

CH_VB 2005-2848 631 vom 17. Januar 2006

Bundesverwaltung, 2006-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2005-2848_631_

FR: CH_VB 2005-2848 631 du 17 janvier 2006

IT: CH_VB 2005-2848 631 del 17 gennaio 2006

Erwägungen

E. 2

Introduction 638

E. 2.1

Notions d'«entreprise de sécurité privée» et d'«entreprise militaire privée» Les interventions parlementaires précitées se réfèrent à la notion d'«entreprises de sécurité privées» et d'«entreprises militaires privées». Ces notions peuvent être définies de la manière suivante¹. Par entreprise de sécurité privée, on entend une entreprise qui fournit, dans un but lucratif, des prestations matérielles ou de service concernant la protection ou la surveillance de personnes ou de biens, notamment dans les domaines suivants: – la surveillance et la garde de biens mobiliers ou immobiliers (p.ex. surveillance d'aéroports ou d'ambassades); – la protection de personnes (p.ex. de personnalités officielles); – le transport de fonds ou de personnes (p.ex. prisonniers), l'escorte de convois d'aide humanitaire; – l'entraînement de corps de police pour la protection de personnes et de biens; – le conseil en matière de sécurité, d'organisation et de logistique; – la logistique, telle que la construction de camps de réfugiés, de centres de détention ou d'hôpitaux;

¹ Centre pour le Contrôle Démocratique des Forces Armées – Genève (DCAF), *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, Genève (mars 2005), pp. 19 à 36.

639 – la gestion d'établissements de détention (prisons); – l'investigation, telle que l'activité de détective privé². Par entreprise militaire privée, on entend une entreprise qui fournit, dans un but lucratif, des prestations de nature militaire telles que conseil, logistique et combat militaire. On distingue trois sortes d'entreprises: – Les entreprises militaires de services («military support firms») qui accomplissent des tâches de logistique telles que l'approvisionnement et l'hébergement des troupes, le transport, les liaisons de ravitaillement et autres prestations semblables. – Les entreprises militaires de conseil («military consulting firms») qui fournissent des prestations en matière de conseil et d'entraînement de corps de police et d'institutions militaires et paramilitaires; ces entreprises sont également spécialisées en matière d'analyse des forces armées sur le plan organisationnel, stratégique et opérationnel. – Les entreprises militaires de combat («military fighting firms») qui fournissent un soutien actif sur le plan militaire; elles opèrent directement dans la zone de combat en mettant par exemple à disposition des unités, des spécialistes ou des pilotes de combat³.

E. 2.2

Le monopole de la puissance publique comme élément nécessaire de l'Etat Le fait de confier des tâches de sécurité à des entreprises privées entre en conflit avec la conception que de telles tâches forment le noyau dur des tâches étatiques et avec la notion de monopole

de la puissance publique. Le monopole étatique de la puissance publique constitue à n'en pas douter le cœur du dispositif sécuritaire de l'Etat. Depuis l'apparition de l'Etat territorial moderne aux 16e et 17e siècles, le monopole de la puissance publique est l'un des piliers de la légitimation de l'Etat et, partant, une composante indispensable de l'ordre étatique. En tant que composante centrale du pouvoir étatique, il est l'un des trois éléments constitutifs classiques de l'Etat développés par la doctrine du droit constitutionnel (territoire, peuple et pouvoir)⁴. En vertu du monopole de la puissance publique, l'exercice de la contrainte physique est exclusivement du ressort de l'Etat. Le recours à la force par des privés est restreint à quelques rares droits d'exception, étroitement limités soit temporellement (légitime défense, état de nécessité, droit d'interpellation) soit spatialement (droit du domicile). Ces principes s'appliquent à la sécurité intérieure, mais sont aussi valables dans le contexte de la sécurité extérieure. Avant la naissance des Etats nationaux de l'époque moderne, le maintien de la tranquillité et de l'ordre dans l'espace public, mais aussi le soin apporté à la sécurité personnelle et la sanction des infractions au droit et aux mœurs du pays se répartissent

2 DCAF, pp. 26 à 33. 3 DCAF, pp. 17 à 26. 4 Voir à ce sujet Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004, §1, ch. 3.

640 saient entre des instances très différentes. Le recours à la justice privée jouait un rôle important à cet égard⁵. Ce n'est qu'aux 16e et 17e siècles que cette justice personnelle a été réprimée et remplacée par le monopole étatique de la puissance publique. Outre des raisons économiques et celles relevant de la politique de puissance (développement de formes absolutistes de pouvoir et concentration des forces suite à l'expansion coloniale), l'expérience horrible de conflits de religions acharnés, qui ont gravement ébranlé les structures de l'ordre social traditionnel sous forme de guerres civiles, a joué un rôle particulièrement important⁶. Ce large évincement de la justice personnelle par l'Etat a toutefois son prix: le monopole étatique de la puissance publique oblige en contrepartie l'Etat à garantir efficacement la sécurité privée et à sanctionner les violations du droit dans l'espace public aussi bien que dans l'espace privé. Du fait que l'Etat ne saurait atteindre ses buts, par exemple dans le domaine social, que si la sécurité intérieure et la sécurité extérieure sont garanties, il a l'obligation de recourir aux moyens de contrainte à sa disposition pour imposer un ordre stable et la sécurité du droit. A cette fin, il doit également disposer des moyens financiers nécessaires. Du fait du partage des tâches entre la Confédération et les cantons, la protection de la sécurité intérieure relève principalement des cantons, tandis que la Confédération est compétente dans le domaine de la sécurité extérieure.

E. 2.3

La délégation de tâches de sécurité à des particuliers: une question d'actualité On ne se saurait affirmer que l'Etat doit prendre en charge toutes les tâches d'intérêt public. En effet, si certaines circonstances sociales se modifient, il peut paraître opportun de privatiser certaines tâches, c'est-à-dire de libérer l'Etat de toute responsabilité à cet égard⁷. En revanche, les tâches indispensables de l'Etat sont celles qui doivent obligatoirement être assumées par ce dernier, selon un large consensus de la société qui se reflète également dans la Constitution. La protection de la sécurité publique fait partie du noyau dur des tâches de l'Etat. Une privatisation de ces tâches remettrait en question l'existence même de l'Etat ou du moins sa légitimité. Elle ne pourrait donc être envisagée que de manière complémentaire (voir sur ce point le ch. 4.3 ci-dessous).

5 Dans certaines sociétés contemporaines, où des structures rurales archaïques coexistent avec une autorité publique relativement peu développée, il arrive que des mécanismes d'ordre et de sanctions privés revêtent encore une certaine importance. C'est le cas par exemple en Albanie du Nord, où s'est répandu le «kanun», ce régime de droit coutumier vieux de plusieurs centaines d'années qui recourt à la vengeance comme principal instrument pour faire valoir le droit, notamment l'honneur (masculin). Voir à ce propos le commentaire de Robert Elsie, *Der Kanun der albanischen Berge: Hintergrund der nord-albanischen Lebensweise*, Peja 2001.

E. 2.4

Problèmes concrets que peut poser le recours par l'Etat ou des particuliers à des entreprises de sécurité ou à des entreprises militaires privées Indépendamment de la question de savoir quelles tâches l'Etat doit assumer lui-même, l'engagement d'agents privés pour des tâches de sécurité pose un certain nombre de problèmes concrets tant au niveau interne qu'au niveau international. Même si de nombreuses entreprises de sécurité privées offrent des garanties de sérieux et de professionnalisme, ce secteur d'activité en pleine expansion peut aussi attirer des sociétés ou des individus douteux. Or, de par leur nature, les tâches de sécurité impliquent un risque d'utilisation abusive de la force ou de la contrainte, surtout lorsqu'elles sont assumées par du personnel peu ou pas formé, insuffisamment encadré et recruté à la légère. Il s'agit donc pour les Etats nationaux et pour la communauté internationale, de savoir dans quelle mesure il convient de poser des garde-fous dans le but de protéger l'intérêt public. Il faut se demander qui assume la responsabilité d'un éventuel dommage et quelle responsabilité pénale entraîne l'utilisation abusive de la force ou de la contrainte, en particulier lorsque des exactions sont commises hors du territoire national dans des zones où leurs auteurs disposent d'une immunité de fait en raison d'une situation de trouble. Le recours à des entreprises de sécurité privées ou à des entreprises militaires privées pose aussi un problème de légitimité et de transparence vis-à-vis du public. Les citoyens n'ont pas toujours les moyens de faire la différence entre les forces de l'ordre mises à disposition par l'Etat et un agent de sécurité privé qui porte un uniforme, des signes distinctifs ou des accessoires pouvant prêter à confusion (par exemple badge ou insigne). Les citoyens auront automatiquement tendance à obéir à toute personne qui revêt l'apparence des forces de l'ordre, ce qui peut engendrer une certaine confusion. D'autre part, les citoyens ne savent pas toujours quelles sont les limites des compétences des agents de sécurité privés. Ils ne sont donc pas en mesure de juger si l'agent de sécurité auquel ils sont confrontés outrepassé ses compétences, ni même de savoir pour le compte de qui il agit. Enfin, la possibilité pour des particuliers d'assurer eux-mêmes leur propre sécurité par le biais de services de protection privés pose le problème délicat de l'accès à la sécurité pour tous. Les habitants de quartiers aisés peuvent s'offrir les services d'entreprises de sécurité privées, ce que ne peuvent pas faire les habitants de quartiers plus populaires. La sécurité devient donc un bien dont l'accès n'est pas garanti pour tous.

643

E. 2.5

Problèmes particuliers posés par l'intervention d'entreprises de sécurité et d'entreprises militaires privées dans des zones de crise L'intervention d'entreprises de sécurité et d'entreprises militaires privées pose des problèmes encore plus aigus, lorsqu'elle se fait dans un contexte de structures étatiques défailtantes, sur fond de conflit militaire ou de

guerre civile. La motivation principale de la personne privée ou de l'entreprise de sécurité mandataire est alors de nature pécuniaire et ne coïncide donc pas nécessairement avec l'intérêt public de l'Etat mandant. Ce point est délicat, car les entreprises militaires et de sécurité privées qui sont engagées dans des zones de conflit exercent un pouvoir particulier sur les civils ou les prisonniers en raison de leur armement et de leur mandat. En situation de conflit, les entreprises engagées sont de plus fortement éloignées de la surveillance de l'Etat mandant, qui n'est souvent pas, de surcroît, l'Etat cible où se déroulent les opérations. La plupart des Etats ne réglementent pas l'engagement d'entreprises de sécurité privées dans les régions étrangères en proie à des conflits. A défaut d'une réglementation nationale, on constate que dans certains Etat il est plus simple aujourd'hui d'être mandaté par une entreprise de sécurité privée pour exécuter des tâches dans un territoire étranger en crise en utilisant une arme automatique, que de se faire engager comme portier dans un bar local. Dans quelques rares pays, on a créé ces dernières années des réglementations (par exemple en Afrique du Sud, aux Etats-Unis, en Australie, en Sierra Leone et en Irak). Mais les observateurs estiment que la plupart de ces normes sont (encore) insuffisantes ou peu efficaces. Le droit international public général, comme nous le montrons au ch. 5, ne comporte pas non plus de normes juridiques spécifiquement adaptées aux entreprises de sécurité privées ni de standards particuliers («soft law»). C'est pour cette raison que se pose souvent la question de savoir si des normes spécifiques de droit international public ou du moins des directives ou standards reconnus par la communauté internationale ne devraient pas être créés pour des entreprises de sécurité privées opérant dans des situations de conflit. On ne saurait toutefois prétendre qu'il n'existe aucune norme de droit international public applicable. Outre les règles de l'interdiction de l'emploi de la force entre les Etats et l'obligation de non-ingérence dans les affaires intérieures d'un autre Etat, le droit international humanitaire et les droits de l'homme ont une importance pratique. Le problème principal réside dans leur application. Il existe des indices selon lesquels les entreprises militaires et de sécurité privées actives dans des zones de conflit respectent parfois moins le droit international humanitaire et les droits de l'homme que des forces armées et policières régulières. Ce phénomène peut être expliqué de la manière suivante: – l'absence de formation ou la formation insuffisante des employés d'entreprises de sécurité privées en droit international humanitaire et en matière de droits de l'homme; – l'absence d'une chaîne de commandement stricte et d'un ordre disciplinaire rigoureux; – le contrôle insuffisant du passé des entreprises et de leurs employés, surtout par rapport au respect du droit international public;

644 – le fait qu'il est très difficile pour les Etats mandants d'assurer une surveillance (monitorage) et l'absence dans les contrats de mécanismes de surveillance et d'autres mesures tels que l'obligation de rendre compte; – la définition trop vague du mandat; – l'application déficiente du droit dans le pays hôte, soit parce que ses structures étatiques sont insuffisantes, voire totalement inopérantes (Etat failli, «failed state»), soit parce que des entreprises de sécurité privées s'y sont vu accorder l'immunité pénale; – l'insuffisance de jure ou de facto des sanctions ou une mise en œuvre déficiente de la responsabilité pénale dans les Etats mandants, dans les Etats où les entreprises de sécurité privées ont leur siège et dans les Etats où le personnel de ses entreprises a son domicile, y compris l'application lacunaire du principe de l'universalité du droit⁸; – la difficulté à identifier l'entreprise ou ses employés sur le terrain; – les intérêts propres des entreprises de sécurité privées, prioritairement axés sur le gain, qui ne correspondent pas nécessairement aux valeurs fondamentales des Etats.

E. 2.6

Importance du développement de la situation au niveau international pour la Suisse La Suisse ne s'ingère pas dans les conflits étrangers en raison de sa neutralité et de sa politique extérieure caractérisée traditionnellement par un engagement en faveur du droit international public et du renforcement des droits de l'homme. Cependant, pour trois raisons, notre pays ne peut pas se soustraire aux développements concernant les entreprises de sécurité privées actives au plan international: – Des groupes multinationaux établis en Suisse, mais aussi nombre d'entreprises plus petites axées sur l'exportation, sont actifs dans les régions de crise et de conflit. S'y ajoutent les représentations officielles de notre pays, les projets d'aide organisés par l'Etat et les implantations de diverses organisations non gouvernementales suisses dans des Etats instables. Dans de tels cas se pose la question de savoir comment protéger le plus efficacement possible le personnel, les établissements et les biens, une tâche qu'en l'absence de structures étatiques opérationnelles ou d'une présence militaire internationale fiable des entreprises de sécurité privées sont parfois seules à vouloir ou à pouvoir accepter. – La menace d'organisations terroristes qui opèrent globalement, fortement accrue depuis le 11 septembre 2001, ne s'arrête pas aux frontières de notre pays. Notre neutralité et une politique étrangère prudente n'offrent pas de protection complète contre les attaques terroristes sur le territoire national suisse, notamment si elles sont dirigées contre des représentations étrangères, des groupes d'entreprises, des associations internationales, des confé-

E. 3

Ampleur et nature des activités des entreprises de sécurité et des entreprises militaires privées en Suisse et à l'étranger 645

E. 3.1

Recours à des entreprises de sécurité privées sur le territoire suisse à des fins de sécurité intérieure Selon le rapport USIS du 26 février 2001, on dénombrait en 1998 quelque 250 à 300 entreprises de sécurité privées en Suisse, la plus grande d'entre elles comptant à l'époque environ 1500 employés fixes et 3500 employés à titre accessoire. En 1998, on estimait que l'effectif total des employés engagés dans l'ensemble des entreprises de sécurité et des bureaux d'investigation privés se situait entre 8000 et 10 300 personnes⁹. De nouvelles estimations établies par les médias en 2005 évaluent leur nombre, pour les six cantons romands seulement, à 5800 dans le domaine de la sécurité, soit 1000 personnes de plus que dans les corps de police du périmètre concerné. Rien que dans le canton de Genève, on recenserait 80 entreprises de sécurité représentant quelque 2650 employés¹⁰. Le canton de Vaud fait état de 42 entreprises de ce type¹¹. Quant au canton du Tessin, on y dénombre 119 entre-

E. 3.2

Importance croissante des entreprises militaires et de sécurité privées sur la scène internationale Les interventions coercitives d'organisations non étatiques ou de personnes privées visant à imposer un ordre déterminé ou une structure de pouvoir à l'étranger ne sont en rien des phénomènes d'un nouveau genre, comme le montrent régulièrement certains événements récents (Irak). Ainsi, dès le 13^e siècle, les Etats-villes italiens émergents ont étayé leur pouvoir presque exclusivement sur des armées professionnelles privées conduites par les «condottieri», qu'ils engageaient sur une base contractuelle. Un autre exemple connu sont les sociétés commerciales privées, extrêmement influentes, qui ont ouvert la voie aux

puissances coloniales britannique et hollandaise dans le sous-continent indien et en Asie du Sud-Est durant la première moitié du 17^e siècle, et qui disposaient d'un puissant appareil militaire. En 1782 encore, alors que la puissance coloniale britannique était établie en Inde depuis longtemps, la Compagnie des Indes orientales britannique y disposait d'une armée privée comptant plus de 100 000 hommes, ce qui la rendait sensiblement plus puissante que l'armée coloniale britannique²⁰. Cependant, de telles «organisations militaires privées» qui n'étaient pas soumises aux structures d'autorités instituées, restèrent plutôt exceptionnelles. Jusqu'au 20^e siècle, le mercenariat fut beaucoup plus répandu: on regroupe communément sous cette dénomination les personnes qui s'engageaient contractuellement, contre une rémunération, à se mettre au service d'une puissance étrangère en tant que combattant et à combattre pour elle en cas de guerre²¹. Les développements internationaux récents témoignent de l'importance en forte hausse des prestations privées dans les domaines militaire et sécuritaire. De nos jours, il s'agit d'un potentiel de marché important qui représente l'engagement de plusieurs milliers de personnes à l'échelle mondiale. Le cas de l'Irak fournit un exemple particulièrement éclatant de cette évolution. Selon des estimations, on y dénombrait au printemps 2003 quelque 15 à 20 000 personnes engagées contractuellement par des entreprises de sécurité privées, un effectif qui a encore augmenté depuis lors²². Le marché global compte aujourd'hui une centaine d'entreprises actives internationalement dans quelque cent pays²³. Le volume commercial mondial, estimé à environ 100 milliards de dollars US, devrait doubler d'ici à 2010 selon les pronostics²⁴. Dans certains pays, les dépenses publiques et privées pour les

E. 3.3

Entreprises de sécurité privées et entreprises militaires privées opérant à l'étranger depuis la Suisse Dans le cadre de ses travaux, le groupe de travail interdépartemental s'est intéressé à l'existence d'entreprises de sécurité ou d'entreprises militaires privées qui déploieraient des activités depuis la Suisse vers l'étranger, en particulier dans des zones de troubles. Comme il n'existe pas en Suisse une obligation générale de s'annoncer auprès des autorités pour exercer de telles activités, il s'est avéré difficile d'obtenir une vue d'ensemble complète de l'importance du phénomène. Ces entreprises ne font pas l'objet d'une surveillance particulière. Les informations obtenues essentiellement auprès des cantons montrent que les entreprises de sécurité privées intervenant dans des zones de troubles à l'étranger depuis la Suisse sont encore un phénomène marginal. Certains indices laissent penser que ce phénomène pourrait toutefois prendre de l'ampleur. En particulier, il n'est pas exclu que des entreprises installent leur siège sur le territoire suisse pour bénéficier de la bonne image de notre pays, en particulier en relation avec notre politique de neutralité. Si la plupart des cantons affirment ne pas connaître d'entreprises de sécurité ou d'entreprises militaires privées qui opèreraient dans des zones à risque depuis leur territoire, plusieurs cantons nous ont annoncé l'existence de telles entreprises ou n'ont en tout cas pas exclu qu'elles puissent exister sur leur territoire. En particulier, le canton de Bâle-Campagne compte trois entreprises qui opèrent dans des zones de guerre ou de troubles et qui sont au bénéfice d'une autorisation. Deux de ces entreprises ont leur siège en Suisse; la troisième a son siège à l'étranger et une succursale en Suisse. Les activités exercées sont les suivantes: surveillance de biens et protection de personnes, observation, mesures techniques en matière de vidéo-surveillance, système d'alarme et intervention. Selon l'enquête des autorités de Bâle-Campagne, douze autres entreprises ont déclaré que dans le futur elles pourraient opérer dans des zones à risque. En juin 2005, une entreprise de sécurité privée établie dans le canton du Tessin a offert spontanément ses services au DFAE. A l'appui de

son offre, elle faisait valoir qu'elle était spécialisée dans la fourniture de prestations de service dans le domaine de la sécurité en faveur d'organisations gouvernementales, de représentations diplomatiques et de multinationales actives dans des zones à risque. Selon ses indications, ses employés sont des ressortissants de l'Union européenne et ont une expérience professionnelle en matière d'opérations militaires, de lutte contre le terrorisme, d'utilisation d'explosifs et en tant que tireurs d'élite. Ils ont également participé à des opérations de l'ONU et de l'OTAN en Irak, Afghanistan, Somalie, Sierra Leone, Guatemala, Bosnie et Kosovo. Selon les informations obtenues des

651 autorités tessinoises²⁸, cette entreprise n'est au bénéfice d'aucune autorisation, au motif que les activités qu'elle exerce sur le territoire tessinois sont de nature strictement administrative (comptabilité et conclusion de contrats). En effet, selon la législation tessinoise en vigueur, ce genre d'activités ne nécessite pas d'autorisation. Il semblerait que cette entreprise se soit installée dans le canton du Tessin pour une question d'image principalement liée à la neutralité de la Suisse. Une affaire qui a eu lieu il y a dix ans exactement montre que des personnes ou des entreprises privées agissant depuis la Suisse peuvent également être impliquées dans des activités problématiques à l'étranger.

