



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie DFE
Secrétariat d'Etat à l'économie SECO

Rapport explicatif

relatif à la modification de la loi fédérale sur le contrôle des biens utilisables à des fins civiles et militaires et des biens militaires spécifiques (loi sur le contrôle des biens)

Adaptation des critères justifiant un refus de permis au titre de la loi sur le contrôle des biens

Projet mis en consultation du 22 octobre 2008

Condensé

Début 2008, le public a été informé qu'un avion militaire d'entraînement exporté au Tchad en 2006 avait été utilisé au Darfour, région soudanaise limitrophe, dans le cadre d'engagements militaires armés, et ce contrairement à la déclaration d'utilisation finale signée par le gouvernement tchadien. Au sens de la loi sur le contrôle des biens, l'avion constituait un bien militaire spécifique. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), autorité chargée de délivrer les permis, a immédiatement ouvert une enquête en collaborant avec d'autres offices. Cette enquête a confirmé les soupçons d'une utilisation inappropriée et interdite de l'avion par les forces aériennes du Tchad.

A la suite de ces événements, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie de mettre au point un projet d'adaptation des critères de rejet des demandes de permis d'exportation dans le cadre de la loi sur le contrôle des biens.

L'incident survenu au Tchad met en lumière l'existence d'une faille dans la législation sur le contrôle des biens. Le problème tient au fait que, conformément à cette loi, le Conseil fédéral a uniquement compétence pour mettre en œuvre des décisions internationales des régimes de contrôle des exportations auxquelles la Suisse participe. Il ne peut pas prendre de décisions autonomes qui ne s'appuieraient pas sur des mesures de contrôle des exportations internationales. Etant donné qu'il n'y a pas de consensus, dans le cadre de l'Arrangement de Wassenaar, sur les pays vers lesquels les exportations sont interdites, l'autorité suisse chargée de délivrer les permis n'a aucune marge de manœuvre. Le problème ne se limite toutefois pas aux avions militaires d'entraînement ou à la catégorie des biens militaires spécifiques. La solution proposée s'applique à toutes les catégories de produits.

Le présent projet prévoit que le Conseil fédéral est habilité, de par la loi, à rejeter une demande de permis pour préserver des intérêts essentiels de la Suisse. Il lui confère donc, dans des limites bien déterminées, la possibilité d'agir de manière autonome. La disposition de la loi sur le contrôle des biens serait appliquée en dernier ressort, en cas d'urgence. Une comparaison avec les systèmes juridiques d'autres pays montre que les dispositions régissant les exportations incluent des réflexions axées sur les intérêts nationaux dans la prise de décision.

Dans les affaires délicates, l'autorité chargée de délivrer les permis a jusqu'ici convaincu l'exportateur qu'il était également dans son intérêt de ne pas procéder à l'exportation («moral suasion»). Les recommandations des autorités ont jusqu'à présent toujours été suivies, mais la situation n'en demeure pas moins insatisfaisante. Le projet doit permettre de fournir des solutions juridiques dans des cas de figure particuliers. Il ne devrait pas y avoir d'incidences pour l'économie, puisque la nouvelle disposition s'appliquerait à des cas dans lesquels la Suisse devrait autrement user de la «moral suasion».

Rapport explicatif

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Fondement de la législation sur le contrôle des biens

La loi sur le contrôle des biens (LCB)¹, qui est en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1997, permet de contrôler les biens à double usage et les biens militaires spécifiques (art. 1). Les biens à double usage sont des biens utilisables à des fins aussi bien civiles que militaires. Les biens militaires spécifiques désignent le matériel d'armement qui n'entre pas dans le champ d'application de la loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG)². Il s'agit par exemple des avions militaires d'entraînement, des simulateurs militaires, des systèmes de vision nocturne, des caméras thermiques, des appareils de cryptage et des drones de reconnaissance.

