



18.060

Message concernant la modification de la loi sur le contrôle des biens

du 27 juin 2018

Monsieur le Président,
Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet de modification de la loi sur le contrôle des biens, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

27 juin 2018

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Alain Berset
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

Contexte

Le 13 mai 2015, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur l'exportation et le courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles (RS 946.202.3). Cette ordonnance permet de refuser le permis s'il y a des raisons de penser que les biens qui doivent être exportés ou faire l'objet d'un courtage seront utilisés par le destinataire final comme moyens de répression. Il s'agit d'une ordonnance basée directement sur la Constitution; sa durée de validité est limitée à 4 ans.

Contenu du projet

Le présent projet a pour but de créer la base légale permettant d'intégrer le contenu de l'ordonnance dans le droit ordinaire. Le Conseil fédéral propose de compléter l'art. 6 de la loi sur le contrôle des biens (LCB; RS 946.202) par un al. 3, qui lui confèrera la compétence de régler dans une nouvelle ordonnance le refus du permis d'exportation ou de courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles.

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

La loi du 13 décembre 1996 sur le contrôle des biens (LCB; RS 946.202) règle les conditions d'importation, d'exportation, de transit et de courtage des biens à double usage (civil et militaire), des biens militaires spécifiques et des biens stratégiques. Au niveau international, la Suisse coordonne le contrôle du commerce avec les États parties à la Convention du 13 janvier 1993 sur les armes chimiques (CAC; RS 0.515.08) et dans le cadre de quatre régimes internationaux de contrôle des exportations: le Groupe d'Australie, le Groupe des fournisseurs nucléaires, le Régime de contrôle de la technologie des missiles et l'Arrangement de Wassenaar. Les États parties à ces régimes définissent ensemble des listes de biens, qui sont ensuite reprises dans leurs législations nationales respectives et utilisées pour déterminer les biens soumis au contrôle. Chaque État partie fixe dans sa législation nationale les critères entraînant le refus de l'exportation de biens.

En Suisse, l'actualisation des listes de biens relève de la compétence du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) en vertu de l'art. 22, al. 2, LCB. Les biens en question figurent dans les annexes 1 à 3 de l'ordonnance du 3 juin 2016 sur le contrôle des biens (OCB; RS 946.202.1). Au sens de l'art. 3, let. a, LCB, on entend par «biens» les marchandises, les technologies et les logiciels. En décembre 2013, les États parties à l'Arrangement de Wassenaar sont convenus d'élargir les listes de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles qui sont soumis au contrôle à l'exportation, pour y inclure notamment des biens des technologies de l'information, comme les logiciels d'intrusion, les systèmes de surveillance de protocole internet et les appareils servant à capter l'identité internationale d'abonné mobile (intercepteurs d'IMSI). En Suisse, ces biens figurent à l'annexe 2 OCB en tant que biens à double usage (civil et militaire) et sont de ce fait soumis au régime du permis.

Les biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles sont certes un moyen efficace pour lutter contre le terrorisme et le crime organisé, mais les destinataires finaux peuvent aussi les utiliser comme moyens de répression. Sur la base de l'art. 184, al. 3, de la Constitution (Cst.; RS 101), le Conseil fédéral a par conséquent adopté, le 13 mai 2015, l'ordonnance sur l'exportation et le courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles (ci-après OSIC; RS 946.202.3), qui prévoit à l'art. 6 le refus du permis s'il y a des raisons de supposer que les biens en question seront utilisés comme moyens de répression. Il s'agit d'une ordonnance basée directement sur la Constitution; sa durée de validité est limitée à 4 ans. Elle a donc effet jusqu'au 12 mai 2019.

