



09.06.2015

Rapport explicatif de l'OFJ relatif à l'ordonnance sur l'engagement d'entreprises de sécurité privées par des autorités fédé- rales pour l'exécution de tâches en matière de protection (ordonnance sur l'engagement d'entreprises de sécurité ; OESS)

1 Introduction

La présente ordonnance vise à définir les conditions applicables en cas de recours par une autorité fédérale aux services d'une entreprise de sécurité pour l'exécution d'une tâche en matière de protection en Suisse ou à l'étranger. A cette fin, elle prévoit un certain nombre de dispositions qui obligent notamment l'autorité fédérale à appliquer certains critères de sélection et à prévoir certaines clauses contractuelles dans le contrat conclu avec l'entreprise de sécurité. La présente ordonnance contient donc des dispositions qui créent des obligations à l'égard des autorités fédérales. De plus, elle produit certains effets externes sur les entreprises de sécurité, qu'on ne saurait ignorer. La forme de cet acte doit donc être une ordonnance d'exécution que le Conseil fédéral peut édicter sur la base de l'art. 182, al. 2, de la Constitution.

Le 27 septembre 2013, les Chambres fédérales ont adopté la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP)¹. Cette loi régit la fourniture de prestations de sécurité privées depuis la Suisse à l'étranger. La LPSP s'applique en outre aux autorités fédérales qui engagent une entreprise pour l'exécution d'une tâche en matière de protection lorsque le lieu d'exécution à l'étranger constitue un environnement complexe au sens de cette loi. La présente ordonnance complète la législation sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, en ce sens qu'elle règle l'engagement d'une entreprise de sécurité par une autorité fédérale pour l'exécution d'une tâche en matière de protection en Suisse ou à l'étranger pour autant que le lieu d'exécution à l'étranger ne constitue pas un environnement complexe au sens de la LPSP.

2 Dispositions générales

Art. 1 Champ d'application

L'art. 1 définit le champ d'application de l'ordonnance. Selon l'al. 1, cette réglementation s'applique à toute autorité fédérale (autorité contractante) qui engage une entreprise de sécurité privée (entreprise) pour l'exécution de tâches en matière de protection en Suisse ou à l'étranger.

La notion d' «engagement» vise non seulement le cas où l'autorité contractante délègue une tâche en matière de protection mais aussi lorsqu'elle recourt aux services d'une entreprise de sécurité dans le cadre d'un mandat (par exemple pour un transport sécurisé de documents à éliminer). Par contre, cette notion ne couvre pas le cas où l'autorité fédérale recourt à des particuliers en qualité d'auxiliaires qui agissent en tant que simples exécutants de l'autorité sans disposer d'une autonomie et d'un pouvoir de décision².

Contrairement à l'art. 30 LPSP, l'art. 1, al. 1, de l'ordonnance ne définit pas les tâches en matière de protection que l'autorité contractante peut *déléguer* à une entreprise. En effet, comme on le verra au commentaire de l'art. 2, la délégation d'une tâche en matière de protection doit reposer sur une base légale formelle.

L'ordonnance règle l'engagement d'entreprises de sécurité par la Confédération « en Suisse » ou « à l'étranger ». L'art. 1, al. 2 réserve les dispositions de la LPSP. Selon cette disposition, l'engagement d'une entreprise de sécurité par la Confédération pour l'exécution d'une tâche en matière de protection dans un environnement complexe au sens de l'art. 1 de l'ordonnance sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (OPSP)³ n'est pas régi par la présente ordonnance mais par la législation sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger.

¹ RS 935.41

² Guide pour l'élaboration de la législation fédérale de l'OFJ, p. 346.

³ RS ...

Art. 2 Base légale

L'art. 2 rappelle le principe selon lequel une autorité fédérale ne peut déléguer à une entreprise l'exécution d'une tâche en matière de protection que s'il existe une base légale. Contrairement à l'art. 30 LPSP, la présente ordonnance ne constitue donc pas une base légale suffisante pour déléguer une tâche en matière de protection relevant de la compétence des autorités fédérales. Une telle délégation doit être prévue dans une base légale spéciale. L'art. 178, al. 3, Cst. prévoit en effet 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. La délégation de tâches de droit public n'est autorisée que si les 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, Cst. pour toute restriction des droits fondamentaux, sont respectées : elle doit se fonder sur une base légale suffisante, elle doit répondre à un intérêt public et doit respecter le principe de proportionnalité.