Le 28 septembre 1995, un groupe de 34 hommes armés, sous la conduite du célèbre mercenaire français Robert «Bob» Denard, a tenté un coup d'Etat dans l'archipel des Comores sur la côte est-africaine. Un conflit armé a éclaté, auquel ont participé les putschistes étrangers, les sympathisants du pays et les forces de sécurité. Les 4 et 5 octobre, l'armée française est intervenue; elle a interpellé les 34 mercenaires et les a conduits en France pour les remettre à la justice française. Parmi les personnes arrêtées se trouvaient également un ressortissant suisse et un citoyen de l'UE établi en Suisse.

Suite à ces faits, les autorités françaises ont ouvert une instruction contre 28 personnes et ont requis l'entraide judiciaire de la Suisse. L'enquête n'est terminée que depuis peu et l'affaire a été transmise au Ministère public français. En Suisse, les autorités judiciaires militaires ont ouvert une enquête à l'encontre du ressortissant suisse impliqué. En 1996, le Ministère public de la Confédération a rejeté une demande de l'ancienne Police fédérale d'ouvrir une enquête à l'encontre du citoyen de l'UE établi en Suisse pour violation de l'art. 299, al. 2, CP (violation de la souveraineté territoriale étrangère) et de la législation sur le matériel de guerre, en raison de la procédure française en cours. La demande de la Police fédérale était motivée par le fait que des annonces recrutant des personnes pour une mission de sécurité avaient été publiées en 1995 dans des revues spécialisées en matière de mercenariat. Les personnes intéressées devaient s'annoncer à une adresse postale en Suisse, qui était utilisée aussi bien par l'entreprise de sécurité privée du citoyen de l'UE établi en Suisse que par le chef des mercenaires Robert Denard. Le citoyen de l'UE établi dans notre pays était également soupçonné d'avoir participé non seulement au coup d'Etat mais aussi d'avoir pris part à la planification et au recrutement des mercenaires.

E. 3.4

Recours à des entreprises de sécurité privées par les autorités fédérales²⁹

E. 3.4.1

En général Dans le cadre de ses travaux, le groupe de travail interdépartemental a procédé à une enquête auprès de l'ensemble de l'administration fédérale, des Services du Parlement, de la Poste et des CFF pour évaluer dans quelle mesure les autorités fédérales recourent aux services d'entreprises privées pour l'exécution de tâches de sécurité, voire de tâches

militaires, en Suisse ou à l'étranger. Sur les 56 unités administratives et autres organismes qui ont répondu à l'enquête, 21 recourent aux services d'entreprises de sécurité privées dans le cadre de mandats ponctuels ou pour une durée plus longue. Les services fournis par les entreprises de sécurité portent principalement

E. 3.4.2

Protection des représentations suisses à l'étranger Aux fins de protection des représentations suisses à l'étranger (ambassades, consulats généraux, consulats, bureaux de coordination), des résidences et des logements des collaborateurs, la Confédération emploie constamment, par l'entremise du DFAE, des entreprises de sécurité privées établies sur place. Leurs tâches, comparables à celles des entreprises de surveillance privées établies en Suisse, concernent le contrôle des entrées et des accès, ainsi que la surveillance des bâtiments. Il est de cette façon possible de remplir le mandat, donné par la Confédération, d'entretenir un réseau de représentations suisses à l'étranger. Dans ce contexte, aucune tâche ressortissant à la souveraineté de l'Etat n'est transférée à des tiers. En ce qui concerne la protection des bureaux de coordination pour le développement et la coopération, la loi fédérale sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales ainsi que l'arrêté fédéral concernant la coopération avec les Etats d'Europe de l'Est constituent les bases légales indirectes, puisqu'il s'agit de garantir l'accomplissement du mandat légal (organisation des conditions cadre requises).

Actuellement, quelque 80 représentations bénéficient de ces mesures de surveillance. Si elles n'étaient pas sous surveillance, la protection du personnel ne serait pas garantie et les représentations devraient être fermées, ce qui ne serait pas justifiable du point de vue de la politique extérieure et de la politique économique extérieure. En règle générale, la protection est assumée par les autorités du pays hôte, dans des cas exceptionnels par des entreprises de surveillance locales ou par le personnel de sécurité engagé localement. Les mesures se rapportent pour ainsi dire exclusivement à la protection des bâtiments. Lors du choix des entreprises de sécurité, leur expérience active des conditions locales et les capacités requises pour remplir le mandat de protection sont déterminantes. L'envoi de membres d'un service de sécurité assignés à la protection d'une représentation diplomatique n'entre pas en contradiction avec le droit international humanitaire. Ces personnes sont également tenues de respecter le droit international public et les droits de l'homme (voir ch. 5 ci-dessous). Comme des normes de qualité internationalement contraignantes font défaut quant à l'engagement de forces de sécurité privées, il convient de consacrer un soin accru à leur sélection. On peut recourir aux membres de formations militaires professionnelles suisses pendant un temps limité pour des missions sécuritaires à l'étranger. Si l'engagement dure plus de trois semaines, l'Assemblée fédérale doit l'approuver aux termes de l'art. 70 de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire³⁴. Lors du contrôle d'un tel engagement, il y a lieu de vérifier le risque sécuritaire encouru par les membres de l'armée. Dans le cas concret de l'Irak, il faut admettre que l'engagement de personnel militaire augmente le risque d'attentats contre la représentation suisse³⁵.

E. 4

Le cadre juridique national 654

E. 4.1

Bases constitutionnelles Il incombe aux cantons de garantir l'ordre et la sécurité publics sur leur propre territoire; cette tâche est traditionnellement dévolue à la police (souveraineté

cantonale originaire en matière de police)³⁶. La Confédération, quant à elle, dispose d'une compétence constitutionnelle implicite pour prendre les mesures nécessaires en matière de sécurité extérieure et intérieure dans le but de garantir sa propre protection et celle de ses institutions et de ses organes (protection de personnes, d'objets et de manifestations de la Confédération). Cette compétence se fonde sur la souveraineté de la collectivité suisse en tant qu'Etat³⁷. La Confédération dispose en outre de la compétence exclusive et complète en matière de défense nationale (art. 58 Cst.)³⁸. En vertu de l'art. 57, al. 1, Cst., la Confédération et les cantons «pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives». Tel qu'il est formulé, l'art. 57, al. 1, Cst. ne crée pas de nouvelles compétences fédérales dans le domaine de la sécurité, mais se borne à confirmer les compétences constitutionnelles de la Confédération et des cantons³⁹. L'art. 57, al. 2, Cst. tient compte du fait que la sécurité est indivisible: la Confédération et les cantons doivent coordonner «leurs efforts en matière de sécurité intérieure». Cette obligation concerne aussi bien les cantons qui, en cas de besoin, doivent harmoniser leurs activités en matière de sécurité, que la Confédération. En vertu de l'art. 57, al. 2, Cst., la Confédération peut assurer elle-même la coordination de la sécurité pour des événements importants (WEF, Euro 2008) ou légiférer, lorsque la sécurité intérieure exige absolument une coordination pour l'ensemble de la Suisse avec la participation, voire sous la direction de la Confédération. Dans certains domaines de tâches spécifiques qui revêtent une importance nationale (transports publics et droit des étrangers), la Confédération a, ces dernières années, édicté davantage de réglementations qui ont entre autres pour objet la délégation de tâches de sécurité à des privés. Les exemples les plus récents sont le projet de loi fédérale sur le service de sécurité des entreprises de transport (LSST)⁴⁰ ainsi que le projet de loi fédérale sur l'usage de la contrainte dans le cadre du droit des étrangers et des transports de personnes ordonnés par une autorité fédérale (LUSC)⁴¹. Ces deux projets prévoient une description précise de l'étendue et des limites des pouvoirs d'action conférés aux privés (voir ch. 4.4.1).

E. 4.2

Admissibilité des activités privées dans le domaine de la sécurité: limites de droit constitutionnel

E. 4.2.1

Problématique liée aux activités de sécurité privées par rapport aux citoyens Dans une société démocratique, la puissance publique a pour fonction importante de faire respecter l'ordre juridique et en particulier les droits fondamentaux des citoyens garantis par la Constitution et par le droit des gens. Les activités des entreprises de sécurité privées et des individus actifs dans le domaine de la sécurité peuvent, à cet égard, poser des problèmes délicats en pratique. Le premier problème à signaler est celui des pouvoirs d'intervention de l'agent de sécurité, des mesures de contrainte qu'il peut prendre à l'encontre d'une personne et des moyens qu'il est en droit d'utiliser (p.ex. matraque, menottes, armes à feu, sprays pour se défendre, chiens etc.). A ce propos, on peut notamment se demander si un agent de sécurité a par exemple le droit d'interpeller une personne, de la retenir en utilisant, si nécessaire, des entraves, de la soumettre à une fouille corporelle et de lui séquestrer ses biens, ou si ses compétences doivent se limiter à des tâches de protection et de surveillance, au maintien de l'ordre public et à la prévention d'infractions. La question de savoir jusqu'à quel point les particuliers sont autorisés à intervenir pour faire régner l'ordre et la sécurité, y compris par l'usage de la contrainte, se pose de manière un peu différente selon que

l'intervention a lieu dans un espace privé ou dans un espace public. Peut être considéré comme un espace public (ou semi-public) tout espace qui n'est pas réservé à un usage privé. La délimitation entre espace privé et espace public n'est pas toujours facile à faire, ainsi qu'en témoigne dans un contexte un peu différent, la jurisprudence relative à l'art. 261bis du Code pénal suisse (discrimination raciale)⁴².

E. 4.2.2

Espaces privés Il incombe finalement à l'Etat d'imposer l'ordre public et la sécurité en raison de son monopole de la puissance publique, même dans les espaces purement privés, si l'on fait abstraction des droits de défense privés étroitement limités, tels que la

E. 4.2.3

Espaces semi-publics Les espaces semi-publics sont des locaux qu'il est possible de classer comme privés, mais qui sont accessibles au public dans le cadre de leur affectation. Citons comme exemples les stades de football exploités par des privés, les écoles privées, les places de sport (délimitées), les établissements de bain, les restaurants, les foires, les cinémas, les discothèques, les magasins et les centres d'achats, mais aussi les moyens de transport exploités par des privés comme le bus, le tram, le train ou l'avion. En de tels endroits également, on peut appliquer les droits inhérents à la justice personnelle toujours valables que sont la légitime défense, les cas de nécessité, l'assistance à un tiers (légitime défense et état de nécessité) ainsi que le droit du domicile. De surcroît, les exploitants privés disposent encore de compétences supplémentaires en matière de sécurité. Dans certaines limites, les organisateurs privés sont juridiquement responsables du bon déroulement de leurs manifestations. L'organisation ou la réalisation déficiente d'une manifestation peut, dans certaines circonstances, déclencher une procédure en responsabilité civile entraînant une demande en dommages et intérêts. Comme les mesures de sécurité autorisées pour maintenir l'ordre dans l'espace semi-privé ne sont couvertes ni par le droit de domicile ni par les autres droits inhérents à la justice personnelle, une base juridique particulière est nécessaire en l'occurrence. Elle consiste en règle générale en un consentement contractuel. Le recours à une prestation contractuelle, par exemple l'achat d'un billet d'entrée ou d'un titre de transport, implique également l'acceptation de mesures de sécurité portant atteinte à la liberté personnelle. Dans ce contexte, il convient toutefois de distinguer entre les mesures qui sont couvertes par le consentement et celles qui ne le sont pas. Le principe de proportionnalité joue à cet égard un rôle essentiel. Il permet de procéder à la délimitation suivante:

657 – les mesures de sécurité privées autorisées dans l'espace semi-public à l'appui du consentement contractuel des intéressés sont, par exemple: les contrôles à l'entrée, les interventions visant à séparer spatialement les groupes de personnes (p.ex. les groupes de fans), les fouilles, lorsqu'elles sont en rapport avec la sécurité de la manifestation concernée, la confiscation d'objets, lorsqu'elle est en rapport avec la sécurité de la manifestation concernée, l'enregistrement des données personnelles; – par contre, les exploitants privés ne seraient pas autorisés à appliquer des mesures d'identification proprement dites.

E. 4.2.4

Espace public Dans les espaces publics, c'est-à-dire en des lieux qui ne sont attribuables à aucun privé, le personnel de sécurité privé ne peut pas en principe prétendre à des droits d'intervention au-delà des droits d'autodéfense (légitime défense et état de nécessité) et

des devoirs d'assistance à des tiers (légitime défense et état de nécessité) revenant à tout un chacun. Par définition, le maintien de l'ordre dans les espaces publics est l'affaire de l'Etat. Tout droit d'intervention privé supplémentaire requiert une autorisation spéciale du législateur dans le cadre d'une délégation de tâches (voir ch. 4.4). En l'absence d'une telle autorisation, la limite dans l'espace public se définit comme suit: – outre les droits relevant de la justice personnelle (autodéfense), sont autorisées les activités de pure prévention qui n'empiètent pas sur la liberté personnelle d'autrui, par exemple des patrouilles privées dans les quartiers résidentiels; si l'on constate que l'ordre public est menacé ou qu'un autre événement inaccoutumé se produit, on ne peut y remédier qu'en avertissant les organes de sécurité de l'Etat. Les personnes qui sont en train de commettre une infraction peuvent être interpellées pour une courte durée jusqu'à l'arrivée des forces de l'ordre de l'Etat (droit d'interpellation). – en l'absence d'une délégation de tâches, toute intervention coercitive est proscrite si elle empiète sur la liberté personnelle des intéressés et dépasse le cadre des droits d'autodéfense (on entend ici par exemple les contrôles d'identité, la confiscation d'objets ou les barrages de rues).

E. 4.2.5

Protection privée des personnes et sécurisation du transport de biens et de valeurs Bien qu'elles surviennent dans l'espace public, la protection des personnes et la sécurisation du transport de biens et de valeurs constituent des cas particuliers, dans la mesure où on peut les assimiler à un besoin de protection individuel, c'est-à-dire qu'elles se concentrent ponctuellement et sont reconnaissables et délimitables pour le public. – Sont autorisées non seulement les mesures préventives telles que l'observation et la surveillance, mais aussi, par exemple, la couverture des personnes à protéger ou de leurs véhicules par le maintien des tiers hors de la proximité immédiate des objets à protéger, si cette mesure reste proportionnée (main-

658 tien d'un espace libre dans la sphère de proximité immédiate, à l'exclusion toutefois d'un barrage de rue). – En l'absence d'une délégation particulière des tâches légalement établie (voir ch. 4.4), l'usage de la contrainte, de quelque nature que ce soit, est par contre illégitime au-delà des droits d'autodéfense (légitime défense, état de nécessité) et des devoirs d'assistance à des tiers (légitime défense et état de nécessité), lorsque la liberté personnelle des intéressés s'en trouve préjudiciée. On entend ici, par exemple, les contrôles d'identité, la confiscation d'objets, les barrages de rues ou les renvois. Toutefois, il peut arriver que la distinction soit délicate entre l'usage autorisé de la force et l'usage illégitime de la contrainte: si la contrainte à titre préventif n'est pas autorisée, le recours à des armes à feu par un personnel de sécurité privé peut même constituer un recours admissible à l'autodéfense lorsqu'il s'agit de se protéger contre une menace immédiate pour la vie ou l'intégrité corporelle.

E. 4.3

Limites de la privatisation Garantir la couverture des besoins de sécurité élémentaires privés et imposer l'ordre public relèvent à n'en pas douter des tâches indispensables de l'Etat. Une privatisation⁴³ de ces tâches serait certes possible de iure, puisque la Constitution fédérale et les constitutions cantonales ne comportent aucune limite matérielle intrinsèque. Mais elle est exclue de facto, car la légitimité de l'Etat, c'est-à-dire en définitive la justification de son existence serait mise en question si l'on éliminait le monopole étatique de la puissance publique, ou même, se bornait à le saper. Une privatisation est donc envisageable dans les

secteurs marginaux de l'activité sécuritaire et policière, mais non en son centre. Dans la littérature, on évoque à cet égard les tâches périphériques telles que le conseil préventif en matière de criminalité, que la police assure aujourd'hui en partie, ou des activités techniques d'aide et de contrôle en matière de circulation routière⁴⁴. Il faut examiner cas par cas si une activité policière ou sécuritaire appartient aux tâches centrales de l'Etat, dont la privatisation est de facto exclue, ou s'il s'agit d'un secteur marginal qui peut être privatisé. Les critères restrictifs suivants, notamment, sont prioritaires à ce sujet: – Risque élevé de l'usage de la contrainte physique: les activités au cours desquelles il faut d'emblée s'attendre à l'usage direct de la contrainte physique aux fins d'écarter un danger ou d'éliminer des perturbations (p.ex. interventions armées pour établir ou maintenir l'ordre public, arrestations, restriction importante de la liberté de mouvement par la détention de personnes pour une assez longue durée) doivent être réservées à l'Etat en tant que tâches qui lui sont indispensables; elles ne sont donc pas privatisables de facto.

E. 4.4

La délégation de tâches étatiques de sécurité aux privés: limites constitutionnelles En ce qui concerne la Confédération, l'art. 178, al. 3, Cst. prescrit que «la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale». Pour les cantons, il y a lieu de vérifier spécialement dans chaque cas si la situation juridique est comparable à celle de la Confédération ou si la délégation de tâches étatiques à des privés présuppose une autorisation spécifique de la constitution cantonale. Selon la doctrine et la pratique généralement admises, la délégation de tâches n'est en outre autorisée que si les trois conditions suivantes, prévues à l'art. 5, al. 1 et 2, Cst. pour toute action de l'Etat et à l'art. 36, al. 1 à 3, Cst. pour toute restriction des droits fondamentaux, sont respectées: – elle doit se fonder sur une base légale suffisante⁴⁵; – elle doit répondre à un intérêt public; – elle doit respecter le principe de proportionnalité.

