n'en dispose pas encore – et obligatoirement une autorisation spécifique d'exportation lorsqu'elle aura trouvé un acheteur étranger. 2) Si elle exécute une commande de l'étranger, elle peut demander simultanément l'autorisation spécifique (art. 22 LFMG) et initiale de fabrication. Elle devra dans un second temps requérir l'autorisation initiale d'exportation – si elle n'en dispose pas encore – et obligatoirement une autorisation spécifique d'exportation (voir FF 1995 II 1035). Cette autorisation spécifique permet de réduire les cas où une exportation serait refusée pour des motifs qui auraient facilement pu être vérifiés en amont.

147 L'art. 10 récite: «L'autorisation initiale est accordée aux personnes physiques ou morales: a. qui offrent les garanties nécessaires d'une gestion régulière de leurs affaires, et b. dont l'activité prévue n'est pas contraire aux intérêts du pays.»

148 Voir art. 12a, al. 2 OMG: «Pour obtenir une autorisation, une personne morale doit apporter la preuve d'un contrôle interne fiable du respect des prescriptions de la législation sur le matériel de guerre». Le fabricant peut aussi être une personne physique (art. 10 LFMG).

rêts de la Suisse, l'autorisation initiale doit évidemment indiquer le type d'armes à fabriquer (art. 3 OMG). En cas d'autorisation spécifique de fabrication, les vérifications juridiques et politiques sont plus détaillées: la compatibilité avec les obligations internationales et la politique extérieure de la Suisse sont expressément mentionnées (art. 22 LFMG), la situation dans le pays de destination est prise en compte (art. 22a, al. 1, lit. b LFMG), ainsi que la politique suivie par d'autres États assujettis aux régimes de contrôle à l'exportation (art. 22a, al. 1, lit. e LFMG).

La différence entre autorisation initiale et spécifique de fabrication se retrouve dans les départements consultés: après consultation du SRC, le SECO se prononce dans le cadre d'autorisation initiale (arts 13, al. 1 et 14, al. 1 OMG). Les autorisations spécifiques de l'art. 22 LFMG sont bien plus lourdes puisque le DFAE est systématiquement consulté. En fonction du type et de l'importance de l'autorisation, le DDPS, l'OFEN, et le SRC sont consultés (art. 14 OMG). Si les services n'arrivent pas à se mettre d'accord sur l'octroi d'une autorisation, le CF tranche (art. 14, al. 4 OMG). Les services peuvent aussi délibérément choisir de transmettre les demandes d'autorisations au CF (art. 14, al. 3 OMG).

La LFMG prévoit des exceptions à l'autorisation initiale (art. 9, al. 2 LFMG): les commandes de la Confédération à destination de l'armée en sont dispensées¹⁴⁹. Les fabricants qui ont déjà obtenu une patente de commerce d'armes pour l'étranger sont exemptés¹⁵⁰, de même que les sous-traitants en affaire avec des entreprises déjà au bénéfice d'une autorisation initiale.

Il appartient au SECO de délivrer les autorisations initiales et spécifiques (art. 13 OMG). La portée de l'autorisation initiale est limitée: en plus d'une révocation possible en tout temps, elle est «incessible et n'est valable que pour le matériel de guerre qu'elle mentionne. Elle peut être d'une durée limitée et assortie de charges et de conditions» (art. 11, al. 2, LFMG). Si les armes annoncées ne sont pas fabriquées dans les 5 ans dès l'autorisation initiale, cette dernière est retirée (art. 4, al. 1 OMG). A l'exception de l'imposition de «char-

149 RUAG occupe une place particulière parmi les fabricants: les entreprises RUAG MRO et RUAG International Holding sont détenues à 100% par la Confédération. La loi sur les entreprises d'armement de la Confédération encadre cette situation (LEAC; RS 934.21) et permet la prise de participation dans les entreprises d'armement ou leur création par la Confédération (art. 1 LEAC). En 2024 RUAG semble être le seul cas d'application (voir: <<https://urlr.me/4BrFms>>) RUAG exécute des commandes aussi bien pour l'armée suisse que pour l'exportation. Les objectifs de RUAG MRO et RUAG Holding sont définis sur une base quadriennale par la Confédération (pour la période 2024–2027 voir FF 2023 2715; FF 2023 2874). L'objectif de vendre «Beyond Gravity» est indiqué aux points 3 et 7 (FF 2023 2715). RUAG MRO pourrait cependant perdre son statut de société anonyme: RADIO TÉLÉVISION SUISSE, RUAG pourrait revenir dans le giron de la Confédération, 27 novembre 2024.

150 Pour le droit fédéral, cf. art. 18 LArm (RS 514.54): «Toute personne qui effectue l'une des opérations suivantes à titre professionnel doit être titulaire d'une patente de commerce d'armes [cf. l'art. 17 LArm]: a. fabrication d'armes [...]». Pour la mise en œuvre en droit cantonal, voir par exemple le Règlement d'application de la loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (RS Neuchâtelois 944.151).

ges et conditions», les mêmes principes semblent applicables aux autorisations spécifiques (arts 19 LFMG et 15 OMG)¹⁵¹. Le SECO peut également procéder à des contrôles et audits des fabricants d'armes¹⁵².

Le système d'autorisation est-il perfectible? Un audit de 2018 du Contrôle fédéral des finances¹⁵³ permet de discerner quelles failles peuvent être exploitées par l'industrie de l'armement. La production sous licence (*supra*, section B.II.2.a) est possible moyennant autorisation spécifique¹⁵⁴: une arme développée en Suisse peut ainsi être fabriquée à l'étranger, son régime de contrôle à l'exportation dépend par conséquent du cadre légal de cet État¹⁵⁵. Une «délocalisation» de la production d'armes conçues en Suisse ou habituellement fabriquées en Suisse peut ainsi survenir¹⁵⁶. La production à l'étranger peut même largement inclure des pièces produites en Suisse:

«Selon l'art. 18, al. 2, LFMG (la «règle des éléments d'assemblage»), des éléments d'assemblage peuvent être exportés sans déclaration de non-réexportation jusqu'à concurrence maximale de 50% des coûts de fabrication du produit fini. Des livraisons via des «pays intermédiaires» vers des destinations finales qui, dans certaines circonstances, ne peuvent pas être approvisionnées directement depuis la Suisse, sont alors possibles¹⁵⁷.»

En fonction des règles d'origines applicables¹⁵⁸, des armes peuvent être fabriquées à l'étranger avec des composants d'origines suisses (ces cas ne sont pas considérés comme une fabrication ou une exportation suisse)¹⁵⁹. Le cas échéant, c'est au fabricant étranger de *marquer* ces armes.

-
- 151 Une validité maximale de l'autorisation est prévue, mais sa durée n'est pas indiquée dans la loi.
- 152 Art. 19 OMG; SECO, Audit du contrôle du transfert de matériel de guerre. Résumé, Berne 2018, p. 7 (traduction de l'allemand): «Le SECO est habilité à effectuer un contrôle sur place à tout moment auprès des producteurs suisses de matériel de guerre.»
- 153 SECO, Prüfung der Kontrolle des Transfers von Kriegsmaterial. EFK-17425, Berne 2018, 41p. Version complète et résumés: <<https://www.efk.admin.ch/prufung/kontrolle-des-transfers-von-kriegsmaterial-staatssekretariat-fuer-wirtschaft/>>.
- 154 Arts 20 et 21 LFMG; art. 7 et annexe 2 OMG.
- 155 SECO (note 152), p. 8: «Alors que le SECO avait refusé l'exportation directe et, après une seconde demande, le Conseil fédéral avait refusé l'exportation indirecte de (pièces de) pistolets vers l'Arabie saoudite via les États-Unis, l'entreprise avait tout de même été en mesure de réaliser la transaction avec l'Arabie saoudite via les États-Unis grâce à une production avec accord de licence dans l'Union européenne».
- 156 Les machines de précision qui servent à la fabrication d'armes ne sont pas considérées comme du matériel de guerre, leur régime d'exportation est donc plus léger.
- 157 SECO (note 152), p. 8. Art. 18, par. 2 LFMG: «Il est possible de renoncer à la déclaration de non-réexportation pour des pièces détachées ou des éléments d'assemblage de matériel de guerre lorsqu'il est établi qu'ils seront, à l'étranger, intégrés dans un produit et qu'ils ne seront pas réexportés tels quels, ou s'il s'agit de pièces anonymes dont la valeur est négligeable par rapport à celle du matériel de guerre fini».
- 158 Sur les règles d'origines: MITSUO *et al.*, The World Trade Organization, Oxford 2015, p. 237–238.
- 159 B&T produirait sous licence des armes de conception suisse en Floride. Ces armes sont labellisées «Made in USA», car les intrants d'origine suisse ne sont pas prépondérants et l'assemblage final est réalisé sur sol américain.

3. Le marquage

Certaines catégories d'armes sont obligatoirement marquées lors de leur fabrication, de leur importation, ou de leur transfert¹⁶⁰. Cette identification unique indique notamment l'État d'origine et le fabricant, il s'agit d'une véritable «carte d'identité» de l'arme. Le marquage vise des objectifs sécuritaires internationaux et nationaux (désarmement; lutte contre la criminalité organisée) et notamment à prévenir, combattre et éradiquer la fabrication et le trafic d'armes illicites¹⁶¹. Le marquage permet d'identifier les flux et routes du trafic illicite d'armes, et ainsi de déterminer les points de diversion et modes de transit où la lutte doit être renforcée (cf. *supra* B.II.2)¹⁶². Le marquage concerne les catégories les plus susceptibles de créer de l'insécurité, c'est-à-dire les armes légères, de petits calibres (ALPC)¹⁶³, et les munitions. Cependant les instruments internationaux et suisses n'adoptent pas une approche uniforme:

	Articles et termes employés	Catégories prises en compte		
		Armes légères	Armes de petit calibre	Munitions
Protocole sur les armes à feu ¹⁶⁴ (contraignant)	Art. 1: «arme à feu [...] à canon portative qui propulse des plombs, une balle ou un projectile par l'action d'un explosif» et «munitions».	Oui	Non	Oui (mais sans obligation de marquage)

160 Art. 8, al. 1, lit. a du Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu; arts 31 à 31c de l'Ordonnance sur les armes (OArm; RS 514.541). L'art. 31d, al. 1 OArm permet aux autorités cantonales de déroger au marquage lors de la fabrication si les «armes à feu sont destinées à être livrées à des forces armées, à un corps de police ou à une autorité ou encore à être exportées dans un État non-membre de Schengen». Une telle exception n'est pas évoquée dans l'art. 18a LArm, pas plus que dans l'art. 8 du Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu (selon l'art. 3, lit. d, iii., la fabrication sans marquage constitue une «fabrication illicite»). La seule exception de rang international au marquage concerne les armes temporairement importées, cf. Art. 8, al. 1, lit. b *in fine* du Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu (mise en œuvre dans l'art. 31d, al. 2 OArm). Dès lors, les dérogations cantonales ne peuvent porter que sur des armes de petit calibre, car ces dernières sont exclues du champ d'application du Protocole.

161 Préambule du Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu (RS 0.311.544); Préambule de l'Instrument international visant à permettre aux États de procéder à l'identification et au traçage rapides et fiables des armes légères et de petit calibre illicites (https://iansa.org/wp-content/uploads/2021/05/ITI_French-1.pdf).

162 UNODC (note 58), p. 9–10, p. 31–56 (sp. en p. 39: «On average, 85 per cent of arms seized in a single country in 2016–17 were uniquely marked – reflecting the fact that the vast majority of firearms originate from industrial legal manufacture» et p. 43 «The concept of tracing lies at the heart of efforts to identify the point of diversion, understood as the point in which firearms exit the legal circuit and enter the illicit realm.»)

163 Pour la définition des ALPC: cf. *supra*, section B.II.2.b.

164 Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu.

		Catégories prises en compte		
		Oui	Oui	Non
Instrument sur le traçage ¹⁶⁵ (<i>soft law</i>)	II.4: «armes légères» et «armes de petit calibre».	Oui	Oui	Non
Loi sur les armes ¹⁶⁶	Art. 4, al. 1, lit. a: «les engins qui permettent de lancer des projectiles au moyen d'une charge propulsive et peuvent être portés et utilisés par une seule personne», Art. 18a: «armes à feu», et Art. 18b: «munitions».	Oui	Partiellement (Art. 5, al. 1, lit. a LArm; Art. 5 OArm)	Oui

Le Protocole sur les armes à feu donne le ton et indique les catégories minimales qui doivent faire l'objet d'un traçage. L'instrument relatif au traçage adopté au sein de l'ONU en 2005 englobe également les armes de petit calibre (mortiers; armes transportées par deux à trois personnes), mais il ne fait pas l'objet d'une mise en œuvre obligatoire. On observe ainsi que la LArm utilise une catégorie «mixte»: en plus des armes légères et munitions – pour lesquelles l'obligation de marquage ne fait pas de doute – les armes de petit calibre qui peuvent être transportées et utilisées par *une* personne sont assujetties au marquage¹⁶⁷. Certains MANPADS, dispositifs antichars, et lance-grenades sont englobés dans cette catégorie; sur ce point le droit suisse dépasse les obligations internationales.

Le marquage lors de la fabrication est défini à l'art. 8 du Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu:

«Au moment de la fabrication de chaque arme à feu [les États Parties] exigent un marquage unique indiquant le nom du fabricant, le pays ou le lieu de fabrication et le numéro de série».

L'art. 31 OArm met en œuvre cette disposition:

«Chaque arme à feu, élément essentiel d'arme à feu et accessoire d'arme à feu fabriqué en Suisse doit se voir apposer par un titulaire d'une patente de commerce d'armes immédiatement et de manière bien visible:

1. un marquage individuel numérique ou alphabétique;
2. la désignation du fabricant;
3. le pays ou le lieu de fabrication;
4. l'année de fabrication.»

165 Instrument international visant à permettre aux États de procéder à l'identification et au traçage rapides et fiables des armes légères et de petit calibre illicites.

166 RS 514.54 et OArm (RS 514.541).

167 Dans l'annexe 1 de l'OMG cela correspond aux rubriques KM 1, KM 3, et à une partie de KM 2. Au sujet des armes de petit calibre, voir aussi: OSCE, Manuel des meilleures pratiques relatives aux armes légères et de petit calibre, Vienne 2003, p. 7, <<https://www.osce.org/files/f/ documents/c/b/13631.pdf>>.

Le droit suisse ajoute l'année de production, ce qui permet un traçage renforcé et des recoupements avec, entre autres, les registres du fabricant¹⁶⁸ et les autorisations spécifiques d'exportations. Les mêmes principes s'appliquent aux munitions¹⁶⁹: l'art. 18*b*, al. 1 LArm oblige le marquage «des plus petites unités d'emballage de munitions» lors de la fabrication; les munitions en tant que telles ne sont donc pas marquées. L'identification englobe les informations suivantes: numéro du lot; fabricant, calibre, type de munition¹⁷⁰. Sur ce point le droit suisse excède le Protocole contre la fabrication et le trafic illicite d'armes à feu, car celui-ci ne prévoit pas le marquage des munitions¹⁷¹.

Le contrôle du marquage est effectué par les bureaux cantonaux des armes (arts 29 LArm; 53 OArm). Le registre fédéral des marquages est géré par l'office central des armes (OCA; art. 31*c* LArm), qui constitue une branche de l'office fédéral de la Police (FEDPOL), elle-même faisant partie du DFJP. Il existe une banque de données fédérale dédiée au marquage (DARUE; art. 32*b*, al. 4 OArm). Par conséquent, le régime de contrôle des autorisations de fabrication des armes (cf. *supra*, section C.III.2) et leur marquage ne sont pas unifiés; le premier est assujéti à des contrôles du SECO tandis que le second dépend des bureaux cantonaux des armes et du DFJP au niveau fédéral¹⁷².

