

Vol. 20, n° 1

L'impact des mesures canadiennes et américaines de contrôle des exportations sur la recherche et le développement

Marie-Josée Lapointe et Lorraine Laquerre*

1. INTRODUCTION	95
2. HISTORIQUE DES RÉGIMES AMÉRICAIN ET CANADIEN	96
2.1 Au niveau international	96
2.2 Aux États-Unis	98
2.3 Au Canada	100
3. MESURES DE CONTRÔLE DES EXPORTATIONS	102
3.1 États-Unis	102
3.1.1 Champ d'application des programmes de contrôle des exportations	103
3.1.1.1 Personnes visées par l'EAR et l'ITAR	103

© Marie-Josée Lapointe et Lorraine Laquerre, 2008.

* Avocatess chez BCF s.e.n.c.r.l.

3.1.1.2	Marchandises contrôlées	103
3.1.1.3	Licence d'exportation	104
3.1.2	Applicabilité des contrôles d'exportation de marchandises contrôlées	105
3.1.2.1	Définition d'exportation	105
3.1.2.1.1	En vertu de l'ITAR	106
3.1.2.1.2	En vertu de l'EAR	107
3.1.2.2	Exportation présumée	108
3.1.2.3	Restrictions géographiques aux exportations	111
3.1.2.4	Sanctions	112
3.1.2.4.1	En vertu de l'ITAR	112
3.1.2.4.2	En vertu de l'EAR	113
3.1.3	Exceptions à l'obtention d'une licence d'exportation	115
3.1.3.1	Recherche fondamentale	115
3.1.3.1.1	En vertu de l'ITAR	117
3.1.3.1.2	En vertu de l'EAR	120
3.1.3.3	Exemptions canadiennes (126.5 ITAR)	121
3.1.4	Recommandations aux entreprises	123
3.1.5	Cas pratiques	124
3.1.5.1	Une compagnie américaine souhaitant exporter au Canada	124
3.1.5.2	Une université américaine souhaitant accueillir un étudiant étranger au niveau des études supérieures	124

3.1.6	Recommandations aux institutions universitaires	125
3.2	Canada	125
3.2.1	Champ d'application des programmes de contrôle des exportations	126
3.2.1.1	Inscription préalable au PMC	126
3.2.1.1.1	Personnes devant s'inscrire au PMC	126
3.2.1.1.2	Personnes exclues de l'inscription au PMC	128
3.2.1.1.3	Personnes exemptées de l'inscription au PMC	128
3.2.1.2	Marchandises visées par le régime canadien du contrôle à l'exportation	130
3.2.1.3	Licence d'exportation	132
3.2.1.4	Exemptions au régime canadien des contrôles à l'exportation	133
3.2.1.4.1	Recherche fondamentale et informations relevant du domaine public	133
3.2.1.4.2	Technologie minimale	134
3.2.2	Applicabilité des contrôles d'exportation de marchandises contrôlées	135
3.2.2.1	Définition d'exportation	135
3.2.2.2	Restrictions géographiques aux exportations	135

3.2.2.3	Sanctions si non-respect	136
3.2.3	Cas pratiques	136
3.2.3.1	Une compagnie canadienne qui souhaite exporter une marchandise contrôlée	137
3.2.3.2	Une compagnie canadienne souhaitant exporter une marchandise incorporant un élément ITAR	137
4.	IMPACT DES MESURES DE CONTRÔLE DES EXPORTATIONS	138
4.1	Sur la recherche et le développement	138
4.1.1	Étudiants étrangers	138
4.1.2	Restrictions imposées dans les contrats de recherche	141
4.1.3	Difficultés d'interprétation des lois et règlements en matière de contrôle des exportations	142
4.1.4	Manque de transparence au niveau de la communication d'informations entre entreprises privées et universités	144
4.1.5	Illustrations de cas vécus dans le domaine de la recherche scientifique	145
4.2	Sur l'économie	146
4.3	Sur les droits et libertés.	149
5.	CONCLUSION	150
	Légende	151
Annexe A	Catégories de marchandises contrôlées sous la <i>United States Munitions List</i>	153
Annexe B	Catégories de marchandises contrôlées sous la <i>Commerce Control List</i>	154

1. INTRODUCTION

Avec la croissance de plus en plus importante du commerce international, les États-Unis et le Canada ont mis en place un régime imposant des mesures de contrôle à l'exportation pour certaines marchandises pouvant avoir une valeur stratégique, et ce, afin de protéger leur économie nationale, de contrôler le mouvement des marchandises et des technologies stratégiques, de protéger leur sécurité nationale et de respecter leurs obligations internationales contre la prolifération des marchandises et technologies à potentiel militaire, tout en favorisant le développement et la vente de produits domestiques¹.

Alors que les politiques de contrôle des exportations étaient par le passé axées sur un contexte de guerre traditionnelle, elles se sont développées de façon fulgurante dans les dernières années afin de s'adapter à la nouvelle réalité des menaces de groupes terroristes et au développement d'armements de plus en plus sophistiqués. Ces inquiétudes par rapport au maintien de la sécurité nationale sont d'autant plus accentuées par la facilité accrue avec laquelle des informations stratégiques peuvent être communiquées. Nous sommes en effet entrés dans une ère moderne où les informations sensibles peuvent être transférées à un ennemi potentiel par un simple clic de souris².

Les mesures de contrôle applicables aux exportations constituent cependant un sujet délicat. En effet, l'imposition de restrictions au libre commerce de marchandises contrôlées a soulevé un débat de valeurs entre les différents acteurs sur le marché. Bien que pour certains, ces mesures constituent des instruments nécessaires

-
1. Lillian V. BLAGEFF, « Overview of Export Controls », dans *Export Controls*, Eagan, MN, Thomson West, 2006, 1-1 à la p. 1-2.
 2. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

afin d'améliorer la sécurité nationale américaine et canadienne et d'empêcher que les connaissances et les technologies développées par des Canadiens ou des Américains ne tombent entre des mains hostiles aux intérêts nationaux, pour d'autres, ces mesures viennent freiner l'innovation en limitant l'échange libre de connaissances nécessaire au succès de la recherche académique et scientifique³.

Le présent article se propose donc d'analyser les mesures américaines et canadiennes applicables au contrôle des exportations, qui sont des plus complexes, ainsi que leurs conséquences sur la recherche et le développement dans le milieu scientifique et sur l'économie en général, en débutant par un bref historique de l'adoption de ces mesures.

2. HISTORIQUE DES RÉGIMES AMÉRICAIN ET CANADIEN

2.1 Au niveau international

Les mesures de sécurité applicables à l'exportation de marchandises contrôlées, dont nous discuterons de la signification plus tard, sont apparues vers la fin du 18^e siècle et se sont par la suite développées aux États-Unis pendant la guerre froide⁴. Les États-Unis, alors en guerre contre le régime communiste de l'ancienne URSS, ont commencé à imposer des mesures de sécurité aux entreprises américaines afin que les marchandises et technologies qu'elles souhaitent exporter puissent être transmises à leurs alliés sans qu'elles ne tombent entre les mains de l'ennemi communiste⁵.

3. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

4. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

5. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>. Nous vous référons également à l'article 3(1) de la LLEI.

Ainsi, en 1949, dans un contexte politique influencé par la fin de la deuxième guerre mondiale et par la guerre froide, 17 États⁶ ont signé un accord, soit le *Coordinating Committee for Multilateral Export Controls* (« COCOM »), afin d'imposer un embargo sur les exportations destinées aux pays faisant partie du Bloc de l'Est et leurs alliés. Or, étant donné que le COCOM avait été adopté dans le contexte du conflit Est-Ouest, ses objectifs d'application furent désuets une fois la guerre froide terminée. C'est pourquoi, le 26 novembre 1993, lors d'une rencontre entre les États membres du COCOM, ces derniers ont décidé de remplacer le COCOM par un régime axé sur la non-prolifération des marchandises pouvant être utilisées à des fins militaires plutôt que sur le contexte de conflit économique de la guerre froide. Il était alors prévu que le régime successeur du COCOM entrerait en vigueur au moment du démantèlement de ce dernier. Dans les faits toutefois, le COCOM, qui, comme on l'a vu, incarnait à cette époque un symbole de vestige de la guerre froide, fut démantelé le 31 mars 1994 et son régime successeur, l'*Arrangement de Wassenaar sur le contrôle des exportations d'armes conventionnelles et de biens et technologies à double usage* (l'« Arrangement de Wassenaar »), ne fut signé que le 12 juillet 1996 à Vienne. Les États membres de COCOM continuèrent tout de même dans les faits à utiliser le COCOM pendant les deux années précédant l'établissement du nouveau régime⁷.

L'Arrangement de Wassenaar, qui à ce jour comporte 40 signataires⁸, vise le contrôle des exportations d'armes conventionnelles et de biens et technologies à double usage, c'est-à-dire pouvant avoir une application à la fois civile et militaire, et a donc pour objectif de contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité au niveau régional et international. En signant cette entente, les États membres se sont engagés à ne pas contribuer au développement et au ren-

6. Les États membres étaient l'Australie, la Belgique, le Canada, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, la Hollande, la Norvège, le Portugal, l'Espagne, la Turquie, le Royaume-Uni et les États-Unis.

7. Michael LIPSON, « The Reincarnation of COCOM : Explaining Post-Cold War Export Controls » (hiver 1999), en ligne : The Non proliferation Review <<http://cns.miis.edu/pubs/npr/vol06/62/lipson62.pdf>>.

8. Les États signataires sont, en date de rédaction de cet article, l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, le Canada, la Corée du Sud, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hollande, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, le Japon, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, Malte, la Pologne, le Portugal, la République Tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.

forcement des capacités militaires de groupes ou d'États pouvant agir à l'encontre de cet objectif de non-prolifération d'armes ou de marchandises et technologies d'application militaire. Cette entente est par contre une entente informelle, n'ayant pas de base légale, comme ce serait le cas pour un traité⁹. En effet, chaque État membre a la discrétion d'adopter des lois intégrant les principes de l'Arrangement de Wassenaar et d'établir des politiques internes régissant la décision de transférer ou non une marchandise, une technologie ou un logiciel à un autre pays¹⁰.

2.2 Aux États-Unis

Donc, en 1949, afin de respecter leurs obligations sous le COCOM, qui deviendra plus tard l'Arrangement de Wassenaar, les États-Unis ont adopté la *Export Control Act* (« ECA »), qui est la loi à l'origine de la codification des mesures de contrôle des exportations américaines comme nous les connaissons aujourd'hui. La ECA a par la suite été remplacée par la *Export Administration Act* de 1969 puis par la *Export Administration Act* de 1979¹¹ (« EAA »). C'est cette dernière qui a mené à l'adoption du *Export Administration Regulations*¹² (« EAR ») en 1979. Comme nous le verrons plus loin, l'EAR couvre principalement les marchandises ou technologies ayant une application commerciale et militaire (« *dual use* »), tels que certains ordinateurs ou certains types d'équipements industriels pouvant être utilisés pour fabriquer de la machinerie militaire. L'organisme responsable de son application et de son administration est le *Department of commerce* américain.

Quant à l'*International Traffic in Arms Regulations* (« ITAR »), lequel constitue le deuxième corpus réglementaire aux États-Unis en ce qui concerne le contrôle des exportations, celui-ci a été adopté sous l'autorité de la *Mutual Security Act*¹³ de 1954, laquelle loi a été

-
9. Michael LIPSON, « The Reincarnation of COCOM : Explaining Post-Cold War Export Controls » (hiver 1999), en ligne : The Nonproliferation Review <<http://cns.miis.edu/pubs/npr/vol06/62/lipson62.pdf>>.
 10. « The Wassenaar Arrangement : Introduction », en ligne : Wassenaar.com <http://www.wassenaar.org/introduction/print_intro.html>.
 11. Des discussions entre le Congrès et le Sénat américain en vue de réformer la EAA de 1979 sont en cours depuis 1994, mais la nouvelle EAA n'a à ce jour toujours pas été adoptée.
Lillian V. BLAGEFF, « Overview of Export Controls » dans *Export Controls*, Eagan, MN, Thomson West, 2006, 1-1 à la p. 1-3.
 12. Pub. L. No. 96-72, 93 Stat. 503 (1979) (codifié tel qu'amendé à 50 U.S.C. §§ 2401-20 (2000)) ; 15 C.F.R. § 730.2.
 13. Pub. L. No. 83-665, 68 Stat. 832 (1954).

largement remplacée par la suite par la *International Security Assistance and Arms Export Control Act*¹⁴ de 1976. L'ITAR, comme nous le verrons plus loin, s'applique principalement aux marchandises d'application militaire bien qu'il couvre certaines marchandises ou technologies pouvant être à première vue d'application civile, tout comme les satellites et les aéronefs. L'organisme responsable de l'ITAR est le *Department of State* américain.

Pour les fins du présent article, il importe de noter qu'en avril 1999, le *Department of State* américain a décidé de resserrer ses mesures de contrôle applicables aux exportations en raison de prétendus transferts non autorisés de marchandises d'importance stratégique à des puissances hostiles¹⁵. Ainsi, plusieurs pays qui bénéficiaient d'exemptions au programme américain de contrôle des exportations, dont le Canada, se sont vu restreindre ces privilèges par crainte que les marchandises ou technologies exportées vers l'un de ces pays soient ensuite redirigées vers un pays tiers pour lequel les États-Unis n'avaient pas accepté d'accorder d'exemptions.

De plus, à ce même moment, la portée de l'exemption concernant la recherche fondamentale a été restreinte. Comme nous le verrons plus loin, ces restrictions ont eu un impact important sur la dissémination des sciences fondamentales au niveau des universités, ainsi que sur le développement de la recherche en ingénierie¹⁶.

L'Association des universités américaines a d'ailleurs, en mars 2002, publié un communiqué dénonçant les impacts négatifs de ce resserrement des contrôles aux exportations sur la recherche universitaire. Notamment, l'Association a dénoncé le fait que les communications entre les chercheurs américains et leurs collaborateurs internationaux étaient devenues de plus en plus complexes et lourdes. En effet, pour certains projets, l'obtention d'une licence devenait nécessaire afin de pouvoir discuter de la possibilité d'entreprendre un projet avec un collaborateur étranger. Des récriminations concernant le fait que plusieurs chercheurs universitaires ont dû être exclus de projets de recherche ont également été faites. À titre illustratif, l'Association cite le cas d'un universitaire chinois travaillant sur un campus américain et ayant créé un logiciel pour un projet de

14. Pub. L. No. 94-329, 90 Stat. 729 (1976).

15. Lillian V. BLAGEFF, « Overview of Export Controls » dans *Export Controls*, Eagan, MN, Thomson West, 2006, 1-1 à la p. 1-5.

16. American Institute of Physics, « AIP FYI#10 : ITAR Regulation of Research Satellites Generates Concern » (30 août 2001), en ligne : SpaceRef <<http://www.spaceref.com/news/viewpr.html?pid=5891>>

la NASA qui s'est vu refuser le droit de prendre connaissance des commentaires faits sur son propre projet jusqu'à ce que l'université ait obtenu une licence sous l'ITAR puisque le logiciel qu'il avait développé avait été identifié « ITAR-Controlled » par la NASA¹⁷.

À la suite de ces contestations de la part du monde universitaire, le Department of State a toutefois décidé de modifier à nouveau l'ITAR le 29 mars 2002 afin d'assouplir les restrictions imposées en 1999 quant à l'exemption de recherche fondamentale¹⁸. Nous aborderons les détails de cette exemption un peu plus loin.

2.3 Au Canada

Ainsi, le resserrement des mesures de contrôle des exportations par le Department of State américain en avril 1999 a eu pour effet de réduire considérablement plusieurs avantages dont bénéficiait le Canada en vertu du paragraphe 126.5 de l'ITAR. Ces modifications imposaient notamment l'obligation pour le Canada d'obtenir une licence sur un grand nombre de marchandises et de technologies de défense qui étaient jusque là exemptées. De plus, la définition de citoyen canadien a également été restreinte, de sorte que les Canadiens possédant une double nationalité ne pouvaient plus bénéficier des exemptions canadiennes¹⁹.

