



Bundesamt für Justiz  
Office fédéral de la justice  
Ufficio federale di giustizia  
Uffizi federal da la giustia

3003 Bern,  
3003 Berne,  
3003 Berna,

le 11 janvier 1991

Ø 031/61 41 86

Ihr Zeichen  
Votre signe  
Vostro segno  
Voss segn

793.10/88

Ihre Nachricht vom  
Votre communication du  
Vostra comunicazione del  
Vossa comunicaziun dals

12 juillet 1990



Direction de l'Adminis-  
tration militaire  
fédérale  
Palais fédéral est  
3003 Berne

In der Antwort anzugeben  
A rappeler dans la réponse  
Ripeterlo nella risposta  
D'inditgar en la resposta

90-31-0108  
MJ/mst

**Loi fédérale du 30 juin 1972 sur le matériel de guerre  
(RS 514.51; LMG)**

Monsieur le Directeur,

Nous référant à la lettre de votre Direction du 12 juillet 1990 ainsi qu'aux entretiens téléphoniques qui ont eu lieu entre Messieurs Godet et Marti, nous pouvons vous faire part des observations suivantes, en vous priant encore une fois de bien vouloir excuser le retard avec lequel nous vous répondons. Nous traiterons d'abord le contrôle du matériel de guerre qui ne touche pas le territoire suisse, puis celui du transfert de biens immatériels et, enfin, celui des activités d'intermédiaires.

- 1 Le contrôle du matériel de guerre étranger ne touchant pas le territoire suisse
- 11 Les bases constitutionnelles
- 111 L'article 41, 2e à 4e alinéas, de la constitution fédérale (cst.)

L'article 41, 2<sup>e</sup> à 4<sup>e</sup> alinéas, cst. dispose ce qui suit:



"<sup>2</sup> La fabrication, l'acquisition, le commerce et la distribution d'armes, de munitions, d'explosifs, d'autre matériel de guerre et de pièces détachées sont soumis à une autorisation de la Confédération. Cette autorisation ne sera accordée qu'aux personnes et entreprises qui, du point de vue de l'intérêt national, présentent les garanties nécessaires. Les droits des établissements en régie de la Confédération sont réservés.

<sup>3</sup>L'importation et l'exportation d'armes, de munitions et de matériel de guerre dans le sens de la présente disposition ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation de la Confédération. Celle-ci a le droit de subordonner également le transit à des autorisations.

<sup>4</sup>Le Conseil fédéral édictera par voie d'ordonnance, sous réserve de la législation fédérale, les dispositions nécessaires pour l'exécution des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas. Il établira en particulier des dispositions détaillées concernant l'octroi, la durée et le retrait des autorisations, ainsi que sur le contrôle des concessionnaires. Il déterminera en outre les armes, munitions, explosifs, autre matériel et parties détachées auxquels s'applique la présente disposition."

### 111.1 L'interprétation traditionnelle

#### a) Le Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a jugé, dans un arrêt du 23 février 1951, que l'article 41 cst. ne permettait pas à la Confédération de contrôler le matériel de guerre qui ne touchait pas le territoire suisse.

Se référant à l'amendement apporté, sur la proposition du conseiller national Oeri, au texte du contre-projet discuté par les Chambres fédérales (qui allait devenir l'actuel art. 41 cst.) et à la déclaration faite par l'auteur de cet amendement au Conseil national<sup>1</sup>, amendement aux termes duquel la Confédération peut, mais ne doit pas exiger une autorisation pour le transit de matériel de guerre, le Tribunal fédéral écrit notamment ceci:

"Hatte man schon Bedenken, dem Bunde für normale Zeiten das Recht und die Pflicht zur Beaufsichtigung der *Durchfuhr* von Kriegsmaterial aufzuerlegen, so steht ausser Frage, dass die Verfassungsbestimmung ihm nicht ein noch weiter gehendes Recht zur "Einmischung" in fremde Angelegen-

<sup>1</sup> BO AF 1937 CN 856 ss.

heiten geben und ihn beauftragen wollte, darüber zu wachen, dass schweizerisches Gebiet nicht ohne Bewilligung zum blossen Abschluss oder zur blossen Vermittlung von Geschäften über fremdes Kriegsmaterial, das nie durch die Schweiz geführt werden soll, benutzt werde. Daran ändert Art. 41 Abs. 2 BV nichts; der internationale Handel mit Kriegsmaterial wird von dieser Bestimmung nicht weiter erfasst als von Art. 41 Abs. 3, der sich ausdrücklich mit den internationalen Fällen befasst. Es wäre der Schweiz auch praktisch gar nicht möglich, wirksam zu verhindern, dass auf schweizerischem Gebiete mündlich oder schriftlich über Geschäfte verhandelt werde, die im Auslande vollzogen werden sollen. Wenn sie solche Verhandlungen auf schweizerischem Gebiete verhindern könnte, so wäre das übrigens unnütz, weil damit der internationale Handel mit Kriegsmaterial nicht im geringsten erschwert, geschweige denn verhindert würde. Wenn die Staaten, aus denen das Material kommt und in die es gelangen soll, die Lieferung zulassen, so vermag die Schweiz durch Untersagung von Verhandlungen auf schweizerischem Gebiet daran nichts zu ändern."<sup>2</sup>.

b) Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale

Se fondant sur cette jurisprudence et pour les raisons invoquées par le Tribunal fédéral, le Conseil fédéral et, à sa suite, l'Assemblée fédérale ont toujours refusé d'étendre le contrôle de la Confédération au matériel de guerre étranger qui ne touche pas le territoire suisse<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> ATF 77 IV 34/35.

<sup>3</sup> Voir FF 1971 I 1612/1613, message concernant la loi sur le matériel de guerre; BO AF 1972 CN 167-169, proposition du conseiller national Ziegler, lors de la discussion sur cette loi; BO AF 1978 CN 969, réponse à une motion du conseiller national Ziegler du 22 juin 1977; BO AF 1979 966, réponse à la motion du conseiller national Carobbio du 19 avril 1978, op.cit., 1038, déclaration du conseiller fédéral Gnägi à propos de cette motion; BO AF 1987 CN 1509, réponse à une interpellation du conseiller national Braunschweig du 20 mars 1987; réponse du Conseil fédéral du 16 septembre 1987 au postulat du conseiller national Weder du 11 juin 1987, non publiée dans le BO; dans cette réponse, le Conseil fédéral invoque comme argument nouveau le principe de la territorialité; BO 1988 CN 625 ss, discussion notamment sur l'interpellation Braunschweig et sur le postulat Weder du 11 juin 1987 au cours de laquelle le conseiller fédéral Koller, alors chef du Département militaire fédéral, a aussi fait référence au principe de la territorialité, op. cit., 631; BO AF 1990 CN 254, réponse du Conseil fédéral à la motion du groupe socialiste du 15 décembre 1989; op. cit., 265/266, déclarations du conseiller fédéral Villiger au sujet du postulat 2 de la Commission de gestion du CN du 21 novembre 1989 et de la motion du groupe socialiste précitée.

c) La doctrine

Dans la doctrine, un auteur, Giorgio Malinverni<sup>4</sup>, reprend sans commentaire le point de vue du Tribunal fédéral, du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale.