La législation sur le contrôle des biens permet également de mettre en œuvre les accords et les mesures de contrôle internationaux, notamment les décisions fondées sur la Convention sur les armes chimiques (CAC) et sur l'un des quatre régimes internationaux de contrôle des exportations, à savoir: le Groupe des pays fournisseurs nucléaires (Nuclear Suppliers Group, NSG), le Groupe d'Australie (GA), le Régime de contrôle de la technologie des missiles (Missile Technology Control Regime, MTCR) et l'Arrangement de Wassenaar (*Wassenaar Arrangement*, WA). A cela s'ajoutent d'éventuelles sanctions prises par la Suisse sur la base de la loi sur les embargos³ en application des sanctions non militaires décrétées par l'ONU, l'OSCE ou les principaux partenaires commerciaux de la Suisse, en particulier l'UE.

L'ordonnance sur le contrôle des biens (OCB)⁴ comporte, sous forme d'annexes, les listes des biens dont le contrôle a été convenu par les régimes internationaux de contrôle des exportations. Trois des quatre régimes non contraignants selon le droit international public ont pour objet le contrôle des biens pouvant être utilisés pour fabriquer des armes de destruction massive ou leurs systèmes vecteurs: le NSG contrôle les biens nucléaires; le GA, les armes chimiques et biologiques; et le MTCR, les missiles balistiques, les missiles de croisière et les autres engins balistiques sans occupants. Le WA contrôle quant à lui les armes conventionnelles et les biens à double usage servant à la fabrication de ces armes.

1.1.2 L'Arrangement de Wassenaar (WA)

Le WA repose sur une entente politique. Les 40 Etats parties, dont la Suisse, prennent dès lors toutes les décisions par consensus. Institué en 1996 pour succéder au Comité de coordination pour le contrôle multilatéral des exportations (COCOM), l'Arrangement de Wassenaar est le seul régime international de contrôle des expor-

1 RS 946.202

2 RS 514.51

3 RS 946.231

4 Ordonnance du 25.6.1997 sur l'exportation, l'importation et le transit des biens utilisables à des fins civiles et militaires et des biens militaires spécifiques (RS 946.202.1)

tations qui porte sur les armes conventionnelles. Pendant la guerre froide, le COCOM, qui regroupait les pays membres de l'OTAN, l'Australie et le Japon, contrôlait les exportations de techniques de pointe en vue d'empêcher qu'elles ne parviennent aux pays du bloc soviétique ou à la Chine.

Le WA entend contribuer à la sécurité et à la stabilité régionales et internationales en augmentant la transparence et la responsabilité dans les transferts d'armes conventionnelles et de biens et technologies à double usage. A cette fin, les Etats parties se sont mis d'accord sur une liste de biens à double usage et une liste de matériel d'armement (liste des munitions) et s'efforcent de coordonner le contrôle des exportations. Les deux listes du WA sont reprises par la Suisse dans deux législations. Les biens figurant sur la liste des biens à double usage entrent dans le champ d'application de la LCB; ceux de la liste des munitions sont soumis soit à la LCB, s'il s'agit de biens militaires spécifiques, soit à la LFMG, s'il s'agit de matériel de guerre.

Le WA institue des obligations de transparence qui varient en fonction de la catégorie de biens concernée. Ainsi, la transmission aux autres Etats parties des notifications de refus (*denials*) concernant des livraisons à destination d'Etats tiers n'est obligatoire que pour les biens à double usage. Quelques Etats le font parfois aussi, sur une base volontaire, lorsque les refus portent sur du matériel d'armement. Contrairement à d'autres régimes de contrôle des exportations, les refus notifiés dans le cadre du WA n'engagent pas les autres Etats parties. Dans le cas de certains biens à double usage réputés sensibles, les Etats parties doivent être informés, dans un délai de 60 jours après l'exportation, de l'autorisation délivrée par un pays signataire concernant des biens similaires dont l'exportation avait été refusée par un autre Etat partie au cours des trois années précédentes.