E. 4.4.1

Base légale A l'instar de toute délégation de tâches de l'administration, la délégation de tâches dans le domaine de la sécurité et de la police à des privés doit reposer sur une base légale formelle. Cette exigence doit être respectée non seulement en raison du principe reconnu selon lequel toute action étatique doit être fixée dans une loi (principe de légalité) mais aussi en raison de la brèche ouverte dans le principe d'organisation fixé dans la Constitution, en vertu duquel l'Etat exécute en principe ses tâches lui-même⁴⁶. Il se pose également la question de savoir quel devra être le contenu de la loi au sens formel. La doctrine recourt fréquemment au critère des «tâches qui ne relèvent pas de la souveraineté de l'Etat»⁴⁷. Le législateur adopte parfois le même critère, par exemple à l'art. 17 de l'ordonnance 1 sur l'asile qui prescrit que l'office compétent peut, en vue d'assurer le fonctionnement des centres d'enregistrement, confier à des tiers des «tâches qui ne relèvent pas de la souveraineté de l'Etat»⁴⁸. La différence faite entre les tâches qui relèvent de la souveraineté de l'Etat et celles qui n'en relèvent pas, est certes souvent appropriée d'un point de vue juridique. Sur le plan pratique, elle ne permet cependant pas de résoudre certains problèmes fondamentaux en rapport avec les activités de sécurité de personnes privées. En effet, le fait qu'une tâche relève de la souveraineté de l'Etat ne constitue pas un critère déterminant pour la personne concernée, pour qui il en va plutôt de la probabilité réelle de l'usage direct de la contrainte et du risque d'atteinte à des droits fondamentaux protégés. Ainsi, lorsque le personnel d'une entreprise de sécurité privée exécute des tâches

auxiliaires qui ne relèvent pas de la souveraineté de l'Etat aux fins de maintenir l'ordre et la sécurité dans un espace semi-public (p.ex. stades, aéroports) ou dans le domaine public aux côtés de la police, il peut se retrouver dans une situation qui dégénère en un affrontement violent. La loi au sens formel doit par conséquent régler les questions primordiales relatives aux pouvoirs et aux moyens d'intervention, à l'organisation du personnel de sécurité privé et au système de contrôle et de surveillance de l'Etat. Deux projets de lois fédérales touchant le domaine de la sécurité et de la police et ayant fait récemment l'objet d'une procédure de consultation, visent à tenir compte de ces exigences: – Le projet de loi fédérale sur le service de sécurité des entreprises de transport (LSST)⁴⁹ remplacera la loi fédérale sur la police des chemins de fer qui date de plus de 120 ans⁵⁰. Ce projet ne fixe pas seulement l'objectif, les tâches et l'organisation des services de sécurité (art. 2 et 3) mais aussi leurs compétences d'intervention telles que le pouvoir d'interroger des personnes, de contrôler leur identité, de les interpeller, de les exclure du transport et de

E. 4.4.2

Intérêt public Contrairement à ce qui prévaut lors d'une privatisation (ch. 4.3), la responsabilité ultime de l'exécution correcte des tâches continue à incomber à l'Etat en cas de délégation à des privés⁵⁶. A la différence des privés exécutant leurs propres tâches, ceux qui assument des tâches étatiques sont tenus de respecter les droits fondamentaux, conformément à l'art. 35, al. 2, Cst.⁵⁷. L'Etat peut également révoquer en tout temps la délégation par une modification de la loi. C'est pourquoi la marge de manœuvre est plus grande, lorsque l'intérêt public consiste à déléguer l'exécution d'une tâche, que lorsqu'il y a privatisation. Il est dans l'intérêt public de déléguer l'exécution d'une tâche à des privés dans le domaine de la sécurité et de la police lorsque, par exemple, la fourniture de prestations par des privés est plus économique ou qu'elle permet d'accroître l'efficacité dans l'exécution d'une tâche (concentration des forces de l'Etat sur des engagements sécuritaires et policiers prioritaires). On peut considérer qu'on est en présence d'un intérêt public dans les cas suivants: – Les seuls moyens de l'Etat ne suffisent pas à garantir des besoins importants relevant de la sécurité et de l'ordre publics. Une solution purement étatique impliquerait une mobilisation de ressources disproportionnée. – Il s'avère plus opportun de déléguer des tâches de surveillance à des privés, par exemple en raison de leurs connaissances particulières des circonstances ou parce qu'ils sont familiarisés avec elles: songeons notamment à d'anciens «supporters» qui pourraient être associés au contrôle et à la surveillance de groupes de fans potentiellement problématiques lors de manifestations sportives dans des stades. – La délégation de tâches de sécurité étatiques à des privés vise à couvrir des besoins exceptionnels qui excèdent ponctuellement les capacités de l'Etat. Lors de grandes manifestations prévues longtemps à l'avance, l'engagement judicieux des ressources de l'Etat peut requérir, par exemple, que des tâches de service d'ordre clairement définies et réputées sans problème soient déléguées à des privés, afin que l'Etat dispose encore de forces d'intervention suffisantes pour d'autres tâches de sécurité, notamment pour les situations de crise imprévisibles.

E. 4.4.3

Proportionnalité La délégation de tâches de sécurité étatiques à des privés est soumise, comme tout acte de l'Etat, au principe de proportionnalité. Cela signifie notamment que les cantons ne peuvent pas simplement déléguer l'ensemble de leurs activités de police à des services de sécurité privés sous prétexte que ceux-ci travaillent plus économi-

56 L'art. 19, al. 1, let. a, de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité; RS 170.32) prévoit une responsabilité subsidiaire de la Confédération pour les dommages causés dans le cadre de l'exécution d'une tâche de droit public confiée à un organisme privé. 57 «Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur exécution».

663 quement. En l'occurrence, non seulement l'intérêt public ferait défaut, mais on contreviendrait aussi au principe de proportionnalité. Cela signifie aussi que les exigences doivent être particulièrement strictes pour l'examen de la proportionnalité, tout comme pour la question de la base légale (ch. 4.4.1), lorsque la délégation concerne des mesures de contrainte susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux des intéressés. La proportionnalité repose toujours sur une pesée des intérêts entre le souci de la collectivité de bénéficier d'une sécurité publique optimale moyennant une utilisation efficace des ressources, et le souci des intéressés potentiels de voir leurs droits fondamentaux protégés. Comme les domaines sécuritaire et policier soulèvent des questions particulièrement sensibles, cette pesée des intérêts devra souvent déjà s'effectuer au niveau de la loi au sens formel. Les critères restrictifs suivants doivent en particulier être pris en compte: – Retenue lors de la délégation de compétences susceptibles d'entraîner l'usage direct de la contrainte à l'encontre de personnes: comme déjà indiqué pour la base légale (ch. 4.4.1), non seulement le but de l'engagement, mais aussi les conditions et les moyens de cet engagement devraient être déterminés déjà au niveau de la loi au sens formel. – Retenue en cas d'ordres ou de mesures à caractère contraignant, lorsqu'il n'y a pas d'urgence: cette retenue repose sur l'idée selon laquelle il ne faudrait faire appel à des privés qu'à titre subsidiaire dans les domaines sécuritaire et policier. L'intérêt public légitime le recours à la coopération de privés dans l'accomplissement de mandats de sécurité publique notamment pour couvrir des besoins exceptionnels (voir ch. 4.4.2).

E. 4.5

Législation fédérale applicable aux activités de sécurité privées Bien que les entreprises de sécurité en Suisse soient principalement régies par le droit cantonal, certaines de leurs activités peuvent tomber sous le coup du droit fédéral, en particulier de la législation sur les armes. La fourniture de prestations de nature militaire vers l'étranger peut ainsi être soumise à des dispositions spéciales de droit fédéral. Nous nous sommes également intéressés aux possibilités offertes par le droit pénal et le droit pénal militaire pour sanctionner les infractions commises par des agents de sécurité privés, particulièrement lors d'opérations à l'étranger.

E. 4.5.1

La législation fédérale sur les armes et sur le matériel de guerre La loi sur les armes⁵⁸ limite les compétences des personnes privées et des organismes privés dans le domaine de la police et de la sécurité. Elle s'applique aux activités commerciales et non commerciales exercées par des privés.

58 Loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (loi sur les armes [LArm]); RS 514.54.

664 L'acquisition d'une arme dans le commerce nécessite un permis d'acquisition d'armes qui est délivré si certaines conditions personnelles sont remplies (art. 8 LArm). Différentes dispositions de la loi et de l'ordonnance sur les armes⁵⁹ prévoient que la personne doit

être capable d'utiliser une arme sans constituer un danger pour autrui (voir art. 8, al. 2, LArm et 32, al. 1, OArm). Lorsqu'une arme peut être acquise sans permis d'acquisition, par exemple auprès d'un privé, ce dernier doit également s'assurer que ces conditions sont remplies. Toute personne qui entend porter une arme en public doit être titulaire d'un permis de port d'armes qui est délivré par l'autorité compétente du canton du domicile, pour une durée de cinq ans au maximum (art. 27, al. 1 et 3, LArm). Le permis est délivré uniquement si la personne remplit les conditions d'octroi du permis d'acquisition d'armes, si elle rend vraisemblable qu'elle a besoin d'une arme pour se protéger ou protéger des tiers ou des choses et si elle a passé un examen attestant qu'elle est capable de manier une arme et qu'elle connaît les dispositions légales en matière d'utilisation d'armes (art. 8, al. 2, OArm). Conformément au principe de proportionnalité, l'art. 31 OArm prescrit qu'une arme ne peut être transportée plus longtemps que l'activité qui s'y rapporte ne peut raisonnablement le justifier (al. 1) et que, lors du transport d'armes à feu à épauler ou de poing, les magasins ne doivent pas contenir de munitions (al. 2). Il convient également de signaler la loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre⁶⁰, qui régit la fabrication et le commerce de matériel de guerre, ainsi que le transfert de biens immatériels concernant le matériel de guerre.

E. 4.5.2

La législation en matière d'embargo Le droit fédéral n'interdit pas de manière générale les activités liées à la fourniture de prestations de nature militaire (prestations matérielles et prestations de service), mais contient certaines dispositions spéciales. En effet, en vertu de la loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'application de sanctions internationales⁶¹, la Confédération peut prendre des mesures de coercition pour appliquer les sanctions internationales visant à faire respecter le droit international public. Ces mesures peuvent notamment restreindre le trafic de marchandises et des services ou prendre la forme d'interdictions ou d'obligations de demander une autorisation (art. 1, al. 1 et al. 3, LEmb). La Confédération a fait usage de cette faculté en édictant un certain nombre d'ordonnances⁶².

59 Ordonnance du 21 septembre 1998 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (ordonnance sur les armes [OArm]. RS 514.541. 60 LFMG; RS 514.51. 61 Loi sur les embargos; RS 946.231. 62 Les ordonnances édictées en vertu de la législation en matière d'embargos sont publiées sur le site du Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) à l'adresse suivante: www.seco.ch.

665

E. 4.5.3

Responsabilité pénale pour les actes commis à l'étranger Dans la mesure où il n'est pas exclu que des entreprises de sécurité privées déploient des activités à l'étranger depuis notre territoire ou que des ressortissants suisses soient recrutés pour des opérations à l'étranger, il convient d'examiner si les dispositions du droit pénal suisse permettent de sanctionner les infractions qui pourraient être commises hors du territoire national. La motion Wyss 04.3748 soulève notamment la question de savoir si les crimes commis par des personnes employées par des entreprises de sécurité privées travaillant pour le compte de la Suisse, seraient poursuivis. Il convient donc d'examiner, dans un premier temps, dans quelle mesure les crimes seraient poursuivis en vertu du droit suisse. Nous renvoyons en outre au ch. 5.5.2 pour ce qui est de la poursuite devant une juridiction internationale.

E. 4.5.3.1

Responsabilité de l'auteur Le code pénal⁶³ réprime différentes infractions qui peuvent concerner les activités des entreprises de sécurité privées comme les actes exécutés sans droit pour un Etat étranger (art. 271 CP), les actes d'hostilité contre un belligérant ou des troupes militaires (art. 300 CP), la violation de la souveraineté territoriale étrangère (art. 299 CP) et l'espionnage militaire au préjudice d'un Etat étranger (art. 301 CP). Certaines dispositions du code pénal militaire du 13 juin 1927⁶⁴ pourraient, en outre, s'appliquer au personnel d'une entreprise de sécurité privée, si certaines conditions personnelles sont remplies. Elles pourraient, par exemple, s'appliquer aux personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie (art. 4, ch. 1, CPM), aux civils qui commettent certaines infractions en temps de guerre (art. 4, ch. 2 CPM) ou aux personnes qui participent à certaines infractions, notamment à une infraction contre le droit des gens en cas de conflit armé, avec d'autres personnes soumises au droit pénal militaire (art. 6 CPM). Le CPM réprime notamment les infractions suivantes: les actes d'hostilité contre un belligérant ou des troupes étrangères (art. 92 CPM, violation de la neutralité), l'espionnage militaire au préjudice d'un Etat étranger (Art. 93 CPM, violation de la neutralité), le service militaire étranger (art. 94 CPM, atteintes à la puissance défensive du pays), la violation d'obligations contractuelles (art. 97 CPM), la violation de secrets militaires (art. 106 CPM) et les infractions commises contre le droit des gens en cas de conflit armé (art. 108 à 114 CPM).

63 CP; RS 311.0. La partie générale du CP a fait l'objet d'une révision: voir à cet égard la modification du code pénal du 13 décembre 2002 (FF 2002 7658 ss). Le Conseil fédéral n'a pas encore fixé sa date d'entrée en vigueur. Elle est provisoirement prévue pour le 1er janvier 2007. 64 CPM; RS 321.0. Le CPM a fait l'objet d'une révision: voir à cet égard la modification du code pénal militaire du 21 mars 2003 (FF 2003 2494 ss). Le Conseil fédéral n'a pas encore fixé sa date d'entrée en vigueur. Elle est provisoirement prévue pour le 1er janvier 2007.

666 Un acte commis par le personnel d'une entreprise de sécurité privée peut être considéré comme licite s'il est ordonné par la loi, par un devoir de fonction ou de profession (art. 32 CP)⁶⁵, si l'auteur se trouve dans une situation de légitime défense (art. 33 CP)⁶⁶ ou s'il a agi dans un état de nécessité (art. 34 CP)⁶⁷. A l'instar du CP, le CPM prévoit que les actes commis en état de légitime défense (art. 25 CPM) ou en état de nécessité (art. 26 CPM) sont des actes licites⁶⁸. Si l'auteur a commis son infraction à l'étranger, le code pénal suisse lui est applicable dans les hypothèses suivantes: – L'auteur a commis un crime ou un délit contre l'Etat (art. 4 CP)⁶⁹. – (1) L'auteur a commis un crime ou un délit contre un Suisse; (2) l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis; (3) l'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé à l'étranger ou est extradé à la Confédération à raison de cette infraction (art. 5 CP); cette disposition consacre le principe de la personnalité passive. – (1) L'auteur du crime ou du délit est de nationalité suisse; (2) l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis; (3) l'acte peut donner lieu à extradition selon le droit suisse; (4) l'auteur se trouve en Suisse ou est extradé à la Confédération à raison de son acte (art. 6 CP). Cette disposition consacre le principe de la personnalité active. – L'auteur a commis à l'étranger un crime ou un délit que la Confédération, en vertu d'un traité international, s'est engagée à poursuivre (art. 6bis CP)⁷⁰. Cette disposition élargit le champ d'application de la loi pénale suisse. En effet, elle oblige les autorités suisses à exercer l'action pénale dans des affaires où les principes de la territorialité et de la personnalité ne s'appliquent pas, si les conditions suivantes sont remplies: (1) l'auteur se

trouve en Suisse; (2) il n'est pas extradé à l'étranger; (3) l'infraction est punissable en Suisse et au lieu de commission; (4) la Suisse s'est engagée, en vertu d'un traité international, à poursuivre cette infraction. Les différents traités qui entrent dans le champ d'application de l'art. 6bis CP ne sont pas énumérés par cette disposition.

65 A la différence de l'art. 32 CP, l'art. 14 nCP limite les sources de justification à l'obligation légale et à l'autorisation légale; il ne mentionne plus le devoir de fonction ni le devoir professionnel. 66 La modification du code pénal du 13 décembre 2002 prévoit la légitime défense (art. 15 nCP) et la défense excusable (art. 16 nCP): la première disposition correspond en substance à l'actuel art. 33, al. 1, CP, la seconde à l'art. 33, al. 2, CP. 67 La modification du code pénal du 13 décembre 2002 prévoit l'état de nécessité licite (art. 17 nCP) et l'état de nécessité excusable (art. 18 nCP): la première disposition correspond en substance à l'actuel art. 34, ch. 1, CP; la seconde reprend le principe posé à l'art. 34, ch. 1, al. 2, CP en y apportant deux modifications. 68 La modification du CPM du 21 mars 2003 prévoit les actes autorisés par la loi (art. 15 nCPM), la légitime défense (art. 16 nCPM), la défense excusable (art. 16a nCPM), l'état de nécessité (art. 17 nCPM) et l'état de nécessité excusable (art. 17a nCPM). 69 Les art. 3 et 4 de la nouvelle partie générale du code pénal (nCP) correspondent en substance aux art. 3 et 4 CP. 70 L'art. 6 de la nouvelle partie générale du code pénal (nCP) correspond en substance à l'art. 6bis CP.

667 En ce qui concerne la nouvelle partie générale du CP, il convient de signaler l'art. 7, dont l'al. 2 étend le champ d'application de la loi pénale suisse en consacrant le nouveau principe de la compétence déléguée. Cette disposition vise l'hypothèse où l'auteur qui n'est pas de nationalité suisse a commis à l'étranger un crime ou un délit contre une personne étrangère. L'auteur peut être poursuivi par les juridictions suisses si les conditions cumulatives suivantes sont remplies: (1) l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis ou le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale; (2) l'auteur se trouve en Suisse ou est remis à la Suisse en raison de cet acte; (3) l'acte peut donner lieu à extradition selon le droit suisse mais l'auteur n'est pas extradé; (4) la demande d'extradition a été rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte; (5) l'auteur a commis un crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale. Conformément à l'art. 9, al. 1, CPM, le droit pénal militaire s'applique aux infractions commises en Suisse et à celles qui ont été commises à l'étranger. La Suisse revendique la compétence primaire de juger ses ressortissants qui ont commis, en Suisse ou à l'étranger, une infraction au CPM, ainsi que de poursuivre les étrangers qui ont commis un tel acte dans notre pays. Le nouvel al. 1bis⁷¹ a relativisé le principe fixé à l'art. 9, al. 1, CPM: les étrangers qui commettent à l'étranger une infraction au droit des gens en cas de conflit armé (art. 108 à 114 CPM), ne sont jugés par des tribunaux suisses que si trois conditions cumulatives sont remplies, à savoir: (1) l'auteur de l'infraction doit se trouver en Suisse (let. a); (2) il doit avoir un lien étroit avec la Suisse (let. b); (3) il ne peut être ni extradé ni remis à un Tribunal pénal international (let. c). Les art. 218 à 223 CPM prévoient également un certain nombre de règles de compétence concernant la juridiction militaire. Au niveau international, il y a lieu de relever le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998⁷² (voir également ch. 5.5.2.3 et 5.5.2.4). L'art. 1 prévoit que la Cour pénale internationale est complémentaire des juridictions pénales nationales. Sa compétence est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, à savoir le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression (art. 5).