IV. Armes nouvelles

1. Position du problème et hypothèses

Une arme nouvelle sera interdite si elle est contraire au droit international, à cet égard sont particulièrement pertinents le droit international humanitaire et le

168 Cf. art. 17 OMG.

169 Constituent des munitions selon l'art. 4, al. 5 OArm: «le matériel de tir muni d'une charge propulsive dont l'énergie libérée dans une arme à feu est transmise à un projectile.» Les munitions dont la fabrication est prohibée sont énumérées à l'art. 26 OArm (des exceptions sont néanmoins possibles).

170 Art. 31*f* OArm.

171 L'art. 8 ne s'applique qu'aux armes à feu; le «traçage» en général des munitions est évoqué dans les arts 3, lit. f.; 7; et 12, al. 4 du Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu.

172 La collaboration entre ces autorités n'est pas à exclure, gageons que le SECO signalerait automatiquement l'absence de marquage aux autorités cantonales compétentes. L'art. 54*a* OArm autorise la confiscation des armes non marquées. L'absence de marquage constitue un délit réprimé par l'art. 33, al. 1, lit. f, ch. 1 LArm; il s'agit d'un crime si l'auteur agit à titre professionnel (art. 33, al. 3 LArm). Quant à l'art. 33, al. 1, lit. a^{bis} LArm, il porte sur la *modification* ou l'*effacement* d'un marquage préexistant. Comme la mise en œuvre du marquage est confiée aux autorités cantonales (sous la coordination de l'Office central des armes), des disparités peuvent apparaître dans leurs pratiques. À ce titre, les pratiques cantonales en matière de dérogations au marquage (art. 31*d*, al. 1 OArm) devraient être étroitement surveillées (voir *supra*, note n° 160). Remarquons encore que l'éclatement des compétences entre marquage (coordination du DFJP et exécution par les Cantons) et contrôle des armes (compétence du SECO) est susceptible de compliquer la coopération internationale (OSCE (note 167), p. 12).

droit du désarmement. Sa fabrication¹⁷³ sera jugée licite – au moins temporairement – en cas de compatibilité avec ce même cadre. Si l'arme nouvelle est considérée comme licite, des questions supplémentaires de classification dans les listes nationales (annexe 1 de l'OMG) et internationales apparaissent (rubriques de l'arrangement de Wassenaar; liste de l'UNROCA; cf. *supra* section B.II.1). Les questions peuvent être de deux ordres: 1) l'arme ne correspond pas, mal, ou partiellement aux catégories préexistantes¹⁷⁴, 2) plus radicalement, le dispositif n'est pas considéré comme une arme au sens de l'annexe 1 de l'OMG et ne relève pas de la classification. Dans ce dernier cas, d'autres systèmes de contrôle prennent le relais, c'est-à-dire le contrôle des biens militaires spécifiques ou des biens à double usage (dont le régime d'exportation est plus léger que pour les armes). Au niveau des autorités suisses, la nature d'armes ou non d'un dispositif est déterminée soit lors de la demande d'autorisation de fabrication (par ex. art. 3 OMG), soit lors de l'exportation (art. 3 OCB: la nature du bien exporté doit être indiquée, les biens militaires spécifiques et les biens à double usage nécessitent la délivrance d'un permis du SECO). Attardons-nous maintenant sur les critères juridiques permettant de déterminer si des armes nouvelles sont ou non licites.

2. *Le régime de l'article 36 du PA I*

Ab initio il faut souligner que la règle dite du «Lotus» (tout ce qui n'est pas interdit est permis) n'a pas cours dans le domaine des armes¹⁷⁵. Par conséquent, l'utilisation d'une arme nouvelle, qui par définition ne serait pas (encore)¹⁷⁶ expressément interdite par un traité n'est pas nécessairement licite. Cette solution découle de normes de droit international humanitaire convergentes, notamment l'interdiction des maux superflus (*supra*, section C.II.2), la «clause de Martens»¹⁷⁷, ainsi que l'évaluation des armes. C'est cette dernière obligation –

173 En revanche *l'usage* qui est fait d'une arme licite peut placer cette arme hors la loi. La fabrication conforme au droit international ne fonctionne pas comme un blanc-seing qui garantirait – en aval – la licéité de tous les usages.

174 En raison d'une différence de *nature* avec les catégories existantes, ou alors en raison d'une différence de *degré* en raison du perfectionnement d'une arme (la sophistication atteint un tel degré que plusieurs catégories d'armes de l'annexe 1 de l'OMG pourraient s'appliquer).

175 Sur cette règle: KOLB ROBERT, La règle résiduelle de liberté en droit international public, *Revue Belge de Droit International* 2001 I, p. 100–127; KOLB (note 14), p. 154–155.

176 Voir le mécanisme de l'art. 8, al. 2 Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques (RS 0.515.091).

177 «[La dénonciation de la Convention] n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique»: art. 63 de la Convention de Genève I (RS 0.518.12); art. 62 CG II (RS 0.518.23); art. 142 GC III (RS 0.518.42); art. 158 CG IV (RS 0.518.51). Voir: DISTEFANO/HENRY (note 125) p. 183–188, sp. p. 185, n 85: «[i]t can arguably be said that, through the reversal of the *Lotus* paradigm, the clause goes beyond the prescription of Article 36 AP I by intro-

inscrite à l'art. 36 Protocole Additionnel I aux Conventions de Genève (ci-après: «PA I»)¹⁷⁸ – qui nous retiendra, car elle est la plus intimement connectée à la phase de développement d'une arme:

«Dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, une Haute Partie contractante a l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable à cette Haute Partie contractante.»

De manière un peu cavalière, nous pouvons ramener l'article à la mise en œuvre d'un mécanisme de *due diligence*, qui prend ici la forme d'un processus obligatoire d'évaluation¹⁷⁹. Ce sont principalement les normes humanitaires (y compris coutumières) et les traités relatifs – de près ou de loin¹⁸⁰ – aux armes conclus par l'État qui déterminent l'évaluation de l'arme¹⁸¹. Ainsi, la vérification de la licéité tient compte en premier lieu de l'interdiction des maux superflus et des souffrances inutiles, de la nature indiscriminée de l'arme (principe de distinction), des atteintes à l'environnement, puis les traités et la coutume complètent l'analyse¹⁸². L'arme est évaluée en fonction de l'usage normal prévu lors de son développement¹⁸³.

Les armes à laser causant un aveuglement permanent offrent une illustration historique: mises sur le banc d'essai de l'art. 36 PA I, ces armes sont problématiques en raison – notamment – de l'interdiction des maux superflus et des souffrances inutiles¹⁸⁴. Les préoccupations liées à ce type de lasers ont d'ailleurs mené à une interdiction avant tout déploiement sur le champ de bataille¹⁸⁵. Cet exemple est aussi intéressant du point de vue du critère de «l'usage normal de

ducing a clear limitation on a state's freedom, faced with the silence of the law or its uncertainty, to resort to means and weapons not (yet) prohibited by a specific norm».

178 RS 0.518.521. Il compte 174 Etats parties en 2024. La portée coutumière de l'art. 36 PA I est disputée: JEVGLEVSKAJA NATALIA, Weapons Review Obligation under Customary International Law, U.S. Naval War College International Law Studies 2018, p. 186 ss; BOULAIN VINCENT, Implementating Article 36 Weapon Reviews in the Light of Increasing Autonomy in Weapon Systems, SIPRI Insights on Peace and Security, 2015 I, p. 3–6. Malgré l'éventuelle absence de portée coutumière de l'art. 36 PA I, les normes et principes relatifs à l'interdiction des maux superflus permettent d'arriver à un résultat similaire au stade de l'*utilisation* des armes (cf. *supra*, section C.II.2). L'art. 36 PA I présente toutefois l'indéniable avantage de rendre l'évaluation obligatoire avant le déploiement d'une arme.

179 CICR, A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare, International Review of the Red Cross 2006, p. 933.

180 Une arme développée pour un déploiement dans l'espace devrait être interdite: cf. art. IV du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique (RS 0.790).

181 CICR (note 179), p. 939 ss; BOOTHBY (note 95), p. 347–349.

182 BOOTHBY (note 95), p. 347–348.

183 CICR (note 179), p. 942–943.

184 BOOTHBY (note 95), p. 204.

185 *Ibid.*, p. 202; Protocole additionnel (IV) à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques (RS 0.515.091.1).

l'arme»: les lasers capables d'aveugler de manière permanente ne sont pas intrinsèquement interdits, mais seulement ceux conçus précisément dans ce but¹⁸⁶.

Les procédures d'évaluations mises en place par les États devraient répondre aux critères principaux suivants: l'évaluation est entreprise le plus tôt possible; une approche multidisciplinaire est privilégiée; le fabricant fournit des informations sur l'usage final et le type d'utilisateurs finaux¹⁸⁷. En pratique, les États dotés d'une telle procédure l'ont placée sous la responsabilité de leur département de la défense¹⁸⁸. La Suisse s'est dotée depuis 2007¹⁸⁹ d'un tel mécanisme de contrôle, formalisé à l'art. 11 de l'Ordonnance du DDPS sur l'acquisition, l'utilisation et la mise hors service du matériel (RS 514.20). Cette ordonnance ne concerne toutefois que l'acquisition de matériel par l'armée suisse. *Quid* des armes fabriquées sur le territoire suisse et destinées à l'exportation? Selon un rapport du CICR, le contrôle de l'art. 36 PA I s'applique également à cette catégorie¹⁹⁰. Dans cette hypothèse, c'est au stade de la demande d'autorisation spécifique de fabrication d'armes (cf. *supra* section C.III.2 et art. 3 OMG) que le contrôle de l'art. 36 PA I doit prendre place. Le SECO et le DFAE peuvent consulter le DDPS en fonction du type d'armes que le fabricant souhaite produire. Selon l'art. 22 LFMG, la conformité de l'arme au droit international conditionne l'autorisation de fabrication¹⁹¹. Si le contrôle de l'art. 36 PA I n'était pas exercé au moment de la fabrication, il serait reporté sur le moment de la commande par une armée étrangère¹⁹². Étant donné que la Suisse autorise principalement les exportations à destination d'États (art. 18, al. 1 LFMG), retarder et «externaliser» le contrôle représenterait un risque économique pour l'industrie de l'armement. Pragmatiquement, il appartient aux industries de l'armement d'intérioriser l'art. 36 PA I dans leur processus de recherche et développement.

Quelles armes en développement ou récemment introduites posent problème du point de vue de leur nouveauté et leur licéité? La prochaine section présente les interrogations suscitées par les armes autonomes et les efforts diplomatiques de la Suisse dans ce domaine.

186 BOOTHBY (note 95), p. 203. Si le laser est ensuite utilisé dans ce but sur le champ de bataille, il s'agit alors d'une *méthode* de guerre interdite.

187 CICR (note 179), p. 950 ss; BOULAIN (note 178), p. 7.

188 CICR (note 179), p. 948–949; BOULAIN (note 178), p. 19 ss.

189 BOULAIN (note 178), p. 22.

190 CICR (note 179), p. 951–952: «For a State producing weapons itself, be it for its own use or for export, reviews should take place at the stage of the conception/design of the weapon, and thereafter at the stages of its technological development (development of prototypes and testing), and in any case before entering into the production contract».

191 C'est au plus tard lors de l'exportation que ce contrôle est effectué (BOOTHBY [note 95], p. 355).

192 Puisque les armées effectuent le contrôle selon l'art. 36 PA I également lors de l'acquisition d'armes. Voir par analogie l'art. 11 Ordonnance du DDPS sur le matériel (RS 514.20): «Lors de l'acquisition de nouvelles armes [...] leur conformité au droit international doit être examinée».

3. *Système d'arme autonome*

Bien qu'il n'existe pas encore de définition conventionnelle de ces armes (ci-après «SAA»), des points communs se dessinent. Constituent des systèmes d'armes autonomes¹⁹³ les dispositifs, qui, une fois activés, exécutent un programme capable de s'adapter en temps réel à l'environnement¹⁹⁴ afin de détecter, traquer, viser, et utiliser la force contre des cibles, sans intervention humaine¹⁹⁵. Le point contentieux des SAA – tant pour leur définition que pour leur légalité – concerne la part de contrôle humain sur le dispositif¹⁹⁶:

Contrôle à distance	Fonctions automatisées	Fonctions autonomes	Système autonome
<i>Interactions complexes entre l'opérateur militaire et le dispositif</i>			<i>Pas d'interaction</i>
L'opérateur militaire n'est pas présent <i>physiquement</i> dans le système.	Les tâches sont accomplies automatiquement en application d'un ensemble de règles prédéfinies.	Certaines tâches sont traitées de manière autonome, sans intervention humaine.	L'humain n'exerce pas de contrôle sur le SAA, lequel réagit à l'environnement.
Ex: drones pilotés à distance, les cibles sont sélectionnées et engagées par l'opérateur militaire.	Ex: missile à tête chercheuse (la cible est <i>choisie</i> par l'opérateur, puis le missile se verrouille sur la cible).	Ex: Un drone qui détecterait et traquerait les menaces et les cibles potentielles.	Ex: «robot tueur», Trophy APS ¹⁹⁷ , drone STM Kargu-2, Jaeger-C fabriqué par GaardTech ¹⁹⁸ .

193 «Autonomous Weapons System» ou «AWS» en anglais et «Tödliche autonome Waffen» en allemand.

194 HOMAYOUNNEJAD MAZIAR, Ensuring Fully Autonomous Weapons Systems Comply with the Rule of Distinction in Attack, in: Stuart Casey-Maslen et al (éds), *Drones and Other Unmanned Weapons Systems under International Law*, Leiden/Boston 2018, p. 123–157, p. 125: «A weapon system that [...] exercise discretion and self-direction to operate in a potentially complex and unstructured environment».

195 BRUNN LAURA, Les systèmes d'armes autonomes: ce que le droit dit – et ne dit pas – sur le rôle de l'être humain dans l'usage de la force, Blog CICR, 18 janvier 2022, <<https://blogs.icrc.org/law-and-policy/fr/2022/01/18/autonomous-weapon-systems-law-human-role/>> («Une fois activée par une personne, une arme autonome s'auto-déclenche et fait feu en réponse aux informations sur son environnement collectées par ses capteurs, sur la base d'un profil de cible généralisé»); BRUNN LAURA/BO MARTA/GOUSSAC NETTA, Compliance with International Humanitarian Law in the Development and Use of Autonomous Weapon Systems, Stockholm 2023, p. 3; BOULAIN (note 178), p. 9.

196 D'après BODE INGVLID/HUELSS HENDRIK, *Autonomous Weapons Systems and International Norms*, McGill-Queen's University Press 2022, p. 26.

197 Rafael, TROPHY Active Protection System, <<https://www.rafael.co.il/system/trophy-aps/>>.

198 TAYLOR JONES, Real-Life Technologies that Prove Autonomous Weapons are Already Here, 22 Novembre 2021, <<https://futureoflife.org/aws/real-life-technologies-that-prove-autonomous-weapons-are-already-here/>>.