1.1.3 Historique de la réglementation actuelle

La LCB est passée devant les Chambres fédérales en 1996, en même temps que la LFMG. Le WA était alors en cours d'élaboration. Le projet du Conseil fédéral prévoyait de limiter le champ d'application de la LCB aux seuls biens à double usage⁵. Il était prévu que le permis serait refusé lorsque l'activité envisagée contrevenait à des accords internationaux ou était contraire aux objectifs des régimes de contrôle des exportations auxquels la Suisse a adhéré. La formulation correspond dans une large mesure aux critères actuels de l'art. 6, al. 1, let. a et b, LCB. A la différence du Conseil fédéral, le Conseil national, première chambre à examiner le projet, voulait étendre le champ d'application de la loi à certains biens d'armement, plus précisément les biens figurant sur la liste des munitions du WA, ce qui avait pour corollaire de restreindre la définition du matériel de guerre. L'introduction de ces biens d'armement ayant 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 a entraîné la création d'une nouvelle catégorie, comprenant les «biens militaires spécifiques»⁶. Les avions militaires d'entraînement avec point d'emport ont également été intégrés dans cette

⁵ Cf. message du 22.2.1995 concernant la loi fédérale sur le contrôle des biens utilisables à des fins civiles et militaires (FF **1995** II 1251)

⁶ BO **1996** N 138

catégorie. Contrairement à la LFMG, la LCB, conçue comme une loi harmonisée sur le plan international, n'octroie aucun pouvoir décisionnel autonome au Conseil fédéral. Elle lui permet seulement de mettre en œuvre les accords internationaux et d'appliquer des mesures de contrôle internationales. L'assujettissement à la LCB des biens militaires spécifiques, et plus particulièrement des avions militaires d'entraînement, a suscité des débats sur l'efficacité des critères de refus. On supposait en effet qu'on ne pourrait refuser le permis d'exportation que vers quatre Etats. Durant la phase d'élaboration du WA, quatre pays de destination potentiels faisaient l'objet de discussions: la Corée du Nord, l'Iran, l'Irak et la Libye. De l'avis du Parlement⁷, ces quatre Etats seraient les seuls pays de destination pour lesquels le permis d'exportation pourrait être refusé sur la base de la LCB. Les dispositions de la LCB semblaient insuffisantes, du moins pour les biens militaires spécifiques. Le Conseil des Etats a donc proposé d'étoffer les critères de l'art. 6 LCB. Le nouvel al. 2 précise que la Suisse refuse aussi les permis concernant les biens militaires spécifiques en cas d'embargo décrété par les Nations Unies ou les principaux partenaires commerciaux de la Suisse⁸. Ce dernier cas de figure vise en particulier les embargos sur les armes décrétés par l'UE. Cette disposition a cependant perdu de son importance depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2003, de la loi sur les embargos⁹ et l'introduction, à l'art. 6, al. 1, let. c, LCB, du motif de refus renvoyant à cette loi.

Le 1^{er} mars 2002, l'art. 6 LCB a été complété par l'ajout d'un nouveau critère de refus, selon lequel le permis est refusé si l'activité envisagée risque de favoriser des groupes terroristes ou la criminalité organisée. Cette modification tenait compte des menaces croissantes observées à l'époque. Actuellement, l'octroi du permis est donc exclu si:

- l'activité envisagée contrevient à des accords internationaux (al. 1, let. a);
- l'activité envisagée contrevient aux mesures de contrôle internationales non obligatoires du point de vue du droit international soutenues par la Suisse (al. 1, let. b);
- des mesures de coercition fondées sur la loi sur les embargos ont été édictées (al. 1, let. c);
- s'il y a une raison de croire que l'activité envisagée favorise des groupes terroristes ou la criminalité organisée (al. 1^{bis});
- lorsque les Nations Unies ou certains Etats qui, comme la Suisse, participent à des mesures internationales de contrôle des exportations, interdisent l'exportation de tels biens, et si les principaux partenaires commerciaux de la Suisse s'associent à ces mesures d'interdiction (al. 2).

Ce dernier motif de refus ne vaut que pour les biens militaires spécifiques. L'art. 6 OCB précise les critères de refus. Le permis individuel est refusé s'il y a des raisons de supposer que les biens qui doivent être exportés:

- seront utilisés pour développer, produire ou employer des armes biologiques ou chimiques (armes BC) (al. 1, let. a);

⁷ Intervention Hubacher, BO 1996 N 1977; interventions Haering, BO 1996 N 133 et 1978

⁸ Cf. proposition de majorité de la commission concernant l'art. 6, BO 1996 E 827 s.