E. 4.5.3.2

Responsabilité de l'entreprise En vertu de l'art. 100quater CP⁷³, une infraction commise par le personnel d'une entreprise peut engager la responsabilité pénale de cette dernière, si cette infraction a été commise au sein de l'entreprise, si elle a été commise dans l'exercice d'activités commerciales et si l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise est conforme aux buts de l'entreprise. Ces conditions objectives de la punissabilité ont pour fonction de limiter la portée de l'art. 100quater CP. Il s'agit d'éviter que l'entreprise ne puisse être poursuivie pour n'importe quelle infraction. La répression de l'entreprise doit donc être limitée aux

71 RO 2004 2693; FF 2003 693 72 RS 0.312.1. Afin d'adapter le droit pénal matériel au Statut de Rome, le code pénal suisse fait actuellement l'objet d'une révision pour faciliter la poursuite pour génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre. 73 L'art. 102 nCP correspond pour l'essentiel à l'art. 100quater CP.

668 comportements interdits concrétisant des risques typiques liés à l'activité licite et normale de l'entreprise. L'art. 100quater, al. 1, CP, prévoit un cas de responsabilité subsidiaire de l'entreprise: cette dernière ne peut être tenue pour responsable que si le crime ou le délit ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. En ce qui concerne les entreprises de sécurité privées, les infractions devraient pouvoir être imputées en règle générale à une personne physique, de sorte que la responsabilité pénale de l'entreprise ne devrait pas être engagée. L'al. 2 va plus loin que l'al. 1 en fixant une responsabilité primaire de l'entreprise pour une certaine catégorie d'infractions, qui entre en ligne de compte indépendamment de la responsabilité de la personne physique ou parallèlement à cette dernière. En ce qui concerne les conditions de lieu, l'entreprise répondant aux conditions posées par l'art. 100quater CP encourt une responsabilité pénale et est passible des juridictions suisses, si l'infraction est commise en Suisse; cette règle vaut également pour les entreprises ayant leur siège à l'étranger⁷⁴. En effet, le principe de la territorialité veut qu'une entreprise étrangère qui a commis un délit en Suisse puisse être poursuivie en Suisse. Si l'infraction est commise à l'étranger, il convient de distinguer les hypothèses suivantes: – Art. 4 CP (crimes ou délits commis à l'étranger contre l'Etat): la responsabilité pénale de l'entreprise pourra toujours être engagée, que son siège se situe en Suisse ou à l'étranger⁷⁵. – Art. 5 CP (crimes ou délits commis à l'étranger contre un Suisse), art. 6 CP (crimes ou délits commis à l'étranger par un Suisse) et art. 6bis CP (autres crimes ou délits commis à l'étranger): seule l'entreprise ayant son siège en Suisse pourra être poursuivie en application de l'art. 100quater CP⁷⁶. En outre, il est également possible de poursuivre pénalement en Suisse les personnes ou les entreprises qui, en qualité de coauteurs, ont pris part depuis la Suisse à une infraction commise (en partie) à l'étranger. Il faut cependant signaler que ce domaine comporte encore beaucoup de questions ouvertes, qui n'ont encore fait l'objet d'aucune jurisprudence. Afin d'adapter le CPM à la nouvelle partie générale du CP, la modification du CPM du 21 mars 2003 introduit les art. 59a et 59b nCPM concernant la responsabilité pénale de l'entreprise. Ces deux dispositions sont plus ou moins identiques à celles des art. 100quater et 100quinquies CP⁷⁷.

74 Alain Macaluso, La responsabilité pénale de l'entreprise, Commentaire des art. 100quater et 100quinquies CP, Zurich 2004, p. 177, ch. 1028. 75 Alain Macaluso, *ibid.* (note 74), p. 177 ch. 1034. 76 Alain Macaluso, *ibid.* (note 74), p. 177 ch. 1036. 77 Alain Macaluso, *ibid.* (note 74), p. 196–197, ch. 1150–1155.

E. 4.6

Traitement juridique du transfert de «savoir-faire» en cas de passage du service public à des entreprises de sécurité privées Dans sa motion 04.3748 du 16 décembre 2004, «Recours de la Suisse à des entreprises militaires et de sécurité privées. Encadrement légal», Mme Ursula Wyss, conseillère nationale, aborde également accessoirement la question du transfert de savoir-faire par d'anciens hauts fonctionnaires militaires, qui exercent une activité de conseil rémunérée auprès d'entreprises militaires privées après avoir quitté le service public. Il convient de distinguer diverses situations si l'on veut évaluer de telles activités du point de vue juridique: – Obligations de garder le secret: les employés sont tenus de respecter le secret de fonction, le secret d'affaires et le secret professionnel également après le terme de leurs rapports de services. Le devoir d'observer le secret s'étend aux affaires qui doivent demeurer secrètes en raison de prescriptions ou de par leur nature. L'obligation de garder le secret s'applique aux rapports de travail de droit privé (secret de fabrication et d'affaires)⁷⁸ aussi bien qu'au service public⁷⁹. La violation des obligations de garder le secret entraîne la responsabilité pénale du contrevenant même après la fin des rapports de travail⁸⁰. – Prohibition de faire concurrence: l'obligation de garder le secret se limite à la sphère assez étroite des secrets professionnels et de fonction. Par contre, elle ne saurait couvrir l'ensemble du savoir-faire acquis professionnellement au sens des capacités, des connaissances générales et de l'expérience, car une telle mesure reviendrait de fait à une interdiction d'exercer une activité professionnelle. Or, le droit fondamental de la liberté économique protège «le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice». S'agissant de rapports de travail régis par le droit privé, les art. 340 ss CO prévoient toutefois la possibilité de convenir d'une prohibition de concurrence qui déploie son effet après la fin du rapport de travail⁸¹. Le Conseil fédéral est d'avis «que, fondamentalement, les dispositions correspondantes du code des obligations (art. 340 ss CO) peuvent également s'appliquer aux rapports de travail du personnel de la Confédération, en respectant toutefois des conditions très restrictives. Une telle limitation de la liberté personnelle doit, d'une part, être fondée par un intérêt public prépondérant. D'autre part, il faut que la nouvelle activité de l'ancien employé fédéral représente une concurrence effective avec son activité précédente

⁷⁸ Art. 321a, al. 4, CO. ⁷⁹ Art. 22 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération [LPers], RS 172.220.1 et art. 94, al. 2, de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération [OPers], RS 172.220.111.3. Comme la Délégation des commissions de gestion des Chambres fédérales le note, l'employeur doit, au moment où les employés quittent leurs fonctions, leur rappeler par écrit l'obligation de garder le secret qui les lie; il peut par exemple établir la liste des principaux thèmes requérant le secret et demander que cet engagement soit confirmé par une signature. Voir Rapport annuel 2004 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 21 janvier 2005; FF 2005, p. 1765 ss, 1802. ⁸⁰ Art. 320 à 321ter CP. ⁸¹ Un accord écrit est nécessaire entre l'employeur et les employés (art. 340, al. 1, CO). Il est fréquemment déjà stipulé au moment de la conclusion du contrat. Une disposition unilatérale de l'employeur n'est pas possible.

⁶⁷⁰ auprès de la Confédération. Ces deux conditions ne sont que rarement réunies.»⁸² Dans le cas de prestations militaires notamment, il n'est guère imaginable que des acteurs privés puissent concurrencer la Confédération⁸³.

E. 4.7

Compétence de légiférer sur les activités économiques lucratives privées (art. 95, al. 1, Cst.) En vertu de l'art. 95, al. 1, Cst., la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées. Cette disposition attribue à la Confédération une compétence législative très générale⁸⁴. Bien qu'elle n'en ait pas fait usage jusqu'ici, la Confédération pourrait donc légiférer sur les activités des entreprises de sécurité privées principalement dans le but de protéger un intérêt de police. Il s'agit d'une compétence concurrente, et les cantons, comme nous le verrons au ch. 4.8 ci-dessous, ont pour la plupart légiféré dans ce domaine.

E. 4.8

Droit cantonal La Confédération n'ayant pas fait usage de sa compétence de légiférer, la législation de police sur les entreprises de sécurité privées relève aujourd'hui essentiellement du droit cantonal, comme nous le verrons ci-dessous.

E. 4.8.1

Le Concordat des cantons romands sur les entreprises de sécurité et autres législations cantonales Tous les cantons romands ont adhéré au Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité (ci-après: le Concordat), qui fixe les règles communes régissant l'activité des entreprises de sécurité et de leurs agents. En vertu du Concordat, toute activité dans le domaine de la sécurité doit faire l'objet d'une autorisation. Neuf autres cantons⁸⁵ ont adopté une législation en matière d'entreprises de sécurité privées qui, à l'instar du Concordat, soumet toute activité dans ce domaine à l'obligation d'obtenir une autorisation. Dans onze autres cantons⁸⁶, il n'est prévu aucune obligation d'obtenir une autorisation. Dans trois de ces cantons⁸⁷, toute

82 Rapport annuel 2004 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 21 janvier 2005; FF 2005, p. 1765 ss, 1802. 83 L'art. 58 Cst. attribue la responsabilité de l'organisation et de l'engagement de l'armée à la Confédération et, dans une faible mesure, aux cantons. Le militaire ressortit aux domaines centraux du monopole de la puissance publique de l'Etat. De ce fait, il n'est pas possible que des activités militaires privées viennent concurrencer l'armée sur le territoire national. Pour ce qui est d'engagements militaires à l'étranger, une situation de concurrence serait certes en principe imaginable, mais l'art. 66a, al. 2 de la loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (loi militaire, [LAAM], RS 510.10) interdit les actions de combat même dans le but d'imposer la paix, ce qui élimine également un tel scénario.

84 Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève, 2003, ad art. 95, p. 743, § 5. 85 AR, BL, BS, LU, NW, SG, SO, TG et TI. 86 AG, AI, BE, GL, GR, OW, SH, SZ, UR, ZG et ZH. 87 BE, SH et ZH.

671 personne active dans le domaine de la sécurité doit toutefois respecter les obligations suivantes: informer la police sur les mesures prises ou prévues ainsi que sur tout fait particulier, garder le secret sur toute observation faite dans le domaine d'activité de la police et s'abstenir de tout acte pouvant gêner la police dans l'accomplissement de ses tâches⁸⁸. Les activités visées par le Concordat ainsi que par les législations cantonales applicables en la matière sont les suivantes: la protection des personnes, la surveillance de biens mobiliers ou immobiliers et le transport de valeurs. Certaines législations cantonales mentionnent également la surveillance de marchandises dangereuses. Les activités exercées

à l'étranger par des entreprises de sécurité privées établies en Suisse ne sont pas régies par des dispositions spéciales. La portée de l'obligation d'obtenir une autorisation pour exercer de telles activités dépend en fait de la réglementation adoptée par le canton dans lequel l'entreprise a son siège. Ainsi, les cantons concordataires exigent une autorisation non seulement pour exercer sur leur territoire une des activités visées par le Concordat, mais aussi pour exploiter une entreprise de sécurité dans un canton concordataire. Les autres cantons connaissant un système d'autorisation se limitent à définir les activités soumises à autorisation⁸⁹ ou prévoient que l'obligation d'obtenir une autorisation concerne les activités exercées sur leur territoire⁹⁰. Le Concordat et les législations cantonales qui connaissent un système d'autorisation, prévoient que le responsable de l'entreprise doit remplir un certain nombre de conditions personnelles, telles que la nationalité suisse ou un permis d'établissement, l'exercice des droits civils, l'absence de condamnation pénale et de poursuite pour dettes. Seul le droit concordataire prévoit un examen cantonal pour le responsable de l'entreprise. Le personnel d'une entreprise de sécurité doit également obtenir une autorisation dans certains cantons. Selon le droit concordataire, il peut être engagé s'il remplit certaines conditions qui sont analogues à celles prévues pour le responsable de l'entreprise. Les cantons non concordataires qui connaissent un système d'autorisation⁹¹, prévoient en règle générale que l'obligation d'obtenir une autorisation vaut également pour le personnel de l'entreprise. Quatre cantons non concordataires⁹² tiennent un registre qui est accessible au public. Le Concordat ne contient en revanche pas de disposition à ce sujet. La plupart des cantons concordataires ont toutefois adopté des dispositions complémentaires dans leur législation d'application. Dans deux cantons⁹³, les autorisations sont publiées dans la Feuille officielle cantonale. Plusieurs législations cantonales⁹⁴ prévoient expressément que les personnes physiques ou morales actives dans le domaine de la sécurité ne disposent pas de compé-

88 Les données concernant le droit cantonal se basent sur une étude de droit comparé cantonal réalisée par l'Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg à la demande de l'OFJ. 89 AR, BL, BS, LU, SG, SO. 90 NW, TG et TI. 91 AR, BL, BS, LU, NW, SG, TG. 92 AR, SO, SG et TG. 93 VD et TI. 94 AG, BL, BS, LU, NW, SG, SO, VD et ZH.

672 tences relevant de la puissance publique ou précisent que les mesures de contrainte policières et les actes d'instruction pénale sont de la compétence de la police. Seul le droit concordataire prévoit expressément que le recours à la force par des personnes privées actives dans le domaine de la sécurité doit être limité à la légitime défense et à l'état de nécessité au sens du code pénal suisse. Selon le droit concordataire et plusieurs lois cantonales, l'achat et le port d'armes sont régis par la législation spéciale y relative. Dans un canton (SG), le port d'armes est interdit sauf autorisation spéciale de l'autorité compétente, notamment en cas de protection de personnes et de transport de valeurs. La plupart des cantons concordataires ont adopté des dispositions d'exécution concernant l'utilisation de chiens. Dans le canton de Genève, un projet de loi sur la formation des agents de sécurité est en cours. Le canton du Tessin prévoit également de modifier sa législation en rendant le brevet fédéral d'agent de sécurité obligatoire.

E. 4.8.2

Les dispositions modèles de la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse A la demande de l'Association des entreprises suisses de service de sécurité (AESS), la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse (CCPCS) a élaboré des dispositions modèles sur les entreprises de sécurité privées⁹⁵. Il s'agirait de recommander

aux cantons de transposer ces dispositions modèles dans leur législation. En effet, suite à quelques difficultés ponctuelles de la part de certaines entreprises de sécurité de respecter les règles professionnelles en la matière, l'AESS a considéré que des lignes directrices pour favoriser une pratique uniforme entre les différents cantons seraient opportunes, notamment en ce qui concerne l'obligation pour le responsable d'une entreprise de sécurité privée d'obtenir une autorisation d'exploiter. Les dispositions modèles de la CCPCS s'inspirent de la législation soleuroise. Le responsable d'une entreprise de sécurité est tenu d'obtenir une autorisation s'il envisage d'exercer une activité dans les domaines suivants: la protection des personnes, la surveillance et la protection de biens, le transport de valeurs, l'exécution de tâches de sécurité sur mandat d'une autorité et la profession de détective. Les noms des titulaires d'autorisations sont publiés. Tout collaborateur engagé pour exécuter des tâches de sécurité doit être annoncé à l'autorité cantonale compétente en matière d'autorisations. La répartition des tâches entre les polices cantonales et communales d'une part et les entreprises de sécurité privée d'autre part, telle qu'elle est définie par la loi, est expressément réservée. Il est toutefois précisé que la délivrance d'une autorisation ne confère pas de compétences relevant de la puissance publique. Les dispositions modèles règlent la collaboration avec la police et prévoient que les détenteurs d'une autorisation doivent faire en sorte de ne pas être confondus avec les organes de police. L'uniforme doit en particulier se distinguer de celui porté par ces derniers. Le port d'armes est régi par la législation fédérale applicable en la matière.

95 Le groupe de travail interdépartemental a eu l'occasion d'entendre une représentante de la CCPCS.

673 Les dispositions modèles de la CCPCS ont fait l'objet d'une procédure de consultation; les prises de position étaient dans leur ensemble positives. Les milieux consultés se sont exprimés en faveur d'une solution uniforme, par exemple sous la forme d'un concordat. Les résultats de cette procédure n'ont en revanche pas montré qu'il existe un besoin spécifique de la part des milieux concernés d'adopter une législation fédérale en la matière. Quant à la solution de recommander aux différents cantons concernés d'adhérer au Concordat des cantons romands, elle n'a pas été retenue. En effet, plusieurs cantons considèrent que les formalités prévues dans cette convention par rapport à l'octroi d'une autorisation d'engager du personnel sont trop contraignantes pour l'autorité compétente. Les dispositions modèles de la CCPCS n'ont pas force de loi, mais elles devraient inciter les cantons à adopter une législation uniforme. Les cantons romands ne devraient pas changer de pratique puisqu'ils ont adhéré au Concordat.

5 Cadre du droit international public Le droit international public ne réglemente pas explicitement les activités des entreprises de sécurité privées dans les zones de conflit. Des normes de droit international public n'existent qu'à propos de la thématique des mercenaires (ch. 5.1). Pourtant, les règles générales du droit international public sont pertinentes, de même que celles du droit international humanitaire et, dans certaines circonstances, celles des droits de l'homme (ch. 5.2 à 5.4). Enfin, le droit de la neutralité impose certaines obligations aux Etats neutres (ch. 5.7).

E. 5

Cadre du droit international public 673

E. 5.1

Les règles du droit international public concernant le mercenariat

E. 5.1.1

Art. 47 du premier protocole additionnel de 1977 Le droit international humanitaire contient en l'art. 47 du premier protocole additionnel de 1977 (Protocole I)⁹⁶, qui a été ratifié par une large majorité des Etats, une seule disposition concernant spécifiquement les mercenaires⁹⁷.

⁹⁶ Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), avec annexes, RS 0.518.521. ⁹⁷ L'art. 47, intitulé «Mercenaires», est libellé comme suit:

1. Un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre.
2. 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.

⁶⁷⁴ Comme on le constate au premier paragraphe de cette disposition, l'art. 47 du Protocole I n'interdit pas le mercenariat, bien que les Etats africains en particulier l'eussent souhaité lors des négociations concernant cette norme. En vertu de l'art. 47 du Protocole I, il est toutefois possible de refuser aux mercenaires le statut privilégié de combattants ou de prisonniers de guerre. En particulier, contrairement à ces derniers, les mercenaires peuvent être poursuivis pénalement par l'Etat ennemi pour le simple fait d'avoir participé activement à un conflit international armé. Un Etat n'est certes pas contraint de refuser le statut de prisonnier de guerre à un mercenaire, mais celui-ci ne peut faire valoir aucun droit. Il est vrai que même les mercenaires à qui l'on a refusé le statut de prisonniers de guerre ne sont pas totalement exempts de protection: ils bénéficient de la protection minimale prévue par l'art. 75 du Protocole I, qui revêt un caractère de droit international public coutumier. L'art. 47 du Protocole I perd toutefois toujours plus de son importance en pratique. Les six conditions cumulatives énumérées au par. 2 sont tellement restrictives et de ce fait souvent difficiles à prouver que les employés d'une entreprise de sécurité privée ne sont guère concernés. Si la majorité des entreprises militaires privées proposent des prestations de services de nature essentiellement militaire, elles ne participent que dans de rares cas directement aux hostilités. Surtout, les citoyens d'un pays prenant part à un conflit ne peuvent être par définition des mercenaires. Il y a donc lieu d'admettre qu'en fait, même parmi les employés d'une entreprise de sécurité privée qui exercent des fonctions militaires et qui sont actifs dans des situations de conflit, une petite partie seulement pourrait être éventuellement qualifiée de mercenaires.

