



Rapport explicatif
concernant la modification de la loi fédérale sur
l'application de sanctions internationales
(Loi sur les embargos, LEmb)

Projet mis en consultation du ...

Condensé

Les sept ans d'expérience pratique dans l'application de la loi sur les embargos ont mis au jour un potentiel d'amélioration ponctuel. Le présent projet vise entre autres à garantir l'efficacité de l'assistance administrative internationale, à élargir le champ d'application des mesures de coercition et à adapter les dispositions pénales, et ce, dans le but d'améliorer l'application des sanctions internationales.

Contexte

En 2004, une commission d'enquête indépendante (CEI) a été instituée à l'initiative du secrétaire général de l'ONU afin de faire la lumière sur les accusations de corruption entourant le programme «Pétrole contre nourriture» en faveur de l'Irak. A la demande de la CEI, le Conseil fédéral a décidé en décembre 2004 d'accorder l'entraide administrative sur la base de la loi sur les embargos (LEmb). Plusieurs entreprises se sont toutefois opposées à la transmission de leurs documents bancaires à l'étranger. Comme le mandat temporaire de la CEI a pris fin avant même qu'une décision définitive ait été rendue sur le recours, la transmission des documents controversés n'avait plus aucune raison d'être. Le Conseil fédéral, auprès duquel les recours étaient alors pendants, a classé la procédure au printemps 2006.

Par la suite, un groupe de travail interdépartemental a été chargé par le Conseil fédéral d'examiner s'il fallait adapter la LEmb et, éventuellement, d'autres lois. Il a recommandé d'exclure expressément les voies de droit en cas de transmission d'informations à l'étranger au titre de l'assistance administrative internationale.

Contenu du projet

Outre la réglementation des voies de droit en cas d'entraide administrative internationale, le présent projet élargit l'éventail des mesures du Conseil fédéral pour mettre en œuvre les sanctions internationales. Dans ses ordonnances, le Conseil fédéral pourra désormais étendre l'application des mesures de coercition prises par la Suisse aux actes commis à l'étranger, en la liant au principe de nationalité. La mise en œuvre en toute bonne foi des mesures décrétées sera protégée par une exclusion de la responsabilité pénale et civile. Par ailleurs, les dispositions pénales sont adaptées au nouveau système des peines introduit par la révision de la partie générale du code pénal. Le projet prévoit en outre un durcissement des peines encourues et l'instauration, parallèlement à la punissabilité des personnes physiques, d'une responsabilité des entreprises. La poursuite pénale, actuellement du ressort de l'office, sera à l'avenir confiée au Ministère public de la Confédération.

Etroitement liées à la LEmb, les lois régissant les contrôles à l'exportation sont également adaptées dans le cadre de la présente révision partielle. Il s'agit de la loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG), de la loi sur le contrôle des biens (LCB) et de la loi sur l'énergie nucléaire (LENu). Ces trois lois, à l'instar de la LEmb, ont subi des modifications concernant les dispositions pénales et l'assistance administrative internationale. S'agissant de la LFMG, le projet prévoit en outre une extension du régime de l'autorisation au courtage et au commerce exercés à l'étranger, en la liant au principe de nationalité.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation de l'objet	4
1.1 Contexte	4
1.2 Solutions examinées concernant l'assistance administrative internationale	5
1.2.1 Exposé du problème	5
1.2.2 Procédure actuelle d'octroi de l'assistance administrative internationale	6
1.2.3 Options envisageables	8
1.2.4 Appréciation des différents intérêts	10
1.3 Changements proposés	11
1.3.1 Objet	11
1.3.2 Champ d'application territorial	12
1.3.3 Exclusion de la responsabilité pénale et civile	13
1.3.4 Assistance administrative internationale	13
1.3.5 Dispositions pénales	14
1.3.6 Juridiction	16
1.3.7 Modification du droit en vigueur: lois fédérales sur le matériel de guerre, sur le contrôle des biens et sur l'énergie nucléaire	17
1.4 Droit comparé et rapports avec le droit européen	18
1.5 Mise en œuvre	20
1.6 Interventions parlementaires	21
2 Commentaire	21
2.1 Loi sur les embargos	21
2.2 Modification du droit en vigueur	25
2.2.1 Loi fédérale sur le matériel de guerre	25
2.2.2 Loi sur l'énergie nucléaire	27
2.2.3 Loi sur le contrôle des biens	28
3 Conséquences	29
3.1 Conséquences pour la Confédération	29
3.1.1 Conséquences sur les finances	29
3.1.2 Conséquences sur le personnel	29
3.2 Conséquences pour les cantons et les communes	30
3.3 Conséquences économiques	30
4 Liens avec le programme de la législature	30
5 Aspects juridiques	30
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	30
5.1.1 Base juridique	30
5.1.2 Compatibilité avec les droits fondamentaux	31
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	31
5.3 Forme de l'acte	32
5.4 Délégation de compétences législatives	32

Rapport explicatif

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

Au printemps 2004, le secrétaire général de l'ONU avait institué la Commission d'enquête indépendante (CEI) afin de faire toute la lumière sur les irrégularités liées au programme «Pétrole contre nourriture». Des accusations de corruption avaient été formulées en rapport avec la conduite de ce programme d'aide visant à améliorer la situation humanitaire en Irak, qui a duré de 1995 à 2003. En décembre 2004, le Conseil fédéral a autorisé le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) à satisfaire à la demande de la CEI en lui accordant l'entraide administrative sur la base de la loi du 22 mars 2002 sur les embargos (LEmb)¹. Des entreprises suisses ont joué un rôle non négligeable dans le commerce de pétrole avec l'Irak; en outre, beaucoup de ces opérations ont été financées par des banques établies en Suisse. La plupart des entreprises suisses concernées par l'enquête ont collaboré volontairement et efficacement avec les autorités suisses et la CEI. Dans le cadre de l'assistance administrative, quelque 170 classeurs fédéraux d'actes incluant de nombreux documents bancaires ont ainsi été mis à la disposition de la CEI. En outre, la CEI a pu avoir des entretiens en Suisse avec plus de 30 représentants de banques, de négociants en pétrole et de diverses autres entreprises. Trois sociétés pétrolières partiellement en mains étrangères se sont toutefois élevées contre la transmission de documents bancaires à la CEI au titre de l'assistance administrative et ont demandé à bénéficier des droits de partie. Le SECO a rejeté cette requête, ce que le Département fédéral de l'économie (DFE) a confirmé dans la décision sur recours. Saisi par la suite, le Tribunal fédéral s'est déclaré non compétent et a transmis le dossier litigieux au Conseil fédéral pour qu'il se prononce. La CEI ayant clos son enquête en automne 2005, procéder à d'autres actes d'entraide administrative n'avait plus de raison d'être. En saisissant toutes les instances de recours possibles, les entreprises recourantes sont parvenues à empêcher la CEI d'obtenir les documents demandés à temps. En avril 2006, le Conseil fédéral a finalement classé les procédures de recours pendantes.

A la suite de cette affaire, le Conseil fédéral a demandé au DFE d'examiner, en collaboration avec d'autres départements, si les dispositions régissant l'assistance administrative internationale dans la loi sur les embargos et dans d'autres lois devaient être adaptées. Le groupe de travail interdépartemental institué à cet effet a présenté au Conseil fédéral un rapport dans lequel il recommandait d'exclure explicitement les voies de droit dans le cas d'une transmission de documents au titre de l'assistance administrative internationale. Le Conseil fédéral a pris connaissance de ce rapport en février 2007 et chargé le DFE d'élaborer un projet à mettre en consultation.

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) a ensuite été chargé par le Conseil fédéral d'examiner plus globalement, en collaboration avec les services fédéraux concernés, s'il y avait lieu de modifier les dispositions du droit fédéral relatives à l'assistance administrative internationale². Pour éviter d'éventuels

¹ RS 946.231

² Cf. communiqué de presse du DFJP du 20.8.2008.

chevauchements, le projet de modification de la LEmb a été mis en attente. En 2009, le groupe de travail placé sous la direction de l'Office fédéral de la justice (OFJ) est parvenu à la conclusion qu'il n'était pas fondamentalement nécessaire d'élaborer une loi de portée générale sur l'assistance administrative internationale: si des questions spécifiques sur l'assistance administrative internationale se posent dans certaines matières du droit fédéral, les solutions doivent figurer dans les lois sectorielles.

Dans la perspective de l'élaboration du projet à mettre en consultation, l'occasion a été saisie de soumettre la loi – encore relativement récente – sur les embargos à un examen approfondi, après sept ans d'expérience pratique. Globalement, la LEmb a montré son efficacité. Toutefois, plusieurs dispositions doivent être adaptées au regard du contexte actuel. Aussi le projet englobe-t-il, outre la disposition sur l'entraide administrative, plusieurs autres objets. La révision envisagée de la LEmb exige par ailleurs de modifier plusieurs dispositions figurant dans d'autres lois connexes de la LEmb, à savoir la loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (LFMG)³, la loi du 13 décembre 1996 sur le contrôle des biens (LCB)⁴ et la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu)⁵.

1.2 Solutions examinées concernant l'assistance administrative internationale

1.2.1 Exposé du problème

L'assistance administrative internationale se définit comme la coopération entre les autorités suisses et les autorités étrangères qui a lieu en dehors des procédures. Cette coopération consiste généralement à transmettre des informations à l'autorité requérante. La LEmb règle l'entraide administrative et judiciaire internationale à son art. 7. Pour ce qui est de l'assistance administrative qui est examinée ici, il n'y a aucune disposition spécifique sur le droit de procédure ou les voies de droit. En particulier, aucun article de la LEmb ne prescrit l'obligation de rendre une décision sujette à recours dans le cas de l'assistance administrative fournie à des services étrangers, et la procédure n'est pas régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁶.

La question centrale qui s'est posée dans les affaires liées au programme «Pétrole contre nourriture» était de savoir si une décision devait être rendue pour que les informations obtenues au niveau national puissent être transmises à l'étranger, auquel cas les garanties de la procédure administrative, et notamment les droits des parties, auraient été applicables. A l'époque, il n'a pas été nécessaire de clarifier cette question. En effet, comme le mandat de la commission d'enquête avait pris fin, l'entraide administrative était devenue sans objet. Le groupe de travail interdépartemental qui s'est ensuite saisi de cette thématique, considérant la nécessité d'une collaboration internationale efficace et efficiente en matière de sanctions, a recommandé d'exclure explicitement les voies de droit en rapport avec la transmission d'informations à l'étranger au titre de l'assistance administrative.

³ RS 514.51

⁴ RS 946.202

⁵ RS 732.1

⁶ RS 172.021

Le point de vue défendu par le DFE au sujet de la procédure juridique mentionnée ci-dessus, à savoir que la transmission d'informations à l'étranger ne doit pas donner lieu à une procédure administrative, se fonde entre autres sur les considérations développées par le Conseil fédéral dans son message du 15 février 1995 en rapport avec la LFMG, où il est précisé que l'échange de données au niveau international doit pouvoir se faire rapidement et sans formalité et que, par conséquent, la PA n'est pas applicable dans le cas de l'entraide administrative internationale⁷. Au moment où la LEmb a été édictée, les dispositions des lois régissant les contrôles à l'exportation ont servi de modèle pour la réglementation de l'entraide administrative.

