



Berne, le 5 septembre 2011

Rapport explicatif sur le projet de loi sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger

Condensé

L'inscription de la société AEGIS Group Holdings SA au Registre du commerce du canton de Bâle-Ville au printemps 2010 a rouvert le débat politique concernant la problématique des entreprises qui fournissent depuis la Suisse des prestations de sécurité privées à l'étranger. Selon les conclusions du rapport de l'Office fédéral de la justice (OFJ) du 30 décembre 2010 qui faisait suite au mandat du Conseil fédéral du 25 août 2010, le marché de la sécurité s'est considérablement développé ces dernières années. A la fin de l'année 2010, une vingtaine d'entreprises de sécurité qui opèrent ou qui sont susceptibles d'opérer depuis la Suisse à l'étranger étaient établies dans notre pays. Le cas AEGIS montre en outre que des multinationales étrangères peuvent être intéressées à avoir une société en Suisse. Aujourd'hui, la législation applicable aux entreprises fournissant des prestations de sécurité privées est lacunaire. Elle relève essentiellement du droit cantonal mais ne s'applique pas aux entreprises de sécurité opérant à l'étranger. Celles-ci exercent par conséquent leurs activités sans être soumises à un système de contrôle. Le présent projet a pour objectif de combler ce vide juridique conformément au mandat du Conseil fédéral du 16 février 2011.

L'adoption d'une législation fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger constitue un développement des initiatives prises par la Suisse concernant l'adoption du Document de Montreux et l'élaboration du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées du 9 novembre 2010. En sa qualité d'initiatrice et de promoteur de ces instruments internationaux, la Suisse joue un rôle de précurseur pour les autres Etats en légiférant dans ce domaine.

Le 30 mars 2011, le Conseil fédéral a en outre chargé le DFJP d'examiner la possibilité de reprendre, dans le présent projet, la réglementation actuelle sur l'engagement d'entreprises de sécurité par les autorités fédérales. En prévoyant des dispositions légales au niveau formel, le projet vise à renforcer le principe de légalité lorsqu'une autorité fédérale engage une entreprise de sécurité pour exécuter certaines tâches de protection à l'étranger.

Contenu du projet

Le projet de loi contribue à préserver la sécurité intérieure et extérieure du pays, à mettre en œuvre les buts de sa politique extérieure, à préserver la neutralité suisse et à garantir le respect du droit international. A cette fin, il prévoit d'interdire ex lege certaines activités, et d'instaurer un régime d'interdictions que l'autorité compétente sera habilitée à prononcer dans des cas concrets.

Le projet s'appliquera aux personnes et entreprises qui fourniront, depuis la Suisse, des prestations de sécurité privées à l'étranger ou qui fourniront, en Suisse, des prestations en rapport avec des prestations de sécurité privées exécutées à l'étranger. Il s'appliquera également aux sociétés établies en Suisse et qui détiennent des participations financières dans des entreprises opérant à l'étranger.

Il interdit ex lege la participation directe à des hostilités dans le cadre d'un conflit armé (« interdiction du mercenariat ») ainsi que les activités en relation avec une participation directe aux hostilités ou avec une violation grave des droits de l'homme.

Pour contrôler les activités qui doivent être exercées à l'étranger, le projet prévoit une obligation pour l'entreprise de les déclarer à l'autorité. Celle-ci interdira les activités qui sont contraires aux buts de la loi. Le Conseil fédéral pourra toutefois accorder une autorisation exceptionnelle lorsqu'un intérêt public est jugé prépondérant. Les entreprises pourront en revanche fournir des prestations à l'étranger lorsque celles-ci ne sont pas problématiques. Des sanctions administratives et pénales seront prononcées en cas de violation de la loi. Le projet s'appliquera aux activités en cours d'exécution au moment de l'entrée en vigueur de la loi.

Le projet de loi s'applique en outre aux autorités fédérales qui délèguent à une entreprise de sécurité l'exécution de certaines tâches de protection à l'étranger ou qui recourent aux services d'une telle entreprise. Il fixe les conditions d'engagement. L'autorité fédérale devra notamment s'assurer que l'entreprise de sécurité remplit certaines exigences et que le personnel de sécurité a reçu une formation pour l'exécution de la tâche de protection. Le projet de loi détermine à quelles conditions l'usage de la contrainte, de mesures policières ou d'armes est autorisé.

Table des matières

1.	Présentation du projet	4
1.1	Contexte	4
1.1.1	Contexte concernant les entreprises de sécurité fournissant des prestations de sécurité privées à l'étranger	4
1.1.2	Contexte concernant l'engagement d'une entreprise de sécurité par une autorité fédérale pour l'exécution d'une tâche de protection à l'étranger	5
1.2	Mandats du Conseil fédéral	5
1.2.1	Décision du Conseil fédéral du 16 février 2011	5
1.2.2	Décision du Conseil fédéral du 30 mars 2011	6
1.3	Interventions parlementaires	6
1.4	Solutions examinées	8
1.5	Grandes lignes du projet	9
1.5.1	Buts	9
1.5.2	Aspects essentiels du projet	9
1.6	Droit comparé	10
1.6.1	Réglementations à l'étranger	10
1.7	Droit international public	12
1.8	Développements sur le plan international	13
1.8.1	Document de Montreux	13
1.8.2	Code de conduite international du 9 novembre 2010	13
1.8.3	Projet de convention de l'ONU	14
1.8.4	Discussions au niveau de l'Union européenne	14
1.9	Situation légale en droit suisse	14
1.9.1	Environnement normatif existant en droit fédéral	14
1.9.2	Droit cantonal	16
2.	Commentaire des dispositions du projet de loi	17
2.1	Dispositions générales	17
2.2	Interdictions et obligation de respecter le Code de conduite international	27
2.3	Procédure	30
2.4	Contrôle	34
2.5	Sanctions	35
2.6	Entraide administrative	37
2.7	Engagement d'entreprises de sécurité par des autorités fédérales à l'étranger	38
2.8	Dispositions finales	41
3.	Conséquences	42
3.1	Conséquences financières pour la Confédération	42
3.2	Conséquences pour les cantons et les communes	42
3.3	Conséquences économiques	42
3.4	Autres conséquences	42
4.	Programme de la législature	42
5.	Aspects juridiques	43
5.1	Constitutionnalité et conformité aux lois	43
5.1.1	Constitutionnalité	43
5.1.2	Conformité aux lois	44
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	45
5.2.1	Instruments de l'Union européenne	45
5.2.2	Autres instruments internationaux	45
5.3	Forme de l'acte à adopter	45
5.4	Frein aux dépenses	45
5.5	Conformité à la loi sur les subventions	45
5.6	Délégation de compétences législatives	45

1. Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Contexte concernant les entreprises de sécurité fournissant des prestations de sécurité privées à l'étranger

Le 2 décembre 2005, le Conseil fédéral a adopté un premier rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées qui donnait suite au postulat Stähelin du 1^{er} juin 2004¹. Sur la base des conclusions de ce rapport, le Conseil fédéral avait notamment chargé le DFJP d'examiner l'opportunité de soumettre à une obligation d'autorisation ou d'enregistrement les fournisseurs de prestations militaires ou de sécurité opérant dans des zones de crise ou de conflit depuis la Suisse.

Pour donner suite au mandat du Conseil fédéral, l'OFJ a rendu, le 21 mai 2008, un rapport sur l'examen d'un système d'enregistrement obligatoire des entreprises de sécurité privées actives dans des zones de crise ou de conflit². Sur la base des conclusions de ce rapport, le Conseil fédéral avait décidé, le 21 mai 2008, de renoncer provisoirement à une réglementation justifiant sa décision par le faible attrait de la Suisse, en tant que marché, et par la disproportion des contrôles à mettre en place, compte tenu du caractère marginal du phénomène. Le Conseil fédéral souhaitait par ailleurs observer l'évolution du droit international et des législations d'autres pays.

Au printemps 2010, la société AEGIS Group Holdings SA a été inscrite au Registre du commerce du canton de Bâle-Ville. Selon son inscription, celle-ci a pour but l'acquisition, la détention et l'administration de participations financières à des entreprises de tout genre. Durant l'été 2010, la société AEGIS Group Holdings SA a repris, au moyen d'une augmentation du capital réalisée par un apport en nature, l'ensemble des actions de la société AEGIS Defence Services Ltd., qui a son siège à Londres. Selon les représentants de la société AEGIS Group Holdings SA, sa présence à Bâle est de nature purement administrative. L'entreprise organise ses opérations sur le terrain à partir de Londres ou d'autres pays tels que les Etats-Unis. La société AEGIS Defence Services Ltd. indique employer quelque 1'500 personnes.

L'inscription de la société AEGIS Group Holdings SA au Registre du commerce du canton de Bâle-Ville a suscité de vives réactions de la part des médias et a rouvert le débat politique sur cette problématique.

Ainsi, le 25 août 2010, le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'examiner l'opportunité d'édicter une réglementation. Pour donner suite à ce mandat, l'OFJ a rendu, le 30 décembre 2010, un rapport concernant une éventuelle réglementation sur les entreprises de sécurité opérant depuis la Suisse dans des zones de crise ou de conflit³.

Selon les recherches de l'OFJ, à la fin de l'année 2010 environ 20 entreprises de sécurité opérant ou susceptibles d'opérer dans des zones de crise ou de conflit étaient établies dans les cantons de Bâle-Campagne, de Bâle-Ville, de Genève, de Lucerne, de Schaffhouse, du Tessin, du Valais et de Zoug. L'établissement de la société AEGIS Group Holdings SA dans le canton de Bâle-Ville montre également que des entreprises étrangères, y compris de très

¹ FF 2006 631

² <http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/sicherheitsfirmen.html>

³ <http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/sicherheitsfirmen.html>

grandes sociétés internationales, peuvent être intéressées à avoir une société en Suisse en raison des avantages qu'offre notre pays notamment en ce qui concerne sa réputation, sa politique de neutralité, sa stabilité, ses infrastructures et sa place financière. Dans le cadre de ses enquêtes, l'OFJ a également constaté une évolution considérable du marché de la sécurité sur le plan international, un développement des instruments de réglementation internationaux ainsi que l'existence d'un vide juridique en droit suisse par rapport aux entreprises qui fournissent depuis la Suisse des prestations de sécurité privées à l'étranger. L'OFJ est arrivé à la conclusion qu'il existe aujourd'hui des motifs suffisants qui peuvent justifier l'adoption d'une réglementation fédérale et a préconisé un système d'information préalable assorti d'un régime d'interdiction partielle.

1.1.2 Contexte concernant l'engagement d'une entreprise de sécurité par une autorité fédérale pour l'exécution d'une tâche de protection à l'étranger

L'ordonnance du 31 octobre 2007 sur l'engagement d'entreprises de sécurité privées⁴ fixe les conditions minimales applicables à l'engagement d'entreprises de sécurité lorsque la loi autorise la Confédération à leur confier des tâches de protection. Elle s'applique à toute autorité fédérale qui délègue à une entreprise de sécurité l'exécution d'une tâche de protection en Suisse ou à l'étranger. Elle fixe notamment les conditions d'engagement d'une entreprise et certaines exigences concernant la formation du personnel de sécurité. Elle prévoit en outre certaines dispositions concernant l'engagement d'une entreprise de sécurité pour l'exécution d'une tâche de protection à l'étranger.

1.2 Mandats du Conseil fédéral

1.2.1 Décision du Conseil fédéral du 16 février 2011

Le 16 février 2011, le Conseil fédéral a pris connaissance des conclusions du rapport de l'OFJ du 30 décembre 2010 et a décidé de charger le DFJP d'élaborer, en collaboration avec le DFE, le DFAE, le DDPS et les cantons, un projet de loi dont les axes essentiels sont les suivants :

- a. La loi définira les activités de sécurité interdites « ex lege ».
- b. Toute entreprise de sécurité établie en Suisse sera tenue d'informer l'autorité fédérale compétente, éventuellement d'obtenir une autorisation, si elle envisage d'exercer une activité à l'étranger.
- c. Les sociétés établies en Suisse et détenant des participations dans des entreprises de sécurité opérant à l'étranger seront assujetties à la loi.
- d. L'autorité fédérale compétente rendra une décision d'interdiction lorsque l'activité envisagée sera susceptible de porter atteinte aux obligations internationales de la Suisse, à ses principes de politique extérieure, à la sécurité du pays ou à sa réputation, sous réserve d'exceptions.
- e. Les entreprises de sécurité seront tenues de respecter certaines obligations pour exercer, dans des zones de crise ou de conflit, des activités qui ne feront pas l'objet d'une interdiction.

⁴ OEES; RS 124

- f. Des sanctions administratives et pénales seront prévues en cas de violation des interdictions ou des obligations prévues par la loi.

1.2.2 Décision du Conseil fédéral du 30 mars 2011

Suite à sa décision du 30 mars 2011 de suspendre le projet de loi sur les tâches de police de la Confédération, le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'examiner la possibilité de reprendre les dispositions sur l'engagement d'entreprises de sécurité par les autorités fédérales dans le projet pour une réglementation sur les entreprises de sécurité suisses qui opèrent dans des zones de crise ou de conflit.

Le présent projet donne suite à ce mandat. Il se limite toutefois à régler la problématique des entreprises de sécurité engagées par une autorité fédérale pour l'exécution d'une tâche de protection à l'étranger. Il ne s'appliquera pas si la tâche de protection est exécutée en Suisse, au motif que cette problématique sort du cadre du mandat du Conseil fédéral du 30 mars 2011.

1.3 Interventions parlementaires

L'affaire AEGIS a également rouvert le débat politique au sein du parlement. Ainsi de nouvelles interventions parlementaires ont été déposées. Elles montrent clairement l'existence d'une volonté politique d'adopter une réglementation fédérale sur les entreprises qui fournissent depuis la Suisse des prestations de sécurité privées à l'étranger. Les principales interventions parlementaires sont les suivantes :

- Les Chambres fédérales ont adopté la motion de la Commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats (CPS-E) du 6 septembre 2010 « Système d'autorisation et de contrôle pour les entreprises de sécurité qui opèrent dans des régions en crise ou en guerre » (ci-après motion CPS-E 10.3639). Cette intervention demande au gouvernement de créer les bases légales visant à instaurer un système d'autorisation et de contrôle pour les entreprises de sécurité qui organisent depuis la Suisse, des opérations dans des régions en crise ou en guerre. Il s'agit en particulier de définir les activités autorisées et d'interdire celles qui sont contraires aux intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure, de sécurité et de neutralité. Sont notamment visées les sociétés qui ont leur siège en Suisse (holding ou société opérationnelle), qui organisent leurs activités depuis la Suisse ou qui exercent certaines de leurs activités en Suisse (recrutement, formation, etc.). Le 17 septembre 2010, avant qu'il ne dispose des conclusions du rapport de l'OFJ du 30 décembre 2010, le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion. Le présent projet donne suite à cette motion, dans la mesure où il interdit les activités contraires aux intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure, de sécurité et de neutralité et s'applique aux sociétés visées par l'intervention parlementaire. Le projet s'écarte en revanche de la proposition de la motion d'instaurer un système d'autorisation pour les motifs qui sont exposés sous ch. 1.4.
- Le 22 février 2011, la Commission de la politique de sécurité du Conseil national (CPS-N) a déposé la motion « pas d'armées privées sur le territoire suisse » (ci-après motion CPS-N 11.3008). Cette intervention demande au Conseil fédéral de modifier les bases légales concernées de manière à interdire sur le territoire suisse des armées privées sous toutes leurs formes. Le 25 mai 2011, le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion. Le présent projet donne suite à cette intervention parlementaire dans la mesure où il interdit ex lege de constituer, d'établir, d'exploiter, de diriger en Suisse ou de contrôler depuis la Suisse une entreprise qui met à disposition du personnel de sécurité

pour une participation directe aux hostilités dans le cadre d'un conflit armé à l'étranger au sens des Conventions de Genève. Il interdit en d'autres termes l'établissement d'armées de « mercenaires » dans notre pays.

