



Entretien avec Monsieur Albert Castel

réalisé par Monsieur Ghenadie Radu, Dr. en droit, Directeur d'Altaprisma

Paris, le 12 décembre 2015

Les biens à double usage et la clause « *attrape-tout* »

Altaprisma : Merci d'avoir accepté l'idée et trouvé le temps de nous accorder cet entretien. Pourriez-vous vous présenter brièvement, s'il vous plaît ?

A. Castel : En juin 2010, j'ai créé une entreprise appelée Technidouanes pour exercer une activité de consultant comme expert en produits industriels déclarés à l'administration des douanes. Ma compétence porte notamment sur le classement tarifaire des marchandises, du chapitre 25 au chapitre 98 de la nomenclature combinée du tarif douanier commun (NC), et sur le classement des produits et technologies susceptibles de relever de la réglementation des biens à double usage (BDU) ou soumis à restrictions à l'encontre de certains pays.

Avant cela, j'étais fonctionnaire au Ministère de l'économie et des finances. D'abord comme ingénieur au laboratoire de Paris pour l'analyse physico-chimique et le classement tarifaire des produits industriels déclarés en douane. Puis comme expert en produits et technologies stratégiques : 13 ans comme conseiller scientifique des bureaux, de la direction générale et des services d'enquête des douanes (DNRED, SRE et SNDJ) ; et 5 ans comme chargé de mission dans les services du Premier Ministre (bureau des transferts de technologies de ex-SGDN).

Compte tenu de mon activité actuelle comme consultant indépendant, principalement pour assister des avocats sollicités par des entreprises victimes d'erreurs d'appréciation de la part des douanes, j'ai donc acquis au total une expérience de plusieurs dizaines d'années sur le classement tarifaire des produits industriels et de 23 ans sur l'interprétation de la liste des BDU et des biens soumis à embargo.

Altaprisma : Vous avez parlé de biens à double usage et d'embargo. Pouvez-vous expliquer de quoi il s'agit ?

A. Castel : Les contrôles à l'exportation sont nécessaires pour empêcher les pays qui n'ont pas signé ou qui ne respectent pas les traités de non-prolifération des armes de destruction massive de se procurer dans le commerce international des biens à usage civil utilisables pour la production ou l'utilisation des armes nucléaires, chimiques, biologiques et de leurs vecteurs (aériens ou sous-marins).

Dans tous les pays soucieux de lutter contre ce fléau, les réglementations en matière d'« *export control* » sont fondées sur les accords conclus dans quatre instances intergouvernementales : l'arrangement de Wassenaar, le groupe des fournisseurs nucléaires, le groupe d'Australie, le régime du contrôle de la technologie des missiles et l'organisation pour l'application du traité d'interdiction des armes chimiques.

Les pays membres de l'Union européenne appliquent le règlement n° 428/2009 modifié, fondé d'abord sur les conclusions du Conseil européen de Thessalonique de 2003 et de celui qui a suivi en décembre 2003 ; puis sur la résolution n° 1740 (2004) du 28 avril 2004 du Conseil de sécurité de l'ONU, dont l'annexe I correspond aux « *biens connexes* » à usage tant civil que militaire. Cette liste de biens à double usage, révisée par le règlement délégué n° 1382/2014 du 23 octobre 2014 de la Commission européenne rassemble les produits et technologies listés par ces instances internationales.

Le Japon, l'Australie, le Canada et les autres puissances industrielles ou émergentes ont des réglementations équivalentes.

Quant aux USA, les biens à usage civil susceptibles d'être détournés à des fins militaires ou malveillantes font l'objet de l'*Export Administration Regulation (EAR)*, qui couvre non seulement les biens répertoriés dans les cinq instances intergouvernementales citées ci-dessus, mais aussi tous les biens risquant de constituer une menace pour la sécurité des Etats-Unis, notamment terroriste. Cette réglementation est très sévère et s'applique dans le monde entier.