111.2 L'interprétation plus large

Cette interprétation étroite de l'article 41, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, cst. a cependant été contestée.

a) Avis de droit du professeur Eduard von Waldkirch du 30 août 1952

Dans son avis de droit du 30 août 1952, le professeur Eduard von Waldkirch, comparant le texte allemand du 2<sup>e</sup> alinéa avec les textes latins du même alinéa, relève en particulier ceci:

"Der Ausdruck "Vertrieb" endlich kann an sich zu verschiedenen Auslegungen Anlass bieten, wird aber durch die beiden andern Texte erheblich verdeutlicht und auch erweitert (ce qui nous soulignons). Es geht hier unbestreitbar einerseits um den Handel und andererseits um die "Verteilung", was sowohl "Abgabe" als unter bestimmten Voraussetzungen auch "Lenkung" bedeuten kann."<sup>5</sup>

Ces considérations ouvraient la porte à une interprétation plus large des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas de l'article 41 cst., même si l'auteur de l'avis de droit n'a pas poursuivi plus avant son raisonnement.

b) Avis de droit de la Division de la justice du 2 octobre 1969

Dans un avis de droit du 2 octobre 1969, la Division de la justice, consultée par la commission d'experts (dite commission Weber) instituée pour donner suite à la motion Renschler du 2 décembre 1968, est notamment arrivée à la conclusion que le Conseil fédéral pouvait (à l'époque, il n'y avait pas encore de loi fédérale, mais seulement une ordonnance du Conseil fédéral) étendre le contrôle exercé par la Confédération en se fondant sur l'article 102, chiffres 8 et 9, cst. Elle écrivait en particulier ceci:

<sup>4</sup> In Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, ci-après: Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 41 cst., ch. 29.

<sup>5</sup> Op. cit., p. 22.

"Der Bundesrat hat jedoch die Möglichkeit, über die ihm durch Art. 41, Abs. 4 BV eingeräumte Befugnis, die zum Vollzug der Absätze 2 und 3 nötigen Vorschriften zu erlassen, hinauszugehen: Er könnte gestützt auf Art. 102 Ziff. 8 und 9 BV, die er im Ingress der BRB ebenfalls angerufen hat, den Geltungsbereich des BRB weiter umschreiben, d.h. die Bewilligungspflicht auch erstrecken auf in der Schweiz getätigte Abschlüsse und Vermittlungen von Geschäften über Kriegsmaterial, das im Ausland hergestellt wird und in andere ausländische Staaten geliefert wird, ohne das schweizerische Gebiet jemals zu berühren. Diesen Weg scheint übrigens auch das Bundesgericht im bereits zitierten BGE 77 IV 32/33 angedeutet zu haben."<sup>6</sup>.

c) La commission d'experts (dite commission Weber)

Cette commission, déjà mentionnée (voir, plus haut, let. b)), a abordé le problème du matériel de guerre qui ne touche pas le territoire suisse. Dans son rapport du 13 novembre 1969<sup>7</sup>, elle relève en particulier ceci:

"On peut néanmoins se demander si le *commerce* tombe également sous cette disposition (l'art. 41 cst.). Il y a en Suisse des maisons qui s'occupent d'affaires d'armement et vendent aussi du matériel de guerre qui n'est pas fabriqué dans notre pays et n'a même jamais touché nos frontières. A notre connaissance, aucun contrôle n'a été exercé jusqu'à présent sur l'activité de ces maisons. Il s'agit de savoir si ces opérations ne tombent pas sous la définition du "commerce" (en allemand: "Vertrieb") et, par conséquent, ne sont pas soumises au régime de l'autorisation conformément à l'article 41 de la constitution fédérale. L'article 7, lettre c, de l'arrêté du Conseil fédéral du 28 mars 1949, dans la teneur que lui a donnée la revision du 28 décembre 1960, impose l'obligation de solliciter une autorisation à celui qui veut "servir d'*intermédiaire* pour l'acquisition, le commerce ou la distribution de matériel de guerre". L'expression allemande "Handel", correspondant au français "commerce" du texte de l'article 41 de la constitution, serait assurément plus précise."<sup>8</sup>.

Puis, après avoir rappelé l'arrêt du Tribunal fédéral cité plus haut, la commission poursuit:

---

<sup>6</sup> Op. cit., p. 2.

<sup>7</sup> FF 1971 I 1622 ss.

<sup>8</sup> Op. cit., 1651.

"D'après un avis demandé à la Division de la justice du Département fédéral de justice et police, le Conseil fédéral pourrait toutefois, en se fondant sur l'article 102, chiffres 8 et 9, de la constitution, étendre le champ d'application de l'arrêté concernant le matériel de guerre; il lui serait par exemple possible d'étendre l'obligation de requérir l'autorisation aux ventes et aux opérations qui sont effectuées en Suisse mais concernent du matériel fabriqué à l'étranger et livré dans d'autres Etats étrangers sans qu'il ait à toucher le territoire suisse.

Etant donné que le nom de notre pays peut, comme cela est déjà arrivé, être mis en relation avec des affaires de trafic d'armes, il conviendrait d'examiner s'il ne serait pas souhaitable d'étendre le champ d'application des prescriptions dans le sens des explications qui viennent d'être données. La commission se rend compte, il est vrai, qu'un contrôle serait difficile à exécuter; d'autre part, on pourrait cependant attendre un certain effet préventif d'un tel contrôle et on aurait ainsi une réglementation qui permettrait aux autorités d'intervenir en cas d'abus."<sup>9</sup>.

A la fin de son rapport, la commission faisait une série de propositions, dont la troisième avait la teneur suivante:

"Le *commerce d'armes* qui se déroule hors de nos frontières peut avoir des conséquences nuisibles pour notre pays; il devrait être soumis à autorisation."<sup>10</sup>.

La commission suggérerait donc une extension du champ d'application de la surveillance qui pourrait se fonder sur une interprétation plus large de l'article 41, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, cst. ou sur la compétence de la Confédération en matière de relations extérieures (nous reviendrons plus loin sur ce point<sup>11</sup>). Se référant à l'arrêt du Tribunal fédéral déjà cité et aux arguments qui y sont développés, le Conseil fédéral n'a toutefois pas donné suite à la proposition de la commission<sup>12</sup>; par la suite, il a combattu la proposition du conseiller national Ziegler qui visait à étendre dans le sens

---

9 Ibid.

10 Op. cit., 1654.

11 Ch. 212.1.

12 FF 1971 I 1612/1613.

indiqué le champ d'application de la nouvelle loi, et le Conseil national l'a suivi<sup>13</sup>.

b) La Commission de gestion du Conseil national

Enfin, on peut relever que la Commission de gestion du Conseil national, dans son rapport du 21 novembre 1989<sup>14</sup>, semble ébranlée par l'avis de droit du professeur Luzius Wildhaber du 8 mars 1989 puisqu'elle demande au Conseil fédéral, par un postulat qui a été accepté, de réexaminer notamment le problème du contrôle du matériel de guerre qui ne touche pas le territoire suisse<sup>15</sup>.