Le présent projet doit lever, au moyen d'une réglementation légale explicite, l'insécurité juridique actuelle quant à la nécessité de rendre une décision ad hoc pour rendre possible la transmission à l'étranger d'informations obtenues légalement sur le territoire national.

1.2.2 Procédure actuelle d'octroi de l'assistance administrative internationale

L'assistance administrative accordée à la CEI dans le cadre de l'enquête sur le programme «Pétrole contre nourriture» était un événement singulier, à la fois quant à son ampleur et quant à son importance politique. Même si une affaire de cette envergure ne devrait pas se présenter dans un avenir proche, l'entraide administrative est régulièrement fournie dans le domaine des embargos. La plupart des demandes de transmission d'informations émanent de groupes d'experts de l'ONU qui sont chargés par le Conseil de sécurité d'examiner la mise en œuvre des sanctions par les États membres, présentent des rapports à ce sujet au Conseil de sécurité et élaborent des propositions d'amélioration visant à faire appliquer les sanctions de manière plus efficace. Ces deux dernières années, par exemple, la Suisse a reçu dix requêtes différentes émanant des groupes d'experts de l'ONU compétents pour le Libéria, la Côte d'Ivoire et la République démocratique du Congo. Les requêtes sont très variables quant à leur teneur et leur portée. Souvent, elles concernent des informations sur des comptes bancaires et des transactions financières en rapport avec des personnes ou activités faisant l'objet de sanctions. Les accords conclus dans le cadre d'opérations commerciales et les modalités de livraison de biens ou la fourniture de services présentent aussi un intérêt. Outre les groupes d'experts de l'ONU, des États soumettent également, quoique bien moins souvent, des demandes de transmission d'informations au titre de l'assistance administrative, par exemple concernant des valeurs patrimoniales bloquées ou en relation avec le commerce de diamants bruts.

Le traitement des demandes d'assistance administrative donne lieu à une procédure en trois étapes.

Etape 1: examen de la demande

Si, dans le domaine des embargos, la Suisse est priée de fournir des informations spécifiques, c'est le SECO qui examine la demande. Il se peut que des indications complémentaires soient demandées a posteriori, notamment lorsque les informations souhaitées n'étaient pas formulées précisément ou que le motif de la demande n'est

⁷ FF 1995 II 988 spéc. 1043

pas clair. La «pêche aux renseignements» (*fishing expeditions*) n'est pas admise. Dans le cas d'une demande émanant d'un groupe d'experts de l'ONU, il est vérifié si la requête est compatible avec le mandat confié à ce groupe d'experts par le Conseil de sécurité. De plus, il est systématiquement examiné si le requérant est qualifié pour obtenir les informations en question et si les conditions de l'art. 7 LEmb sont remplies. Au besoin, les assurances nécessaires sont prises et des accords spécifiques sont conclus, notamment concernant le traitement confidentiel des informations et la restitution des documents.

Etape 2: obtention des informations en Suisse

Dans bien des cas, le SECO ne possède pas les informations et documents nécessaires et doit d'abord les rassembler. L'obtention d'informations en Suisse s'opère, dans un premier temps, au moyen d'une demande adressée par lettre. D'un point de vue juridique, elle se fonde sur l'obligation de renseigner fixée à l'art. 3 LEmb. Dans la lettre en question, le SECO explique le contexte de la demande et précise au destinataire que les renseignements et documents fournis peuvent, en tout ou en partie, être transmis à l'étranger. Un délai est fixé pour la production des informations souhaitées. Le destinataire est informé que la demande de communication d'informations peut, s'il le souhaite, revêtir la forme d'une décision sujette à recours. Si le destinataire de la demande est une banque, il lui est indiqué en outre que le ou les titulaire(s) du compte peuvent être informés de la requête. Lorsqu'elle fait suite à une demande adressée par lettre, la communication des renseignements et documents souhaités est considérée comme une mise à disposition volontaire des informations. La remise spontanée d'informations est comparable aux situations dans lesquelles les informations se trouvent déjà en possession des autorités, par exemple en raison d'une autorisation ou d'une déclaration obligatoire. Si le destinataire le souhaite ou que le délai fixé dans la lettre expire sans que le destinataire se soit exécuté, les informations et documents visés sont exigés au moyen d'une décision sujette à recours.

La question de savoir si l'obtention d'informations par contrainte auprès d'une banque doit aussi faire l'objet d'une décision formelle à l'égard des clients de l'établissement n'a pas encore été totalement clarifiée. La demande de renseignements s'adresse d'abord à la banque, et non au titulaire du compte. Dans la plupart des cas, les clients de la banque devraient toutefois avoir un intérêt digne de protection et pourraient dès lors exiger une décision sur la base de l'art. 25a PA. Quoi qu'il en soit, des cas se sont produits par le passé dans lesquels le SECO ne connaissait tout simplement pas tous les (nombreux) clients concernés par la demande d'assistance administrative et, par conséquent, il n'aurait en aucun cas pu rendre une décision à l'égard de ces personnes. Pour les clients établis à l'étranger, il peut de surcroît se révéler problématique de notifier la décision conformément à la loi.

Etape 3: transmission des informations à l'étranger

Enfin, lorsqu'il dispose des renseignements et documents souhaités – qu'ils aient été remis spontanément ou communiqués sous la contrainte –, le SECO examine la pertinence de ces renseignements et de ces documents au regard de la demande d'entraide administrative. Les documents manifestement non pertinents sont retenus. Il est également vérifié si les documents transmis contiennent des indications concernant une infraction à la LEmb qui devrait faire l'objet d'une poursuite pénale. Ensuite, les informations et documents disponibles sont transmis au requérant à

l'étranger. Selon la pratique actuelle, cette dernière étape se déroule sans procédure formelle.

1.2.3 Options envisageables

Parmi les options envisageables pour la réglementation sur les voies de droit dans le cadre de l'assistance administrative internationale, il convient de citer tout d'abord soit l'inclusion explicite soit l'exclusion explicite. Il s'agit aussi d'examiner d'autres solutions de compromis, c'est-à-dire des réglementations qui limitent les voies de droit à des cas donnés ou qui les excluent dans certains cas. A noter que seule la procédure de transmission à l'étranger est visée ici, et non la procédure de renseignement en Suisse, dans laquelle les voies de droit sont toujours garanties.

Par ailleurs, il peut être intéressant d'examiner les solutions retenues dans d'autres actes législatifs fédéraux. Tant la doctrine que la jurisprudence font souvent référence à l'assistance administrative internationale selon la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM)⁸. L'art. 38 LBVM prévoit une procédure relative aux clients selon laquelle la transmission d'informations concernant des clients est régie par les dispositions de la PA. Il s'ensuit que toutes les autres informations – là où il ne s'agit pas de renseignements touchant à l'identité de clients bancaires, mais de données des institutions ou personnes soumises à la surveillance – peuvent être transmises sans formalité à l'étranger. La LBVM réunit donc les deux variantes des voies de droit. La procédure suisse relative aux clients est considérée comme unique au monde⁹. Il n'y a pas non plus de procédure formelle concernant la coopération policière visée à l'art. 75a de la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale¹⁰ ou l'échange de données relatives aux marchandises et aux moyens de transports tel qu'il est appliqué en matière douanière.

Exclusion des voies de droit

Pour exclure les voies de droit, il faudrait indiquer explicitement dans la LEmb que la PA n'est pas applicable en ce qui concerne la transmission d'informations aux destinataires de l'assistance administrative à l'étranger. Cette option est celle qui répond le mieux à l'objet et au but de l'assistance administrative. L'accélération de la procédure ne peut toutefois se faire qu'au détriment de la protection juridique.

Le traitement des données mais aussi leur transmission à l'étranger touchent aux droits fondamentaux des personnes physiques ou morales. Il s'agit, pour l'essentiel, des garanties du droit de procédure; le droit d'être protégé contre l'emploi abusif des données personnelles en vertu de l'art. 13, al. 2, de la Constitution (Cst.)¹¹ peut aussi jouer un rôle dans le cadre de l'assistance administrative. La communication de données à un cercle élargi de personnes constitue une atteinte à cette liberté. La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹² protège cette composante de la sphère privée à son art. 8. Une restriction de la garantie de la propriété pourrait aussi entrer en ligne de compte, étant donné que le droit qui découle de la propriété

⁸ RS 954.1

⁹ Cf. Annette Althaus, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle*, 2^e éd., Berne 2001, p. 176.

¹⁰ RS 351.1

¹¹ RS 101

¹² RS 0.101

d'exclure autrui de la jouissance de la chose est bafoué si les documents sont mis à disposition d'autres groupes de personnes.

Parmi les garanties de procédure figure notamment le droit d'être entendu selon l'art. 29, al. 2, Cst., qui inclut le droit de prendre part à la procédure, de consulter le dossier et d'obtenir une décision motivée¹³. Par ailleurs, l'art. 6 CEDH étend les garanties de procédure aux actions civiles et aux accusations pénales. Une exclusion explicite des voies de droit s'oppose à la garantie de l'accès au juge consacrée à l'art. 29a Cst., qui prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire.

Aux termes de l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public et proportionnée au but visé (cf. ch. 1.2.4 ci-dessous).

Inclusion des voies de droit

Une modification de l'art. 7 LEmb précisant que les dispositions de la PA s'appliquent tiendrait pleinement compte des intérêts des personnes physiques ou morales concernées. Or la pratique, par la Suisse, de l'assistance administrative internationale serait alors compromise, voire carrément impossible dans bien des cas.

Solutions de compromis

Plutôt qu'une inclusion ou une exclusion explicite des voies de droit, plusieurs autres approches peuvent être examinées.

Raccourcissement des délais: il serait possible de choisir un délai court pour utiliser les moyens de droit, par exemple dix jours. Les réglementations sur la suspension de délais doivent être exclues, afin que le délai soit valable dans tous les cas. Malgré tout, un délai de recours restreint ne saurait garantir un règlement rapide de l'affaire. Pour ce faire, il faudrait imposer un délai de traitement à l'autorité de recours, ce qui n'est guère praticable. Il serait aussi envisageable de retirer l'effet suspensif aux éventuels recours dans le but d'accélérer la procédure. A cet égard, il faut toutefois garder à l'esprit qu'une fois l'assistance administrative fournie, il n'est plus possible de revenir en arrière. Ce procédé n'est dès lors pas satisfaisant quant au résultat.

Comme mentionné plus haut, le Tribunal fédéral se considérait comme incompétent dans les affaires liées au programme «Pétrole contre nourriture», car il s'agissait d'affaires étrangères, lesquelles ne sont pas jugées par les tribunaux¹⁴. Par conséquent, le traitement du recours était du ressort du département, puis du Conseil fédéral. Dans ce contexte, il convient de relever que, depuis 2007, l'art. 83, let. h, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral¹⁵ exclut expressément les recours contre les décisions en matière d'entraide administrative internationale. A l'inverse, l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf)¹⁶ ne déclare pas expressément que les recours dans ce domaine sont irrecevables. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) pourrait néanmoins considérer sa compétence comme discutable en s'appuyant sur l'art. 32, al. 1, let. a, LTAf, vu que les questions ayant trait aux sanctions internationales concernent toujours des affaires

¹³ Cf. ATF 132 V 368 consid. 3.1 p. 370 s.

¹⁴ TF, arrêts 1A.173/2005 et 1A.203/2005/fzc du 10.10.2005, consid. 3.7 et 3.8.