Les «interactions complexes entre l'opérateur militaire et le dispositif» sont illustrées par les hypothèses suivantes¹⁹⁹:

Degré de contrôle de l'opérateur	Interaction
L'opérateur choisit la cible et décide de l'attaque.	«in-the-loop»
L'opérateur choisit une cible suggérée par un programme.	«in-the-loop»
Le programme choisit la cible, l'opérateur valide le choix.	«on-the-loop»
Le programme choisit la cible, l'opérateur doit agir pour annuler l'attaque.	«on-the-loop»

Dans les situations «in-the-loop», l'opérateur participe activement à l'attaque (choix de la cible et décision d'utiliser la force); dans «on-the-loop», l'opérateur intervient pour valider le choix du dispositif. Si le SAA est *autonome*, la situation est dite «out-of-the-loop» (le programme choisit la cible et déclenche l'attaque). L'opérateur n'intervient pas du tout: ces SAA sont les plus contentieuses²⁰⁰, car le système est véritablement et totalement autonome. En deçà de cette hypothèse, de nombreuses armes constituent déjà des situations d'automatisation ou d'autonomie partielle avec des opérateurs «in-» ou «on-the-loop» (drones armés).

Sur la base de cette esquisse, nous aborderons deux problèmes²⁰¹ du point de vue de l'évaluation de la licéité selon l'art. 36 PA I: le caractère indiscriminé de l'arme (art. 51, al. 4 PA I) et le respect des précautions (art. 57, al. 2, lit. a PA I)²⁰².

a. *Interdiction des attaques indiscriminées et principe de distinction*

Le cœur du principe de distinction consiste à constamment séparer les biens et personnes civiles – sous la protection du DIH – des objectifs militaires et des

199 D'après BODE/HUELSS (note 196), p. 163; SHARKEY NOEL, *Staying in the Loop: Human Supervisory Control of Weapons*, in: Bhuta et al. (éds), *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Cambridge 2016, p. 23–38.

200 Le «dôme de fer» israélien est défensif et presque totalement autonome (RIZKY CITRA ANUGRAH, *A Defense for Guardian Robots: Are Defensive Autonomous Weapons Systems Justifiable?*, HILJ Online, 8 Février 2024). Il serait toutefois erroné de distinguer la licéité des SAA en fonction de leur nature offensive ou défensive, car le principe de distinction entre civils et combattants doit être respecté dans les deux hypothèses. Voir aussi: HENDERSON et al., *Remote and autonomous warfare systems: precautions in attack and individual accountability*, in: Ohlin (éd.), *Research Handbook on Remote Warfare*, Cheltenham 2017, p. 344–345.

201 D'autres problématiques sont bien sûr cruciales, notamment la proportionnalité et la nécessité militaire. En droit international général, la due diligence et la responsabilité pour les activités licites peuvent servir de cheval de Troie afin de restreindre les SAA (GEIß ROBIN/LAHMANN HENNING, *Autonomous weapons systems: a paradigm shift for the law of armed conflict*, in: Ohlin (éd.), *Research Handbook on Remote Warfare*, Cheltenham 2017, p. 388–389).

202 Ces deux tableaux peuvent aussi être utilisés comme une «feuille de route» pour connaître (et agir sur) les paramètres susceptibles de faire basculer un SAA dans la licéité (sur les «paramètres» les plus pertinents, voir: HOMAYOUNNEJAD (note 194), p. 126.

combattants²⁰³. Cela implique une évaluation préalable des objectifs et une restriction des attaques aux seules cibles militaires et combattants²⁰⁴. La légalité des SAA dépend notamment de leur capacité à mettre en œuvre les critères de distinction sur le champ de bataille²⁰⁵. Les SAA devraient ainsi être capables de résoudre en temps réel des questions juridiques épineuses, comme la détermination d'un passage de statut de civil au statut de combattant²⁰⁶.

La doctrine est divisée sur la légalité en général des SAA²⁰⁷. Ce n'est pas ici le lieu de trancher le débat, et nous nous contenterons d'énumérer les considérations à prendre en compte pour minimiser les violations du principe de distinction et des attaques indiscriminées. Les considérations sont ici liées aux *circumstances* dans lesquelles les SAA sont activées. En fonction du type de champ de bataille (urbain, maritime, aérien)²⁰⁸, le déploiement de SAA doit être limité, calibré, ou interdit; l'activation d'un SAA devrait être restreinte à une zone géographique, un laps de temps, et un type de cible prédéterminée²⁰⁹, un arrêt d'urgence du SAA doit être possible à distance²¹⁰, des avertissements peuvent être émis à destination de la population. Concernant les systèmes d'armes qui ne sont pas *totale*ment autonomes (fonctions automatisées ou autonomes), la légalité dépend à titre principal de l'implication d'un opérateur militaire qui choisirait la cible et déclencherait l'attaque ou qui validerait l'attaque (opérateur «in-» ou «on-the loop»; «meaningful human control»)²¹¹. Il faut souligner que les SAA constituent souvent un *mode* de fonctionnement d'une arme. En tant que *mode* il peut être paramétré de manière approfondie, activé ou désactivé: en somme un drone peut être instantanément basculé dans un mode ou l'autre au gré du choix de l'opérateur²¹².

203 Arts 48 et 51 PA I.

204 HOMAYOUNNEJAD (note 194), p. 129.

205 BOULAIN (note 178), p. 11.

206 Ou «participation directe aux hostilités»: HOMAYOUNNEJAD (note 194), p. 130.

207 ASARO PETER, Droits de l'homme, automatisation et déshumanisation des prises de décisions létales: les systèmes d'armement autonomes doivent-ils être interdits?, *Revue Internationale de la Croix Rouge* 2012 II, p. 489–517; FARDEAU JEAN-MARIE, La demande d'interdiction préventive des armes complètement autonomes, in: Doaré et al. (éds), *Drones et killer robots. Faut-il les interdire?*, Rennes 2015, p. 197–201; KWIK JONATHAN, *Lawfully Using Autonomous Weapon Technologies*, Cham 2024, 413p.; DANET DIDIER, Un enfer pavé de bonnes intentions: interdire les robots tueurs, in: Doaré et al. (éds), *Drones et killer robots. Faut-il les interdire?*, Rennes 2015, p. 203–214.

208 DE BOISBOISSEL GÉRARD, Quels emplois pour les systèmes d'armes létaux autonomes (SALA)?, in: Doaré et al. (éds), *Drones et killer robots. Faut-il les interdire?*, Rennes 2015, p. 85–89.

209 *Ibid.*, p. 83–84.

210 HOMAYOUNNEJAD (note 194), p. 137, 148, et 152.

211 *Ibid.*

212 Là réside probablement une des clés paradoxales de la légalité des SAA: la nécessité d'un opérateur militaire derrière chaque arme, prêt en tout temps à en reprendre le contrôle. Comme les SAA dépendent étroitement d'un programme, il serait nécessaire d'intégrer une désactivation automatique lorsque certains scénarii se produisent. Voir: DE BOISBOISSEL (note 208), p. 80–81. Nous estimons aussi nécessaire d'équiper systématiquement les SAA de l'équivalent

b. *Précautions dans l'attaque*

Les *circonstances* de déploiement étaient au cœur du questionnement juridique de la section précédente, c'est ici sous l'angle de la «programmation» des SAA que le principe de précaution sera analysé. Ce principe exige d'effectuer toutes les vérifications afin de s'assurer – entre autres – que les cibles sont bel et bien des objets militaires ou des combattants, que les biens ou personnes ne disposent pas d'une protection spéciale²¹³ (biens culturels; forces dangereuses; personnes hors de combat²¹⁴), que l'attaque ne causera pas de dommages collatéraux excessifs par rapport au gain militaire attendu²¹⁵. Si certains aspects peuvent aisément être anticipés (par exemple au moyen de l'intégration d'une base de données indiquant les biens culturels protégés) les problèmes surgissent pour l'évaluation des conséquences de l'attaque (par ex. l'attaque *proche* d'un bien culturel protégé), du choix entre plusieurs cibles, et de l'évaluation des méthodes et moyens de guerre²¹⁶.

Comment les SAA pourraient-ils intégrer les précautions dans l'attaque? Les SAA embarquant plusieurs armements devraient préférer les plus adaptés à la situation, en limitant les dommages collatéraux (ou tout simplement en renonçant à l'attaque)²¹⁷; être capable de distinguer civils, militaires, et personnes hors de combat²¹⁸ (en cas de doute, une qualification de civil doit prévaloir); si

d'une boîte noire qui enregistre toute leur activité. Etant donné que le déploiement d'un SAA crée une situation objective de risque, tous les efforts doivent être consentis afin de pouvoir retracer leur activité («due diligence»). Dans ce sens: GEIß/LAHMANN (note 201), p. 389–391; CONVENTION ON CERTAIN CONVENTIONAL WEAPONS, Group of governmental experts. National Commentary by Switzerland, 25 août 2020, p. 4 (<https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2020/08/20200825-Switzerland.pdf>). Sur le plan technique, la «relecture» de l'activité des SAA peut poser problème étant donné la difficulté à interpréter le processus décisionnel des algorithmes d'IA (SALMANOWITZ NATALIE, Explainable AI and the Legality of Autonomous Weapon Systems, Lawfare Blog, 21 novembre 2018). *Arguendo*, on peut considérer que les SAA ne répondent pas aux exigences de l'art. 36 PA I tant qu'une solution technique n'est pas trouvée à l'enregistrement de leur activité. Le rôle du droit n'est pas de se plier aux caprices de l'IA.

213 BOOTHBY WILLIAM, *The Law on the Conduct of Hostilities*, in: Boothby (éd.), *New Technologies and the Law in War and Peace*, Cambridge 2019, p. 53.

214 HENDERSON et al. (note 200), p. 347. Voir l'art. 41 PA I, la problématique relève aussi des attaques indiscriminées.

215 BOOTHBY (note 95), p. 253; HOMAYOUNNEJAD (note 194), p. 132.

216 BOOTHBY (note 213), p. 53–54. Plus largement, les précautions dans l'attaque sont liées à la mise en œuvre des «Rule of engagement» (ROE) et du droit du «targeting» (BOOTHBY [note 95], p. 34–45; CICR, [note 179], p. 943; BRUNN et al. [note 195], p. 22). Les schémas décisionnels de ces domaines doivent être adaptés aux SAA et intégrés à leur fonctionnement. Pour un exemple de ROE, voir: INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, *Manuel de San Remo sur les règles d'engagement*, San Remo 2009 (<https://ihl.org/Rules-of-Engagement/>).

217 GERHOLD DOMINIK/VIRONDA DUBRAY MARION, *Obligations et responsabilités militaires face à la robotisation du champ de bataille*, in: Doaré et al. (éds), *Drones et killer robots. Faut-il les interdire?*, Rennes 2015, p. 161–162; HENDERSON et al. (note 200), p. 351–355.

218 HENDERSON et al. (note 200), p. 341–349.

plusieurs cibles offrant un avantage militaire comparable sont susceptibles d'être engagées, préférer celle qui présente le moins de risque pour les civils²¹⁹. Par conséquent, les SAA devraient – par exemple – être programmés de manière à ne pouvoir engager que certains types de cibles (non humaines); l'algorithme de ciblage devrait être restrictif, de manière à privilégier l'absence d'attaques²²⁰; seul un avantage militaire décisif ou élevé permettrait une attaque entraînant des pertes collatérales; l'évaluation doit être opérée en permanence afin de stopper l'attaque en fonction de l'évolution des circonstances. Il reste délicat d'intégrer de telles considérations dans un algorithme²²¹, ce qui explique qu'un consensus semble se dessiner sur deux points. Ainsi, des armes *totale-ment* autonomes ne devraient pas être déployées; un opérateur «in-» ou «on-the-loop» doit participer au fonctionnement de l'arme, notamment pour les décisions les plus difficiles²²². Les États se sont emparés de ces problèmes; nous offrons un aperçu des possibles développements et de l'engagement de la Suisse dans la section suivante.

c. Développements internationaux et implication de la Suisse

La Convention sur les armes classiques de 1980 (RS 0.515.091) offre un forum privilégié pour débattre des armes nouvelles. Depuis 2016, un groupe d'experts relatif aux SAA se réunit officiellement sous les auspices de cette Convention²²³. C'est dans ce cadre que la Suisse a publié un document de travail en 2017 indiquant des pistes de régulation des SAA²²⁴. Les points abordés confortent des éléments évoqués précédemment; on retrouve ainsi la centralité du DIH pour les SAA, la nécessité de conduire un contrôle de conformité selon l'art. 36 PA I, l'important risque d'attaque indiscriminée inhérente aux SAA, l'implication significative d'un opérateur humain comme condition de leur légalité, l'importance de déterminer les paramètres de programmation²²⁵. Le document précise également que la responsabilité internationale de l'État et/ou

219 HENDERSON et al. (note 200), p. 355–356.

220 GERHOL/VIRONDA DUBRAY (note 217), p. 162, par ex. en indiquant une «liste de contrôle» exhaustive avant d'engager l'attaque, l'absence d'une information entraîne l'annulation de l'attaque.

221 *Ibid.*, p. 160.

222 HENDERSON et al. (note 200), p. 369; GEIß/LAHMANN (note 201), p. 395–399 et p. 401–404 («meaningful human control», abrégé MHC).

223 Pour un aperçu des travaux du «Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons System», cf.: <<https://disarmament.unoda.org/time-line-of-laws-in-the-ccw/>> et <<https://disarmament.unoda.org/meetings-of-the-group-of-governmental-experts/>>.

224 «Un document de travail suisse très remarqué a placé le respect du droit international humanitaire au centre du débat»: DFAE, page relative au «Désarmement et non-prolifération», onglet «armes classiques», <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/politique-securite/desarmement-non-proliferation/klassische-waffen.html>>.

225 CONVENTION ON CERTAIN CONVENTIONAL WEAPONS, Group of Governmental Experts. A «compliance-based» approach to Autonomous Weapon Systems. Working paper submitted by Switzerland, Doc. CCW/GGE. 1/2017/WP.9, 10 novembre 2017, p. 2 et 4.

des opérateurs militaires peut être engagée en cas de déploiement de SAA²²⁶. En 2019, le groupe d'experts s'est accordé sur onze principes directeurs pour la régulation des SAA, dont six au moins se recoupent avec les orientations préconisées par la Suisse²²⁷.

Ce document en onze points constitue une étape importante pour fixer un cadre commun de discussion ainsi que pour prévoir la direction et le contenu d'une éventuelle régulation. Ainsi le CICR n'est pas opposé à l'introduction des SAA, mais il estime que les armes dont le comportement ne peut pas être prévu ou qui cibleraient des humains devraient être prohibées; quant aux armes autorisées, elles doivent être placées sous la supervision d'un opérateur²²⁸. Dans une prise de position de 2024, la Suisse indiquait opportun:

«de trouver un accord sur le point le plus central, à savoir que les [SAA] qui fonctionnent sans contrôle approprié ou jugement humain ou dont les effets ne sont pas suffisamment prévisibles, fiables, traçables ou explicables, devraient être interdits²²⁹».

Il va de soi que d'autres documents – comme le rapport détaillé du Secrétaire Général de l'ONU de 2024 et sa compilation des positions étatiques – complètent et approfondissent le panorama, cependant les problématiques essentielles n'ont pas été modifiées²³⁰. En somme, un consensus *a minima* se dessine pour une autorisation des armes qui conservent une part de contrôle humain.

Quant à la *forme* que prendra cet encadrement juridique, trois hypothèses sont envisageables:

- Maximale: Adoption d'un instrument contraignant, par ex. sous la forme d'un protocole à la Convention sur les armes classiques de 1980²³¹, ou en tant que traité conclu sous les auspices de l'ONU²³². Plusieurs projets indiquent les dispositions clés pour la négociation d'un tel instrument²³³. Sur

226 *Ibid.*, p. 5–6.

227 CONVENTION ON CERTAIN CONVENTIONAL WEAPONS, Group of Governmental Experts. Rapport final. Annexe III. Principes directeurs affirmés par le Groupe d'experts gouvernementaux sur les technologies émergentes dans le domaine des systèmes d'armes létaux autonomes, Doc. CCW/MSP/2019/9, 13 décembre 2019, p. 11–12. Il s'agit des principes a, b, c, e, g, et h.