### 111.3 Notre interprétation

Pour notre part, comme le professeur Wildhaber dans l'avis de droit précité, nous devons reconnaître que nous ne sommes pas convaincus par l'arrêt du Tribunal fédéral de 1951.

a) Les méthodes d'interprétation

Pour dégager le sens de de l'article 41, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, cst., le Tribunal fédéral a utilisé exclusivement la méthode historique, dans sa forme subjective<sup>16</sup>. Il s'est fondé sur les discussions qui ont eu lieu au Conseil national au sujet du transit par la Suisse de matériel de guerre provenant de l'étranger et destiné à l'étranger et sur les hésitations qui se sont manifestées à l'idée d'un contrôle exercé sur ce type de matériel de guerre étranger pour en conclure que, si l'on était déjà réticent à faire ce contrôle, on devait l'être à plus forte raison encore lorsqu'il s'agissait de contrôler du matériel de guerre qui ne touche pas le territoire suisse. Cette argumentation nous laisse pour le moins sceptiques. En effet, la méthode d'interprétation choisie par le Tribunal n'est pas la seule possible, ni même celle que l'on applique en premier lieu. Le Tribunal fédéral a relevé lui-même que les dispositions constitutionnelles doivent s'interpréter selon les mêmes méthodes que les lois ordinaires<sup>17</sup>. Même s'il

<sup>13</sup> BO AF 1972 CN 167 à 170.

<sup>14</sup> FF 1990 I 945 ss.

<sup>15</sup> FF 1990 I 949/950 et 959; BO AF 1990 CN 250; 265/266, déclarations du conseiller fédéral Villiger; 267.

<sup>16</sup> Pour la notion, voir André Grisel, Traité de droit administratif suisse, Neuchâtel, 1984, vol. I, pp. 128 ss.

<sup>17</sup> ATF 105 Ib 49, plus particulièrement 56; voir aussi Jean-François Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, volume I, Neuchâtel, 1967, n<sup>o</sup> 291, et volume III, Neuchâtel, 1982, ad n<sup>o</sup> 291; Ulrich Häfelin

n'y a pas de règle formelle à ce sujet, on considère cependant que c'est de l'interprétation littérale<sup>18</sup> qu'il convient de partir pour dégager le sens d'une disposition et que les autres méthodes peuvent être utilisées lorsque le texte n'est pas clair ou lorsque cette première méthode ne conduit pas à des résultats satisfaisants<sup>19</sup>.

b) L'interprétation littérale des 2e et 3e alinéas de l'article 41 cst.

Dans le cas particulier, il faut se demander quelle est la portée respective du 2<sup>e</sup> et du 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 41 cst. et quels sont les liens entre ces deux alinéas.

Si l'on s'en tient au texte du 2<sup>e</sup> alinéa, on constate, en ce qui concernent la nature des opérations visées, une discordance entre la version allemande et les versions latines. Alors que l'allemand parle de "Herstellung, Beschaffung und Vertrieb", le pendant en français est: "La fabrication, l'acquisition, le commerce et la distribution" et en italien: "La fabbricazione, l'acquisto, il commercio e la distribuzione". Les mots "le commerce et la distribution", "il commercio e la distribuzione" précisent la signification du terme "Vertrieb" et suggèrent une interprétation large comme l'ont déjà relevé le professeur von Waldkirch<sup>20</sup> et la commission Weber<sup>21</sup> et comme le souligne aussi le professeur Wildhaber<sup>22</sup>. Les mots "commerce" et "distribution" ne recouvrent pas seulement l'achat, la vente, la revente ou le transport proprement dits du matériel de guerre, mais visent également toutes les activités qui favorisent ou conditionnent la réalisation de transactions sur le marché du matériel

---

und Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2<sup>e</sup> édition, Zurich, 1988, n<sup>os</sup> 104 ss; pour un aperçu des méthodes d'interprétation, voir notamment Grisel, op. cit., pp. 122 ss; Häfelin/Haller, op. cit., n<sup>os</sup> 74 ss.

18 Pour la notion, voir Grisel, op. cit., pp. 123 ss; Häfelin/Haller, op. cit., n<sup>os</sup> 75 ss.

19 Aubert, op. cit., volume I, n<sup>o</sup> 293, et volume III, ad 292-303 ainsi que les références; Grisel, op. cit., pp. 141/142; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, deuxième édition, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1982, p. 58; Pierre Moor, Droit administratif, volume I, Berne, 1988, pp. 126 ss; avis différent chez Häfelin/Haller, op. cit., n<sup>os</sup> 107 ss, mais voir n<sup>o</sup> 80.

20 Voir plus haut, ch. 111.2, let. a).

21 Voir plus haut, ch. 111.2, let. c).

22 Avis de droit du 8 mars 1989, p. 6.

de guerre, comme le courtage, les opérations de financement ou toutes les activités d'intermédiaires au sens large.

Par ailleurs, le 2<sup>e</sup> alinéa ne dit rien quant à l'origine ou à la localisation du matériel de guerre sur lequel portent les opérations visées. Il ne limite donc pas le contrôle aux opérations effectuées en Suisse et se rapportant à du matériel de guerre physiquement présent (à un moment ou à un autre) sur le territoire suisse.

Le 3<sup>e</sup> alinéa ne permet pas de tirer d'autre conclusion. Ce dernier règle l'importation et l'exportation de matériel de guerre ainsi que le transit par la Suisse de ce genre de marchandises. Par la force des choses, le contrôle qu'il prévoit vise du matériel de guerre qui est (ou sera) physiquement présent sur le territoire suisse. On ne saurait toutefois en déduire que le contrôle institué par le 2<sup>e</sup> alinéa se limite aussi au matériel de guerre présentant cette caractéristique. En fait, à côté de la surveillance générale prévue par le 2<sup>e</sup> alinéa, le 3<sup>e</sup> alinéa instaure une surveillance particulière dans les cas où le matériel de guerre franchit la frontière suisse dans un sens ou dans un autre. Ce contrôle particulier, justifié par les implications que le franchissement de la frontière suisse par du matériel de guerre peut avoir pour la Suisse, vient en partie renforcer (dans la mesure où du matériel de guerre déjà contrôlé à un stade antérieur fait l'objet d'un nouveau contrôle) et en partie compléter (dans la mesure où du matériel non encore contrôlé est soumis au contrôle) la surveillance prévue à l'alinéa précédent.

Le texte même de l'article 41, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, *cst.* n'exclut donc pas un contrôle des opérations commerciales relatives à du matériel de guerre qui ne touche pas le territoire suisse.

### c) L'amendement Oeri

Lors des délibérations parlementaires, seul l'amendement adopté sur la proposition du conseiller national Oeri pourrait être interprété, c'est ce que le Tribunal fédéral a fait<sup>23</sup>, comme une limitation du champ d'application de la surveillance en ce qui concerne le matériel de guerre qui ne touche pas le territoire suisse. On remarquera toutefois que cet amendement n'a pas exclu le contrôle du matériel de guerre en transit par la Suisse. Il voulait seulement que la

---

<sup>23</sup> Voir plus haut, ch. 111.1, let. a).