¹⁵ RS 173.110

¹⁶ RS 173.32

relevant des relations extérieures. Cependant, dès lors que le droit international public confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal, par exemple si la CEDH était applicable, l'art. 32, al. 1, let. a, LTAF ne remettrait pas en cause la compétence du TAF.

Exclusion des voies de droit seulement pour certaines personnes: il serait également envisageable d'exclure la protection juridique uniquement pour les personnes faisant l'objet de sanctions (sanctions financières, interdictions d'entrée, etc.). Cette solution ne permettrait cependant pas d'atteindre le but recherché, étant donné que ces personnes ne sont que très rarement visées par les demandes d'assistance administrative. Ainsi, aucune des entreprises suisses sur lesquelles la CEI a demandé des informations au titre de l'assistance administrative ne figure sur une quelconque liste de sanctions.

Exclusion des voies de droit seulement dans le cas d'obligations relevant du droit international public: en l'espèce, les voies de droit ne seraient exclues qu'à la condition que la demande d'assistance administrative soit liée à des mesures de coercition que la Suisse est tenue de mettre en œuvre en vertu du droit international public, c'est-à-dire les mesures qui se fondent sur des décisions du Conseil de sécurité. Or une telle restriction n'est pas convaincante, car toutes les mesures ont en principe la même motivation, quel que soit l'organisme qui les a décidées.

1.2.4 Appréciation des différents intérêts

Comme l'a montré l'application pratique de la LEmb, la politique suisse en matière de sanctions, pour être efficace et crédible, exige une certaine souplesse dans l'assistance administrative internationale. Dans les cas d'urgence notamment, il peut arriver que les moyens de recours empêchent d'atteindre la finalité de l'assistance administrative internationale et que les mesures d'embargo auxquelles la Suisse participe manquent leur objectif. Il en va de même pour la pratique de l'assistance administrative internationale dans les lois régissant les contrôles à l'exportation. Il est notamment nécessaire, pour effectuer le contrôle de matériel de guerre ou de biens pouvant servir au développement ou à la fabrication d'armes de destruction massive, de pouvoir échanger des données avec les services étrangers compétents dans un délai parfois très court, afin d'être en mesure de stopper à temps des livraisons problématiques, voire illégales.

Si les autorités suisses d'exécution étaient obligées de rendre des décisions sujettes à recours dans le cadre de l'échange d'informations au titre de l'assistance administrative, la praticabilité et l'utilité de l'échange d'informations avec les autorités étrangères seraient fortement compromises. Faire usage des voies de droit en saisissant toutes les instances de recours possibles peut, comme l'a montré l'exemple de la CEI, empêcher de fournir l'assistance administrative à temps.

L'assistance administrative présuppose un conflit d'intérêts. D'un côté, l'échange de données avec les services étrangers compétents devrait être rapide, efficace et sans formalité. De l'autre, les personnes concernées ont un intérêt à ce que leurs droits individuels soient protégés de manière appropriée.

Il convient d'attacher une grande importance à cet intérêt à la protection juridique. Dans le champ d'application de la LEmb – mais aussi de la LFMG, de la LCB et de la LENU –, des intérêts publics majeurs sont cependant en jeu. Dans le cadre de

l'assistance administrative internationale, ces intérêts relèvent principalement de la politique extérieure, parfois aussi de la politique de sécurité.

Les mesures de coercition arrêtées par la Suisse, que ce soit pour faire appliquer des sanctions de l'ONU, de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) ou de ses principaux partenaires commerciaux, sont des mesures de solidarité internationale. Les sanctions sont des moyens prévus par le droit international public pour amener un Etat à un comportement déterminé, principalement en cas d'entorse au droit international public et souvent en lien avec le respect des droits de l'homme. La coexistence pacifique des peuples et le respect des droits de l'homme comptent parmi les objectifs de politique extérieure de la Suisse.

L'assistance administrative est fortement tributaire d'un bon fonctionnement réciproque. C'est donc en vertu du principe de réciprocité que la Suisse fournit elle aussi des prestations d'assistance. Il y va de son image et de sa crédibilité au sein de la communauté internationale.

Ces intérêts jouent aussi un rôle important dans la collaboration avec les organismes de l'ONU. En tant que membre de l'ONU, la Suisse est tenue de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité. Il serait néfaste pour l'image de la Suisse en tant qu'Etat membre que la collaboration avec les organes compétents de l'ONU échoue à cause des voies de recours nationales. Par ailleurs, les enquêtes de l'ONU sur la mise en œuvre des sanctions sur le plan international, comme celles menées par les groupes d'experts évoqués plus haut, revêtent également une importance pour la Suisse, car elles peuvent contenir des indications sur des infractions aux mesures de coercition arrêtées par notre pays. Si des soupçons d'infractions sont corroborés, une procédure pénale peut alors être engagée en Suisse.

Il ressort de ces considérations que la protection des intérêts publics doit primer l'intérêt privé à une pratique de l'assistance administrative internationale qui ouvre des moyens de droit. Et ce d'autant plus qu'il s'agit en l'espèce d'informations qui, avant d'être transmises à l'étranger, sont obtenues en Suisse soit sans contrainte, soit au moyen d'une décision sujette à recours et que, partant, la protection juridique est garantie. Une exclusion explicite des voies de droit lors de la transmission d'informations à l'étranger se révèle dès lors à la fois proportionnée et justifiée.

1.3 Changements proposés

1.3.1 Objet

L'art. 1 LEmb dresse une liste non exhaustive des domaines d'application des mesures de coercition et des instruments servant à faire appliquer les sanctions internationales. Le Conseil fédéral fixe la nature, le contenu et l'étendue des diverses mesures de coercition dans des ordonnances fondées sur la LEmb. Il se réserve ainsi la souplesse nécessaire à une mise en œuvre conforme au droit international public et adaptée aux cas d'espèce. Pour autant, la base légale existante ne suffit pas dans tous les cas. L'ordonnance du 18 mai 2004 sur la confiscation des avoirs et ressources économiques irakiens gelés et leur transfert au Fonds de développement pour l'Irak¹⁷ est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004. Par cette ordonnance, fondée sur l'art. 184, al. 3, Cst., le Conseil fédéral a mis en œuvre une décision contenue

¹⁷ RS 946.206.1

dans la résolution 1483 du Conseil de sécurité datée du 22 mai 2003, contraignante en vertu du droit international public. Bien qu'il soit possible de prendre d'autres mesures de coercition que celles citées à l'art. 1 LEmb, la confiscation de valeurs patrimoniales est une mesure très dure qui n'est pas comparable avec les exemples énumérés dans ledit article. Il s'agit donc de créer la base légale qui permettra de fonder sur la LEmb toute confiscation de valeurs patrimoniales, à l'instar du gel de ces valeurs. Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'à l'avenir l'ONU prévoie aussi, dans le cadre d'autres régimes de sanctions, l'obligation de confisquer des avoirs gelés et de les restituer à un pays, par exemple pour financer des programmes de reconstruction.

1.3.2 Champ d'application territorial

Les sanctions décidées par le Conseil de sécurité, qui sont contraignantes du point de vue du droit international public, prévoient presque toujours que les Etats membres non seulement interdisent certaines activités sur leur territoire, mais aussi soumettent au régime de sanctions leurs ressortissants à l'étranger et l'utilisation des navires battant leur pavillon et des aéronefs immatriculés sur leur territoire¹⁸.

Le champ d'application territorial des mesures de coercition n'est actuellement pas réglé expressément dans la LEmb. La législation se rapporte généralement à des faits qui se produisent sur le territoire national. Il n'est en principe pas prévu que les normes juridiques produisent un effet extraterritorial. A défaut de réglementation explicite du champ d'application des mesures de coercition et des éléments constitutifs d'infraction qui s'y rapportent, les infractions commises à l'étranger ne sont soumises au code pénal (CP)¹⁹ et au droit pénal accessoire que sous certaines conditions. C'est pourquoi les lois fédérales régissant l'aviation²⁰ et la navigation maritime²¹ prévoient expressément l'application du droit pénal suisse aux infractions commises à bord. L'art. 7 CP prévoit la poursuite pénale des ressortissants suisses:

- si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis ou que le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale;
- si l'auteur se trouve en Suisse ou qu'il est remis à la Suisse en raison de cet acte, et
- si, selon le droit suisse, l'acte peut donner lieu à l'extradition, mais que l'auteur n'est pas extradé.

Pour que la Suisse puisse tenter une action pénale, la double incrimination est généralement requise. Dans le cas des sanctions décidées par le Conseil de sécurité, cette exigence ne devrait normalement pas poser problème, vu que tous les Etats membres sont tenus, en vertu du droit international public, de mettre en œuvre les sanctions. S'agissant des sanctions «non universelles», par exemple dans le cas d'une mise en œuvre autonome de mesures prises par l'UE, il est par contre relativement aisé de contourner les sanctions en transférant l'activité dans un Etat non membre de l'UE. Le présent projet introduit le principe de nationalité, qui

¹⁸ Formulation usuelle: «[...] depuis leur territoire ou par leurs nationaux, ou au moyen d'aéronefs immatriculés sur leur territoire ou de navires battant leur pavillon [...]» (source: S/RES/1572 (2004) ad Côte d'Ivoire, par. 7).

¹⁹ **RS 311.0**

²⁰ LF du 21.12.1948 sur l'aviation (**RS 748.0**); cf. art. 97.

²¹ LF du 23.9.1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (**RS 747.30**); cf. art. 4.

permet de poursuivre une infraction commise à l'étranger indépendamment du droit applicable au lieu de commission.

1.3.3 Exclusion de la responsabilité pénale et civile

Dans la pratique, il peut se créer des tensions entre l'obligation d'appliquer les mesures de coercition arrêtées et les conséquences en matière civile et/ou pénale qui risquent de découler de l'observation de ces mesures, et ce, notamment dans le contexte des sanctions financières. En effet, les banques sont tenues de préserver le secret bancaire et de respecter leurs obligations contractuelles envers leur clientèle. La mise en œuvre des sanctions financières, qui consiste à geler des valeurs patrimoniales et à faire une déclaration au SECO, va à l'encontre de ces obligations. Les cas délicats sont en premier lieu ceux où la nécessité d'un gel des avoirs et d'une déclaration n'est pas flagrante. Dans ce type de cas, la banque doit pouvoir mettre des informations à la disposition du SECO, afin que celui-ci puisse clarifier la situation juridique, et bloquer des comptes à titre préventif sans que sa responsabilité civile ou pénale soit engagée, d'autant que, dans le cas contraire – c'est-à-dire lorsque aucune mesure n'est prise –, la banque ou les personnes responsables risquent une poursuite pénale en vertu de la LEmb. Cette incohérence doit être supprimée au moyen d'une exclusion de la responsabilité civile et pénale, celle-ci prenant en compte un souhait exprimé par les instituts financiers à l'égard de l'administration. Les personnes qui, en toute bonne foi, mettent en œuvre les mesures de coercition doivent être protégées, même s'il devait s'avérer a posteriori, c'est-à-dire à l'issue d'un examen par les autorités, que les mesures de coercition arrêtées n'englobent pas le cas en question et que, en conséquence, aucune mesure n'aurait dû être prise. L'exclusion de la responsabilité civile et pénale devrait, à terme, contribuer à une politique de sanctions plus efficace.