En d'autres termes, toute opération illicite portant sur un bien d'origine américaine figurant dans « *Commerce Control List (CCL)* », fait l'objet de sanctions pénales de la part de la justice américaine, quel que soit le pays où cela s'est produit ; puis d'une mise à l'index de la personne physique ou morale fautive l'empêchant de continuer à avoir des relations commerciales avec les entreprises américaines, et éventuellement d'une dénonciation par voie diplomatique dans le pays concerné en vue de poursuites judiciaires locales. De plus, tout règlement financier en dollars par l'intermédiaire de banques américaines, en tant qu'acompte ou paiement d'une prestation illicite au vu de l'EAR, conduit à une sanction financière de la part des Etats-Unis au delà de son territoire.

Altaprisma : On entend parler de plus en plus souvent de la “catch all clause” qui entraîne de sérieux soucis pour les exportateurs. Est-ce une invention américaine pour entraver nos exportations ?

A. Castel : Dans le passé, la France s'opposait au principe américain d'application d'une « *clause attrape-tout* » permettant d'interdire l'exportation d'un bien quelconque risquant d'être utilisé pour la production ou l'emploi d'armes de destruction massive ou de leurs vecteurs, même s'il en figure pas sur les listes de contrôle.

Les autorités françaises de l'époque considéraient que le principe d'application d'une réglementation non exhaustive qui « *attrape* » tout bien non prévu dans une liste bien précise n'était pas conforme au droit français ; et que, de toute façon, cela ne permettait pas de bloquer des marchandises venant d'être déclarées, ni de sanctionner a posteriori des exportations d'équipements ou de technologies a priori non stratégiques, mais quand même détournés de leur usage civil à des fins gravement malveillantes.

La France a changé d'avis à la réunion du Conseil de l'Union européenne de décembre 1994 en acceptant de faire figurer dans le champ d'application de son règlement initial n° 3381/94 du 19 décembre 1994 un alinéa permettant de soumettre à autorisation des biens à double usage non repris dans la liste de contrôle:

" TITRE II Champ d'application

Article 3

1. L'exportation des biens à double usage figurant sur la liste de l'annexe I de la décision 94/942/PESC du Conseil, du 19 décembre 1994, relative à l'action commune, adoptée par le Conseil sur la base de l'article J.3 du traité sur l'Union européenne concernant le contrôle des exportations de biens à double usage (1) est soumise à autorisation.

2. Conformément à l'article 4 ou 5, l'exportation vers toutes ou certaines destinations de certains biens à double usage ne figurant pas sur la liste de l'annexe I de la décision 94/942/PESC peut être soumise à autorisation.

3 ... "

Cette « *clause attrape-tout* » a été reprise dans la première refonte de ce texte au moyen du règlement du Conseil n° 1334/2000 du 22 juin 2000, puis dans la seconde au moyen du règlement du Conseil n° 428/2009 du 5 mai 2009 (article 4). Cette base juridique est solide, d'autant que des directives et recommandations en ce sens ont été publiées au cours du début des années 2000 lors de réunions plénières de l'arrangement de Wassenaar, du groupe des fournisseurs nucléaires, du groupe d'Australie et du régime de contrôle de la technologie des missiles.

Altaprisma : Si on comprend bien, l'application de la « clause attrape-tout » correspondant aux dispositions de l'article 4 du règlement du Conseil n° 428/2009 est légale. Pourquoi serait-elle contestable ? L'administration ferait-elle preuve d'excès de pouvoir en ne motivant pas sa décision ?

A. Castel : Elle est légale a priori, mais pas toujours légitime. Normalement, l'article 4 du règlement n° 428/2009 ne s'applique qu'en cas de soupçon de détournement de biens civils en vue de produire des destructions massives de populations humaines ou de leur habitat, et non en cas de risque d'actions criminelles limitées.

Il n'est pas légitime d'interdire au moyen de cette réglementation l'exportation de produits industriels ou agricoles courants qui, après transformation par des personnes malveillantes, pourraient devenir des armes par destination, sans pour autant constituer des armes de destruction massive. En l'absence de dispositions réglementaires visant à éviter l'emploi de biens purement civils à des fins terroristes, complétées par une liste secondaire de biens sensibles, nos industriels n'ont pas à subir les conséquences de soupçons de détournement de destination de pesticides, de combustibles, de poudres métalliques, de produits chimiques de base, et autres marchandises ou technologies paraissant tout à fait banales ; ni le blocage par précaution des biens, dont les caractéristiques n'atteignent pas tout à fait celles des produits et technologies répertoriés comme BDU.