⁹ RS 946.231

- seront utilisés pour développer, produire ou employer des armes nucléaires (armes A) ou des engins volants non habités destinés à l’engagement d’armes ABC et serviront à faire proliférer ces armes (al. 1, let. b); ou
- contribueront à l’armement conventionnel d’un Etat dont le comportement menace la sécurité régionale ou internationale (al. 1, let. c).

1.1.4 Lacunes de la réglementation actuelle

Les critères de refus énoncés dans la LCB posent problème par rapport aux biens dont le contrôle a été convenu dans le cadre de l’Arrangement de Wassenaar (WA).

En 1996, lors des débats sur la LCB, le Parlement a considéré que le WA parviendrait à un consensus sur les quatre pays de destination mentionnés plus haut, à savoir la Corée du Nord, l’Iran, l’Irak et la Libye. La Suisse aurait dès lors pu refuser l’exportation de biens à double usage servant à la fabrication d’armes conventionnelles et de biens militaires spécifiques vers ces pays sur la base des mesures internationales visées à l’art. 6, al. 1, let. b, LCB. Or il s’est avéré par la suite que les Etats parties au WA ne sont pas parvenus à se mettre d’accord sur une liste de pays de destination. Il est aujourd’hui impensable qu’une telle décision puisse être jamais prise. Aussi l’art. 6, al. 1, let. b, LCB est-il resté lettre morte en ce qui concerne les biens visés par le WA.

Quiconque veut exporter des biens soumis à la LCB doit être titulaire d’un permis d’exportation du SECO (art. 3 OCB). Or, selon le droit actuel, l’autorité habilitée à délivrer les permis peut difficilement refuser l’exportation lorsqu’il s’agit de biens soumis au WA. Chaque année, le SECO traite plus de 700 demandes d’exportation de biens soumis au WA, ce qui entraîne des charges administratives considérables, tout en sachant que ces demandes finiront toutes par être satisfaites si l’exportateur tient absolument à conclure l’affaire. Il est vrai que cet état de choses ne pose aucun problème dans la majorité des cas. Dans les affaires sensibles, l’autorité habilitée à délivrer les permis enjoint les exportateurs concernés à renoncer à l’exportation («moral suasion»). Jusqu’à présent, ce procédé n’a causé que très peu de problèmes, et les exportateurs se sont toujours ralliés au point de vue de l’autorité. Il n’en demeure pas moins que la situation actuelle est insatisfaisante.

La Suisse a restreint sa liberté d’action en s’engageant dans une voie qu’aucun autre Etat partie au WA n’a empruntée. Trois quarts de ces Etats notifient des refus au titre du WA. Dans le cas des biens à double usage, il existe un grand nombre de critères de refus: dans leurs notifications, les Etats justifient leurs refus par des critères tels que «Foreign Policy Grounds», «Wassenaar principles», «Risk of military end use» ou «Risk of diversion». Dans le cas des annonces facultatives concernant la liste des munitions, la situation est semblable. A défaut d’indications plus précises, il peut être difficile de déterminer si le bien faisant l’objet de l’annonce est soumis, en Suisse, à la législation sur le matériel de guerre ou à celle sur le contrôle des biens. Dans certains cas relevant clairement de la LCB, comme l’exportation de parachutes ou de caméras thermiques, la mention «National Policy» est souvent indiquée comme motif de refus. Actuellement, les banques de données du WA répertorient plus d’un millier de notifications de refus, dont environ 750 concernent des biens à double usage. La seule Allemagne a notifié 139 refus d’exporter des biens à double usage conventionnels vers plusieurs pays différents.

1.2 Droit comparé

1.2.1 Réglementation en vigueur dans l'UE

Dans l'UE, les listes des biens des régimes internationaux de contrôle des exportations constituent également la base des contrôles à l'exportation. S'agissant des biens à double usage, la Communauté européenne a adopté un règlement¹⁰, directement applicable dans les Etats membres, qui régit le contrôle des exportations (ci-après «règlement relatif aux biens à double usage»). Ce règlement répertorie les biens soumis aux quatre régimes et a donc le même contenu que la liste suisse. Le matériel d'armement soumis au WA figure sur la *liste commune des équipements militaires de l'Union européenne*¹¹ et relève de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Cette liste n'est contraignante que sur le plan politique et correspond, quant à son contenu, à l'annexe 3 OCB.