Une réglementation comparable a été introduite à l'art. 11 de la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent²², adapté par la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière²³. En matière de sanctions financières, le thème de la responsabilité civile a également été abordé dans le cadre du processus d'Interlaken (*Nonliability for Compliance with Sanctions*)²⁴. Par ailleurs, l'exclusion de la responsabilité peut aussi avoir de l'importance pour d'autres types de sanctions que les sanctions financières, en principe dans tous les contextes où le devoir de discrétion est de rigueur. C'est pourquoi le projet ne limite pas l'exclusion de la responsabilité civile et pénale aux seules sanctions financières.

1.3.4 Assistance administrative internationale

Le présent projet reprend, parmi les différentes variantes examinées (cf. ch. 1.2.3), celle qui exclut la protection juridique. En conséquence, la LEmb doit prévoir expressément que le droit de la procédure administrative ne s'applique pas à la

²² RS 955.0

²³ RO 2009 361

²⁴ Targeted Financial Sanctions: A Manual for Design and Implementation. Contribution from the Interlaken Process, 2001, p. 41.

transmission d'informations à l'étranger au titre de l'assistance administrative internationale. Une collaboration efficace et efficiente avec les services étrangers est particulièrement importante en matière de sanctions internationales. L'expérience a mis en exergue la grande souplesse que nécessite la mise en œuvre de l'assistance administrative au plan pratique. Dans les cas d'urgence notamment, il peut arriver que les possibilités de recours empêchent d'atteindre la finalité de l'entraide.

L'insertion proposée dans le droit positif garantit la sécurité juridique et crée une base légale au sens formel dans l'optique d'éventuelles restrictions de droits garantis par la Constitution.

1.3.5 Dispositions pénales

Adaptation à la révision de la partie générale du code pénal

Le 1^{er} janvier 2007, la révision de la partie générale du CP, qui instaure un nouveau régime des peines, est entrée en vigueur. Elle a aussi des conséquences sur le droit pénal accessoire. Dans les dispositions pénales des actes législatifs (droit pénal accessoire), les peines de l'ancien droit (réclusion, emprisonnement, arrêts et amende) ont été remplacées, sur la base des règles de conversion énoncées à l'art. 333 CP, par les nouvelles peines (peine privative de liberté, peine pécuniaire et amende), et des délais de prescription ont été fixés. Il s'agit avant tout de profiter de la présente révision pour introduire les nouvelles sanctions pénales et les nouveaux délais directement dans la LEmb.

Durcissement des sanctions pénales

Il est également proposé de durcir les peines encourues. Il faut savoir que les dispositions pénales de la LEmb ne sont effectivement applicables que dans des circonstances bien définies, autrement dit seulement pour certaines mesures de coercition. L'art. 11 LEmb dispose en effet que la LFMG, la LCB et la loi sur l'énergie atomique (l'actuelle LENU) priment lorsqu'il y a simultanément infraction à l'une de ces lois. De plus, les faits constitutifs d'un trafic prohibé au sens de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD)²⁵ sont réservés. Il s'ensuit que les dispositions pénales de la LEmb selon le droit en vigueur s'appliquent essentiellement aux violations des restrictions de déplacement, des sanctions financières et des sanctions frappant les services. Pour ce qui est des restrictions commerciales, comme l'embargo sur les biens d'équipement militaires, les biens concernés sont généralement déjà contrôlés et soumis à un régime d'autorisation en vertu de la LFMG, de la LCB ou de la LENU. Les infractions aux mesures de coercition commises en relation avec ces biens constituent donc souvent aussi une violation de l'une des trois lois citées. Lorsque les biens ne sont pas contrôlés en vertu de la législation sur les contrôles à l'exportation, il y a lieu d'examiner en premier lieu si les opérations douanières (importation, exportation, transit et trafic d'entrepôts douaniers) réalisent les faits constitutifs d'un trafic prohibé au sens de la LD. En l'espèce, l'application des dispositions pénales de la LEmb est écartée par l'art. 11, al. 2, LEmb. La LD prévoit des amendes pouvant atteindre le quintuple de la valeur des marchandises; en cas de circonstances aggravantes, le montant maximal de l'amende est augmenté de moitié; une peine privative de liberté de un an au plus

²⁵ RS 631.0

peut également être prononcée (art. 120 LD). Cette disposition de la LD s'applique aussi – en raison de la réserve figurant dans la LEmb – aux infractions commises dans le commerce de diamants bruts prévues dans l'ordonnance sur les diamants²⁶, qui est fondée sur la LEmb.

Les violations de sanctions ou de mesures d'embargo décrétées à l'échelle internationale ne sont généralement pas des affaires mineures. Il semble secondaire si les biens assortis de sanctions sont en même temps soumis aux mesures de contrôle des exportations ou s'ils peuvent circuler librement. Seule l'existence d'une interdiction internationale impose l'égalité de traitement des biens visés au regard d'infractions éventuelles.

Un traitement différencié entre les violations de sanctions frappant les biens – qui, comme indiqué plus haut, sont souvent poursuivies et jugées sur la base des dispositions pénales de la LFMG, de la LCB ou de la LENU – et les violations de sanctions frappant les services n'est pas non plus convaincant. Le soutien de nature financière ou autre susceptible de permettre l'acquisition, l'entretien ou l'utilisation de biens donnés devrait être passible de peines comparables à celles prévues dans les lois régissant les contrôles à l'exportation. Ces activités ne sont que rarement visées directement dans les lois régissant les contrôles à l'exportation. A titre d'exemple, le financement du trafic illicite de matériel de guerre est punissable selon l'art. 33, al. 1, let. f, LFMG.

Pour mettre fin au traitement différencié des violations en fonction du type de mesure de coercition sous-jacente, non seulement les réserves à l'égard d'autres législations ont été biffées dans la LEmb, mais le degré des peines encourues a été harmonisé avec celui des lois régissant les contrôles à l'exportation.

Responsabilité des entreprises

Comme évoqué, le présent projet vise à harmoniser les peines prévues dans la LEmb avec celles des lois régissant les contrôles à l'exportation. La LFMG, la LCB et la LENU prévoyaient, dans l'ancien droit, des amendes de 5 millions de francs au plus dans les cas graves. Selon le droit en vigueur, le montant de l'amende prévue en cas de crime, selon les critères de conversion fixés à l'art. 333, al. 5, CP, serait une peine pécuniaire de 1666 jours-amende au plus. En cas de non-paiement, une peine privative de liberté de plus de quatre ans serait alors possible. Des peines converties de cette ampleur sont certes autorisées par le CP révisé (art. 34, al. 1, CP), mais les peines pécuniaires doivent en principe remplacer seulement des peines privatives de liberté de un an au plus, soit 360 jours-amende. Aussi le projet ne prévoit-il qu'une peine pécuniaire normale, sans préciser le nombre de jours-amende. Cette solution permet au tribunal de fixer la peine à un maximum de 360 jours-amende de 3000 francs au plus (soit un total de 1 080 000 francs). La peine actuellement encourue ne peut donc, en l'espèce, être rattachée aux peines possibles dans l'ancien droit. En contrepartie, l'accent est mis dorénavant sur la responsabilité de l'entreprise.

En cas de crime ou de délit, l'art. 102, al. 1, CP, qui est aussi applicable dans le droit pénal accessoire, dispose qu'une entreprise peut, à titre subsidiaire, être punie d'une amende de 5 millions de francs au plus si l'infraction ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise.

²⁶ RS 946.231.11

L'art. 12 LEmb renvoie à l'art. 6 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif²⁷. Actuellement, cette dernière disposition est de toute façon applicable dans le cadre d'une action pénale; en revanche, si la juridiction pénale fédérale est prévue (cf. art. 14 LEmb), ce renvoi garantit un élargissement du cercle des personnes physiques pouvant être amenées à répondre de leurs actes, dans la mesure où le chef d'entreprise responsable peut aussi faire l'objet d'une poursuite pénale. Cependant, c'est justement ce renvoi qui devrait normalement exclure l'applicabilité de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise en vertu de l'art. 102, al. 1, CP. Même si l'auteur ne peut être identifié, il devrait toujours être possible d'imputer l'infraction à une personne physique placée plus haut dans la hiérarchie. La responsabilité subsidiaire de l'entreprise selon le CP serait ainsi esquivée²⁸.

Lorsque des entreprises suisses violent les prescriptions sur les embargos, la publicité qui en découle a souvent pour conséquence de nuire à la réputation de la Suisse. Ainsi, une mise en œuvre incomplète de sanctions financières par quelques instituts financiers peut avoir des répercussions sur la place financière tout entière. Pour les entreprises elles-mêmes, les infractions aux sanctions internationales représentent un gros risque en matière de réputation. Dans les cas extrêmes, les effets négatifs peuvent prendre une ampleur de nature à mettre en péril l'existence de ces entreprises, dans la mesure où leurs partenaires commerciaux prennent de la distance et où la poursuite des relations commerciales de longue date est compromise. Les mêmes réflexions valent pour les infractions portant sur du matériel de guerre, des biens nucléaires ou des biens qui peuvent servir à la fabrication d'armes de destruction massive.

Il est justifié d'intenter une action pénale contre une entreprise qui, dans des domaines aussi délicats, n'a pas pris toutes les mesures d'organisation nécessaires pour empêcher les infractions. Il est dès lors proposé, sur le modèle de l'art. 102, al. 2, CP, d'instaurer une responsabilité des entreprises qui soit parallèle à la punissabilité des personnes physiques. Les violations de la LEmb doivent être considérées, sous l'angle de leur gravité et de leurs conséquences, comme équivalentes aux infractions visées à l'art. 102, al. 2, CP. Sur le plan du contenu, il existe aussi des similitudes, par exemple avec l'interdiction de financer le terrorisme selon l'art. 260^{quinquies} CP: l'ordonnance du 2 octobre 2000 instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe «Al-Qaïda» ou aux Taliban²⁹, qui est fondée sur la LEmb, met en œuvre plusieurs résolutions du Conseil de sécurité relatives à la lutte contre le financement du terrorisme.

1.3.6 Juridiction

A la différence de la LFMG, de la LCB, mais aussi de la LENU, la LEmb ne prévoit pas la juridiction pénale fédérale mais la juridiction pénale administrative³⁰.

²⁷ RS 313.0

²⁸ Niklaus Schmid, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 2003, p. 203 s. Concernant l'applicabilité de l'art. 102, al. 1, CP, lorsque le caractère illicite de l'acte ne peut être totalement couvert par les moyens du droit pénal individuel: Günter Heine, Straftäter Unternehmen: das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, recht 2005, p. 5.

²⁹ RS 946.203

³⁰ Exceptions à la juridiction pénale fédérale: l'inobservation de prescriptions d'ordre selon l'art. 15a LCB et les contraventions selon l'art. 93 LENU.

L'autorité chargée d'enquêter sur les violations du régime de sanctions est en principe le SECO. Lorsque l'infraction revêt une importance particulière, le Ministère public de la Confédération peut, à la demande du SECO, se charger de l'enquête. Dans ce cas, la juridiction pénale fédérale est motivée. Il en a été ainsi lors des enquêtes relatives aux reproches formulés dans le rapport de la Commission d'enquête indépendante (CEI) sur le programme d'aide de l'ONU «Pétrole contre nourriture». Ces enquêtes, à la fois complexes et fouillées, ne peuvent être effectuées par l'administration: le Ministère public de la Confédération est de loin l'instance la plus qualifiée.