228 CICR, ICRC Position on Autonomous Weapon Systems, Genève 2021, p. 11 (<<https://www.icrc.org/en/document/icrc-position-autonomous-weapon-systems>>).

229 CONVENTION ON CERTAIN CONVENTIONAL WEAPONS, Group of Governmental Experts. Remarks by the Swiss delegation at the first meeting of the second session of the GGE, 26 août 2024, p. 2.

230 ONU, Assemblée Générale. Systèmes d'armes autonomes. Rapport du Secrétaire Général, Doc. A/79/88, 1^{er} juillet 2024, voir en particulier les considérations juridiques en p. 8–10.

231 Voir par ex.: CONVENTION ON CERTAIN CONVENTIONAL WEAPONS, Group of experts. Draft Protocol on Autonomous Weapon Systems (Protocol VI), Doc. CCW/GGE.1/2023/WP.6, 10 mai 2023; *Ibid.*, Group of experts. Examples of existing CCW Protocols, Doc. CCW/GGE.1/2024/CRP.2, 25 avril 2024.

232 ONU (note 230), p. 14–16.

233 CONVENTION ON CERTAIN CONVENTIONAL WEAPONS (note 231); CAMPAIGN TO STOP KILLER ROBOTS, Composantes clés d'un traité sur les armes entièrement autonomes, 2019, 10 p.; MINOR

le modèle des protocoles n° III (armes incendiaires) et IV (lasers aveuglants) à la Convention sur les armes classiques, cet instrument pourrait indiquer dans quels cas le déploiement des SAA serait interdit²³⁴. Une interdiction de fabrication de certains types de SAA peut ensuite être déduite de leur interdiction sur le champ de bataille, et ce même si un éventuel instrument contraignant n'aborde pas la question de la fabrication²³⁵.

- Intermédiaire: Sous le seuil d'un instrument contraignant, l'adoption de lignes directrices (*soft law*) par l'ONU ou le groupe d'experts sur les SAA peuvent influencer – c'est-à-dire restreindre – l'utilisation et la conception des SAA.
- Minimale: En cas de *statu quo*, et dans l'attente d'un consensus sur les questions les plus fondamentales, les normes générales du DIH et spécialement l'évaluation selon l'art. 36 PA I encadrent les SAA (cf. *supra* sections C.II.2 et C.IV.2). Les discussions engagées au niveau de l'ONU²³⁶ et du groupe d'experts ne restent pas sans valeur puisqu'elles ont permis d'identifier les normes de DIH les plus pertinentes pour les SAA (arts 51 et 57 PA I notamment) et reconnaissent le rôle central du contrôle de conformité de l'art. 36 PA I. Dès lors, la manière dont ces dispositions limitent *déjà* les SAA ne peut plus être ignorée.

Des SAA ont déjà été introduits sur le champ de bataille. Loin de l'image des «robots tueurs», les premières étapes consistent à sophistiquer des armes préexistantes, par ex. en intégrant l'intelligence artificielle dans l'arme ou en y ajoutant des modules autonomes à visée défensive²³⁷. Il appartient à l'industrie de l'armement de tenir compte du cadre international, y compris si une seule

ELIZABETH, *Laws for LAWS. Towards a treaty to regulate lethal autonomous weapons*, Bonn 2023, 12 p. (<https://library.fes.de/pdf-files/international/20013.pdf>)

234 Cf. *supra*, sections C.II.1 et C.IV.2. Sur l'importation de règles préexistantes aux SAA, cf. HOMAYOUNNEJAD (note 194), p. 137 ss.

235 Une arme dont l'usage est interdit ne devrait pas être fabriquée: «the overarching obligation of all belligerents to «respect and ensure respect» for IHL «in all circumstances» seems to imply a derived duty of exercising sufficient control or supervision over the development and/or employment of autonomous weapon systems to ensure full compliance with IHL and prevent outcomes that would be unlawful under existing international law» (CONVENTION ON CERTAIN CONVENTIONAL WEAPONS [note 225], p. 3 et *supra*, section C.II.1 *in fine*).

236 Le rapport de l'ONU peut servir d'auxiliaire à l'identification de l'*opinio iuris* des Etats sur certains aspects des SAA. ONU (note 230), p. 8, § 25 et p. 9, § 32 par ex.: «On a rappelé avec insistance l'importance de maintenir un contrôle humain sur les décisions de vie ou de mort» et «Les États ont insisté sur l'importance de garantir l'application du principe de responsabilité conformément au droit international applicable».

237 Par ex.: SMITH KRISTEN, *Israeli Company Rafael to Equip Germany's Leopard 2 Tanks With TROPHY Active Protection System*, 1^{er} novembre 2024, <https://govconexec.com/2024/11/german-leopard-tanks-to-adopt-rafael-protection-system/>; Rafael, <https://www.rafael.co.il/system/trophy-aps/>. HENDERSON et al. (note 200), p. 368: «Fully autonomous weapons systems will not just suddenly appear on the battlefield. [...] AWS will develop incrementally over time and it is likely that this will include the development of degrees of autonomy in various subsystems components».

partie de l'arme est autonome. Une absence d'évaluation peut conduire à un refus d'autorisation d'exportation de l'arme²³⁸.

D. Exportation d'armes

I. Introduction

En Suisse, le régime d'exportation²³⁹ est encadré par la Loi fédérale sur le matériel de guerre de 1996²⁴⁰ (LFMG; RS 514.51) dont la première version date de 1972²⁴¹. Le traité sur le commerce des armes (TCA; RS 0.518.61), adopté en 2013 et entré en vigueur en 2015 pour la Suisse, constitue le principal régime juridique international de contrôle à l'exportation des armes. Le TCA est le fruit d'une lente maturation du contrôle des armements. L'Acte général de Bruxelles de 1890²⁴² est le premier traité multilatéral en la matière. Il prévoyait une interdiction de principe de toute exportation d'armes et de munitions à destination de l'Afrique: les armes étaient néanmoins réglementées dans l'optique de maintenir les rapports de force entre puissances coloniales²⁴³. Des tentatives de réglementation générales des armes furent entreprises en 1919 et 1925, mais elles n'entrèrent pas en vigueur faute de ratifications suffisantes²⁴⁴. En dehors d'embargos portant sur le transfert d'armes²⁴⁵, la création des Nations Unies ne modifia pas fondamentalement la situation: la réglementation

238 Art. 22 LFMG et *supra*, sections C.III.2 et C.IV.2.

239 Contrairement à la notion large de «commerce», «l'exportation» désigne uniquement les mouvements transfrontières d'armes entre États (voir les arts 2, 16 et 22 LFMG). Certains mouvements transfrontières ne constituent pas des exportations ou bénéficient d'un régime d'autorisation allégé, cf. les arts 9 et 9c OMG (démonstration à l'étranger, armes pour la sécurité du personnel en visite officielle).

240 FF 1995 II 988.

241 RO 1973 107, <<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/detailView.do?id=10100319#1>>. Le régime de contrôle à l'exportation des arts 10 et 11 contenait les lignes essentielles du régime de 2025: interdiction des réexportations, sauvegarde des intérêts de la Suisse, respect des accords internationaux, interdiction d'exportation à destination d'une zone de conflit. Dès 1938, l'exportation était soumise à autorisation de la Confédération (art. 41 aCst.). Un arrêté de 1949 précisait les conditions nécessaires pour permettre l'exportation d'armes (HUG PETER, Production et commerce d'armes, in: Académie suisse des sciences humaines et sociales, Dictionnaire historique de la Suisse, version du 27.12.2014, <<https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/013982/2014-12-27/>>). Le statut d'État neutre n'était pas étranger à cette réglementation: ANTONOPOULOS CONSTANTINE, Non-Participation in Armed Conflict, Oxford 2022, p. 90–95.

242 Convention revising the General Act of Berlin of 26 February 1885 and the General Act and Declaration of Brussels of 2 July 1890, Australian Treaty Series (1920) No 17, 65.

243 CASEY-MASLEN STUART, Introduction, in: Casey-Maslen et al. (éds), The Arms Trade Treaty. A Commentary, Oxford 2016, p. 3; GILLESPIE (note 104), p. 21.

244 Convention on the Control of Trade in Arms and Ammunition, 1919; Convention on the Supervision of International Trade in Arms and Ammunition and in the Implements of War, 1925: CASEY-MASLEN (note 243), p. 3–4; GILLESPIE (note 104), p. 35–36.

245 GILLESPIE (note 104), p. 73–78.

s'est développée autour de *certaines catégories d'armes*²⁴⁶, et ce majoritairement dans une optique *d'interdiction, de limitation ou de réduction*, plutôt que d'exportation²⁴⁷. Plusieurs arrangements non contraignants relatifs à l'exportation²⁴⁸ ont toutefois vu le jour, dont notamment le Comité de coordination pour le contrôle multilatéral des exportations (prédécesseur de l'arrangement de Wassenaar, *supra*, section B.II.1.a). Le TCA marque ainsi une étape importante en matière de contrôle à l'exportation, notamment car il s'applique aux armes légères et aux munitions²⁴⁹. Excepté dans le cadre de rares accords régionaux²⁵⁰, les États étaient jusqu'alors réticents à limiter leur liberté d'action dans ces matières²⁵¹.

Cette section présentera les principales caractéristiques du régime d'exportation du TCA et de la LFMG (D.II et D.III). Des problèmes spécifiques seront abordés, tels que l'interdiction de la réexportation en lien avec la neutralité (D.III.3), les biens classés comme des armes par le TCA, mais qui échappent à la LFMG (D.II.2), les risques juridiques des exportations d'armes (D.IV.).

II. Le Traité sur le commerce des armes

I. Aperçu

Il compte 116 États parties au début de l'année 2025, dont trois des plus grands exportateurs d'armes (Chine, France, Allemagne)²⁵². Ni les États-Unis, ni la Russie ne sont parties: le contrôle des exportations obéit à des lois nationales qui n'ont pas besoin d'être compatibles avec le TCA²⁵³. Cependant les obligations centrales du TCA s'appliquent *indépendamment* de la qualité de partie de l'Etat importateur. La Suisse est tenue d'appliquer le TCA y compris lorsque l'exportation est destinée aux États non parties. Les principales caractéristiques du TCA sont un large champ d'application matériel; un régime en cascade d'interdiction et de *due diligence* (arts 6 et 7 TCA); la prise en compte du transit, courtage et détournement d'armes; une coopération entre membres (par ex. au moyen de la Conférence des États Parties de l'art. 17 TCA). Seuls les deux premiers points seront développés ici.

246 Missiles à longue portée, armes de destruction massive, armes chimiques et bactériologiques, etc. *Supra*, section C.II.1.

247 CASEY-MASLEN (note 243), p. 5–7.

248 Notamment: Groupe d'Australie, Groupe des pays fournisseurs nucléaires, Régime de contrôle de la technologie des missiles.

249 Le Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu ne s'applique pas directement à l'exportation.

250 Cf. *supra* les deux Conventions régionales relatives aux armes légères citées dans la note n° 1.

251 GILLESPIE (note 104), p. 78–84.

252 Cf. *supra*, section B.III. Le Royaume-Uni, l'Espagne et l'Italie sont également d'importants États exportateurs et parties au TCA.

253 Pour les États-Unis, cf. le «Arm control export act» (<<https://urlr.me/5beKs3/>>).

2. *Le champ d'application matériel*

Quelles armes au sens large relèvent du contrôle à l'exportation selon les arts 6 et 7 du TCA? L'art. 2 du TCA énumère les véhicules militaires (terrestres, aériens, et maritimes), l'artillerie, les missiles et leurs lanceurs²⁵⁴, il se calque sur le registre des armes classiques de l'ONU (UNROCA)²⁵⁵. Une grande avancée du TCA est d'englober en plus les armes légères et de petit calibre²⁵⁶. L'art. 3 constitue un progrès supplémentaire puisqu'il s'applique à l'exportation des munitions employées par les armes de l'art. 2 TCA. Selon l'art. 4 TCA, sont aussi concernés les «pièces et composants», soit les éléments spécifiquement conçus pour une arme et essentiels à son fonctionnement²⁵⁷. Cette disposition empêche l'exportation en pièces détachées d'échapper au contrôle²⁵⁸. Les arts 2 à 4 TCA sont reflétés dans l'art 5 LFMG et les rubriques de l'annexe 1 de l'OMG. Les catégories d'armes relevant de la LFMG excèdent généralement celles mentionnées dans le TCA²⁵⁹. Ainsi que le précise l'art. 5, par. 3 TCA, les États sont tenus d'aligner leurs lois nationales avec les catégories d'armes du TCA:

«[A]ucune définition nationale de l'une quelconque des catégories visées à l'art. 2 (1) a) à g) ne renverra à des descriptions d'une portée plus limitée que celles utilisées pour le Registre des armes classiques de l'Organisation des Nations Unies [UNROCA] lors de l'entrée en vigueur du présent Traité.»

En Suisse, c'est principalement en lien avec l'exportation des avions militaires d'entraînement (les Pilatus) que la question du respect de l'art. 5 est soulevée²⁶⁰. Le message du Conseil fédéral relatif au TCA se contente d'indiquer que «les avions militaires d'entraînement avec point d'emport» sont considérés comme des «biens militaires spécifiques». Ce type de biens ne relève pas de la LFMG, mais de la loi sur le contrôle des biens (LCB)²⁶¹. Cette manière de

254 Art. 2 TCA. La lecture de commentaires et d'autres listes d'armes classiques est indispensable pour déterminer les définitions précises.

255 Cf. *supra*, section B.II.1, note 26; PARKER (note 71), p. 88–89.

256 PARKER (note 71), p. 62–65.

257 Bien qu'étranger à cette définition, les silencieux sont aussi considérés comme des pièces et composants. Comme le TCA ne contient pas de définition, l'art. 3, lit. b du Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu (RS 0.311.544) est utilisé comme référence par la doctrine.

258 PARKER SARAH, Article 4. Parts and Components, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 158–160.

259 Par ex. certains explosifs et mines ne relèvent pas du TCA, tout comme les grenades à main, les lance-flammes, tasers, et couteaux (CASEY-MASLEN STUART, Article 5. General Implementation, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 171). En revanche la LFMG et l'OMG s'appliquent à certains de ces biens.

260 Le cas des «Pilatus» est connu des autorités fédérales et régulièrement couvert par la presse: BUSSLINGER BORIS, Le nouveau scandale qui rattrape Pilatus, *Le Temps*, 26 juin 2019; SCUDERI FANNY, Un appareil Pilatus suisse impliqué dans un bombardement en Afghanistan, *Le Temps*, 23 février 2022 (l'appareil avait été modifié aux États-Unis, puis réexporté).