Ce durcissement des exigences américaines en matière d'exportation a eu des impacts importants pour le Canada. En effet, étant donné que les États-Unis constituent le premier partenaire commercial du Canada, avec 75 % de ses exportations destinées au marché américain et 77,6 % de toutes les marchandises et de tous les services de l'industrie canadienne de l'aérospatiale et de la défense destinés au marché américain²⁰, le Canada n'a eu d'autre choix que de réviser ses politiques de sécurité en matière d'exportation pour

17. Association of American Universities, ITAR and Universities : Universities are Educational Institutions, Not Munitions Manufacturers (mars 2002), en ligne : AAU <<http://www.aau.edu/sheets/ITAR.html>>

18. Department of State, Interim final rule, « International Traffic in Arms Regulations ; Exemptions for U.S. Institutions of Higher Learning » (29 mars 2002), en ligne : <<http://www.fas.org/sgp/news/2002/03/fr032902.html>>.

19. Direction des marchandises contrôlées, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, en ligne : DMC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/about/framework_ap1_f.htm>.

20. Affaires étrangères et commerce international Canada, Direction des marchandises contrôlées, « Renforcer les mesures de contrôle relatives au commerce de défense du Canada », en ligne : AECIC <<http://w01.international.gc.ca/Canadexport/view.aspx?isRedirect=True&id=383758&language=F>>.

qu'elles soient en ligne avec les politiques américaines, et ce, afin de pouvoir négocier une réduction des exigences américaines en matière de conformité.

Un accord de principe canado-américain à cet effet a donc été annoncé le 8 octobre 1999 à la suite d'une rencontre entre le premier ministre Jean Chrétien et le président Bill Clinton. En vertu de cet accord, les deux gouvernements ont réitéré leur engagement à travailler ensemble afin d'éviter les réexportations illégales de marchandises et technologies de défense et militaires contrôlées vers un pays hostile aux intérêts américains et canadiens de même qu'à maintenir une base de défense nord-américaine forte et intégrée²¹. Par cet accord, le Canada s'engageait notamment à modifier la *Loi sur la production de défense* (« LPD »)²², à édicter le *Règlement sur les marchandises contrôlées* (« RMC »), à mettre sur pied le *Programme des marchandises contrôlées* (« PMC »)²³, à modifier la *Liste des marchandises contrôlées* (« LMC ») canadienne de façon à l'harmoniser avec la *U.S. Munitions List* (« USML ») de l'ITAR et à modifier la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* (« LLEI »)²⁴. En contrepartie, les États-Unis s'engageaient à modifier l'article 126.5 de l'ITAR afin de refléter un rétablissement partiel des exemptions canadiennes.

C'est ainsi que le 14 juin 2000, les ministres du Commerce International du Canada et des Travaux Publics et Services Gouvernementaux ont annoncé le dépôt du projet de loi S-25 proposant de modifier la LPD afin de renforcer le contrôle sur les transferts et l'accès aux marchandises et aux technologies de défense²⁵. Ce projet de loi, qui a reçu la sanction royale le 20 octobre 2000, imposait notamment des contrôles plus serrés en matière d'exportation et d'importation de marchandises contrôlées en introduisant l'obligation pour les compagnies faisant le commerce de marchandises contrôlées de s'inscrire auprès du gouvernement canadien, en plus de donner des pouvoirs réglementaires et d'inspection accrus aux inspecteurs responsables de la gestion des contrôles d'exportation.

21. Direction des marchandises contrôlées, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, en ligne : DMC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/about/framework_ap1_f.htm>.

22. L.R.C. 1985, c. D-1.

23. DORS/2001-32.

24. L.R.C. 1985, c. E-19.

25. Direction des marchandises contrôlées, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, en ligne : DMC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/about/framework_ap1_f.htm>.

Ce projet de loi a également défini les sanctions applicables pour toute violation à la LPD²⁶.

À cette occasion, le ministre du Commerce International du Canada a déclaré ce qui suit :

Le Canada et les États-Unis tiennent l'un et l'autre au maintien d'une base industrielle de défense nord-américaine forte et intégrée, pour qu'ils puissent s'acquitter de leurs responsabilités de défense et de sécurité et assurer la sécurité d'un périmètre nord-américain pour les mécanismes de contrôle des exportations de défense. Nous croyons que cette législation ainsi que l'entente conclue aujourd'hui représentent un jalon important vers l'atteinte de nos objectifs de sécurité globale mutuels.²⁷

En 2001, conformément à ses engagements pris à l'égard des États-Unis, le Canada a mis en place le PMC, lequel visait à faciliter la gestion des mesures de sécurité en matière d'exportation de marchandises contrôlées. Ce n'est qu'après avoir amendé la LPD et après avoir instauré le PMC que le Canada a regagné partiellement les exemptions qu'il avait perdues en 1999²⁸.

3. MESURES DE CONTRÔLE DES EXPORTATIONS

3.1 États-Unis

Comme on l'a vu, les règlements régissant actuellement le contrôle des exportations aux États-Unis sont l'ITAR et l'EAR. Ces règlements ont tous deux pour but d'empêcher la prolifération des technologies militaires des États-Unis vers d'autres nations, individus ou organismes qui pourraient travailler dans un intérêt contraire à celui des États-Unis.

26. *Loi modifiant la Loi sur la production de défense*, L.C. 2000, c. 31.

27. Direction des marchandises contrôlées, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, en ligne : DMC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/about/framework_ap1_f.htm>.

28. Travaux Publics et Services Gouvernementaux Canada, « Programme des marchandises contrôlées : cours intermédiaire d'introduction aux acquisitions complexes » (8 février 2005), en ligne : TPSGC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/PPT/procurement_fr.ppt>.

3.1.1 Champ d'application des programmes de contrôle des exportations

3.1.1.1 Personnes visées par l'EAR et l'ITAR

L'ITAR et l'EAR, en plus de s'appliquer aux personnes désirant exporter des marchandises visées par l'ITAR ou l'EAR vers l'étranger, s'appliquent également de façon extraterritoriale aux personnes américaines qui opèrent à l'étranger²⁹.

Le terme « personnes » est défini à l'article 120.14 de l'ITAR et à la partie 772 de l'EAR comme incluant notamment les personnes physiques, les personnes morales, les associations d'affaires, les sociétés, les fiducies et les entités gouvernementales.

3.1.1.2 Marchandises contrôlées

Les marchandises contrôlées en vertu de l'ITAR et l'EAR sont les suivantes :

- Les données techniques (articles 120.10 ITAR et 734.3 EAR) ;
- Les marchandises visées par la USML administrée par le Department of State, dont les armes à feu et de combat, les munitions, les missiles, les explosifs, les équipements de guerre (vaisseaux, avions, tanks etc.), les articles électroniques militaires et les agents biologiques ou chimiques (article 121 ITAR) (voir l'Annexe A pour la liste des catégories) ;
- Les marchandises visées par la *United States Commerce Control List* (« USCCL ») administré par le Department of Commerce, notamment le matériel nucléaire, le matériel chimique, les ordinateurs, les systèmes de télécommunications, les lasers et les systèmes de navigation et d'avionique (articles 738.1 à 738.4 EAR) (voir l'Annexe B pour la liste des catégories). Il est important de noter que les restrictions pour les marchandises apparaissant sur la USCCL peuvent varier d'un pays à l'autre³⁰.

Advenant le cas où certains doutes existaient quant à savoir si une marchandise est couverte par l'ITAR, une demande de « commo-

29. 734.12 EAR, 120.17 ITAR.

30. Les différentes sections de la USCCL (articles 774 et suivants) sont accessibles à l'adresse Internet suivante : <http://www.access.gpo.gov/bis/ear/ear_data.html>.

dity jurisdiction » peut être présentée à l'Office of Defense Trade Controls (« ODTC »)³¹. Cette procédure administrative se fait par la soumission d'une demande écrite à l'ODTC donnant une description de la marchandise visée. La personne ayant soumis la demande de « commodity jurisdiction » est liée par la décision du ODTC à savoir si un article est couvert ou non par les règles de l'ITAR. Une procédure d'appel de cette décision est toutefois prévue³².

Pour ce qui est de l'EAR, un mécanisme semblable au « commodity jurisdiction » existe. Ainsi, si une entreprise américaine a des doutes quant à savoir si la marchandise qu'elle souhaite exporter est couverte par l'EAR, elle peut présenter une demande formelle de « classification request » ou d'« advisory opinion », par écrit ou par voie électronique, au Bureau of Industry and Security (« BIS »), une division du Department of Commerce (734.6 et 748.3 EAR). Le BIS rendra ensuite une opinion avisant de l'éligibilité des marchandises à l'EAR et fournira un Export Control Classification Number (« ECCN »), le cas échéant. Le ECCN est un code alpha-numérique qui identifie le niveau de contrôle pour les fins d'exportation de marchandises, de technologies ou de logiciels exportés par un des États membres de l'Arrangement de Wassenaar. Ces numéros de contrôle sont déterminés à l'aide d'un tableau révisé périodiquement par le BIS.³³

3.1.1.3 Licence d'exportation

Si les marchandises qu'une personne désire exporter, réexporter³⁴ ou importer temporairement³⁵ (120.18 ITAR) tombent dans

31. 120.4 ITAR.

32. 120.4 g) ITAR.

33. Les numéros de contrôle ne sont pas nécessaires pour les items apparaissant sur la USTML de l'ITAR puisque le Department of State utilise un système d'identification indépendant. Les informations requises pour identifier les items exportés sous l'ITAR sont le DDTC Export License Number, le DDTC Exemption Number, le DDTC Registration Number, le Significant Military Equipment Indicator, le DDTC Eligible Party Certification Indicator, le United States Munitions List (USML) Category Code, le DDTC Unit of Measure Code et le DDTC Quantity. Ces informations doivent être transmises par voie électronique au Department of State dans des délais préétablis allant de 8 à 24 heures avant de procéder à l'exportation. Nous vous référons à cet effet au site Internet du gouvernement américain : <<http://www.census.gov/foreign-trade/aes/documentlibrary/mandatoryaesfaqs.html#Q5>>.

34. L'expression « réexporter » signifie « the transfer of defense articles or defense services to an end use, end user or destination not previously authorized. » (120.19 ITAR).

35. L'expression « importation temporaire » signifie « bringing into the United States from a foreign country any defense article that is to be returned to the country

l'une des catégories énumérées à la section précédente, l'obtention d'une licence d'autorisation d'exportation auprès de l'ODTC sous l'ITAR ou du BIS sous l'EAR sera nécessaire³⁶, à moins que l'une des exemptions dont nous discuterons plus loin ne soit applicable³⁷. Il est important de noter qu'avant de pouvoir faire une telle demande de licence, l'entreprise doit préalablement s'être inscrite auprès du ODTC pour ce qui est de l'ITAR (partie 122 de l'ITAR). Aucune inscription préalable n'est toutefois requise pour pouvoir faire une demande de licence sous l'EAR.

Quatre critères guideront l'ODTC et le BIS dans leur décision d'attribuer ou non une licence d'exportation :

- ce qui est exporté ;
- où et à qui le produit est exporté ;
- quelle utilisation sera faite de la marchandise ;
- la possibilité que soit réexportée la marchandise³⁸.

Nous verrons à la section suivante de quelle façon sont appliqués ces critères, de même que les détails relatifs à l'obtention d'une licence d'exportation.

3.1.2 Applicabilité des contrôles d'exportation de marchandises contrôlées³⁹

3.1.2.1 Définition d'exportation

L'ITAR et l'EAR s'appliquent à toutes les exportations, réexportations et importations temporaires de marchandises contrôlées.

from which it was shipped or taken, or any defense article that is in transit to another foreign destination. Temporary import includes withdrawal of a defense article from a customs bonded warehouse or foreign trade zone for the purpose of returning it to the country of origin or country from which it was shipped or for shipment to another foreign destination. » (120.18 ITAR).

36. 120.20 ITAR et 730.7 EAR.

37. 123.1 de l'ITAR et 740.1 à 740.18 de l'EAR.

38. Yannick QUÉAU, « Le contrôle des armements conventionnels dans le contexte post-guerre froide et post 9-11 : un vecteur de la stratégie hégémonique américaine ? » (2006), en ligne : <<http://www.cda-cdai.ca/symposia/2006/Yannick%20Queau.pdf>>.

39. Comme nous l'avons vu précédemment, lorsque nous faisons référence à l'expression « marchandises contrôlées », celle-ci fait référence aux marchandises se trouvant sur la USML ou sur la CCL.

Comme nous le constaterons ci-après, la définition d'« exportation » est sensiblement la même que nous soyons sous l'ITAR ou l'EAR.

3.1.2.1.1 En vertu de l'ITAR

L'article 120.17 de l'ITAR définit le terme « exporter » comme incluant les activités suivantes :

- Envoyer ou transporter un article de défense hors des États-Unis ;
- Transférer l'enregistrement, le contrôle ou la propriété d'un aéro-nef, vaisseau ou satellite couvert par la « U.S. Munitions List » (USML) à une personne étrangère aux États-Unis ou à l'étranger ;
- Communiquer ou transférer aux États-Unis tout item de défense à une ambassade, à une agence ou à toute subdivision d'un gou-vernement étranger ;
- Communiquer ou transférer des données techniques à une per-sonne étrangère aux États-Unis ou à l'étranger. Une « per-sonne étrangère » est définie comme étant une personne physique ou morale n'étant pas résidente permanente des États-Unis ou n'ayant pas un statut de réfugié (120.16 ITAR) (ce point sera dis-cuté plus loin dans la section sur les exportations présumées (« deemed exports »)) ;
- Accomplir des services de défense⁴⁰ pour une personne étrangère aux États-Unis ou à l'étranger.

Selon l'ITAR, une réexportation se produit lorsque des mar-chandises contrôlées sont transférées à un usager final (« end user ») n'ayant pas été préalablement approuvé. En effet, toute demande de licence doit spécifier qui sera le dernier destinataire des marchandi-

40. L'expression « services de défense » signifie :

(1) The furnishing of assistance (including training) to foreign persons, whether in the United States or abroad in the design, development, engineering, manufac-ture, production, assembly, testing, repair, maintenance, modification, opera-tion, demilitarization, destruction, processing or use of defense articles ;

(2) The furnishing to foreign persons of any technical data controlled under this subchapter (see §120.10), whether in the United States or abroad ; or

(3) Military training of foreign units and forces, regular and irregular, including formal or informal instruction of foreign persons in the United States or abroad or by correspondence courses, technical, educational, or information publications and media of all kinds, training aid, orientation, training exercise, and military advice. (120.9 ITAR)

ses contrôlées. Donc, un transfert de marchandises contrôlées vers une personne dont le nom n'apparaît pas sur la licence d'exportation sera considéré comme une réexportation. Une réexportation se produit également lorsque des marchandises contrôlées sont transférées vers une destination n'ayant pas été préalablement autorisée par l'émission d'une licence (120.19 ITAR). Si par exemple une licence autorisait l'exportation d'une marchandise contrôlée vers la France en passant par le Canada et que le Canada exportait l'article ou service vers l'Italie au lieu de la France, il y aura réexportation au sens de l'ITAR.

3.1.2.1.2 En vertu de l'EAR

L'EAR, quant à lui, définit le terme « exporter » comme étant l'envoi ou la transmission de marchandises contrôlées visées par l'EAR hors des États-Unis, ou la transmission de marchandises contrôlées sujettes à l'EAR à un ressortissant étranger sur le territoire des États-Unis⁴¹ (« deemed export »), en autant que ce ressortissant ne puisse bénéficier d'une exemption reliée à l'obtention de la résidence permanente américaine ou d'un statut de réfugié⁴².

Selon la définition du terme « exportation » que l'on retrouve à l'article 734.2 b) de l'EAR, une marchandise contrôlée est considérée avoir été « transmise » pour fins d'exportation lorsque :

- des ressortissants étrangers ont procédé à une inspection visuelle d'équipement et d'installations d'origine américaine ;
- des informations ont été échangées oralement sur le territoire des États-Unis ou à l'étranger ;
- des connaissances personnelles ou de l'expérience technique acquises aux États-Unis sont appliquées à l'étranger.