Le droit pénal administratif a son utilité lorsque la connaissance de la matière d'une unité administrative prime l'indépendance de l'organe d'enquête, y compris pour l'action pénale, et que l'on a plutôt affaire à des dossiers de peu d'importance. Ces conditions ne sont pas réunies pour la LEmb. En considération de la juridiction prévue par la LFMG, la LCB et la LENu, une réglementation identique s'impose pour la LEmb. La LEmb sert à l'application des sanctions internationales et même – dans la plupart des cas – à la mise en œuvre de décisions contraignantes en vertu du droit international public prises par le Conseil de sécurité. Compte tenu de sa portée internationale et de la comparabilité avec les cas relevant de la LFMG et de la LCB, la juridiction pénale fédérale doit désormais aussi s'appliquer à la LEmb.

Depuis l'entrée en vigueur de la LEmb, le SECO a mené, en se fondant sur le droit pénal administratif, près d'une douzaine d'enquêtes pénales pour violation de mesures de coercition. Il s'agissait, dans plus de la moitié des cas, d'infractions aux sanctions financières et commerciales à l'encontre de l'Irak.

1.3.7 Modification du droit en vigueur: lois fédérales sur le matériel de guerre, sur le contrôle des biens et sur l'énergie nucléaire

Les lois connexes à la LEmb (LFMG, LCB et LENu) doivent également être adaptées suite aux modifications apportées à la LEmb. Ces trois lois fédérales touchent notamment au contrôle des exportations que la Suisse s'est engagée à mettre en œuvre dans le cadre d'accords internationaux ou de régimes de contrôle des exportations contraignants d'un point de vue politique. Les restrictions commerciales arrêtées sur la base de la LEmb renvoient souvent à des extraits de listes de biens soumis à l'une de ces trois lois. Inversement, la LFMG, la LCB et la LENu contiennent des dispositions qui excluent l'octroi d'autorisations lorsque des mesures de coercition ont été édictées en vertu de la LEmb³¹. Il est par conséquent justifié de conserver les similitudes entre ces lois et d'adapter celles-ci de manière homogène dans le sillage d'une révision.

Le présent projet concerne avant tout les dispositions relatives à l'assistance administrative et les dispositions pénales. La problématique et la réglementation de l'entraide administrative internationale dans la LFMG, la LCB et la LENu sont quasiment les mêmes que dans la LEmb. Il est donc judicieux de ne pas prévoir l'exclusion explicite des voies de droit lors de la transmission d'informations à l'étranger au titre de l'assistance administrative dans la seule LEmb, mais de

³¹ Art. 25 LFMG, art. 6, al. 1, let. c, LCB et art. 7, let. c, LENu.

l'inclure également dans la LFMG, la LCB et la LENU. A l'instar de la LEmb, les dispositions pénales de la LFMG, de la LCB et de la LENU doivent être adaptées au nouveau système des peines du CP, et les nouvelles peines et nouveaux délais de prescription doivent être repris dans ces lois. Enfin, comme pour la LEmb, la responsabilité parallèle de l'entreprise doit aussi être introduite dans la LFMG, la LCB et la LENU.

L'extension du champ d'application de la LEmb à certains actes commis à l'étranger requiert en outre de combler une lacune du régime de l'autorisation dans la LFMG. D'aucuns ont reproché, par le passé, que le régime de contrôle des exportations de matériel de guerre mis en place par la Suisse peut être contourné très facilement dans le domaine du courtage³². Le courtage de matériel de guerre pour des destinataires à l'étranger requiert une autorisation spécifique lorsqu'il s'effectue depuis le territoire suisse et qu'il ne relève d'aucune des exceptions prévues (lieu de production en Suisse ou pays de destination selon l'annexe 2 de l'O du 25.2.1998 sur le matériel de guerre³³). Dès lors, transférer provisoirement ses activités à l'étranger suffit aujourd'hui à contourner l'obligation d'autorisation. Afin d'éliminer cette faille dans le régime de contrôle, le projet propose de compléter l'obligation d'autorisation en l'assujettissant au principe de nationalité. Ainsi, ce ne seront plus seulement les actes commis sur le territoire suisse, mais aussi ceux commis à l'étranger qui, sous certaines conditions, seront soumis à autorisation, et les infractions commises à l'étranger seront également punissables. Partant, la Suisse suit les recommandations de différentes enceintes internationales plaidant pour que les Etats contrôlent les activités menées en dehors de leur territoire par des courtiers possédant leur nationalité, ayant le siège de leurs activités ou résidant³⁴ sur leur territoire.

1.4 Droit comparé et rapports avec le droit européen

Champ d'application des sanctions

Pour comparer le champ d'application des mesures de coercition, prenons comme exemple la mise en œuvre de la résolution du Conseil de sécurité concernant la Côte d'Ivoire³⁵. Dans l'*Union européenne*, les sanctions de l'ONU, pour autant qu'elles relèvent d'une compétence communautaire, sont concrétisées par un règlement directement applicable. Le champ d'application s'étend³⁶:

- a. au territoire de la Communauté, y compris son espace aérien;
- b. à bord de tout aéronef ou de tout navire relevant de la juridiction d'un Etat membre;

³² Cf. p. ex. la motion Allemann du 12.6.2008 (08.3382 «Trafic d'armes. Comblent les lacunes de la loi») et la question Barga du 11.5.2006 (06.1056 «Trafic d'armes vers l'Irak et l'Afghanistan depuis la Suisse?»).

³³ RS 514.511

³⁴ Cf. Principes de l'OSCE relatifs au contrôle du courtage des armes légères et de petit calibre, FSC.DEC/8/04; Arrangement de Wassenaar: Elements for Effective Legislation on Arms Brokering, 2005.

³⁵ S/RES/1572 (2004).

³⁶ Règlement (CE) n° 560/2005 du Conseil, du 12.4.2005, infligeant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités au regard de la situation en Côte d'Ivoire, JO L 95 du 14.4.2005, p. 1; modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1240/2008 de la Commission du 10.12.2008, JO L 334 du 12.12.2008, p. 60.

- c. à toute personne, à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire de la Communauté, qui est ressortissante d'un Etat membre;
- d. à toute personne morale, à tout groupe ou à toute entité, établis ou constitués selon le droit d'un Etat membre;
- e. à toute personne morale, à tout groupe ou à toute entité exerçant une activité économique dans la Communauté³⁷.

Le champ d'application des sanctions propres à l'UE, c'est-à-dire qui ne résultent pas de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité, est délimité de manière identique. Il est, comme indiqué, très vaste. Les succursales à l'étranger sont en principe visées par la let. d.

Les *Etats-Unis* soumettent au régime de sanctions les personnes qui séjournent sur leur territoire ou y ont leur domicile, les citoyens américains et les entreprises créées selon le droit américain, y compris leurs succursales étrangères non indépendantes³⁸. Le *Canada* dispose d'un règlement analogue, qui vise les ressortissants canadiens à l'étranger et les entreprises créées ou gérées selon le droit canadien³⁹. La mise en œuvre des embargos sur les armes ne passe pas par un règlement de l'UE, mais par ses Etats membres. A cet égard, les interdictions *allemandes* s'appliquent aussi aux «Allemands se trouvant dans des espaces économiques étrangers»⁴⁰.

Si certains Etats peuvent inclure des faits qui se produisent à l'étranger en se fondant sur le principe de nationalité, cela ne signifie pas pour autant que la poursuite pénale n'est pas soumise à d'autres conditions. Ainsi, la *Finlande* prend en compte, en vertu du principe de nationalité, les personnes et les entreprises situées hors du territoire national mais requiert, pour l'action pénale, la double incrimination⁴¹.

Exclusion de la responsabilité pénale et civile

L'introduction prévue, dans le droit suisse, d'une exclusion de la responsabilité pénale et civile n'est pas une nouveauté pour l'UE dans le domaine des sanctions financières. L'exclusion de la responsabilité ne s'applique pas seulement aux sanctions financières décidées en propre mais aussi aux sanctions appliquées sur la base d'une décision du Conseil de sécurité:

«Le gel des fonds et des ressources économiques ou le refus d'en autoriser la mise à disposition, opéré de bonne foi au motif qu'une telle action est conforme aux dispositions du présent règlement, n'entraînent, pour la personne morale ou physique ou l'entité qui y procède, sa direction ou ses employés, aucune

³⁷ La let. e est parfois formulée ainsi «à toute personne morale, à toute entité ou à tout organisme, en ce qui concerne toute opération commerciale réalisée intégralement ou en partie dans la Communauté», cf. p. ex. l'art. 21 du règlement (CE) n° 194/2008 du Conseil du 25.2.2008 (Birmanie/Myanmar), JO L 66 du 10.3.2008.

³⁸ Cf. Sec. 3 de l'*Executive Order* du 10.2.2006: *Blocking Property of Certain Persons Contributing to the Conflict in Côte d'Ivoire*.

³⁹ Ch. 3 en relation avec le ch. 1 du règlement d'application des résolutions des Nations Unies sur la Côte d'Ivoire, Gazette du Canada, DORS/2005-127.

⁴⁰ Cf. chap. VIIj, § 69 j, ch. 6, de l'ordonnance du 22.11.1993 relative à la politique économique extérieure (*Aussenwirtschaftsverordnung*), BGBl. I, pp. 1934, 2493.

⁴¹ Cf. Martti Koskeniemi/Päivi Kaukoranta/Martin Björklund, 2004, Finlande, in: Vera Gowlland-Debbas (éd.), *National Implementation of United Nations Sanctions, A Comparative Study*, Leiden: Koninklijke Brill NV, 2004, pp. 167-194, p. 182; cf. également les contributions à la mise en œuvre dans d'autres Etats.

responsabilité de quelque nature que ce soit, à moins qu'il ne soit établi que les fonds et les ressources économiques ont été gelés à la suite d'une négligence.»⁴²

Cadre pénal

Les dispositions relatives aux violations des sanctions varient très fortement. Certains pays privilégient les sanctions financières. Le système des peines en vigueur en Allemagne et en Autriche ressemble à celui de la Suisse. Concernant les délits intentionnels, l'Allemagne⁴³ prévoit une peine privative de liberté de cinq ans au plus et, dans les cas graves, de deux ans au moins. En cas de négligence, l'auteur encourt une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. L'Autriche⁴⁴ prévoit une peine privative de liberté de deux ans au plus ou une peine pécuniaire de 360 jours-amende au plus pour l'auteur qui agit intentionnellement, et une peine privative de liberté de un an ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus pour l'auteur qui agit par négligence. Le nouveau degré de la peine prévu dans la LEmb est de cet ordre. Une harmonisation avec les sanctions prévues dans les lois suisses régissant les contrôles à l'exportation semble tout à fait judicieuse.