constitution n'oblige pas le législateur ou le Conseil fédéral à instaurer un tel contrôle, mais qu'elle leur laisse la liberté de décider si ce dernier devait être prévu ou non. On relèvera aussi que, par la suite, le Conseil fédéral d'abord, le législateur ensuite ont toujours soumis au contrôle le matériel de guerre en transit. Par ailleurs, indépendamment du fait qu'il paraît excessif de s'attacher exclusivement à cet élément pour déterminer le sens de la disposition constitutionnelle alors que l'immense majorité des citoyens qui l'ont acceptée en votation populaire ignoraient tout du débat autour de l'amendement en question, on doit, nous semble-t-il, préciser la portée de cet amendement à la lumière des considérations que son auteur a émises pour le justifier. Pour l'essentiel, deux arguments ont été avancés. D'une part, on craignait de s'immiscer dans les affaires des autres Etats et, d'autre part, en donnant à la Confédération seulement la faculté de faire ce contrôle, on croyait éviter que la Suisse n'encoure une quelconque responsabilité du fait de ce matériel de guerre<sup>24</sup>. Or, la deuxième de ces considérations n'était pas pertinente déjà à l'époque et elle l'est encore moins aujourd'hui. Si une affaire de trafic d'armement douteuse peut d'une manière ou d'une autre être mise en relation avec la Suisse, la Confédération sera attaquée, qu'elle puisse ou ne puisse pas juridiquement surveiller les agissements dénoncés. On lui reprochera soit de ne pas contrôler suffisamment ce qui se passe, soit de ne pas s'être dotée des moyens de contrôle nécessaires. Quant au premier des arguments invoqués, il n'est pertinent, à la rigueur, que pour ce qui est de certains états de fait touchant à du matériel de guerre d'origine étrangère, à savoir ceux qui se rapportent à des opérations qui n'ont aucun lien d'aucune sorte avec la Suisse. En revanche, on ne saurait parler d'immixtion dans les affaires d'autrui lorsque des opérations relatives à du matériel de guerre d'origine étrangère ont, parce qu'elles ont des liens avec la Suisse, des conséquences pour la sécurité de la Suisse ou des retombées sur la politique étrangère de la Suisse. En d'autres termes, nous considérons que la remarque du conseiller national Oeri pose le problème des limites à fixer au contrôle du matériel de guerre d'origine étrangère (sur lequel nous reviendrons plus loin<sup>25</sup>), mais qu'elle ne signifie pas qu'il faille exclure un contrôle dans

---

24 Voir l'intervention du conseiller national Oeri, BO AF 1937 CN 856 ss.

25 Ch. 12

toutes les hypothèses envisageables, sauf l'importation en Suisse et le transit par la Suisse.

d) L'interprétation téléologique

Le sens donné, à la lettre précédente, à l'amendement Oeri nous paraît au demeurant le seul qui soit compatible avec le but de la réglementation constitutionnelle. Ce dernier ressort des propos suivants du conseiller fédéral Minger, devant le Conseil national::

"Seriöse Firmen werden bei der Neuregelung nichts zu befürchten haben, das ist meine Ueberzeugung; für Firmen aber mit zweifelhaftem Charakter, die durch unlautere Machenschaften die neutrale Haltung unseres Landes und somit unsere Landes-sicherheit gefährden, haben wir auf Schweizerboden keinen Platz."<sup>26</sup>.

et devant le Conseil des Etats:

"Die Hauptsache für den Bund ist die, dass die Herstellung und der Vertrieb von Kriegsmaterial an die Erteilung einer Konzession gebunden ist. Das ermöglicht ohne weiteres auch eine entsprechende Ueberwachung und Kontrolle. Dadurch hat man die Möglichkeit, unerwünschte Unternehmungen, in deren Charakter man nicht Vertrauen haben kann, und besonders auch unerwünschte ausländische Unternehmungen und Agenten vom Rüstungsgewerbe fernzuhalten. (...) Jedenfalls haben wir es in der Hand, dafür zu sorgen, dass unser Land nicht zu einem Ableger <sup>des</sup> internationalen Rüstungskapitals werden kann."<sup>27</sup>.

Ce qui est dit ici, ne concerne pas seulement les activités relatives au matériel de guerre suisse ou présent physiquement sur le territoire suisse. Ces considérations peuvent en tout cas aussi s'appliquer à des activités déployées en Suisse en rapport avec du matériel de guerre d'origine étrangère et se trouvant à l'étranger.

e) Conclusion

En conclusion, nous sommes d'avis que l'article 41, 2<sup>e</sup> alinéa, cst. permet à la Confédération, dans certaines limites que nous allons préciser plus loin, de contrôler du matériel de guerre qui n'est pas présent physiquement sur le territoire suisse.

---

<sup>26</sup> BO AF 1937 CN 862.

<sup>27</sup> BO AF 1937 CE 235.

## 112 Les autres bases constitutionnelles

### 112.1 La compétence générale implicite en matière de relations extérieures

Les opérations relatives au matériel de guerre peuvent avoir des conséquences plus ou moins importantes sur les relations extérieures de la Suisse. Les exportations ou les importations de matériel de guerre ainsi que le transit de ce matériel par la Suisse peuvent, dans certaines circonstances, entrer en conflit avec le statut de neutralité permanente de la Suisse ou, à tout le moins, poser des problèmes sous l'angle de la politique de neutralité<sup>28</sup>. Dans certains cas extrêmes, ils peuvent même compromettre la sécurité extérieure ou l'approvisionnement économique du pays (on permet à des pays étrangers de s'armer et de devenir des facteurs de tensions internationales dont la Suisse peut souffrir). La Suisse a donc intérêt, du point de vue de sa politique étrangère, à se donner les moyens de contrôler toutes les activités en matière de commerce d'armements qui pourraient avoir des répercussions sur ses relations extérieures, et cela quelle que soit la nature de ces activités et quels que soient l'origine et la localisation de la marchandises sur laquelle ils portent. Les règles internes que la Suisse édicte en matière de commerce de matériel de guerre ont donc incontestablement un effet transfrontalier. Or, on admet que, si cette condition est remplie, la compétence générale implicite de la Confédération en matière de relations extérieures<sup>29</sup> peut servir de base constitutionnelle à des telles normes<sup>30</sup>. Cette solution reprend, en l'adaptant aux données nouvelles de la situation, celle que la Division de la jus-

<sup>28</sup> Voir l'étude faite par Daniel Dürst, Schweizerische Neutralität und Kriegsmaterialausfuhr, thèse de Zurich, 1983.

<sup>29</sup> Pour la notion, voir FF 1973 I 864 ss; 1976 II 474; 1981 III 611/612; 1983 I 280/281; 1986 III 170; Dietrich Schindler, in Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 8 cst., ch. 30 ss ainsi que les références.

<sup>30</sup> JAAC 1981 (45) n<sup>o</sup> 49; 1982 (46) n<sup>o</sup> 21; FF 1981 III 611/612; 1983 I 611/612; 1986 III 170; Schindler, *ibid.*; voir aussi un avis de droit de notre Office du 6 mars 1989 dans lequel on admettait que le Conseil fédéral pouvait, en cas d'urgence, se fonder sur l'art. 102, ch. 8 et 9, cst. pour édicter des mesures en vue d'empêcher et de réprimer pénalement les transferts de déchets dangereux opérés à l'étranger par des entreprises sises en Suisse, JAAC 1989 (53), n<sup>o</sup> 52)

tice avait suggérée dans son avis de droit du 2 octobre 1969 déjà cité plus haut.

### 112.2 La compétence en matière de droit pénal

Enfin, dans la mesure où les règles édictées sont de nature pénale, elles se fondent sur la compétence de la Confédération en matière pénale<sup>31</sup>. Or, la loi pénale suisse peut aussi réprimer des infractions commises à l'étranger<sup>32</sup>.