L'EAR définit quant à lui une réexportation comme étant un envoi ou la transmission d'items sujets à l'EAR d'un pays étranger vers un autre pays étranger (772.1 EAR). Donc, si une marchandise contrôlée a été exportée des États-Unis vers un autre pays, celle-ci devra faire l'objet d'une autre approbation afin d'être réexportée vers un troisième pays.

41. 734.2 b)(1) EAR.

42. 734.2 b)(2) EAR.

De plus, si une marchandise conçue à l'extérieur du territoire américain incorpore une marchandise contrôlée, le produit fini destiné à l'exportation vers un autre pays sera soumis aux mesures de contrôle des exportations américaines. Prenons par exemple un aéronef civil conçu au Canada. Cet aéronef, bien que destiné à un usage purement civil, pourrait entre autres incorporer un radar ayant été tout d'abord conçu pour des fins militaires. Si l'on suppose que ce radar est soumis aux exigences de l'ITAR ou de l'EAR, l'entreprise ayant exporté le radar à l'entreprise canadienne, sur demande de cette entreprise canadienne, devra obtenir une licence autorisant la réexportation de la marchandise contrôlée vers le Mexique⁴³. Cela peut causer des situations particulièrement complexes, d'autant plus qu'une même marchandise peut incorporer certaines pièces se trouvant sur la USML de l'ITAR et certaines autres pièces couvertes par la USCCL de l'EAR. Dans une telle éventualité, l'entreprise devra attendre les licences d'exportation nécessaires à la fois sous l'ITAR et sous l'EAR, ayant ainsi comme conséquence d'alourdir encore plus le processus. Certaines entreprises ont donc, dans l'optique d'éviter que leurs projets puissent être retardés par l'attente de licences nécessaires par leurs partenaires commerciaux américains, adopté des directives internes visant à exclure toutes marchandises contrôlées sujettes aux règlements de contrôle des exportations américains de la conception de leurs appareils, sauf pour certains projets spéciaux ayant préalablement été approuvés à l'interne. Nous verrons un peu plus loin quelques cas concrets illustrant ce principe.

3.1.2.2 Exportation présumée

L'ITAR et l'EAR prévoient une catégorie appelée « exportation présumée » (« *deemed export* ») visant à élargir le champ d'application de ces règlements. Tel qu'il appert des articles 734.2(b) de l'EAR et 120.17 de l'ITAR, cette expression signifie que l'accès par une personne étrangère à une technologie ou à des données techniques dont l'exportation est contrôlée, que ce soit sur le territoire des États-Unis ou à l'étranger, est présumé être une exportation de cette information vers le pays de cette personne :

734.2(b) Export and reexport

Definition of export. « Export » means an actual shipment or transmission of items subject to the EAR out of the United

43. 126.5 ITAR.

States, or release of technology or software subject to the EAR to a foreign national in the United States, as described in paragraph (b)(2)(ii) of this section. See paragraph (b)(9) of this section for the definition that applies to exports of encryption source code and object code software subject to the EAR.

Export of technology or software. (See paragraph (b)(9) for provisions that apply to encryption source code and object code software.) « Export » of technology or software, excluding encryption software subject to « EI » controls, includes :

Any release of technology or software subject to the EAR in a foreign country ; or

Any release of technology⁴⁴ or source code subject to the EAR to a foreign national. Such release is deemed to be an export to the home country or countries of the foreign national. This deemed export rule does not apply to persons lawfully admitted for permanent residence in the United States and does not apply to persons who are protected individuals under the Immigration and Naturalization Act (8 U.S.C. 1324b(a)(3)). Note that the release of any item to any party with knowledge a violation is about to occur is prohibited by §736.2(b)(10) of the EAR. [Les italiques et note sont nôtres.]

§ 120.17 Export.

Export means :

Sending or taking a defense article out of the United States in any manner, except by mere travel outside of the United States by a person whose personal knowledge includes technical data ; or

Transferring registration, control or ownership to a foreign person of any aircraft, vessel, or satellite covered by the U.S. Munitions List, whether in the United States or abroad ; or

Disclosing (including oral or visual disclosure) or transferring in the United States any defense article to an embassy,

44. L'expression « technology » signifie « specific information necessary for the « development », « production », or « use » of a controlled product ». (772.1 EAR).

any agency or subdivision of a foreign government (e.g., diplomatic missions) ; or

Disclosing (including oral or visual disclosure) or transferring technical data⁴⁵ to a foreign person, whether in the United States or abroad ; or

Performing a defense service on behalf of, or for the benefit of, a foreign person, whether in the United States or abroad.

A launch vehicle or payload shall not, by reason of the launching of such vehicle, be considered an export for purposes of this subchapter. However, for certain limited purposes (see § 126.1 of this subchapter), the controls of this subchapter may apply to any sale, transfer or proposal to sell or transfer defense articles or defense services. [Les italiques et note sont nôtres.]

Ainsi, une entreprise située aux États-Unis et échangeant de l'information reliée à une marchandise listée sur la USCCL ou la USML à un ressortissant étranger sur le territoire américain, notamment lors d'une visite de la manufacture ou d'un rendez-vous d'affaires, se verra imposer les restrictions de l'ITAR et/ou de l'EAR réservées aux exportations et devra obtenir les autorisations nécessaires avant de pouvoir avoir accès à cette information. Même une discussion concernant des données techniques, telles que des plans de recherches ou des calculs s'appliquant à des marchandises contrôlées avec un chercheur ou un étudiant étranger sur le campus d'une université américaine sera considérée être une exportation présumée⁴⁶.

45. L'expression « technical data » signifie :

- (1) Information, other than software as defined in §120.10(a)(4), which is required for the design, development, production, manufacture, assembly, operation, repair, testing, maintenance or modification of defense articles. This includes information in the form of blueprints, drawings, photographs, plans, instructions or documentation ;
- (2) Classified information relating to defense articles and defense services ;
- (3) Information covered by an invention secrecy order ;
- (4) Software as defined in §121.8(f) of this subchapter directly related to defense articles ;
- (5) This definition does not include information concerning general scientific, mathematical or engineering principles commonly taught in schools, colleges and universities or information in the public domain as defined in §120.11. It also does not include basic marketing information on function or purpose or general system descriptions of defense articles. (120.10(a) ITAR).

46. Sponsored Projects Office, University of California at Berkeley, « Export Control and Research », en ligne : University of California at Berkeley <<http://www.spo.berkeley.edu/Policy/exportcontrol.html>>.

Dans un contexte de recherche universitaire, cela veut dire que les universités doivent obtenir une licence d'exportation pour chaque étudiant étranger et professeur étranger susceptibles d'être impliqués dans des projets comportant de l'information de nature contrôlée, à moins qu'une exemption ne s'applique⁴⁷. Un exemple d'exemption pouvant s'appliquer serait un ressortissant étranger étant devenu un résident permanent des États-Unis ou un ressortissant étranger ayant obtenu un statut de réfugié aux États-Unis. Un professeur étranger ou un étudiant étranger se trouvant temporairement aux États-Unis ne peut donc pas bénéficier de cette exemption. Dans l'éventualité où cette personne provenait d'un pays listé « sensible » ou « exportateur de terroristes », celle-ci pourrait être complètement interdite de travailler sur les projets de recherche visant une marchandise contrôlée⁴⁸.

3.1.2.3 Restrictions géographiques aux exportations

En plus d'exiger des licences d'exportation pour les marchandises contrôlées en vertu de l'ITAR, les États-Unis refusent les exportations vers certains pays jugés « à risque ». Les pays figurant sur la liste des pays prohibés⁴⁹ en date de la rédaction de cet article sont : le Belarus, Cuba, l'Iran, la Libye, la Corée du Nord, la Syrie, le Vietnam, la Birmanie, la Chine, Haïti, le Liberia, la Somalie, le Soudan, l'Iraq, l'Afghanistan, le Rwanda et la République Démocratique du Congo. Cette liste n'est pas exhaustive, puisqu'elle couvre également tout autre pays vers lequel exporter ou réexporter des marchandises contrôlées irait à l'encontre de la paix mondiale ainsi que de la sécurité et de la politique étrangère des États-Unis⁵⁰. Bien qu'une telle prohibition n'existe pas sous l'EAR, ce règlement prévoit des exigences sévères pour l'obtention d'une licence d'exportation de marchandises contrôlées vers des destinations faisant l'objet d'un embargo commercial. Cette liste de pays se retrouve aux articles 746.1 à 746.9 de l'EAR. En date de rédaction de cet article, les pays faisant l'objet de restrictions commerciales sont : Cuba, l'Iran, l'Iraq, la Corée de Nord, le Rwanda et la Syrie.

En général, les exportations et les réexportations de marchandises contrôlées vers ces pays sont prohibées. Il existe par contre des exceptions spécifiques à chacun de ces pays, notamment concernant

47. 740.1 à 740.18 EAR, 123.16 ITAR.

48. Rachel CLAUS, « ITAR : An Introduction », (24 février 2000), en ligne : Stanford University <<http://www.stanford.edu/dept/DoR/C-Res/itar.html>>.

49. 126.1 ITAR.

50. 126.1 a) ITAR.

l'exportation de certaines marchandises à des fins humanitaires. Une licence d'exportation pourra alors être émise en autant que plusieurs conditions très restrictives soient préalablement respectées⁵¹.

3.1.2.4 *Sanctions*

3.1.2.4.1 En vertu de l'ITAR

Le fait d'exporter, d'essayer d'exporter ou de comploter en vue d'exporter des marchandises contrôlées sous l'ITAR pour lesquelles l'obtention d'une licence est nécessaire, à partir des États-Unis, sans avoir au préalable obtenu cette licence ou autorisation spéciale de l'ODTC est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à un million de dollars, d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à dix ans ou des deux pour chacune des violations⁵².

Un des cas les plus discutés de sanctions pour une violation de l'ITAR est l'affaire General Motors Corp. et General Dynamics Corp. dont la décision fut rendue le 1^{er} novembre 2004 par l'ODTC américain avec l'imposition d'une amende civile de dix millions de dollars à chacune de ces compagnies. Dans cette affaire, une division canadienne de General Motors était en charge de contrats de manufacture destinés à l'armée américaine pour le « Light Armored Vehicle ». General Dynamics a procédé à l'acquisition de la division canadienne après que les violations à l'ITAR aient été commises. Les ententes de fabrication des appareils comprenaient des clauses interdisant aux ressortissants étrangers non autorisés d'avoir accès aux données techniques nécessaires à ce projet. L'ODTC américain a pris la position que le défaut pour la division canadienne de restreindre l'accès à des données disponibles sur l'Intranet de la compagnie concernant la fabrication des véhicules de défense à des personnes détenant la double citoyenneté canadienne et d'un pays jugé à risque était une violation de l'ITAR. Il est intéressant de noter qu'aucun transfert ou divulgation de données techniques n'a eu lieu pour qu'il y ait une violation de l'ITAR. Le simple fait d'omettre de restreindre l'accès à ces informations était suffisant⁵³.

51. Articles 746.1 à 746.9 EAR.

52. 127.3 ITAR.

53. Mark D. MENEFEE, « Ask the Expert : Foreign National Licensing », en ligne : Baker & McKenzie LLP <www.nedassoc.org/documents/foreignnationallicensing.pdf>.

Voici d'autres exemples de sanctions imposées pour des violations de l'ITAR :

Boeing : Exportation illégale de détecteurs QRS-11 utilisés sur des avions commerciaux vendus à la Chine, lequel constitue un pays prohibé. Une amende de 15 millions de dollars a été imposée à Boeing en 2006⁵⁴.

Hughes Electronics Corporation et Boeing Satellite Systems : Transmission d'une technologie contrôlée à et sur le territoire de la Chine, pays prohibé. Une amende conjointe de 32 millions de dollars a été imposée à ces compagnies en 2003⁵⁵.

Teledyne Industries et Edward A. Johnson : Exportation illégale de zirconium vers des compagnies contrôlées par un marchand d'armes chilien. Le zirconium était alors utilisé dans la fabrication de bombes, qui furent par la suite vendues à l'Iraq. Teledyne s'est vu imposer des amendes civiles et criminelles totalisant 13 millions de dollars et Edward A. Johnson, le directeur des ventes de la compagnie, a été condamné au criminel et a reçu une sentence d'emprisonnement de 41 mois, en plus de se voir imposer une amende de 25 000 dollars⁵⁶.

3.1.2.4.2 En vertu de l'EAR

L'EAR prévoit quant à lui des sanctions monétaires, ainsi qu'une révocation des licences d'exportation accordées, de façon temporaire ou permanente en cas de violation de ses dispositions. Dans certains cas, les violations peuvent également donner lieu à des poursuites criminelles, résultant en des amendes plus sévères (764.3 EAR). Voici quelques exemples de violations à l'EAR :

EMD Biosciences Inc. (EMD) : Exportation de toxines biologiques à partir des États-Unis vers le Canada sans la licence d'exportation nécessaire en vertu de l'EAR. Une pénalité civile de 904 500 \$ a été

54. National Electronic Distributors Association, « Compliance & International Trade Committee » (décembre 2006) en ligne : NEDA <<http://www.nedassoc.org/documents/CITCNEWSVol1Issue2.pdf>>.

55. National Electronic Distributors Association, « Compliance & International Trade Committee » (décembre 2006) en ligne : NEDA <<http://www.nedassoc.org/documents/CITCNEWSVol1Issue2.pdf>>.

56. National Electronic Distributors Association, « Compliance & International Trade Committee » (décembre 2006) en ligne : NEDA <<http://www.nedassoc.org/documents/CITCNEWSVol1Issue2.pdf>>.

imposée et les privilèges d'exportation de cette compagnie lui ont été retirés pour une période de deux ans⁵⁷.

Omega Engineering : Exportation sans la licence nécessaire en vertu de l'EAR d'équipement de laboratoire vers le Pakistan. Une amende de 313 000 \$ et une probation de 5 ans (contrôle plus grand et surveillance des transactions par le BIS) ont été imposées à la compagnie. Le vice-président de cette entreprise a également été condamné à 10 mois d'emprisonnement, suivis d'une période de probation supervisée de 3 ans⁵⁸.

Dr. Thomas Butler : Alors qu'il était professeur au Texas Tech University, le Dr. Butler a exporté 30 fioles de bactéries de peste bubonique vers la Tanzanie sans avoir obtenu la licence requise en vertu de l'EAR. Il a été accusé, en mai 2003, par un « Grand Jury » fédéral américain, de 15 chefs d'accusation d'exportation illégale, d'importation illégale, de transport de matières dangereuses et d'avoir fait de fausses déclarations aux agents fédéraux. Il a aussi été accusé, en septembre 2003, de 54 chefs d'accusation additionnels dont vol, détournement de fonds, fraude fiscale et fraude. Il a été déclaré coupable en décembre 2003, par un jury, de 47 des 69 chefs d'accusation, dont l'exportation illégale de la bactérie de peste bubonique vers la Tanzanie. Il a également été condamné à deux ans de prison. De plus, Butler a conclu une entente avec Texas Tech University, acceptant de prendre sa retraite et de leur verser 250 000 \$ en dommages, en plus d'abandonner volontairement sa licence de pratique de la médecine au Texas State Board of Medical Examiners⁵⁹.

Suntek Microwave Inc. : La compagnie californienne Suntek et son ancien président Charlie Kuan n'ont pas obtenu les licences d'exportation nécessaires pour l'expédition de « detector log video amplifiers (DVLA) » vers une entreprise gouvernementale chinoise. Ces items étaient contrôlés pour des raisons de sécurité nationale. De plus, Suntek n'a pas obtenu les licences d'exportation nécessaires sous la notion de « deemed export » de l'EAR pour des ressortissants chinois qui y travaillaient en tant que spécialistes dans la fabrication

57. Georgia TECH, « Export Control Takes Front and Center Stage Position », en ligne : Georgia Tech <<http://www.export.gatech.edu/?section=centerstage>>.

58. Georgia TECH, « Export Control Takes Front and Center Stage Position », en ligne : Georgia Tech <<http://www.export.gatech.edu/?section=centerstage>>.