La liste commune des équipements militaires est liée au *code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements* (ci-après «code de conduite de l'UE»), qui n'est pas non plus juridiquement contraignant. Adopté le 8 juin 1998 sous la forme d'une déclaration du Conseil dans le cadre de la PESC¹², cet instrument politique fixe huit critères à prendre en compte en cas d'exportation de biens figurant sur la liste commune:

- le respect des engagements internationaux des Etats membres, en particulier des sanctions décrétées par le Conseil de sécurité des Nations Unies et de celles décrétées par la Communauté européenne, des accords en matière, notamment, de non-prolifération, ainsi que des autres obligations internationales;
- le respect des droits de l'homme dans le pays de destination finale;
- la situation intérieure dans le pays de destination finale (existence de tensions ou de conflits armés);
- la préservation de la paix, de la sécurité et de la stabilité régionales;
- la sécurité nationale des Etats membres et des territoires dont les relations extérieures relèvent de la responsabilité d'un Etat membre, ainsi que celle des pays amis ou alliés;
- le comportement du pays acheteur à l'égard de la communauté internationale, et notamment son attitude envers le terrorisme, la nature de ses alliances et le respect du droit international;
- l'existence d'un risque de détournement de l'équipement à l'intérieur du pays acheteur ou de réexportation de celui-ci dans des conditions non souhaitées;

¹⁰ Règlement (CE) n° 1134/2000 du Conseil, du 22 juin 2000, instituant un régime communautaire de contrôles des exportations de biens et technologies à double usage, JO L 159 du 30.6.2000, p. 1; modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1183/2007, JO L 278 du 22.10.2007, p. 1

¹¹ Dernière version: liste commune des équipements militaires de l'Union européenne du 10.3.2008, JO C 98 du 18.4.2008, p. 1

¹² Document 8675/2/98, PESC

- la compatibilité des exportations d’armements avec la capacité technique et économique du pays destinataire, compte tenu du fait qu’il est souhaitable que les Etats répondent à leurs besoins légitimes de sécurité et de défense en consacrant un minimum de ressources humaines et économiques aux armements.

Un guide d’utilisation¹³ du code de conduite, qui s’adresse aux autorités nationales compétentes pour délivrer les autorisations d’exportation, indique comment interpréter les critères et les appliquer à des cas concrets.

L’art. 8 du règlement relatif aux biens à double usage, qui est juridiquement contraignant dans les Etats membres, prévoit que, pour décider de l’octroi d’une autorisation d’exportation, les Etats membres doivent prendre en considération tous les éléments pertinents, et notamment les points suivants:

- les obligations et engagements que chaque Etat membre a acceptés en tant que membre des régimes internationaux de non-prolifération et de contrôle des exportations ou du fait de la ratification des traités internationaux en la matière;
- leurs obligations découlant des sanctions imposées par une position commune ou une action commune adoptée par l’Union européenne ou par une décision de l’OSCE ou par une résolution contraignante du Conseil de sécurité des Nations Unies;
- des considérations de politique étrangère et de sécurité nationale, y compris celles qui s’inscrivent dans le cadre du code de conduite de l’UE en matière d’exportation d’armements;
- des considérations relatives à l’utilisation finale prévue et au risque de détournement.

1.2.2 Réglementations de quelques Etats

Etant donné qu’il existe une réglementation communautaire contraignante relative aux biens à double usage, l’examen des législations nationales des Etats membres de l’UE se limitera aux dispositions sur le matériel d’armement et à l’octroi des autorisations relatives à la *liste des munitions* ou à la *liste commune des équipements militaires*. Bien que le code de conduite de l’UE ne soit pas juridiquement contraignant, ses critères sont appliqués par les Etats membres, sinon par le biais d’une transposition dans le droit national, du moins par leur introduction dans les principes et les lignes directrices des autorités compétentes pour délivrer les autorisations d’exportation.