### 113 Conclusion

Nous arrivons donc à la conclusion que la Confédération a la compétence de contrôler le matériel de guerre qui ne touche pas le territoire suisse. Cette compétence découle, en premier lieu, de l'article 41, 2<sup>e</sup> alinéa, cst, mais aussi de la compétence générale de la Confédération en matière de relations extérieures ainsi que de l'article 64<sup>bis</sup> cst. Ce contrôle doit cependant rester à l'intérieur de certaines limites que nous allons essayer d'esquisser grossièrement.

### 12 Les limites du contrôle

Le contrôle se heurte, d'une part, à des limites juridiques et, d'autre part, à des limites pratiques.

### 121 Les limites juridiques

C'est le problème du champ d'application du droit national. Le droit d'un Etat peut-il régir des faits qui se déroulent à l'extérieur de ses frontières ? Quelle est la portée du principe de territorialité invoqué par le Conseil fédéral pour s'opposer à un contrôle du matériel de guerre qui ne touche pas le territoire suisse ? Ce principe limite-t-il la liberté d'action du législateur suisse ?

---

31 Art. 64<sup>bis</sup> cst.

32 Voir art. 4 ss du code pénal suisse; RS 311.0.

## 121.1 Bref aperçu des règles du droit international

### a) L'arrêt de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'affaire du Lotus

Cet arrêt a été rendu le 7 septembre 1927. Les faits étaient en résumé les suivants. Le 2 août 1926, vers minuit, un abordage s'est produit en haute mer entre le paquebot français *Lotus*, à destination de Constantinople, et le vapeur charbonnier turc *Boz-Kourt*. Ce dernier, coupé en deux, a sombré, et huit ressortissants turcs se trouvant à son bord ont péri. Après avoir fait toute diligence pour venir à l'aide des naufragés, dont dix ont pu être sauvés, le *Lotus* a continué sa route vers Constantinople où il est arrivé le 3 août. La Turquie a poursuivi pour homicide par imprudence notamment l'officier français qui était de quart à bord du *Lotus* au moment de l'abordage. Elle l'a mis en état d'arrestation (il a ultérieurement été remis en liberté sous caution).

L'officier français a été condamné par un tribunal turc à une peine privative de liberté ainsi qu'à une amende. La France estimait que la Turquie avait violé le droit international public en exerçant des poursuites pénales conformément à la loi turque contre l'officier français. La CPJI a donné tort à la France. Dans ses considérants, elle relève en particulier ceci:

" (...) la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure - sauf l'existence d'une règle permissive contraire - tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. (...) Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.

(...)

Dans ces conditions, tout ce que l'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté."<sup>33</sup>.

On peut retenir deux points de cet arrêt. Sauf règle permissive contraire, le droit international public interdit à un Etat l'exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. En revanche, le droit international public n'interdit pas, sauf règle prohibitive particulière, à un Etat de viser dans ses lois et de soumettre à sa juridiction des personnes, des biens et des actes se trouvant ou se produisant hors de son territoire.

#### b) La doctrine

Même si les auteurs ne sont pas toujours d'accord entre eux sur les distinctions à opérer ou sur la terminologie à utiliser, il semble que l'on peut distinguer deux choses: l'espace dans lequel un Etat peut accomplir des actes de puissance publique et les personnes, les choses et les faits qu'un Etat peut viser dans ses lois et soumettre à sa juridiction<sup>34</sup>. D'un survol rapide, on peut conclure que, si un Etat ne peut accomplir des actes de puissance publique que sur son propre territoire (dans ce cas, on peut parler d'un principe de territorialité), en revanche, dans certaines limites (difficiles à tracer) sur lesquelles il faudra revenir plus loin, un Etat peut viser dans ses lois et soumettre à sa juridiction des personnes, des choses et des faits se trouvant ou se produisant hors de son territoire<sup>35</sup>. Evidemment, dans l'hypothèse

<sup>33</sup> Recueil des arrêts, Série A, N° 10, pp. 18 et 19.

<sup>34</sup> Dans la doctrine anglo-saxonne, on parle de "jurisdiction to enforce", d'"enforcement jurisdiction" dans un cas, de "jurisdiction to prescribe", de "legislative" ou "prescriptive jurisdiction" dans l'autre cas; voir sur ces problèmes notamment Frederick Alexander Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, Leyde, 1964, I, p. 1 ss; du même auteur, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, in Recueil précité, La Haye/Boston/Londres, 1984, III, p. 9 ss; Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3<sup>e</sup> édition, Berlin, 1984, n<sup>os</sup> 1019 ss et 1166 ss, ainsi que les références auxquelles renvoient ces différents auteurs.

<sup>35</sup> Voir la doctrine précitée ainsi que l'avis de droit de la Direction du droit international public du 19 octobre 1979, JAAC 1981/45, n° 47.

où un Etat légifère ainsi, il se peut qu'il ne puisse pas mettre en oeuvre sa législation parce qu'il ne peut pas procéder aux actes de puissance publique nécessaires à cet effet (exécution d'enquêtes ou de contrôles à l'étranger, application de sanctions ou de mesures de contrainte à l'encontre de personnes résidant à l'étranger). En d'autres termes, il peut lui manquer ce que la doctrine anglo-saxonne appelle la "jurisdiction to enforce". Ainsi, dans l'affaire du *Lotus*, la Turquie pouvait-elle, dans sa loi pénale, prévoir des poursuites pénales dans un cas comme celui qui a été jugé par la CPJI. Toutefois, pour être en mesure d'appliquer effectivement sa loi contre l'officier français dans le cas particulier, encore fallait-il que ce dernier se trouvât sur le territoire turc. S'il n'avait pas pénétré sur le territoire turc, la loi turque n'aurait pas pu être mise en oeuvre effectivement.

c) Dans quelle mesure un Etat peut-il réglementer des états de faits "étrangers" ?

Dans ce contexte, on peut d'abord citer un extrait de l'opinion dissidente de Sir Gerald Fitzmaurice, juge à la Cour internationale de justice, dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*:

"It is true that under present conditions international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction in such matters - namely bankruptcy jurisdiction (and there are of course others, - for instance in the field of shipping, "antitrust" legislation, etc.) - but leaves to States a wide discretion in the matter. It does, however, (a) postulate the existence of limits - though in any given case it may be for the tribunal to indicate what these are for the purposes of that case; and (b) involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint as to the extend of the jurisdiction assumed by the courts in cases having a foreign element, and to avoid undue incroachment on a jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State."<sup>36</sup>.

D'une manière générale, on admet que, pour qu'un Etat puisse réglementer des états de fait "étrangers", il faut qu'il existe un lien entre cet Etat et l'état de fait qu'il entend réglementer. La nature et l'intensité de ce lien peut varier

---

<sup>36</sup> Recueil des arrêts de la CIJ, 1970, p. 105.

d'un domaine à l'autre et fait l'objet de discussions dans la doctrine. En 1964, F. A. Mann écrivait que l'on devrait se demander "whether the legally relevant facts are such that they "belong" to this or that jurisdiction"<sup>37</sup>; il notait plus loin que "the legally relevant point of contact will have to be defined as indicating the State which has a close, rather than the closest, connection with the facts, a genuine link, a sufficiently strong interest"<sup>38</sup>, il exigeait "a reasonable relation", c'est-à-dire "the absence of abuse of rights or of arbitrariness"<sup>39</sup> et relevait encore ceci:

"(...) The conclusion, then, is that a State has (legislative) jurisdiction, if its contact with a given set of facts is so close, so substantial, so direct, so weighty, that legislation in respect of them is in harmony with international law and its various aspects (including the practice of States, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of interdependence). A merely political, economic, commercial or social interest does not in itself constitute a sufficient connection. Whether another State has an equally close or a closer, or perhaps the closest, contact, is not necessarily an irrelevant question, but cannot be decisive where the probability of concurrent jurisdiction is conceded." <sup>40</sup>.