En revanche, aux Etats-Unis, les alinéas de la Commerce Control List (CCL), répertoriés dans l'Export Control Classification Number (ECCN), correspondent à ceux de la liste européenne des biens à double usage, à laquelle les américains ajoutent les alinéas « *EAR99* », « *600 Series* » et « *9x500 Series* ».

Ces rubriques ECCN complémentaires visent les biens susceptibles d'un usage malveillant. Ceux-ci sont passibles de contrôles à l'exportation sous le régime de l'Export Administration Regulations (EAR) pour assurer la sécurité de leur pays et celle de leurs clients.

En France, dans beaucoup de cas, l'application de l'article 4 du règlement n° 428/2009 modifié constitue une entrave aux exportations, appelée « *dommages collatéraux* », mettant en péril l'activité des entreprises de bonne foi qui exportent des biens ne présentant aucun danger de détournement criminel. Ceci résulte d'un excès du « *principe de précaution* » de la part d'une administration qui exerce un « *pouvoir régalien* » et qui communique sa décision sans jamais la motiver, en invoquant la « *raison d'Etat* ».

Il ne s'agit pas d'un « *excès de pouvoir* » car le Ministère chargé de l'industrie délivre un refus d'exporter avec possibilité théorique de recours devant le tribunal administratif. Il ne motive pas sa décision conformément aux dispositions de l'article L311-5 du code des relations entre le public et l'administration :

I.-Ne sont pas communicables :

1°

2° Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte :

- a) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;
- b) Au secret de la défense nationale ;
- c) A la conduite de la politique extérieure de la France ;
- d) A la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ;

En revanche, l'utilisation de la clause « attrape-tout » est illégale a posteriori car il s'agit d'une décision administrative non rétroactive.

Le mot de la fin

A. Castel : Depuis les terribles attentats du groupe Etat islamique (DAECH) commis en France en janvier et novembre 2015, il est tout à fait normal d'accentuer les contrôles des marchandises aux frontières de l'Union européenne. Pour cela, la stricte application de la réglementation des biens à double usage (et des biens soumis à mesures restrictives à l'exportation) est nécessaire pour éviter de donner à des dictatures étatiques ou terroristes la possibilité d'anéantir des villes entières par des moyens nucléaires, biologiques ou chimiques (NBC).

Mais, en l'absence de listes complémentaires prévoyant la lutte contre la prolifération des bombes artisanales et autres moyens criminels, en plus des armes de destruction massive de type NBC, il existe un vide juridique qui n'est pas comblé par la « *clause attrape-tout* ».

La mauvaise application de cette disposition et les lenteurs administratives causées par la transmission des « *dossiers hors licence* » à la Commission interministérielle des biens à double usage conduit à un préjudice économique dont beaucoup d'entreprises sont victimes.

Les « *dossiers hors licence* » sont : soit des demandes de licence d'exportation déposées à la suite d'une mauvaise lecture de la liste des biens à double usage de la part de l'exportateur ; soit des interrogations de la part des contrôleurs des douanes ; soit encore des demandes d'information par excès de prudence des exportateurs de produits de hautes technologies.

La décision de blocage, sans motivation écrite, ni explication verbale à l'intéressé signalant un risque NBC, ne relève que de la politique extérieure de la France, dans la mesure où elle est prise par la commission interministérielle des biens à double usage, présidée par le Ministère des affaires étrangères.

Donc, les blocages de biens purement civils ne peuvent pas être justifiés par la « *raison d'Etat* », sauf dérogation « *régaliennne* » à la réglementation consécutive à la politique gouvernementale en matière d'économie, de diplomatie, de défense et de sécurité nationale, après saisine des services du Premier Ministre (SGDSN ou SGG). Actuellement, il s'agit plutôt du « *fait du prince* » car chacune de ces décisions intempestives est prise au niveau ministériel, au lieu de l'être au nom du chef du Gouvernement.

Altaprisma : Nous vous remercions pour vos éclairages.

* * *

© Altaprisma. Tous droits réservés.

Altaprisma n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce texte. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. En aucun cas la responsabilité d'Altaprisma ne pourra être engagée. La reproduction partielle ou intégrale de ce texte est autorisée à condition d'en indiquer la source :

<http://www.altaprisma.com/entretiens-points-de-vue/a-castel/>