261 FF 2014 1485, 1499. Cf. *supra* section B.II.1.a et b, la catégorie KM 10 de l'annexe 2 de l'OMG et l'art. 3, lit. b LCB.

mettre en œuvre le TCA est-elle correcte? Le point de départ consiste à interpréter la définition des avions militaires telle qu'elle résulte de l'UNROCA et du TCA. La liste de l'UNROCA ne s'applique pas aux avions destinés à l'entraînement²⁶². Selon Sarah Parker cependant, des avions d'entraînement qui peuvent être utilisés à des fins militaires constituent des armes²⁶³. Les «points d'emports» servent en principe à accueillir des charges de tous types (réservoirs, missiles, bombe). Il faudrait évaluer avec des connaissances militaires les caractéristiques techniques des avions d'entraînement exportés pour décider s'ils relèvent du TCA. Par hypothèse, admettons que l'art. 2 du TCA s'applique aux avions d'entraînement avec point d'emport. Leur assujettissement à la LCB plutôt qu'à la LFMG constitue-t-il une violation du droit international? Une réponse négative est soutenable, bien qu'elle prête le flanc à la critique. On pourrait argumenter que le respect du TCA ne passe pas nécessairement par une application de la LFMG à l'arme, ainsi plusieurs lois nationales différentes peuvent participer *ensemble* au système de contrôle énoncé à l'art. 5, par. 5 TCA. L'art. 5 TCA, et en particulier ses par. 1 et 5, pourrait en effet être interprété comme une obligation de soumettre *effectivement* l'arme aux interdictions et évaluations des arts 6 et 7 TCA. Peu importe à cet égard que le régime national de mise en œuvre soit éclaté dans plusieurs lois (LFMG à titre principal, LCB à titre subsidiaire). Les arts 4 à 6 LCB indiquent les normes de contrôle applicables. L'art. 6, al. 1, lit. a LCB permet de réintégrer le contrôle du TCA lors de l'exportation: «L'octroi du permis est exclu si: a. l'activité envisagée contrevient à des accords internationaux»²⁶⁴. Bien qu'elle relève de la LCB, l'exportation de Pilatus n'a donc rien d'automatique. Les sections suivantes détaillent le contenu des arts 6 et 7 TCA.

262 Catégorie IV de la liste: «The terms <combat aircraft> and <unmanned combat aerial vehicles (UCAV)> do not include primary trainer aircraft, unless designed, equipped or modified as described above» (<https://www.unroca.org/categories>). L'arrangement de Wassenaar adopte une approche similaire dans la rubrique ML 10 («Not configured for military use and not fitted with equipment or attachments specially designed or modified for military use; and [...] Certified for civil use by civil aviation authorities of one or more Wassenaar Arrangement Participating States» italiques dans l'original).

263 PARKER (note 71), p. 88.

264 Si les «Pilatus» devraient être considérés comme des armes selon l'art. 2 TCA, il reste ainsi possible de désavouer le message du CF qui considère que le TCA ne s'applique pas aux biens militaires spécifiques (FF 2014 1485, 1499: «Les biens militaires spécifiques ne sont pas visés par le TCA.»). Par conséquent, la Suisse devrait également inclure ces avions dans la liste de contrôle que les États Parties transmettent au secrétariat du TCA (art. 5, par. 4 TCA). Sur l'art. 5 TCA, voir: CAONERO Francesca/MERRELL WETTERWIK Anne-Charlotte, Article 5. General Implementation, in: da Silva Clare/Woods Brian (éds), *The Arms Trade Treaty*, Cambridge 2021, p. 92–97; CASEY-MASLEN (note 259), p. 169–172.

3. *L'article 6 TCA: Interdictions des exportations*

Les autorisations d'exportations sont absolument interdites dans trois situations: en cas de décision du Conseil de sécurité (CS) de l'ONU (art. 6, par. 1), en cas d'interdiction résultant d'un autre traité (art. 6, par. 2), et finalement si l'État: «[a] connaissance, lors de l'autorisation, que ces armes ou ces biens pourraient servir à commettre un génocide, des crimes contre l'humanité, des violations graves des Conventions de Genève de 1949, des attaques dirigées contre des civils ou des biens de caractère civil et protégés comme tels, ou d'autres crimes de guerre [...]» (art. 6, par. 3).

Le par. 1 concerne surtout les embargos sur les armes décidés par le CS et mis en œuvre dans le cadre de comités de sanctions *ad hoc*²⁶⁵. Le par. 1 rappelle une obligation de tout État membre des Nations Unies, cette déférence est utile, car les embargos concernent parfois des catégories d'armes plus larges que celles soumises au TCA²⁶⁶. Sur le plan suisse, la Loi sur les embargos (RS 946.231) décrit les modalités générales de reprise des sanctions (voir aussi l'art. 25 LFMG). Le CF édicte des ordonnances relatives à chaque situation²⁶⁷.

Le par. 2 mentionne les autres obligations internationales de l'État Partie. Il s'agit tout d'abord d'un renvoi aux conventions de désarmement plus restrictives que le TCA, par ex. le protocole n° III relatif aux armes incendiaires²⁶⁸. Mais des traités étrangers aux armes peuvent être pertinents, comme ceux relatifs au commerce international²⁶⁹ et à la corruption: une absence de surveillance sur le processus d'acquisition d'armes pour le compte de l'État serait contraire à la fois à l'art. 6, par. 2 TCA et à la Convention contre la corruption²⁷⁰. Finalement, le par. 2 peut soulever la question de l'application des Conventions V et XIII de 1907 relatives à la neutralité²⁷¹. La Suisse se réfère à ces deux Conventions tout en prenant garde de souligner leurs limites et les évolutions juridiques

265 Nations Unies, Conseil de sécurité, sanctions et autres comités: <https://main.un.org/security-council/fr/content/repertoire/sanctions-and-other-committees>. Pour un exemple d'embargo sur les armes, voir le cas du Soudan du Sud: <https://main.un.org/securitycouncil/fr/sanctions/2206>.

266 GIACCA GILLES/CASEY-MASLEN STUART, Article 6. Prohibitions, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 187.

267 Par ex. l'Ordonnance instituant des mesures à l'encontre de la République du Soudan du Sud (RS 946.231.169.9).

268 RS 0.515.091; cf. *supra* section C.II.1. et PARKER (note 71), p. 120; CASEY-MASLEN STUART (note 259), p. 171.

269 ALTAMIMI (note 3), p. 30.

270 CASEY-MASLEN STUART, Article 6. Prohibitions, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 200–201; Art. 9, par. 1 de la Convention contre la corruption (RS 0.311.56)

271 Respectivement RS 0.515.21 et 0.515.22. L'articulation du TCA avec les conventions relatives à la neutralité relève aussi de son art. 26, par. 1 («L'application du présent Traité est sans préjudice des obligations souscrites par les États Parties en vertu d'accords internationaux, actuels ou futurs, auxquels ils sont parties, pour autant que ces obligations soient en cohérence avec le présent Traité [...]»).

importantes survenues depuis 1907 en matière d'obligations des États neutres²⁷². Le message du CF relatif au TCA se borne à souligner que ce dernier n'a «aucune incidence sur le droit ou la politique de neutralité de la Suisse»²⁷³.

Le par. 3 interdit les exportations si l'État «a connaissance» que ces armes «pourraient servir à commettre» des crimes graves internationaux²⁷⁴. Nous renvoyons au DIH et au droit international pénal pour les définitions des crimes graves afin de nous concentrer ici uniquement sur la notion de connaissance d'une possibilité de commission. La connaissance n'est pas définie dans le TCA, ni en droit international général²⁷⁵. Dans le contexte du TCA, c'est la notion de connaissance telle qu'elle résulte de considérations pénales qui constitue le point de départ de la réflexion²⁷⁶. L'art. 30, par. 3 du Statut de la Cour pénale internationale (ci-après «SCPI») prévoit qu'«Il y a connaissance [...] lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements [...]»²⁷⁷. Ce standard exigeant doit être tempéré dans le cadre de l'art. 6 du TCA, car il ne s'agit pas de condamner un État ou un individu en raison de leur *mens rea*, mais d'identifier les circonstances dans lesquelles une exportation doit être interdite²⁷⁸. Le commentaire du CF sur le TCA précise:

«Il suffit que l'État en question ait, au moment de l'autorisation des transferts d'armes, d'importantes raisons de croire que les armes servent à commettre l'un de ces crimes pour que le transfert soit interdit. Il n'est donc pas nécessaire que l'État en ait la certitude²⁷⁹.»

La Suisse a formulé une déclaration interprétative²⁸⁰ au sujet de la connaissance:

«[L]'État Partie concerné n'autorisera pas le transfert s'il dispose d'informations fiables donnant des motifs substantiels de croire que les armes ou les biens pourraient servir à commettre les crimes énumérés²⁸¹.»

La question de la connaissance dérive sur celles des informations à dispositions de l'État²⁸². Plusieurs situations peuvent être distinguées dans un ordre dé-

272 DFAE, Rapport sur la neutralité, Berne 1993, p. 6–7; CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'initiative populaire fédérale «Sauvegarder la neutralité suisse (initiative sur la neutralité)», p. 6–8, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/90842.pdf>>

273 FF 2014 1485, 1507.

274 L'interdiction de livrer des armes qui serviraient à commettre une agression relève du par. 2: CLAPHAM ANDREW, Article 6. Prohibitions, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 199.

275 HÉCHE AYMERIC, *L'acquiescement en droit international*, vol. 2, Bruxelles 2023, p. 798 ss.

276 CLAPHAM (note 274), p. 204–207.

277 Statut de Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1).

278 DA SILVA CLARE/NEVILL PENELOPE, Article 6: Prohibitions, in: de Silva/Woods (éds), *The Arms Trade Treaty*, Cambridge 2021, p. 133–134.

279 FF 2014 1485, 1512. Nos italiques.

280 DFAE, *Guide de la pratique en matière de traités internationaux*, 3^e éd., Berne, 2023, p. 32–33.

281 RS 0.518.61, cf. les déclarations en bas de page.

282 CLAPHAM (note 274), p. 208–209.

croissant d'évidence: les informations notoires sur la commission de crimes en cours, les rapports d'Organisations internationales et d'ONG, les comportements passés de l'État importateur, la situation sécuritaire générale de la région d'importation. Ces situations sont à mettre en relation avec les différents types de connaissance, soit la connaissance réelle (les informations effectivement à disposition de l'État) et la connaissance présumée (les informations auxquelles tout Etat placé dans la même situation pourraient avoir accès). Ce dernier standard de connaissance peut requérir de l'État qu'il effectue des vérifications supplémentaires avant d'autoriser un transfert. Autrement dit, un Etat ne peut pas arguer qu'il ne disposait pas «d'informations fiables» s'il n'a pas lui-même fourni un effort minimal pour acquérir des informations à sa portée. Des suspicions raisonnables devraient conduire l'Etat à fournir cet effort de vérification²⁸³. On le voit, il est presque impossible de tracer une limite claire dans l'obligation de l'art. 6, par. 3 TCA, tant les circonstances sont déterminantes. Si l'exportation est tout de même décidée malgré un flou sur la connaissance de l'art. 6, les mécanismes de l'art. 7 TCA permettent de mitiger le risque: l'État doit prendre des mesures d'atténuation à l'exportation et renoncer à celle-ci en cas de risque prépondérant de violations graves.

Etant donné que l'art. 22a, al. 2 LFMG interdit les exportations à destination d'un État partie à un CAI ou à un CANI – conflits qui génèrent par essence des crimes graves – la LFMG est idéalement positionnée pour répondre aux exigences du TCA²⁸⁴ (cf. *infra* section D.IV).

4. L'article 7 TCA: Evaluation des exportations

Si les interdictions de l'art. 6 TCA ne trouvent pas application, l'État doit conduire l'évaluation de l'art. 7 TCA avant d'autoriser l'exportation²⁸⁵. Ce processus de *due diligence* taillé sur mesure pour le commerce d'armes est au cœur du Traité²⁸⁶. Il exige en substance que l'État n'autorise pas l'exportation s'il existe un risque prépondérant que les armes (par. 1 et 4):

- porteraient atteinte à la paix et à la sécurité; ou
- pourraient servir à commettre ou à faciliter une violation grave DIH ou du DIDH; ou
- pourraient servir à commettre ou à faciliter une violation des conventions de lutte contre le terrorisme; ou
- pourraient servir à commettre ou à faciliter une violation des conventions contre la criminalité transnationale organisée; ou

283 DA SILVA/NEVILL (note 278), p. 136. Il s'agit du standard «should have known» de la connaissance présumée, cf. HÊCHE (note 275) p. 803–806.

284 FF 2014 1485, 1507.

285 CASEY-MASLEN STUART/CLAPHAM ANDREW, Article 7. Export and Export Assessment, in: Casey-Maslen et al. (éds), *The Arms Trade Treaty. A Commentary*, Oxford 2016, p. 245–247.

286 DA SILVA CLARE/WOOD BRIAN, Article 7: Export and Export Assessment, in: da Silva/Woods (éds), *The Arms Trade Treaty*, Cambridge 2021, p. 170.

- puissent servir à commettre ou à faciliter une violation des actes graves de violence fondée sur le sexe ou des actes graves de violence contre les femmes et les enfants.

Ainsi que le prévoient les par. 2 et 3 de l'art. 7 TCA, si le risque est susceptible d'être éliminé ou mitigé grâce à des mesures *ad hoc*, l'État peut procéder à l'exportation:

«2. L'État Partie exportateur envisage également si des mesures pourraient être adoptées pour atténuer les risques énoncés aux al. a) et b) du par. 1), y compris des mesures de confiance ou des programmes élaborés et arrêtés conjointement par les États exportateurs et importateurs.

3. Si, à l'issue de cette évaluation et après avoir examiné les mesures d'atténuation des risques disponibles, l'État Partie exportateur estime qu'il existe un risque prépondérant de réalisation d'une des conséquences négatives prévues au par. 1, il n'autorise pas l'exportation.»

L'art. 7 est particulièrement riche, nous ne traiterons que de trois aspects du régime: les violations à évaluer (a), la mitigation du risque (b), et la notion de «risque prépondérant» (c).

a. Les violations

L'Etat doit tout d'abord analyser l'impact de la livraison d'armes sur la situation sécuritaire de l'État importateur et de la région (art. 7, par. 1, lit. a TCA). Cette première étape se comprend en lien avec les obligations exposées dans la Charte des Nations Unies et le but du TCA. Une livraison d'armes ne doit pas compromettre la sécurité et la paix, que ce soit dans le cadre d'un CAI ou d'un CANI²⁸⁷. La livraison d'armes à une région instable n'est toutefois pas intrinsèquement interdite: la *ratio legis* est que la livraison doit contribuer à la sécurité plutôt qu'à la fragiliser²⁸⁸. Une livraison à un État qui se prépare à lutter contre des groupes rebelles ou des terroristes pourrait en principe être autorisée²⁸⁹.

Les situations énumérées au par. 1, lit. b et par. 4 conduisent également à un refus d'exportation. La violation grave du DIH renvoie – entre autres – à certains articles des Conventions de Genève et de ses Protocoles additionnels²⁹⁰ ainsi qu'aux crimes de guerre énumérés à l'art. 8 SCPI. Par contraste, il n'existe pas de liste consensuelle de violations graves du DIDH²⁹¹. Quelques pistes permettent d'identifier ces atteintes. Le non-respect des droits humains tels que l'interdiction de la torture, de l'esclavage, ou des disparitions forcées constitue par essence des atteintes graves²⁹². Il n'est cependant pas possible d'établir un

287 DA SILVA/WOOD (note 286), p. 154–156.

288 *Ibid.*, p. 156.

289 CASEY-MASLEN/CLAPHAM (note 285), p. 254.

290 *Ibid.*, p. 256–260.

291 DA SILVA/WOOD (note 286), p. 158.

292 DA SILVA/WOOD (note 286), p. 161; CASEY-MASLEN/CLAPHAM (note 285), p. 260.

catalogue exhaustif, car une atteinte peut être grave non en raison du droit touché, mais en raison de sa sévérité et de son caractère arbitraire et/ou systématique²⁹³.

La référence à la lutte contre le terrorisme et la criminalité renvoie par ex. à la Convention contre la prise d'otages ainsi qu'à la Convention sur la criminalité transnationale et ses protocoles²⁹⁴. En ce qui concerne les dernières violations (par. 4), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes²⁹⁵ et la Convention relative aux droits de l'enfant²⁹⁶ constituent les références principales. Des documents de *soft law* permettent d'identifier des violations relatives au sexe ou au genre²⁹⁷.