Réglementation du courtage en armements

Le Conseil de l'UE a arrêté, en 2003, une position commune sur le contrôle du courtage en armements⁴⁵. L'art. 2 dispose que les Etats membres doivent contrôler les activités de courtage se déroulant sur leur territoire. Ils sont aussi encouragés à envisager le contrôle des activités de courtage exercées hors de leurs frontières par leurs ressortissants résidents ou établis sur leur territoire. Une étude de 2004 a examiné les réglementations en matière de courtage dans différents Etats membres⁴⁶. Elle mentionne la Belgique, la Finlande, les Pays-Bas et la Suède, pays qui visent également, dans leur législation nationale, les activités extraterritoriales, mais dans des mesures fort différentes. Une forme de contrôle extraterritorial est exercée dans le cadre des embargos sur les armes. Des contrôles extraterritoriaux approfondis, c'est-à-dire effectués indépendamment du pays de destination, semblent être menés notamment par la République tchèque, l'Estonie, la Finlande, la Hongrie, la Lituanie, le Nicaragua, la Norvège, la Pologne, la Roumanie, la Suède, l'Ukraine et les Etats-Unis⁴⁷. Seule une quarantaine de pays dans le monde réglementent le courtage des armements.

1.5 Mise en œuvre

Aux termes de l'art. 2 LEmb, le Conseil fédéral a la compétence d'édicter des mesures de coercition sous forme d'ordonnances. Grâce à la disposition postestative

⁴² Formulation usuelle (ici, art. 14 du règlement (CE) n° 194/2008 du Conseil du 25.2.2008 (Birmanie/Myanmar), JO L 66 du 10.3.2008, p. 1.

⁴³ Cf. § 34 de la loi du 27.5.2009 sur les affaires économiques extérieures (*Aussenwirtschaftsgesetz*), BGBl. I, p. 1150.

⁴⁴ § 37 de la loi du 9.6.2005 sur les affaires économiques extérieures (*Aussenwirtschaftsgesetz*).

⁴⁵ Position commune 2003/468/PESC du Conseil du 23.6.2003, JO L 156 du 25.6.2003, p. 79.

⁴⁶ Holger Anders, Controlling arms brokering. Next steps for EU member states, janvier 2004, consultable sur le site: www.grip.org.

⁴⁷ Cf. Holger Anders/Silvia Cattaneo, Regulating Arms Brokering. Taking Stock and Moving Forward the United Nations Process, 2005, consultable sur le site: www.grip.org.

figurant à l'art. 2, al. 4, LEmb nouvellement proposé, le Conseil fédéral peut décider d'étendre le champ d'application territorial, dans les ordonnances, aux actes commis à l'étranger. Le Conseil fédéral a l'intention d'adapter les mesures de coercition aux directives contraignantes de l'ONU. Cela affecterait au premier chef les dispositions d'ordonnances édictées afin de concrétiser les sanctions du Conseil de sécurité concernant les biens et les services. Dans la mesure où cela peut améliorer l'application des sanctions, le Conseil fédéral examinera aussi les ordonnances portant sur les mesures de coercition adoptées dans le sillage des mesures prises par les principaux partenaires commerciaux de la Suisse. Une extension du champ d'application géographique des mesures de coercition aux actes commis à l'étranger devrait fortement contribuer, en particulier dans le cadre de sanctions qui ne sont pas mises en œuvre de manière universelle, à éviter tout contournement des règles.

1.6 Interventions parlementaires

En présentant ce projet, le Conseil fédéral répond également aux exigences de la motion Allemann du 12 juin 2008 (08.3382 «Trafic d'armes. Comblar les lacunes de la loi»). Cette motion, qu'il avait soutenue et proposé d'accepter, a été rejetée à une courte majorité (84 voix contre 77) par le Conseil national, le 1^{er} mars 2010. Le Conseil fédéral reste d'avis que le courtage et le commerce de matériel de guerre à l'étranger doivent être soumis au régime de l'autorisation dès lors que certains points de rattachement existent avec la Suisse. Cette approche permet d'éviter le contournement de la législation en vigueur.

2 Commentaire

2.1 Loi sur les embargos

Art. 1 Objet

Le nouvel *al. 3, let. c*, prévoit explicitement la possibilité d'édicter des mesures de coercition entraînant la confiscation d'avoirs et de ressources économiques. Le Conseil fédéral est habilité à régler l'utilisation ultérieure des valeurs patrimoniales confisquées conformément aux règles internationales. La palette des mesures à disposition du Conseil fédéral dans le cadre de la mise en œuvre des sanctions internationales n'est pas exhaustive. En ce qui concerne la délimitation par rapport à l'art. 13 LEmb, il est renvoyé aux commentaires relatifs à cet article.

Art. 2 Compétences du Conseil fédéral

Cet article a été réintitulé. Il a également été réorganisé et complété d'un *al. 4*. Les *al. 1 à 3* ont simplement été reformulés sans modification de leur contenu.

L'*al. 4* énumère les points de rattachement habilitant le Conseil fédéral à adopter des mesures de coercition relatives à des actes commis à l'étranger. Il s'agit donc d'une norme de compétence. Le Conseil fédéral définira, dans une ordonnance, et dans chaque cas donné – en fonction des sanctions internationales concernées –, la portée territoriale des mesures de coercition. Le régime de sanctions peut n'impliquer en lui-même aucun effet extraterritorial particulier, comme il peut prévoir différents

champs d'application selon les mesures qu'il contient, en distinguant, par exemple, les restrictions au commerce et les sanctions financières. Les mesures de coercition peuvent non seulement s'appliquer aux actes commis par des ressortissants suisses, mais aussi aux actes commis par quiconque possède un domicile en Suisse. Enfin, ces mesures doivent pouvoir s'appliquer aux actes commis à l'étranger par des personnes morales ou des organisations de droit suisse. La portée de cette disposition ne se limite pas aux activités transférées temporairement à l'étranger, mais englobe également les activités des succursales étrangères qui dépendent juridiquement d'entreprises suisses. Les filiales sises à l'étranger et juridiquement indépendantes, ne sont, à l'inverse, pas comprises dans le champ d'application possible des régimes de sanctions décrétés par la Suisse, lors même qu'elles seraient détenues à 100 % par une société suisse.

Art. 4a Exclusion de la responsabilité pénale, civile et contractuelle

La disposition protège, en premier lieu, «quiconque prend des dispositions en application des mesures de coercition». Ces «dispositions» doivent ainsi relever de l'une des mesures prévues dans les ordonnances correspondantes instituant des sanctions, comme le fait de procéder à un gel des avoirs ou de s'acquitter de l'obligation de déclarer y afférente. Les institutions financières se conformant de bonne foi à l'obligation de déclarer et permettant aux autorités d'accéder aux informations sont ainsi protégées. La bonne foi s'apprécie au regard de la disposition générale de l'art. 3 du code civil⁴⁸.

La disposition protège, ensuite, «quiconque transmet spontanément à l'autorité des informations qui pourraient être en relation avec de telles mesures [de coercition]». Cette formulation vise les situations dans lesquelles certains éléments rattachés aux sanctions pourraient être divulgués à une autorité bien qu'ils *ne tombent pas stricto sensu dans le champ de l'obligation de déclarer* découlant d'une mesure de coercition. Grâce à une telle disposition, toute personne souhaitant, notamment, vérifier la conformité au droit d'une transaction – ou d'une prestation – peut s'adresser au SECO, quand bien même le contrat – ou la loi – lui imposerait un devoir de discrétion. Elle fait donc naître une sorte de «droit de déclarer» permettant à celui qui en fait usage de ne pas craindre de répercussions négatives.

Art. 7 Entraide administrative et judiciaire entre autorités suisses et autorités étrangères

L'al. 1, let. b, relativise le devoir de discrétion du destinataire étranger de l'entraide administrative. Dans le cadre des sanctions de l'ONU, le Conseil de sécurité recourt régulièrement à des groupes d'experts chargés de contrôler l'application des sanctions, et de rédiger ensuite des rapports officiels qui sont accessibles au public. Dans le cadre de leur mandat, ces groupes d'experts s'adressent aux différents Etats membres en vue d'obtenir des informations. La Suisse considère qu'il s'agit alors de demandes d'entraide administrative. La réglementation proposée doit permettre de valider le principe de l'entraide administrative entre la Suisse et ces groupes d'experts, nonobstant le caractère public de leurs rapports. La disposition s'aligne,

⁴⁸ RS 210

dans sa formulation, sur les conditions relatives à l'assistance administrative internationale, précisées à l'art. 38, al. 2, let. b, de la loi sur les bourses⁴⁹.

Le nouvel *al. 7* exclut l'application de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)⁵⁰, reprenant ce faisant les conclusions du rapport rédigé par le groupe de travail interdépartemental à l'intention du Conseil fédéral. L'échange d'informations et de documents par voie d'entraide administrative n'est soumis à aucune forme. Cette absence de forme exclut tout droit des parties dans le cadre de la transmission d'informations. Un recours n'est possible que dans le cadre de l'obtention d'informations sur le territoire national, pour autant que les données concernées ne sont pas remises sur une base volontaire et dans la mesure où il est donc nécessaire d'ouvrir une procédure formelle sanctionnée par une décision.

Art. 9 Crimes et délits

Le *titre* a été complété dans la mesure où la disposition prévoit également des peines privatives de liberté de plus de trois ans (*al. 2*), de telle sorte qu'elle traite non seulement des délits, mais aussi des crimes.

Le degré de la peine a été revu en fonction du nouveau régime des peines; il a en outre été adapté à la législation en matière de contrôles à l'exportation, et renforcé en conséquence. Le délit intentionnel prévu à l'*al. 1* est passible d'une peine privative de trois ans au plus (un an selon l'ancien droit) ou d'une peine pécuniaire. Pour les cas graves prévus à l'*al. 2*, la peine privative de liberté a été doublée, passant de cinq à dix ans, et peut être assortie d'une peine pécuniaire. Les actes commis par négligence selon l'*al. 3* ne sont pas passibles d'une peine privative de liberté mais d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus (selon l'ancien droit, peine pécuniaire de 90 jours-amende au plus ou emprisonnement de trois mois au plus).

Art. 10 Contraventions

L'*al. 1* a été revu en application des nouvelles règles du CP et la peine des arrêts – prévue dans l'ancien droit – a été supprimée de la disposition. Les contraventions sont ainsi uniquement passibles de l'amende.

Selon l'art. 333, al. 6, let. b, CP, le délai de prescription pour l'action pénale prévu à l'*al. 4* aurait dû être de dix ans, ce qui l'aurait rendu plus long que le délai de prescription appliqué aux délits (sept ans). La présente révision permet de repenser ce délai et de le soustraire aux principes établis à l'art. 333, al. 6, CP (cf. phrase introductive de cette disposition). Dans l'ancien droit, le délai de prescription de cinq ans prévu pour les délits avait également été appliqué aux contraventions. Le projet prévoit que, pour les contraventions, l'action pénale se prescrit par sept ans, ce qui situe le délai de prescription dès lors au même niveau que celui applicable aux délits. Ce délai correspond en outre aux délais prévus dans différentes lois de droit pénal accessoire⁵¹. La règle sur l'interruption de la prescription est abrogée par la suppression de la 2^e phrase de l'al. 4 (cf. art. 333, al. 6, let. c, CP). La prescription prévue à l'art. 109 CP pour les contraventions est trop courte et n'est pas adaptée.

⁴⁹ RS 954.1

⁵⁰ RS 172.021

⁵¹ Cf. art. 52 de la LF du 22.6.2007 sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.1); art. 7 de la LF du 25.6.1982 sur les mesures économiques extérieures (RS 946.201).