- La CPS-N a déposé, le même jour, la motion « Réglementation des entreprises de sécurité privées établies sur le territoire suisse » (ci-après motion CPS-N 11.3009). Cette intervention demande au Conseil fédéral d'élaborer un projet de loi visant à réglementer, voire à interdire dans certains cas, les activités des entreprises qui interviennent dans des zones de tensions, de conflit ou de guerre pour mener des combats ou pour former, conseiller et soutenir des armées (p. ex. en matière logistique). Selon le texte de la motion, le projet de loi devra s'appliquer aussi bien aux activités opérationnelles qu'aux activités stratégiques et prévoir également les conditions applicables aux entreprises qui sont déjà établies sur le territoire suisse. Le 25 mai 2011, le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion. Le présent projet donne suite à cette intervention. Il prévoit d'interdire ex lege la participation directe à des hostilités dans le cadre d'un conflit armé (interdiction du « mercenariat ») ainsi que les activités en relation avec une participation directe aux hostilités, telles que le recrutement, la formation ou la mise à disposition de personnel pour une participation directe aux hostilités. La formation, le conseil et le soutien à des armées seront également interdits ex lege s'ils constituent une participation directe aux hostilités. Enfin, il fixe les conditions applicables aux activités en cours d'exécution au moment de l'entrée en vigueur de la loi en prévoyant une norme transitoire.
- La motion de la CPS-N du 22 février 2011 « Entreprises de sécurité et entreprises militaires privées ayant leur siège en Suisse. Système d'autorisation » (ci-après motion CPS-N 11.3010) demande au Conseil fédéral de créer un système d'autorisation pour les prestataires privés qui fournissent des services dans le domaine militaire ou dans celui de la sécurité en opérant à partir de la Suisse dans des zones de crise ou de conflit. Selon cette intervention, l'octroi de l'autorisation devra notamment être assujéti à la fourniture de la preuve que le prestataire dispose d'un système d'autocontrôle et d'assurance de la qualité à la fois efficace et correspondant aux standards internationaux. Le 25 mai 2011, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion. Les motifs pour lesquels il convient de ne pas donner suite à la proposition de la motion sont exposés sous ch. 1.4.
- Le 22 février 2011, la CPS-N a déposé la motion « Contrôle systématique des entreprises militaires privées ayant leur siège en Suisse » (ci-après motion CPS-N 11.3011). Cette intervention demande au Conseil fédéral d'instaurer une procédure d'autorisation et de contrôle périodique pour les entreprises militaires et les entreprises de sécurité privées qui ont leur siège en Suisse, ou qui sont détenues ou gérées par des sociétés suisses. Le 25 mai 2011, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion. Dans sa réponse, il admet la nécessité de réglementer l'activité des entreprises de sécurité privées présentes dans les zones de crise ou de conflit mais ne propose pas l'instauration d'un système d'autorisation. En effet, il estime qu'un tel régime occasionnerait une charge administrative et des coûts élevés et nécessiterait des mesures de contrôle disproportionnées dans les zones de crise ou de conflit (voir ci-après ch. 1.4).
- Enfin, le même jour, la CPS-N a déposé la motion « Armées privées en Suisse » (ci-après motion CPS-N 11.3012). Elle demande au Conseil fédéral de modifier les bases légales de manière à interdire toute activité sur le territoire suisse aux entreprises qui offrent les services d'associations de mercenaires ou qui ont l'intention de le faire. Le 25 mai 2011, le Conseil fédéral a proposé d'accepter cette intervention parlementaire. Le projet de loi donne suite à la motion (voir ci-dessus motion CPS-N 11.3008).

1.4 Solutions examinées

Dans son rapport du 30 décembre 2010, l'OFJ a examiné différentes options de réglementation. Il convient de les présenter brièvement et d'expliquer les raisons pour lesquelles ces solutions doivent être écartées.

L'OFJ a examiné la possibilité d'instaurer une obligation pour les entreprises de notifier a posteriori à l'autorité compétente les prestations de sécurité privées fournies dans des zones de crise ou de conflit. Cette solution présente l'avantage d'être très peu interventionniste mais ne permet pas de remplir efficacement les buts visés par la loi.

L'OFJ a examiné la possibilité de prévoir une interdiction absolue pour les entreprises de participer à des opérations de combat ou aux actes préparatoires en vue de telles opérations. Une telle interdiction pourrait être instaurée de manière isolée ou en combinaison avec d'autres mesures, notamment avec l'obligation d'obtenir une autorisation et/ou de s'enregistrer. Cette solution aurait pour avantage de désigner clairement les activités à prohiber pour cause d'incompatibilité avec certains intérêts de la Suisse. L'un des inconvénients d'une interdiction pure et simple réside dans la difficulté qu'il y a à définir de manière abstraite les notions d'opération de combat et d'actes préparatoires.

L'OFJ a également examiné l'option d'une réglementation qui instituerait pour les entreprises de sécurité une obligation de s'enregistrer et/ou qui soumettrait certaines de leurs activités à autorisation. Par rapport à l'adoption d'une norme d'interdiction, l'instauration d'une autorisation obligatoire et/ou d'une obligation de s'enregistrer présente l'avantage de limiter l'atteinte de l'Etat à la liberté économique. A la différence de la notification a posteriori, cette solution permettrait d'atteindre les principaux buts visés par une réglementation. Un tel système a toutefois pour inconvénient qu'il implique un processus bureaucratique important et des coûts élevés. L'autorité devrait procéder à des vérifications concernant notamment la réputation de l'entreprise de sécurité et celle de son personnel. Elle devrait en outre effectuer des contrôles complexes au lieu d'exécution du contrat pour déterminer si l'autorisation est respectée. Enfin, l'octroi d'une autorisation pourrait être perçu à l'étranger comme un cautionnement des autorités suisses. De nouvelles entreprises de sécurité étrangères pourraient ainsi être intéressées à s'établir dans notre pays, alors que celui-ci présente déjà pour elles un certain attrait en raison de sa réputation, de sa neutralité et de sa stabilité. De plus, la perception que pourraient avoir les Etats étrangers que la Suisse cautionne certaines entreprises de sécurité pourrait s'avérer particulièrement problématique au cas où celles-ci commettraient des violations dans le cadre de leurs activités.

Au vu de ce qui précède, il est opportun d'opter pour une réglementation qui permette de contrôler de manière aussi complète que possible et sans bureaucratie inutile les activités des entreprises de sécurité donnant matière à problèmes, d'examiner rapidement la situation et d'imposer avec l'efficacité voulue les interdictions et autres restrictions découlant de cet examen. Le projet propose par conséquent un régime d'interdictions assorti d'une procédure de déclaration préalable. Ce système permet à la Confédération de contrôler le marché des prestations de sécurité fournies depuis la Suisse à l'étranger et d'intervenir dans des cas précis en interdisant certaines activités, sans toutefois cautionner la fourniture de certaines prestations de sécurité privées qui ne sont pas problématiques.

1.5 Grandes lignes du projet

1.5.1 Buts

Le projet de loi contribue à préserver la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse, à mettre en œuvre les buts de la politique étrangère de la Suisse, à préserver la neutralité suisse et à garantir le respect du droit international lorsque des prestations de sécurité privées sont fournies depuis la Suisse à l'étranger ou lorsque des activités en rapport avec de telles prestations sont exercées dans notre pays.

Afin de renforcer le principe de légalité, le projet de loi fixe les conditions d'engagement d'une entreprise de sécurité lorsqu'une autorité fédérale lui délègue l'exécution de certaines tâches de protection ou recourt à ses services sur la base d'un mandat.

1.5.2 Aspects essentiels du projet

Le projet de loi prévoit d'interdire ex lege certaines activités, d'instaurer un régime d'interdictions que l'autorité compétente sera habilitée à prononcer dans des cas concrets et de recenser les prestations de sécurité fournies depuis la Suisse à l'étranger en les soumettant à une procédure de déclaration préalable.

Le projet de loi s'appliquera aux personnes et entreprises qui fourniront, depuis la Suisse, des prestations de sécurité privées à l'étranger ou qui fourniront, en Suisse, certaines prestations en rapport avec des prestations de sécurité privées exécutées à l'étranger. Il s'applique également aux sociétés établies en Suisse et qui détiennent des participations financières dans des entreprises opérant à l'étranger. Il prévoit des interdictions légales concernant la participation directe à des hostilités dans le cadre d'un conflit armé (« interdiction du mercenariat ») ainsi que les activités en relation avec une participation directe aux hostilités ou avec une violation grave des droits de l'homme.

Toute entreprise qui envisage d'exercer une des activités régies par la loi, doit le déclarer préalablement à l'autorité. Celle-ci ouvre une procédure d'examen si des indices laissent penser que l'activité est contraire aux buts de la loi et prononce le cas échéant une décision d'interdiction. Le Conseil fédéral pourra toutefois accorder une autorisation exceptionnelle lorsqu'un intérêt public est jugé prépondérant. En revanche, les entreprises pourront exercer à l'étranger les activités qui ne sont pas contraires aux buts de la loi. Pour garantir une mise en œuvre efficace, le projet de loi prévoit des mesures de contrôle. Des sanctions administratives et pénales seront prononcées en cas de violation de la loi. Le projet s'appliquera aux activités en cours d'exécution au moment de l'entrée en vigueur de la loi.

Le projet de loi s'applique en outre aux autorités fédérales qui délèguent à une entreprise de sécurité l'exécution de tâches de protection à l'étranger ou qui recourent aux services d'une telle entreprise. Il fixe les conditions d'engagement. L'autorité fédérale devra notamment s'assurer que l'entreprise de sécurité remplit certaines exigences et que le personnel de sécurité a reçu une formation pour l'exécution de la tâche de protection. Le projet de loi détermine en outre à quelles conditions l'usage de la contrainte, de mesures policières ou d'armes est autorisé.

1.6 Droit comparé

1.6.1 Réglementations à l'étranger

Remarque préalable

Les explications exposées ci-dessous sont reprises du rapport de l'OFJ du 30 décembre 2010. Il s'agit d'une présentation succincte des réglementations applicables à l'étranger, qui se fonde sur les informations fournies par les représentations diplomatiques suisses présentes dans les pays examinés.

Allemagne

L'Allemagne ne dispose pas de législation spécifique réglementant l'activité à l'étranger des entreprises de sécurité. Les dispositions applicables sont le droit pénal, le droit allemand applicable aux entreprises et la loi allemande sur le commerce extérieur. Cette dernière prévoit la possibilité d'interdire à un ressortissant allemand la fourniture de prestations susceptibles de porter atteinte à des éléments essentiels de la sécurité du pays, à la coexistence pacifique entre les peuples ou aux relations du pays avec l'étranger.

Autriche

L'Autriche ne dispose pas de législation régissant l'activité des entreprises de sécurité. A la fin de l'année 2010, aucune entreprise active dans des zones en conflit n'avait établi son siège sur le territoire autrichien.

France

La France n'a pas de loi réglementant l'activité à l'étranger des entreprises de sécurité. Un décret datant des années quatre-vingts concerne uniquement les activités de ces entreprises sur le territoire national. Une autre loi, qui porte sur les mercenaires, n'est pas applicable aux entreprises de sécurité. Selon les médias, le gouvernement français songerait à édicter une législation dans ce domaine, afin de soumettre les services des entreprises françaises à certaines règles éthiques, de façon à en accroître la capacité concurrentielle.

Italie

Il n'existe pas en Italie de loi spécifique réglementant les activités des entreprises de sécurité à l'étranger. Le code pénal italien réprime toutefois le mercenariat. Cette norme a fait l'objet d'une interprétation relativement large. Un tribunal italien a considéré qu'est notamment punissable toute personne qui accepte, sur le territoire italien, sans autorisation, une proposition de recrutement à des fins militaires émanant d'une entreprise, si cette entreprise est liée à un autre Etat ou à un groupe de résistance.

Luxembourg

Le droit luxembourgeois prévoit que les entreprises de sécurité doivent obtenir une autorisation écrite du Ministère de la justice pour exercer une activité commerciale au Luxembourg. Une loi de 2002 énumère de manière exhaustive les activités que les entreprises de sécurité sont autorisées à effectuer. En font partie les tâches de surveillance, la protection des transports et la protection des personnes. En vertu de cette législation, les entreprises de sécurité sont autorisées à proposer des prestations à l'étranger ou dans des zones en crise ou en conflit. Aucune restriction ou exigence particulière n'est prévue aussi

longtemps que l'engagement s'effectue en conformité avec le droit en vigueur sur place. Cette exigence n'est toutefois pas expressément prévue dans la loi. Enfin, le droit luxembourgeois n'impose aucune restriction à la création de holdings, ou sociétés de participation financière. Même si ces sociétés ont dans leur portefeuille des entreprises étrangères exerçant des activités de sécurité, elles ne sont pas soumises à la loi de 2002.

Suède

En Suède, les entreprises de sécurité et les entreprises actives dans la formation du personnel de sécurité sont obligées, pour pouvoir exercer leur activité, de disposer d'une autorisation délivrée par l'autorité compétente du lieu où elles ont leur siège. Les autorisations ne sont pas délivrées de manière générale, mais pour des activités spécifiques. La loi oblige les entreprises qui bénéficient d'une autorisation à rendre compte chaque année de leurs activités aux autorités provinciales compétentes.

La législation suédoise ne contient pas de disposition spécifique sur la fourniture de services de sécurité ou de formation dans les zones de crise ou de conflit situées à l'étranger. Le cas échéant, l'autorité compétente peut révoquer une autorisation si une entreprise de sécurité exerce une activité jugée inappropriée.

Grande-Bretagne

En Grande-Bretagne, le contrôle de l'activité des entreprises de sécurité passe pour l'essentiel par un système d'autorégulation mis en place par la British Association of Private Security Companies, fondé sur un code de bonne conduite élaboré en collaboration avec le gouvernement. Il est prévu que ce dernier assure, dans le cadre de cette autorégulation, un contrôle dont les modalités étaient en développement à la fin de l'année 2010. Il est prévu que le gouvernement intervienne s'il constate que des entreprises de sécurité exercent des activités incompatibles avec les droits de l'homme, le droit international public ou l'intérêt national de la Grande-Bretagne. En tant que mandant, le gouvernement britannique entend n'engager que des entreprises respectant des standards internationaux élevés.

Etats-Unis

Les Etats-Unis ne disposent pas de bases légales qui s'appliqueraient spécifiquement à l'établissement ou aux activités des entreprises de sécurité. De même, ces entreprises ne font pas l'objet d'un contrôle particulier. Celles-ci sont soumises à la législation qui réglemente les sociétés en général, en particulier le « Foreign Corrupt Practices Act » ainsi que le « Arms Export Control Act ».

Aux Etats-Unis, l'exportation de « defense services » est régie par la législation sur l'exportation de matériel de guerre (« Arms Export Control Act »). La liste des « defense services » est définie par le Ministère des affaires étrangères en collaboration avec le Ministère de la défense. Elle inclut aussi bien le transfert de biens immatériels, savoir-faire inclus, liés au matériel de guerre, que la formation militaire à l'étranger de forces armées, qu'elles soient régulières ou irrégulières.

Cependant, lorsque le gouvernement américain engage les services d'une entreprise de sécurité pour travailler dans une zone de crise ou de conflit, en particulier en Irak et en Afghanistan, toute une série de directives (« rules and regulations ») sont prévues au niveau contractuel pour s'assurer que les entreprises de sécurité agissent de manière responsable et dans le respect du droit. C'est dans ce sens également que va le projet de loi américain qui était en discussion au Congrès à la fin de l'année 2010. Il prévoit que les en-

treprises de sécurité avec lesquelles le gouvernement américain s'engage de manière contractuelle doivent notamment avoir fait l'objet d'une certification de la part d'une tierce partie.

Afrique du Sud

L'Afrique du Sud dispose d'une loi spécifique réglant l'activité à l'étranger des entreprises de sécurité. Cette loi, qui a été adoptée par le parlement en 2006 et signée par le président Mbeki en 2007, n'avait pas encore été promulguée à la fin de l'année 2010. Elle interdit toute forme de participation à but lucratif à un conflit armé. Font exception les engagements humanitaires, qui doivent toutefois bénéficier d'une autorisation s'ils ont lieu dans l'une des régions en crise ou en conflit énumérées dans la loi.

1.7 Droit international public

La Suisse est partie à la Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre sur terre⁵. En vertu de l'art. 4, en relation avec l'art. 5, de ladite convention, la Suisse ne peut tolérer que des combattants appelés à participer directement à des hostilités soient recrutés sur son territoire ou par des entreprises suisses. La convention ne s'applique toutefois qu'aux conflits armés internationaux, à savoir qu'aux conflits armés opposant des Etats.