E. 5.1.2

Instruments pertinents de l'ONU et de certaines organisations locales La discussion sur le mercenariat conduite au sein des Nations Unies a été et est toujours essentiellement marquée par des expériences post-coloniales. A l'époque de la décolonisation, plusieurs des Etats alors en voie de constitution et des régimes qui aspiraient à l'indépendance se sont trouvés directement menacés par des formations de mercenaires. Les instruments de l'ONU conçus sur la base de ces expériences visent notamment à empêcher que des mercenaires ne soient engagés contre des gouvernements légitimes et leur autodétermination. En 1970, l'Assemblée générale de l'ONU a approuvé la Déclaration 2625 (XXV) relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats («Friendly Relations Declaration»). Cette déclaration n'est pas formellement contraignante, mais on la considère comme l'un des documents fondamentaux des Nations Unies et de l'interprétation de la Charte de l'ONU. Le premier principe précisé dans la Déclaration est celui de l'interdiction du recours à la force (sur la base du droit international coutumier), c'est-à-dire l'interdiction faite aux Etats de toute menace ou de tout recours à la force dans les relations internationales qui serait orienté contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un Etat ou qui serait par ailleurs incompatible avec les buts des Nations Unies. En voici un extrait:

675

«Chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées, notamment de bandes de mercenaires, en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat.» Cette déclaration de 1970 établit donc une obligation pour les Etats de ne pas engager de mercenaires contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance d'un autre Etat. La mention explicite du mercenariat par l'Assemblée générale de l'ONU représente une nouveauté dans le traitement international du mercenariat, car le droit international public ne s'était jamais intéressé à cette problématique auparavant. Toutefois, la déclaration ne définit pas ce qu'il faut entendre par «forces irrégulières» ou «bandes armées». L'actuelle Union africaine (UA), anciennement Organisation de l'unité africaine (OUA), a adopté le 3 juillet 1977 une Convention pour l'élimination du mercenariat en Afrique, dont l'art. 1, al. 1, définit les mercenaires presque selon les mêmes termes que l'art. 47 du Protocole I. Comme décrit plus haut, il est de ce fait difficile en pratique de qualifier juridiquement une personne de mercenaire sur cette base⁹⁸. La convention n'interdit toutefois pas aux Etats signataires tout recours à des mercenaires, notamment leur engagement contre des groupes dissidents à l'intérieur du pays même⁹⁹. La Convention de l'ONU du 4 décembre 1989 contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires définit ceux-ci à l'art. 1, al. 1 de façon très similaire à l'art. 47 du Protocole I. De ce fait, même en se référant à la convention de l'ONU, il est difficile en pratique de qualifier quelqu'un de «mercenaire». Toujours est-il que la définition retenue par la convention de l'ONU va légèrement plus loin que celle du premier protocole additionnel: outre les situations de conflits armés, elle couvre le recours organisé à la force qui vise à renverser un gouvernement ou à saper d'une autre manière l'ordre constitutionnel ou l'intégrité territoriale d'un Etat. La Convention de l'ONU qualifie de crimes le recrutement, le financement, l'instruction et l'utilisation de mercenaires ainsi que la participation active des mercenaires aux actes de violence organisée. Les Etats signataires sont tenus d'interdire de telles activités.

98 L'art. 1, al. 2, de la convention qualifie de crime l'organisation, le financement, l'instruction ou d'autres formes de soutien ou de mandat à des bandes de mercenaires, lorsque ces mesures sont dirigées contre un processus d'autodétermination ou contre l'intégrité territoriale d'un autre Etat et qu'elles font recours au combat armé. De tels crimes peuvent être le fait de groupes, d'associations, voire d'Etats signataires. Est réputé crime également le fait qu'un Etat autorise, éventuellement passivement, de telles activités de mercenariat sur le territoire qu'il contrôle ou qu'il permette le transit ou le transport de mercenaires. L'art. 3 refuse aux mercenaires le statut de combattants ou de prisonniers de guerre. L'art. 6 prévoit que les Etats signataires doivent empêcher le recrutement, l'instruction, le financement et l'équipement de mercenaires ainsi que les activités de mercenariat exercées par leurs citoyens ou par des étrangers sur le territoire des Etats concernés. 99 24 pays africains ont ratifié la convention, dont l'Egypte, le Nigéria, le Sénégal, le Soudan et la Tunisie, mais pas l'Afrique du Sud, la Sierra Leone ou la Libye.

676 La convention n'est entrée en vigueur que plus de dix ans après son acceptation¹⁰⁰. A ce stade, la Suisse n'a pas ratifié la convention. La question de la ratification n'était pas prioritaire dans les années 1990, d'autant que les avis divergeaient déjà à l'époque quant à son efficacité. La convention ne reflète pas un droit international public coutumier, comme le souligne le nombre réduit des ratifications.

E. 5.1.3

Conclusion: le droit international public coutumier n'interdit pas le mercenariat Tandis que l'art. 47 du Protocole I et la Déclaration de l'ONU relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats («Friendly Relations Declaration») n'interdisent pas le mercenariat, la Convention de 1977 de l'UA tout comme la convention de 1989 de l'ONU ne constituent de loin pas des instruments juridiques universellement acceptés. Ainsi, le droit international public coutumier n'interdit pas le mercenariat et il ne comporte également aucune norme qui le restreigne spécifiquement. S'agissant des conventions de l'UA et de l'ONU, il faut noter que plusieurs notions qui y sont définies sont tellement restrictives et difficiles à prouver que la portée pratique de ces conventions est limitée même pour les Etats qu'elles engagent. En outre, ces deux conventions concernent surtout les individus qui agissent à l'encontre de gouvernements nationaux et elles ne sont pas destinées à régler l'engagement d'entreprises de sécurité privées dans des situations générales de conflit. Pour ces raisons, la notion de «mercenaire» a été qualifiée en partie d'obsolète et d'inappropriée pour régler judicieusement le phénomène des entreprises militaires et de sécurité privées, dont le développement s'est poursuivi. Il faut par conséquent examiner les normes de droit international public généralement valables, qui ne concernent donc pas spécifiquement les mercenaires, pour trouver d'éventuelles dispositions de droit international public réglementant l'engagement et le comportement des entreprises de sécurité privées.

E. 5.2

Droit international public général

E. 5.2.1

Principes généraux du droit international public Selon le principe de la prohibition de la force relevant du droit international public coutumier, principe fixé à l'art. 2, al. 4, de la Charte de l'ONU, il est interdit aux Etats, «dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance

politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies». La légitime défense individuelle ou collective (art. 51 de la Charte de l'ONU) ou une réso-

100 Actuellement, 26 Etats sont liés par la convention, y compris l'Angola, la Nouvelle-Zélande, le Nigéria et la République démocratique du Congo (ancien Zaïre). Six Etats européens l'ont ratifié (la Belgique, l'Italie, la Croatie, l'Ukraine, le Bélarus, Chypre) et quatre l'ont signée (l'Allemagne, la Pologne, la Roumanie et la Serbie-Monténégro). Jusqu'ici, les Etats occidentaux militairement influents tels que les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et la France, mais aussi la Russie et la République populaire de Chine, se sont abstenus de la ratifier.

677 lution du Conseil de sécurité de l'ONU selon le chapitre VII de la Charte constituent des exceptions à cet égard. Comme nous l'avons déjà relevé, la Déclaration de l'ONU de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats («Friendly Relations Declaration») impose en outre aux Etats de «s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées, notamment de bandes de mercenaires, en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat.» Les Etats ne peuvent violer l'interdiction du recours à la force et l'obligation de non-intervention, que ce soit par leurs propres forces armées ou par l'engagement d'entreprises de sécurité privées.

E. 5.3

Droit international humanitaire

E. 5.3.1

Quelle est la teneur du droit international humanitaire? Le droit international humanitaire est aussi appelé droit des conflits armés, droit international de la guerre ou «ius in bello». Il n'est applicable que dans les situations de conflits armés. Le but de ce domaine du droit est d'atténuer les souffrances des victimes potentielles et les autres effets négatifs de la guerre. Les quatre conventions de Genève de 1949¹⁰¹ et leurs deux protocoles additionnels de 1977¹⁰², les conventions de La Haye de 1907¹⁰³ et plusieurs conventions interdisant des armes spécifiques ou qui en limitent l'usage comptent parmi les principales sources de droit international humanitaire. La quasi-totalité des Etats ont ratifié les conventions de Genève, et les protocoles additionnels sont aussi contraignants pour une large majorité d'Etats, dont la Suisse. Les conventions de La Haye, elles aussi, sont largement reconnues. De fait, une part assez importante des obligations du droit international humanitaire émane du droit international public coutumier. Toutefois, les dispositions de droit international humanitaire applicables aux conflits internationaux armés sont nettement plus nombreuses et détaillées que celles visant les conflits domestiques. Le droit international humanitaire contient d'une part des règles précises, à respecter s'agissant des personnes qui se trouvent dans le domaine soumis à l'autorité d'une partie au conflit (en particulier la population civile dans les territoires occupés et les prisonniers), notamment l'interdiction de la torture, l'interdiction de traitements inhumains, l'interdiction du transfert des populations civiles ou la libération des prisonniers à la fin du conflit armé. En outre, le droit international humanitaire règle les modalités de la conduite des combats lors de conflits armés en limitant les pratiques autorisées. Ainsi, les attaques contre les personnes et les objets protégés, tels que les personnes civiles, les objets civils ou le personnel et les objets de la Croix-Rouge sont prohibées. De plus, les attaques contre des cibles militaires sont interdites s'il faut

s'attendre à ce que les dommages aux personnes civiles et aux objets civils soient disproportionnés. L'utilisation de certaines armes est elle aussi interdite (armes chimiques, armes biologiques). En outre, certaines méthodes de combat comme la perfidie ou l'utilisation abusive de l'emblème de la Croix-Rouge sont

101 RS 0.518.12; 0.518.23; 0.518.42; 0.518.51 102 RS 0.518.521; 0.518.522 103 RS 0.515.21; 0.515.22

678 exclues. Les puissances d'occupation sont encore astreintes à des obligations spécifiques à l'endroit de la population et de l'administration des territoires occupés.

E. 5.3.2

Applicabilité du droit international humanitaire aux entreprises de sécurité privées Le droit international humanitaire ne vise pas les Etats seulement. Il comporte de nombreuses dispositions que les individus, voire les personnes civiles, sont tenus de respecter. L'exemple peut-être le plus connu est l'art. 3, commun aux quatre conventions de Genève¹⁰⁴, selon lequel les civils et les membres des forces armées qui ont rendu les armes, ainsi que les personnes qui, malades, blessées ou captives, ne sont pas (ou plus) en état de combattre, doivent être traités avec humanité et ne pas être exposés à des attaques contre leur vie ou leur intégrité corporelle, à des mutilations, à la torture ou à des traitements cruels. Tous les individus qui participent activement à des conflits armés domestiques ou internationaux, qu'ils soient les membres de forces armées, des personnes civiles munies spontanément d'une arme ou les employés d'une entreprise de sécurité privée, sont tenus, indépendamment de leur nationalité, de respecter certaines règles minimales régissant la conduite de la guerre. La même règle s'applique aux personnes qui surveillent des prisonniers dans le cadre d'un conflit armé.

E. 5.3.3

Obligations des Etats concernant les entreprises de sécurité privées L'art. 1 commun aux quatre conventions de Genève précise que les Etats signataires sont tenus de respecter et de faire respecter les conventions de Genève en toutes circonstances. Les Etats doivent donc d'une part veiller à ce que tous les acteurs étatiques observent le droit international humanitaire. En outre, les Etats signataires des conventions de Genève ont l'obligation de contribuer à ce que les tiers, qu'il s'agisse d'autres Etats ou de privés, respectent le droit international humanitaire. Les Etats ne peuvent pas se soustraire à leurs obligations afférentes au droit international humanitaire en transférant certaines tâches à des entreprises privées. Bien plus, ils sont tenus de veiller à ce que les entreprises de sécurité privées respectent le droit international humanitaire lorsqu'ils les engagent dans une situation de conflit, ou si elles ont leur siège sur leur territoire, ou encore si elles opèrent sur leur territoire. De surcroît, les Etats signataires sont tenus de poursuivre les violations graves aux conventions de Genève, indépendamment du lieu de l'infraction et de la nationalité de son auteur ou de ses victimes.

104 RS 0.518.12; 0.518.23; 0.518.42; 0.518.51

679

E. 5.4

Les droits de l'homme

E. 5.4.1

Le respect des droits de l'homme, une obligation traditionnelle des Etats Les droits de l'homme, comme composante du droit international humanitaire, n'obligent traditionnellement que les Etats envers leurs citoyens ou les autres personnes. Il incombe aux Etats de veiller à ce que les acteurs qui opèrent pour eux respectent les droits de l'homme. En ce qui concerne les entreprises de sécurité privées, mandatées par des Etats sans être intégrées dans le corps des forces policières ou armées d'un pays, la question se pose en particulier de savoir si elles sont considérées comme des acteurs étatiques et, par conséquent, si elles sont tenues de respecter les droits de l'homme garantis par le droit international public. A l'instar de ce qui prévaut pour le droit international humanitaire, les Etats ne sauraient se défaire de leurs obligations en matière de droits de l'homme en confiant certaines tâches à des privés. En outre, les conventions internationales relatives aux droits de l'homme s'appliquent aussi en situation de conflit armé, ainsi que la Cour internationale de Justice¹⁰⁵ et la Commission des droits de l'homme de l'ONU¹⁰⁶ l'ont confirmé. Font exception les droits de l'homme auxquels il est possible de déroger aux termes des conventions. On ne saurait pas déroger, notamment, au droit à la vie, à l'interdiction de la torture et à l'interdiction de traitements inhumains. En outre, le droit international humanitaire constitue souvent la «lex specialis»: il indique comment il convient d'interpréter concrètement un droit de l'homme dans une situation de conflit armé.

E. 5.4.2

Les droits de l'homme s'appliquent-ils aussi directement aux entreprises de sécurité privées? Lorsque des entreprises de sécurité privées sont mandatées par des personnes privées physiques ou morales, et non par des Etats, elles ne constituent clairement pas des acteurs étatiques. En pareil cas, la question se pose de savoir si les droits de l'homme ou du moins certains d'entre eux s'appliquent aussi aux relations entre les employés de ces entreprises de sécurité privées et d'autres personnes privées? La question d'un tel effet horizontal des droits de l'homme est controversée. Mentionnons toutefois que les privés, même en temps de paix, sont individuellement punissables pénalement en application directe du droit international public, lorsqu'ils ont commis de graves violations de certains droits de l'homme. Ce point est notamment confirmé par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998, ratifié par la Suisse¹⁰⁷. En vertu de l'art. 7 de ce statut, les privés sont également passibles de poursuites pénales pour crimes contre l'humanité, par exemple la torture ou la disparition forcée de personnes.

105 Avis de droit du 9 juillet 2004 «Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé». 106 General Comment n° 31 du 29.3.2004. 107 RS 0.312.1

680

E. 5.5

Conséquences de la violation du droit international public A ce stade, le droit international public ne prévoit pas, à l'encontre des entreprises, de responsabilité pénale directement étayée par des dispositions de droit international public, bien que des efforts aillent dans ce sens. Par contre, il est tout à fait possible de poursuivre des individus au titre de leur responsabilité pénale en s'appuyant sur le droit international public. De même, dans certaines circonstances, les Etats peuvent être tenus responsables, en vertu du droit international public, des dommages causés par des entreprises privées, s'ils ne respectent pas leur obligation (relevant du droit international public) de renoncer à conduire ou tolérer sur leur propre territoire des activités qui entraînent de graves dommages au-delà de leurs

frontières.

E. 5.5.1

Responsabilité des Etats Les actes ou les omissions qui, imputables aux Etats en vertu du droit international public, sont contraires à ce droit même, entraînent la «responsabilité de ces Etats». Des règles importantes de cette responsabilité des Etats sont contenues dans les projets d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite («Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts»), produits par la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies, projets d'articles qui reflètent le droit international public coutumier. D'une part, un Etat peut se voir imputer un comportement illicite selon le droit international public de l'un de ses organes¹⁰⁸. D'autre part, le comportement contraire au droit international public d'une personne physique, d'un groupe de personnes physiques ou d'une personne morale, qui ne sont pas des organes étatiques, sont également imputables à un Etat si le droit de celui-ci autorise ces acteurs à exercer des activités relevant de sa souveraineté ou s'ils agissent de fait selon les directives ou sous la conduite ou le contrôle de cet Etat. En outre, le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est assimilé, selon le droit international public, aux actes de l'Etat, lorsque cette personne ou ce groupe de personnes assume effectivement des fonctions relevant de la souveraineté de l'Etat en l'absence ou en remplacement des autorités officielles alors que les circonstances commandent que ces fonctions soient assurées (art. 5, 8 et 9 des projets d'articles de la CDI). La conséquence de cette responsabilité de l'Etat est l'obligation d'indemniser complètement (p. ex. par la reconstitution, la compensation du dommage ou la réparation) les autres Etats lésés ou éventuellement la «communauté internationale» (projets d'articles de la CDI, 2e partie). Ainsi, en particulier, les actes d'entreprises de sécurité privées mandatées par un Etat sont imputables selon les circonstances à cet Etat en vertu du droit international public.

¹⁰⁸ Il est en l'occurrence indifférent que l'organe étatique exerce une fonction législative, exécutive, judiciaire ou autre, la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat n'importe pas, de même que de savoir s'il est ou non subordonné à une unité centrale ou fédérale (art. 1, 2 et 4 des projets d'articles de la CDI).

⁶⁸¹ Tandis que les projets d'articles de la CDI décrivent la responsabilité des Etats par rapport à d'autres Etats ou à la communauté internationale, les particuliers peuvent eux aussi poursuivre en justice, devant certaines instances nationales et internationales, un Etat qui a violé certaines règles du droit international public (à savoir le droit international humanitaire ou les droits de l'homme). L'examen des diverses possibilités au niveau national ou régional de poursuivre un Etat en vertu du droit international public excède toutefois le cadre de ce rapport.

E. 5.5.2

Responsabilité individuelle relevant du droit pénal international

E. 5.5.2.1

Introduction et sources du droit Certaines violations du droit international public entraînent une responsabilité pénale individuelle reposant directement sur le droit international public. Les sources du droit pénal international y afférentes sont, d'une part, certains traités internationaux tels que les conventions de Genève¹⁰⁹ ou la Convention de l'ONU de 1984 contre la torture¹¹⁰; d'autre part, le droit international coutumier est de très grande

importance. Il s'est développé sous l'impulsion de la pratique aux niveaux national et international, notamment en s'inspirant des lois nationales, des manuels militaires et des bases juridiques écrites et non écrites des tribunaux nationaux et internationaux tels que les tribunaux ad hoc institués au terme de la Deuxième Guerre mondiale à Nuremberg et à Tokyo, mais aussi les tribunaux de l'ex- Yougoslavie et du Rouanda. Les crimes de droit international public cités dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale¹¹¹ reflètent le droit international coutumier, comme il est largement reconnu.

E. 5.5.2.2

Les faits Les faits qui pourraient être potentiellement pertinents quant à l'engagement d'entreprises de sécurité privées dans des situations de conflit comprennent les crimes de guerre¹¹² et les crimes contre l'humanité¹¹³ ainsi que des faits particuliers tels que la torture¹¹⁴ ou la disparition forcée de personnes¹¹⁵.

109 RS 0.518.12; 0.518.23; 0.518.42; 0.518.51 110 RS 0.105 111 RS 0.312.1 112 Les crimes de guerre sont des violations du droit international humanitaire considérées comme des crimes par le droit international public, par exemple la torture exercée sur des prisonniers en relation avec un conflit armé, le meurtre de personnes civiles sans armes ou le pillage de valeurs. 113 Les crimes contre l'humanité sont pour l'essentiel des violations des droits de l'homme perpétrées systématiquement et à large échelle. 114 RS 0.105 115 Le 29 septembre 2005, un groupe de travail de la Commission des droits de l'homme de l'ONU a élaboré un projet de convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: <http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/group/index.htm>.