Art. 11 Concours de plusieurs dispositions pénales

Cet article est abrogé. La LFMG, la LCB et la loi sur l'énergie atomique (l'actuelle LENu) perdent leur primauté, et la réserve sur le trafic prohibé de la LD tombe. La LD n'est plus pertinente, dans la mesure où sa disposition (art. 120, al. 2, LD) se déclare subsidiaire en matière de trafic prohibé. La question du concours des dispositions pénales de la LEmb avec les infractions prévues dans la LFMG, la LCB ou la LENu doit être appréciée selon le cas d'espèce, conformément aux règles pénales en matière de concours. Lorsque, par son acte, une personne enfreint simultanément plusieurs de ces lois, le juge peut augmenter la peine dans une juste proportion, conformément à l'art. 49 CP.

Art. 12 Infractions commises dans les entreprises

Le *titre* a subi une adaptation purement rédactionnelle.

Le nouvel *al. 2* introduit une responsabilité propre à l'entreprise, parallèlement à la punissabilité des personnes physiques. La formulation est empruntée à l'art. 102, al. 1 et 2, CP. A l'instar du régime prévu dans le CP, la responsabilité de l'entreprise s'applique aux crimes et délits, à l'exclusion des contraventions. Pour que l'entreprise soit tenue responsable de l'infraction, il doit pouvoir lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction. Il revient au juge d'établir, dans chaque cas, quelles mesures l'entreprise aurait dû mettre en place pour se libérer de sa responsabilité. L'amende maximale est de 5 millions de francs. Elle correspond à la peine maximale anciennement prévue par la LFMG, la LCB et la LENu. Les art. 102, al. 3 et 4, et 102a CP s'appliquent au surplus pour la fixation de la peine et les modalités de la procédure.

Art. 12a Crimes et délits commis à l'étranger

En vertu du nouvel art. 2, al. 4, qui étend le champ d'application territorial des mesures de coercition, les infractions commises à l'étranger peuvent dorénavant être poursuivies. Les *al. 1 à 3* règlent les détails relatifs à la punissabilité, et définissent la procédure pénale applicable. Pour qu'un acte soit punissable, peu importe le lieu où il a été commis. Il suffit que, dans le cas particulier, l'infraction commise à l'étranger entre dans le champ d'application de la mesure de coercition tel qu'il a été défini par le Conseil fédéral dans le cadre de l'art. 2, al. 4. L'art. 7, al. 4 et 5, CP, règle au surplus les cas d'imputation de peines qui ont été partiellement acquittées à l'étranger, ainsi que la poursuite pénale applicable aux cas prévus dans le CP.

Art. 13 Confiscation de matériel et de valeurs

L'*al. 2*, qui règle l'utilisation ultérieure du matériel et des valeurs confisqués, a été complété. Cette précision souligne la primauté accordée aux ordonnances instituant des mesures de coercition arrêtées. L'art. 13 LEmb traite de la confiscation de matériel et de valeurs qui présentent un lien avec une infraction pénale et donc, sont liés à la violation d'une sanction. Le nouvel art. 1, al. 3, let. c, LEmb, quant à lui, se réfère aux nouvelles mesures de coercition pouvant être adoptées dans le cadre de l'application de sanctions internationales. Les deux dispositions doivent donc être distinguées. Elles peuvent toutefois entrer en conflit lorsqu'une sanction n'est pas respectée et qu'il existe, parallèlement, une mesure de coercition réglant l'utilisation

du produit de la réalisation de matériel et de valeurs confisqués. Ce type de mesure peut alors entrer en concours avec la procédure inscrite à l'art. 13, al. 2, LEmb, qui prévoit que le produit éventuel de la réalisation de matériel et de valeurs confisqués doit être dévolu à la Confédération, sous réserve de la loi fédérale du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées⁵².

A ce jour, ce scénario ne s'est encore jamais présenté. Il est toutefois discuté à l'heure actuelle, dans le cadre du processus de Kimberley visant à lutter contre le commerce de diamants de la guerre, de constituer un fonds de solidarité. Ce fond pourrait être alimenté par les Etats participants grâce au produit de la réalisation de diamants bruts qui auraient été importés illégalement et saisis, puis confisqués par la suite. Les fonds ainsi récoltés pourraient servir au financement de projets destinés à améliorer les conditions de travail dans les mines. Le processus de Kimberley est une entente politique sans obligations juridiquement contraignantes. La Suisse participe au processus depuis sa fondation et applique le système international de certification des diamants bruts, par le biais de l'ordonnance sur les diamants⁵³, qui se fonde sur la LEmb. Si les discussions menées dans le cadre du processus de Kimberley concernant la constitution d'un fonds de solidarité devaient aboutir, la Suisse pourrait participer à ce fonds moyennant une modification de l'ordonnance sur les diamants. L'art. 13, al. 2, ne serait alors pas applicable, en raison de la réserve relative aux mesures de coercition.

Art. 14 Juridiction et obligation de dénoncer

La question de la juridiction relève dorénavant de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale fédérale⁵⁴. Le SECO perd ainsi sa compétence pour la poursuite et le jugement en matière pénale selon le droit pénal administratif. A l'avenir, le SECO sera appelé à dénoncer au Ministère public de la Confédération les infractions commises à l'encontre de la LEmb, à l'instar de ce qui se fait déjà pour les violations de la LCB et de la LFMG. L'*al. 2* soumet les autorités de la Confédération, des cantons et des communes à une obligation de dénoncer; le *titre* de l'article a donc été complété en conséquence.

2.2 Modification du droit en vigueur

2.2.1 Loi fédérale sur le matériel de guerre

Préambule

Selon la pratique adoptée par la Commission parlementaire de rédaction, il y a lieu de profiter de la révision partielle d'une loi pour en adapter le préambule à la nouvelle Constitution (Cst.)⁵⁵.

La loi fédérale sur le matériel de guerre se fonde sur l'art. 54, al. 1, Cst. octroyant à la Confédération la compétence en matière d'affaires étrangères, l'art. 107, al. 2,

⁵² RS 312.4

⁵³ RS 946.231.11

⁵⁴ RS 312.0; cette loi sera abrogée avec effet au 1.1.2011 et remplacée par le code de procédure pénale du 5.10.2007 (CPP; FF 2007 6583).

⁵⁵ RS 101

Cst. conférant à la Confédération le pouvoir de légiférer sur la fabrication, l'acquisition, la distribution, l'importation, l'exportation et le transit de matériel de guerre, ainsi que l'art. 123, al. 1, Cst. lui donnant le pouvoir de légiférer dans le domaine pénal.

Art. 15 Objet [courtage]

La formulation des *al. 1 et 3* a été précisée en ce sens que le terme général «autorisation spécifique» a été remplacé par le terme «autorisation de courtage».

Toute personne exerçant des activités de courtage depuis l'étranger et remplissant au moins l'un des trois points de rattachement cités avec la Suisse doit être titulaire d'une autorisation de courtage pour pratiquer (*al. 1^{bis}*). Le premier point de rattachement, cité à la *let. a*, se réfère à la nationalité du courtier. Le domicile constitue également un point de rattachement (*let. b*) s'il est situé en Suisse, quelle que soit la nationalité du courtier. Enfin, il y a rattachement à la Suisse, lorsque l'activité de courtage est exercée sur instruction (rapport de travail) ou sur mandat d'une entreprise suisse ou d'un établissement étranger dépendant juridiquement d'elle (*let. c*). Dans ce dernier cas de figure, c'est l'entreprise située en Suisse, et non la personne ou l'établissement se trouvant sur le territoire étranger, qui est soumis au régime d'autorisation. Par «entreprise», on entend non seulement les personnes morales, mais également les sociétés de personnes et les sociétés en raison individuelle. Lorsque le courtage se fait en direction d'Etats qui sont soumis à des sanctions internationales, les mesures de coercition fondées sur la LEmb peuvent également être déclarées applicables et l'activité de courtage être totalement prohibée (cf. à ce propos le nouvel art. 2, al. 4, LEmb).

Les cas décrits à l'*al. 1^{bis}* ne requièrent, de façon générale, qu'une autorisation de courtage. Contrairement à l'art. 15, al. 1 et 3, LFMG, aucune autorisation initiale ni aucune patente de commerce d'armes n'est requise.

Art. 16a Objet [commerce à l'étranger]

En 2002, le commerce à l'étranger a été soumis à autorisation afin d'endiguer les entorses pratiquées en matière de courtage. La LFMG soumet ces deux activités au même régime. Seule l'utilisation de la formulation retenue à l'art. 15 LFMG est à même d'éviter que l'extension proposée du régime de l'autorisation en matière de courtage ne soit contournée par le biais du commerce de matériel de guerre à l'étranger. Le commentaire relatif à l'art 15, al. 1^{bis}, LFMG (cf. supra) s'applique donc par analogie au nouvel *al. 1^{bis}*. Le terme général «autorisation spécifique» a été remplacé par le terme «autorisation de commerce» aux *al. 1 et 3*.

Dispositions pénales (art. 33 à 37)

Art. 33: les *al. 1 et 2* ont été modifiés conformément à l'art. 333, al. 2, let. a et b, CP, et les anciennes peines (réclusion, emprisonnement, amende), remplacées par leur régime équivalent actuel (peine privative de liberté et peine pécuniaire). Pour les actes commis par négligence (*al. 3*), la peine privative de liberté a été remplacée par une peine pécuniaire pouvant aller jusqu'à 180 jours-amende (emprisonnement de six mois au plus selon l'ancien droit). En application du régime de l'autorisation appliqué aux activités de courtage et de commerce à l'étranger (art. 15 et 16a

LFMG), les infractions commises à l'étranger dans le cadre d'une activité de courtage ou de commerce sont elles aussi punissables (nouvel *al.* 5).

Art. 34: le texte a été adapté au nouveau système de peines, en vigueur depuis 2007. Le degré de la peine demeure inchangé. Le nouvel *al.* 5 reprend le principe *ne bis in idem* et le principe de l'imputation, conformément à l'art. 7, al. 4 et 5, CP, vu que les actes commis à l'étranger en relation avec des armes ABC peuvent, dans certains cas, être poursuivis en Suisse (*al.* 4).

Art. 35: la disposition a été adaptée au nouveau système de peines, en vigueur depuis 2007. Le degré de la peine demeure inchangé.

Art. 36: l'*al.* 1 a été adapté au nouveau régime de peines du CP. L'ancienne peine des arrêts a été supprimée. Les contraventions sont dorénavant uniquement passibles de l'amende. Dérogeant aux principes de conversion prévus par le CP, le délai de l'action pénale a été fixé à sept ans (cf. commentaire ad art. 10 LEmb).

Art. 37: le *titre* a subi une adaptation purement rédactionnelle. A l'instar du régime proposé à l'art. 12 LEmb (cf. commentaire ad art. 12 LEmb), le nouvel *al.* 2 introduit, pour la LFMG également, une responsabilité pénale primaire de l'entreprise. Cette nouvelle responsabilité permet de maintenir l'amende maximale de 5 millions de francs, prévue jusqu'alors aux art. 33 à 35; cette peine n'est dorénavant applicable non plus aux personnes physiques, mais aux entreprises.

Art. 42 Entraide administrative entre les autorités suisses et les autorités étrangères

Le régime de la LFMG applicable à l'entraide administrative entre les autorités suisses et les autorités étrangères doit être adapté aux nouvelles dispositions de l'art. 7 LEmb (cf. commentaire ad. art. 7 LEmb).