L'art. 47 du protocole I aux Conventions de Genève du 12 août 1949⁶ n'interdit pas le mercenariat mais prévoit qu'il est possible de refuser aux mercenaires le statut privilégié de combattants ou de prisonniers de guerre. La notion de « mercenaire » est définie à l'art. 47, par. 2 qui fixe six conditions cumulatives⁷. Cette disposition perd toutefois de l'importance en pratique car elle est trop restrictive. En règle générale, il n'est pas possible de prouver que les six conditions sont réalisées dans un cas d'espèce, de sorte que les employés d'une entreprise qui fournit des prestations de sécurité privées à l'étranger, ne sont guère concernés.

La Convention des Nations-Unies du 4 décembre 1989 contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires définit ceux-ci de manière très similaire à l'art. 47 du protocole I et rencontre par conséquent les mêmes difficultés d'application. Cette convention a été ratifiée par un nombre restreint d'Etats car son efficacité est contestée. A ce jour, la Suisse ne l'a pas ratifiée. Le 16 mars 2011, la Conseillère nationale Fässler-Osterwalder a déposé la motion « Adhésion de la Suisse à la Convention de l'ONU contre le

⁵ RS **0.515.21**

⁶ Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux; RS **0.518.521**.

⁷ Cette disposition prévoit ce qui suit :

Le terme «mercenaire» s'entend de toute personne:

- a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;
- b) qui en fait prend une part directe aux hostilités;
- c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie;
- d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit;
- e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit; et
- f) qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat.

mercenariat » (ci-après motion 11.3128). Elle demande au Conseil fédéral d'entreprendre les démarches nécessaires en vue de l'adhésion de la Suisse à ladite convention. Dans sa réponse du 11 mai 2011, le Conseil fédéral propose de rejeter la motion au motif que la définition de la notion de « mercenaire » est trop restrictive pour s'appliquer en pratique. Il rappelle que seuls 32 Etats ont ratifié cette convention et qu'elle n'est donc pas universellement acceptée par la communauté internationale. Son caractère controversé est également illustré par le fait qu'elle n'est entrée en vigueur que douze ans après son adoption.

1.8 Développements sur le plan international

1.8.1 Document de Montreux

Le Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés (ci-après le « Document de Montreux ») du 17 septembre 2008 est le fruit d'une initiative conjointe lancée début 2006 par la Suisse et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Il veut être une contribution pratique et réaliste, dont le seul but est la promotion du respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Le Document de Montreux, sans portée juridique contraignante, décrit le droit international applicable aux entreprises de sécurité respectivement aux activités exercées par celles-ci dans un conflit armé. Il énumère les bonnes pratiques qui peuvent aider les Etats à prendre les mesures nationales utiles pour s'acquitter de leurs obligations au regard du droit international. Dans la préface, tous les Etats et les organisations internationales sont invités à faire part de leur soutien au DFAE. Aujourd'hui, 36 Etats soutiennent le Document de Montreux (entre autres Afghanistan, Afrique du Sud, Allemagne, Chine, Etats-Unis, France, Irak, Royaume-Uni, Italie). La Suisse s'emploie à y rallier de nouveaux soutiens. Les 12 et 13 mai 2011 a eu lieu au Chili la première rencontre régionale visant à mieux faire connaître le Document de Montreux. Le projet de loi tient compte de ce document.

1.8.2 Code de conduite international du 9 novembre 2010

Le Code de conduite international du 9 novembre 2010 des entreprises de sécurité privées (ci-après « code de conduite »)⁸ a vu le jour à l'initiative de la Suisse et de plusieurs associations représentant la branche. Toute entreprise de sécurité privée peut y adhérer, aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Au 1^{er} juin 2011, 125 entreprises de sécurité y ont adhéré et se sont engagées explicitement à interdire toute action offensive et à limiter le recours à la violence létale aux actes d'autodéfense et à la défense de la vie de tiers. Le code de conduite prévoit aussi une obligation pour les entreprises de sécurité de respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire dans le cadre de leur activité, et ce, indépendamment des lois nationales et de la législation en vigueur dans les pays concernés. Il y est également précisé que le code de conduite ne remplace pas la mise en œuvre d'une politique nationale en la matière ni le contrôle étatique. Les entreprises signataires et les autres acteurs associés sont convenus d'élaborer, dans un certain délai, un mécanisme externe indépendant destiné à assurer une application efficace du code.

⁸ Ce document peut être consulté à l'adresse Internet suivante: www.adh-geneve.ch > Policy Studies > Code de conduite pour les ESP

1.8.3 Projet de convention de l'ONU

Un groupe de travail des Nations unies discute actuellement de la nécessité d'élaborer un nouveau traité, juridiquement contraignant, qui réglerait les obligations des Etats relatives aux activités des entreprises militaires privées et des entreprises de sécurité privées. On ne saurait préjuger des résultats de ces travaux, compte tenu des réserves émises par plusieurs pays abritant le siège de grandes entreprises militaires et de sécurité privées et qui en sont également les principaux clients. La Suisse suit le développement de ces travaux.

1.8.4 Discussions au niveau de l'Union européenne

Priv-War⁹ est un projet de recherche financé par l'UE et coordonné par l'*European University Institute (EUI)*. Avec sept autres universités européennes, l'EUI a étudié les conséquences d'un engagement accru d'entreprises militaires et de sécurité privées dans les zones où règnent des conflits armés. Le projet Priv-War part d'une analyse du cadre politique existant et tient compte notamment du Document de Montreux et du code de conduite. Il a servi de base à plusieurs publications scientifiques¹⁰ et débouché en mars 2011 sur un projet de recommandations à l'intention de l'UE, contenant plusieurs variantes de mesures réglementaires, certaines juridiquement contraignantes, d'autres non. L'UE examine actuellement ces recommandations.

Il convient également de signaler que, dans le cadre de sa résolution du 11 mai 2011 sur le développement de la politique de sécurité et de défense commune après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le Parlement européen fait savoir que l'adoption de mesures réglementaires européennes, y compris un système complet pour la création, l'enregistrement, l'agrément, le contrôle et la communication des violations du droit applicable pour les entreprises militaires privées et les entreprises de sécurité privées est nécessaire. Il demande à la Commission et au Conseil d'élaborer un projet de directive visant à harmoniser les mesures nationales réglementant cette problématique ainsi qu'un projet de décision réglementant l'exportation des services de ces entreprises dans les pays tiers.

1.9 Situation légale en droit suisse

1.9.1 Environnement normatif existant en droit fédéral

La législation applicable aux domaines de la police et des entreprises de sécurité relève aujourd'hui essentiellement du droit cantonal (voir ch. 1.9.2). Certaines dispositions spéciales de droit fédéral peuvent toutefois entrer en ligne de compte pour certaines activités de sécurité, notamment pour la fourniture de prestations de sécurité privées à l'étranger.

La loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre¹¹ régit la fabrication et le transfert de matériel de guerre et de la technologie y relative. Elle prévoit un système de double autorisation, à savoir une autorisation initiale pour toute personne qui a l'intention de fabriquer, de faire du commerce ou du courtage de matériel de guerre et une autorisation spécifique pour certaines activités telles que courtage, importation, exportation, transit, trans-

⁹ <http://priv-war.eu/>

¹⁰ Voir notamment l'ouvrage intitulé « War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors », F. Francioni und N. Ronzitti (édit.), Oxford University Press, 2011.

¹¹ LFMG; RS 514.51

fert de biens immatériels et commerce. L'autorité compétente pour délivrer les autorisations est le SECO.

La loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le contrôle des biens¹² vise à instaurer un système de contrôle de ces biens lorsqu'ils font l'objet d'accords internationaux. Elle prévoit que le Conseil fédéral peut instaurer un régime de permis, prévoir une obligation de déclarer et ordonner des mesures de surveillance en application des accords internationaux. L'art. 4 de l'ordonnance du 25 juin 1997 sur le contrôle des biens¹³ prévoit une obligation de déclarer l'exportation des biens non soumis au régime du permis lorsque ceux-ci peuvent être liés au développement d'armes de destruction massive. Dans les quatorze jours qui suivent la déclaration, les biens ne peuvent être exportés qu'avec l'assentiment de l'autorité compétente pour délivrer les permis. Cette dernière vérifie dans le délai légal si l'exportation est compatible avec les dispositions en vigueur. L'autorité compétente pour délivrer les permis est le SECO.

La loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions¹⁴ régit notamment l'acquisition, l'exportation, le port, la fabrication et le commerce d'armes. Elle prévoit en outre que l'exportation, le transit, le courtage pour des destinataires à l'étranger et le commerce à l'étranger à partir du territoire suisse d'armes, d'accessoires d'armes ou de munitions sont réglés soit par la législation sur le matériel de guerre, si les biens sont aussi soumis à cette dernière, soit par la législation sur le contrôle des biens, si les biens ne sont pas soumis à la législation sur le matériel de guerre. Les autorisations d'acquisition ou de commerce d'armes sont délivrées par l'autorité cantonale compétente. Toute personne qui envisage d'exporter des armes vers un Etat Schengen est tenue d'en informer l'Office central des armes.

La loi fédérale du 22 mars 2002 sur les embargos¹⁵ prévoit que la Confédération peut édicter des mesures de coercition pour appliquer les sanctions visant à faire respecter le droit international public et en particulier les droits de l'homme. Ces mesures peuvent par exemple restreindre le trafic de marchandises et des services ou prendre la forme d'interdictions, d'obligations de demander des autorisations ou d'obligations d'annonce. Le Conseil fédéral est compétent pour édicter ces mesures sous forme d'ordonnances. Par exemple, l'ordonnance du 30 mars 2011 instituant des mesures à l'encontre de la Libye¹⁶ interdit de fournir et d'acquérir des biens d'équipement militaire et des biens utilisés à des fins de répression interne, y compris de mettre à disposition des mercenaires armés. Le SECO est l'organe de contrôle compétent pour surveiller l'exécution des mesures d'interdiction de fournir des biens d'équipement militaire et de matériel connexe.

Le code pénal¹⁷ réprime certaines infractions qui peuvent concerner les activités des entreprises de sécurité (art. 271, 299, 300 et 301 CP). Certaines dispositions du code pénal militaire¹⁸ peuvent en outre s'appliquer au personnel d'une entreprise de sécurité si certaines conditions personnelles sont remplies (art. 3 et suivants CPM). Il réprime également un certain nombre d'infractions commises contre la défense nationale, la puissance défensive du

¹² LCB; RS **946.202**

¹³ OCB; RS **946.202.1**

¹⁴ LArm; RS **514.54**

¹⁵ LEmb; RS **946.231**

¹⁶ RS **946.231.149.82**

¹⁷ CP; RS **311.0**

¹⁸ CPM; RS **321.0**

pays ou le droit des gens en cas de conflit armé. A ce propos, il convient de mentionner l'art. 94 CPM. Cette disposition prévoit une sanction pénale contre tout Suisse qui, sans l'autorisation du Conseil fédéral, aura pris du service dans une armée étrangère (al. 1). Une exception est toutefois prévue si le Suisse est établi dans un autre Etat, dont il possède aussi la nationalité, et s'il y accomplit un service militaire (al. 2). L'enrôlement d'un Suisse pour le service militaire étranger est également réprimé (al. 3).

L'art. 22, al. 2, de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure¹⁹ autorise l'autorité fédérale à déléguer à des services privés la tâche de droit public consistant à assurer la protection des autorités, des personnes et des bâtiments de la Confédération. L'ordonnance du 27 juin 2001 sur la sécurité relevant de la compétence fédérale²⁰ règle les tâches des organes chargés de la protection des personnes et des bâtiments en vertu des art. 22 à 24 LMSI (art. 1). Selon l'art. 3 de cette ordonnance, les services fédéraux compétents peuvent confier à des services privés la surveillance des bâtiments de la Confédération dans lesquels le personnel affecté à cette tâche doit être renforcée ainsi que la protection de manifestations de la Confédération en vue d'épauler la police (al. 1 et 2). L'OESS fixe les conditions minimales applicables à l'engagement d'entreprises de sécurité privées lorsque la loi autorise la Confédération à leur confier des tâches de protection en Suisse ou à l'étranger (voir ci-dessus ch. 1.1.2).

Enfin, il convient de signaler le projet de révision de la LMSI²¹. L'art. 9, al. 1, prévoit notamment que le chef du DFJP pourra interdire à une personne physique, à une organisation ou à un groupement d'exercer une activité servant, directement ou indirectement, à propager, à soutenir ou, d'une autre manière, à promouvoir des agissements liés au terrorisme ou à l'extrémisme violent, et menaçant concrètement la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse.

1.9.2 Droit cantonal

Les réglementations cantonales sur les entreprises de sécurité sont très disparates et ne s'appliquent pas aux activités de sécurité exercées à l'étranger. Certains cantons alémaniques et le canton du Tessin ont adopté une législation sur les entreprises de sécurité qui soumet toute activité dans ce domaine à l'obligation d'obtenir une autorisation ; d'autres cantons (par exemple le canton de Berne) ne prévoient aucune obligation d'obtenir une autorisation. Tous les cantons romands ont adhéré au concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité (ci-après « concordat romand »). Ce concordat fixe les règles communes régissant l'activité des entreprises de sécurité et prévoit que toute activité doit faire l'objet d'une autorisation.

Pour donner suite aux souhaits des milieux concernés d'harmoniser cette situation, la Conférence cantonale des directrices et des directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) a élaboré un projet de concordat national. Suite aux résultats de la procédure de consultation et à la volonté exprimée par les cantons romands de maintenir leur concordat, la CCDJP a dû modifier son projet. Le 12 novembre 2010, elle a adopté le

¹⁹ LMSI; RS **120**

²⁰ OSF; RS **120.72**

²¹ Message complémentaire au message du 15 juin 2007 relatif à la modification de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure («LMSI II réduite») du 27 octobre 2010; FF **2010** 7147 ss

concordat sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées en vue de sa ratification par les cantons. Elle a également adopté une recommandation à l'intention de ceux-ci en les invitant à adhérer à l'un des deux concordats dans un délai de deux ans. Le concordat du 12 novembre 2010 régit la prestation de tâches de sécurité par des personnes ou des entreprises privées. A l'instar du concordat romand, il prévoit un système d'autorisation. Il ne règle pas non plus les activités exercées à l'étranger.

2. Commentaire des dispositions du projet de loi

2.1 Dispositions générales

Art. 1 Buts

La loi contribue à protéger certains intérêts et principes de la Suisse, en tant qu'institution. Ceux-ci sont définis à l'art. 1, sans toutefois être énumérés par ordre d'importance.

En vertu de la let. a, le projet de loi contribue à protéger la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse. Selon la doctrine²², la sécurité intérieure consiste essentiellement en ce que l'ancienne Constitution nommait « le maintien de la tranquillité et de l'ordre », tandis que la sécurité extérieure s'oppose aux menaces venues du dehors, par exemple aux agressions lancées par un Etat étranger contre la Suisse, au terrorisme, aux pressions politiques et au crime organisé. Les notions de sécurité intérieure et de sécurité extérieure sont toutefois étroitement liées. La LMSI prévoit par exemple des mesures préventives contre les dangers liés au terrorisme, au service de renseignements prohibé ou à l'extrémisme violent.

En vertu de l'art. 1, let. b, le projet de loi contribue à mettre en œuvre les buts de la politique étrangère de la Suisse qui sont fixés à l'art. 54 de la Cst. Cette disposition confère une compétence globale à la Confédération, qui inclut tous les aspects des « affaires étrangères », telles que la conclusion de traités, la reconnaissance d'Etats étrangers et les relations diplomatiques. L'art. 54, al. 2, Cst. dresse une liste, non exhaustive, des objectifs principaux vers lesquels doit tendre la politique étrangère de la Confédération, notamment l'indépendance et la prospérité du pays, le respect des droits de l'homme, la démocratie et la coexistence pacifique des peuples.

La let. c prévoit de préserver le principe de neutralité de la Suisse. La neutralité est un instrument de la politique étrangère de notre pays (art. 173 et 185 Cst.). Elle sert à garantir l'indépendance du pays et l'inviolabilité de son territoire. En contrepartie, la Suisse s'engage à ne pas participer à une guerre opposant d'autres Etats.