682

E. 5.5.2.3

La juridiction nationale comme instrument d'application du droit international public S'agissant de l'application du droit international pénal, les tribunaux nationaux fondent traditionnellement leur compétence avant tout sur les principes suivants: le principe de territorialité (le crime a été perpétré sur le territoire de l'Etat du for), le principe de personnalité active (l'auteur du crime est un citoyen de l'Etat en question), le principe de personnalité passive (la victime est un citoyen de l'Etat en question) et le principe d'universalité (en particulier pour les crimes graves contre le droit international public, sans qu'un rattachement à l'Etat du for soit requis). Certaines conventions comportent l'obligation pour les Etats signataires de poursuivre pénalement par leurs propres tribunaux certaines violations desdites conventions. Tant les conventions de Genève¹¹⁶ que la Convention de l'ONU contre la torture¹¹⁷ obligent en outre les Etats signataires à poursuivre pénalement les graves infractions aux deux traités. Cette obligation s'appuie sur le principe d'universalité, elle s'applique donc également si le crime a été commis dans un autre pays et si son auteur ou sa victime ne sont pas des citoyens de l'Etat concerné. La législation suisse prévoit par conséquent, en cas de graves violations des conventions de Genève, ou d'autres crimes de guerre, ou d'usage de la torture, une juridiction pénale suisse fondée sur le principe d'universalité. Une révision du droit pénal visant à instituer la juridiction pénale également en cas de crime contre l'humanité est en préparation suite à la ratification par la Suisse du Statut de Rome.

E. 5.5.2.4

La juridiction internationale Comme de nombreux Etats n'ont pas rempli à ce jour leurs obligations de poursuite pénale de crimes relevant du droit international public, la communauté internationale a institué plusieurs tribunaux ad hoc et la Cour pénale internationale (CPI) permanente. Toutefois, selon le Statut de Rome¹¹⁸, la CPI n'est compétente que si le crime s'est produit sur le territoire de l'un des Etats signataires ou s'il a été perpétré par l'un de ses ressortissants, ou encore si le Conseil de sécurité de l'ONU défère une situation à la CPI. Cette dernière n'est pas compétente lorsque les faits allégués font l'objet d'une enquête dans le cadre d'une procédure pénale sérieuse au niveau national. De plus, en raison de ses ressources limitées, elle ne peut examiner qu'un petit nombre de crimes de droit international public parmi les plus graves.

116 RS 0.518.12; 0.518.23; 0.518.42; 0.518.51 117 RS 0.105 118 RS 0.312.1

683

E. 5.6

Obligations de droit international public et rôle de la Suisse en sa qualité d'Etat signataire et dépositaire des conventions de Genève La Suisse a des obligations quant au respect du droit international humanitaire et à la promotion de ce dernier, davantage en sa qualité d'Etat signataire des conventions de Genève¹¹⁹ qu'en sa qualité d'Etat dépositaire. Il n'en demeure pas moins que récemment la communauté internationale lui a aussi confié, en tant qu'Etat dépositaire, certaines tâches visant à promouvoir le droit international humanitaire. Comme Etat signataire des conventions de Genève, la Suisse est tenue de les respecter et de les faire respecter. Elle doit notamment veiller à ce que les autres Etats et les privés observent les conventions de Genève, y compris, le cas échéant, les entreprises de sécurité privées établies en Suisse et actives dans des zones de conflit, et ce d'autant plus lorsqu'elle mandate elle-même des entreprises de sécurité privées pour qu'elles assument certaines tâches dans des situations de conflit. La Suisse en tant qu'Etat signataire des conventions de Genève a également l'obligation de poursuivre pénalement les Suisses ou les étrangers séjournant sur son territoire, qu'ils soient ou non employés d'entreprises de sécurité privées, s'ils ont commis des crimes de guerre. En outre, elle s'engage régulièrement sur le plan international pour que les conventions de Genève soient systématiquement respectées. La partie finale de ce rapport (ch. 6.2) présente les initiatives possibles que la Suisse pourrait prendre au plan international.

E. 5.7

Le droit de la neutralité en droit international Les Etats neutres sont tenus d'avoir une position neutre par rapport aux conflits armés internationaux et de ne pas prendre part aux hostilités. Une participation indirecte de leur part par l'intermédiaire d'entreprises de sécurité ou d'entreprises militaires privées chargées de soutenir militairement une des parties au conflit, n'est pas non plus admissible. Le droit de la neutralité ne s'applique pas aux conflits armés qui ne sont pas de nature internationale. Les art. 4 et 5 de la Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (Convention de La Haye)¹²⁰ prescrivent en outre 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. Il convient dès lors de se demander si la Suisse doit agir à titre préventif pour éviter que des entreprises de sécurité ne recrutent activement du personnel sur son territoire pour participer à des affrontements militaires dans le cadre d'un conflit armé international. Le

recrutement de combattants au sens de la convention susmentionnée par des entreprises ayant leur siège en Suisse pourrait être interdit moyennant l'adoption d'une base légale prévoyant un système de licence. De plus, en vertu de l'art. 184, al. 3, Cst., le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances ou prendre les

119 RS 0.518.12; 0.518.23; 0.518.42; 0.518.51 120 RS 0.515.21

684 décisions nécessaires si la sauvegarde des intérêts du pays l'exige. Toutefois, il ne s'agirait pas d'une solution satisfaisante à long terme. A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'offre de forces de combat constitue clairement l'exception sur le marché mondial des prestations de sécurité. Selon l'art. 6 de la Convention de La Haye, 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 de la Convention de La Haye). Selon l'art. 18 de cette même convention, les services rendus en matière de police ou d'administration civile ne sont toutefois pas considérés comme actes commis en faveur d'un belligérant. Il convient à ce propos de relever que les prestations en faveur d'opérations pour établir ou maintenir la paix qui sont légitimées par une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU en tant que mesure de la communauté internationale, ne sont pas non plus considérées comme des prestations en faveur d'un belligérant. 6 Conclusions et propositions de mesures

E. 6

Marco Gamma, *Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr*, Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 51. Concernant le remplacement de la justice personnelle par le monopole étatique de la puissance, voir *ibid.* pp. 50 à 56.

E. 6.1

Perspective nationale

E. 6.1.1

Délégation de tâches de sécurité à des privés Force est de constater qu'en l'état le recours par l'administration fédérale aux services d'entreprises de sécurité privées ne pose pas de problèmes particuliers, au motif que les tâches déléguées sont, dans les faits, étroitement limitées. La délégation de tâches étatiques par les cantons et les communes au secteur privé semble en revanche plus fréquente que pour la Confédération. Dans le cadre de leur autonomie organisationnelle, les cantons peuvent déléguer de telles tâches. De nombreuses entreprises de sécurité privées établies dans les cantons et les communes assument des tâches traditionnelles de surveillance pour des privés ou pour le secteur public (p.ex. surveillance d'objets, contrôle à l'entrée lors de grandes manifestations). La collaboration entre les organes étatiques et les entreprises privées pour garantir l'ordre et la sécurité publics est de manière générale satisfaisante. Il peut toutefois survenir des problèmes lors de contrôles d'identité, lorsque les compétences et les droits d'intervention des agents d'entreprises de sécurité ne sont pas clairement définis. Les tâches étatiques dans le domaine de la sécurité ne peuvent pas toutes être déléguées au secteur privé. La puissance publique (voir ch. 2.2) expressément consacrée dans la Constitution fédérale et dans celles des cantons (voir ch. 4.1 et 4.2), fixe au contraire des limites relativement étroites¹²¹.

121 Récemment, la Fédération suisse des fonctionnaires de police (FSFP) a chargé le professeur Walter Kälin d'établir un avis de droit sur la délégation de tâches de sécurité à des privés et sur ses limites. Les travaux sont en cours.

685 Si la Confédération doit recourir à des privés pour des activités de sécurité et de police dans un domaine de tâches qui peuvent être déléguées et qui relèvent de sa compétence, une base légale suffisamment concrète est nécessaire. Vu l'importance capitale du monopole de la puissance publique et de la protection des droits fondamentaux pour toute démocratie libérale, une disposition légale générale de délégation qui renvoie à une ordonnance ne suffit pas. Une loi au sens formel doit au contraire contenir, en plus des principes d'organisation, les conditions de base et les limites des activités de sécurité à régler. Cela signifie qu'elle doit en particulier déterminer les buts, les restrictions ainsi que les mesures de contrainte autorisées et interdites et qu'elle doit définir dans quelle mesure l'utilisation de la contrainte est permise. Les principes de surveillance et de contrôle doivent également être fixés. A titre d'exemple, on peut citer les récents projets de loi sur l'usage de la contrainte et sur le service de sécurité des entreprises de transport, qui contiennent des dispositions détaillées concernant les conditions et les limites de la délégation de tâches de sécurité à des privés, notamment en cas d'usage de la contrainte. Lorsque la Confédération mandate une entreprise de sécurité privée, le contrat conclu entre les parties porte en règle générale sur les points suivants: les prestations à fournir, la rémunération, les exigences concernant la formation et les compétences du personnel de l'entreprise privée mandatée, les moyens que ce personnel est en droit d'utiliser, les clauses de responsabilité en cas de dommages, la durée et le lieu d'exécution du contrat, de même que le for en cas de litige sont généralement réglés dans le contrat qui lie la Confédération à l'entreprise privée. Cette solution contractuelle présente un certain nombre d'avantages au motif qu'elle offre la flexibilité nécessaire au cas d'espèce. La question se pose toutefois de savoir si l'on ne devrait pas régler de manière générale les critères minimaux qu'une entreprise de sécurité doit remplir pour que la Confédération puisse recourir à ses services de même que les points qui doivent impérativement être réglés dans le contrat.

E. 6.1.2

Surveillance de l'Etat sur les activités des entreprises de sécurité privée Actuellement, la surveillance sur les entreprises de sécurité privées relève de la compétence des cantons. Il se pose la question de savoir si la réglementation actuelle est suffisante. La réglementation des cantons concernant les entreprises de sécurité privées et les personnes actives dans le domaine de la sécurité et de la police manque aujourd'hui d'unité. Si l'on tient compte du fait que des événements d'une certaine envergure sur le plan interrégional et international jouent un rôle plus important aujourd'hui, que les menaces d'attentats terroristes à l'échelon mondial rendent nécessaire la mise en place d'un large réseau de sécurité dépassant souvent les frontières cantonales et qu'elles exigent une organisation adéquate de la part de l'organisateur de ces événements, des législations cantonales uniformes seraient certainement à long terme souhaitables. Il est également nécessaire que tous les cantons prévoient un système minimal standard d'autorisation et de surveillance des entreprises de sécurité privées et de leurs activités afin d'éviter des problèmes avec des fournisseurs de services peu sérieux et peu professionnels.

686 Les efforts des cantons suisses allemands d'harmoniser davantage leur législation concernant les entreprises de sécurité privées et les personnes actives dans le domaine de la sécurité sont très prometteurs, ce d'autant plus qu'ils sont non seulement le résultat d'une

collaboration avec les professionnels de la branche mais qu'ils répondent aussi au souhait de ces derniers. Quant aux cantons romands, ils ont choisi la solution du concordat en vigueur depuis 1996. Le Conseil fédéral considère qu'une plus grande harmonisation des législations cantonales n'est pas seulement souhaitable mais qu'elle est nécessaire au vu du développement rapide des prestations de sécurité privées. Il recommande par conséquent aux cantons qui n'ont pas légiféré ou qui ont une législation succincte en matière de sécurité, de le faire dans les meilleurs délais, en adhérant au Concordat concernant les entreprises de sécurité ou en s'inspirant des dispositions modèles de la CCPCS. Au vu des efforts des cantons d'harmoniser leur législation, le Conseil fédéral considère qu'en l'état il n'est pas nécessaire d'édicter des dispositions de droit fédéral. La question des entreprises qui opèrent à l'étranger depuis le territoire suisse mérite toutefois un examen particulier (voir ch. 6.1.3 ci-dessous).

E. 6.1.3

Entreprises de sécurité privées actives dans les zones de crise et de conflit L'enquête menée auprès des cantons a révélé que des entreprises de sécurité privées sont aujourd'hui déjà actives dans certains cas à partir de la Suisse dans des zones de conflit ou qu'elles envisagent à tout le moins un pas dans ce sens à brève échéance. L'aperçu présenté sous ch. 3.3 des activités de fournisseurs de prestations militaires et de sécurité privés, qui opèrent à l'étranger à partir du territoire national suisse, révèle deux aspects: – Il n'est actuellement guère possible de présenter une vue d'ensemble complète de telles activités, car les entreprises concernées ne sont recensées qu'au niveau cantonal, pour autant qu'elles le soient et elles ne sont pas soumises à une surveillance particulière. De plus, les cantons appliquent des règles disparates. – Les recherches conduites auprès des cantons indiquent que quelques entreprises militaires ou de sécurité privées actives dans des zones de conflit ou de crise, ou qui n'excluent pas une telle activité, opèrent ou pourraient opérer à partir du territoire national suisse. Il n'est actuellement pas possible d'évaluer définitivement la portée de cette problématique. Eu égard aux risques potentiels (implications dans les conflits internationaux délicates du point de vue de la politique de neutralité; graves violations du droit international public à partir du territoire national suisse), la Suisse a toutefois un intérêt crucial à connaître les personnes et les entreprises éventuellement actives à partir de son territoire dans des zones de crise et de conflit et à pouvoir vérifier la conformité de leurs activités avec les dispositions du droit national et celles du droit international public. Pour ces raisons, le Conseil fédéral est prêt à examiner s'il faut soumettre les fournisseurs de prestations militaires et de sécurité privés actifs dans les zones de crise et de conflit à une autorisation ou un enregistrement fédéral obligatoire. D'autres pays, par exemple les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud, le font déjà ou

687 l'envisagent concrètement. Il y aurait également lieu de vérifier la base constitutionnelle d'une telle réglementation fédérale. Elle pourrait se fonder sur l'art. 95, al. 1, Cst., mais aussi éventuellement sur la compétence globale de la Confédération en matière de politique étrangère (art. 54, al. 2, Cst.), puisque la responsabilité de la Confédération peut être mise en cause en vertu du droit international public si des entreprises de sécurité privées venaient à violer ce droit à l'étranger tout en opérant à partir du territoire national suisse avec l'assentiment de la Confédération. D'autre part, les organes politiques suprêmes de la Confédération sont compétents pour prendre des mesures destinées à préserver la sécurité extérieure et la neutralité de la Suisse, de même que pour prendre les mesures

nécessaires en vue de sauvegarder les intérêts nationaux (art. 173, al. 1, let. a, 184, al. 3, et 185, al. 1, Cst.). Dans ce contexte, le Conseil fédéral entend suivre l'évolution internationale et examiner en profondeur la problématique des entreprises militaires et de sécurité privées qui opèrent sur le plan international à partir du territoire national suisse.

E. 6.1.4

Responsabilité pénale, civile et de droit public De l'avis du Conseil fédéral, il n'est pas nécessaire actuellement d'étoffer la réglementation en matière de responsabilité pénale, civile et de droit public pour les entreprises et les personnes privées actives dans le domaine sécuritaire ainsi que pour leurs mandants privés ou étatiques. Le Conseil fédéral pense que la responsabilité civile et de droit public concernant les dommages causés par un comportement illicite est suffisamment réglementée pour le moment. En ce qui concerne le droit pénal international, il existe suffisamment de dispositions pénales concrètes qui permettent de sanctionner les violations graves des droits protégés, notamment les droits de l'homme et le droit international humanitaire. Au niveau interne, le droit suisse prévoit un certain nombre de principes (art. 3 à 6bis CP) qui fixent non seulement le domaine d'application de la loi suisse, mais également la compétence des autorités judiciaires suisses pour poursuivre l'auteur d'une infraction. En vertu de ces principes, le droit suisse est applicable s'il existe une circonstance de rattachement à la Suisse, notamment lorsque l'auteur de l'infraction est établi en Suisse (voir p. ex. art. 6bis CP). D'autres législations étrangères connaissent le même principe. En revanche, le droit suisse ne confère pas de compétence universelle aux autorités judiciaires suisses pour poursuivre tout crime ou délit commis à l'étranger. Cette réglementation a pour conséquence que le personnel étranger d'une entreprise de sécurité privée établie dans notre pays et opérant à l'étranger ne pourrait en principe pas être poursuivi en Suisse pour les infractions commises par lui à l'étranger s'il n'est pas établi dans notre pays. En effet, une circonstance légale de rattachement à la Suisse fait défaut. A ce propos, il convient de rappeler que les compétences pénales des autorités suisses ne sauraient être étendues sans tenir compte de la décision du Parlement selon laquelle les crimes de guerre commis par un ressortissant étranger à l'étranger ne peuvent être poursuivis par la justice suisse que s'il existe un lien étroit entre l'auteur de l'infraction et notre pays¹²². Il est probable que cette décision fasse à nouveau l'objet de discussions au Parlement par rapport à d'autres crimes graves lorsque ce dernier traitera du projet

122 BO CE 2003 938.

688 de loi relatif aux mesures complémentaires nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome, qui se trouve actuellement au stade de la procédure de consultation. On ne saurait en outre faire abstraction du fait qu'une compétence universelle des autorités judiciaires suisses en matière pénale impliquerait un certain nombre de difficultés procédurales importantes, notamment en ce qui concerne l'instruction et l'administration des preuves. Comme exposé sous ch. 4.5.3.2, l'entreprise de sécurité privée pourrait, le cas échéant, être poursuivie par les autorités suisses aux conditions prévues à l'art. 100quater CP.

E. 6.1.5

Transfert de «savoir-faire» par d'anciens employés de la Confédération à des entreprises de sécurité privées Il n'est pas nécessaire d'édicter des dispositions particulières concernant le transfert de «savoir-faire» par d'anciens employés de la Confédération à des entreprises de sécurité privées. En effet, le Conseil fédéral est de l'avis que les dispositions en vigueur, en

particulier les art. 320 à 321ter CP qui sanctionnent la violation de l'obligation de garder le secret, sont suffisantes. Si l'on voulait aller plus loin et interdire aux anciens employés de la Confédération ou à certaines catégories d'entre eux d'utiliser leurs connaissances au service d'un employeur privé, cela équivaldrait bien souvent en pratique à une interdiction pour ces personnes d'exercer leur activité professionnelle, surtout dans des secteurs offrant des débouchés limités. Une telle mesure pourrait avoir des effets disproportionnés, d'autant que les collectivités publiques ne sont plus toujours en mesure de garantir à ces personnes le maintien de leur emploi.