En 1984, le même auteur, évoquant le principe de "reasonableness" appliqué, dans ce contexte, aux Etats-Unis, précisait qu'il s'agissait d' "a suggestion which appears unobjectionable, so long it is understood that mere political, economic, commercial or social interests are to be disregarded when it comes to the weighing which every test of reasonableness implies"<sup>41</sup> et il poursuivait ainsi:

"It is reasonableness in international law, a weighing of legally relevant elements, that is decisive. Sometimes it is said that the limits imposed by international law, for instance in the field of nationality, are "the principles of prohibition of abuse of rights and arbitrary action"; this is not essentially different from the test suggested here, for arbitrariness is sub-

---

<sup>37</sup> Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, 1964, I, p.45.

<sup>38</sup> Ibid., p. 46.

<sup>39</sup> Ibid., pp. 46/47.

<sup>40</sup> Ibid., p. 49.

<sup>41</sup> Recueil de Cours précité, 1984, III, p. 28.

stantially the same as unreasonableness. Nor will the process of weighing be the same in each field of law. Thus criminal law, civil procedure, taxation, bankruptcy, nationality or restrictive practices each involve and demand the consideration of different aspects. In each case the overriding question is: does there exist a sufficiently close legal connection to justify, or make it reasonable for, to exercise legislative jurisdiction?"<sup>42</sup>.

Sur le même problème, A. Verdross/B. Simma relèvent d'abord ceci:

"Im Gegensatz zur Abgrenzung der räumlichen Souveränitätsbereiche der Staaten (c'est-à-dire de l'espace dans lequel les Etats peuvent accomplir des actes de puissance publique) ist die Zuständigkeit ihrer Gesetzgebung und Jurisdiktion durch das VR (Völkerrecht) weniger scharf abgegrenzt. (...)

Mit besonderer Klarheit hat der StIGH (la Cour permanente de justice internationale) in seinem Urteil im *Lotus Case* (1927) zwischen den Räumen unterschieden, *in denen* ein Staat Hoheitsakte setzen, und jenen, *über die* er *in seinem* Hoheitsbereich judizieren darf, und hervorgehoben, dass das VR den Staaten bei der Verknüpfung von Sachverhalten im Ausland mit Rechtsfolgen im Inland grosse Freiheit lässt, die nur in einzelnen Fällen durch Verbotsnormen eingeschränkt wird.

Daraus ergibt sich eine weitgehende *konkurrierende* sachliche Zuständigkeit der Staaten, inländische und ausländische Sachverhalte ihrer Gesetzgebung und Jurisdiktion zu unterwerfen. Dieser Freiheit sind aber durch verschiedene Normen des VR Grenzen gezogen."<sup>43</sup>.

Puis, plus loin, les mêmes auteurs écrivent ceci:

"Ausserhalb des Immunitätsbereiches finden wir nur wenige allgemein anerkannte Normen über die vr Abgrenzung der staatlichen Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung. Es ist aber unbestritten, dass zwischen dem normierenden Staat und dem normierten Sachverhalt eine *sinnvolle Anknüpfung* (genuine link, sufficient connection, reasonable relations o. ä.) bestehen muss, wobei

<sup>42</sup> Recueil de Cours précité, 1984, III, pp. 28/29.

<sup>43</sup> Op. cit., n<sup>o</sup> 1167.

natürlich die Ziele der verschiedenen Rechtsbereiche zu berücksichtigen sind. Die Anwendung dieses Grundsatzes kann entweder dazu führen, dass bestimmte Sachverhalte der Normierung durch den inländischen Gesetzgeber überhaupt entzogen sind, oder aber, dass auf sie die *lex fori* nicht angewendet werden darf. Der sachliche Geltungsbereich gliedert sich also in den *Zuständigkeitsbereich* und den *Rechtsanwendungsbereich*. (...)

Bei den Anknüpfungspunkten, die eine ausreichende Beziehung zwischen dem Staat und dem zu regelnden Sachverhalt herstellen, handelt es sich im wesentlichen um Ausformungen des Territorialitätsprinzips, des Personalitätsprinzips und des Schutz- oder Wirkungsprinzips. Darüber hinaus besteht Einigkeit dahingehend, dass es Sachverhalte gibt, für die jeder Staat im Gemeininteresse Regelungen treffen darf (Universalitäts- oder Weltrechtsprinzip).<sup>44</sup>

Il ressort de ce qui précède que, pour qu'un Etat puisse légiférer sur des personnes, des choses et des faits qui se trouvent ou se produisent à l'étranger, il faut, selon le droit international public, un lien suffisant, raisonnable, entre l'état de fait réglementé et l'Etat qui le réglemente. Il n'existe toutefois pas de définition exhaustive, valable dans tous les cas de figure, de ce lien particulier.

La Direction du droit international public a étudié cette question dans un avis de droit du 19 octobre 1979<sup>45</sup>. Après avoir examiné la situation dans quelques domaines du droit, notamment en droit pénal, elle relève notamment ceci:

"Die vorstehende Analyse dürfte einmal vorweg ergeben, dass Gesetze auf allen Rechtsgebieten grundsätzlich nur dann extraterritoriale Geltung beanspruchen und beanspruchen dürfen, wenn ein inländischer Anknüpfungspunkt vorhanden ist. Eine Ausnahme macht einzig im Rahmen des Universalitätsprinzips das Strafrecht. Die diesem Prinzip zugrundeliegende gemeinsame Rechtsüberzeugung und internationale Solidarität dürfte jedoch ein einzelnes Phänomen darstellen, das dem Grundsatz der Notwendigkeit von Inlandsbeziehungen keinen Abbruch tut. Fraglich bleibt jedoch nach wie vor, wie eng die Inlandsbeziehungen sein müssen, um die eigene Rechtsordnung auf einen extraterritorialen Sachverhalt zu erstrecken. Unstreitig sind beim Fehlen spezieller völkerrechtlicher Regelun-

<sup>44</sup> Op. cit., n<sup>o</sup> 1183.

<sup>45</sup> JAAC 1981 (45) n<sup>o</sup> 47.

gen sämtliche in territorio gesetzten Tatbestände dem inländischen Recht unterworfen. Liegen nur Auswirkungen auf das eigene Gebiet vor, so sind die völkerrechtlichen Grenzen je nach Relevanz fliessend. Art und Grad dieser Relevanz haben eine Reihe von Autoren ausgehend vom Prinzip der sinnvollen Anknüpfung zu erarbeiten versucht."<sup>46</sup>.