Le droit de la neutralité est régi en droit international. La Suisse est partie à la Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre sur terre.

Les art. 4 et 5 de la Convention de la Haye prévoient que les puissances neutres ne doivent pas tolérer que des corps de combattants soient formés ou que des bureaux d'enrôlements soient ouverts sur leur territoire au profit de belligérants. Le droit international interdit donc à la Suisse, en tant qu'Etat neutre, de tolérer que des combattants appelés à participer directement à un conflit armé international soient recrutés sur son territoire ou par des

²² Jean-François Aubert et Pascal Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 57, p. 481, Zurich 2003

entreprises suisses. Selon l'art. 6, la responsabilité d'une puissance neutre n'est toutefois pas engagée par le fait que des individus passent isolément la frontière pour se mettre au service de l'un des belligérants. Une puissance neutre n'est pas non plus tenue d'empêcher l'exportation ou le transit, pour le compte de l'un ou de l'autre belligérant, d'armes, de munitions, et, en général, de tout ce qui peut être utile à une armée ou à une flotte (art. 7). Lorsqu'un Etat neutre restreint le commerce de tels biens, il doit appliquer ces restrictions de manière uniforme aux deux belligérants (art. 9). Selon l'art. 18 de cette même convention, les services rendus en matière de police ou d'administration civile ne sont pas considérés comme actes commis en faveur d'un belligérant.

Les obligations qu'assument les Etats neutres en vertu du droit international s'appliquent uniquement aux conflits armés internationaux, c'est-à-dire aux conflits opposant des Etats. Un Etat neutre est toutefois libre d'appliquer volontairement ces obligations aux conflits internes, dans le cadre de sa politique de neutralité. Il démontrera par là à la communauté internationale sa volonté et sa capacité de respecter son obligation générale de neutralité.

La Charte des nations unies²³ pose des limites à l'application du principe de neutralité: lorsque le Conseil de sécurité ordonne ou autorise des mesures destinées au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, le principe de neutralité n'est normalement plus applicable et les obligations qui en découlent sont suspendues.

Enfin, le projet de loi contribue à garantir le respect du droit international, et en particulier des droits de l'homme et du droit international humanitaire (art. 1, let. d). Le droit international règle les relations entre les Etats et autres sujets de droit international. Il comprend différents domaines, par exemple l'interdiction de recourir à la force pour régler un différend entre Etats, ainsi que la lutte contre le terrorisme et d'autres crimes graves. Le projet de loi contribue en outre à garantir le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire (soit la protection des êtres humains dans les conflits armés). Les engagements internationaux d'un Etat peuvent résulter de différentes sources. Les traités internationaux constituent la plus importante de ces sources du point de vue quantitatif. Certaines obligations internationales fondamentales résultent cependant du droit international coutumier ou des principes généraux du droit. La let. d vise donc l'ensemble des obligations internationales que la Suisse est tenue de respecter.

Art. 2 Champ d'application

Phrase introductive de l'al. 1

La phrase introductive de l'al. 1 prévoit que le projet de loi s'appliquera aux personnes physiques, aux personnes morales et aux sociétés de personnes (« personnes et entreprises ») qui exercent une des activités énumérées sous let. a à e. Il peut s'agir notamment d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée, d'une société en nom collectif, d'une fondation, d'une entreprise individuelle ou d'un individu.

Les personnes et entreprises assujetties au projet de loi ont leur domicile, leur établissement ou leur siège en Suisse ou à l'étranger. Elles peuvent poursuivre un but économique ou d'autres buts qui ne sont pas de nature économique.

²³ RS 0.120

L'al. 1, let. a à e, énumère les activités qui seront régies par le projet de loi de manière exhaustive. Il fixe deux critères de rattachement: l'activité doit avoir un lien avec la Suisse et avec l'étranger.

Al. 1, let. a

Le projet de loi s'appliquera aux personnes et aux entreprises qui fournissent, depuis la Suisse, des prestations de sécurité privées à l'étranger. La notion de « prestation de sécurité privée » est définie à l'art. 4, let. a et b.

La prestation est fournie depuis la Suisse non seulement lorsque la personne ou l'entreprise a son domicile, son siège ou son établissement dans notre pays mais aussi lorsqu'une personne ou une entreprise étrangère organise depuis la Suisse, par exemple par l'intermédiaire d'une société située dans notre pays, l'exécution d'une prestation de sécurité privée qui sera fournie à l'étranger.

La notion « à l'étranger » vise le territoire national d'un pays autre que celui de la Suisse. L'art. 3 restreint toutefois la portée de cette notion en prévoyant des exceptions au champ d'application de la loi lorsque la personne ou l'entreprise exerce, depuis la Suisse, certaines activités sur le territoire soumis au champ d'application de l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes²⁴ ou de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'association européenne de libre-échange²⁵ (voir ci-après art. 3).

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 3, la notion « à l'étranger » inclut aussi les eaux territoriales d'un Etat riverain étranger et la haute mer. En effet, le marché de la sécurité s'est récemment développé dans la fourniture de prestations de sécurité privées à des armateurs en mer pour les protéger contre des actes de piraterie²⁶. Il y a dès lors lieu d'interpréter la notion « à l'étranger » en tenant compte de cette évolution.

La loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse²⁷ prévoit que sont des navires suisses les navires de mer enregistrés dans le registre des navires suisses (art. 2 LNM). L'art. 4 LNM prescrit en outre que le droit fédéral est en vigueur à bord des navires suisses en haute mer sans partage; dans les eaux territoriales, le droit suisse s'applique dans la mesure où la loi de l'Etat riverain n'est pas déclarée impérative. Selon la doctrine et la jurisprudence, la haute mer a valeur de territoire étranger (les eaux territoriales sont bien entendu à considérer comme territoire étranger). Un navire battant pavillon suisse ne représente pas un « bout de territoire » suisse²⁸. Selon le « principe du pavillon », le droit suisse s'applique en haute mer sur tout bateau battant pavillon suisse. Cependant, une prestation de sécurité fournie en haute mer est considérée comme l'étant à l'étranger.

Un armateur suisse qui gère une flotte battant pavillon suisse ne dispose normalement pas de son propre personnel armé pour défendre ses bateaux contre les pirates. Il mandatera à cet effet une entreprise spécialisée, généralement étrangère, pour assurer la protection de

²⁴ RS 0.142.112.681

²⁵ RS 0.632.31

²⁶ Rapport de l'OFJ du 30 décembre 2010, ch. 4.2.1.1.

²⁷ LNM; RS 747.30

²⁸ 07.095 Message du 7 décembre 2007 relatif à la ratification d'une convention et à l'amendement d'une convention ainsi qu'à l'adhésion à deux protocoles de révision de l'ONU visant à combattre les actes terroristes contre la sécurité nucléaire et maritime.

ses bâtiments dans les zones à risque. Si la société a son siège en Suisse, elle sera soumise à la présente loi.

Al. 1, let. b

Le projet de loi s'appliquera aux personnes et aux entreprises qui fournissent, en Suisse, une prestation en rapport avec une prestation de sécurité privée fournie à l'étranger, à savoir le recrutement ou la formation de personnel de sécurité pour des prestations de sécurité privées à l'étranger ainsi que la mise à disposition de personnel de sécurité en faveur d'une personne ou d'une entreprise qui offre des prestations de sécurité privées à l'étranger (art. 4, let. c).

Le lien avec la Suisse est réalisé si la prestation en rapport avec une prestation de sécurité est exercée dans notre pays. Il n'est pas nécessaire que le pays de destination des futures prestations de sécurité privées que le personnel de sécurité sera amené à fournir soit déjà déterminé.

Le recrutement peut se faire par annonces dans les journaux ou sur internet. Il aura lieu en Suisse à partir du moment où une partie essentielle de cette activité est exercée dans notre pays, par exemple si l'entreprise y organise les entretiens d'embauche ou conclut le contrat d'engagement. La personne ou l'entreprise doit avoir pour but de recruter ou de former spécialement du personnel de sécurité pour l'exécution de prestations de sécurité privées à l'étranger. Le recrutement et la formation de personnel de sécurité pour l'exécution de prestations de sécurité privées en Suisse ne sont pas visés.

La formation doit être effectuée en Suisse, par exemple auprès d'un centre de formation ou dans un camp d'entraînement. Elle peut porter sur des techniques d'attaque ou de défense dans le cadre d'un conflit armé, sur les techniques de légitime défense et de survie, sur le maniement des armes, ainsi que sur certaines connaissances en matière de droit international et en matière de lutte contre la corruption.

Le projet de loi s'applique également aux personnes et aux entreprises qui mettent à disposition, à titre d'intermédiaire ou directement, du personnel de sécurité en faveur d'une entreprise qui fournit des prestations de sécurité privées à l'étranger. Cette disposition vise par exemple le cas où une entreprise tient à disposition du personnel de sécurité en Suisse, qui pourra être engagé par une entreprise opérant à l'étranger.

Al. 1, let. c

Le projet de loi s'appliquera aux personnes et aux entreprises qui constituent, établissent, exploitent ou dirigent en Suisse une entreprise qui fournit des prestations de sécurité privées ou des prestations en rapport avec celles-ci au sens de l'art. 4, let. c.

Le lien avec la Suisse est réalisé à partir du moment où ces activités sont exercées dans notre pays. Il peut par exemple s'agir d'une personne ou d'une entreprise établie en Suisse et qui dirige depuis notre pays une entreprise constituée à l'étranger afin qu'elle y offre des prestations de sécurité privées.

Al. 1, let. d

En vertu de cette disposition, le projet de loi s'appliquera aux personnes et aux entreprises qui contrôlent, depuis la Suisse, une entreprise qui fournit des prestations de sécurité privées ou des prestations en rapport avec celles-ci au sens de l'art. 4, let. c.

Cette disposition vise l'acquisition de participations financières dans une entreprise de sécurité opérant à l'étranger. Le lien avec la Suisse est réalisé à partir du moment où la personne ou l'entreprise qui acquiert les participations financières a son siège ou son établissement dans notre pays. L'entreprise contrôlée peut être établie en Suisse ou à l'étranger. L'art. 5 définit les conditions du contrôle d'une entreprise.

Al. 1, let. e

Le projet de loi s'appliquera à toute personne ou entreprise qui participe directement à des hostilités.

La notion de « participation directe à des hostilités » est définie à l'art. 4, let. d. Elle vise des actes spécifiques commis par une personne dans le cadre de la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé. Elle doit avoir un lien avec la Suisse (voir ci-après art. 6, al. 1).

Art. 2, al. 2

Le projet de loi s'applique en outre aux autorités fédérales qui délèguent à une entreprise de sécurité l'exécution de certaines tâches de protection à l'étranger ou qui recourent aux services d'une telle entreprise dans le cadre d'un mandat (voir ci-après ch. 2.7).

L'engagement d'une entreprise de sécurité pour l'exécution d'une tâche de protection en Suisse n'entre pas dans le champ d'application de la loi. Celle-ci ne s'applique pas non plus lorsque l'autorité fédérale recourt à des particuliers en qualité d'auxiliaires qui agissent en qualité de simples exécutants de l'autorité sans disposer d'une autonomie et d'un pouvoir de décision²⁹.

Art. 3 Exceptions au champ d'application

L'art. 3 introduit des exceptions à l'application de la loi s'agissant de certaines prestations de sécurité privées qui sont fournies, depuis la Suisse, sur les autres territoires relevant de l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes (ALCP)³⁰ ou de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'association européenne de libre-échange (AELE)³¹. Les territoires visés sont les territoires des vingt-sept Etats membres de l'Union européenne, y compris les départements français d'outre-mer, les Açores, Madère, les îles Canaries, Ceuta et Mellila, Gibraltar et les îles Åland (cf. l'art. 24 ALCP qui fait implicitement référence à l'art. 299 du Traité CE, remplacé, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, par les art. 52 UE, 349 FUE et 355 FUE), ainsi que les territoires des Etats membres de l'AELE, à savoir de l'Islande, du Liechtenstein et de la Norvège (cf. art. 58 AELE).

Ces exceptions visent à préserver la libre prestation de services telle que prévue par l'ALCP/AELE. Selon ces accords, tout prestataire de service (y compris les sociétés) bénéficie du droit de fournir un service sur le territoire de l'autre partie contractante pour une prestation qui ne dépasse pas 90 jours de travail effectif par année civile (art. 5 par. 1 ALCP). Ces accords interdisent toute restriction à ces prestations de services transfrontalières (art. 17 let. a Annexe I ALCP), sous réserve notamment des dispositions législatives de chaque partie contractante qui sont justifiées par des raisons impérieuses

²⁹ Guide pour l'élaboration de la législation fédérale de l'OFJ, p. 346.

³⁰ RS 0.142.112.681

³¹ RS 0.632.31

liées à un intérêt général (art. 22 par. 4 Annexe I ALCP). La circonstance qu'un prestataire de services est de nationalité suisse (ou qu'une société est constituée selon le droit suisse) ne saurait l'empêcher d'invoquer les règles de l'ALCP/AELE relatives à la libre prestation de services à l'encontre des autorités suisses, dès lors que ce prestataire a fait usage d'un droit de libre circulation reconnu par l'accord³².

Certes, les buts de la loi de contribuer à préserver la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse, à mettre en œuvre les buts de la politique extérieure de la Suisse, à préserver la neutralité suisse et à garantir le respect du droit international constituent des raisons impérieuses légitimes pouvant justifier des restrictions à la libre prestation de services. Toutefois, pour être justifiées au sens de l'ALCP/AELE, les mesures législatives retenues par la Suisse doivent être objectivement proportionnées aux objectifs qu'elles poursuivent³³. Or, en l'occurrence, il apparaît que l'obligation de déclarer toutes les activités de sécurité ainsi que l'obligation de s'abstenir d'exercer de telles activités au moins pendant les 14 jours qui suivent une telle déclaration constituent des restrictions à la libre prestation de services qui ne sont pas proportionnées aux objectifs poursuivis s'agissant des prestations de sécurité qui sont visées aux chiffres 1 à 6 de l'art. 4, let. a du projet de loi. En effet, en raison du faible risque d'atteintes à la sécurité et à la neutralité de la Suisse pouvant être causées par ces prestations, ainsi qu'en raison de l'absence de réel risque d'hostilités et de violations graves des droits de l'homme sur le territoire des Etats de l'UE/AELE, de telles restrictions à la libre prestation de services iraient au delà de ce qui est nécessaire pour réaliser les objectifs du projet de loi.

Afin de respecter le principe de proportionnalité, le projet de loi introduit donc des exceptions à son application, s'agissant des prestations de sécurité suivantes : protection de personnes, garde et surveillance de bien-fonds, protection de valeurs matérielles et immatérielles et de leur transfert, protection de données et de leur traitement, exploitation de centrales d'alarme, d'intervention et de sécurité, ainsi que services d'ordre lors d'événements, telles que définies par l'art. 4, let. a, ch. 1 à 6. Pour les mêmes raisons, ces exceptions ont été étendues aux entreprises ou personnes fournissant, en Suisse, des prestations en rapport avec la fourniture d'une prestation de sécurité privée au sens de l'art. 3, al. 1, sur le territoire relevant du champ d'application des accords susmentionnés, ainsi qu'aux personnes ou entreprises qui constituent, établissent, exploitent, dirigent ou contrôlent une entreprise qui fournit des prestations au sens de l'art. 3, al. 1, ou de l'al. 2, let. a.

En revanche, lorsque la prestation de sécurité privée à fournir sur le territoire des Etats de l'UE/AELE correspond à une autre prestation que celles définies à l'art. 4, let. a, ch. 1 à 6, l'art. 3 ne prévoit pas d'exceptions au champ d'application de la loi. En effet, des prestations telles que des mesures de contrainte, la garde de prisonniers, le soutien opérationnel à des forces armées, l'exploitation de systèmes d'armements ou des activités d'espionnage peuvent comporter un risque d'atteinte aux intérêts de la Suisse, notamment en ce qui concerne la neutralité suisse. Une restriction à la libre prestation de services est donc justifiée.