59. Robert LUZZI, « Office of Export Enforcement Bureau of Industry and Security (BIS) U.S. Department of Commerce » (2006), en ligne : BIS <http://www.export.gatech.edu/presentation/Commerce_BIS%20Export%20Controls%20ppt%202006.ppt#260>

de cette technologie. Suntek a consenti à une amende de nature criminelle de 339 000 \$. De plus, le BIS a imposé à Suntek une pénalité administrative de 275 000 \$ (qui a été suspendue) et une pénalité de 187 000 \$ à Kuan (également suspendue), en plus de révoquer les privilèges d'exportation de Suntek et Kuan pour une période de 20 ans⁶⁰.

Tout comme pour les entreprises, dans le cadre de la recherche universitaire, ces sanctions peuvent être appliquées contre les universités ou contre l'individu ayant commis une faute. Un sondage conduit auprès du *Office of Sponsored Programs* du MIT a révélé que les universités seraient prêtes à protéger leurs employés s'ils étaient trouvés coupable d'une violation de l'ITAR, pour autant qu'ils aient agi de bonne foi. Il est à noter que ce sondage ne visait que l'ITAR et ne couvre pas les impacts de l'EAR sur la recherche. Aucune politique à cet effet ne semble par contre avoir été publiée par le MIT, ou par toute autre université faisant de la recherche visée par l'ITAR⁶¹. Certains professeurs ont exprimé leurs inquiétudes à cet effet, ceux-ci ne souhaitant pas faire l'objet de sanctions personnellement dans l'éventualité où l'université refusait de les protéger. Il est par contre intéressant de noter qu'il semblerait que le Department of State n'ait encore trouvé, jusqu'à ce jour, aucun chercheur universitaire coupable de violation de l'ITAR⁶². Pour ce qui est de l'EAR, il semblerait qu'un seul professeur américain a fait l'objet de telles sanctions. Nous vous référons à la section précédente à cet effet.

3.1.3 Exceptions à l'obtention d'une licence d'exportation

3.1.3.1 Recherche fondamentale

Comme nous l'avons vu précédemment, les lois et règlements américains relatifs aux exportations sont de nature très restrictive. Les règlements en la matière prévoient par contre des exceptions à

60. Robert LUZZI, « Office of Export Enforcement Bureau of Industry and Security (BIS) U.S. Department of Commerce » (2006), en ligne : BIS <http://www.export.gatech.edu/presentation/Commerce_BIS%20Export%20Controls%20ppt%202006.ppt#260>.

61. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

62. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

l'obligation d'obtention d'une licence d'exportation, notamment dans le domaine de la recherche scientifique fondamentale⁶³.

En effet, dans la communauté scientifique, la dissémination du savoir, la communication des résultats de recherche et la formation de la relève scientifique constituent une très grande préoccupation. D'ailleurs, en 1943, l'*American Association of University Professors* a publié un rapport militant en faveur de la protection des libertés académiques en temps de guerre, mentionnant que « freedoms lost are difficult to regain »⁶⁴. La plupart des institutions de recherche aux États-Unis, dont le MIT, mentionnent en outre la liberté académique comme étant l'une de leurs valeurs les plus importantes. Dr. Sheila Widnall, professeur au MIT et ancienne secrétaire des forces armées américaines a récemment avancé l'argument que « openness is the bases for peer review and criticism, which is necessary for intellectual excellence »⁶⁵.

Ces principes fondamentaux propres à la communauté scientifique ont été pris en considération lors de l'adoption des règlements de contrôle des exportations, et ce, afin de restreindre le moins possible le développement scientifique et l'innovation. Comme nous en avons discuté précédemment, le gouvernement américain semble s'être d'ailleurs montré ouvert au dialogue avec le milieu scientifique à cet égard, tel que nous l'a démontré l'amendement à l'ITAR de 2002 survenu à la suite des négociations entre le gouvernement et des institutions d'enseignement supérieur concernant la possibilité de mettre en place une exemption de recherche mieux adaptée à la réalité universitaire⁶⁶. Il semblerait toutefois que les dispositions prévues dans l'ITAR et l'EAR concernant cette exemption soient tout de

63. 125 ITAR et 734.3 et 740.13 EAR.

64. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

65. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

66. Department of State, Interim final rule, « International Traffic in Arms Regulations ; Exemptions for U.S. Institutions of Higher Learning » (29 mars 2002), en ligne : <<http://www.fas.org/sgp/news/2002/03/fr032902.html>>.

même plus restrictives que celles qui existaient avant les modifications apportées en 1999 dont nous avons discuté précédemment⁶⁷.

3.1.3.1.1 En vertu de l'ITAR

L'article 123.16(10) de l'ITAR établit l'exemption à l'obligation d'obtenir une licence d'exportation pour des marchandises conçues seulement pour des fins de recherche fondamentale :

123.16 (10) : « Port Directors of U.S. Customs and Border Protection *shall permit, without a license, the permanent export, and temporary export and return to the United States, by accredited U.S. institutions of higher learning of articles fabricated only for fundamental research purposes* otherwise controlled by Category XV (a) or (e) in § 121.1 of this subchapter when all of the following conditions are met :

The export is to an accredited institution of higher learning, a governmental research center or an established government funded private research center located within countries of the North Atlantic Treaty Organization (NATO) or countries which have been designated in accordance with section 517 of the Foreign Assistance Act of 1961 as a major non-NATO ally (and as defined further in section 644(q) of that Act) for purposes of that Act and the Arms Export Control Act, or countries that are members of the European Space Agency or the European Union and involves exclusively nationals of such countries ;

All of the information about the article(s), including its design, and all of the resulting information obtained through fundamental research involving the article will be published and shared broadly within the scientific community, and is not restricted for proprietary reasons or specific U.S. government access and dissemination controls or other restrictions accepted by the institution or its researchers on publication of scientific and technical information resulting from the project or activity (See § 120.11 of this subchapter) ;
and

67. American Institute of Physics, « AIP FYI#10 : ITAR Regulation of Research Satellites Generates Concern » (30 août 2001), en ligne : American Institute of Physics <<http://www.spaceref.com/news/viewpr.html?pid=5891>>.

If the article(s) is for permanent export, the platform or system in which the article(s) may be incorporated must be a satellite covered by § 125.4(d)(1)(iii) of this subchapter and be exclusively concerned with fundamental research and only be launched into space from countries and by nationals of countries identified in this section. [Les italiques sont nôtres.]

Bien qu'il soit clair qu'il existe une exemption à l'ITAR applicable à la recherche fondamentale, ce qui crée de la controverse dans la communauté scientifique est plutôt l'étendue de la définition de « recherche fondamentale ». En effet, la recherche fondamentale est définie à l'article 120.11 de l'ITAR comme étant :

120.11 Public domain.

Public domain means information which is published and which is generally accessible or available to the public :

Through fundamental research in science and engineering at accredited institutions of higher learning in the U.S. where the resulting information is ordinarily published and shared broadly in the scientific community. Fundamental research is defined to mean basic and applied research in science and engineering where the resulting information is ordinarily published and shared broadly within the scientific community, as distinguished from research the results of which are restricted for proprietary reasons or specific U.S. Government access and dissemination controls. University research will not be considered fundamental research if :

The University or its researchers accept other restrictions on publication of scientific and technical information resulting from the project or activity, or

The research is funded by the U.S. Government and specific access and dissemination controls protecting information resulting from the research are applicable. [Les italiques sont nôtres.]

Ainsi, pour bénéficier de l'exemption de recherche fondamentale, il semble qu'il soit nécessaire :

- que la recherche fondamentale soit effectuée dans le domaine de la science et du génie ;

- que la recherche fondamentale soit effectuée par un établissement ou une institution d'éducation supérieure américain ;
- que les résultats de la recherche fondamentale soient publiés et partagés largement dans la communauté scientifique.

Ainsi, si les résultats de la recherche fondamentale sont restreints pour des raisons de confidentialité ou de contrôle d'accès par le gouvernement des États-Unis, il ne pourra pas être possible pour l'établissement américain d'éducation supérieure accrédité de bénéficier de l'exemption de recherche fondamentale.

En outre, pour ce qui est de la recherche universitaire, si une université ou ses chercheurs ont accepté des restrictions sur les publications comportant de l'information scientifique ou technique résultant d'un projet de recherche, autres qu'une prépublication permettant la révision par les partenaires de recherche afin de prévenir la divulgation d'informations confidentielles ou pour s'assurer que la publication ne violera pas les droits de brevets des partenaires de recherche⁶⁸, l'université ne pourra bénéficier de l'exemption de recherche fondamentale. Il est important de noter que la définition du terme « publication » est différente dans l'ITAR et dans l'EAR. Pour l'EAR, l'exigence est que l'information ait été publiée ou sur le point de l'être. L'ITAR exige par contre que l'information ait déjà été publiée. Le critère de publication de l'ITAR est donc plus strict⁶⁹.

L'information peut être considérée comme ayant été publiée lorsqu'elle est généralement disponible au public visé d'une multitude de façons⁷⁰. Par exemple, l'information publiée dans des périodiques, magazines, livres, sites Internet ou autres médias disponibles au grand public sera considérée faisant partie du domaine public. Au même effet, l'information publiée dans des documents disponibles dans les bibliothèques et les brevets ou lors d'événements accessibles aux membres du public, telle une conférence, un séminaire, ou une foire commerciale, sera considérée comme faisant partie du domaine public⁷¹.

68. Sponsored Projects Office, University of California at Berkeley, « Export Control and Research », en ligne : University of California at Berkeley <<http://www.spo.berkeley.edu/Policy/exportcontrol.html>>.

69. Sponsored Projects Office, University of California at Berkeley, « Export Control and Research », en ligne : University of California at Berkeley <<http://www.spo.berkeley.edu/Policy/exportcontrol.html>>.

70. 120.11 ITAR (1) à (8).

71. Sponsored Projects Office, University of California at Berkeley, « Export Control and Research », en ligne : University of California at Berkeley <<http://www.spo.berkeley.edu/Policy/exportcontrol.html>>.

La recherche universitaire ne bénéficiera également pas de cette exemption de recherche fondamentale si le gouvernement américain finance la recherche ou contrôle la dissémination des projets de recherche⁷². Il est intéressant de noter que le terme « université » à l'article 120.11 de l'ITAR ne comprend que les établissements universitaires situés sur le territoire des États-Unis. Les universités situées dans un autre pays seront considérées comme des personnes étrangères et donc soumises aux mesures de contrôle des exportations⁷³.

3.1.3.1.2 En vertu de l'EAR

Sous l'EAR, l'exception applicable à la recherche fondamentale se retrouve à l'article 734.3 (2) et (3), lequel prévoit qu'aucune licence n'est nécessaire pour l'exportation de :

734.3 : [...] (b) The following items are not subject to the EAR :

*Publicly available technology*⁷⁴ and software, except software controlled for « EI » reasons under ECCN 5D002 on the Commerce Control List and mass market encryption software with symmetric key length exceeding 64-bits controlled under ECCN 5D992, that :

Are already published or will be published as described in §734.7 of this part ;

Arise during, or result from, fundamental research, as described in §734.8 of this part ;

Are educational, as described in §734.9 of this part ;

Are included in certain patent applications, as described in §734.10 of this part. [Les italiques sont nôtres.]

De plus, l'article 734.8 de l'EAR définit la recherche fondamentale comme signifiant :

72. 120.11(8)(ii) ITAR.

73. Selena HUI-GARREAUD, « Introduction to U.S. and Canadian Export Controls in the Research Community » (20 février 2007), présentation donnée à l'Université McGill, Montréal, Bell Helicopter.

74. L'expression « technology » signifie « specific information necessary for the « development », « production », or « use » of a controlled product ». (772.1 EAR).

basic and applied research in science and engineering, where the resulting information is ordinarily published and shared broadly within the scientific community. Such research can be distinguished from proprietary research and from industrial development, design, production, and product utilization, the results of which ordinarily are restricted for proprietary reasons or specific national security reasons. [Les italiques sont nôtres.]

Ainsi, l'EAR, tout comme l'ITAR, reconnaît que si les résultats de la recherche sont publiés et qu'aucune restriction au niveau de la publication de ces résultats n'a été acceptée par les chercheurs, ceux-ci feront partie du domaine public et ne seront pas soumis aux mesures de contrôles à l'exportation.

3.1.3.3 Exemptions canadiennes (126.5 ITAR)

Le 16 février 2001, le Department of State américain a modifié l'ITAR pour accorder certaines exceptions à la suite de l'adoption, par le gouvernement canadien, du Programme des marchandises contrôlées (« PMC ») dont nous discuterons ci-après. Ces amendements avaient notamment pour but de permettre l'exportation d'une plus grande variété de marchandises contrôlées vers le Canada sans que l'obtention d'une licence ne soit nécessaire⁷⁵.

L'article 126.5 de l'ITAR énonce la règle générale voulant que l'obligation d'obtenir une licence pour les exportations, exportations temporaires⁷⁶ et importations temporaires ne s'applique pas si ces exportations, ou importations sont destinées à un usager final (« *end user* »), au Canada, qui est soit une autorité gouvernementale fédérale ou provinciale canadienne ou une personne canadienne enregistrée⁷⁷.

75. Directorate of Defense Trade Controls, « Exports to Canada : Guidance on ITAR exemption Effective May 30, 2001 », en ligne : US Department of State <pmddtc.state.gov/docs/exportstocanada.pdf>.

76. L'expression « exportations temporaires » signifie que les marchandises seront exportées à partir des États-Unis vers un autre pays, pour ensuite être retournées aux États-Unis.

77. L'expression « personne canadienne enregistrée » réfère ici à : « any Canadian national (including Canadian business entities organized under the laws of Canada), dual citizen of Canada and a third country (subject to s.126.1 ITAR), and permanent resident registered in Canada in accordance with the *Canadian Defense Production Act*, and such other Canadian Crown Corporations identified by the Department of State [...] »

Ce même article prévoit toutefois de nombreuses exceptions à ce principe général. Cela vient atténuer quelque peu la portée de l'exception de recherche canadienne puisque de nombreux items se trouvant sur la USML sont exclus de l'application de cette exemption. Notamment, l'exception canadienne ne s'applique pas aux armes à feu, aux munitions, aux aéronefs, à la plupart des services de défense, aux technologies de missiles, à la majorité des agents chimiques, etc.⁷⁸.

En plus de ne pas s'appliquer à certains types de marchandises contrôlées, l'exemption canadienne ne s'applique pas non plus aux réexportations vers un pays tiers autre que les États-Unis. Ainsi, l'article 126.5 (d) de l'ITAR prévoit que :

(d) Reexports/retransfer. Reexport/retransfer in Canada to another end user or end use or from Canada to another destination, except the United States, *must in all instances have the prior approval of the Directorate of Defense Trade Controls. Unless otherwise exempt in this subchapter, the original exporter is responsible, upon request from a Canadian-registered person, for obtaining or providing reexport / retransfer approval.* In any instance when the U.S. exporter is no longer available to the Canadian end user the request for reexport/retransfer may be made directly to Department of State, Directorate of Defense Trade Controls. All requests must include the information in § 123.9(c) of this subchapter. [...]. [Les italiques sont nôtres.]

Donc, les exportations dirigées vers des entreprises canadiennes n'étant pas enregistrées en vertu du Programme des marchandises contrôlées, dont nous verrons la portée d'application plus loin, requièrent une licence d'exportation, à moins qu'une autre exemption ne soit disponible sous l'ITAR. Il est cependant important de noter que même si l'entreprise vers qui les exportations sont destinées est enregistrée en vertu du PMC, les employés de cette entreprise, à moins qu'un autre type d'exemption ne s'applique à eux, ne sont pas automatiquement qualifiés pour recevoir des marchandises contrôlées provenant des États-Unis sous cette exemption. En effet, seuls les employés étant citoyens canadiens, ayant une double citoyenneté canadienne ou étant résidents permanents du Canada sont éligibles à cette exemption⁷⁹. Toutefois, pour ce qui est des

78. 126.5 (b) ITAR.

79. Directorate of Defense Trade Controls, « Exports to Canada : Guidance on ITAR exemption Effective May 30, 2001 », en ligne : US Department of State <pmddtc.state.gov/docs/exportstocanada.pdf>.

employés ayant une double citoyenneté canadienne, l'exemption canadienne ne s'appliquera pas à eux si leur seconde nationalité est d'un pays vers lequel les exportations sont prohibées tel qu'il appert de l'article 126.1 de l'ITAR.