E. 6.2

Perspective de politique étrangère

E. 6.2.1

Esquisses de solutions possibles du point de vue international Il y a lieu d'examiner de manière plus approfondie si de nouvelles normes de droit international public, qui s'appliqueraient spécifiquement aux entreprises militaires et de sécurité privées et aux personnes actives dans ces domaines doivent être édictées. Dans tous les cas, la communauté des Etats se doit d'étudier, dans le cadre d'un dialogue interétatique, l'opportunité d'édicter des réglementations sur le plan national, qui permettent de contrôler efficacement l'engagement d'entreprises de sécurité privées à l'étranger en situation de conflit. On pourrait par exemple envisager les mesures et dispositions internes suivantes, qui font aussi l'objet de discussions parmi les spécialistes: a. retenue lorsqu'il s'agit de s'écarter du monopole étatique de la puissance publique: les tâches relevant du monopole étatique de la puissance publique ne devraient être déléguées qu'avec retenue à des privés; b. réglementation de l'usage de la force par les entreprises de sécurité privées: les entreprises appelées à s'engager dans des zones de conflit à l'étranger pourraient être soumises en partie aux mêmes règles que les forces armées;

689 une structure de responsabilité adéquate (chaîne de commandement claire) devrait être garantie dans la perspective d'un contrôle efficace de l'Etat; c. surveillance efficace: des organisations ou des organes appropriés aux plans national (p.ex. le Parlement) et international devraient disposer d'une vue d'ensemble des activités des entreprises privées actives sur la scène internationale, et être en mesure d'intervenir, le cas échéant, en exerçant leurs droits de surveillance; d. sanctions et responsabilités individuelles efficaces: les actes punissables doivent être efficacement poursuivis et sanctionnés, en particulier lorsqu'il s'agit de crimes de guerre ou d'autre crimes relevant du droit international public; e. système de licence ou procédure d'autorisation: l'octroi d'une licence d'Etat pourrait constituer une condition préalable à l'activité d'une entreprise de sécurité privée dans des zones de conflit à l'étranger; les rapports de propriété, la structure et l'offre de services des entreprises devraient être déclarés; on pourrait en outre imaginer que certains mandats soient soumis à autorisation; les licences pourraient être publiées; les points suivants pourraient jouer un rôle dans l'octroi de la licence: – définition de conditions minimales régissant la formation de base et la préparation du personnel à un engagement déterminé de même que le comportement à observer dans le pays hôte («code de conduite» et «Rules of Engagement»); – examen et sélection: contrôle de l'aptitude du personnel sous l'angle du caractère (p.ex. absence de condamnation pénale, bonne réputation); – monitoring: garantie d'un contrôle régulier efficace (p.ex. obligation de prévoir des clauses correspondantes dans les contrats passés entre les Etats mandants et les entreprises privées); – obligation de

prévoir des conditions minimales dans les contrats: par exemple, obligation de respecter le droit international humanitaire et les droits de l'homme, obligation de former le personnel sous cet angle, limites à respecter en matière de sous-traitance de tâches de sécurité à des entreprises privées locales ou à d'autres entreprises privées étrangères, obligation de respecter la législation de l'Etat hôte; f. régime adéquat de contrôle des exportations: des contrôles praticables et efficaces des exportations devraient être institués notamment pour les biens à double usage («dual use»), qui sont utilisés pour la logistique et l'infrastructure des entreprises de sécurité privées; g. harmonisation de la législation sur les armes: les dispositions concernant les entreprises de sécurité privées actives à l'étranger pourraient être harmonisées avec la législation nationale sur l'exportation d'armes (cohérence entre l'exportation de biens et celle de services militairement sensibles); h. interdiction de certaines activités: il serait envisageable de prohiber totalement certaines opérations, par exemple celles qui sont exécutées par des personnes privées agissant en dehors d'une structure d'entreprise, ou les engagements au combat, ou encore les prestations particulièrement délicates telles que les enquêtes personnelles et les activités de renseignement.

690 Toutefois, une solution purement nationale ne suffit pas. D'une part, les entreprises de sécurité privées actives internationalement, qui sont fréquemment organisées de manière très flexible, peuvent déjouer une réglementation nationale en transférant leur siège dans un autre Etat (en changeant ou non d'appellation), ou elles peuvent se dissoudre et poursuivre la même activité en un autre lieu, sous un autre nom et dans une nouvelle structure, avec les mêmes personnes. En outre, l'application extraterritoriale de normes non reconnues internationalement achoppe à des limites de fait, éventuellement aussi de droit.

E. 6.2.2

Le rôle que peut jouer la Suisse sur la scène internationale L'intérêt du public pour la problématique de la délégation de tâches sécuritaires jusqu'ici assumées par l'Etat à des entreprises privées spécialisées a considérablement augmenté depuis le début de la guerre en Irak¹²³. Malgré les efforts consentis par différents pays soucieux de développer des solutions adaptées à leur propre domaine de responsabilité, il manque à ce stade certainement un processus international qui offre aux Etats un forum leur permettant de discuter d'une approche commune en vue de définir des standards internationaux et nationaux ainsi que des mécanismes garantissant un meilleur respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme. La problématique des entreprises de sécurité privées actives sur la scène internationale dans les zones de crise et de conflit a surtout gagné en acuité depuis les années 90. En raison de la récente guerre en Irak, surtout depuis l'année dernière, la population suisse et le Parlement ont pris davantage conscience du problème. A l'été 2004, le DFAE a fait part à des représentants de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis de l'inquiétude de la Suisse quant aux infractions commises dans la prison d'Abu Ghraib (Irak). Des employés d'entreprises de sécurité privées ont aussi pris part à ces violations des droits de l'homme. En 2004, l'administration fédérale a donc intensifié ses réflexions quant à l'opportunité et au potentiel d'initiatives internationales, engagées au niveau intergouvernemental ou supranational. Pour trois raisons notamment, la Suisse ne saurait fermer les yeux sur les développements problématiques à l'échelle internationale qui concernent les entreprises militaires et de sécurité privées: – elle doit elle-même recourir occasionnellement aux services d'entreprises de sécurité privées pour garantir la sécurité de ses représentations à l'étranger, en particulier dans les zones de conflit; – des

recherches ponctuelles ont montré que des entreprises militaires et de sécurité privées actives dans des zones de conflit peuvent opérer à partir du territoire national suisse; or, la Suisse a intérêt à ce que son territoire ne serve pas de base à des opérations illicites, ou du moins douteuses, à l'étranger;

123 Les manifestations publiques sur ce sujet sont aussi toujours plus nombreuses et la bibliographie s'allonge rapidement. Les approches à ce stade sont toutefois plutôt descriptives, orientées en partie seulement selon une optique politologique et elles font très rarement appel à l'analyse juridique.

691 – la mise en œuvre du droit international public et, si nécessaire, son développement, en particulier la promotion des droits de l'homme et du droit international humanitaire, est une préoccupation traditionnelle de la Suisse. En raison de sa tradition humanitaire et en sa qualité d'Etat signataire des conventions de Genève, la Suisse pourrait contribuer judicieusement à la codification et à la clarification des conditions et des limites juridiques de l'activité des entreprises militaires et de sécurité privées et favoriser le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme. A l'heure actuelle, elle est en train d'initier un processus international, qui vise trois objectifs: – promotion d'un dialogue interétatique concernant les défis lancés par le recours aux entreprises militaires et de sécurité privées; – renforcement et clarification des obligations internationales des Etats et des autres acteurs, notamment dans le domaine du droit international humanitaire et des droits de l'homme; – examen d'options et de modèles de réglementation ainsi que d'autres mesures appropriées sur le plan national, régional et international. La Suisse vise à lancer ce processus international en coopération avec le CICR, avec lequel elle a déjà élaboré les grandes lignes communes de l'initiative intergouvernementale. Au cours de l'été 2005 ont eu lieu de premières rencontres avec des experts choisis. Dès l'automne 2005, divers Etats ont été consultés de manière ciblée. On prévoit l'organisation d'une conférence d'experts gouvernementaux en 2006. Idéalement, les discussions sur le fond conduites dans le cadre de ce processus international et les résultats qui en ressortiront pourraient également influencer favorablement les développements à l'intérieur des Etats: ceux-ci, mais aussi les organisations supranationales et non gouvernementales ainsi que les entreprises multinationales, clientes des entreprises de sécurité privées, pourraient être invités à examiner leurs propres réglementations. Des normes définies sur le plan international seraient également propices à la cohérence des diverses réglementations nationales édictées par les Etats. Il convient enfin de relever que l'initiative suisse est neutre par rapport à la question de savoir si le phénomène lié aux entreprises militaires et de sécurité privées est souhaitable ou non. Le recours à ces entreprises est toutefois une réalité; selon les prévisions, il devrait même augmenter. C'est pour cette raison que l'initiative entend discuter des mesures envisageables pour atténuer les conséquences négatives que peut impliquer le recours à de telles entreprises.

692

E. 6.3

Enumération des mesures qu'entend prendre le Conseil fédéral Le Conseil fédéral envisage de prendre les mesures suivantes: 1. Ordonner aux autorités administratives de tenir compte des limites fixées par la Constitution, lorsqu'elles envisagent de déléguer des tâches de sécurité à des entreprises privées. 2. Inviter les cantons à harmoniser leurs législations. 3. Examiner la possibilité de fixer des conditions minimales qu'une entreprise de sécurité

privée devrait remplir lorsqu'elle est chargée par la Confédération d'exécuter des tâches de sécurité. 4. Examiner s'il est opportun de soumettre les fournisseurs de prestations militaires ou de sécurité opérant dans des zones de crise ou de conflit depuis la Suisse à une obligation d'autorisation ou d'enregistrement. 5. Lancer un processus au niveau international, de préférence en collaboration avec le CICR, afin de contribuer à un dialogue interétatique, de réaffirmer et de clarifier les obligations des Etats et des autres acteurs au regard du droit international et d'étudier des modèles de réglementation au niveau national, régional et international.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Rapport du Conseil fédéral sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité) In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2006 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 02 Cahier Numero Geschäftsnummer --- Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 17.01.2006 Date Data Seite 631-692 Page Pagina Ref. No 10 139 242 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

E. 7

La privatisation doit être distinguée de la délégation de tâches de droit public. Dans le cadre de la délégation, l'Etat conserve la haute responsabilité par rapport à l'accomplissement de la tâche mais délègue l'exécution à des privés (voir ch. 4.4).

641 Certaines tâches de sécurité peuvent toutefois être confiées par la collectivité à des particuliers sans échapper entièrement à la responsabilité de l'Etat. C'est à tel phénomène que l'on assiste actuellement. Il ne s'agit pas alors d'une privatisation au sens strict, mais d'une délégation de tâches publiques à des particuliers. Indépendamment de la délégation de tâches publiques, les particuliers peuvent aussi être tentés d'assurer eux-mêmes leur sécurité en recourant aux services d'entreprises de sécurité privées pour remédier aux lacunes de l'Etat si celui-ci ne fournit plus des prestations jugées suffisantes, ce qui peut être le cas lorsque l'Etat réduit ses coûts ou que les besoins augmentent. Dans les deux cas de figure, la question se pose de savoir jusqu'à quel point et à quelles conditions des tâches de sécurité peuvent être confiées à des agents de sécurité privés sans remettre en cause le monopole de la puissance de l'Etat. Qu'il se fasse pour le compte de l'Etat ou de particuliers, l'engagement de forces de sécurité privées pose, de manière plus ou moins aiguë, la question de la légitimité de l'Etat. L'étendue et les limites des tâches de l'Etat en matière de sécurité ont été, depuis toujours, sujettes à discussion dans les sociétés démocratiques. La question de savoir quels sont les besoins fondamentaux qui doivent être couverts par l'Etat en matière de sécurité et ceux qui peuvent être confiés à des particuliers est devenue particulièrement d'actualité. Au plan interne, cela s'explique par plusieurs facteurs. D'une part, on assiste à une multiplication de grands événements d'ordre culturel, sportif ou politique, qui créent des besoins accrus en matière de sécurité intérieure. D'autre part, le sentiment d'insécurité alimenté par certains faits divers tend à se répandre dans la population, laquelle attend davantage qu'autrefois des forces de l'ordre qu'elles assurent une présence visible (patrouilles) à proximité des habitations, dans les centres urbains, etc.

Or, l'Etat arrive difficilement à mobiliser les ressources nécessaires pour répondre à ces besoins accrus, compte tenu des moyens financiers limités dont il dispose, surtout en période de difficultés budgétaires. Les agents de sécurité privés représentent à cet égard une alternative, notamment au niveau des coûts, pour combler des besoins, qui peuvent être ponctuels (par exemple organisation d'un sommet international) ou durables (par exemple manque d'effectifs policiers pour assurer la police de proximité dans les quartiers). Dans le domaine international, la problématique se présente de manière différente: aujourd'hui, le problème se pose dans les pays qui ne disposent que d'une structure étatique faible ou qui sont dépourvus de toute structure étatique («failed states»). Dans ces Etats, une force de l'ordre centralisée, qui pourrait prendre en charge les tâches élémentaires en matière de sécurité, fait défaut. Ainsi, la sécurité devient affaire privée, ce d'autant plus que beaucoup d'Etats démocratiques ont réduit leur armée et qu'ils ne sont en partie pas disposés, en tant que forces externes qui pourraient intervenir par exemple dans le cadre d'opérations de l'ONU, à exposer leurs effectifs et leurs unités de police aux risques existants dans de telles situations chaotiques. La sécurité devient également un enjeu vital pour de nombreux acteurs présents sur les lieux du conflit pour différentes raisons et qui, sans être directement parties au conflit, sont les cibles d'actes d'agression de toutes sortes (enlèvements, attentats, etc.) comme les organisations humanitaires, les représentations diplomatiques ou les fournisseurs privés de services et de biens. Ces acteurs extérieurs sont contraints de recourir de manière accrue à des agents de sécurité privés qui présentent l'avantage d'être familiarisés avec les circonstances locales et d'avoir déjà été confrontés à des situations extrêmes (actes terroristes, guérilla, guerre civile, etc.).

642 On assiste ainsi à la multiplication d'entreprises de sécurité privées qui offrent toutes sortes de services aussi bien à des gouvernements étrangers (par exemple protection des ambassades), qu'à des sociétés privées (par ex. garde de sites de production énergétique) ou à des organisations non gouvernementales (par ex. escorte de convois humanitaires).

E. 8

Ainsi, des membres des forces armées ont certes été traduits en justice pour les forfaits commis à Abu Ghraib, mais ce ne fut pas le cas des employés d'entreprises de sécurité privées pourtant également impliqués.

645 rences ou de grandes manifestations internationales (p.ex. des manifestations sportives), des filiales d'organisations internationales, des compagnies d'aviation étrangères et des touristes, des personnalités étrangères en vue, ou encore des objets représentant un grand potentiel de dommage (p.ex. les centrales nucléaires). Non seulement la coopération internationale dans la lutte anti-terroriste, mais aussi la protection préventive des personnes et des objets ont connu un fort développement ces dernières années. Eu égard aux ressources financières limitées de l'Etat, aux effectifs stagnants des corps de police cantonaux et au recul des effectifs de l'armée, la question se posera toujours plus à l'avenir de savoir si et dans quelle mesure des entreprises de sécurité privées peuvent assumer des tâches de protection et de contrôle supplémentaires. – Enfin, la Suisse pourrait devenir une base organisationnelle et logistique de plus en plus attractive pour des entreprises de sécurité privées qui opèrent mondialement, en raison de la stabilité de ses structures sociales, de la liberté économique garantie par sa Constitution et de sa forte position sur le marché financier global. Comme l'indiquent les explications présentées sous ch. 3.3, on connaît déjà dans certains cantons des entreprises actives dans des zones de crise et de conflit ou qui n'excluent pas une activité future dans de telles régions. 3 Ampleur et nature

des activités des entreprises de sécurité et des entreprises militaires privées en Suisse et à l'étranger

E. 9

Voir Réexamen du système de sécurité intérieur de la Suisse. Partie I: Forces et faiblesses du système actuel, rapport du 26.2.2001 (USIS I), p. 90. Le rapport USIS, qui s'appuie sur un article de la Weltwoche du 5.6.1998, table sur 8000 personnes. Dans un rapport intermédiaire du 17.8.2000 établi pour le projet USIS, la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) mentionne le nombre de 10'300 unités de personnel en s'appuyant sur des données du DDPS. Voir annexe 1 du rapport USIS I, p. 18 (version allemande).

E. 10

«Dans la jungle des polices privées», L'Hebdo du 18.8.2005, p. 13.

E. 11

Liste jointe à la réponse faite par la police cantonale vaudoise, en date du 29.7.2005, à une enquête de l'Office fédéral de la justice auprès des cantons.

646 prises privées qui fournissent des services d'enquêtes, de surveillance et de transport de valeurs¹². Cet accroissement s'explique principalement comme suit: – Pénurie de personnel en raison des restrictions budgétaires: en 2001, lors de la clarification effectuée dans le cadre du projet USIS, les cantons ont constaté une sous-capacité de 800 à 1000 policiers civils¹³. On relève aussi un manque chronique de personnel d'au moins 200 unités¹⁴ parmi le corps des garde-frontières, qui ne sont pas engagés seulement à la frontière, mais qui coopèrent également fructueusement avec la police dans la lutte contre la criminalité transfrontalière¹⁵. Cette sous-dotation en personnel est essentiellement liée aux restrictions budgétaires, qui découlent des budgets publics déficitaires. Les études parviennent le plus souvent à la conclusion que la police travaille à un coût sensiblement supérieur à celui des services de sécurité privés, à tout le moins là où elle est au plus proche des citoyens et où elle apparaît le plus familière, à savoir dans le service d'ordre des communes¹⁶. Typiquement, il est de nos jours usuel de confier le service d'ordre à des privés lors de fêtes de village ou de manifestations sportives locales par exemple, tandis que la police locale, aux capacités réduites, se concentre sur des tâches de surveillance et de coordination d'ordre supérieur. Les ressources de la police ne lui permettent également guère d'assurer, dans les quartiers d'habitation, les patrouilles nocturnes qui peuvent cependant contribuer à améliorer considérablement le sentiment subjectif de sécurité¹⁷. On ne peut garantir le degré élevé de professionnalisme exigible du personnel engagé que par une formation solide, donc coûteuse. Par conséquent, il ne faut pas que les seuls aspects financiers soient déterminants. Mais les restrictions budgétaires jouent assurément un rôle important s'agissant du recours plus fréquent aux prestataires de services privés dans le domaine de la sécurité.

E. 12

Selon l'article du 19.8.2004 d'Andrea Leoni, paru sur le site géré par trois journaux tessinois, Corriere del Ticino, La Regione Ticino et Giornale del Popolo: «Ticinonline», http://www.tio.ch/common_includes/pagine_comuni/articolo_interna.asp?idarticolo=178582&idtipo=3.

E. 13

Groupe pilote de Police XXI, procès-verbal des réponses au questionnaire USIS du 5.7.2001, cité dans USIS. Réexamen du système de sécurité intérieure de la Suisse. Partie II: Variantes de solutions, mesures d'urgence. Rapport du 12.9.2001 (Rapport USIS II), pp. 85 à 86, voir http://www.usis.ch/deutsch/berichte/pdf_usis2_voll/franz.pdf.

E. 14

Voir rapport USIS I, *ibid.* (note 9), p. 63. En date du 25.11.2003, la Commission de politique de sécurité du Conseil des Etats (CPS-E) a même postulé une sous-capacité de 290 unités de personnel.

E. 15

Concernant les tâches du corps des gardes-frontières dans le domaine de la sécurité intérieure, voir Rapport USIS I, *ibid.* (note 9), pp. 61 à 64.

E. 16

Voir à ce sujet Marco Gamma, *ibid.* (note 6), pp. 222 à 223.

E. 17

Ces engagements de patrouille et de contrôle nocturnes se sont développés pour constituer en Suisse un champ d'activité important des services de sécurité privés. On trouvera des descriptions correspondantes pour la Suisse romande dans L'Hebdo du 18.8.2005 («Dans la jungle des polices privées»), pp. 17 à 18.