³² ATF 136 II 241

³³ Voir, par exemple, ATF **131** V 390 et **131** V 209

Art. 4 Définitions

Art. 4, let. a : « prestation de sécurité »

Il s'agit d'une définition non exhaustive. La prestation de sécurité peut être armée ou non armée. Cette notion vise notamment les activités suivantes :

- La protection de personnes.
- La garde de bien-fonds, par exemple la garde armée d'un bâtiment ou d'un terrain, ou leur surveillance (service de ronde).
- La protection de valeurs matérielles (protection de choses mobilières) ou de valeurs immatérielles (par exemple protection de réseaux électroniques dans le domaine bancaire) et de leur transfert.
- La protection de données et de leur traitement (par exemple la protection d'un système informatique).
- L'exploitation de centrales d'alarme, d'intervention et de sécurité.
- Les services d'ordre lors d'événements, par exemple lors d'un concert.
- Les mesures prises à l'encontre de personnes, à savoir le contrôle, la rétention ou la fouille d'individus, de locaux ou de contenants tels que des véhicules (voir art. 6 de la loi du 20 mars 2008³⁴ sur l'usage de la contrainte).
- La garde, la prise en charge, le transport et l'audition de prisonniers, l'exploitation de prisons.
- Le soutien opérationnel ou logistique à des forces armées ou de sécurité, dans la mesure où il n'est pas fourni dans le cadre d'une participation directe à des hostilités selon l'art. 6, al. 1. Les forces de sécurité peuvent être les forces de police d'un Etat. Le soutien peut être fourni lors de troubles intérieurs, d'émeutes ou d'actes isolés et sporadiques de violence ou autres actes analogues (voir art. 1, par. 2, du protocole II³⁵). La prestation doit avoir un lien avec les tâches qui relèvent de la compétence des forces armées ou de sécurité. Par soutien opérationnel, on entend par exemple la mise à disposition de personnel de sécurité armé à un Etat étranger qui doit faire face à des manifestations de la population ou à d'autres troubles intérieurs. La notion de « soutien logistique » vise par exemple un soutien dans le domaine de la sécurité lors d'une situation d'urgence (afflux de réfugiés dans un Etat étranger), l'entretien du matériel de guerre d'un Etat ou l'exploitation de son système de communication en dehors d'un conflit armé. La gestion de la blanchisserie des forces armées ne constitue pas en revanche un soutien logistique au sens du projet de loi, au motif qu'elle ne présente pas un lien suffisant avec les tâches de celles-ci.
- L'exploitation et l'entretien de systèmes d'armement (par exemple un système de défense contre des attaques aériennes).
- Le conseil ou la formation du personnel des forces armées ou de sécurité.
- les activités de renseignements, d'espionnage ou de contre-espionnage.

³⁴ LUSC; RS **364**

³⁵ Protocole additionnel II du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux; RS **0.518.522**

Art. 4, let. b : « prestation de sécurité privée »

La notion de prestation de sécurité « privée » est définie en ce sens qu'elle est fournie par une personne privée ou une entreprise privée assujettie au champ d'application de la loi (art. 2).

Art. 4, let. c : « prestation en rapport avec une prestation de sécurité »

La notion de « prestation en rapport avec une prestation de sécurité » vise le recrutement ou la formation de personnel de sécurité pour fournir des prestations de sécurité privées à l'étranger ainsi que la mise à disposition, à titre d'intermédiaire ou directement, de personnel de sécurité en faveur d'une personne ou d'une entreprise qui offre des prestations de sécurité à l'étranger. Cette définition est exhaustive. Comme indiqué au commentaire de l'art. 2, al. 1, let. b, le personnel de sécurité doit être recruté ou formé spécialement pour des prestations de sécurité privées à l'étranger. En revanche, cette disposition ne vise pas le recrutement de personnel pour exécuter exclusivement des tâches administratives en Suisse.

Art. 4, let. d : « participation directe à des hostilités »

On entend par « participation directe à des hostilités » une participation directe à des hostilités qui se déroulent dans le cadre d'un conflit armé à l'étranger au sens des Conventions de Genève³⁶ et des protocoles additionnels I et II. Le présent projet propose d'interpréter cette notion au regard de ces instruments. Il renonce à prévoir une définition plus précise au motif que cette notion est connue en droit international. L'application du terme de conflit au sens des Conventions de Genève implique que les mesures de coercition décidées par l'ONU sont incluses dans cette notion de « participation directe à des hostilités ».

En droit international humanitaire, la notion de « conflit armé » vise d'une part les conflits armés internationaux qui opposent deux ou plusieurs Etats et d'autre part les conflits armés non internationaux qui opposent les forces armées d'un Etat partie au conflit aux groupes armés d'une partie non étatique impliquée dans le conflit. La notion d'« hostilités » se réfère au recours collectif par les parties au conflit à des méthodes et moyens de nuire à l'ennemi. Il s'agit des affrontements militaires ou des opérations de combats entre les parties au conflit.

Au sens des Conventions de Genève et des protocoles additionnels I et II, la notion de « participation directe » à des hostilités se réfère à l'implication individuelle d'une personne dans ces hostilités. Cette notion vise des actes spécifiques commis par une personne dans le cadre de la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé. Elle a fait l'objet d'un guide interprétatif du CICR³⁷, dans le but de répondre à la question de savoir quand il y a lieu de considérer qu'une personne participe directement à des hostilités et qu'elle perd par conséquent la protection conférée par le droit international humanitaire contre les attaques directes.

La notion de « participation directe à des hostilités » vise en d'autres termes l'activité du mercenariat. On propose toutefois de ne pas recourir au terme de « mercenariat ». En effet,

³⁶ RS 0.518.12; SR 0.518.23; SR 0.518.42; SR 0.518.51.

³⁷ Voir le Guide interprétatif du CICR sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire : <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/p0990>

cette terminologie renvoie au protocole I et à la Convention des Nations-Unies du 4 décembre 1989 contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires qui, comme exposé sous ch. 1.7, ne s'appliquent guère aux employés d'une entreprise qui fournit des prestations de sécurité privées à l'étranger.

Art. 4, let. e : « zone de crise ou de conflit »

Cette disposition définit la notion de « zone de crise ou de conflit » par des critères généraux et abstraits qui ne sont pas cumulatifs. La notion de « zone » vise non seulement un Etat mais aussi une région particulière d'un Etat dont seule une partie du territoire se trouve dans une situation de crise ou de conflit.

Selon le ch. 1, on entend par « zone de crise ou de conflit », une région ou un Etat où se déroule un conflit armé international ou interne. Cette notion vise uniquement les régions ou les Etats qui sont le théâtre d'un conflit. Si un conflit oppose deux Etats mais qu'il se déroule uniquement dans un pays, seul celui-ci est considéré comme une zone de crise ou de conflit au sens de cette disposition. L'utilisation du terme « conflit armé international ou interne » souligne la cohérence du projet avec la pratique suisse en matière de neutralité en général et avec le droit relatif à l'exportation de matériel de guerre en particulier. En d'autres termes, la notion de « zone de crise ou de conflit » ne couvre pas les régions dans lesquelles le Conseil de sécurité de l'ONU a ordonné ou autorisé des mesures de maintien ou de rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Cette définition se distingue de celle du conflit au sens de la let. d de l'art. 4, relative à la participation directe à des hostilités, et qui se fonde sur les Conventions de Genève. Cette distinction résulte d'un choix délibéré.

En vertu du ch. 2, la notion de zone de crise ou de conflit vise également une zone de tensions internes ou de troubles intérieurs qui ne constituent pas des conflits armés (voir art. 1, par. 2, du protocole II). Il peut s'agir d'une région ou d'un pays où des mouvements séparatistes sont actifs ou d'un Etat dépourvu de structures étatiques opérationnelles ou disposant de structures étatiques fortement affaiblies, par exemple lorsque les principales institutions étatiques ou des forces armées ou de sécurité y sont inexistantes ou quasi-inexistantes.

Selon le ch. 3, la notion de zone de crise ou de conflit vise enfin une région ou un Etat où les droits de l'homme sont violés. La violation doit toutefois être systématique et grave. Tel est le cas par exemple d'une violation de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3 CEDH³⁸ et art. 7 Pacte ONU II³⁹) ou de la pratique d'un Etat de prononcer la peine capitale pour des délits mineurs.

Art. 5 Contrôle d'une entreprise

L'art. 5 définit les conditions du contrôle d'une entreprise. Il s'agit de conditions alternatives.

La règle définie à l'art. 5, let. a à c, se fonde sur l'art. 963 du projet de révision du code des obligations du 21 décembre 2007⁴⁰.

³⁸ RS 0.101

³⁹ RS 0.103.2

⁴⁰ Message concernant la révision du code des obligations du 21 décembre 2007 (FF 2008 1407; commentaire relatif à l'art. 963 E-OR: FF 2008 1589, 1722 suiv.).

Cette disposition, liée à l'obligation d'établir des comptes consolidés, définit les conditions auxquelles une personne morale est réputée contrôler une entreprise tierce au sens de la loi. En ce qui concerne l'obligation de consolidation, la règle appliquée à l'art. 663e CO en vigueur se fonde sur le principe du « contrôle effectif de l'entreprise », exercé par une direction unique. Etant donné qu'il n'est pratiquement pas possible de prouver l'exercice d'un tel contrôle, on a remplacé ce critère, dans le nouvel art. 963 P-CO, par celui plus large du « principe du contrôle », qui désigne la « possibilité de contrôler l'entreprise ». Ce principe de contrôle a été repris dans la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, qui entend régler tous les aspects de la fourniture de prestations de sécurité, et dont le champ d'application est très large. Il suffira donc qu'une société qui fournit des prestations de sécurité à l'étranger ait la possibilité de contrôler une entreprise pour qu'elle tombe sous le coup de la loi. Par ailleurs, il a fallu étendre la portée de l'art. 963 P-CO, trop limitée, puisque ce dernier ne concerne que les personnes morales (corporations et institutions de droit public ou privé). On a donc ajouté, à l'art. 5 du projet de loi, les personnes physiques et les entreprises au sens de l'art. 2. L'art. 2 couvre également les sociétés de personnes (sociétés simples, sociétés en commandite, sociétés en nom collectif), qui peuvent elles aussi contrôler des entreprises fournissant des services de sécurité à l'étranger.

L'entreprise est réputée contrôlée lorsqu'une personne physique ou morale ou une société de personnes dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême (assemblée générale dans une SA). Il y a également contrôle lorsqu'une personne physique ou une entreprise dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration (conseil d'administration dans une SA), ou si une influence dominante peut être exercée en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat (convention d'actionnaires, société de personnes, etc.) ou d'autres instruments.

L'art. 5, al. 2, let. a à c, du projet de loi, est calqué sur l'art. 6, al. 3, let. a à c, LFAIE⁴¹. Il règle le contrôle des sociétés de personnes qui fournissent des prestations de sécurité à l'étranger. Dans les sociétés de personnes sans personnalité juridique, l'actif social est la propriété de l'ensemble des associés, qui peuvent tous prétendre à en disposer. Dans les sociétés qui fournissent des prestations de sécurité, cet actif est constitué des moyens d'exploitation nécessaires à l'exercice de l'activité (véhicules, armes, locaux de formation, etc.). L'entreprise de sécurité qui dispose de ces moyens d'exploitation à l'étranger est également soumise à la présente loi. On présume qu'une société en nom collectif est contrôlée lorsqu'une personne ou plusieurs personnes (physiques) sont des associés indéfiniment responsables (art. 5, al. 2, let. a). Ont qualité d'associé indéfiniment responsable tous les membres de la société en nom collectif (cf. art. 552, al. 1, CO) de même que, dans les sociétés en commandite, tous les associés solidairement responsables (art. 594, al. 1 et 2 CO). Dans ces deux cas, il y a responsabilité personnelle et illimitée à l'égard des dettes de la société.

La règle définie à l'art. 5, al. 2, let. b, du projet de loi étend son application aux commanditaires (personnes physiques ou morales ou sociétés commerciales), qui assument une responsabilité limitée, mais qui n'en sont pas moins propriétaires en main commune du patrimoine de la société.

⁴¹ Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger
RS 211.412.41

Est réputé contrôler la société en commandite, le commanditaire qui met à sa disposition des moyens supérieurs au tiers de ses fonds propres.

L'art. 5, al. 2, let. c, du projet de loi règle les cas où une personne ou une entreprise met à disposition des fonds remboursables (sous la forme de prêts p. ex.) à une société de personnes fournissant des services de sécurité ou à des associés ayant une responsabilité illimitée. Pour qu'il y ait contrôle de la société, il faut que ces fonds représentent plus de la moitié de la différence entre l'ensemble des actifs de la société et l'ensemble des dettes contractées (fonds étrangers) par celle-ci auprès de tiers qui ne fournissent pas de services de sécurité.

2.2 Interdictions et obligation de respecter le Code de conduite international

Art. 6 Participation directe à des hostilités

Art. 6, al. 1

En vertu de l'art. 6, al. 1, toute participation directe à des hostilités est interdite.

Conformément à la définition de l'art. 4, let. d, l'interdiction ex lege inscrite à l'art. 6 s'applique à la participation directe à des hostilités dans le cadre d'un conflit armé à l'étranger au sens des Conventions de Genève et des protocoles additionnels I et II. Est donc également interdite la participation directe à des hostilités dans le cadre de mesures de coercition émanant de l'ONU. Telle qu'elle est définie, l'interdiction va volontairement plus loin que ce qu'exige le principe de la neutralité.

La notion de « participation directe à des hostilités » vise des actes spécifiques commis par une personne dans le cadre de la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé. Selon le guide interprétatif du CICR, une participation directe aux hostilités remplit les critères suivants :

- a. L'acte doit atteindre un certain seuil de nuisance. Cette condition est réalisée si l'acte est susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit, ou est de nature à causer des pertes en vies humaines, des blessures et des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes. Pour que ce seuil de nuisance soit atteint, il suffit une probabilité objective que l'acte provoque de tels effets.
- b. Pour qu'un acte spécifique constitue une participation directe, il faut un rapport de causalité suffisamment étroit entre celui-ci et les effets nuisibles qu'il produit. Cette condition est réalisée si l'on peut considérer que l'acte spécifique en question est de nature à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil de nuisance requis à une partie au conflit. Plus précisément, selon le CICR, il doit exister un rapport de causalité direct entre l'acte commis et les effets nuisibles susceptibles de résulter de cet acte ou d'une opération collective dont cet acte fait partie intégrante.
- c. L'acte doit présenter un lien de belligérance. Cette condition est réalisée si l'acte est spécifiquement destiné à causer des effets nuisibles en faveur d'une partie au conflit et au détriment d'une autre.

Pour que l'interdiction prévue à l'art. 6, al. 1 s'applique, il n'est pas nécessaire que la personne concernée s'engage pour obtenir un avantage personnel ou une rémunération. Les raisons politiques ou idéales de sa participation ne sont pas non plus déterminantes.

La participation directe aux hostilités doit avoir un lien avec la Suisse. Tel sera le cas si la personne concernée y exécute des actes spécifiques dans le cadre de la conduite des hostilités, par exemple en piratant, depuis notre pays, le système informatique ou de communication militaire d'une partie au conflit afin de soutenir directement les opérations de combat d'une autre partie belligérante. Un tel lien existera également si la personne organise sa participation directe aux hostilités en Suisse par exemple en répondant à une annonce de recrutement par internet, en préparant son départ pour l'étranger ou en achetant un billet d'avion. Par contre, un lien avec notre pays fera défaut si un ressortissant suisse décide, lors d'un séjour ou d'un voyage à l'étranger, de s'engager aux côtés d'une partie à un conflit armé. Dans cette hypothèse, l'interdiction prévue à l'art. 6, al. 1, ne s'appliquera pas. Une autre solution se heurterait en effet à des difficultés de mise en œuvre. En revanche, le ressortissant suisse pourra être poursuivi en Suisse pour les crimes qu'il commettrait dans le cadre du conflit armé.