L'EAR ne prévoit pas d'exemptions spécifiques pour le Canada. Il faut à cet effet vérifier le Commerce Country Chart pour déterminer si une licence est requise pour exporter l'item visé. Ce tableau très détaillé donne une liste, pour chacun des pays du monde, des types de marchandises pouvant être exportées sans licence vers ce pays.

3.1.4 *Recommandations aux entreprises*

D'un point de vue pratique et de façon générale, toute entreprise, américaine ou étrangère, voulant exporter des marchandises à partir des États-Unis, importer temporairement des marchandises ou réexporter des marchandises incorporant des articles d'origine américaine pouvant être visés par les mesures de contrôles à l'exportation devrait préalablement effectuer les vérifications suivantes⁸⁰ :

- Vérifier si les biens qui seront exportés, importés temporairement ou réexportés (matériel, données techniques, services de défense, etc.) sont visés par la USML qui se trouve à la partie 121 de l'ITAR ou par la USCCL qui se trouve à la partie 738 de l'EAR ;
- Si l'entreprise n'est pas certaine si les exportations ou réexportations prévues sont couvertes par la USML ou par la USCCL, faire une demande de *commodity jurisdiction* sous l'ITAR ou une demande au même effet sous l'EAR ;
- Si les marchandises qui seront exportées ou réexportées se trouvent sur la USML, l'entreprise doit être inscrite auprès du Directorate of Defense Trade Controls (« DDTC ») ;
- Suite à son inscription, le cas échéant, l'entreprise peut faire une demande pour une licence d'exportation⁸¹.

80. Directorate of Defense Trade Controls, « Public Service Plan » (16 mars 2006), en ligne : US Department of State <http://pmdtc.state.gov/public_plan_standards.htm>.

81. Directorate of Defense Trade Controls, « Public Service Plan » (16 mars 2006), en ligne : US Department of State <http://pmdtc.state.gov/public_plan_standards.htm>.

3.1.5 Cas pratiques

Afin de mieux illustrer les problématiques soulevées par l'application des mesures américaines de contrôle des exportations, nous vous faisons part de quelques situations fictives montrant les étapes à suivre pour les entreprises et les universités américaines avant de pouvoir procéder à l'exportation de marchandises contrôlées à partir des États-Unis. Ces situations représentent un aperçu des différentes transactions commerciales possibles, sans toutefois constituer une liste exhaustive des scénarios possibles.

3.1.5.1 Une compagnie américaine souhaitant exporter au Canada

Une compagnie américaine désirant exporter des marchandises contrôlées au Canada devrait tout d'abord identifier si les marchandises qu'elle souhaite exporter sont sujettes à l'ITAR ou à l'EAR. Si elles sont sujettes à l'ITAR, l'entreprise devra s'inscrire auprès de l'ODTC et, une fois son dossier accepté, elle devra présenter une demande de licence d'exportation, à moins que l'une des exemptions prévues par règlement ne s'applique. Si les marchandises sont sujettes à l'EAR, l'inscription ne sera pas nécessaire et une demande de licence d'exportation pourra être présentée au BIS. Dans les deux cas, l'exportation pourra se faire dès que la licence approuvant l'exportation sera octroyée.

3.1.5.2 Une université américaine souhaitant accueillir un étudiant étranger au niveau des études supérieures

Si une université américaine souhaite accueillir un étudiant étranger au niveau des études supérieures et que cet étudiant est amené à travailler sur un projet impliquant des marchandises contrôlées, l'université devra tout d'abord s'assurer que l'étudiant ne provient pas d'un pays vers lequel les exportations sont prohibées. Si c'est le cas, l'étudiant ne pourra être autorisé à travailler sur le projet, sous peine des sanctions prévues. Si l'étudiant ne vient pas d'un tel pays, l'université devra présenter une demande de licence d'exportation afin que l'étudiant puisse travailler sur le projet puisque, comme nous l'avons vu précédemment, le transfert d'informations à une personne étrangère sur le territoire des États-Unis constitue une exportation présumée et est donc soumis aux contrôles d'exportation. L'étudiant ne pourra donc pas commencer à travailler sur le projet impliquant des marchandises contrôlées avant d'avoir reçu la licence d'exportation nécessaire.

3.1.6 *Recommandations aux institutions universitaires*

En plus des recommandations applicables aux entreprises mentionnées plus haut, certaines institutions universitaires ont établi des recommandations destinées aux universités et au gouvernement américain en matière de contrôle des exportations applicables spécifiquement à leur situation et visant une réforme du régime actuel en la matière :

- Développer un système de repérage des technologies potentiellement visées par les mesures de contrôle des exportations sur le campus (plutôt que de laisser chaque scientifique décider de la classification) ;
- Contrôler les accès physiques et virtuels à ces technologies de façon consistante avec les autres procédures de sécurité établies ;
- Définir clairement quelles mesures de contrôle des exportations seront les mieux susceptibles de protéger adéquatement la sécurité nationale et les appliquer strictement ;
- Permettre l'ouverture et la libre circulation de toutes les autres technologies ;
- Améliorer les procédures d'immigration et les enquêtes préalables à l'obtention d'un visa afin que les individus qui sont acceptés dans les universités américaines soient aussi approuvés pour participer pleinement aux opportunités éducatives ainsi qu'aux différents programmes de recherche⁸².

3.2 Canada

Au Canada, les lois imposant des contrôles sur les transferts internationaux de marchandises sont la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* (« LLEI ») et la *Loi sur la production de défense* (« LPD »). La LLEI délègue au Ministre des affaires étrangères et du commerce international des pouvoirs discrétionnaires pour contrôler la circulation des marchandises figurant sur les trois listes annexées à cette loi⁸³, soit la *Liste des marchandises d'importation*

82. Charles L. LIOTTA, « Deemed Exports : Impact on University Research », en ligne : Georgia Institute of Technology <<http://www.export.gatech.edu/presentation/Liotta.ppt>>.

83. Affaires étrangères et commerce international Canada, « Au sujet de la Direction générale des contrôles à l'exportation et à l'importation (DGCEI) » (3 janvier 2007), en ligne : AECIC <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/eicbintro-fr.asp>>.

contrôlée (« LMIC »), la *Liste des marchandises d'exportation contrôlée* (« LMEC ») et la *Liste des pays visés* (« LPV »).

De façon plus spécifique, l'exportation de marchandises d'application militaire ou à la fois civile et militaire est régie principalement par la LPD et le RMC. D'un point de vue pratique, l'exportation des marchandises contrôlées au Canada est administrée par le PMC, un programme de sécurité nationale axé sur l'industrie. Ce programme a été mis sur pied, comme on l'a vu, en 2001, et est géré par la Direction des marchandises contrôlées (« DMC ») de Travaux Publics et Services Gouvernementaux Canada (« TPSGC »), lequel assure le respect de la LPD et du RMC⁸⁴.

3.2.1 Champ d'application des programmes de contrôle des exportations

3.2.1.1 Inscription préalable au PMC

3.2.1.1.1 Personnes devant s'inscrire au PMC

Les personnes suivantes qui souhaitent *examiner, posséder* ou transférer des marchandises contrôlées listées dans les Groupes 2 et 6, ainsi qu'à l'article 5504 du Groupe 5⁸⁵ de la LMEC en vertu du régime canadien doivent, en vertu de l'article 2 du RMC, être inscrites au PMC, à moins toutefois qu'elles ne puissent bénéficier d'une exemption d'inscription :

- une personne physique exerçant des activités commerciales au Canada ou ;
- une personne morale, une société de personnes ou toute autre forme d'entreprise commerciale incorporée en vertu d'une loi fédérale ou provinciale ou autorisée d'une toute autre façon à exploiter ses activités au Canada.

84. Direction des marchandises contrôlées, « Renforcer les mesures de contrôle relatives au commerce de défense du Canada », en ligne : Affaires étrangères et commerce international Canada <<http://w01.international.gc.ca/Canadexport/view.aspx?isRedirect=True&id=383758&language=F>>.

85. Pour les fins du PMC, seules les marchandises faisant partie de ces groupes sont considérées comme étant des « marchandises contrôlées ». Toutefois, étant donné que cette définition de marchandises contrôlées est utilisée par la DMC seulement, nous utiliserons ce terme pour identifier les marchandises de tous les Groupes. Les marchandises des Groupes 2 et 6 et de l'article 5504 du Groupe 5 correspondent aux marchandises présentes sur la USML de l'ITAR américain.

À la suite de leur inscription au PMC, ces personnes pourront alors faire une demande de licence d'exportation en vue d'exporter des marchandises contrôlées en vertu de l'article 13 de la LLEI. Ces personnes ont également l'obligation légale, en vertu de l'article 10 du règlement, de se soumettre aux inspections de conformité de la DMC, de mettre en œuvre des plans de sécurité afin de protéger les biens et les utilisateurs de ceux-ci, de tenir à jour les dossiers, de donner de la formation adéquate aux employés, visiteurs et travailleurs temporaires, de signaler à la DMC toute atteinte à la sécurité et tout changement de propriété ou de l'adresse d'entreposage des marchandises contrôlées⁸⁶. De plus, en vertu de l'article 10 du RMC, une personne inscrite doit tenir les trois types de registres suivants :

- un registre concernant la réception, l'aliénation et le transfert de marchandises contrôlées ;
- un registre portant sur les évaluations de sécurité, lesquelles consistent en des évaluations portant notamment sur les références et les antécédents criminels des administrateurs, cadres et employés qui sont en position d'examiner, de posséder ou de transférer des marchandises contrôlées⁸⁷. Ce ne sont pas tous les employés de l'entreprise qui feront l'objet d'une telle évaluation de sécurité mais bien seulement les personnes qui seront susceptibles d'être impliquées directement dans l'exportation ou l'importation de marchandises contrôlées ;
- un registre concernant les éléments de preuve⁸⁸ portant sur les personnes physiques exemptées en vertu de l'ITAR⁸⁹.

Afin de s'assurer que les obligations légales discutées ci-haut sont remplies, l'entreprise concernée doit nommer, en vertu de l'article 11 du RMC, un représentant désigné qui sera responsable du respect de la LPD et du RMC. De façon pratique, l'entreprise dési-

86. Travaux publics et services gouvernementaux Canada, « Programme des marchandises contrôlées : cours intermédiaire d'introduction aux acquisitions complexes » (8 février 2005), en ligne : TPSGC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/pubs/presentation_procurement_f.htm> ; Nous vous référons également aux articles 10 à 15 du RMC.

87. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « Programme des marchandises contrôlées », en ligne : TPSGC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/PPT/cgpoverview_fr.ppt#270,13,Diapositive 13>.

88. Voir l'article 16(2) du RMC pour les types d'éléments de preuve admissibles.

89. Direction des marchandises contrôlées, « Énoncé de politique sur la tenue des registres » (24 mars 2004), en ligne : TPSGC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/policies/policies_rk_f.htm>.

rant exporter des marchandises listées aux Groupes 2 et 6, de même qu'à l'article 5504 du Groupe 5 désignera tout d'abord ce représentant pour présenter la demande d'inscription au PMC. Cette personne désignée se chargera par la suite d'effectuer les vérifications de sécurité pour tous les employés, cadres et administrateurs qui seront susceptibles d'examiner, de posséder ou de transférer des marchandises contrôlées⁹⁰.

3.2.1.1.2 Personnes exclues de l'inscription au PMC

La LPD et le RMC prévoient également des cas où certaines catégories de personnes sont exclues de l'inscription au PMC⁹¹ :

- Toute personne qui occupe un poste dans l'administration publique fédérale ou une société d'état fédérale ou qui est employée par une province (article 36 LPD) ;
- Les fonctionnaires publics au sens du paragraphe 117.07(2) du *Code Criminel* (article 1.1 RMC) ;
- Les représentants élus ou attitrés du Canada ou des provinces (article 1.1 RMC) ;
- Les membres d'une force étrangère au sens de l'article 2 de la *Loi sur les forces étrangères présentes au Canada* (article 1.1 RMC).

Ces personnes n'ont donc pas à s'inscrire au PMC afin de pouvoir examiner, posséder ou transférer des marchandises contrôlées faisant partie des trois Groupes ci-haut mentionnés.

3.2.1.1.3 Personnes exemptées de l'inscription au PMC

De plus, certaines catégories de personnes peuvent bénéficier d'une exemption d'inscription au PMC en faisant une demande à cet effet auprès de la DMC, responsable de la gestion du PMC. Cette exemption d'inscription vise les personnes suivantes :

- Conformément à l'article 16(1) du RMC, la personne physique qui est administrateur, cadre ou employé d'une personne ayant accès

90. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « Programme des marchandises contrôlées », en ligne : TPSGC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/PPT/cgpoverview_fr.ppt#270,13,Diapositive13>.

91. Art. 36 LPD.

à des marchandises contrôlées en sa qualité de personne déjà inscrite à l'ITAR.

- Conformément à l'article 16 (3) du RMC, la personne physique qui est administrateur, employé ou représentant élu ou attitré du gouvernement fédéral des États-Unis ou du gouvernement d'un État ou d'un territoire des États-Unis.
- Conformément à l'article 17 du RMC, les travailleurs temporaires ou les visiteurs.

Pour les deux premiers groupes, soit les personnes physiques inscrites en vertu de l'ITAR et les employés du gouvernement américain, les formalités d'inscription sont assez simples. Il suffit de remplir une demande d'exemption d'inscription et de la soumettre à la DMC, accompagnée d'une demande d'évaluation de sécurité pour chaque représentant désigné proposé⁹².

Pour les visiteurs pouvant être exemptés de l'inscription, une demande d'exemption d'inscription doit également être soumise à la DMC avant que la visite n'ait lieu. Cette demande doit par contre être soumise par le représentant désigné de la personne inscrite à qui le visiteur rendra visite et non par le visiteur lui-même. Un visiteur ne peut avoir accès aux marchandises contrôlées et/ou technologiques contrôlées avant qu'un certificat d'exemption d'inscription n'ait été émis par la DMC⁹³.

La procédure concernant les travailleurs temporaires est similaire à celle établie pour les visiteurs. Les travailleurs temporaires pouvant être exemptés de l'inscription doivent remplir une demande d'exemption d'inscription, laquelle demande sera soumise à la DMC par le représentant désigné de la personne inscrite par qui le travailleur temporaire sera employé. Les détails à cet effet sont communiqués dans la *Politique sur l'exemption de l'inscription et évaluation de sécurité du travailleur temporaire*⁹⁴.

92. Direction des marchandises contrôlées, « Inscription auprès de la DMC », en ligne : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/registration/reg_f.htm>.

93. Direction des marchandises contrôlées, « Inscription auprès de la DMC », en ligne : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/registration/reg_f.htm>.

94. Direction des marchandises contrôlées, « Inscription auprès de la DMC », en ligne : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/registration/reg_f.htm>.

3.2.1.2 *Marchandises visées par le régime canadien du contrôle à l'exportation*

Contrairement aux États-Unis, où les marchandises contrôlées sont réparties sur deux listes différentes, soit l'une établie en vertu de l'ITAR et l'autre en vertu de l'EAR, toutes les marchandises visées par les contrôles d'exportation sont regroupées sur une seule et même liste au Canada. Elles sont énumérées dans la LMEC, liste administrée par Commerce International Canada (« CIC ») et dont la loi habilitante est la LLEI. Cette liste comprend principalement des marchandises conçues ou modifiées à des fins d'utilisation militaire, de même que des marchandises d'application à la fois commerciale et militaire, notamment :

- Les articles à usage à la fois commercial et militaire (« dual use ») (Groupe 1) ;
- Les armes automatiques, armes à feu, munitions, composants, matériel de lancement, bombes, avions, tanks, missiles, matières chimiques, explosifs et équipement et accessoires connexes (Groupe 2) ;
- Les technologies nucléaires (Groupe 3) ;
- Les technologies nucléaires à usage commercial et militaire (« dual use ») (Groupe 4) ;
- Les systèmes mondiaux de navigation par satellite, postes de contrôle au sol, équipement de conception et d'essai d'armes nucléaires (Groupe 5) ;
- Les technologies des missiles (Groupe 6) ;
- Les armes chimiques et biologiques (Groupe 7) ;
- Substances chimiques pour la production de drogues illicites (Groupe 8)⁹⁵.