C'est non seulement la commission, mais aussi la facilitation des violations qui fait l'objet de l'évaluation. Il n'est pas nécessaire de démontrer que l'arme sera utilisée, mais uniquement qu'elle puisse l'être en lien avec une des violations énumérées²⁹⁸. Dans la même veine, il est suffisant que l'arme participe ou contribue à la violation sans être essentielle à sa réalisation pour que l'art. 7 soit violé²⁹⁹.

b. *La mitigation du risque*

Si l'État conclut que les armes pourraient servir à commettre ou faciliter une violation, il peut mettre en place des mesures d'atténuation afin d'éliminer ou de réduire le risque et ainsi tout de même procéder à l'exportation (par. 2). Une grande liberté est laissée à l'exportateur en fonction de la violation considérée, du degré de risque, ou encore de la quantité et du type d'arme³⁰⁰. Si l'État importateur est également partie au TCA, l'art. 8, par. 1 l'oblige à fournir des informations nécessaires à l'évaluation du risque sur demande de l'exportateur. Ces informations comprennent notamment le certificat d'usage et/ou d'utilisateur final (cf. *supra*, section B.II.2 *in fine*), des informations sur l'utilisateur final, une description des armes, l'usage prévu des armes³⁰¹. L'exportateur peut opter pour des mesures proactives comme des vérifications physiques après la livraison («post-shipment verification») ou un transfert de savoir-faire en matière de gestions des stocks d'armes³⁰². L'art. 18 LFMG prévoit d'office une

293 La liberté d'expression ou le droit à l'éducation peuvent être gravement atteints en raison de transfert d'armes. CASEY-MASLEN/CLAPHAM (note 285), p. 260–267.

294 Respectivement RS 0.351.4 et 0.311.54. CASEY MASLEN/CLAPHAM (note 285), p. 272; DA SILVA/WOOD (note 286), p. 162–164.

295 RS 0.108.

296 RS 0.107.

297 CASEY-MASLEN/CLAPHAM (note 285), p. 277–284.

298 *Ibid.*, p. 256.

299 *Ibid.*, p. 255.

300 DA SILVA/WOOD (note 286), p. 167.

301 DANSSAERT PETER/SOUTHWARD FIONA, Article 8: Import, in: da Silva/Woods (éds), *The Arms Trade Treaty*, Cambridge 2021, p. 180.

302 FF 2014 1485, 1514; CASEY-MASLEN/CLAPHAM (note 285), p. 274.

mesure importante de mitigation du risque sous la forme de l'interdiction de la réexportation. Si un risque prépondérant subsiste malgré les mesures envisagées, l'État doit renoncer à l'exportation.

c. *Le risque prépondérant*

Cette dernière étape du processus de *due diligence* consiste à prendre position sur les probabilités de survenance des risques précédemment identifiés. Il n'existe pas de consensus sur ce qui constitue «[u]n risque prépondérant de réalisation d'une des conséquences négatives prévues au par. 1 [...]». Cette notion n'est définie ni dans le TCA, ni en droit international général³⁰³. Deux courants interprétatifs se sont emparés de la question. Le premier suggère une solution quelque peu différente du texte du TCA, soit une analyse unitaire qui met globalement en balance les bénéfices et risques de la livraison d'armes: la livraison est autorisée si les premiers excèdent les seconds³⁰⁴. Une telle interprétation ouvre la porte à une large part d'auto appréciation quant aux effets positifs des livraisons d'armes. Un État peut être tenté de «surévaluer» les effets positifs s'il constate que l'exportation pourrait servir à commettre une violation grave (par. 1, lit. b). Un second courant consiste à scinder distinctement l'analyse en deux conditions cumulatives: la livraison doit contribuer positivement à la sécurité et à la paix (par. 1, lit. a) *et* une violation énumérée aux par. 1, lit. b et par. 4 apparaît peu probable³⁰⁵. La déclaration interprétative de la Suisse s'inscrit dans ce courant et précise le calcul de probabilité du risque:

«l'expression 'risque prépondérant' à l'art. 7, par. 3, comprend [...] une obligation pour l'État Partie concerné de ne pas autoriser l'exportation quand il estime qu'une des conséquences négatives prévues au par. 1 dudit article a plus de chances de se produire que de ne pas se produire, même s'il a examiné l'effet attendu des mesures d'atténuation des risques.»

Une analyse détaillée de la pratique subséquente des parties dans la mise en œuvre concrète – notamment sur le plan national – de leurs obligations en vertu de l'art. 7 TCA permettrait d'identifier si un courant est majoritaire³⁰⁶. Après ce bref tour d'horizon international, examinons les spécificités de la LFMG et de l'OMG ainsi que leur compatibilité avec le TCA.

303 DA SILVA/WOOD (note 286), p. 167.

304 *Ibid.*, p. 170; CASEY-MASLEN/CLAPHAM (note 285), p. 275.

305 DA SILVA/WOOD (note 286), p. 168–169, 171; CASEY-MASLEN/CLAPHAM (note 285), p. 276.

306 La pratique subséquente (art. 31, par. 3, lit. b CVDT) est un moyen d'interprétation des traités internationaux. CASEY-MASLEN/CLAPHAM (note 285), p. 276. Une telle pratique pourrait être identifiée grâce aux mécanismes de coopération et d'échanges entre les parties prévus dans le TCA. Voir par ex. les arts 13, 15, et 17, par. 4 TCA.

III. La loi fédérale sur le matériel de guerre

1. Aperçu du régime d'exportation

La LFMG s'organise autour de deux types d'autorisations, soit les autorisations initiales et les autorisations spécifiques (sur le régime d'autorisation, se reporter à la section C.III.2. *supra*). Les autorisations initiales portent sur l'activité de fabrication d'armes en général (art. 9. al. 1, lit. a LFMG) ou sur leur commerce (al. 1, lit. b). Dans le cadre de ce rapport, une entreprise exportatrice disposera presque nécessairement d'une autorisation initiale en raison de son activité manufacturière ou commerciale³⁰⁷. Le régime de l'autorisation initiale permet de vérifier la bonne gestion des affaires par l'entreprise et la conformité de son activité aux intérêts suisses (art. 10 LFMG). Les autorisations initiales peuvent être d'une durée limitée: ce mécanisme permet *a minima* une révision périodique des activités qui pourraient nuire aux intérêts suisses³⁰⁸. Dans un second temps, chaque activité en rapport avec les armes est assujettie à une autorisation spécifique (courtage, importation, transit, etc. cf. art. 12 LFMG). Les exportations dépendent d'une autorisation spécifique *en tout point indépendante* de l'autorisation initiale (arts 17–19 LFMG). L'autorisation spécifique est délivrée par le SECO après consultation systématique du DFAE (art. 14, al. 2 OMG). D'autres départements peuvent être consultés comme le SRC et le DDPS. Toutefois seuls le DFAE et le SECO disposent d'un «droit de veto» sur la décision d'exportation, dans ce cas la décision finale revient au CF³⁰⁹. Ces autorisations sont assujetties à de nombreuses limites. Elles sont incessibles et d'une durée d'une année avec possibilité de prolongation de six mois (art. 15 OMG). Si le «quota» accordé n'a pas été utilisé, une nouvelle demande est nécessaire. Elles peuvent exceptionnellement être révoquées ou suspendues (art. 19 LFMG). Les exportations sont en principe³¹⁰ destinées à des gouvernements étrangers et accompagnées d'une interdiction de réexportation (art. 18 LFMG, voir *infra* la section D.III.3). Quant aux conditions matérielles des exportations, elles découlent des arts 22 et 22a LFMG présentés dans la prochaine section.

307 Certaines exceptions à l'autorisation initiale méritent d'être mentionnées: 1) les entreprises sous-traitantes d'entreprises disposant déjà d'une autorisation initiale, 2) les personnes déjà titulaires d'une patente de commerce selon la loi sur les armes (LArm; RS 514.54).

308 Art. 11 LFMG: «1. L'autorisation initiale est incessible et n'est valable que pour le matériel de guerre qu'elle mentionne. Elle peut être d'une durée limitée et assortie de charges et de conditions. 2. Elle peut être révoquée, partiellement ou complètement, si les conditions de son octroi ne sont plus réunies [...]».

309 Art. 14, al. 4 OMG («Si les services intéressés ne peuvent se mettre d'accord sur le traitement d'une demande aux termes des al. 2 ou 3, celle-ci est soumise pour décision au Conseil fédéral»). Ce «veto» comporte indéniablement une dimension politique puisque son exercice appartient en fin de compte aux CF en charge du DFAE et du DEFR (pour le SECO).

310 Pour les exceptions, cf. les arts 5a (les pièces détachées ou éléments d'assemblages de faible valeur peuvent être réexportés) et 5b OMG (la demande d'exportation à destination de services ou d'entreprises non affiliés à un gouvernement devrait être accompagnée d'une autorisation d'importation du pays de destination).

2. Conditions matérielles et compatibilité avec le TCA

Les arts 22 et 22a LFMG détaillent les interdictions d'exportations et le processus d'évaluation, ils constituent les équivalents des arts 6 et 7 TCA (*supra*, sections D.II.3 et 4). L'art. 22 indique le cadre général: l'exportation est autorisée si elle ne contrevient pas «au droit international et [n'est] pas contraire aux principes de la politique étrangère de la Suisse et à ses obligations internationales.» L'art. 22a se compose de trois volets, soit: les considérations à prendre en compte avant de délivrer une autorisation (al. 1); les situations dans lesquelles l'autorisation n'est pas accordée (al. 2); les dérogations (al. 3 et 4)³¹¹. Le contenu des articles 22 et 22a LFMG³¹² est axé autour de plusieurs pôles: protection des intérêts de la Confédération, mise en œuvre de sa politique étrangère, concrétisation de la politique de neutralité, respect du droit international, respect des engagements non contraignants.

Les interdictions de l'al. 2 ne font à première vue que partiellement écho au texte de l'art. 6 TCA (*supra*, section D.II.3): seuls la violation grave et systématique des droits humains ainsi que le risque d'utilisation des armes contre des civils sont évoqués. Cette différence n'est pas une incompatibilité, car l'exportation est interdite aussi en cas d'embargo (art. 25 LFMG) et, de manière générale, un renvoi est opéré par l'art. 22 LFMG aux traités conclus par la Suisse. La vérification du respect du TCA – arts 6 et 7 y compris – est implicitement intégrée au processus d'autorisation de la LFMG³¹³. La LFMG excède d'ailleurs le TCA en interdisant absolument le transfert d'armes dans des situations de CAI et de CANI (en application respectivement du droit et de la politique de neutralité) ou en raison d'un fort risque de détournement (*supra*, B.II.2). Les CAI et CANI présentent un risque systémique de violations du droit international pénal, du DIH, et du DIDH. Leur exclusion dans la LFMG permet automatiquement de diminuer les occasions de violations du TCA.

L'al. 1 décrit les considérations pertinentes pour délivrer l'autorisation, il refile partiellement l'étape de *due diligence* de l'art. 7 TCA. Certains éléments sont clairement communs aux deux articles, comme la prise en compte de la paix et de la sécurité internationale et les violations du DIDH par l'Etat importateur. Les éléments manquants de l'art. 7 TCA (violation grave du DIH, terrorisme, criminalité organisée, violence envers les femmes et les enfants) sont pris en compte via les lit. b et d de l'al. 1 (examen de la situation qui prévaut dans le pays de destination; attitude et respect du droit international dans le pays de

311 Armes légères et munitions destinées au tir sportif ou à l'usage individuel (al. 3); exportation destinée à une mission de l'ONU ou d'une autre organisation pour la promotion de la paix (al. 4).

312 Pour le message du texte de la LFMG de 1996, cf: FF 1995 988, 1025–1028.

313 FF 2014 1485, 1501; FF 2021 623, p. 31/40. Le monisme pratiqué en Suisse explique aussi cette différence entre le TCA et la LFMG. En raison du «parlement de milice», il serait chronophage de s'attendre systématiquement à des modifications législatives pour donner suite à la ratification d'un traité.

destination) et grâce au renvoi général de l'art. 22 LFMG³¹⁴. Les éléments supplémentaires de l'al. 1 de l'art. 22a sont liés à la politique et aux intérêts suisses. La lit. c renvoie aux efforts déployés en matière de coopération au développement – les ressources des pays les moins avancés ne devraient pas être consacrées aux armes (cf. *supra* section B.I et l'art. 26 de la Charte de l'ONU). La lit. e prévoit que la Suisse tienne compte de la conduite des autres États participants aux régimes de contrôle à l'exportation (par ex. l'Arrangement de Wassenaar)³¹⁵. La Suisse s'assure de cette manière que son interprétation des différents régimes reste compatible avec la pratique internationale.

La LFMG mêle des aspects juridiques et politiques, elle accorde une marge de manœuvre importante aux autorités afin de refuser une exportation. Signe de sa compatibilité et de la large portée de ses obligations, la LFMG n'a pas été adaptée ou modifiée en raison de l'entrée en vigueur TCA³¹⁶. Ce point est significatif, car le TCA instaure une nouvelle référence internationale. Il est possible que tous les systèmes nationaux de contrôle à l'exportation soient dorénavant scrutés à son aune³¹⁷. En sens inverse, le TCA est jugé compatible avec la neutralité suisse telle que mise en œuvre dans la LFMG³¹⁸.

3. *La neutralité et l'interdiction de la réexportation*

Nous ne traiterons ici de la neutralité que sous l'aspect de la non-réexportation (pour une présentation plus détaillée, voir les contributions des Profs Astrid Epiney et Odile Ammann en début d'ouvrage). Certains éléments sont toutefois indispensables à la présentation. Sur le plan juridique, la neutralité exige du neutre qu'il s'abstienne de fournir des armes aux belligérants. Initialement limitée à la fourniture d'arme par le gouvernement, cette obligation a été étendue aux entreprises sises sur le territoire du neutre³¹⁹. Une interdiction de la réexportation des armes fournies par un État neutre ne semble pas exister en droit international public, la seule ébauche dans cette direction date des années 70 et se cantonnait à interdire aux États d'une région en proie à un conflit la réexportation.

314 FF 2014 1485, 1501–1502.

315 FF 2014 1485, 1492.

316 FF 2014 1485, 1498. Les mesures de mitigation de l'art. 7, par. 2 TCA sont mises en œuvre à travers la non-réexportation de l'art. 18 LFMG, laquelle peut être assortie de garanties supplémentaires (art. 5a OMG). Voir aussi FF 2014 1485, 1514: «La Suisse demande également à certains pays de lui certifier que les marchandises livrées ne seront pas utilisées illégalement contre la population civile. D'autres mesures sont propres à atténuer les risques, par exemple les inspections menées ultérieurement sur place, les programmes bilatéraux visant au renforcement des capacités institutionnelles ou les projets d'amélioration de la gestion et de la sécurité des stocks.»

317 Voir l'exemple de l'Allemagne *infra*, section D.IV.1.

318 FF 2014 1485, 1507: «[L]orientation générale du TCA recouvre les directives du droit suisse de la neutralité».

319 ANTONOPOULOS (note 241), p. 91 ss; UPCHER JAMES, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford 2020, p. 80–83.

tation d'armes aux belligérants³²⁰. La non-réexportation fait donc partie de la *politique* de la neutralité³²¹, c'est-à-dire de la manière dont la Suisse choisit de «vivre» son statut d'État neutre, des obligations qu'elle s'impose elle-même sans que le droit international public ne l'exige³²². L'art. 18, al. 1 LFMG fixe le principe:

«En règle générale, une autorisation d'exportation ne peut être accordée que lorsqu'il s'agit d'une livraison à un gouvernement étranger ou à une entreprise travaillant pour un tel gouvernement, et que ce dernier a établi une déclaration attestant que le matériel ne sera pas réexporté (déclaration de non-réexportation).»