Comme il ressort du guide interprétatif du CICR, les actes suivants peuvent être considérés comme une participation directe aux hostilités:

- Le fait d'assumer une fonction de combat pour les forces armées d'un Etat partie à un conflit armé (en revanche, la fonction de personnel sanitaire et religieux au sein des forces armées d'un Etat impliqué dans un conflit ne constitue pas une participation directe aux hostilités).
- Le fait d'assumer une fonction de combat pour un groupe armé organisé appartenant à une partie non étatique impliquée dans un conflit armé non international.
- La défense du personnel militaire et d'autres objectifs militaires contre des attaques ennemies (en revanche, la protection du personnel militaire et d'objectifs militaires exclusivement contre des actes criminels ou contre des actes de violence sans rapport avec des hostilités relève du maintien de l'ordre ou de la légitime défense).
- Le transport de munitions par du personnel de sécurité jusqu'à une zone de tir sur la ligne de front (en revanche, le fait de transporter des munitions de l'usine au port où elles sont ensuite embarquées pour rejoindre un entrepôt dans une zone de crise ou de conflit ne présente pas un lien suffisamment étroit avec les opérations militaires en cours pour être considéré comme étant une participation « directe » aux hostilités).

La violation de l'art. 6, al. 1, sera sanctionnée par une peine privative de liberté de trois ans au plus (art. 19).

Art. 6, al. 2

En vertu de l'al. 2, let. a, les ressortissants suisses seront exemptés de l'interdiction s'ils sont autorisés par la loi ou par l'autorité suisse compétente à participer aux hostilités. Cette disposition vise par exemple une participation à une opération du maintien de la paix des Nations-Unies.

L'al. 2, let. b, prévoit que l'interdiction ne s'applique pas non plus à un ressortissant étranger s'il est tenu envers l'Etat dont il est ressortissant de s'engager dans un conflit, par exemple parce qu'il a effectué un service militaire obligatoire, et que cette obligation est compatible avec le droit suisse. En revanche, cette disposition ne prévoit pas d'exception pour les étrangers qui participeraient directement aux hostilités en s'engageant aux côtés de leurs concitoyens par exemple lors d'une insurrection contre un régime totalitaire. En effet, en vertu des principes de non intervention et du non recours à la force dans leurs relations internationales, les Etats ne doivent pas tolérer que des actions armées perpétrées à l'étranger soient organisées ou encouragées à partir de leur territoire national. En vertu de ce principe, la

Suisse ne saurait donc tolérer que des étrangers participent directement depuis son territoire à des actes de rébellion contre un Etat en proie à une révolution.

Art. 6, al. 3

L'art. 6, al. 3 étend le champ d'application de l'art. 6, al. 1 en interdisant également certaines activités qui ne remplissent pas toutes les conditions pour une qualification de participation directe à des hostilités, mais qui démontrent une relation étroite avec une telle participation.

L'art. 6, al. 3, let. a et b, prévoit qu'il est interdit de recruter et de former en Suisse du personnel de sécurité ou de le mettre à disposition depuis la Suisse pour qu'il participe directement aux hostilités dans le cadre d'un conflit armé à l'étranger, ou en vue d'une participation directe à des hostilités imminentes, par exemple pour participer à un coup d'Etat qui se prépare à l'étranger. En vertu de l'art. 6, al. 2, let. c et d, il sera en outre interdit à toute personne ou entreprise de constituer, d'établir, d'exploiter, de diriger en Suisse ou de contrôler depuis la Suisse une entreprise qui met à disposition du personnel de sécurité pour une participation directe aux hostilités ou en vue d'une participation directe à des hostilités imminentes. En d'autres termes, cette disposition vise la constitution d'armées privées en Suisse ou la constitution de holdings contrôlant des entreprises offrant des prestations impliquant une participation directe à des hostilités en cours ou imminentes.

La violation de l'art. 6, al. 3 sera sanctionnée pénalement (art. 19).

Art. 7 Violation des droits de l'homme

L'art. 7 interdit les activités liées à des violations graves des droits de l'homme.

Pour que l'interdiction prévue à l'art. 7 s'applique, il faut que la prestation de sécurité privée ou l'activité soit en lien avec une violation grave des droits de l'homme. Le fait que la disposition se limite aux violations graves des droits de l'homme ne signifie en aucun cas que des violations « moins graves » sont tolérées. Cette qualification de la violation a uniquement pour but de garantir que des prestations de sécurité privées puissent également être fournies dans un environnement difficile, aussi longtemps que la prestation n'est pas problématique. Il sera par exemple interdit de fournir des prestations de sécurité privées dans le cadre de l'exploitation d'une prison qui pratique la torture. Par contre, une telle prestation ne sera pas interdite si l'égalité de traitement entre les employés et les employées d'une prison n'est pas respectée en matière de salaire pour un travail de valeur égale. Toutefois, l'autorité compétente pourra toujours interdire, en vertu de l'art. 12, une prestation liée à une violation des droits de l'homme qui ne peut pas être qualifiée de « grave ».

La violation de l'art. 7 sera sanctionnée par une peine privative de liberté de trois ans au plus (art. 19).

Art. 8 Obligation de respecter le Code de conduite international des entreprises de sécurité privées

En vertu de l'al. 1, toute personne ou entreprise qui exerce une activité régie par le projet de loi sera tenue de respecter les dispositions du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées dans sa teneur du 9 novembre 2010 (code de conduite).

La personne ou l'entreprise doit notamment respecter l'interdiction de toute action offensive et la limitation du recours à la violence létale aux actes d'autodéfense et à la défense de la vie de tiers. Le code de conduite prévoit aussi une obligation pour celles-ci de respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire dans le cadre de leurs activités, et ce, indépendamment des lois nationales et de la législation en vigueur dans les pays concernés.

Toute violation de l'obligation prévue à l'art. 8 pourra faire l'objet d'une sanction administrative de l'autorité compétente, sous la forme d'une décision d'interdiction (art. 12, al. 3).

L'al. 2 prévoit une norme de délégation en faveur du département auquel l'autorité compétente est subordonnée. En vertu de cette disposition, celui-ci pourra décider qu'une modification du code de conduite est applicable aux faits régis par le projet de loi s'il s'agit d'une modification qui ne contrevient pas aux buts de la loi.

2.3 Procédure

Art. 9 Obligation de déclarer

L'obligation de déclarer permet à la Confédération de contrôler les prestations de sécurité privées fournies depuis la Suisse à l'étranger et d'intervenir dans les cas qui sont contraires aux buts du projet de loi.

L'al. 1 pose le principe que toute personne ou entreprise qui envisage d'exercer une activité soumise au champ d'application de la loi (art. 2) est tenue de le déclarer préalablement à l'autorité compétente.

La procédure de déclaration doit être simple. La déclaration pourra être effectuée par écrit ou par voie électronique. L'obligation de déclarer est conçue comme une « dette portable » de la personne ou de l'entreprise concernée. Il incombe à celle-ci de fournir les informations nécessaires à l'autorité compétente mais elle ne doit pas fournir tous les détails. Le cas échéant, l'autorité compétente pourra exiger des informations complémentaires. La personne ou l'entreprise sera tenue de collaborer.

Le Conseil fédéral édictera des dispositions d'exécution pour définir le contenu de la déclaration (art. 31). Il pourra par exemple prévoir que la déclaration doit indiquer la nature de la prestation ou de l'activité, l'identité de l'entreprise qui fournit les prestations de sécurité privées, le bénéficiaire et le lieu d'exécution de la prestation.

L'al. 2 prescrit une obligation de s'abstenir d'exercer l'activité déclarée jusqu'à la communication ou la décision de l'autorité compétente.

La violation de l'obligation de déclarer ou de l'obligation de s'abstenir sera sanctionnée (art. 20).

Une disposition transitoire règle l'obligation de déclarer les activités en cours d'exécution au moment de l'entrée en vigueur de la loi (art. 32).

Art. 10 Communication de l'autorité

Cette disposition règle la procédure applicable une fois que l'autorité a été informée. Dans un délai de 14 jours à compter de la date de réception de la déclaration, l'autorité doit communiquer à la personne ou à l'entreprise concernée si, en l'état, l'activité déclarée nécessite ou non l'ouverture d'une procédure d'examen ou si elle est interdite en vertu des art. 6 ou 7.

Dans l'hypothèse où l'autorité constate, qu'aucun des motifs prévus à l'art. 11 ne s'applique au cas d'espèce, elle communique à la personne ou à l'entreprise concernée qu'il n'y a pas lieu en l'état d'ouvrir une procédure d'examen et celle-ci pourra exercer l'activité déclarée. Cette communication ne constitue toutefois pas une décision au sens de l'art. 5 de la loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁴². Il ne s'agit donc pas d'une autorisation de l'autorité compétente accordée à l'entreprise concernée de fournir une prestation de sécurité privée à l'étranger. Dans sa communication, l'autorité compétente indique qu'elle renonce « en l'état » à ouvrir une procédure d'examen, en ce sens qu'elle pourra le faire ultérieurement si les circonstances du cas d'espèce se modifient (art. 11, al. 1, let. b).

Si l'autorité compétente constate que l'activité déclarée est interdite en vertu des art. 6 ou 7, elle le communiquera à la personne ou à l'entreprise concernée (art. 10, let. b). Dans cette hypothèse, l'autorité ne rendra pas de décision mais se limitera à constater l'interdiction légale applicable au cas d'espèce. En cas de contestation de la part de la personne ou de l'entreprise concernée, celle-ci pourra exiger une décision en constatation au sens de l'art. 5, al. 1, let. b, PA. Cette décision sera susceptible de recours.

Enfin, si l'autorité compétente arrive à la conclusion qu'une procédure d'examen doit être ouverte pour un des motifs prévus à l'art. 11, elle le communique à la personne ou à l'entreprise concernée.

Art. 11 Procédure d'examen

Comme il ressort de l'art. 11, al. 1, let. a, l'autorité compétente ouvre une procédure d'examen si des indices font penser que l'activité déclarée est contraire aux buts de l'art. 1. De tels indices peuvent notamment résulter de la nature de la prestation (par exemple la prise en charge de prisonniers et l'exploitation d'une prison), du lieu d'exécution de l'activité (une zone où se déroule un conflit armé), de l'identité du bénéficiaire de la prestation (une partie à un conflit armé ou un dictateur), de la nature des tâches assumées par le personnel de sécurité (un soutien aux forces armées ou de sécurité) ou d'une éventuelle violation du code de conduite.

L'al. 1, let. b, prévoit que l'autorité compétente ouvre également une procédure d'examen si les circonstances du cas d'espèce se sont considérablement modifiées depuis la communication au sens de l'art. 10, let. a, par exemple si elle a connaissance de nouveaux faits ou si la situation dans le pays du lieu d'exécution de la prestation s'est fondamentalement modifiée.

Enfin, une procédure d'examen est ouverte si l'autorité prend connaissance d'une activité qui ne lui a pas été déclarée (al.1, let. c). Dans ce cas, elle informe la personne ou l'entreprise

⁴² PA; RS 172.021

concernée et l'invite à prendre position dans un délai de dix jours (al. 2). Le cas échéant, elle peut exiger que la personne ou l'entreprise concernée collabore et pénétrer dans ses locaux commerciaux (art. 15 et 16). Il est à noter que la violation de l'obligation de déclarer est sanctionnée (art. 20).

En vertu de l'al. 3, l'autorité compétente consultera les autorités concernées. Celles-ci seront définies par voie d'ordonnance en fonction du choix de l'autorité compétente qui sera désignée par le Conseil fédéral (art. 31).

L'autorité compétente communique à la personne ou à l'entreprise concernée l'issue de la procédure d'examen (al. 4). En fonction de ses conclusions, elle lui communiquera que la procédure d'examen est en l'état terminée, que l'activité déclarée est interdite par la loi ou lui notifiera une décision d'interdiction (art. 12). Le projet de loi ne prévoit pas de délai pour la procédure d'examen au motif que certaines procédures peuvent être complexes. Les règles en matière de déni de justice formel sont toutefois applicables.

Art. 12 Interdiction par l'autorité compétente

Certaines activités ne tomberont pas sous le coup des interdictions légales prévues aux art. 6 à 7 mais peuvent être contraires, selon le cas d'espèce, aux buts de l'art. 1. L'art. 12, al. 1, habilite dès lors l'autorité compétente à interdire tout ou partie d'une activité si et dans la mesure où elle est contraire à la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse, à la mise en œuvre des buts de la politique extérieure de celle-ci, à la neutralité suisse ou au respect du droit international. En cas d'interdiction partielle, l'autorité peut également fixer des charges et des conditions à l'entreprise concernée.

Peuvent notamment être contraires aux buts de l'art. 1 les activités suivantes:

- La prestation de sécurité privée est fournie à une personne, à une entreprise ou à un organe étranger dans une zone de crise ou de conflit (let. a). La définition du terme « zone de crise et de conflit » visée à l'art. 4, let. e, ch. 1, exclut de l'art. 12, al. 2, let. a, les prestations qui doivent être fournies dans une région dans laquelle sont appliquées des mesures de coercition ordonnées ou autorisées par le Conseil de sécurité de l'ONU en vue de maintenir ou de restaurer la paix et la sécurité internationales. Ne constitue pas non plus un cas au sens de cette disposition la fourniture de prestations de sécurité privées en faveur du CICR ou à des organismes suisses, tels que des Ambassades suisses ou des bureaux de coopération au développement (DDC).
- La prestation de sécurité privée est fournie à une personne, à une entreprise ou à un organe partie à un conflit armé international ou interne ou à un affrontement lié à des tensions internes ou à des troubles intérieurs (let. b). Cette disposition vise les prestations fournies par exemple à des Etats étrangers ou à des belligérants. Comme pour l'art. 4, let. e, ch. 1 en relation avec l'art. 12, al. 2, let. b, l'utilisation du terme « conflit armé international ou interne » souligne la cohérence du présent projet avec la politique suisse en matière de neutralité en général et avec le droit en matière d'exportation de matériel de guerre en particulier. Par conséquent, on ne saurait considérer comme pouvant être contraires aux buts de la loi au sens de l'art. 1 la fourniture de prestations de sécurité à des personnes, entreprises ou institutions qui participent à des mesures de maintien et de rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ordonnées ou autorisées par le Conseil de sécurité. Au cas où la procédure d'examen ferait néanmoins apparaître une telle contradiction, la fourniture du service sera interdite. Il est à noter que si la prestation constitue une participation directe à des hostilités, elle tombera sous le coup de l'interdiction légale prévue à l'art. 6.

- La prestation de sécurité privée consiste en un soutien opérationnel ou logistique à des forces armées ou de sécurité étrangères (let. c). Par soutien opérationnel, on entend par exemple la mise à disposition de personnel de sécurité armé à des forces de sécurité étrangères qui doivent faire face à des manifestations de la population ou à d'autres troubles intérieurs. La notion de « soutien logistique » vise par exemple un soutien dans le domaine de la sécurité lors d'une situation d'urgence (afflux de réfugiés dans un Etat étranger) ou l'entretien du matériel de guerre des forces armées en dehors d'un conflit armé. Si la prestation constitue une participation directe à des hostilités, elle tombera sous le coup de l'interdiction légale prévue à l'art. 6.
- Une prestation en rapport à des prestations de sécurité doit être fournie dans le domaine du savoir militaire (let. d). La personne ou l'entreprise concernée offre par exemple une formation militaire ou paramilitaire ou met à disposition du personnel spécialisé constitué de membres ayant appartenu dans le passé à des forces armées. Il n'est pas nécessaire que le pays de destination des futures prestations que le personnel spécialisé sera amené à fournir soit déjà déterminé.
- La prestation de sécurité privée ou la prestation en rapport avec une prestation de sécurité peut servir à des groupes terroristes ou à une organisation criminelle (let. e)⁴³; pour que cette disposition soit applicable, un simple risque suffit.
- une personne ou une entreprise veut constituer, établir, diriger ou contrôler une entreprise qui offre des prestations au sens des let. a à e (let. f).

En vertu de l'al. 3, l'autorité compétente pourra en outre prononcer une décision d'interdiction si la personne ou l'entreprise ne respecte pas les dispositions du code de conduite. Il s'agit d'une forme de sanction administrative. L'autorité compétente disposera d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si une décision d'interdiction doit être prononcée. Cette sanction pourra être prononcée, même si l'activité exercée est conforme aux buts de la loi.

La décision sera susceptible de recours conformément aux dispositions de la PA.

La violation de la décision d'interdiction sera sanctionnée (art. 20).

Art. 13 Autorisation à titre exceptionnel

En vertu de l'al. 1, le Conseil fédéral peut exceptionnellement autoriser une activité qui est contraire aux buts de l'art. 1, lorsqu'un intérêt public est jugé prépondérant. Il s'agit donc d'une exception à la décision d'interdiction prévue à l'art. 12. En raison de la portée politique de cette exception, la compétence décisionnelle est conférée au Conseil fédéral.