L’Autriche soumet l’exportation de biens figurant sur la liste des munitions à la loi sur le commerce extérieur, à l’exception du matériel de guerre, qui fait l’objet d’un contrôle à l’exportation régi par une législation spéciale. La systématique de l’Autriche est donc comparable à celle de la Suisse. L’autorisation est octroyée si aucun des motifs énumérés dans la loi ne s’y oppose¹⁴. Quatre de ces motifs repren-

¹³ *Guide d’utilisation du code de conduite de l’UE en matière d’exportation d’armements*, document du Conseil de l’Union européenne, 7486/08

¹⁴ *Aussenhandelsgesetz*, § 5; BGBl. n° 50/2005

ment tels quels les critères du code de conduite de l'UE. Lors de la révision effectuée en 2005, le législateur a veillé à la conformité effective des dispositions de la loi avec l'ensemble des critères du code de conduite de l'UE.

L'Allemagne a intégré la liste des munitions dans sa législation sur le commerce extérieur. Une partie des biens qui y sont énumérés sont également soumis à la loi sur le contrôle des armes de guerre (*Kriegswaffenkontrollgesetz*). Les autres biens, comparables aux biens militaires spécifiques selon le droit suisse, peuvent faire l'objet de restrictions d'exportation pour garantir les intérêts essentiels en matière de sécurité, pour ne pas compromettre la coexistence pacifique des peuples et pour ne pas altérer les relations extérieures de l'Allemagne¹⁵. L'examen des demandes d'exportation tient compte des *principes politiques du gouvernement fédéral relatifs à l'exportation d'armes de guerre et d'autres biens d'armement*¹⁶ du 19 janvier 2000, dont le code de conduite de l'UE est partie intégrante.

La législation italienne sur le contrôle des exportations de matériel d'armement prévoit elle aussi toute une série de critères de refus¹⁷. L'autorisation d'exportation est notamment refusée si elle va à l'encontre des intérêts essentiels en matière de sécurité ou du maintien de bonnes relations avec les autres États. Il en va de même en cas de conflit armé dans le pays de destination ou de violation grave des conventions internationales portant sur les droits de l'homme. Lors de l'examen des demandes, l'Italie tient compte des critères du code de conduite de l'UE, qui sont par ailleurs compatibles avec la gamme des critères énumérés dans la loi.

En Grande-Bretagne, le contrôle des biens figurant sur la liste des munitions est régi par la loi de 2002 sur le contrôle des exportations. Selon cette loi, les demandes d'autorisation d'exportation doivent être examinées à l'aune des critères consolidés du 26 octobre 2000¹⁸. La liste britannique reprend et complète les critères du code de conduite de l'UE.

La Suède divise, comme la Suisse, la liste des munitions en deux catégories: «Military Equipment for Combat Purposes» (MEC) et «Other Military Equipment» (OME). Pour les biens figurant dans cette seconde catégorie, l'autorisation est octroyée si le pays de destination n'est pas impliqué dans un conflit armé, qu'il soit interne ou international, et où il n'existe aucune violation grave et importante des droits de l'homme¹⁹.

Certains États non européens ont aussi des motifs de refus qui leur sont propres. La législation australienne fixe que la décision d'autoriser l'exportation de biens soumis au WA doit tenir compte des engagements internationaux de l'Australie, des droits de l'homme, des considérations régionales et nationales de sécurité et des considérations de politique étrangère. Le Canada peut refuser l'exportation de biens à double usage soumis au WA lorsqu'il y a risque de détournement de ces biens à des fins ou des destinations inacceptables ou lorsqu'on peut prévoir des utilisations

¹⁵ *Aussenwirtschaftsgesetz*, § 7

¹⁶ *Politische Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern*, disponible à l'adresse suivante: <<http://www.ausfuhrkontrolle.info/ausfuhrkontrolle/de/vorschriften/index.html>>

¹⁷ *Legge n. 185/1990 recante nuove norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali d'armamento*, art. 1, al. 5 et 6