Ces marchandises listées sur la LMEC correspondent à celles listées dans l'Arrangement de Wassenaar, soit plus précisément sur

95. Guide des contrôles à l'exportation du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Juin 2006), en ligne : MAECI <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/military/documents/exportcontrols-fr.pdf>>.

la *List of Dual Use Goods and Technologies* et la *Munitions List*⁹⁶. Ces catégories comprennent des marchandises qui sont sensiblement les mêmes que celles qui sont couvertes par l'ITAR et l'EAR aux États-Unis. Comme nous l'avons vu précédemment, les marchandises des Groupes 2 et 6, ainsi que celles apparaissant à l'article 5504 du Groupe 5 correspondent aux marchandises figurant sur la USML de l'ITAR. Les marchandises faisant partie de chacun des Groupes sont détaillées très précisément dans un manuel publié par le Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (« MAECI ») canadien intitulé le *Guide des contrôles à l'exportation du Canada*⁹⁷.

De plus, non seulement les marchandises sont contrôlées, mais la technologie qui les sous-tend l'est également. Cette situation est la même qu'aux États-Unis, où les règlements ITAR et EAR s'appliquent également aux données techniques et aux technologies se rapportant aux marchandises contrôlées. Donc, les technologies nécessaires à la conception, à la production ou à l'utilisation de marchandises contrôlées, y compris les données techniques telles que les schémas, les formules, les modèles de conception technique, etc., seront soumises aux mêmes mesures de contrôle des exportations que les marchandises elles-mêmes. L'assistance technique à l'exploitation de ces technologies y est aussi soumise. Cela comprend entre autres les instructions, la formation et les connaissances pratiques.

Si l'entreprise a des doutes quant à la qualification de ses marchandises en tant que marchandises contrôlées ou non, elle peut contacter la Direction des contrôles à l'exportation du MAECI qui offre un service téléphonique d'assistance aux entreprises. Cette procédure est différente du « commodity jurisdiction » sous l'ITAR ou de son pendant sous l'EAR puisqu'elle est essentiellement un service d'assistance aux entreprises ; les entreprises contactant le MAECI ne sont donc pas contraintes d'accepter les conseils qu'on leur a donnés par téléphone⁹⁸.

96. <[http://www.wassenaar.org/controllists/WA-LIST%20\(06\)%201%20PDF%20Version.pdf](http://www.wassenaar.org/controllists/WA-LIST%20(06)%201%20PDF%20Version.pdf)>.

97. Guide des contrôles à l'exportation du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Juin 2006), en ligne : MAECI <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/military/documents/exportcontrols-fr.pdf>>.

98. <<http://www.infoexport.gc.ca/regions/menu-fr.html>> et Guide des contrôles à l'exportation du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, Juin 2006, <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/military/documents/exportcontrols-fr.pdf>> (consultée 2007-10-29).

3.2.1.3 Licence d'exportation

Le paragraphe 7 (1) de la LLEI établit l'obligation d'obtenir une licence pour pouvoir exporter ou transférer des marchandises ou technologies contrôlées qui sont inscrites sur la LMEC ou qui sont destinées à un pays inscrit sur la LPV, en plus d'établir les facteurs pouvant être pris en considération dans la décision du ministre de délivrer ou non la licence :

7. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande *une licence autorisant*, sous réserve des conditions prévues dans la licence ou les règlements, notamment quant à la quantité, à la qualité, aux personnes et aux endroits visés, *l'exportation ou le transfert des marchandises ou des technologies inscrites sur la liste des marchandises d'exportation contrôlée ou destinées à un pays inscrit sur la liste des pays visés.*

Prise en considération de certains facteurs

Pour décider s'il délivre la licence, le ministre peut prendre en considération, notamment, le fait que les marchandises ou les technologies mentionnées dans la demande peuvent être utilisées dans le dessein :

de nuire à la sécurité ou aux intérêts de l'État par l'utilisation qui peut en être faite pour accomplir l'une ou l'autre des actions visées aux alinéas 3(1)a) à n) de la Loi sur la protection de l'information ;

de nuire à la paix, à la sécurité ou à la stabilité dans n'importe quelle région du monde ou à l'intérieur des frontières de n'importe quel pays. [Les italiques sont nôtres.]

Cette obligation d'obtenir une licence s'applique aux marchandises de tous les Groupes de la LMEC, et non seulement aux Groupes dont l'inscription au PMC, dont nous avons discuté précédemment, est obligatoire. En résumé, il faudra obtenir une licence d'exportation si les marchandises ou technologies qui seront exportées :

- sont destinées à un des pays listés à la LPV (les pays apparaissant à la LPV sont généralement ceux faisant l'objet d'un embargo décrété par le Conseil de sécurité des Nations Unies) ;

- sont listées sur la LMEC.

3.2.1.4 Exemptions au régime canadien des contrôles à l'exportation

3.2.1.4.1 Recherche fondamentale et informations relevant du domaine public

Les mesures de contrôle des exportations canadiennes ne s'appliquent pas aux informations ou renseignements :

- Relevant du domaine public ;
- Relevant de la recherche scientifique fondamentale ;
- Nécessaires pour le dépôt de demandes de brevets.

Cette exception pour des fins de recherche fondamentale ne se retrouve pas directement dans la législation canadienne mais plutôt dans le *Guide des contrôles à l'exportation du Canada*⁹⁹. Selon ce guide, « les contrôles ne s'appliquent pas à la « technologie » « relevant du domaine public », à la « recherche scientifique fondamentale » ni à l'information minimale nécessaire au dépôt des demandes de brevet »¹⁰⁰.

Une technologie ou un logiciel sera considéré être du domaine public lorsque « [leur] diffusion plus vaste ne fait l'objet d'aucune restriction. (Les restrictions résultant des droits d'auteur [copyright] n'empêchent pas la « technologie » ou le « logiciel » d'appartenir au « domaine public ») »¹⁰¹. Par exemple, l'information à laquelle le public a accès dans les kiosques à journaux, les librairies, dans le cadre de conférences et de salons d'expositions généralement ouverts au public sera considérée comme faisant partie du domaine public. Les renseignements de base à caractère commercial sur les fonc-

99. Guide des contrôles à l'exportation du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Juin 2006), en ligne : MAECI <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/military/documents/exportcontrols-fr.pdf>>.

100. Guide des contrôles à l'exportation du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Juin 2006), en ligne : MAECI <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/military/documents/exportcontrols-fr.pdf>>.

101. Guide des contrôles à l'exportation du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Juin 2006), en ligne : MAECI <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/military/documents/exportcontrols-fr.pdf>>.

tions, les objectifs ou les descriptions générales de marchandises contrôlées seront également du domaine public¹⁰².

Quant à la recherche fondamentale, celle-ci désigne « le travail théorique ou expérimental entrepris principalement en vue d'acquérir une nouvelle connaissance des principes fondamentaux des phénomènes et des événements observables, et qui n'est pas à l'origine orienté vers une finalité ou une application particulière »¹⁰³. Ainsi, on remarque que tout comme pour les États-Unis, la recherche fondamentale dans le domaine des sciences ou de l'ingénierie effectuée dans un établissement d'enseignement collégial ou universitaire est exemptée des contrôles d'exportation lorsque les résultats de recherche sont généralement publiés et partagés¹⁰⁴.

Finalement, l'information minimale nécessaire pour le dépôt des demandes de brevet, c'est-à-dire les brevets disponibles pour consultation par le public dans tous les bureaux de brevets ou dans les bases de données publiques, n'est également pas visée par les contrôles d'exportation¹⁰⁵.

3.2.1.4.2 Technologie minimale

En plus de ne pas s'appliquer à la recherche fondamentale et aux technologies de domaine public, « [l]es contrôles ne s'appliquent pas à la « technologie » minimale nécessaire à l'installation, à l'exploitation, à la maintenance (vérification) et à la réparation des articles libres ou dont l'exportation a été autorisée »¹⁰⁶. Cela est compatible avec l'approche américaine, où les pièces et les services de réparation servant à la maintenance et à la vérification des articles

102. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « AP-51U : Programme d'inscription pour les marchandises contrôlées (PIMC) », en ligne : TPSGC <<http://pwgsc.gc.ca/approvisionnement/text/pns/pn51u-f.html>>.

103. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « AP-51U : Programme d'inscription pour les marchandises contrôlées (PIMC) », en ligne : TPSGC <<http://pwgsc.gc.ca/approvisionnement/text/pns/pn51u-f.html>>.

104. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « AP-51U : Programme d'inscription pour les marchandises contrôlées (PIMC) », en ligne : TPSGC <<http://pwgsc.gc.ca/approvisionnement/text/pns/pn51u-f.html>>.

105. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « AP-51U : Programme d'inscription pour les marchandises contrôlées (PIMC) », en ligne : TPSGC <<http://pwgsc.gc.ca/approvisionnement/text/pns/pn51u-f.html>>.

106. Guide des contrôles à l'exportation du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Juin 2006), en ligne : MAECI <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/military/documents/exportcontrols-fr.pdf>>.

dont l'exportation a été préalablement autorisée ne sont également pas visés par les contrôles d'exportations¹⁰⁷.

3.2.2 Applicabilité des contrôles d'exportation de marchandises contrôlées

3.2.2.1 Définition d'exportation

Contrairement aux États-Unis où les règlements en matière de contrôle des exportations donnent des définitions précises de ce que constitue une exportation de marchandises contrôlées, les lois et règlements canadiens sont silencieux à cet effet. Nous présumons donc que le sens courant du terme est celui devant être privilégié. De plus, la notion d'« exportation présumée » (« deemed export ») présente en droit américain n'est pas présente dans le droit canadien relatif aux contrôles des exportations.

3.2.2.2 Restrictions géographiques aux exportations

Comme nous l'avons vu précédemment, une licence d'exportation est notamment nécessaire afin d'exporter des marchandises et technologies vers certains pays ayant fait l'objet d'un embargo ou étant jugés à risque pour la sécurité nationale et internationale¹⁰⁸. Ces pays sont indiqués à la LPV. Les deux seuls pays apparaissant sur cette liste à l'heure actuelle sont le Bélarus et le Myanmar. Toutefois, en plus des pays indiqués à la LPV, le Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international met régulièrement à jour une liste des pays visés par des embargos et vers lesquels les exportations de marchandises et technologies doivent également faire l'objet d'une licence, qui ne sera délivrée que sous certaines conditions très précises. En date de la rédaction de cet article, les pays faisant l'objet de sanctions économiques canadiennes étaient la Côte d'Ivoire, la République démocratique du Congo, la Corée du Nord, l'Iran, l'Iraq, le Liban, le Liberia, le Rwanda, le Sierra Leone et le Soudan¹⁰⁹.

107. 125.4 b)(5) ITAR et 740.10 EAR.

108. Article 7 (1) LLEI.

109. Affaires étrangères et commerce international Canada, « Sanctions économiques canadiennes » (5 octobre 2007), en ligne : MAECI <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/trade/sanctions-fr.asp>>.

3.2.2.3 Sanctions si non-respect

Les articles 37 et 45 de la LPD prévoient des peines sévères pour toute personne qui contrevient au régime canadien d'exportation des marchandises contrôlées, notamment en cas de déclarations fausses ou trompeuses, de destruction de registres, de fausses inscriptions au registre, d'entrave à toute mesure de rétention prise par un inspecteur, d'omission de se conformer à toute demande raisonnable d'un inspecteur ou d'entrave au travail d'un inspecteur dans le cadre de ses fonctions. Quiconque est trouvé en violation de l'article 37 est passible, par procédure sommaire, d'une amende maximale de 100 000 \$ et/ou d'un emprisonnement maximal de deux ans et, par mise en accusation, d'une amende maximale de 2 000 000 \$ et/ou d'un emprisonnement maximal de dix ans.

Des peines encore plus sévères sont prévues pour les personnes qui ont accès à des marchandises contrôlées et/ou technologies contrôlées et qui refusent sciemment de s'inscrire ou de déposer une demande d'exemption. En outre, les personnes inscrites ou exemptées d'inscription qui laissent volontairement une personne non autorisée examiner une marchandise contrôlée ou qui transfèrent une marchandise contrôlée à une personne non autorisée sont passibles de sanctions sous la LPD¹¹⁰.

L'article 19 de la LLEI prévoit quant à lui que toute infraction à cette loi ou à un de ses règlements est passible, par procédure sommaire, d'une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et/ou d'une peine d'emprisonnement maximale de douze mois, de même que, par mise en accusation, d'une amende dont le montant est fixé par le tribunal et/ou un emprisonnement maximal de dix ans. Ainsi, le fait d'exporter des marchandises contrôlées sans avoir obtenu la licence nécessaire serait donc passible de ces sanctions.

3.2.3 Cas pratiques

Afin de mieux illustrer la façon dont les mesures de contrôle des exportations canadiennes seront mises en pratique par les entreprises canadiennes, nous avons élaboré quelques situations fictives démontrant les différentes étapes menant à l'obtention d'une licence d'exportation.

110. Direction des marchandises contrôlées, Énoncé de politique : cadre et portée de la direction des marchandises contrôlées (7 mars 2007), en ligne : TPSGC <http://www.dmc.gc.ca/cgdweb/text/about/framework_toc_f.htm#4-4>.

3.2.3.1 Une compagnie canadienne qui souhaite exporter une marchandise contrôlée

Tout d'abord, si une entreprise canadienne désire exporter une marchandise contrôlée vers un autre pays, elle devra déterminer sous quel Groupe cette marchandise sera couverte. Si cette marchandise tombe dans les Groupes 2 ou 6, ou sous l'article 5504 du Groupe 5, l'entreprise devra s'inscrire au PMC avant de faire une demande de licence d'exportation. Dans tous les autres cas, la demande de licence pourra être présentée sans qu'aucune inscription ne soit nécessaire. Avant de présenter cette demande de licence, l'entreprise devra vérifier si l'une des exemptions, dont l'exemption pour recherche fondamentale, à l'obligation d'obtenir une licence s'applique. Dès l'octroi de la licence, l'entreprise pourra procéder à l'exportation de la marchandise contrôlée.

3.2.3.2 Une compagnie canadienne souhaitant exporter une marchandise incorporant un élément ITAR

Si une compagnie canadienne souhaite exporter une marchandise dans un pays autre que les États-Unis, mais que cette marchandise incorpore une pièce ou composante contrôlée en vertu de l'ITAR, la marchandise sera sujette tant aux contrôles d'exportations canadiens qu'américains. La compagnie canadienne devra donc, de son côté, s'inscrire au PMC s'il s'agit d'une marchandise des Groupes 2 ou 6, ou sous l'article 5504 du Groupe 5 et ensuite présenter une demande de licence d'exportation. Cette compagnie devra également demander à l'entreprise américaine lui ayant transféré la pièce visée par l'ITAR de présenter une demande de licence d'exportation en vertu de l'article 126.5 (d) de l'ITAR. Comme nous l'avons vu plus tôt, l'exportateur américain a l'obligation de s'assurer de l'identité de l'utilisateur final (« end user ») de la marchandise contrôlée. Il est par contre possible que la demande de licence originale prévoyant l'exportation de la marchandise vers le Canada ait prévu que la marchandise visée serait réexportée vers le troisième pays. Si toutefois ce n'est pas le cas, l'obtention d'une licence pour la réexportation de la marchandise contrôlée, maintenant intégrée en tant que composante de la marchandise canadienne, pourra être nécessaire. Suite à la délivrance des licences américaine et canadienne, l'entreprise canadienne pourra procéder à l'exportation.

4. IMPACT DES MESURES DE CONTRÔLE DES EXPORTATIONS

4.1 Sur la recherche et le développement

Malgré l'exemption de recherche fondamentale dont nous avons discuté précédemment, les régimes canadien et américain établissant des mesures de contrôle des exportations ont tout de même des impacts importants sur l'innovation et la recherche scientifique. En effet, ces régimes très stricts demandent un exercice rigoureux de la part des entreprises et des institutions de recherche travaillant sur des projets impliquant des marchandises et technologies contrôlées. Quelques-uns de ces effets sont présentés ici, bien que cette liste ne se veut aucunement exhaustive.