Dans chaque cas d'espèce, le Conseil fédéral devra procéder à une pesée des intérêts en cause. Ainsi, le Conseil fédéral pourra exceptionnellement autoriser une activité présentant un risque pour la sécurité de la Suisse, si un intérêt supérieur de celle-ci l'exige. Une telle exception pourra par exemple se justifier si des personnes ou des entreprises assujetties à la loi participent à une opération pour libérer des otages suisses à l'étranger, participation qui pourrait engendrer un risque d'attentats dans notre pays.

En vertu de l'al. 2, seule l'autorité compétente est habilitée à communiquer au Conseil fédéral les cas susceptibles de présenter un intérêt public prépondérant.

⁴³ Voir art. 6. al. 1^{bis} LCB.

Le Conseil fédéral fixera les modalités de contrôle nécessaires dans chaque cas d'espèce (al. 3).

Art. 14 Coordination

La LFMG, la LCB et la Lemb prévoient respectivement un système de double autorisation, un régime de permis ou des mesures de coercition, qui peuvent s'appliquer, dans certains cas, parallèlement au système prévu par le projet de loi. En effet, dans le marché de la sécurité, certaines entreprises ne fournissent pas exclusivement des prestations de sécurité privées mais exportent également du matériel de guerre. Selon les cas, l'une ou l'autre des activités sera prépondérante. Par exemple, la prestation de sécurité privée sera prépondérante si le contrat porte sur la garde et la surveillance d'installations militaires avec une mise à disposition de matériel de guerre pour l'exécution de cette tâche de protection. En revanche, l'exportation de matériel de guerre aura un caractère prépondérant si le contrat porte principalement sur cette prestation et accessoirement sur la surveillance du matériel exporté. Dans d'autres cas, la prestation de sécurité privée et l'exportation du matériel de guerre peuvent être des prestations à part entière, par exemple lorsque le contrat porte sur l'exportation du matériel de guerre et sur la formation du personnel des forces armées pour l'utilisation du matériel exporté.

Pour tenir compte de cette problématique, l'al. 1 prévoit que les autorités concernées doivent déterminer l'autorité compétente pour coordonner ces procédures. En cas de conflit, l'autorité de surveillance commune ou, à défaut, le Conseil fédéral tranchera. L'autorité chargée d'assurer la coordination veille à ce que les procédures se déroulent si possible de manière simple. Celle-ci sera l'autorité de contact pour la personne ou l'entreprise concernée. Elle prendra les mesures nécessaires afin que l'entreprise ou la personne concernée soit fixée sur tous ses droits et obligations dans un délai adéquat. Le cas échéant, l'autorité de coordination déterminera s'il est possible de joindre les procédures et de rendre une seule décision.

2.4 Contrôle

Art. 15 Obligation de collaborer

En vertu de cette disposition, les personnes et les entreprises assujetties à la loi seront tenues de fournir à l'autorité compétente tous les renseignements et documents nécessaires à l'exécution de la loi.

Art. 16 Compétences de contrôle de l'autorité

L'art. 16 est le corollaire de l'obligation de collaborer des personnes et des entreprises. Il définit les compétences de contrôle de l'autorité compétente. Pour assurer le respect de la loi, celle-ci aura le droit de pénétrer dans les locaux commerciaux, de prendre connaissance des documents utiles, de séquestrer du matériel (al. 1) et de faire appel à d'autres autorités ainsi qu'aux organes de police compétents (al. 2). De telles mesures se justifient dans les domaines nécessitant un système de contrôle renforcé, comme c'est déjà le cas dans la législation sur l'exportation du matériel de guerre ou dans celle sur le contrôle des biens. L'autorité compétente n'exercera ses compétences de contrôle qu'à l'encontre des personnes et des entreprises assujetties au projet de loi. Elle sera dans tous les cas tenue

au secret de fonction. Ces mesures de contrôle pourront également être appliquées lorsque l'autorité compétente prend connaissance d'une activité qui n'a pas été déclarée (art. 11, al. 1, let. c).

Art. 17 Traitement de données personnelles

L'autorité compétente sera habilitée à traiter, pour l'accomplissement de ses tâches légales, des données personnelles et des données sensibles relatives à des poursuites ou à des sanctions pénales ou administratives. Elle pourra également exploiter un système de traitement automatisé de données au sens de l'art. 57h de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁴⁴. Les principes généraux de protection des données seront applicables.

2.5 Sanctions

Art. 18 Sanctions administratives

Cette disposition prévoit une faculté pour l'autorité compétente de prononcer des sanctions administratives. Il ne s'agit pas d'une obligation. L'autorité dispose donc d'un certain pouvoir d'appréciation. Elle devra examiner dans chaque cas d'espèce si la sanction administrative se justifie et si elle respecte notamment le principe de proportionnalité.

En vertu de l'al. 1, l'autorité compétente pourra ordonner, conformément à la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite⁴⁵, la dissolution et la liquidation d'une personne morale, d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite qui exerce une activité en violation d'une interdiction légale ou d'une décision d'interdiction. En vertu de l'al. 2, l'autorité compétente pourra également ordonner, dans les cas prévus à l'al. 1, la liquidation de la fortune commerciale d'une entreprise individuelle et, le cas échéant, sa radiation. L'al. 3 prévoit en outre qu'elle peut encaisser l'excédent de la liquidation.

Art. 19 Infractions aux interdictions légales

L'art. 19 érige en infraction la violation des interdictions définies aux art. 6 et 7 et fixe les sanctions applicables. Ces infractions sont des délits au sens de l'art. 10, al. 3, du Code pénal, passibles d'une peine privative de liberté de 6 mois à trois ans au plus. La peine peut être assortie d'une peine pécuniaire, notamment lorsque l'infraction a été commise pour des raisons essentiellement lucratives ou dans l'exercice d'une activité commerciale.

L'infraction prévue à l'art. 19, al. 1, let. a, ne peut être commise qu'intentionnellement, comme c'est le cas par exemple pour les crimes de génocide ou pour les crimes contre l'humanité (art. 264 et 264a CP). En vertu de l'art. 12, al. 2, CP, un auteur agit intentionnellement lorsqu'il commet un crime ou un délit avec conscience et volonté ou lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait. En revanche, le projet de loi ne réprime pas la participation directe aux hostilités par négligence. En effet, il est difficilement concevable qu'une personne participe

⁴⁴ LOGA; RS 172.010

⁴⁵ LP; RS 281.1

directement aux hostilités « sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte » (art. 12, al. 3, CP).

Les infractions prévues à l'al. 1, let. b ou c, peuvent également être commises par négligence et seront dans ce cas sanctionnées par une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le recrutement de personnel, interdit à l'art. 6, al. 3, et sanctionné à l'art. 19, peut se faire au moyen d'Internet ou d'autres techniques de communication. Dans ce cas, la juridiction se trouve en Suisse lorsque les activités de recrutement sont organisées principalement à partir de la Suisse, c'est-à-dire que les annonces sont mises en ligne depuis la Suisse ou qu'elles s'adressent (également) à des personnes domiciliées en Suisse. En l'absence de réaction, on pourra à tout le moins admettre la tentative punissable.

La let. c de l'al. 1 punit la violation de l'art. 7, à savoir l'exercice d'une activité liée à des violations graves des droits de l'homme. L'auteur doit être conscient que son activité est liée à de telles violations. Il n'est pas nécessaire qu'il en connaisse la nature détaillée. Il suffit qu'il sache que son activité est liée à des violations graves des droits de l'homme, voire qu'elle est susceptible de les favoriser.

Les crimes contre l'humanité et les crimes commis dans le contexte d'un conflit armé constituent des crimes au sens de l'art. 264a ss CP. Ils sont soumis à la juridiction de la Suisse dès lors qu'ils présentent un lien suffisant avec notre pays (p. ex. lorsque l'auteur séjourne en Suisse).

Art. 20 Infractions à l'obligation de déclarer, à l'obligation de s'abstenir ou à une interdiction de l'autorité

L'art. 20 rend la violation des art. 9, 12 et 32, al. 2, du présent projet passible d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. Si l'infraction résulte d'une négligence, seule une peine pécuniaire pourra être prononcée.

Art. 21 Contravention à l'obligation de collaborer

L'art. 21 prévoit que sera puni d'une amende de 100'000 francs au plus toute personne qui refuse de fournir les renseignements, les documents ou l'accès aux locaux commerciaux prévus par les art. 15 et 16, al. 1, ou qui donne à ce sujet de fausses indications. Si l'auteur agit par négligence, l'amende sera de CHF 40'000.- au plus. Cette disposition correspond au type de sanction prévu à l'art. 36, al. 1, let. a, LFMG.

Art. 22 Infractions dans les entreprises

A l'instar de la législation sur l'exportation de matériel de guerre, l'art. 22 prévoit que l'art. 6 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif⁴⁶ est applicable aux infractions commises dans les entreprises. En vertu de cette disposition, lorsqu'une infraction est commise dans la gestion d'une entreprise avec ou sans personnalité juridique ou de quelque autre manière dans l'exercice d'une activité pour un tiers, les dispositions pénales

⁴⁶ DPA; RS 313.0

s'appliquent aux personnes physiques qui ont commis l'acte (al. 1). De plus, le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté qui, intentionnellement ou par négligence et en violation d'une obligation juridique, omet de prévenir une infraction commise par le subordonné, le mandataire ou le représentant ou d'en supprimer les effets, tombe sous le coup des dispositions pénales applicables à l'auteur ayant agi intentionnellement ou par négligence (al. 2). Lorsque le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté est une entreprise avec ou sans personnalité juridique, l'al. 2 s'applique aux organes et à leurs membres, aux associés gérants, dirigeants effectifs ou liquidateurs fautifs (al. 3).

Il convient de rappeler la teneur de l'art. 102, al. 1, CP. Selon cette disposition, un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.

Art. 23 Juridiction

Alors que la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la Confédération, l'administration de la justice est du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi⁴⁷. Les infractions en question s'inscrivent dans un contexte international et peuvent s'avérer de nature très complexe. Sur la base du droit en vigueur, il paraît donc justifié d'en soumettre la poursuite et le jugement à la juridiction fédérale. Le fait que l'autorité compétente est une autorité fédérale plaide en faveur de cette solution.

2.6 Entraide administrative

Art. 24 Entraide administrative en Suisse

Cette disposition règle l'entraide administrative avec les autorités fédérales et cantonales. En vertu de l'al. 1, celles-ci sont tenues de communiquer d'office ou sur demande à l'autorité compétente les informations et les données personnelles nécessaires à l'exécution de la loi.

L'al. 2 prévoit que l'autorité compétente communique d'office ou sur demande les informations et les données personnelles nécessaires à l'accomplissement des tâches légales des autorités suivantes : les autorités fédérales et cantonales chargées d'exécuter la loi (par exemple le registre du commerce ou l'office des poursuites et faillites), les autorités pénales lorsqu'il s'agit de poursuivre des crimes ou des délits, les autorités fédérales et cantonales compétentes dans le domaine de la sécurité intérieure et extérieure (par exemple fedpol et le SRC), les autorités fédérales compétentes dans le domaine des affaires étrangères et les autorités cantonales compétentes en matière d'autorisation et de contrôle des prestations de sécurité privées.

⁴⁷ A propos de la juridiction fédérale, voir les art. 23 et 24 du Code de procédure pénale (RS **312.0**) et, par exemple, l'art. 40 LFMG.

Art. 25 Entraide administrative entre autorités fédérales et autorités étrangères

L'art. 25, al. 1, prévoit que l'autorité compétente peut requérir l'entraide administrative des autorités étrangères. Il peut s'agir par exemple des autorités du lieu d'exécution de la prestation de sécurité privée ou du siège de l'entreprise étrangère qui sera amenée à fournir des prestations de sécurité privées à l'étranger. Afin d'obtenir l'entraide administrative, l'autorité compétente peut communiquer à l'autorité étrangère certaines informations (let. a et b).

L'art. 25, al. 2, règle l'entraide administrative accordée par la Suisse à une autorité étrangère. Le principe de réciprocité doit être garanti entre la Suisse et l'Etat étranger. L'échange de données dans le cadre d'une procédure d'entraide administrative internationale s'effectuera au cas par cas, en principe rapidement et sans formalité. L'autorité compétente ne pourra accorder l'entraide administrative à une autorité étrangère que si celle-ci traite les informations transmises pour des finalités conformes au projet de loi et que si les conditions de l'art. 6 LPD sont respectées. L'autorité étrangère ne pourra pas utiliser les données transmises par l'autorité suisse compétente à des fins fiscales ou pénales. Si les données transmises doivent être utilisées ultérieurement dans le cadre d'une procédure pénale, les dispositions sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale seront applicables.

2.7 Engagement d'entreprises de sécurité par des autorités fédérales à l'étranger

Art. 26 Tâches de protection

En règle générale, la protection des représentations suisses et des résidences du personnel à l'étranger est assumée par les autorités du pays hôte. Dans certains cas exceptionnels, la Confédération engage des entreprises de sécurité pour exécuter certaines tâches de protection mais elle peut aussi engager des troupes pour assurer la protection de personnes ou d'objets particulièrement dignes de protection à l'étranger lorsque la sauvegarde d'intérêts suisses l'exige (voir l'art. 69, al. 2, de la loi fédérale sur l'armée du 3 février 1995⁴⁸ et l'ordonnance du 3 mai 2006 concernant l'engagement de la troupe pour la protection de personnes et de biens à l'étranger⁴⁹).

L'art. 26, al. 1, pose le principe que les autorités peuvent engager une entreprise de sécurité pour exécuter, à l'étranger, les tâches de protection énumérées aux let. a à d. Cette disposition constitue la base légale pour déléguer une tâche de protection relevant de la compétence des autorités fédérales (par exemple la protection des bâtiments de la Confédération conformément aux art. 22 et ss LMSI). Toutefois, l'art. 26 ne vise pas seulement la délégation d'une tâche publique mais aussi le recours par une autorité fédérale aux services d'une entreprise de sécurité sur la base d'un mandat (par exemple pour un transport sécurisé de documents à éliminer), comme cela ressort de l'art. 2, al. 2.

La notion d' « autorité fédérale » correspond à celle prévue à l'art. 2, al. 1, let. a, LUSC⁵⁰. Elle ne vise pas des organismes de droit public qui sont extérieurs à l'administration fédérale (art. 2, al. 4, LOGA).

⁴⁸ RS 510.10

⁴⁹ RS 513.76

⁵⁰ RS 364

L'énumération des tâches de protection à l'al. 1 est exhaustive. Celles-ci correspondent aux prestations de sécurité privées définies à l'art. 4, let. a, ch. 1 à 4.

L'al. 2 prévoit que les autorités fédérales sont tenues de consulter l'autorité compétente selon l'art. 31, al. 2, ainsi que le DDPS.

Art. 27 Exigences concernant l'entreprise

Avant d'engager une entreprise, l'autorité fédérale s'assure que celle-ci remplit certaines exigences. Cette disposition vise aussi bien les entreprises qui ont leur siège en Suisse que les sociétés étrangères. Des considérations comme un recrutement plus aisé ou à moindre coût ne doivent pas avoir d'impact négatif sur les exigences définies à l'art. 27 et, par conséquent, sur l'entreprise engagée par une autorité fédérale.

Les conditions prévues à l'art. 27 sont de nature cumulative.

La let. a prévoit que l'entreprise doit fournir les garanties nécessaires concernant le recrutement, la formation et la surveillance du personnel de sécurité mis à disposition de l'autorité fédérale. Elle doit en particulier être en mesure de garantir que le personnel de sécurité a été ou est recruté avec tout le soin et la diligence nécessaires, en ce qui concerne notamment son âge, sa réputation ainsi que sa capacité physique et mentale d'exercer les tâches qui lui sont confiées. L'autorité fédérale doit notamment exiger de l'entreprise qu'elle vérifie que le personnel qu'elle entend recruter n'a pas d'antécédents judiciaires, de manière à éviter qu'elle n'embauche des personnes qui ont été impliquées dans des affaires de criminalité ou ont participé à des violations des droits de l'homme. L'entreprise de sécurité doit également fournir un certain nombre de garanties concernant la formation et la surveillance du personnel de sécurité mis à disposition de l'autorité fédérale.