¹⁸ *Export Control Act 2002*, art. 9, al. 8

¹⁹ Cf. rapport du gouvernement suédois intitulé *Strategic Export Control in 2007 – Military Equipment and Dual-Use Products*, p. 97 ss., disponible à l'adresse suivante: <<http://www.sweden.gov.se/sb/d/574/a/108009>>

militaires secondaires. L'exportation de biens militaires, et notamment de biens figurant sur la liste des munitions, fait l'objet d'un examen approfondi lorsqu'elle est destinée à des Etats frappés d'une sanction décrétée par l'ONU, à des Etats qui constituent une menace pour le Canada ou ses alliés, à des Etats participants à des hostilités ou qui sont sous la menace d'hostilités, ou à des Etats dont les gouvernements commettent constamment des violations graves des droits de l'homme contre leurs citoyens, à moins que l'on ne puisse prouver que les biens à exporter ne risquent pas d'être utilisés contre la population civile²⁰.

Le droit comparé montre qu'aucun des Etats mentionnés n'a limité sa marge de manœuvre autant que la Suisse. A notre connaissance, la base juridique du refus d'autoriser l'exportation ne fait défaut dans aucun Etat partie au WA. Comme nous l'avons mentionné, à l'étranger, les réflexions axées sur les intérêts nationaux jouent aussi un rôle dans la décision d'octroi de l'autorisation. Dans certains cas, des critères comparables à ceux que la Suisse a fixés pour le matériel de guerre sont applicables à tous les biens contrôlés sous le régime du WA.

2 **Commentaire de la nouvelle disposition**

La présente révision crée la base légale prévoyant un pouvoir décisionnel autonome du Conseil fédéral. L'objectif visé est de donner au Conseil fédéral la possibilité d'intervenir dans des cas particuliers, afin qu'il ne soit plus tributaire de la bonne volonté de l'exportateur de renoncer à la livraison.

La nouvelle disposition habilite le Conseil fédéral à refuser des permis d'exportation pour préserver des intérêts essentiels de la Suisse. Elle s'appliquera dans les cas exceptionnels où une livraison de biens contrôlés ne peut être interdite sur la base des critères de refus existants, mais que l'octroi du permis risquerait de nuire gravement aux intérêts de la Suisse. Il s'agit d'une disposition applicable en dernier ressort. Elle ne se limite pas à une catégorie de biens donnée, mais s'applique à tous les biens figurant dans les annexes à l'OCB. En pratique, elle se concentrera sur les biens visés par le WA, puisque les contrôles à l'exportation sont particulièrement défectueux dans ce domaine.

La portée matérielle de la nouvelle disposition ne peut être décrite exhaustivement. Le Conseil fédéral devra décider au coup pour coup si des intérêts essentiels sont menacés et aviser si la situation justifie un refus de permis. Par intérêts essentiels, on entend en particulier l'exercice de représailles, le maintien de bonnes relations avec d'autres Etats ou organisations internationales ou la sauvegarde de la réputation de la Suisse au niveau international²¹.

La disposition s'inspire du libellé de l'art. 184, al. 3, Cst.²², qui prévoit que le Conseil fédéral peut, du fait de sa compétence en matière de politique étrangère, adopter des ordonnances et prendre des décisions pour sauvegarder les intérêts du pays. Toutefois, seules des situations exceptionnelles et graves justifient l'invocation de la Cst. L'article constitutionnel dispose également qu'il doit y avoir

²⁰ Cf. *Guide des contrôles à l'exportation du Canada*, juin 2006, p. xxv

²¹ Cf. Daniel Thürer/Binh Truong/Felix Schwendimann, ch. marg. 20 ad art. 184, in: Ehrenzeller et al. (éd.), *Die Schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, vol. II, 2^e édition, Zurich/St-Gall 2008

²² RS 101

urgence et que, de ce fait, il n'est pas possible de suivre la procédure législative ordinaire²³. Il est donc nécessaire d'inscrire dans la législation ordinaire une disposition pour les problèmes récurrents et similaires, tels que l'on en rencontre dans le cadre des contrôles à l'exportation au titre de la LCB. Lors de la procédure d'autorisation, les biens concernés sont soumis à un contrôle quelle que soit la situation. Il est donc judicieux d'inscrire une disposition analogue directement dans la LCB. La nouvelle réglementation répond en outre aux attentes des citoyens en termes de sécurité juridique et d'égalité de droit, puisque les interventions étatiques admises sont clairement précisées.