Puis, après avoir passé en revue les opinions des différents auteurs, elle écrit:

"Trägt man die verschiedenen Elemente dieser Aeusserungen der Doktrin zusammen, so wird offensichtlich, dass es in dieser Frage keinen klaren und griffigen Obersatz gibt, unter den man den anfallenden Sachverhalt subsumieren und die conclusio ohne weiteres deduzieren könnte. Dies hängt von der Besonderheit der Materie zusammen und man wird deshalb *Luzius Wildhaber* (on se réfère à un article de cet auteur: *Multinationale Unternehmen und Völkerrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 1978, Heft 18, p. 52*) (...) beipflichten können, wenn er feststellt:

'Es geht also in derartigen Fällen um ein sorgfältiges Abwägen, ausgehend vom Erfordernis einer engen Verbindung zur erfassten Handlung, beruhend auf den Topoi der Souveränität, Courtoisie, Nichteinmischung und Reziprozität, der Verhältnismässigkeit, des Willkür- und Rechtsmissbrauchsverbots und des Vertrauensschutzes.'<sup>47</sup>.

## 121.2 Application au contrôle du matériel de guerre

En ce qui concerne le contrôle du matériel de guerre, la pratique suivie jusqu'à présent a plus ou moins consciemment choisi comme point de rattachement la présence physique du matériel de guerre sur le territoire suisse. On doit reconnaître que, ce faisant, elle s'est montrée pour le moins timide. En matière de contrôle des transferts des déchets dangereux, on envisage des solutions bien plus audacieuses<sup>48</sup>. Celles-ci permettraient, sur la base de dispositions de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'envi-

<sup>46</sup> Op. cit., p. 253.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 255.

<sup>48</sup> Voir l'avis de droit de notre Office du 6 mars 1989, JAAC 1989 (53) n° 52, ainsi qu'un deuxième avis de droit, non publié, de notre Office du 27 janvier 1990 dans la même affaire.

ronnement<sup>49</sup> ou, en cas d'urgence, sur la base de dispositions réglementaires prises en vertu de l'article 102, chiffre 8 et 9, cst., le contrôle de transferts de déchets organisés par des entreprises suisses ou dans lesquels de telles entreprises ont servi d'intermédiaires, alors que ces déchets n'ont jamais touché le territoire suisse. Au regard du droit international public, il est tout à fait possible d'aller plus loin dans le contrôle du matériel de guerre que ne le fait la LMG et la pratique actuelle. Le contrôle peut d'abord viser toutes les activités en rapport avec le commerce de matériel de guerre qui se déroulent en Suisse, et cela quelles que soit la nature des activités en cause et la localisation du matériel de guerre sur lesquelles elles portent. Le lien des ces activités avec la Suisse est évident. Au regard du droit international public, la Suisse a la compétence de surveiller ces dernières. Le contrôle peut aussi s'appliquer à l'ensemble des activités exercées à l'étranger, dans le domaine du commerce de matériel de guerre, par des personnes physiques ou morales ayant leur domicile ou leur siège en Suisse, que ces personnes agissent directement ou par l'intermédiaire de succursales ou d'agences à l'étranger. En effet, ces activités ont toutes un lien suffisant avec la Suisse. Elles sont organisées à partir du territoire suisse ou, en tous les cas, au moins supervisées par des personnes physiques ou morales soumises à la souveraineté territoriale suisse. Le cercle des activités exercées à l'étranger qui sont soumises au contrôle (les activités qui sont le fait de personnes physique ou morales ayant leur domicile ou leur siège en Suisse) est défini clairement et d'une manière qui n'est pas arbitraire. De plus, on ne saurait considérer le contrôle des activités se déroulant à l'étranger comme une immixtion de la Suisse dans les affaires d'un autre Etat, comme une violation de sa souveraineté, comme un acte inamical. Au contraire, les pays étrangers seront peut-être reconnaissants à la Suisse de prendre des mesures afin qu'elle ne soit plus le refuge qui permet à certains d'échapper aux mailles du filet, et, ainsi, de contribuer à un contrôle international plus efficace du commerce des armes<sup>50</sup>.

---

49 RS 814.01.

50 Voir Résolution 928 (1989) relative au commerce des armes et aux droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 27 septembre 1989; Résolution sur les exportations européennes d'armements, adoptée le 14 mars 1989 par le Parlement européen, JO des Communautés européennes du 17 avril 1989.

**122            Les limites pratiques**

Il est vain d'édicter des lois inapplicables pratiquement. Dans la cas particulier, il est évident que l'autorité (suisse) chargée de l'application de la législation suisse sur le contrôle du matériel de guerre ne pourra pas procéder elle-même à des contrôles à l'étranger. Il s'agit en effet d'un acte de puissance publique qui, sauf autorisation de l'Etat sur le territoire duquel le contrôle doit s'effectuer, ne peut être accompli que sur le territoire suisse. Doit-on en déduire que, dans ces conditions, une extension du champ du contrôle aux agences et succursales étrangères d'entreprises suisses resterait purement théorique et qu'il est donc préférable d'y renoncer ? Pour répondre à cette objection, on peut d'abord souligner l'effet préventif que l'extension du contrôle pourrait avoir<sup>51</sup>. Par ailleurs, on peut se demander si, jusqu'à un certain point, une collaboration internationale n'est pas envisageable (voir les résolutions citées plus haut). Enfin, est-il impossible de contrôler les activités des succursales ou agences étrangères d'entreprise suisses en demandant les informations nécessaires au contrôle à l'entreprise-mère sur laquelle la Suisse peut exercer une pleine et entière souveraineté ? Un tel contrôle s'effectuant par l'intermédiaire de l'entreprise-mère est-il pratiquement inconcevable ?

**123            Conclusion**

Nous arrivons donc à la conclusion que, juridiquement et sans vouloir fixer la limite extrême jusqu'où le droit suisse peut aller, rien ne s'oppose en tout cas au contrôle de toutes les activités relatives à du matériel de guerre se déroulant en Suisse ainsi que de toutes celles qui sont exercées à l'étranger, directement ou par l'intermédiaire de succursales ou d'agences, par des personnes physiques ou morales ayant leur domicile ou leur siège en Suisse, et cela quelles que soient l'origine ou la localisation du matériel de guerre en cause. Un contrôle des activités portant sur du matériel de guerre se trouvant à l'étranger ne nous paraît pas impossible à réaliser.

---

<sup>51</sup> Voir ce qu'a écrit à l'époque la commission Weber, FF 1971 I 1651.

## 2 Le contrôle du transfert des biens immatériels

La constitution ne définit pas de manière exhaustive la notion de matériel de guerre. A cet égard, on peut citer le passage suivant des déclarations du rapporteur de la commission du Conseil des Etats, le conseiller aux Etats Meyer:

"Der Vertreter des Bundesrates hat u. E. überzeugend dargetan, dass dieser Begriff überhaupt nicht definierbar ist, sondern dass er nach den Zeiten und den Umständen, d. h. nach dem Stand der Kriegstechnik und Munitionserzeugung sich wandle. Was heute Munition und Kriegsmaterial ist, ist es vielleicht morgen nicht mehr, weil es durch eine neue, ganz überragende Erfindung überholt ist, und umgekehrt. Man hat darauf hingewiesen, dass auch der Völkerbundsrat bei seinen Haarspaltereien nicht dazu gelangt sei, den Begriff "Kriegsmaterial" scharf zu umschreiben und dass eine solche Möglichkeit überhaupt nicht bestehe. Man müsse davon ganz absehen. Das hat uns veranlasst, auf die Umschreibung des Begriffes im Verfassungsartikel zu verzichten, in der Meinung, dass der Bundesrat eine verbindliche Erklärung abgibt, dass bei der Definition dieses Begriffes möglichst restriktiv vorgegangen werde, und dass die Lebensnotwendigkeiten der Industrie voll gewahrt bleiben."<sup>52</sup>

C'est le Conseil fédéral<sup>53</sup> qui a, d'abord, défini la notion, puis le législateur fédéral<sup>54</sup>, lequel a délégué ce soin au Conseil fédéral<sup>55</sup>.