La let. b prévoit que l'autorité fédérale doit s'assurer de la réputation de l'entreprise et de sa conduite irréprochable des affaires. Celle-ci doit notamment mettre en œuvre le code de conduite. Son expérience sur le terrain, des références ou son affiliation à une association professionnelle crédible (notamment par rapport à l'exigence et à la surveillance de standards) peuvent en outre constituer des indices concernant la réputation et le sérieux d'une entreprise. Si des références concernant la clientèle de l'entreprise sont disponibles, elles peuvent également constituer des indications utiles pour l'autorité fédérale qui envisage de recourir aux services d'une entreprise. Si cette dernière compte parmi ses clients des Etats européens, d'autres pays démocratiques ou des organisations internationales, il peut s'agir d'une indication supplémentaire concernant la fiabilité de l'entreprise.

Selon la let. c, l'autorité fédérale doit s'assurer que l'entreprise est solvable. A cette fin, l'autorité fédérale peut lui demander de fournir des indications permettant d'évaluer sa situation financière, telles qu'un extrait des poursuites ou des extraits bancaires relatifs à l'état de ses avoirs.

La let. d prévoit que l'entreprise doit disposer d'un mécanisme de contrôle interne adéquat qui garantit que son personnel respecte les normes de comportement qui sont de mise et est sanctionné par des mesures disciplinaires en cas de manquement. Dans les entreprises d'une certaine importance ce contrôle incombe souvent à une unité dite de « compliance ».

En vertu de la let. e, l'entreprise doit être autorisée à exercer une activité dans le domaine de la sécurité privée selon la législation applicable. Dans certains cas, la législation applicable se borne à exiger que l'entreprise ou son personnel affecté à des tâches de sécurité soit

enregistré. Lorsque l'autorité fédérale s'assure de la réalisation de cette condition, elle doit le faire de manière pragmatique, par exemple, en exigeant la production de copies des autorisations demandées ou d'autres documents attestant de leur existence et/ou une déclaration écrite par laquelle l'entreprise certifie qu'elle dispose de toutes les autorisations requises par la législation. S'agissant des tâches de protection à exécuter à l'étranger, il y a lieu de respecter également la législation applicable dans l'Etat où le contrat sera exécuté et, au besoin, de produire les autorisations d'exercer des activités en matière de sécurité qu'exige cette législation.

En vertu de la let. f, l'entreprise doit conclure une assurance responsabilité civile. Le montant de couverture doit correspondre au risque encouru. La question de savoir si cette condition est remplie, dépend des circonstances du cas d'espèce. Cette disposition laisse donc une certaine marge d'appréciation à l'autorité fédérale. Si la conclusion d'un contrat d'assurance responsabilité civile implique des frais disproportionnés, l'exigence prévue à la let. f ne s'applique pas.

Art. 28 Formation du personnel de sécurité

La formation du personnel de sécurité est une condition essentielle pour garantir une bonne exécution de la tâche de protection confiée par l'autorité. L'art. 28 prévoit par conséquent que le personnel de sécurité doit recevoir une formation compte tenu de la nature des tâches de protection qu'il doit accomplir, du droit international et du droit national applicable.

L'exécution d'une tâche de protection pour le compte de la Confédération à l'étranger peut se dérouler dans un contexte violent. Il convient dès lors que le personnel de sécurité reçoive une formation portant sur le comportement à adopter avec des personnes opposant de la résistance, l'évaluation des atteintes à la santé, les premiers secours et le respect de certains droits. Le personnel de sécurité doit également recevoir une formation en matière de lutte contre la corruption.

Cette formation doit garantir que le personnel de sécurité mis à disposition de l'autorité fédérale exécute la tâche de protection qui lui a été confiée dans le respect du principe de proportionnalité et de l'intégrité physique et psychique des personnes concernées, y compris lorsque celles-ci se comportent de manière inconvenante ou opposent physiquement de la résistance. Dans chaque cas d'espèce, il incombe donc à l'autorité fédérale de déterminer le contenu de la formation que le personnel de sécurité doit recevoir en fonction des circonstances du cas d'espèce, de la prestation à exécuter et de la situation prévalant au lieu d'exécution.

L'art. 28, al. 1 confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité fédérale pour s'assurer que le personnel de sécurité a reçu une formation adéquate. En règle générale, cette solution permettra à l'autorité d'engager à l'étranger des entreprises qui remplissent les exigences de l'art. 28. Toutefois, il n'est pas exclu que dans une situation extraordinaire aucune entreprise ne remplisse ces conditions, p. ex. en cas de monopole du marché de la sécurité par une entreprise locale. L'al. 2 prévoit dès lors une exception en vertu de laquelle l'autorité fédérale peut engager une entreprise qui ne remplit pas complètement les exigences de l'al. 1 lorsqu'aucune société remplissant ces exigences n'est disponible au lieu d'exécution du contrat et que la tâche de protection ne peut être exécutée autrement. Dans ce cas, la durée du contrat sera de six mois au plus (al. 3). Selon l'al. 4, l'autorité fédérale s'emploiera à obtenir de l'entreprise qu'elle remplisse les exigences de l'al. 1 dans les meilleurs délais.

Art. 29 Usage de la contrainte et de mesures policières

Cette disposition autorise le personnel de sécurité à faire usage de la contrainte et de mesures policières au sens de la LUSC si et dans la mesure où la tâche de protection qu'il doit exécuter l'exige et si la législation applicable au lieu d'exécution l'autorise. Par contrainte policière, on entend l'usage de la force physique, de moyens auxiliaires (tels que menottes, autres liens et chiens de service) et d'armes. Quant aux mesures policières, elles visent la rétention de personnes pour une courte durée, la fouille de personnes, de locaux et de véhicules ainsi que le séquestre de biens.

Art. 30 Usage d'armes

Selon l'al.1, l'autorité fédérale prévoit dans le contrat si le personnel de sécurité peut porter une arme (telle que matraques, bâtons de défense, substances irritantes ou armes à feu).

En vertu de l'al. 2, l'usage d'une arme n'est autorisé que s'il est nécessaire pour exécuter une tâche de protection ou pour réagir dans une situation de légitime défense ou d'état de nécessité. Il est à noter que dans un cas de légitime défense ou d'état de nécessité le personnel de sécurité peut, dans les limites du droit pénal, recourir à une arme, même si l'autorité fédérale n'avait pas autorisé son port dans le contrat.

L'autorité compétente doit s'assurer que le personnel de sécurité dispose des autorisations nécessaires selon la législation applicable (al. 3). La législation en matière d'armes applicable au lieu d'exécution de la tâche de protection est réservée (al. 4).

2.8 Dispositions finales

Art. 31 Dispositions d'exécution

En vertu de l'al. 1, le Conseil fédéral édictera les dispositions d'exécution. Il devra notamment définir le contenu de la déclaration, régler les modalités de procédure et fixer les prescriptions applicables en matière de protection des données.

L'art. 31, al. 2, prévoit que le Conseil fédéral désignera l'autorité compétente. Il s'agira d'une autorité fédérale, puisque la problématique touche notamment à la politique extérieure et à la politique de sécurité de la Confédération. Différentes solutions sont envisageables. Le Conseil fédéral pourrait par exemple désigner une autorité subordonnée au DDPS, au DFAE, au DFE ou au DFJP.

Des ressources supplémentaires devront être accordées à l'autorité qui sera désignée par le Conseil fédéral pour l'exécution de ces nouvelles tâches.

Art. 32 Disposition transitoire

L'al. 1 prévoit que toute activité en cours d'exécution au moment de l'entrée en vigueur de la loi devra être déclarée à l'autorité compétente dans un délai de trois mois à compter de cette date. L'autorité compétente procédera à la communication prévue à l'art. 10 et ouvrira, le cas échéant, une procédure d'examen.

Si l'autorité compétente arrive à la conclusion qu'une procédure d'examen doit être ouverte, elle communique également à la personne ou à l'entreprise concernée si celle-ci doit provisoirement s'abstenir d'exercer l'activité déclarée (al. 2).

Lorsque l'autorité est amenée à interdire une activité en cours d'exécution, elle peut accorder à la personne ou à l'entreprise concernée un délai approprié pour respecter les prescriptions de la loi (al. 3).

Les interdictions légales prévues aux art. 6 et 7 s'appliquent dès l'entrée en vigueur de la loi, et donc également aux activités en cours d'exécution qui tomberaient sous le coup de ces interdictions. Il incombera aux personnes et aux entreprises concernées de déterminer si leurs activités sont licites et de prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires pour se conformer à la loi. A défaut, les dispositions pénales seront applicables.

3. Conséquences

3.1 Conséquences financières pour la Confédération

La mise en œuvre du projet de loi ne nécessitera pas la création d'une nouvelle autorité. Les compétences découlant de cette loi pourront être attribuées à une autorité existante. Le projet de loi aura toutefois des conséquences sur le personnel de la Confédération. Des ressources supplémentaires devront en effet être accordées mais l'étendue de celles-ci dépendra notamment de la question de savoir quelle autorité sera désignée par le Conseil fédéral. Le nombre de postes à créer devrait toutefois être limité.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Les autorités cantonales seront amenées à exécuter certaines dispositions de la loi (par exemple en cas de radiation au Registre du commerce ou en cas de mise en faillite d'une entreprise). En l'état du projet, aucune conséquence n'est à signaler sur les communes.

3.3 Conséquences économiques

Les conséquences économiques seront limitées puisque le nombre de personnes ou d'entreprises qui seront concernées par la loi est assez limité. Il n'est en outre pas exclu que le marché des prestations de sécurité privées fournies depuis la Suisse à l'étranger diminue avec l'introduction de la loi.

3.4 Autres conséquences

La mise en œuvre du projet de loi nécessitera l'exploitation d'un système de traitement automatisé de données au sens de l'art. 57h LOGA.

4. Programme de la législature

Le projet de loi ne figure pas dans le programme de législature 2007-2011.

5. Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

5.1.1 Constitutionnalité

Base constitutionnelle

La Constitution fédérale contient des dispositions qui habilitent la Confédération à légiférer sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger.

L'art. 95, al. 1, Cst. prévoit que la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées en édictant des mesures de police économique. Ces mesures doivent toutefois respecter la liberté économique garantie à l'art. 27 Cst. et les principes de l'ordre économique fixés à l'art. 94, al. 1, Cst. La compétence législative de la Confédération est une compétence concurrente à celle des cantons qui peuvent, en vertu de l'art. 3 Cst., édicter des lois du même genre. A ce jour, les cantons n'ont pas fait usage de leur compétence pour légiférer sur cette problématique.

L'art. 54, al. 1, Cst. consacre une compétence globale de la Confédération en matière d'affaires étrangères. En exécution de cette disposition, celle-ci peut notamment édicter des actes normatifs sur le plan intérieur s'ils sont en relation avec des « affaires étrangères ». Selon la doctrine, la notion « d'affaires étrangères » désigne la politique extérieure d'un Etat, c'est-à-dire sa politique à l'égard de la communauté internationale et des autres Etats, voire de leur population⁵¹. Dans le cadre du projet de loi, le lien entre la problématique des prestations de sécurité privées fournies depuis la Suisse à l'étranger et la politique extérieure de notre pays est donc fondamental.

Les dispositions sur l'engagement d'une entreprise de sécurité par une autorité fédérale se fondent sur l'art. 173, al. 2 Cst. qui prévoit que l'Assemblée fédérale traite tous les objets qui relèvent de la compétence de la Confédération et qui ne ressortissent pas à une autre autorité fédérale. Dans leurs domaines, les autorités fédérales sont compétentes pour s'organiser et pour choisir les formes qui leur permettent d'exécuter au mieux leurs tâches légales.

Le projet de loi se fonde également sur la compétence de la Confédération relative au maintien de la sécurité intérieure et extérieure de la Confédération.

Compatibilité avec les droits fondamentaux

L'art. 27 Cst. garantit la liberté économique qui comprend notamment le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Le libre accès à une activité économique lucrative protège les particuliers contre les mesures étatiques qui restreignent l'accès à une activité privée déterminée, comme l'exigence d'une autorisation. La liberté économique n'est pas absolue. Elle peut être restreinte aux conditions de l'art. 36 Cst.

Le régime instauré par le projet de loi limitera la liberté économique des personnes et des entreprises assujetties à la loi. Les exigences de l'art. 36 Cst. sont respectées.

⁵¹ Jean-François Aubert et Pascal Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 54, p. 459, Zurich 2003

a) Base légale

Le projet de loi constitue la base légale permettant de restreindre la liberté économique des acteurs concernés.

b) Intérêt public

Le système de contrôle instauré par le projet de loi est justifié par un intérêt public, à savoir préserver la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse, contribuer à la mise en œuvre des buts de la politique extérieure de la Suisse, préserver la neutralité suisse et garantir le respect du droit international.

c) Proportionnalité

Le projet de loi respecte l'exigence de l'art. 36, al. 3, Cst. qui prévoit que toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

Le régime d'interdiction partielle assorti d'un système de déclaration préalable constitue une mesure appropriée car il permet à la Confédération d'exercer un contrôle sur les prestations et les activités visées. De plus, un tel régime constitue une réglementation moins interventionniste de la part de l'Etat qu'un système d'enregistrement et/ou d'autorisation. Il n'instaure pas un régime d'interdiction absolue mais interdit uniquement certaines prestations et activités. Enfin, il ne prive pas les acteurs concernés d'exercer leurs activités qui ne sont pas problématiques.

d) Egalité de traitement entre concurrents directs

Selon la jurisprudence, toute restriction à la liberté économique doit également respecter l'égalité entre concurrents économiques. Un traitement différent entre deux concurrents directs ne saurait être justifié que par des motifs sérieux et particulièrement importants. Sont concurrents directs les acteurs économiques qui appartiennent à la même branche et qui s'adressent au même public, avec les mêmes offres, pour satisfaire les mêmes besoins.

Le projet de loi ne s'appliquera pas aux entreprises de sécurité qui fournissent des prestations de sécurité privées uniquement sur le territoire suisse. Celles-ci restent soumises au droit cantonal et intercantonal. Il n'entraîne toutefois pas une inégalité de traitement par rapport aux entreprises de sécurité opérant depuis la Suisse à l'étranger qui seront elles soumises au projet de loi. En effet, il ne s'agit pas de concurrents directs puisqu'elles n'offrent pas les mêmes prestations, qu'elles n'ont pas la même clientèle et qu'elles ne répondent pas aux mêmes besoins de sécurité. Il n'en demeure pas moins qu'une entreprise de sécurité active en Suisse qui envisagerait d'étendre ses activités à l'étranger devrait également respecter les exigences du projet de loi.

5.1.2 Conformité aux lois

Le projet de loi ne rend pas nécessaire des modifications du droit fédéral.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

5.2.1 Instruments de l'Union européenne

Le projet de loi est conforme aux accords sur la libre circulation des personnes conclus avec l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'avec les Etats de l'AELE, notamment au regard de la libre prestation de services reconnue dans ces accords.

5.2.2 Autres instruments internationaux

Le projet de loi est compatible avec l'art. 47 du protocole I et avec l'art. 4 de la Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre sur terre.

Pour le surplus, la Suisse n'a conclu aucun traité international applicable à la fourniture de prestations de sécurité privées à l'étranger.

5.3 Forme de l'acte à adopter

L'art. 164, al. 1, Cst. prévoit que toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit et notamment celles qui ont trait à des droits constitutionnels, doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Le projet de loi prévoit des restrictions à la liberté économique des acteurs concernés. Il y a donc lieu d'adopter une loi formelle. Il convient de prévoir un acte indépendant. En effet, le projet de loi prévoit un système de contrôle qui s'écarte considérablement des autres systèmes en vigueur notamment dans le domaine de l'exportation du matériel de guerre avec son système de doubles autorisations.

5.4 Frein aux dépenses

Le projet de loi n'implique pas de dépenses qui seraient assujetties au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

5.5 Conformité à la loi sur les subventions

Le projet de loi ne prévoit pas d'aides financières ni de subventions.

5.6 Délégation de compétences législatives

Le projet de loi prévoit une délégation de compétence législative en faveur du département auquel est subordonnée l'autorité compétente. Celui-ci pourra décider qu'une modification du code de conduite est applicable aux faits régis par la loi s'il s'agit d'une modification qui ne contrevient pas aux buts de la loi (art. 8, al. 2).