



Rapport explicatif

Adaptation de la loi sur le contrôle des biens

Intégration de l'ordonnance sur l'exportation et le cour-tage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles dans la loi sur le contrôle des biens

Période de révision : 2016 à 2020

Table des matières

1	Contexte	3
2	Dispositif proposé	4
3	Droit comparé	5
4	Conséquences	6

1 Contexte

La loi du 13 décembre 1996 sur le contrôle des biens (LCB ; RS 946.202) règle les conditions d'exportation, d'importation, de transit et de courtage des biens à double usage, 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 sur les armes chimiques (CAC ; RS 0.515.08) ainsi que 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 partenaires de ces régimes définissent ensemble des listes de biens, qui sont ensuite reprises dans leurs législations nationales respectives et utilisées pour définir les biens soumis au contrôle. Chaque État partenaire fixe dans sa législation nationale les critères entraînant le refus de l'exportation de biens.

En Suisse, les listes de biens actualisées par l'ensemble des États partenaires sont reprises par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) dans les annexes 1 à 3 de l'ordonnance du 3 juin 2016 sur le contrôle des biens (OCB ; RS 946.202.1), en vertu de l'art. 22, al. 2, LCB. 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 partenaires de 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. 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 (ci-après OSIC ; RS 946.202.3), qui prévoit à son 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 (EXE n° 2015.0877). Il s'agit d'une ordonnance basée directement sur la Constitution, dont la durée de validité est limitée à 4 ans en vertu de l'art. 7c, al. 2, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010). Elle a effet jusqu'au 12 mai 2019.

L'exemple d'un intercepteur d'IMSI permet d'illustrer la pertinence de l'ordonnance précitée : un intercepteur d'IMSI simule le fonctionnement d'une station de base de téléphonie mobile, ce qui a pour conséquence que toutes les communications mobiles passées dans la zone de réception de l'intercepteur transitent via celui-ci. L'utilisateur de l'intercepteur peut ainsi localiser des téléphones mobiles et écouter, lire, manipuler ou bloquer des appels et des SMS. Cette intrusion et la possibilité d'obtenir des données personnelles peuvent être utilisées comme moyens de répression. Celle-ci se manifeste notamment sous forme de censure, ou encore de surveillance et de persécution exercées contre l'opposition politique dans le but de faire taire les critiques et d'écraser les mouvements de résistance.

Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) est l'autorité compétente pour évaluer les demandes d'exportation d'intercepteurs d'IMSI et doit de ce fait examiner au cas par cas les destinataires finaux et l'utilisation finale prévue. Il contribue ainsi à la lutte contre le terrorisme et le crime organisé (dans les domaines du trafic de drogue et de la traite d'êtres humains, ou de la pornographie infantile, p. ex.), mais doit veiller à ne pas restreindre de manière disproportionnée la sphère privée, l'accès à l'information, la communication libre ainsi que la liberté d'expression et de mouvement des personnes. La Suisse doit disposer d'une procédure ciblée contre l'utilisation abusive des biens en question pour préserver la crédibilité de son engagement international (notamment la lutte contre la prolifération) dans le cadre de sa politique étrangère et de sécurité. Le Conseil fédéral estime par ailleurs que l'absence de possibilités juridiques pour refuser une exportation en cas de risque d'utilisation abusive par l'utilisateur final pourrait avoir un impact négatif sur l'image de la place technologique et industrielle suisse. Une réglementation claire de l'exportation et du courtage de biens destinés à la surveillance d'internet et des communications mobiles et l'examen approfondi de chaque cas permettront par conséquent d'assurer la continuité et la cohérence des engagements internationaux de la Suisse ainsi que de préserver la réputation internationale du pays et des entreprises suisses.

L'expérience faite avec l'OSIC montre que seules quelques requêtes ont dû être refusées jusqu'à présent. Cette ordonnance ne constitue donc aucunement une interdiction générale d'exportation. Depuis son entrée en vigueur jusqu'au 30 septembre 2017, 267 demandes ont été autorisées (valeur totale : 22,3 millions de francs) et 6 ont été refusées (montant total : 1,6 million de francs) sur la base des critères de refus figurant à l'art. 6. Les demandes refusées portaient principalement sur l'exportation d'intercepteurs d'IMSI ainsi que d'appareils et de logiciels permettant de décoder et d'analyser les signaux radio. Le 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 requérants déboutés n'ont pas fait recours contre la décision du SECO. Ce dernier n'a pas connaissance de procédures pénales en cours pour présomption d'infraction à l'OSIC.

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 des communications mobiles après l'échéance de l'ordonnance ad hoc, le Conseil fédéral a chargé le DEFR, le 10 mai 2017, d'entreprendre les travaux en vue de compléter la LCB et de lui soumettre un projet à mettre en consultation (EXE n° 2017.0798). L'objectif est d'inscrire dans la LCB un passage conférant au Conseil fédéral la compétence de régler au niveau de l'ordonnance le rejet des demandes d'exportation ou de courtage portant sur des biens destinés à la surveillance de l'internet et des communications mobiles.

2 Dispositif proposé

L'art. 6 LCB (développé à l'art. 6 OCB) énumère de façon exhaustive les raisons entraînant le refus de l'octroi d'un permis pour l'activité envisagée ou l'exportation de biens militaires spécifiques. L'utilisation des biens par les destinataires finaux à des fins de répression ne représente pas, en soi, un motif de refus au sens de la LCB.