L'art. 5a, al. 2 OMG détaille le champ d'application de l'interdiction:

«En signant la déclaration de non-réexportation, le pays de destination s'engage à ne pas exporter, vendre, prêter, offrir le matériel de guerre *ni à le céder d'une autre manière* à des tiers sans l'accord des autorités compétentes en matière d'autorisation [nos italiques].»

En somme, n'importe quel transfert physique d'armes constitue une réexportation. Cette définition de la (ré)exportation est renforcée dans une déclaration interprétative de la Suisse relative au TCA:

«Selon l'interprétation de la Suisse, les termes «exportation», «importation», «transit», «transbordement» et «courtage» à l'art. 2, par. 2, englobent [...] les transactions monétaires ou non monétaires, telles que les dons, prêts et locations. De ce fait, ces activités relèvent du champ d'application du traité.»

Cette déclaration interprétative prend place dans une zone grise du TCA, lequel ne se prononce pas sur les prêts et dons³²³. Il appartient aux États de se positionner dans leur droit interne sur cette question. La déclaration suisse assure une mise en œuvre uniforme de l'art. 18 LFMG, le TCA ne peut pas servir de véhicule pour contourner l'interdiction de réexportation.

La non-réexportation est particulièrement critiquée depuis l'agression contre l'Ukraine en 2022. Cette interdiction a pour conséquence une «neutralisation partielle» des États importateurs d'armes suisses. Une demande de l'Allemagne de réexporter des munitions en Ukraine avait par exemple été refusée³²⁴. L'interdiction de la réexportation n'est pas toujours scrupuleusement suivie:

320 UPCHER (note 319), p. 85–86.

321 DDPS, Rapport de la Commission d'étude de la politique de sécurité, Berne 2024, p. 27–28; KOLLER FRÉDÉRIC, Un expert le démontre: 'La Suisse peut très bien autoriser la réexportation de ses armes vers l'Ukraine', Le Temps, 3 novembre 2022.

322 Sur le plan international, l'interdiction de réexportation pourrait très éventuellement être construite comme une promesse ou une renonciation de la Suisse, c'est-à-dire comme un acte unilatéral (HÉCHE (note 275), p. 194, p. 212 ss). Cette construction est précaire tant et aussi longtemps que la Suisse indique que la non-réexportation fait partie de sa *politique* de neutralité.

323 PARKER (note 71), p. 66: «[S]tates settled for constructive ambiguity in the text [...]»

324 Des expédients sont parfois trouvés. La Suisse a ainsi renoncé à une commande au profit d'un État qui avait livré des armes à l'Ukraine (BLUNSCHI PETER, Livraisons d'armes à l'Ukraine: la ruse du Conseil fédéral, Watson, 7 juin 2022).

645 000 munitions livrées en Pologne par Swiss P Defence ont été transmises à l'Ukraine en 2023³²⁵. Comme l'indique le «Rapport de la Commission d'étude de la politique de sécurité»³²⁶, une application stricte de la non-réexportation pourrait nuire à l'industrie de l'armement et à la sécurité du pays. Les commandes d'armes sont en recul en 2023 et en 2024³²⁷. La tendance pourrait s'accroître, car les États européens sont des destinataires importants de l'industrie suisse de l'armement et ont réalisé que les armes ne peuvent être utilisées que dans une optique défensive³²⁸. Les munitions produites en Suisse par la filiale de Rheinmetall (entreprise allemande) ne peuvent pas être réexportées. L'internationalisation des chaînes de valeur concerne aussi les armes, la participation des entreprises suisses est préteritée à cet égard. Une exception à la réexportation existe uniquement en faveur de pièces détachées ou d'éléments d'assemblage de faible valeur et destinés à être *intégrés* dans un produit fini (arts 18, al. 2 LFMG et 5a, al. 1 OMG). Cette situation rejaillit également sur la sécurité du pays. Dans un contexte où la sécurité de l'Europe se conçoit nécessairement à travers des partenariats et une coopération, la participation de la Suisse à un marché commun de l'armement est entravée par la LFMG. Une solution prônée par le rapport de 2024 sur la politique de sécurité consisterait à abandonner l'interdiction de réexportation pour les États figurant dans l'annexe 2 OMG, (principalement des États européens et, entre autres, l'Australie, le Japon, les États-Unis, le Canada, l'Argentine)³²⁹. La prochaine section énumère quelques évolutions législatives passées ou éventuelles en matière de politique de neutralité et d'exportations.

4. *Evolutions législatives*

La question de la réexportation occupe une place centrale dans le débat actuel. D'autres solutions que celle prônée par la Commission d'étude de la politique de sécurité en 2024 sont théoriquement envisageables. Une première direction est celle des biens touchés par l'interdiction de réexportation: un régime différent pourrait être appliqué aux catégories qui constituent des armes létales (KM

325 RTS INFO, Plus de 640 000 munitions suisses pour sniper seraient arrivées en Ukraine, 21 novembre 2024. L'entreprise polonaise a été placée sur liste noire par le SECO: ENDRES FIONA/RAU SIMONE, Le Seco lance une 'liste noire' des entreprises d'armement fautives, 26 novembre 2024.

326 DDPS (note 321).

327 Soit 470 millions en valeur d'exportation pour la période de janvier à septembre 2024 et 449 millions pour cette période en 2023. La valeur s'élevait à 503 millions pour 2021 et 755 millions pour 2022. Pour d'autres statistiques, cf. *supra*, section B.III et le site du SECO: <<https://urlr.me/B5Cd2D>>.

328 La question de l'utilisation d'armes suisses à l'occasion d'un déploiement militaire de la France, du Royaume-Uni, etc. à l'étranger n'est a priori pas exclue par la LFMG. L'exportation est en revanche interdite aussitôt qu'un État est engagé dans un CAI. Sur les critères *internationaux* de participation à un conflit: WENTKER ALEXANDER, Party Status to Armed Conflict, Oxford 2024.

329 Il appartient par conséquent au CF de modifier cette Annexe 2.

1 à 4 par ex.) et au matériel de guerre au sens large (KM 5, 6, et 11 par ex.)³³⁰. Seules les premières continueraient d'être touchées par l'interdiction. Une seconde direction – hypothétique car radicale – consisterait à aligner le régime de la LFMG sur le TCA. La réexportation ne serait plus interdite par principe, mais uniquement au cas par cas. L'interdiction de réexportation serait décidée à titre de mesure de mitigation prévue dans l'art. 7, par. 2 TCA (*supra*, section D. II.4.b)³³¹.

Plus pragmatiquement, une procédure de consultation relative à la réexportation a été ouverte en juin et clôturée en octobre 2024. Un nouvel al. 3 serait introduit dans l'art. 18 LFMG:

«Si le pays de destination figure parmi ceux visés à [...]l'annexe 2 OMG] et que cinq ans au moins se sont écoulés depuis la signature de la déclaration de non-réexportation, ladite déclaration est réputée caduque lorsque le pays de destination s'est engagé dans ce document à ne transférer le matériel de guerre qu'aux conditions suivantes [...] [suivent les trois conditions, que nous résumons: 1) l'État destinataire de la réexportation n'est pas impliqué dans un CAI ou dans un CANI, à moins qu'il n'agisse en légitime défense; 2) l'État destinataire de la réexportation ne viole pas gravement le DIDH; 3) il n'y a pas de forts risques que l'État destinataire de la réexportation utilise les armes contre la population civile]³³².»

L'option choisie fait écho au rapport sur la politique de sécurité évoqué *supra*. Ce compromis permettrait d'une part de permettre une réexportation aux États qui sont également parties aux régimes internationaux de contrôle des armements (cf. *supra*, section B.II.1.c) et, d'autre part, «d'éviter de possibles

330 Cette différenciation est aussi pertinente dans le domaine de la neutralité. La Suisse estime que certains biens militaires spécifiques (art. 3 LCB) tels que les casques et gilets pare-balles sont des «biens utilisables à des fins militaires» au regard du droit de la neutralité. Par conséquent, l'exportation à destination de l'Ukraine est interdite en application de l'égalité de traitement des belligérants (l'État neutre doit traiter de la même manière les deux parties au conflit; ces biens militaires spécifiques ne sont exportés ni en Ukraine ni en Russie). CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 22.3385 de la Commission de politique extérieure du Conseil des États du 11 avril 2022, Berne 2022, p. 22. La pratique relative à la définition des «biens utilisables à des fins militaires» dans le cadre de la neutralité est fluctuante: BARTOLINI GIULIO, The provision of belligerent materials in the Russia-Ukraine conflict: Beyond the law of neutrality?, *Question of International Law* 2023, p. 13–14.

331 Cette option pourrait aussi consister à développer une interprétation et une application du TCA cohérente avec la politique de la neutralité. La Suisse pourrait ainsi choisir une interprétation restrictive du TCA, et prévoir largement une mesure de mitigation sous forme de non-réexportation, pourvu qu'elle mette en œuvre cette interprétation de manière égalitaire. L'art. 5, par. 1 TCA exige des parties une application «objective et non discriminatoire».

332 Une disposition transitoire serait aussi introduite: «Art. 46, al. 3 LFMG: Si la déclaration de non-réexportation a été signée avant l'entrée en vigueur de l'art. 18, al. 3, et qu'elle remonte à plus de cinq ans, le pays de destination peut déclarer a posteriori que les conditions applicables selon cette disposition au transfert de matériel de guerre sont respectées. La déclaration de non-réexportation est réputée caduque dès la réception de la déclaration a posteriori». CONFÉDÉRATION SUISSE, Initiative parlementaire. Modification de la loi sur le matériel de guerre. Rapport explicatif de la Commission de la politique de sécurité du Conseil national, Berne 2024, p. 11–12. Online: <<https://urlr.me/GfCVET>>.

contournements du droit de la neutralité au travers d'achat de matériel de guerre suisse qui serait dès le début destiné à la réexportation³³³. Un mérite supplémentaire de cette proposition est qu'elle limite les risques juridiques d'une exportation d'armes par la Suisse (cf. *infra*, section D.IV).

D'autres modifications de la LFMG sont à l'étude. Ouverte en mai et clôturée en septembre 2024³³⁴, une procédure de consultation propose l'introduction d'un nouvel article 22*b* permettant au CF de déroger aux conditions de l'art. 22*a* LFMG en raison de circonstances exceptionnelles:

«Le Conseil fédéral peut, sous réserve des conditions prévues à l'art. 22, déroger aux critères d'autorisation visés à l'art. 22*a*:

- a. en cas de circonstances exceptionnelles, et
- b. si la sauvegarde des intérêts du pays en matière de politique extérieure ou de politique de sécurité l'exige. [...]»³³⁵.

La réexportation n'est pas visée ici, mais la possibilité d'exporter des armes à des États en proie à un CAI ou à un CANI – c'est-à-dire de suspendre les obligations introduites dans la LFMG qui vont au-delà du TCA³³⁶. Cette dérogation obéirait à quatre conditions cumulatives: le respect de l'art. 22 LFMG; des circonstances exceptionnelles; la sauvegarde des intérêts de la Suisse; une urgence matérielle et temporelle³³⁷. Le destin de ces deux procédures de consultation devrait être fixé pendant l'année 2025.

Précédemment, le droit suisse a connu d'autres importantes modifications³³⁸. Jusqu'en 2022 c'était l'art. 5 OMG qui encadrait les conditions d'exportation. Les exportations vers les pays en proie à un CANI n'étaient pas systématiquement interdites, et une dérogation était possible pour les pays violant gravement et systématiquement le DIDH (ancien art. 5, al. 4 OMG). C'est à la suite de l'initiative «Contre les exportations d'armes dans des pays en proie à la guerre civile», aussi appelée «initiative correctrice» que la situation évolua. Cette ini-

333 *Ibid.*, p. 12.

334 La procédure est «en attente du rapport de résultats» au moment de l'écriture de ces lignes. Voir: <https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2024/15/cons_1>.

335 DEFR, Modification de la loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG). Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation, Berne 2024, p. 7.

336 *Ibid.*, p. 14–15. Notons en passant que la livraison d'armes par la Suisse (État neutre) à un État engagé dans un CAI pourrait éventuellement se heurter aux interdictions des arts 6, par. 2 et 26 TCA (respect des Conventions V et XIII de 1907 relatives à la neutralité, voir *supra* section D. II.3). Bien que ce problème ne soit pas abordé sous l'angle du TCA, une lecture attentive du rapport explicatif indique que le CF est conscient des problèmes potentiels liés à la neutralité. L'équilibre subtil qu'il faudrait trouver entre la dérogation que l'art. 22*b* introduirait et l'interprétation des obligations liées à la neutralité est précisé en p. 11 et 14.

337 Au sujet des circonstances exceptionnelles: «De telles circonstances pourraient être présentes dans un contexte de forte escalade des tensions en matière de politique de sécurité impliquant des pays avec lesquels la Suisse entretient des relations économiques ou diplomatiques approfondies» (DEFR (note 335), p. 12).

338 SCHMID EVELYNE, Critères d'Exclusion relatifs aux exportations du matériel de guerre, Sécurité et Droit 2018 III, p. 157 et ss.

tiative s'opposait à l'assouplissement des conditions d'exportation débuté en 2014³³⁹. Elle fut finalement retirée en raison d'un contre-projet indirect proposé par l'Assemblée fédérale. Par conséquent l'art. 5 OMG a été abrogé, la dérogation de son al. 4 abandonnée, et les conditions d'évaluation des exportations inscrites dans l'art. 22a LFMG³⁴⁰. Ces fluctuations illustrent les courants dont la réglementation du commerce des armes doit se faire l'arbitre: nécessité de préserver l'industrie de l'armement, respect des obligations internationales, spécificités de la neutralité suisse, marge de manœuvre utile aux autorités en cas d'urgence. Cette difficile équation est rendue encore plus périlleuse dans un contexte international fait d'incertitudes³⁴¹.

Dans ce contexte changeant, c'est aussi sous l'angle d'une éventuelle responsabilité nationale ou internationale que la question de l'exportation d'armes doit être abordée.

IV. La responsabilité

1. Contexte international

Cette section IV offre un aperçu des risques juridiques en matière d'exportations d'armes à travers deux procédures dont le dénouement n'est pas encore connu en fin d'année 2024. Ces procédures peuvent toutefois être rapportées à la Suisse et servir d'illustration pour identifier certains risques inhérents à l'octroi de licences d'exportation³⁴². Sur le plan international, le différend entre le Nicaragua et l'Allemagne est présenté. Sur le plan national, la livraison de pièces d'assemblages de F-35 par les Pays-Bas à Israël est évoquée (*infra*, D.IV.2).

En 2024, le Nicaragua a déposé une requête auprès de la Cour internationale de Justice (CIJ) contre l'Allemagne au titre de la Convention sur l'interdiction du Génocide³⁴³. Le Nicaragua contestait l'exportation d'armes en Israël, qui consistait selon lui en un manquement:

«aux obligations qui [...] incombent [à l'Allemagne] en vertu de la convention sur le génocide, en particulier celles prévues à l'article premier, non seulement en s'abstenant de prévenir le génocide en cours, mais aussi en fournissant à Israël une aide, y

339 AMNESTY INTERNATIONAL, Victoire: le Parlement renforce le contrôle des exportations d'armes, 6 octobre 2021.

340 FF 2021 2334.

341 DDPS (note 321), p. 1: «Il est largement incontesté qu'un 'désordre mondial' est à prévoir dans un avenir proche, car le système de sécurité collective est endommagé. L'ordre d'après-guerre en Europe et par conséquent aussi en Suisse en est particulièrement affecté».