2.2.2 Loi sur l'énergie nucléaire

Dispositions pénales (art. 88 à 94, 96 et 99)

Art. 88: si le régime de conversion des peines prévu à l'art. 333 CP avait été appliqué de façon stricte, les infractions des *al.* 1 et 3 auraient toutes deux été passibles d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Or, cela aurait eu pour effet d'effacer toute distinction entre le délit intentionnel et le délit commis par négligence. Diminuer l'ampleur de la peine privative de liberté pour le second n'aurait pas été conforme aux peines encourues pour des infractions similaires commises par négligence (p. ex. art. 223, al. 2, 230, al. 2, et 231, al. 2, CP). La disposition proposée ici prévoit donc d'augmenter de trois à cinq ans la durée de la peine privative de liberté pour les actes intentionnels (*al.* 1). L'*al.* 2 n'a, quant à lui, pas subi d'autre changement qu'une adaptation au nouveau régime des peines du CP.

Art. 89: cette disposition complète les réglementations de la législation sur les contrôles à l'exportation. Dès lors, l'acte commis par négligence prévu à l'*al.* 3 est puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende, à l'exclusion de toute peine privative de liberté (cf. commentaire ad art. 33 LFMG), à l'instar des dispositions

pénales de la LFMG et de la LCB. Les *al. 1 et 2* sont adaptés conformément à l'art. 333 CP.

Articles 90 à 93: les peines converties en application de l'art. 333 CP sont dorénavant directement reprises dans la LENu. Pour les actes commis par négligence dans le cadre des *art. 90, al. 2, 91, al. 2, et 92, al. 2*, la peine privative de liberté est abandonnée au profit d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende (peine d'emprisonnement de six mois au plus selon l'ancien droit). L'*art. 90, al. 3*, opère une distinction entre l'acte commis intentionnellement et la négligence; celle-ci est passible d'une amende de 100 000 francs au plus.

Art. 94: l'*al. 1* a subi une adaptation rédactionnelle. A l'instar du régime prévu à l'art. 12 LEmb (cf. commentaire ad art. 12 LEmb), le nouvel *al. 2* LENu introduit également un régime de responsabilité pénale primaire de l'entreprise en cas d'infractions aux art. 88 à 92.

Art. 96: le délai de prescription de l'action pénale pour les contraventions a été fixé de façon à ce qu'il soit le même que pour les délits; il est donc dorénavant de sept ans (cf. commentaire ad art. 10 LEmb).

Art. 99: le renvoi aux articles du CP relatifs à la confiscation a été actualisé et étendu. Les art. 69 à 72 CP sont applicables.

Art. 103 Entraide administrative entre des autorités suisses et étrangères

Le régime de la LENu en matière d'entraide administrative a été adapté, à l'instar de la nouvelle disposition de l'art. 7 LEmb. Le *titre* a été reformulé pour que sa teneur soit conforme aux articles correspondants de la LEmb, la LFMG et de la LCB.

2.2.3 Loi sur le contrôle des biens

Préambule

Selon la pratique adoptée par la Commission parlementaire de rédaction, il y a lieu de profiter de la révision partielle d'une loi pour en adapter le préambule à la nouvelle Constitution (Cst.)⁵⁶.

La loi sur le contrôle des biens se fonde sur l'art. 54, al. 1, Cst. octroyant à la Confédération la compétence en matière d'affaires étrangères, et l'art. 123, al. 1, Cst. lui donnant le pouvoir de légiférer en matière pénale.

Dispositions pénales (art. 14 à 16 et 18)

Art. 14: les peines correspondant au nouveau régime de peines, en vigueur depuis 2007, ont été intégrées directement dans la LCB. Les *al. 1 et 2* n'ont été retouchés que dans la mesure nécessaire au remplacement des anciens termes, en application de l'art. 333 CP. En ce qui concerne l'infraction commise par négligence visée à l'*al. 3*, la peine privative de liberté a été supprimée au profit d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à l'instar des dispositions correspondantes de la

⁵⁶ RS 101

personnel du SECO en ce qui concerne la mise en œuvre du régime de l'autorisation étendu dans la LFMG (courtage et commerce de matériel de guerre à l'étranger).

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Aucune conséquence n'est à prévoir pour les cantons et les communes.

3.3 Conséquences économiques

Le projet vise principalement les infractions pénales et les questions de procédure. L'extension du champ d'application de la LEmb à certains actes commis à l'étranger ainsi que l'extension du régime de l'autorisation de la LFMG au courtage et au commerce à l'étranger devraient généralement pas avoir d'impact – hormis quelques exceptions – sur les entreprises et personnes situées en Suisse. Il ne faut donc s'attendre à aucune conséquence sur l'économie.

4 Liens avec le programme de la législature

Le projet de modification apparaît dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011⁵⁷.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

5.1.1 Base juridique

La LEmb se fonde sur les art. 54, al. 1, 122, al. 1, et 123, al. 1, Cst. Les dispositions pénales sont modifiées sur la base de l'art. 123, al. 1, Cst., qui donne à la Confédération le pouvoir de légiférer dans le domaine pénal. Les autres modifications proposées relèvent principalement de l'art. 54, al. 1, Cst., qui établit la compétence de la Confédération dans le domaine des affaires étrangères. Cette disposition octroie à la Confédération un pouvoir étendu dans ce domaine. Celle-ci dispose, notamment, du pouvoir d'adopter des mesures au niveau national, et d'édicter, par exemple, des actes législatifs réglant ses relations avec l'extérieur.

Les modifications apportées au droit en vigueur trouvent leur fondement à l'art. 107, al. 2 (pour la LFMG), à l'art. 90 (pour la LENu), à l'art. 54, al. 1, Cst. (pour la LCB) et à l'art. 123, al. 1, Cst., en ce qui concerne les dispositions pénales.

⁵⁷ FF 2008 706

5.1.2 Compatibilité avec les droits fondamentaux

L'atteinte aux droits fondamentaux n'est licite qu'à la condition d'être prévue dans une loi, d'être justifiée par un intérêt public et de répondre au principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.). Le projet contient un certain nombre de dispositions sensibles en matière de droits fondamentaux.

La confiscation et la réalisation de valeurs patrimoniales, prévues de façon explicite à l'art. 1 LEmb, constituent une atteinte à la garantie de la propriété selon l'art. 26 Cst. Le projet proposé établit donc la base légale nécessaire, sur laquelle le Conseil fédéral s'appuiera pour régler les détails d'application par voie d'ordonnance. En ce qui concerne l'intérêt public en cause, il relève de la politique extérieure. Dans la mesure où la confiscation des valeurs découle d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, les normes de droit international public exigent de la Suisse qu'elle applique la résolution. Dans les autres cas, le projet permet à la Suisse d'adopter les mêmes mesures de coercition que ses principaux partenaires commerciaux. Il s'agit d'un geste de solidarité, contribuant à la bonne image de la Suisse et à sa crédibilité sur le plan international.

S'agissant de l'atteinte aux droits fondamentaux dans le contexte de l'assistance administrative internationale, il y a lieu de se référer au commentaire figurant au ch. 1.2.

L'extension du régime de l'autorisation de la LFMG au courtage et au commerce à l'étranger peut porter atteinte à la liberté économique inscrite à l'art. 27 Cst. La base légale rendant cette atteinte licite se situe aux art. 15 et 16a LFMG. L'intérêt public est ici fondé sur l'art. 107, al. 2, Cst., qui donne mandat à la Confédération de légiférer sur la distribution de matériel de guerre. La mise sous contrôle de ces activités à l'étranger est également motivée par des intérêts nationaux, qui relèvent également de la politique extérieure. Le commerce illégal d'armes est en règle générale un sujet sensible, éveillant l'attention. Si un citoyen suisse ou une entreprise située en Suisse est mêlé à du commerce illégal, la réputation de la Suisse s'en trouve systématiquement salie. Le régime de l'autorisation a donc également pour but de veiller à la réputation de la Suisse au sein de la communauté internationale.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le présent projet tient en outre compte des engagements pris par la Suisse sur le plan international.

Selon l'art. 25 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945⁵⁸, les résolutions du Conseil de sécurité prononcées en application du chap. VII de cette charte, lient tous les Etats membres. Le projet soumis ici permet de répondre entièrement aux décisions du Conseil de sécurité concernant le champ d'application des sanctions prononcées (cf. ch. 1.3.2).

Aucune norme de droit international public n'impose aux Etats de réglementer le courtage et le commerce de matériel de guerre à l'étranger. Cependant, la Suisse est partie à l'Arrangement de Wassenaar (Wassenaar Arrangement, WA) et membre de

⁵⁸ RS 0.120

l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). Ces deux organisations recommandent aux Etats non seulement d'exercer un contrôle sur les activités de courtage dans le cadre de leur souveraineté territoriale, mais également d'étendre ce contrôle aux activités exercées à l'étranger par leurs propres ressortissants, respectivement par des personnes domiciliées – ou des entreprises ayant leur siège – sur leur territoire (cf. ch. 1.3.7). La réglementation proposée déploie des effets extraterritoriaux. Cette extension extraterritoriale est possible pour autant qu'elle ne soit pas interdite par des accords internationaux et qu'elle s'applique à des faits suffisamment rattachés au droit du pays concerné⁵⁹. Parmi les critères de rattachement figurent notamment les principes de territorialité et de personnalité⁶⁰. Le second principe permet en particulier à un Etat donné d'intervenir dans le cas d'actes commis à l'étranger qui impliquent l'un des ses ressortissants. Concernant la «nationalité» d'une entreprise internationale⁶¹, différents principes ont été développés. Selon le principe de l'incorporation, une personne morale est rattachée à l'Etat sous le droit duquel elle a été créée. Le principe du siège rattache l'entreprise à l'Etat dans lequel se situe son siège social réel. Le principe du contrôle rattache la personne morale à l'Etat dont les ressortissants contrôlent effectivement la société, par exemple en fonction de la nationalité de la majorité de ses détenteurs. Les nouvelles dispositions proposées dans la LEmb (champ d'application territorial) et la LFMG (courtage et commerce à l'étranger) se fondent, en partie, sur le critère de l'incorporation, et en partie, sur celui du siège.

Il ressort de ces explications que le projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse.

5.3 Forme de l'acte

Le projet contient certaines dispositions importantes qui fixent des règles de droit au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. Le projet doit donc être édicté sous la forme d'une loi fédérale.

5.4 Délégation de compétences législatives

Une loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue (art. 164, al. 2, Cst.). La délégation de compétence définit l'objet, l'étendue et les principes directeurs de la réglementation déléguée.

Dans le cas présent, le législateur octroie au Conseil fédéral le droit de fixer, dans un cadre bien défini, le champ d'application territorial des mesures de coercition (art. 2, al. 4, LEmb). En outre, la liste non exhaustive des moyens dont dispose le Conseil fédéral pour appliquer les sanctions internationales a été complété par une référence expresse au droit de confisquer des valeurs patrimoniales et de régler leur utilisation ultérieure (art. 1 LEmb). Dès lors, le Conseil fédéral n'aura plus à édicter des ordon-

⁵⁹ Cf. ATF **118** Ia 137 consid. 2b p. 142

⁶⁰ Cf. ATF **126** II 212 consid. 6b p. 214

⁶¹ Cf. arrêt de la Cour internationale de justice du 5.2.1970: Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, CIJ Recueil 1970, p. 3 ss., n. marg. 70.

nances constitutionnelles directes pour prendre de telles mesures; celles-ci pourront être adoptées sur la base de la LEmb.