4.2 Étudiants étrangers

Les étudiants étrangers composent une grande proportion des étudiants au niveau des études supérieures. Cela est d'autant plus marqué dans les domaines scientifiques tels que l'ingénierie, la biologie et la physique. Aux États-Unis, la proportion d'étudiants étrangers en ingénierie était de 41 % en 2001¹¹¹. À la suite des attaques terroristes du 11 septembre 2001, les universités américaines ont toutefois noté une diminution des inscriptions de la part d'étudiants étrangers¹¹². Cette tendance voulant qu'il y ait eu déclin du nombre d'inscriptions d'étudiants étrangers aux États-Unis peut en partie être associée aux restrictions relatives à l'obtention des visas d'étudiants, de même qu'aux restrictions réglementaires, telles que celles découlant de l'ITAR et de l'EAR. Ainsi, il semble que plutôt que d'étudier aux États-Unis, plusieurs ressortissants étrangers choisissent de poursuivre leurs études dans un autre pays ou dans leur pays natal afin d'avoir la certitude de pouvoir compléter toutes les exigences de leur programme d'études, notamment en participant aux

111. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

112. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

divers projets de recherche conduisant à l'obtention des crédits universitaires¹¹³.

De plus, étant donné que l'obtention d'une licence sous l'ITAR et l'EAR est nécessaire pour bon nombre d'étudiants étrangers en raison de la notion d'exportation présumée (« deemed export »), ces étudiants subissent des inconvénients importants reliés aux délais d'obtention de cette licence. En effet, l'obtention d'une licence prend en général deux mois, ce qui représente un long délai dans le domaine académique où les étudiants ne travaillent souvent sur un projet donné que pour quelques mois¹¹⁴. Dans certains cas également, il peut même arriver qu'un étudiant étranger aux études supérieures soit empêché complètement de travailler sur un projet de recherche à cause de sa nationalité.

Ces mesures américaines de contrôle des exportations ont soulevé plusieurs critiques au sein de la communauté scientifique américaine quant aux effets que celles-ci pourraient avoir sur le développement scientifique¹¹⁵. Entre autres, il a été allégué que ces mesures pourraient faire en sorte que :

- Les partenaires de recherche n'engagent pas les meilleurs étudiants ;
- Les coûts pour les partenaires de recherche soient plus élevés s'ils doivent engager des chercheurs au niveau du post-doctorat ou des membres du corps professoral au lieu d'étudiants aux études supérieures ;
- Les étudiants aux études supérieures se voient refuser des expériences professionnelles pertinentes à leur développement de carrière ;

113. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

114. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

115. Charles L. LIOTTA, « Deemed Exports : Impact on University Research », en ligne : Georgia Institute of Technology <<http://www.export.gatech.edu/presentation/Liotta.ppt>>.

- Le « cercle vertueux » de l'innovation et du développement économique soit brisé puisqu'en freinant l'innovation, l'économie étatique risque du même coup de se trouver ralentie¹¹⁶.

Des professeurs dans le domaine de la recherche spatiale ont d'ailleurs soulevé que les mesures de contrôle à l'exportation prévues dans l'ITAR et l'EAR les amènent à réfléchir longuement avant de collaborer avec des universités étrangères ou d'engager des étudiants étrangers pour travailler sur des projets de recherche pouvant être contrôlés par les règlements de contrôles d'exportation¹¹⁷. Cela est dû principalement à l'incertitude entourant l'interprétation des règlements ITAR et EAR¹¹⁸. Le climat en résultant en est donc un de méfiance envers les collègues étrangers et non favorable à l'innovation¹¹⁹.

Au Canada, étant donné que la notion d'exportation présumée (« deemed export ») n'existe pas, nous présumons que les conséquences des mesures de contrôle des exportations sur la recherche seraient légèrement moins négatives qu'aux États-Unis. Par contre, puisque les universités doivent être inscrites au PMC afin que leurs étudiants puissent avoir accès à des marchandises contrôlées dans le cadre de projets de recherche, des délais importants dans le traitement des demandes et dans l'exécution des évaluations de sécurité nécessaires sont à prévoir. De plus, les difficultés d'interprétation de l'exemption pour des fins de recherche fondamentale risquent, tout comme aux États-Unis, de causer des délais et une certaine méfiance de la part des chercheurs face aux mesures de contrôle des exporta-

116. Charles L. LIOTTA, « Deemed Exports : Impact on University Research », en ligne : Georgia Institute of Technology <<http://www.export.gatech.edu/presentation/Liotta.ppt>>.

117. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

118. Dean A. MOREHOUS, « Problems Remain with New Rules Liberalizing Export of Software Products Incorporating Encryption Functionality » (2000), en ligne : Findlaw <<http://library.findlaw.com/2000/Jan/1/128443.html>> ; Mark A. BOHNHORST, « Export Controls in University Research : Basics and Problem Areas » (20 avril 2005), en ligne : University of Minnesota <http://www.ogc1.umn.edu/stellent/groups/public/documents/webasset/da_026922.pdf>.

119. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

tions, ce qui pourrait avoir des répercussions sur l'innovation et le développement scientifique.

4.1.2 Restrictions imposées dans les contrats de recherche

De plus, étant donné que les résultats issus de projets de recherche pour lesquels les mesures de contrôle des exportations sont applicables sont généralement considérées sensibles par le gouvernement américain, les contrats conclus avec ce gouvernement comportent souvent des clauses restreignant la publication des résultats de recherche et/ou l'emploi de ressortissants étrangers. Il n'est donc pas inhabituel que dans des cas où l'exemption de recherche pourrait s'appliquer, des restrictions présentes dans les contrats de recherche viennent en restreindre ou en empêcher son utilisation. Les restrictions suivantes pourraient notamment venir exclure l'application de l'exemption de recherche :

- S'il existe une entente de non-divulgence relativement à l'accès à la technologie ou à l'information utilisée dans la recherche, et que cette technologie ou information est visée par l'ITAR ou l'EAR ;
- Si les agences contribuant financièrement au projet de recherche considèrent certaines données ou informations comme « sensibles » et décident d'imposer certaines restrictions par rapport à la transmission de ces données ou informations ;
- Si les agences contribuant financièrement au projet de recherche insèrent une clause contractuelle en vertu de laquelle toute publication sera sujette à sa vérification et à son approbation ;
- Si les agences contribuant au financement du projet de recherche imposent des restrictions quant à la participation de ressortissants étrangers au projet de recherche¹²⁰.

Bien que la majorité des universités américaines ait fait part au gouvernement américain de leur désaccord face à certaines exigences de l'ITAR et de l'EAR, lesquelles vont, selon elles, à l'encontre du développement de la recherche¹²¹, certaines universités n'ont eu

120. Charles L. LIOTTA, « Deemed Exports : Impact on University Research », en ligne : Georgia Institute of Technology <<http://www.export.gatech.edu/presentation/Liotta.ppt>>.

121. Charles L. LIOTTA, « Deemed Exports : Impact on University Research », en ligne : Georgia Institute of Technology <<http://www.export.gatech.edu/presentation/Liotta.ppt>>.

d'autre choix que d'accepter les contrats avec ces clauses de restrictions, et ce, étant donné que les contrats de recherche reliés à la défense sont souvent très lucratifs et que leur budget de recherche existant est insuffisant pour se permettre de refuser les fonds provenant du gouvernement.

D'autres universités ont par contre refusé des projets du gouvernement spécifiquement à cause de ces restrictions. À titre illustratif, le MIT a refusé pour plus de trois millions de dollars de contrats de recherche sur une période de deux ans, alors que l'Université de Californie à Berkeley a refusé un contrat d'un demi million de dollars du Army Corps of Engineers¹²². De plus, l'Université Stanford en Californie a décidé de ne pas accepter de projets de recherche classés « secrets » ou « confidentiels » afin de pouvoir procéder aux recherches universitaires sans devoir vérifier la citoyenneté ou la résidence permanente de ses chercheurs, boursiers, étudiants et collaborateurs¹²³. En effet, l'Université Stanford voulait demeurer fidèle à sa politique d'ouverture et de dissémination publique des résultats de recherche¹²⁴.

4.1.3 Difficultés d'interprétation des lois et règlements en matière de contrôle des exportations

La USML de l'ITAR est rédigée de façon à ne lister que les catégories générales de marchandises plutôt qu'énumérer les marchandises de manière spécifique. La USCCL de l'EAR quant à elle est rédigée en des termes plus précis, quoique d'une grande difficulté technique. Quant à la LMEC au Canada, bien que les marchandises qui y sont listées soient décrites de manière beaucoup plus détaillée que dans l'ITAR, sa technicité risque également de créer des problèmes similaires à ceux vécus par rapport aux règlements américains.

Cette complexité au niveau de la classification fait en sorte que la compréhension et l'enseignement de la USCCL, de la USML et de la LMEC deviennent des exercices fastidieux et coûteux pour les per-

122. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

123. Rachel CLAUS, « ITAR : An Introduction », (24 février 2000), en ligne : Stanford University <<http://www.stanford.edu/dept/DoR/C-Res/itar.html>>.

124. Rachel CLAUS, « ITAR : An Introduction », (24 février 2000), en ligne : Stanford University <<http://www.stanford.edu/dept/DoR/C-Res/itar.html>>.

sonnes impliquées dans le milieu de la recherche¹²⁵. Notamment, des ressources importantes au niveau des facultés et des affaires juridiques des universités doivent souvent être déployées dans le processus décisionnel relié à la classification des différentes technologies développées dans le cadre de projets de recherche¹²⁶. À ce titre, il appert qu'aux États-Unis, les institutions de recherche doivent fréquemment avoir recours à des avocats spécialisés dans cette classification afin de pouvoir décider si un programme de recherche spécifique comporte des éléments qui sont visés par l'ITAR ou l'EAR¹²⁷. Les institutions de recherche universitaire les plus importantes ont souvent des avocats sur place, et peuvent se permettre d'engager des firmes externes au besoin afin de les aider dans cet exercice de classification. Les universités ayant des moyens plus limités n'ont toutefois souvent d'autre choix que de faire une demande de « commodity jurisdiction » ou autre, ce qui prend généralement plusieurs mois avant d'obtenir une décision, les plaçant du coup dans une position désavantageuse¹²⁸.

Cette difficulté d'interprétation des lois et règlements en matière de contrôle des exportations est également notable lorsque vient le moment de déterminer si une exemption est applicable. En effet, du point de vue de la communauté scientifique, il est parfois difficile de savoir quand les licences d'exportation sont nécessaires, et ce, notamment en raison de l'ambiguïté de l'exemption de recherche fondamentale, dont la définition est considérée par plusieurs chercheurs, professeurs, institutions de recherche et employés gouvernementaux¹²⁹. Nous vous référons à la section 2.1.3 (i) du présent article pour plus de détails à cet effet.

-
125. Charles L. LIOTTA, « Deemed Exports : Impact on University Research », en ligne : Georgia Institute of Technology <<http://www.export.gatech.edu/presentation/Liotta.ppt>>.
 126. Charles L. LIOTTA, « Deemed Exports : Impact on University Research », en ligne : Georgia Institute of Technology <<http://www.export.gatech.edu/presentation/Liotta.ppt>>.
 127. Charles L. LIOTTA, « Deemed Exports : Impact on University Research », en ligne : Georgia Institute of Technology <<http://www.export.gatech.edu/presentation/Liotta.ppt>>.
 128. Charles L. LIOTTA, « Deemed Exports : Impact on University Research », en ligne : Georgia Institute of Technology <<http://www.export.gatech.edu/presentation/Liotta.ppt>>.
 129. David A. BRONIATOWSKI *et al.*, « Balancing the Needs for Space Research and National Security in the ITAR », Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, en ligne : MIT <<http://web.mit.edu/mgr/www/Portfolio/Balancing%20the%20Needs%20for%20Space%20Research%20and%20National%20Security%20in%20the%20ITAR.pdf>>.

4.1.4 Manque de transparence au niveau de la communication d'informations entre entreprises privées et universités

En outre, lors de contrats conclus entre des universités et des entreprises partenaires externes, ces entreprises n'avisent pas toujours les chercheurs que de l'information de nature contrôlée leur sera communiquée¹³⁰. Cette façon de faire des entreprises impose donc une responsabilité accrue aux universités, qui se doivent d'être proactives afin de s'assurer que l'information n'est effectivement pas de nature contrôlée, d'autant plus que les chercheurs prennent généralement pour acquis que l'information qui leur est transmise n'est pas de nature contrôlée¹³¹. À ce titre, lors d'une présentation donnée à ses chercheurs et son personnel, l'Université du Minnesota a suggéré d'inclure, dans tous les contrats de recherche, une clause obligeant l'entreprise partenaire d'informer l'université par écrit lorsque des marchandises contrôlées sont visées. L'exemple donné en tant qu'illustration d'une telle clause était le suivant :

Prior to disclosing any confidential information, proprietary technical data or source code that is subject to export control under federal law, Sponsor shall notify University in writing that the material is export controlled and shall identify the controls that apply.

University shall have the right to decline or limit (a) the receipt of such information, and (b) any task requiring receipt of such information.¹³²

130. Mark A. BOHNHORST, « Export Controls in University Research : Basics and Problem Areas » (20 avril 2005), en ligne : University of Minnesota <http://www.ogc1.umn.edu/stellent/groups/public/documents/webasset/da_026922.pdf>.

131. Mark A. BOHNHORST, « Export Controls in University Research : Basics and Problem Areas » (20 avril 2005), en ligne : University of Minnesota <http://www.ogc1.umn.edu/stellent/groups/public/documents/webasset/da_026922.pdf>.

132. Mark A. BOHNHORST, « Export Controls in University Research : Basics and Problem Areas » (20 avril 2005), en ligne : University of Minnesota <http://www.ogc1.umn.edu/stellent/groups/public/documents/webasset/da_026922.pdf>.

4.1.5 Illustrations de cas vécus dans le domaine de la recherche scientifique

De nombreuses situations malencontreuses ont été vécues dans le domaine de la recherche et du développement de nouvelles technologies en raison de l'application des mesures de contrôle des exportations. Nous présenterons ci-après quelques exemples concrets de situations recensées dans la doctrine américaine qui viennent appuyer les prétentions du milieu scientifique à l'effet que les restrictions associées aux mesures de contrôle des exportations constituent un frein à l'innovation :

- Un ressortissant turc et étudiant à l'Université Stanford a développé une fusée hybride. Une entreprise privée, soit United Technologies, a pris connaissance des documents expliquant le concept et était intéressée à contribuer financièrement au développement du projet. Cependant, United Technologies refusa de discuter du projet avec l'étudiant l'ayant développé à moins que l'Université Stanford n'obtienne une licence d'exportation sous l'ITAR pour cet étudiant.¹³³
- Au *California Institute of Technology*, environ la moitié des étudiants sont des étudiants étrangers. Ils y sont attirés en raison du complexe JPL, un centre mondial d'étude de l'exploration planétaire. Or, il leur faut attendre deux ans et parfois même plus longtemps pour pouvoir visiter JPL sans escorte, en raison des délais relatifs à l'obtention d'une licence d'exportation leur permettant d'être admis sur les lieux. Par exemple, une étudiante de nationalité russe qui faisait une thèse sur l'atmosphère de Jupiter en utilisant les données recueillies par la navette spatiale Galileo s'est vu refuser l'entrée au complexe JPL pour visiter les scientifiques responsables des instruments dont elle avait besoin pour ses recherches. Généralement, les étudiants étrangers qui doivent travailler dans le complexe JPL choisissent d'autres projets de recherche afin de ne pas avoir à faire face à de tels délais.¹³⁴

De telles situations sont monnaie courante aux États-Unis et viennent mettre de l'eau au moulin pour ceux qui prétendent que les

133. Association of American Universities, « AAU/COGR Letter to OSTP » (17 juillet 2000), en ligne : AAU <<http://www.aau.edu/research/AAULtr7.18.00.html>>.

134. Association of American Universities, « AAU/COGR Letter to OSTP » (17 juillet 2000), en ligne : AAU <<http://www.aau.edu/research/AAULtr7.18.00.html>>.

mesures de contrôle des exportations ont pour effet de freiner l'innovation.