Les expériences faites avec l'OSIC montrent que seules quelques demandes ont été refusées jusqu'à présent. L'OSIC n'a pas l'effet d'une interdiction générale d'exportation. Depuis son entrée en vigueur jusqu'au 30 mars 2018, 304 demandes ont été autorisées (valeur totale: 24 millions de francs), et six ont été refusées (valeur totale:

1,6 million de francs) sur la base des critères de refus figurant à l'art. 6 OSIC.¹ Les demandes refusées portaient sur l'exportation d'intercepteurs d'IMSI ainsi que d'appareils et de logiciels permettant de décoder et d'analyser les signaux radio. Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) a pris ses décisions en application de l'art. 27, al. 3, OCB, en accord avec les services fédéraux mentionnés dans l'ordonnance et après consultation du Service de renseignement de la Confédération (SRC). Les six décisions de refus prononcées par le SECO le 30 mars 2018 au plus tard n'ont pas fait l'objet de recours. Toutefois, une procédure est actuellement en cours concernant le refus de l'exportation de logiciels en Turquie prononcé sur la base de l'OSIC. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a confirmé la décision du SECO le 17 avril 2018 (arrêt B-7184/2017). Ce dernier n'a pas connaissance de procédures pénales en cours pour infractions présumées à l'OSIC.

La Suisse doit disposer d'une procédure ciblée contre l'utilisation abusive des biens en question pour préserver la crédibilité de son engagement dans le cadre de sa politique étrangère et de sécurité. Une réglementation claire de la possibilité de refuser l'exportation et le courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles sur la base d'un examen approfondi de chaque cas permettra d'assurer la continuité et la cohérence des engagements internationaux de la Suisse et de préserver la réputation internationale du pays et des entreprises suisses.

Afin de garantir une réglementation aussi exhaustive que possible de l'autorisation d'exportation et de courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles après l'échéance de l'OSIC, le Conseil fédéral a chargé le DEFR, le 22 novembre 2017, d'organiser une consultation concernant la modification de loi prévue.

1.2 Dispositif proposé

L'art. 6 LCB énumère de façon exhaustive les raisons entraînant le refus de l'octroi d'un permis pour l'exportation de biens à double usage et de biens militaires spécifiques. L'utilisation des biens par les destinataires finaux à des fins de répression ne constitue pas un motif de refus au sens de la LCB. Le Conseil fédéral propose donc de compléter l'art. 6 LCB par un al. 3, qui lui conférera la compétence de régler au niveau de l'ordonnance le refus de l'octroi d'un permis pour l'exportation ou le courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles (norme de délégation).

Il est prévu d'intégrer *mutatis mutandis* le contenu de l'OSIC dans une nouvelle ordonnance. Comme aujourd'hui, l'exportation ou le courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles continueront d'être refusés s'il y a lieu de supposer que le destinataire final utilisera les biens en question comme moyens de répression. Ce critère supplémentaire n'a aucune incidence sur

¹ www.seco.admin.ch > Economie extérieure et Coopération économique > Relations économiques > Contrôles à l'exportation et sanctions > Produits industriels (dual-use) et biens militaires spécifiques (Licensing) > Statistique > 2015

l'applicabilité générale des critères légaux prévus à l'art. 6 LCB à l'exportation de tous les biens soumis à la législation sur le contrôle des biens.

Étant donné que le terme «biens» désigne les marchandises, les technologies (savoir-faire inclus) et les logiciels, il ne sera plus nécessaire de différencier biens matériels et biens immatériels dans la nouvelle ordonnance. Comme aujourd'hui, les biens susceptibles d'être utilisés à des fins de répression devront être cités dans une annexe de la nouvelle ordonnance au moyen des numéros de contrôle à l'exportation (NCE) figurant dans l'annexe 2 OCB. La liste actuelle comporte 10 biens.

1.3 Appréciation de la solution retenue

Le Conseil fédéral est convaincu que l'atteinte de l'État à la liberté économique est minimale, étant donné que le projet ne concerne qu'une matière spécifique – les biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles – et que l'OSIC ne concerne aujourd'hui que biens de quatre entreprises. De plus, le renvoi aux biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles, listés dans le cadre de l'Arrangement de Wassenaar comme biens à double usage au sens de l'art. 2, al. 2, LCB, restreint la marge de manœuvre du Conseil fédéral lors de l'élaboration de l'ordonnance. Alors qu'il conservera la compétence, par analogie à l'art. 22, al. 3, LCB, d'intégrer dans la nouvelle ordonnance les biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles qui ont été ajoutés d'un commun accord aux listes des régimes de contrôle des exportations, il ne pourra pas décider de manière autonome de soumettre au contrôle des biens qui ne figurent pas sur les listes de ces régimes. La solution proposée limite les risques en matière de politique de sécurité et les risques de réputation de la Suisse, tout en permettant à notre économie de lutter à armes égales.