En date du 30 août 1940, le Conseil fédéral a édicté un arrêté concernant le trafic des inventions se rapportant au matériel de guerre<sup>56</sup>. A son article premier, cet arrêté disposait ce qui suit:

"Les droits de quelque nature que ce soit d'utiliser des inventions brevetées ou non brevetées, des secrets de fabrication ou des expériences industrielles se rapportant à la fabrication de matériel de guerre ne peuvent être transférés

<sup>52</sup> BO AF 1937 CE 237.

<sup>53</sup> Art. 41, 4<sup>e</sup> al., 3<sup>e</sup> phr., cst.

<sup>54</sup> Art. 41, 4<sup>e</sup> al., 1<sup>re</sup> phr., milieu, cst.; art. premier, 1<sup>er</sup> al., LMG.

<sup>55</sup> Art. premier, 2<sup>e</sup> al., LMG.

<sup>56</sup> RO 1940 (56) 1499/1500.

à l'étranger qu'avec l'autorisation de l'office compétent. L'octroi de licences et de sous-licences, notamment, est aussi considéré comme transfert. La remise pour utilisation à l'étranger de documents tels que descriptions et dessins concernant la fabrication de matériel de guerre dépend de la même autorisation, que ces documents se trouvent en Suisse ou à l'étranger à l'époque de leur remise."

Cet arrêté n'était pas fondé sur l'article 41 cst., mais sur les pouvoirs extraordinaires accordés au Conseil fédéral. Dans son III<sup>e</sup> rapport à l'Assemblée fédérale du 19 novembre 1940<sup>57</sup>, le Conseil fédéral, après avoir relevé les mesures qu'il a prises en ce qui concerne les exportations de matériel de guerre, écrit notamment ceci:

"Ces dispositions pourraient être rendues inefficaces par le transfert incontrôlé à l'étranger de droits de fabrication. Aussi l'arrêté du 30 août 1940 soumet-il également à une autorisation les opérations relatives au droit d'utiliser des inventions. Un arrêté fondé sur les pouvoirs extraordinaires s'imposait parce que, aux termes du nouvel article 41 de la constitution, le droit de disposition de la Confédération se rapporte aux armes, munitions et matériel de guerre même, mais pas aux droits d'invention, licences, descriptions et autres documents, auxquels, par les temps actuels, la Confédération peut avoir un égal intérêt, suivant les circonstances."<sup>58</sup>

Dans sa réponse à une motion du conseiller national Carobbio du 19 avril 1978<sup>59</sup>, le Conseil fédéral a estimé que le contrôle des opérations relatives aux biens immatériels ne pouvait pas être fondé sur l'article 41 cst. et qu'en outre, il se heurtait à des difficultés pratiques. Dans sa réponse du 16 septembre 1987<sup>60</sup> au postulat du conseiller national Weder du 11 juin 1987, le Conseil fédéral a répété que le contrôle de ces opérations ne pouvait pas se fonder sur l'article 41 cst.

Le transfert de brevets et l'octroi de licences pose les mêmes problèmes que l'exportation de matériel de guerre terminé et équivaut à celle-ci dans ses effets. On ne trouve

57 FF 1940 1226 ss.

58 FF 1940 1244.

59 BO AF 1979 CN 966.

60 Non publiée dans le BO.

toutefois aucune indication ni dans le texte de l'article 41 cst., ni dans les travaux préparatoires, qui permette de faire entrer les brevets et les licences dans la notion de matériel de guerre. Cela étant, les brevets et les licences sont la condition sine qua non de la fabrication du matériel de guerre. De plus, l'octroi de licences peut permettre de contourner l'interdiction d'exporter du matériel de guerre terminé. Dans ces conditions, on peut admettre que le transfert de brevets et de licences est une opération étroitement liée à la fabrication et à l'exportation de matériel de guerre et qu'elle tombe sous le coup de l'article 41. Au reste, il nous paraît que le contrôle des opérations relatives au transfert de brevets ou à l'octroi de licences peut aussi s'appuyer sur la compétence générale implicite de la Confédération en matière de relations extérieures<sup>61</sup>. Les incidences sur les relations extérieures de la Suisse des transferts de technologie à l'étranger, dans le domaine des armements, sont importantes. La nécessité de mesures internes pour prévenir ces répercussions négatives sur la politique étrangère suisse est évidente<sup>62</sup>.

### 3 Le contrôle des activités d'intermédiaires

Comme nous l'avons indiqué plus haut<sup>63</sup>, la compétence accordée à la Confédération par l'article 41 cst. porte, de manière générale, sur l'ensemble du commerce de matériel de guerre. Cela inclut les activités d'intermédiaire qu'il faut entendre au sens large. Ce qui est visé, ce n'est donc pas seulement le courtage selon l'article 412 ss. du code des obligations<sup>64</sup>, mais toutes les activités qui peuvent faciliter les opérations relatives au commerce du matériel de guerre, comme la conclusion de contrats de financement. Quant au point de rattachement, il nous semble que, pour des raisons pratiques avant tout, il y a lieu de choisir la passation d'une acte juridique, plutôt que les tractations plus ou moins confuses, plus ou moins longues qui peuvent la précéder.

---

<sup>61</sup> Voir plus haut, ch. 112.1.

<sup>62</sup> Voir aussi les résolutions déjà citées.

<sup>63</sup> Ch. 111.3.

<sup>64</sup> RS 220.

#### 4 Révision de la LMG

Il va de soi que l'extension du contrôle envisagé plus haut, aux chiffres 1 et 2, suppose dans tous les cas une révision de la LMG.

#### 5 Résumé

Au vu des considérations qui précèdent, nous pouvons donc répondre comme suit aux questions que vous nous avez posées:

- a) L'article 41 cst. permet de soumettre au contrôle de la Confédération les transactions relatives au transfert de brevets ou à l'octroi de licences.
- b) L'interprétation du principe de territorialité donnée par le professeur Wildhaber reflète l'opinion dominante en droit international public.
- c) Le point de rattachement des opérations d'intermédiaires doit être la conclusion du contrat.
- d) Les opérations de financement relatives au commerce de matériel de guerre, comme les autres opérations d'intermédiaires, entrent dans le cadre du commerce de matériel de guerre et tombent par conséquent également sous le coup de l'article 41 cst.
- e) Nous considérons que l'article 41 cst. peut viser non seulement les transactions effectuées par des personnes ou des entreprises ayant leur domicile ou leur siège en Suisse, mais également par des succursales ou agences étrangères de maisons suisses. Nous devons cependant reconnaître que, dans l'hypothèse où le matériel de guerre se trouve à l'étranger, la surveillance peut se heurter à des obstacles pratiques importants (impossibilité de procéder à des contrôles à l'étranger).

\* \* \* \* \*  
\* \* \* \* \*

Veillez agréer, Monsieur le Directeur, nos salutations distinguées.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE  
Division principale  
du droit public

Le sous-directeur

Le fonctionnaire  
chargé du dossier

*C. Steinlin*

*J.-Ph. Marti*

Christoph Steinlin

Jean-Philippe Marti