342 Pour un examen détaillé des questions de responsabilité internationale, cf.: FÜRGER DAVID, *Völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit für grenzüberschreitende Waffentransfers*, Zürich 2013 (situation antérieure au TCA); SAMMARTINO LUIGI, *La ricerca di regole applicabili al «commercio» internazionale di armi convenzionali*, Rome 2021, p. 329 et ss.

343 RS 0.311.11.

compris du matériel militaire, qui serait et pourrait être utilisée par Israël pour commettre le génocide»³⁴⁴.

Dans son ordonnance du 30 avril 2024, la CIJ a refusé d'indiquer des mesures provisionnelles, car le niveau des exportations avait drastiquement chuté dès le 7 octobre 2023 et en raison du cadre strict de contrôle déployé:

«pour chaque autorisation accordée, le Gouvernement allemand procède à une évaluation pour vérifier s'il existe un risque manifeste que l'article particulier soumis à autorisation soit utilisé pour commettre un génocide, des crimes contre l'humanité ou des violations graves des quatre conventions de Genève³⁴⁵».

La position de la CIJ au stade des mesures provisionnelles ne préjuge en rien de son verdict final. Dans un contexte plus large, il faut noter que d'autres États d'Europe – comme le Royaume-Uni – ont choisi de suspendre des licences d'exportation à destination d'Israël³⁴⁶. L'appel à cesser totalement les exportations d'armes a été émis par des organes de l'ONU, notamment le comité des droits de l'homme³⁴⁷ et la rapporteuse spéciale sur les territoires occupés³⁴⁸. La CIJ s'appuie volontiers sur des rapports et documents officiels de l'ONU pour l'établissement des faits.

Cette affaire illustre à quel point le choix la LFMG d'exclure les exportations vers les zones de conflits est prudent tant sur le plan de la politique de la neutralité que sur celui des risques juridiques internationaux. Au-delà de cette exclusion, c'est l'existence d'une procédure d'évaluation stricte et documentée qui est susceptible de prouver que la licence d'exportation respecte les obligations internationales de l'État. Par hypothèse, sur quelle base de compétence une exportation d'armes depuis la Suisse pourrait-elle mener à une saisine de la CIJ? La Suisse est notamment partie à la Convention sur l'interdiction du Génocide, aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles³⁴⁹, et au TCA. Ce dernier ne prévoit cependant pas de procédure obligatoire de règlement judiciaire,

344 COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, Manquements allégués à certaines obligations internationales relativement au territoire palestinien occupé (Nicaragua c. Allemagne), Demande en indication de mesures provisoires, 30 avril 2024, CIJ, Recueil 2024, p. 2.

345 *Ibid.*, p. 6.

346 FRANCE 24, Guerre Israël-Hamas: le Royaume-Uni suspend partiellement ses exportations d'armes à Israël, 2 septembre 2024; STICKINGS TIM, Which countries have suspended arms sales to Israel?, The National, 3 septembre 2024.

347 CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Situation des droits de l'homme dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, et obligation de garantir les principes de responsabilité et de justice, A/HRC/RES/55/28, 16 avril 2024, § 14.

348 ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, A/79/384, 1^{er} octobre 2024, § 91.

349 Les États exportateurs ont également l'obligation de «respecter et faire respecter le DIH». Cf. art. 1^{er} commun aux Conventions et Protocoles; ZWANENBURG MARTIN/VOETELINK JOOP, Appeals Judgment in Case concerning the Shipment from the Netherlands of Parts for F-35 Fighter Aircraft to Israel, EJILTalk!, 16 février 2024.

l'art. 19 TCA se contente d'énumérer les moyens pacifiques de résolution des différends à disposition des parties³⁵⁰. Un État qui souhaiterait contester les exportations d'armes de la Suisse auprès de la CIJ pourrait soit choisir une clause compromissoire dans un traité idoine (Convention sur l'interdiction du Génocide le cas échéant)³⁵¹, soit invoquer la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ déposée par la Suisse³⁵². Afin que la CIJ soit compétente dans ce dernier cas, l'État demandeur doit avoir déposé une déclaration d'acceptation qui englobe le différend. Pour sa part, la déclaration de la Suisse permet de couvrir tous les différends et de constater la violation de n'importe quel traité international auquel elle est partie. Par conséquent la bonne application du TCA – et plus particulièrement des arts 2, 6 et 7 – pourrait donc être contrôlée par la CIJ.

2. Contexte national

Les tribunaux nationaux se prononcent parfois sur les licences d'exportations d'armes, la plateforme «The Arms Trade Litigation Monitor» offre des informations détaillées sur plusieurs situations (Yémen, Egypte, Libye, Palestine) dans différentes juridictions (notamment en Europe et aux Etats-Unis)³⁵³. Dans ce contexte, une procédure civile a été initiée aux Pays-Bas par des ONG – entre autres par la branche néerlandaise d'OXFAM – afin d'exiger que des pièces d'avions F-35 ne soient plus exportées à destination d'Israël. Le tribunal de première instance rejeta la demande des plaignants en décembre 2023. Dans une décision sur appel du 12 février 2024, la demande fut acceptée et la cour ordonna de cesser la livraison de pièces dans un délai d'une semaine³⁵⁴. Sur le fond, la cour d'appel estima qu'il existait un risque de violation du DIH par Israël et que la licence d'exportation délivrée en 2016 en application du droit interne néerlandais devait être réexaminée en tenant compte des critères du TCA et de la Position commune 2008/944/PESC³⁵⁵. L'État néerlandais a recouru au-

350 Un différend doit déjà exister afin que la CIJ puisse être saisie. Dans le cadre du TCA, des débats menés lors de la Conférence des parties (art. 17 TCA) pourraient servir à mettre en évidence une opposition de vues entre États Parties. Les critères d'établissements d'un différend auprès de la CIJ sont peu exigeants, des discussions formelles ne sont pas nécessaires, le silence d'un État face à une demande peut suffire à établir un différend: HËCHE (note 275), p. 775–777.

351 Pour la liste à jour des traités contenant des clauses compromissoires, cf. <<https://icj-cij.org/fr/traites>>.

352 <<https://icj-cij.org/fr/declarations/ch>>.

353 <<https://armstradelitigationmonitor.org>>. Consulter l'onglet «Cases» et la rubrique «Cases overviews».

354 ZWANENBURG/VOETELINK (note 349); CASTELLANOS-JANKIEWICZ LEÓN, Dutch Court Halts F-35 Aircraft Deliveries for Israel, Verfassungsblog, 14 février 2024.

355 Position commune 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires, <<https://urlr.me/u2f3J4>>.

près de la Cour suprême des Pays-Bas. L'avocat général recommande de confirmer la décision de la cour d'appel³⁵⁶.

A la différence de l'affaire Nicaragua contre Allemagne évoquée *supra*, «les pièces détachées et les éléments d'assemblages» occupent le devant de la scène. Ces composantes sont pleinement considérées comme du matériel de guerre par l'art. 5, al. 2 LFMG et obéissent au même régime d'exportation. La LFMG est à priori cohérente avec l'art. 4 TCA, car ce dernier exige que les «pièces et composantes» soient soumises au régime de contrôle des arts 6 et 7 TCA. Certains allègements sont toutefois prévus en droit suisse, l'art. 18, al. 2 LFMG indique qu'

«Il est possible de renoncer à la déclaration de non-réexportation pour des pièces détachées ou des éléments d'assemblage de matériel de guerre lorsqu'il est établi qu'ils seront, à l'étranger, intégrés dans un produit et qu'ils ne seront pas réexportés tels quels, ou s'il s'agit de pièces anonymes dont la valeur est négligeable par rapport à celle du matériel de guerre fini³⁵⁷.»

Étant donné que la Suisse n'exporte pas directement de matériel de guerre dans des zones de conflit, l'allègement prévu n'est pas de nature à donner lieu à une situation identique à l'affaire néerlandaise.

Revenons au droit international: une conséquence de l'art. 18, al. 2 LFMG est de permettre une livraison de pièces détachées à un État qui assemblera une arme et l'exportera vers une zone de conflit³⁵⁸. Une telle situation est-elle contraire au TCA? Le nombre de transferts internationaux précédant la commission d'une infraction internationale n'est pas pertinent dans le cadre des arts 6 et 7 TCA; c'est bien la possibilité d'une violation qui est déterminante:

«[a] thorough IHL [i.e. DIH] risk assessment under the ATT [i.e. TCA] should include an inquiry into the recipient's intentions and capacity to ensure parts and components are not diverted or transferred to other destinations or recipients where they might be used in violation of IHL³⁵⁹.»

356 HOGE RAAD DER NEDERLANDEN, Advocate General's recommendation to Supreme Court: Court of Appeal's decision that Dutch State must cease exports of F-35 parts to Israel can be upheld, 29 novembre 2024. Comment traduire la situation néerlandaise dans nos frontières? *Ex abundante cautela*, car nos connaissances très limitées en droit suisse ne nous permettent pas d'affirmations tranchées, il s'agirait par exemple de contester la licence d'exportation délivrée par le SECO par la voie du droit administratif (art. 29 LFMG et PA; RS 172.021). D'autres voies sont envisageables, comme les tribunaux civils, ou une très éventuelle action sous l'angle de la loi sur la responsabilité de la Confédération (LRFC; RS 170.32). La question de la qualité pour agir devrait cependant être approfondie. Voir à ce propos la situation en Allemagne: BURCK KRISTOFFER/STROBEL VERA, A Hands-Off Approach to International Law: The Frankfurt Administrative Court's Stance on Arms Exports to Israel, EJILTalk!, 26 septembre 2024.

357 Voir aussi l'art. 5a, al. 1 OMG. La déclaration de non-réexportation «n'est pas exigée s'il s'agit de pièces détachées ou d'éléments d'assemblage de faible valeur».

358 SECO (note 152), p. 8. *Supra*, section C.III.2 *in fine*.

359 CICR, Arms transfers to parties to armed conflict: what the law says, 3 juin 2024.

Des informations sur les intentions de l'État importateur peuvent certes être plus difficiles à évaluer sous l'angle de la connaissance (*supra*, section D.II.3), elles n'en doivent pas moins influencer la décision d'exportation. L'interdiction de réexportation est un moyen simple d'éviter le risque.

E. Conclusion

La réglementation des armes est foisonnante, de la fabrication jusqu'à l'exportation, aucune étape n'échappe au droit. L'esprit général qui a guidé l'élaboration de ce rapport a été de privilégier les aspects de la fabrication et de l'exportation d'armes «licites» produites en Suisse ou susceptibles de l'être. Les valeurs qui guident la réglementation servent de véritable boussole pour comprendre pourquoi certaines armes sont bannies à la racine et les situations où l'exportation doit être interdite ou assortie de garanties (section B.I.). Le droit international est le point de départ nécessaire de ce rapport, car la lutte contre le trafic et le détournement d'armes se comprend avant tout dans une perspective globale. Le droit suisse – principalement la LFMG – donne les outils nécessaires pour l'interdiction d'armes et le processus d'évaluation des exportations. Elle excède d'ailleurs sur certains points la réglementation internationale.

Au terme de ce panorama, nous ne pouvons que constater les limites de ce rapport. Le sujet n'a été qu'effleuré sur de nombreux points, par ex. la question des armes nucléaires et de leurs composants n'a pas été abordée. Le «droit des armes» fait partie des préoccupations sécuritaires internationales, une lutte efficace dans le domaine de la fabrication et l'exportation des biens dépend d'une réglementation efficace dans les domaines voisins des «biens à double usage» et de la catégorie dénommée «biens militaires spécifiques» en Suisse (section B.II.1).

Ce rapport permet cependant une cartographie – toute temporaire soit-elle – des défis juridiques soulevés par la réglementation des armes. Les questions de définitions et de champ d'application sont, comme souvent, un enjeu majeur. Il est marquant que l'inclusion des armes légères dans le TCA était loin d'être acquise. Sur le plan des armes interdites, une question pressante est celle de l'évaluation de la légalité des armes autonomes (section C.IV). Au-delà de ces efforts diplomatiques en la matière, la Suisse peut être intéressée à plusieurs titres par la légalité des armes soutenues par l'IA. Un encadrement juridique clair et prévisible est susceptible de conserver ou d'attirer les acteurs de l'industrie de l'armement. Au niveau de l'armée, l'évaluation de la légalité des armes est indispensable avant une acquisition. Ces armes autonomes peuvent présenter des potentiels d'économies par rapport aux solutions classiques.

La neutralité de la Suisse s'instille en matière de commerce d'armes sous deux formes principales: par l'interdiction de la livraison à des pays en proie à un conflit international ou interne (art. 22a LFMG) et par l'interdiction de la ré-

exportation (art. 18 LFMG). Cette dernière est particulièrement critiquée depuis l'agression de 2022 contre l'Ukraine. Sur ces points comme sur d'autres, la situation juridique est susceptible d'évoluer (section D.III.4). La LFMG est traversée par de multiples courants, elle a pour vocation de mettre en œuvre, et parfois d'arbitrer, de nombreux pôles d'attraction: sauvegarde de la liberté d'action des autorités afin de réagir rapidement, préservation de l'industrie de l'armement, éternelle adaptation de la neutralité au contexte international, prise en compte des évolutions dans la guerre et les armes. La LFMG peut être lue comme une photographie des compromis politiques du temps. Ses lignes de force sont toujours susceptibles d'évoluer dans les limites des obligations internationales.

Résumé

La réglementation internationale des armes est la résultante de trois considérations: lutte contre l'insécurité, réduction des violations du droit humanitaire et des droits humains, protection des intérêts sécuritaires étatiques. Les solutions consistent premièrement à bannir la fabrication de certaines armes. A cet égard la question de la légalité intrinsèque des armes autonomes n'est pas encore totalement éclaircie. Deuxièmement, certaines circonstances entraînent l'interdiction des exportations. Troisièmement, les exportations sont conditionnées au respect d'un processus de *due diligence* (Traité sur le commerce des armes). La loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG) met en œuvre ces trois étapes. Le SECO et le DFAE sont responsables de l'octroi de licences d'exportation. La neutralité a pour conséquence deux choix spécifiques de la LFMG: l'exportation à destination de zones de conflits et la réexportation sont – pour l'heure – prohibées.

Zusammenfassung

Die internationale Waffenregulierung ist das Ergebnis dreier Überlegungen: Bekämpfung der Unsicherheit, Verringerung von Verletzungen des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte sowie Schutz der Sicherheitsinteressen der Staaten. Die Lösungen liegen zunächst im Verbot der Herstellung bestimmter Waffen. In diesem Zusammenhang ist die Frage der Legalität von autonomen Waffen noch nicht geklärt. Zweitens wird die Ausfuhr unter bestimmten Umständen verboten. Drittens werden Ausfuhren einer Sorgfaltpflicht unterworfen (Vertrag über den Waffenhandel). Das Bundesgesetz über das Kriegsmaterial (KMG) setzt diese drei Stufen um. Für die Erteilung von

Ausfuhrbewilligungen sind das SECO und das EDA zuständig. Die Neutralität hat dazu geführt, dass das KMG zwei spezifische Optionen vorsieht: Ausfuhr in Konfliktgebiete und Reexporte sind – bis auf weiteres – verboten.

Abstract

International arms regulation is the result of three considerations: combating insecurity, reducing violations of humanitarian law and human rights, and protecting States' security interests. The solutions lie first in banning the manufacture of certain weapons. In this respect, the question of the legality of autonomous weapons has not yet been clarified. Secondly, exports are banned in certain circumstances. Thirdly, exports are subject to a due diligence process (Arms Trade Treaty). The Federal Act on War Materiel (WMA) implements these three stages. The SECO and the FDFA are responsible for granting export licences. The Swiss neutrality has resulted in two specific choices in the WMA: exports to conflict zones and re-exports are – for the time being – prohibited.