Pour des raisons économiques et pratiques, le Conseil fédéral rejette la proposition formulée dans le cadre de la procédure de consultation d'étendre le critère de répression à tous les biens soumis à la législation sur le contrôle des biens. Le lien de causalité entre les biens à double usage les plus exportés par la Suisse (machines-outils et produits chimiques et pharmaceutiques) et la répression n'est pas aussi fort que pour les biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles. Étant donné que ce lien de causalité ne peut que difficilement être établi dans la pratique et que seul un très petit nombre de demandes d'exportation pourraient donc être réellement rejetées, l'extension du champ d'application de ce critère de refus ralentirait le traitement des demandes d'exportation et entraînerait une charge administrative supplémentaire. De plus, elle comporterait le risque que l'autorité compétente en matière d'autorisation s'intéresse non plus au destinataire final, mais au pays dans lequel il réside, un changement de pratique qui n'est pas défendable hors du cadre de la législation relative aux sanctions.

À la lumière des discussions actuelles au sein de l'UE (cf. ch. 1.5), le Conseil fédéral a en outre examiné l'opportunité d'introduire une clause «attrape-tout» pour tous les biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles. Il n'y est toutefois pas favorable, étant donné qu'une telle clause impliquerait de soumettre au contrôle non seulement les exportations de biens listés par les régimes de contrôle

des exportations, mais encore les exportations de biens non listés qui pourraient avoir un lien avec la surveillance d'Internet et des communications mobiles et qui pourraient être utilisés comme moyens de répression. À l'heure actuelle, la Suisse dispose d'une clause «attrape-tout» uniquement pour les armes de destruction massive. Étendre le champ d'application à tous les biens susceptibles d'avoir un lien quelconque avec la surveillance d'Internet et des communications mobiles créerait une incertitude auprès des acteurs économiques et entraînerait une importante charge administrative supplémentaire, étant donné que bon nombre d'acteurs économiques s'adresseraient à l'autorité compétente en matière d'autorisation pour s'assurer qu'un tel lien n'existe pas avec leurs biens. Le Conseil fédéral estime que le système de listes prévu par la législation suisse sur le contrôle des biens, qui se réfère aux régimes de contrôle des exportations, a fait ses preuves jusqu'à présent. Si de nouveaux biens critiques devaient être identifiés à l'avenir, la Suisse pourrait proposer de les ajouter aux listes de l'Arrangement de Wassenaar. Un procédé autonome et non convenu avec les autres États parties à ces régimes désavantagerait sans raison valable l'industrie d'exportation suisse par rapport à la concurrence.

À l'expiration de la consultation, le 1^{er} mars 2018, le DEFR a reçu en tout 38 prises de position. La grande majorité des cantons et des groupes d'intérêts consultés soutiennent le projet de loi; six groupes d'intérêts et un cabinet d'avocats sont certes favorables à l'intégration du contenu de l'ordonnance dans la LCB, mais ils ont soumis des remarques et des propositions de modification. Seul un groupe d'intérêts a rejeté le projet sans appel. Les questions issues de la consultation concernaient principalement la constitutionnalité de la norme de délégation proposée et l'éventuelle extension du critère de répression à d'autres biens soumis à la législation sur le contrôle des biens. Le rapport sur les résultats de la procédure de consultation présente un résumé détaillé.²

1.4 Adéquation des moyens requis

Le projet vise à protéger la réputation de la Suisse et de ses acteurs économiques à l'étranger. Le nombre de demandes d'exportation et de courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles ne devrait pas beaucoup varier à l'avenir. Le Conseil fédéral estime que le rapport entre la mission à remplir et les coûts à absorber est raisonnable.