Le Conseil fédéral propose de compléter l'art. 6 LCB par un nouvel alinéa, qui lui conférerait 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 :

« Le Conseil fédéral règle le refus du permis d'exportation et de courtage des biens à double usage au sens de l'art. 2, al. 2, qui peuvent être utilisés pour la surveillance d'internet et des communications mobiles. »

Il est prévu d'intégrer le contenu de l'OSIC dans une ordonnance à part. Comme aujourd'hui, le refus du permis et les dispositions pénales seraient réglés au niveau de l'ordonnance, et l'exportation ou le courtage de biens destinés à la surveillance d'internet et des communications mobiles continuerait d'être refusé s'il y a lieu de supposer que le destinataire final utilisera les biens en question comme moyens de répression. De plus, les motifs de refus énumérés à l'art. 6 LCB (développés à l'art. 6 OCB) resteraient applicables.

Étant donné que le terme « biens » désigne les marchandises, les technologies (savoir-faire inclus) et les logiciels, il n'est pas nécessaire de différencier biens matériels et biens immatériels. En raison de l'évolution rapide des technologies et des éventuelles adaptations des listes de biens qui en découleraient (ajout de biens aux listes), il est prévu à l'avenir de ne plus renvoyer aux numéros de contrôle à l'exportation, mais directement aux catégories 4 et 5 de l'annexe 2 OCB, qui contiennent les biens des technologies de l'information pouvant être utilisés à des fins civiles et militaires (calculateurs, télécommunications et sécurité de l'information). Ce faisant, il n'est pas nécessaire de créer une nouvelle catégorie de biens ou une liste de biens nationale.

3 Droit comparé

En Suisse, le contrôle des biens destinés à la surveillance d'internet et des communications mobiles se fonde sur les listes de biens prévues par l'Arrangement de Wassenaar. L'ajout de nouveaux biens sur ces listes est décidé par les 41 États partenaires actuels, sur la base de propositions nationales, et approuvé par l'assemblée plénière (par consensus). En décembre 2013, les biens visés par l'OSIC ont été ajoutés aux listes précitées, si bien que leur exportation est désormais soumise à une procédure d'autorisation nationale dans tous les autres États partenaires. L'échange avec ses partenaires dans le monde permet à la Suisse d'identifier rapidement les nouveaux biens destinés à la surveillance d'internet et des communications mobiles et d'étudier des mesures.

Chaque État partenaire est toutefois libre de décider au cas par cas s'il autorise l'exportation d'un bien figurant sur les listes. La Suisse, comme tous les autres États partenaires, a en tout temps la possibilité de soumettre des propositions aux niveaux technique et politique et de favoriser ainsi l'harmonisation des contrôles à l'exportation.

L'UE est le principal partenaire commercial de la Suisse. À l'exception de Chypre, tous les États membres de l'UE sont partenaires de l'Arrangement de Wassenaar, et les listes de biens de ce régime multilatéral sont régulièrement reprises dans le 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 (règlement relatif aux biens à double usage). Ce règlement fixe également les éléments à considérer lors de l'exportation des biens concernés. Il ne contient toutefois pas de mention directe de la répression. Les États membres sont en outre libres d'édic-

ter au niveau national des listes de biens supplémentaires¹. Le Conseil fédéral a connaissance des propositions de la Commission européenne du 28 septembre 2016 en vue d'adapter le règlement précité² et suit de près les discussions au sein des différents organes de l'UE.

4 Conséquences

L'intégration de l'OSIC dans la législation sur le contrôle des biens aura des conséquences positives. La base légale proposée permettra au Conseil fédéral de pérenniser une procédure éprouvée et de réagir rapidement aux évolutions techniques et industrielles pertinentes sous l'angle de la politique de sécurité. La réglementation relative au refus de l'octroi d'un permis d'exportation ou de courtage de biens destinés à la surveillance d'internet et des communications mobiles permet d'examiner chaque cas individuellement afin d'empêcher une utilisation abusive des biens en question par les destinataires finaux et de minimiser les risques de réputation de la Suisse et de ses acteurs économiques. De plus, elle 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.

S'agissant des ressources, le Conseil fédéral part du principe que le nombre de demandes d'exportation déposées ne devrait pas beaucoup varier. L'introduction de l'art. 6, al. 3, LCB en vue de l'édiction d'une ordonnance ne devrait donc pas avoir des conséquences sur les finances ou le personnel de la Confédération ni des conséquences économiques, environnementales et sociales.

¹ En Allemagne, la quatrième ordonnance concernant la modification de l'ordonnance relative à la politique économique extérieure (*Aussenwirtschaftsverordnung*) est entrée en vigueur le 13 juillet 2015. Elle introduit une obligation d'autorisation pour l'exportation de biens destinés à la surveillance des communications et une obligation d'autorisation et d'information pour la fourniture d'une assistance technique à cet effet. L'Allemagne a en outre introduit une liste nationale pour contrôler dans les sous-positions 5A902-5E902 les biens destinés à la surveillance. Elle souhaite ainsi combler les lacunes existantes dans le contrôle des biens destinés à la surveillance numérique.

² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2016 instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, des transferts, du courtage, de l'assistance technique et du transit en ce qui concerne les biens à double usage, 2016/0295 (COD).