Depuis l'entrée en vigueur de la LCB, peu de cas auraient appelé une telle décision du Conseil fédéral. En effet, seule une petite dizaine de cas ont posé problème à l'autorité habilitée à délivrer des permis. En règle générale, l'exportateur commence par s'adresser au SECO de manière informelle. L'autorité peut alors déjà inciter l'exportateur à ne pas déposer sa demande d'exportation formelle. Six demandes préalables ont été évitées par la méthode de la «moral suasion» et une demande a été discutée au sein du groupe d'experts interdépartemental en matière de contrôle des exportations avant d'être acceptée sous réserve de conditions très strictes. Deux demandes sont encore en suspens.

Les demandes peuvent être particulièrement problématiques lorsque le bien à exporter, par exemple un tour, est destiné à la fabrication de matériel de guerre, mais que la Suisse interdit les exportations de matériel de guerre vers le pays de destination. En pareil cas, il est primordial d'avoir une base légale sur laquelle se fonder pour interdire l'exportation.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

Le projet n'a d'incidence ni sur les finances, ni sur les effectifs de la Confédération. Aucune conséquence n'est non plus prévisible pour les cantons et les communes.

3.2 Conséquences économiques

Il ne devrait pas y avoir de conséquences économiques, puisque le projet vise des cas dans lesquels on encourage d'ores et déjà, par «moral suasion», l'exportateur à renoncer à l'exportation. Les réserves émises par l'autorité de contrôle des exportations ont jusque-là suffi à convaincre les exportateurs, si bien que le projet n'ajoute pas d'interdiction d'exportation supplémentaire à celles que les exportateurs acceptaient de leur plein gré.

²³ Cf. Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004, § 46, ch. marg. 30

4 Programme de la législature

Le présent projet n'est pas annoncé dans le message sur le programme de la législature 2007 à 2011²⁴.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

5.1.1 Base légale

La modification demandée se fonde sur la compétence conférée à la Confédération en matière d'affaires étrangères par l'art. 54 Cst. L'art. 54, al. 1, Cst. accorde à la Confédération une compétence globale en matière d'affaires étrangères. Les instruments de la Confédération ne se limitent pas aux traités de droit international public ; indépendamment de tels traités, la Confédération peut non seulement prendre des mesures dans les domaines de la politique étrangère traditionnelle, comme la reconnaissance d'Etats et de gouvernements, l'entretien de relations diplomatiques et consulaires ainsi que la protection diplomatique, elle peut également adopter des mesures de solidarité internationale²⁵. Le refus d'octroyer des permis d'exportation, même s'il se fait de manière autonome, est incontestablement une mesure de solidarité envers la communauté internationale.

5.1.2 Compatibilité avec les droits fondamentaux

La liberté d'établir des relations économiques avec l'étranger, c'est-à-dire le droit d'importer et d'exporter des marchandises, tombe sous la protection de la liberté économique (art. 27 Cst.). Aux termes de l'art. 36 Cst., une restriction de cette liberté doit se fonder sur une base légale, se justifier par un intérêt public et être proportionnée au but visé.

La base légale sera créée par le présent projet ; la compétence de légiférer découle des motifs énoncés précédemment.

L'intérêt public relève de la politique étrangère, par exemple la sauvegarde de la bonne image de la Suisse au sein de la Communauté internationale ou le maintien des bonnes relations avec d'autres Etats.

Le refus d'octroyer un permis est adapté au but visé, à savoir la défense des intérêts du pays en matière de politique étrangère, et, puisqu'il n'existe aucun moyen plus modéré, ce refus est nécessaire. La mesure est par ailleurs raisonnable puisque l'intérêt public est prépondérant: la sauvegarde des intérêts essentiels de l'Etat revêt plus d'importance que les droits fondamentaux de l'individu.

²⁴ FF 2008 639

²⁵ Cf. message du 20.12.2000 sur la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales (FF 2001 1341)

5.2 Forme de l'acte à adopter

Le projet comporte des dispositions importantes qui fixent des règles de droit ; conformément à l'art. 164, al. 1, Cst., les dispositions doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. La compétence de l'Assemblée fédérale découle de l'art. 163, al. 1, Cst.