1.5 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

L'UE est le principal partenaire commercial de la Suisse. À l'exception de Chypre, tous les États membres de l'UE sont parties à l'Arrangement de Wassenaar, et les listes de biens de ce régime multilatéral sont régulièrement reprises dans le règle-

² www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018 > DEFR

ment (CE) n° 428/2009 (règlement UE relatif aux biens à double usage)³. Ce règlement fixe également les éléments à considérer lors de l'exportation des biens concernés. Toutefois, il ne contient actuellement pas de mention directe de la répression. Les États membres sont cependant libres d'édicter au niveau national d'autres listes de biens.

Le règlement UE relatif aux biens à double usage fait actuellement l'objet d'une révision. Il est notamment prévu d'y inclure un durcissement concernant les violations des droits de l'homme commises avec des «biens de cybersurveillance». La Commission européenne a présenté le 28 septembre 2016 une proposition d'adaptation (refonte; COM/2016/616), qui a été approuvée sous une forme modifiée le 17 janvier 2018, en première lecture, par la Commission européenne (P8_TA(2018)0006). Le projet doit encore être approuvé par le Conseil de l'UE (et éventuellement à nouveau par le Parlement européen) avant de pouvoir être adopté.

À l'heure actuelle, le projet prévoit de fixer à l'art. 5 du règlement UE relatif aux biens à double usage que les nouveaux contrôles doivent être effectués sur la base de critères clairs, et que les mesures de contrôle ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire et proportionné. En particulier, elles ne doivent pas empêcher l'exportation de technologies de l'information et de la communication employées à des fins légitimes, notamment pour le contrôle de l'application des lois et la recherche sur la sécurité de l'internet et des réseaux aux fins de tests autorisés ou de la protection des systèmes de sécurité de l'information. Le projet préconise à cet égard un système de listes (art. 16^{bis}) allant au-delà des listes de l'Arrangement de Wassenaar de même que la possibilité de réaliser des contrôles «attrape-tout» pour les biens de cybersurveillance (art. 9). La compatibilité de la nouvelle version du projet avec le règlement (UE) 2016/679 (règlement général sur la protection des données)⁴, qui est entré en vigueur le 25 mai 2018, est également vérifiée (art. 7^{bis}).

1.6 Mise en œuvre

Le Conseil fédéral prévoit de fixer dans la nouvelle ordonnance que les permis d'exportation et de courtage des biens à double usage visés à l'art. 2, al. 2, LCB qui peuvent être utilisés pour la surveillance d'Internet et des communications mobiles et qui doivent figurer dans la nouvelle ordonnance doivent être refusés s'il y a des raisons de penser que les biens en question seront utilisés par le destinataire final comme moyens de répression.

Comme aujourd'hui, le SECO décidera d'octroyer ou non un permis en accord avec les services compétents du Département fédéral des affaires étrangères, du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports et du

³ Règlement (CE) n° 428/2009 du Conseil du 5 mai 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit de biens à double usage, JO L 134 du 29.5.2009, p. 1.

⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119 du 4.5.2016, p. 1.

3.4 Conséquences sanitaires et sociales

Le projet reflète l'engagement de la Suisse au niveau international et montre que notre pays se positionne clairement contre l'utilisation abusive des biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles.

4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

4.1 Relation avec le programme de la législature

Le projet est annoncé dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019⁵.

4.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet n'a pas de lien direct avec une stratégie du Conseil fédéral.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

En Suisse, le contrôle des exportations est réglé au niveau fédéral. Les cantons ne sont par conséquent pas concernés par le projet.

La délégation de compétences législatives au Conseil fédéral prévue par la modification de la LCB est compatible avec le principe de légalité et est proportionnée.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Le projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. État partie aux régimes internationaux de contrôle des exportations, la Suisse s'est politiquement engagée à contrôler l'exportation des biens listés par ces régimes. Elle n'est liée à aucune directive dans sa décision d'autoriser ou non une demande d'exportation.

5.3 Délégation de compétences législatives

Le projet comprend une délégation de compétences législatives en faveur du Conseil fédéral.

⁵ FF 2016 981, 1105