4.2 Sur l'économie

Les mesures de contrôle des exportations ont également entraîné au fil des ans une perte de confiance face aux fournisseurs américains¹³⁵. En effet, diverses entreprises de domaines scientifiques variés ont reporté un niveau de méfiance grandissant face aux compagnies américaines par rapport notamment aux délais de livraison, au fichage des données confidentielles relatives aux employés, etc.¹³⁶.

Cela a d'ailleurs amené certaines compagnies étrangères à trouver des façons de contourner les exigences d'exportations américaines. L'une de ces compagnies est Alcatel Alenia Space, issue d'un *joint venture* formé en 2005 entre Alcatel et Finmeccanica. Cette compagnie a réussi à doubler ses parts de marché, passant de 10 % en 1998 à 20 % en 2004 en créant une navette spatiale « sans ITAR »¹³⁷.

De plus, plusieurs compagnies étrangères ont mis en place des politiques internes afin d'éviter le plus possible d'avoir à faire face aux exigences de l'ITAR ou de l'EAR. Certaines vont même jusqu'à refuser de conclure des contrats avec des compagnies américaines dans l'éventualité où les contrôles des exportations seraient susceptibles de s'appliquer. Nous vous présentons ci-après quelques exemples tirés de l'actualité où la volonté d'éviter les contrôles stricts de l'ITAR et de l'EAR a abouti à des pertes de contrats pour des compagnies américaines :

Un fabricant de satellites européen, EADS Sodern, a décidé d'abandonner l'usage de technologies américaines dans la fabrication de son détecteur d'étoiles (« *star tracker* ») afin d'éviter les mesures de contrôle des exportations américaines. Étant donné que le satellite auquel l'appareil était rattaché était fabriqué en France et que le satellite était mis en orbite sur une fusée chinoise, les contraintes rattachées à l'obtention

135. Ryan ZELNIO, « The effects of export control on the space industry » (16 janvier 2006), en ligne : The Space Review <<http://www.thespacereview.com/article/533/1>>.

136. *Ibid.*

137. *Ibid.*

de licences d'exportation auraient été trop lourdes. Cette compagnie voulait en outre éviter toute incertitude quant aux risques que le projet ne puisse aller de l'avant ou ne soit retardé par l'attente d'approbations du gouvernement américain.¹³⁸

Depuis 1999, aucune entreprise chinoise d'opérations de satellites n'a acheté de satellites américains. Elles ont plutôt opté pour des fournisseurs européens et israéliens. La perte de contrats pour les compagnies américaines est évaluée entre 1,5 milliards de dollars et 3 milliards de dollars U.S.¹³⁹.

En 2003, Arabsat a décidé de confier la construction de deux nouveaux satellites à Astrium, une compagnie européenne, après avoir fait affaires pendant plusieurs années avec le fabricant américain Lockheed Martin. Le changement de fournisseur s'est fait principalement par peur que les mesures de contrôle des exportations américaines causent des délais de livraison importants, retardant du même coup les projets de lancement¹⁴⁰.

Outre les cas où des entreprises américaines ont perdu des contrats auprès de compagnies étrangères à cause des exigences de l'ITAR et de l'EAR, la mise en place de politiques internes relatives au respect de ces règlements impose un très lourd fardeau économique aux entreprises américaines. Un exemple notoire où un arsenal administratif fut déployé pour éviter que des marchandises tombent sous le contrôle de l'ITAR est le cas de Boeing ayant fait les manchettes en 2006. Dans cette affaire, Boeing travaillait sur le développement du Boeing 787, un nouvel aéronef civil, qui utilisait une structure externe faite de panneaux de composites de fibres de carbone plutôt que des panneaux d'aluminium utilisés traditionnellement. Les ingénieurs travaillant sur le projet avaient, deux décennies auparavant, participé au développement et à l'établissement de méthodes de manufacture de l'avion furtif militaire B-2 dont les ailes étaient faites de panneaux du même matériau composite que celui

138. Peter B. DE SELDING, « European Satellite Component Maker Says it is Dropping U.S. Components because of ITAR » (13 juin 2005), en ligne : Space News Business Report <http://www.space.com/spacenews/archive05/Sodern_061305.html>.

139. Ryan ZELNIO, « The effects of export control on the space industry » (16 janvier 2006), en ligne : The Space Review <<http://www.thespacereview.com/article/533/1>>.

140. Ryan ZELNIO, « The effects of export control on the space industry » (16 janvier 2006), en ligne : The Space Review <<http://www.thespacereview.com/article/533/1>>.

utilisé dans la fabrication du Boeing 787. Puisqu'ils craignaient des sanctions pour violation de l'ITAR, les ingénieurs de projets refusèrent de signer des formulaires certifiant que l'aéronef était libre de toute technologie militaire, et ce, même s'il était largement connu dans l'industrie que ce type de composite pouvait être utilisé à de telles fins. Il ne s'agissait donc pas d'une information secrète ayant une quelconque valeur stratégique. Afin d'échapper aux contrôles de l'ITAR, Boeing rassembla d'importantes ressources, à la fois humaines et monétaires, pour essayer de prouver que les connaissances utilisées dans la conception du Boeing 787 ne provenaient pas du programme militaire de développement de l'avion B-2 mais qu'elles faisaient déjà partie du domaine public et qu'elles avaient trouvé une application civile avant le développement de l'avion B-2. De plus, Boeing remplaça une vingtaine de pièces dont la technologie était contrôlée par l'ITAR par d'autres d'application exclusivement civile. Après plusieurs mois d'attente et de négociations avec le Department of State et le Department of Commerce, Boeing obtint finalement une licence d'exportation sous l'EAR permettant de sous-traiter la fabrication du 787 en Chine¹⁴¹.

Au niveau canadien, bien que nous n'avons pas répertorié de cas concrets où des contrats auraient été perdus pour des entreprises canadiennes en faveur de concurrents, nous croyons que de tels effets économiques pourraient éventuellement se faire sentir puisque les politiques canadiennes sont très similaires aux politiques américaines de contrôle des exportations. Bien que la notion d'exportation présumée (« deemed export ») qui cause tant de problèmes chez les Américains n'existe pas en droit canadien, les entreprises canadiennes et américaines ont un fardeau administratif comparable en ce qui concerne la mise en place des contrôles des exportations et doivent faire face à des délais importants pour l'obtention des licences nécessaires à l'exportation de marchandises contrôlées. Cela risque donc de dissuader certaines entreprises étrangères de faire affaires avec des entreprises canadiennes afin d'éviter que leurs projets soient retardés.

Outre les effets que nous venons tout juste de voir, des impacts économiques se font également sentir auprès des entreprises n'exportant pas de marchandises contrôlées. En effet, les limites dictées

141. Dominic GATES, « Separation anxiety : The wall between military and commercial technology » (22 janvier 2006), en ligne : The Seattle Times <http://seattletimes.nwsourc.com/cgi-bin/PrintStory.pl?document_id=2002754224&zsection_id=2002119995&slug=boeingitar22&date=20060122>.

par les règlements de contrôle des exportations augmentent les coûts (en temps et en argent) d'exportation puisque les compagnies américaines et canadiennes doivent investir d'importantes ressources afin de prouver que leurs produits ne doivent pas être considérés comme étant des marchandises contrôlées soumises aux exigences des lois et règlements en la matière¹⁴². Ces compagnies canadiennes doivent non seulement s'assurer qu'elles ne sont pas soumises aux règlements canadiens en la matière, mais elles doivent également s'assurer que leurs marchandises n'incorporent pas de composante soumise à l'ITAR ou l'EAR afin de ne pas être liées aux exigences américaines en matière d'exportation de marchandises contrôlées.

4.3 Sur les droits et libertés

Récemment, la légitimité des programmes de contrôle des exportations par les États-Unis a été remise en question à la suite de certains scandales publics, tel que le cas de Bell Helicopter. En effet, en janvier 2007, cette histoire a fait la première page des journaux canadiens et américains après que Bell Helicopter ait relocalisé 24 de ses employés détenant la double nationalité canadienne et d'un pays jugé « sensible » par les États-Unis. Ces employés, dont le pays natal figurait sur la liste de pays vers lesquelles les importations de technologies militaires étaient interdites, ont été empêchés de travailler sur des projets d'une valeur de 849 millions de dollars destinés à l'armée américaine et visant la livraison de 368 hélicoptères de combat Bell 407¹⁴³. Des commentaires négatifs ont alors fusé sur les tribunes publiques, allant même jusqu'à dire que les règles américaines de contrôle des exportations contrevenaient à la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴⁴.

Il est à noter que Bell Helicopter spécifie dans ses offres d'emploi que les postes nécessitant l'accès ou l'utilisation de marchandises contrôlées sont réservés aux candidats remplissant les conditions énumérées par les règlements applicables en matière de sécurité. En effet, selon ses offres d'emploi, « [...] tout postulant doit

142. Ryan ZELNIO, « The effects of export control on the space industry » (16 janvier 2006), en ligne : The Space Review <<http://www.thespacereview.com/article/533/1>>.

143. « Bell Helicopter forced to reassign 24 employees for security reasons » *La Presse canadienne* (10 janvier 2007), en ligne : cbc.ca <<http://www.cbc.ca/cp/business/070110/b0110117A.html>>.

144. « À l'encontre de la Charte » *Radio-Canada* (11 janvier 2007), en ligne : Radio-Canada <<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/National/2007/01/11/002-bell-vs-charte.shtml>>.

être en mesure de satisfaire aux exigences du Programme des marchandises contrôlées du gouvernement canadien (PMC), des U.S. *International Traffic in Arms Regulations* (« ITAR »), et de toute autre attestation de sécurité gouvernementale ou exigence pertinente »¹⁴⁵.

Ainsi, les entreprises privées ne semblent avoir d'autres choix, afin de conserver leur marché avec les États-Unis, que de se plier aux exigences américaines en matière de contrôle des exportations, et ce, même au prix du respect des droits et libertés enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il appert à ce titre que le Centre de recherche-action sur les relations raciales (« CRARR ») a déposé, en vertu de l'article 71 de la Charte, une plainte pour violation des droits civils auprès de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec (« CDPDJ ») au nom d'un ancien stagiaire de Bell Helicopter d'origine vénézuélienne dont le stage a été terminé sur la base d'une mauvaise performance alors qu'il avait reçu des évaluations positives de ses supérieurs¹⁴⁶. Cette plainte est l'une des quatre plaintes déposées par rapport à l'ITAR présentement sous enquête auprès de la CDPDJ¹⁴⁷. Ce dossier demeure à suivre puisqu'en date de la rédaction du présent article, aucune décision n'avait été rendue dans ces dossiers¹⁴⁸.

5. CONCLUSION

Nous constatons donc que les mesures de contrôle des exportations applicables au Canada et aux États-Unis sont très complexes et comportent des risques importants advenant une contravention à

145. « Offre d'emploi, soutien technique » (27 septembre 2007), en ligne : Bell Helicopter <<http://www.bellhelicopter.com/fr/employment/viewJobs.cfm?type=Soutien%20technique&language=French&keywords=>>>.

146. Addendum to Joint Report by the Ontario Council of Agencies Serving Immigrants (OCASI), the Metro Toronto Chinese and Southeast Asian Legal Clinic (MTCSALC) and the South Asian Legal Clinic of Ontario (SALCO) : On the Status of Compliance by the Canadian Government with respect to the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination, A Community Response to the Seventeenth and Eighteenth Reports of Canada February 2007, <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/ngos/ICERD_Canada_Shadow_Report_2007_Add.pdf>.

147. Suivant une conversation téléphonique avec un responsable de la Commission en date du 5 novembre 2007, il nous a été confirmé qu'il y avait effectivement quatre plaintes reliées à l'application de l'ITAR présentement sous étude auprès de la CDPDJ.

148. Communiqué, Atteintes au droit à l'égalité découlant d'une réglementation américaine : la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse demande l'intervention des gouvernements canadien et québécois, Montréal, 6 juillet 2007, <http://www.cdpdj.qc.ca/fr/communiqués/docs-2007/COMM_ITAR.pdf>.

celles-ci. Vu cette complexité et les pénalités associées à leur manquement, il est primordial pour les entreprises et les institutions d'enseignement supérieur susceptibles d'œuvrer dans un domaine où les marchandises ont un potentiel militaire de bien connaître ces mesures de contrôle afin de mettre en place des politiques internes leur permettant d'agir en toute conformité avec les mesures gouvernementales américaines et canadiennes en la matière ou d'éviter leur application, le cas échéant.

En effet, avec la croissance rapide des échanges transfrontaliers et l'interdépendance économique grandissante entre les pays, la réalité du contrôle des marchandises exportées ou importées est très présente et le sera sans aucun doute de plus en plus dans les années à venir. Cela est d'autant plus important dans le contexte politique actuel, où la lutte au terrorisme et le souci de protection de la sécurité nationale est partout, à la fois dans les discours politiques et sur les tribunes publiques. Il reste cependant primordial de chercher à établir un équilibre entre le désir de protéger la sécurité nationale et le désir de favoriser l'innovation qui permettra à un État de se développer rapidement et de maintenir une position concurrentielle sur l'échiquier mondial.

Légende

Arrangement

de Wassenaar : *l'Arrangement de Wassenaar sur le contrôle des exportations d'armes conventionnelles et de biens et technologies à double usage*

BIS : Bureau of Industry and Security (États-Unis)

CIC : Commerce International Canada (Canada)

CDPDJ : Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec

COCOM : *Coordinating Committee for Multilateral Export Controls*

DMC : Direction des marchandises contrôlées (Canada)

EAA : *Export Administration Act* (États-Unis)

EAR :	<i>Export Administration Regulations</i> (États-Unis)
ECA :	<i>Export Control Act</i> (États-Unis)
ECCN :	Export Control Classification Number
ITAR :	<i>International Traffic in Arms Regulations</i> (États-Unis)
LLEI :	<i>Loi sur les licences d'exportation et d'importation</i> (Canada)
LMEC :	<i>Liste des marchandises d'exportation contrôlée</i> (Canada)
LMIC :	<i>Liste des marchandises d'importation contrôlée</i> (Canada)
LPD :	<i>Loi sur la production de la défense</i> (Canada)
LPV :	<i>Liste des pays visés</i> (Canada)
ODTC :	Office of Defense Trade Controls (États-Unis)
PMC :	Programme des marchandises contrôlées (Canada)
RMC :	<i>Règlement sur les marchandises contrôlées</i> (Canada)
TPSGC :	Travaux publics et Services gouvernementaux Canada
USCCL :	<i>United States Commerce Control List</i> (États-Unis)
USML :	<i>U.S. Munitions List</i> (États-Unis)

ANNEXE A

Catégories de marchandises contrôlées sous la *United States Munitions List* (Partie 121 de l'ITAR)

Firearms, close assault weapons and combat shotguns

Guns and armament

Ammunition / ordnance

Launch vehicles, guided missiles, ballistic missiles, rockets, torpedoes, bombs and mines

Explosives and energetic materials, propellants, incendiary agents and their constituents

Vessels of war and special naval equipment

Tanks and military vehicles

Aircraft and associated equipment

Military training equipment and training

Protective personnel equipment and shelters

Military electronics

Fire control, range finder, optical and guidance and control equipment

Auxiliary military equipment

Toxicological agents, including chemical agents, biological agents, and associated equipment

Spacecraft systems and associated equipment

Nuclear weapons, design and testing related items

Classified articles, technical data and defense services not otherwise enumerated

Directed energy weapons

[Reserved]

Submersible vessels, oceanographic and associated equipment

Miscellaneous articles

ANNEXE B

Catégories de marchandises contrôlées sous la
Commerce Control List (Partie 738 de l'EAR)

- Nuclear Materials, Facilities and Equipment and Miscellaneous
- Materials, Chemicals, « Microorganisms », and toxins
- Materials Processing
- Electronics
- Computers
- Telecommunications and information Security
- Lasers and Sensors
- Navigation and Avionics
- Marine
- Propulsion Systems, Space Vehicles and Related Equipment

Chaque catégorie est également divisée en cinq groupes différents.
Ces groupes sont les mêmes pour chacune des catégories :

- Equipment, Assemblies and Components
- Test, Inspection and Production Equipment
- Materials
- Software
- Technology