647 – Changements en matière de criminalité et quant au sentiment subjectif de sécurité: la criminalité grave a nettement augmenté au cours des dernières décennies¹⁸. Hormis les homicides, toutes les formes d'atteintes à l'intégrité sexuelle et corporelle ont fortement progressé entre 1992 et 2003. La proportion à la violence des auteurs s'est accrue. La délinquance des mineurs a même décuplé entre 1956 et 2003¹⁹. Les actes de violence, qui insécurisent le plus les particuliers, bénéficient également du plus fort retentissement médiatique. L'augmentation objective des actes de violence, mais aussi l'accroissement du sentiment subjectif d'insécurité entraînent un plus grand besoin en services de sécurité, que la police n'est plus en mesure de fournir dans chaque cas en raison de la stagnation de ses effectifs. – Augmentation des grandes manifestations privées et publiques et développement de l'offre des transports publics: on observe, par rapport aux décennies passées, un accroissement du nombre des grandes manifestations sportives, culturelles et politiques. Songeons par exemple aux courses à pied urbaines très fréquentées, à l'EURO 2008, à la Street Parade, aux concerts en plein air, au Forum économique mondial (WEF) de Davos. De telles manifestations se caractérisent souvent par une forte participation internationale et se déroulent en outre fréquemment dans le centre des villes. Le besoin de services de sécurité y est donc important. Les forces de police achoppent à la limite de leurs capacités. De plus, s'agissant des organisateurs privés de grandes manifestations, on accorde toujours plus d'importance à ce qu'ils participent à l'ordre et à la sécurité en engageant leurs propres moyens. Au cours des dernières décennies, on a également assisté à un développement marqué de l'offre des transports publics, en particulier dans les agglomérations urbaines aux heures nocturnes creuses. En raison des impératifs d'économies, le propre personnel à disposition pour couvrir les besoins de sécurité des passagers est devenu toujours plus rare (trains non accompagnés). L'engagement ponctuel d'entreprises de sécurité s'est présenté comme une échappatoire dans de telles situations.

E. 18

La comparaison des statistiques de la criminalité des années 1990 et 2000 indique une forte augmentation des actes de violence tels que l'homicide, les lésions corporelles, la contrainte, le brigandage, l'extorsion et le chantage, les menaces, l'enlèvement, la prise d'otage, le viol et les autres atteintes punissables à l'intégrité sexuelle (voir Rapport USIS I, *ibid.* note 9, p. 43). Dans le canton de Zurich, le nombre total des délits recensés selon la statistique cantonale de la criminalité a doublé entre 1980 et 1997 (*ibid.* p. 44). De même, selon une étude de l'Université de Lausanne basée sur des enquêtes auprès des victimes, le nombre d'effractions dans les appartements enregistrées en Suisse a doublé entre la fin des années 1980 et 1997 (*ibid.* p. 44: Martin Kiliass/Philippe Lamon, *Zunahme der Kriminalität? Eine differenzierte Lagebeurteilung*, *Criminoscope*, n° 12, décembre 2000, Université de Lausanne).

E. 19

NZZ Online du 25.5.2004, <http://nzz.ch/2004/05/25/il/newzzDUNQDWNN-12.html;jsessionid=DD17B20763A6CAFF9582E157DFE4F767>.

648

E. 20

P.W. Singer, *Corporate Warriors*, Cornell University Press, Ithaca (N.Y.) 2003, p. 35.

E. 21

Dans l'ancienne Confédération en particulier, le mercenariat revêtait aussi une grande importance, notamment économique: entre le début du 14^e siècle et la fin du 19^e siècle, dans le cadre des enrôlements de mercenaires (la «Reisläuferei»), un nombre de mercenaires estimé à 2 millions d'hommes issus de la Confédération entrèrent en service militaire à l'étranger (voir *Schweizer Lexikon* 91, tome 2, Lucerne 1992, p. 745 (mot-clé «fremde Dienste»). Bien que les contrats de droit international qui accordaient aux pays étrangers le droit de recruter des personnes sur le territoire suisse aient été interdits dès la première Constitution fédérale du 12 septembre 1848 et que, peu de temps plus tard, l'entrée au service militaire d'un pays étranger devint punissable, la Légion étrangère française, par exemple, continua de demeurer attractive. On pense qu'environ 60 000 Suisses y ont fourni leurs services depuis 1831. *Ibid.* p. 746 (mot-clé: «Fremdenlegion»).

E. 22

Daniel Berger, «The Other Army», *The New York Times* du 14.8.2005, avance le nombre de 25 000 personnes armées à avoir été engagées sur une base privée en juin 2005. Voir Caroline Holmquist, *Private Security Companies. The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper No. 9, Stockholm, janvier 2005, p. 1.

E. 23

Holmquist, *ibid.* (note 22), p. 1.

E. 24

Singer, *ibid.* (note 20), p. 78.

649 entreprises de sécurité privées se montent d'ores et déjà à un tiers, dans certains cas même à 100 % des dépenses consenties pour les armées régulières. Certains mandats confiés à des entreprises de sécurité privées atteignent des volumes d'affaires de plusieurs centaines de millions de dollars US25. Dans des pays en crise comme l'Algérie ou la

Colombie, les entreprises privées versent environ 9 % de leurs dépenses opérationnelles au titre de mesures de sécurité²⁶. Les entreprises privées qui opèrent sur la scène internationale dans les domaines militaire et sécuritaire ne se bornent pas à procurer un appui logistique, en personnel et en infrastructures à leurs mandants, il arrive qu'elles mettent à leur disposition du matériel de guerre lourd, par exemple des avions de combat, des blindés et de l'artillerie²⁷. L'importance accrue des services privés militaires et sécuritaires sur la scène internationale est essentiellement liée à la fin de la Guerre froide: des vides de pouvoir sont survenus dans diverses régions, qui ont favorisé la ruine complète ou partielle d'Etats ethniquement ou politiquement instables. Les «failed states» (Etats faillis), les «failing states» (Etats défaillants) ou les «weak states» (Etats faibles), sont des pays dépourvus de toute structure étatique ou disposant de structures gouvernementales et administratives qui ne sont pas en état de fonctionner correctement, dans lesquels le monopole de la puissance publique est remis en question sur tout le territoire national ou dans certaines régions. De tels Etats se sont multipliés. Au vu des risques liés à différentes interventions conduites sous le commandement de l'ONU, d'organisations régionales ou d'Etats isolés, qui visaient à établir un ordre minimal ou à éviter des catastrophes humanitaires (p.ex. en Somalie en 1992, en Bosnie de 1992 à 1995, au Libéria en 1994), une discussion a été entamée notamment dans les démocraties occidentales sur l'engagement de propres soldats ou de forces de police dans des territoires en crise ou en guerre. Les risques d'escalade difficilement appréciables lors d'interventions visant à maintenir ou à établir l'ordre («peace keeping», «peace building») ou lors de missions humanitaires, mais aussi la sensibilisation et la médiatisation démocratiques croissantes des sociétés occidentales ont conduit à une conception plus restrictive des conditions juridiques préalables requises pour envoyer des forces militaires ou policières étatiques. Par ailleurs, nul ne conteste que les représentations étatiques et les collaborateurs exposés des organisations supranationales et non gouvernementales (ONG) requièrent une protection particulière lorsqu'ils opèrent dans des régions dépourvues de structures d'ordre étatiques ou qui disposent d'une structure qui ne fonctionne pas de manière satisfaisante. Des entreprises privées actives dans les domaines militaire et sécuritaire proposent une telle protection. Contrairement à ce qui se passe pour les membres des unités de combat, les pertes en vie humaine pour de telles entreprises ne font l'objet d'aucune statistique. L'importance accrue des entreprises militaires privées s'explique aussi par le fait que, une fois la Guerre froide terminée, des grandes puissances se sont retirées de conflits internes en cours. Par manque de soutien étatique, les parties prenantes aux guerres civiles, qui sont fortement fragmentées et ne disposent souvent pas du savoir-faire nécessaire pour maîtriser et entretenir les systèmes d'armes modernes, recourent aux entreprises militaires privées. Quant à l'offre, elle favorise de surcroît

E. 25

Singer, *ibid.* (note 20), p. 80.

E. 26

Singer, *ibid.* (note 20), p. 81.

E. 27

C'est à l'évidence le cas en Angola: voir Singer, *ibid.* (note 20), p. 10, avec une référence à Al Venter, «Out of State and Non-State Actors Keep Africa Down», *Janes Intelligence Review*, 11 (1.5.1999).

650 cette évolution, puisque le redimensionnement important des forces armées des pays de l'ancien bloc de l'Est, de l'OTAN et de l'Afrique du Sud après la fin de l'apartheid a libéré des ressources substantielles en matériel et en hommes.

E. 28

Lettre du Département des institutions du 6 septembre 2005 à l'Office fédéral de la justice.

E. 29

L'ampleur de la délégation de tâches de sécurité à des entreprises privées par les cantons et les communes n'a pas été examinée dans le cadre du présent rapport. D'une part, cette question dépasse le cadre du mandat; d'autre part, elle nécessiterait une étude approfondie qui ne pouvait être faite dans un si court laps de temps.

652 sur la protection des bâtiments et autres installations, l'accueil des visiteurs à l'entrée des bâtiments et le contrôle des entrées, le transport de biens (p.ex. transport de fonds provenant de la vente de vignettes autoroutières ou transport de documents à éliminer) et la protection de personnes (p.ex. magistrats). Les cas suivants méritent d'être mentionnés plus particulièrement: – Le Secrétariat d'Etat à l'éducation et à la recherche (DFI) et le DFAE recourent aux services d'entreprises de sécurité privées pour la protection de leurs bureaux et représentations diplomatiques à l'étranger ainsi que pour les logements de leurs collaborateurs (voir ci-après ch. 3.4.2). Les mandats sont confiés à des entreprises locales à l'étranger. – L'Office fédéral des migrations fait appel à des entreprises de sécurité pour assurer la centrale téléphonique et la réception des centres d'accueil pour requérants d'asile, qui se trouvent à la frontière suisse. Lorsque des requérants d'asile sont soumis à un interrogatoire collectif dans les bâtiments de Wabern, les entreprises de sécurité sont chargées d'assurer la protection des personnes et des lieux et de contrôler la liste des personnes à interroger en collaboration avec la police (art. 17 de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999³⁰). – L'Office fédéral de la police recourt aux services d'entreprises de sécurité pour assurer la protection de bâtiments et celle de magistrats ou d'autres personnes jouissant d'une protection spéciale en vertu du droit international (art. 22 à 24 de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure [LMSI]³¹ et art. 3 de l'ordonnance du 27 juin 2001 sur la sécurité relevant de la compétence fédérale [OSCB]³²). Les entreprises de sécurité privées sont en outre chargées d'assurer le transport intercantonal de personnes privées de liberté. L'Office fédéral de la police recourt également à leurs services pour assurer le transport de personnes en vue de leur expulsion du territoire suisse; il s'agit de l'accord «Jail-Train-Street» qui sera remplacé après 2005 par une nouvelle convention à laquelle la Confédération ne sera pas partie. – La Poste recourt aux services d'entreprises de sécurité pour l'exploitation de la centrale d'alarme, ainsi que la protection des bâtiments et des personnes dans certaines situations. – Les CFF recourent aux services d'entreprises de sécurité privées pour «exercer la police de la voie» conformément à l'art. 12, al. 1, de la loi fédérale du 18 février 1878 concernant la police des chemins de fer³³. Ces entreprises ont notamment pour tâche de maintenir l'ordre public (prévention d'infractions, arrestation et dénonciation des faits punissables à l'autorité compétente), de protéger les personnes et de surveiller les infrastructures.

E. 30

Ordonnance 1 sur l'asile, OA 1; RS 142.311.

E. 31

RS 120

E. 32

RS 120.72

E. 33

RS 742.147.1

653

E. 34

RS 510.10

E. 35

Pour le reste, nous renvoyons aux réponses suivantes du Conseil fédéral: question de Haering Barbara, Forces de sécurité privées, du 4.5.2004 (04.1045); question urgente de Lang Josef, Mercenaires et soldats en Irak, du 2.6.2004 (04.1066); heure des questions du 7.6.2004, question de Leuenberger Ueli: La Suisse doit immédiatement cesser sa collaboration avec des mercenaires (Question 04.5094), heure des questions du 14.3.2005, question de Wyss, Ursula: Sociétés de sécurité privées (Question 05.5075).

654 4 Le cadre juridique national

E. 36

Message Cst., FF 1997 I 239.

E. 37

Voir ATF 117 Ia 202 et Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2000, p. 331, ch. 961.

E. 38

Rainer J. Schweizer/Gabriella Küpfer in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich/Bâle/Genève 2002, remarques préliminaires concernant les art. 57 à 61, ch. 11.

E. 39

Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss, 239 (message Cst.); Schweizer/Küpfer. Ibid (note 38), sur l'art. 57 Cst., ch. 1.

E. 40

Concernant le projet et le message relatifs à la LSST, voir FF 2005 2425 ss.

E. 41

Concernant le projet et le message relatifs à la LUSC, voir la page Internet de l'Office fédéral de la justice, <http://www.ofj.admin.ch/f/index.html>, rubrique «législation», mot-clé «usage de la contrainte».

655 Enfin, les normes générales relevant du droit fédéral s'appliquent également aux entreprises de sécurité privées, notamment la loi sur les armes, la loi sur le contrôle des biens, le droit pénal, le droit pénal militaire, le droit civil ou encore le droit de la responsabilité. A ce jour, les prescriptions concernant l'autorisation et les activités

d'entreprises de sécurité privées et leur personnel ont surtout été édictées par les cantons, sur la base des compétences policières territoriales qui leur sont dévolues. Mais aucune réglementation uniforme n'existe à ce stade, comme nous le verrons au ch. 4.8. La Confédération aurait toutefois la compétence de légiférer sur la base de l'art. 95, al. 1, Cst. (activité économique lucrative privée).

E. 42

RS 311.0. Voir par exemple ATF 130 IV 111: le Tribunal fédéral a jugé que des allégations contenues dans un discours qui a eu lieu lors d'une réunion fermée, dans un refuge forestier, devant 40 à 50 skinheads avaient un caractère public.

656 légitime défense, l'état de nécessité et l'assistance à un tiers (légitime défense et état de nécessité). Toujours est-il que l'ordre constitutionnel autorise en l'occurrence une gestion privée limitée de la sécurité, qui se fonde sur le principe de la responsabilité propre, reconnu par la Constitution aux titres de la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.) et de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.). Au-delà des droits de défense privés, c'est avant tout le droit du domicile, étayé par le droit au respect du domicile fixé à l'art. 13, al. 1, Cst. et garanti par toutes les constitutions cantonales, qui détermine l'étendue des activités de sécurité privées autorisées. Une pesée d'intérêts tenant compte du principe de proportionnalité entre la responsabilité privée propre et le monopole étatique de la puissance publique conduit au résultat suivant: – les mesures privées autorisées dans des locaux privés sont par exemple: les mesures préventives telles que la protection des objets (contrôle à l'intérieur et à l'extérieur des immeubles), le renvoi de personnes, le refus de l'accès. – les mesures privées non autorisées dans des locaux privés sans l'accord des intéressés sont par contre: les contrôles d'identité, les fouilles, la confiscation d'objets.

E. 43

C'est-à-dire le fait de libérer une activité de la responsabilité de l'Etat, voir ch. 2.3.

E. 44

Voir Gamma, *ibid.* (note 6), pp. 157 à 159. Toujours est-il que selon certaines estimations internes de la police, environ 30 à 40 % du travail journalier de la police n'appartient pas à son domaine central d'activité, *ibid.* p. 127.

659 – Atteintes aux droits fondamentaux: dans les cas où il faut prévoir des atteintes considérables aux droits fondamentaux, une privatisation n'entrera pas en question. Dans le cas de l'usage direct de la contrainte physique (interventions armées pour établir ou maintenir l'ordre public, arrestations ou restriction de la liberté de mouvement dépassant le droit – étroitement limité – d'interpeller une personne commettant une infraction), le monopole nécessaire de la puissance publique plaide contre une privatisation. Des mesures préventives comme les écoutes téléphoniques, les immixtions dans le secret postal ou la surveillance de personnes sont toutefois également apparentées à des atteintes massives aux droits fondamentaux; elles doivent donc aussi rester réservées à l'Etat. – Egalité de traitement en matière de sécurité: s'agissant des tâches qu'il assume, l'Etat est tenu d'assurer l'égalité de traitement. La privatisation partielle des activités policières et sécuritaires confine à ses limites lorsque la garantie uniforme de la sécurité publique ne peut plus être assurée. Il n'est par exemple guère imaginable de privatiser la protection locale contre les dangers, car seules les personnes (ou les rues, les quartiers) qui peuvent se le permettre économiquement bénéficieraient alors d'une protection. Si les pouvoirs publics

ne sont pas en mesure d'offrir à eux seuls une protection efficace à des coûts acceptables, on peut éventuellement envisager, par le truchement d'une délégation de tâches, de recourir dans une certaine mesure au soutien de privés, la responsabilité supérieure incombant toujours à la collectivité (voir ch. 4.4).

E. 45

Pour la Confédération, l'art. 178, al. 3 Cst. le prévoit explicitement.

660

E. 46

La délégation de tâches de la Confédération à des privés doit par conséquent être considérée en règle générale comme une «disposition importante qui fixe une règle de droit» au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. et doit donc être édictée sous la forme d'une loi fédérale.

E. 47

Voir p.ex. Gamma, (note 6), p. 204.

E. 48

Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure (ordonnance 1 sur l'asile [OA1], RS 142.311).

E. 49

Concernant le projet et le message relatifs à la LSST, voir FF 2005 2425 ss.

E. 50

Loi fédérale du 18 février 1878 concernant la police des chemins de fer (RS 742.147.1). L'art. 12, al. 1 prescrit que chaque compagnie de chemin de fer désigne les employés et fonctionnaires qui ont le droit d'exercer la police de la voie. En vertu de cette disposition, une délégation de tâches de sécurité à des personnes privées est possible, voir ch. 3.4.1.

661 confisquer des objets afin de garantir les preuves (art. 5, al. 1 et 2). Il fixe en outre des limites aux moyens d'intervention (usage de la contrainte uniquement à l'encontre des personnes qui gênent les entreprises de transport dans l'exercice de leurs activités, art. 5, al. 4 en relation avec art. 5, al. 1, du projet). – L'avant-projet de loi fédérale sur l'usage de la contrainte dans le cadre du droit des étrangers et des transports de personnes ordonnés par une autorité fédérale (loi sur l'usage de la contrainte [LUSC])⁵¹, mis en consultation le 24 novembre 2004, prévoit expressément que les autorités peuvent recourir à des services privés pour l'exécution de leurs tâches (art. 1, al. 1, let. c, du projet). La LUSC fixe non seulement l'objectif visé (art. 3) mais limite aussi les moyens d'intervention par exemple en ce qui concerne l'usage de la force physique; elle détermine en outre les moyens auxiliaires qui sont admissibles ou interdits (art. 3 et 4 et art. 6 à 8) ainsi que les pouvoirs des autorités amenées à faire usage de la contrainte. Dans d'autres domaines, le législateur fédéral s'est limité à édicter de simples clauses d'autorisation sans préciser l'objectif, l'étendue et les pouvoirs d'intervention conférés dans le cadre de la délégation aux personnes privées: – L'art. 22, al. 2, de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI)⁵² 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 fédérale (OSF)⁵³ 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). En vertu de l'al. 3, le DFJP fixe les exigences auxquelles les services de protection privés doivent satisfaire pour remplir un mandat auprès de la Confédération⁵⁴. – Selon l'art. 6, al. 2, let. b, de l'ordonnance du 2 mai 1990 concernant la protection des ouvrages militaires⁵⁵, la surveillance et la garde des ouvrages militaires peuvent notamment être assurées par des personnes ou des entreprises engagées à cet effet par contrat. Il convient de relever que dans ce dernier cas la délégation a uniquement pour base légale une ordonnance.

51 Concernant le projet et le message relatifs à la LUSC, voir la page Internet de l'Office fédéral de la justice, <http://www.ofj.admin.ch/f/index.html>, rubrique «législation», mot-clé «usage de la contrainte». 52 RS 120. 53 RS 120.72. 54 Le département n'a pas encore fait usage de cette délégation. 55 Ordonnance du 2 mai 1990 sur la protection des ouvrages militaires (ordonnance sur la protection des ouvrages); RS 510.518.1.

662

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.