Les art. 22 et ss de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI)⁴ règlent les tâches relatives à la protection des personnes et des bâtiments. En vertu de l'art. 22, al. 2, LMSI le Conseil fédéral peut confier des tâches de protection à des services de l'Etat ou à des services privés. Il désigne également les personnes bénéficiant de mesures de protection, les bâtiments de la Confédération dans lesquels la protection des personnes et des installations est assurée par le personnel de fedpol ou par d'autres services (art. 23, al. 1, LMSI). Dans tous les bâtiments qui abritent des autorités fédérales, le droit de police est exercé par les chefs de départements, groupements, offices, ou autres autorités fédérales qui y sont installés.

L'ordonnance du 27 juin 2001 sur la sécurité relevant de la compétence fédérale (OSF)⁵ règle les tâches des organes chargés de la protection des personnes et des bâtiments en vertu des art. 22 à 24 LMSI. Selon l'art. 2 OSF, l'autorité compétente est le service fédéral de sécurité. L'art. 3 OSF concrétise la délégation prévue à l'art. 22, al. 2, LMSI. Selon l'al. 1 de cette disposition, les services fédéraux mentionnés à l'art. 23, al. 2, LMSI peuvent confier leurs tâches de protection à des services privés. Le Service fédéral de sécurité, quant à lui, peut confier à des services privées la surveillance des bâtiments de la Confédération dans lesquels le personnel affecté à cette tâche doit être renforcé et d'autre part la protection de manifestations de la Confédération en vue, le cas échéant, d'épauler la police. Les tâches de ce service sont définies aux art. 6 et ss. Celui-ci est également compétent pour assurer la protection de personnes à l'étranger (art. 7, al. 1, 1^{ère} phrase OSF). Néanmoins, la protection des agents du DFAE et du DDPS particulièrement exposés à des risques qui séjournent à l'étranger incombe au département concerné.

Comme on le verra au commentaire des art. 9 et 10, la présente ordonnance ne constitue pas non plus une base légale suffisante pour déléguer à une entreprise de sécurité l'usage de la contrainte et de mesures policières au sens de la loi du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte (LUsC)⁶. L'octroi de telles compétences doit se fonder également sur une base légale formelle.

Art. 3 Consultation

Selon l'art. 3, al. 1, l'autorité contractante qui engage une entreprise pour l'exécution en Suisse d'une tâche en matière de protection consulte le préposé à la sécurité de son département, notamment par rapport à la fiabilité de l'entreprise qu'elle entend engager.

Lorsque la tâche en matière de protection doit être exécutée à l'étranger, l'autorité contractante est tenue de consulter le Département fédéral des affaires étrangères, soit la Direction politique qui est l'autorité compétente au sens de la LPSP. L'autorité contractante doit éga-

⁴ RS 120

⁵ RS 120.72

⁶ RS 364

lement consulter le DDPS afin de déterminer si des membres de l'armée peuvent le cas échéant être engagés pour assurer la protection de personnes ou de biens à l'étranger.

3 Exigences concernant l'entreprise

Art. 4 Exigences concernant l'entreprise

Cette disposition correspond à l'art. 31 LPSP, sous réserve de l'al. 1, let. b, qui ne prévoit pas une obligation pour l'autorité contractante d'engager uniquement des entreprises de sécurité ayant adhéré au code de conduite au sens des art. 7 et 31, al. 1, let. b, LPSP.

Avant d'engager une entreprise pour l'exécution d'une tâche en matière de protection en Suisse ou à l'étranger, l'autorité contractante s'assure que celle-ci remplit certaines exigences. Cette disposition vise non seulement les entreprises qui ont leur siège en Suisse mais aussi les sociétés étrangères qui ne sont pas assujetties au droit fédéral, par exemple des entreprises de sécurité locales. Les conditions prévues à l'art. 4, al. 1, let. a à f sont de nature cumulative. Un recrutement plus aisé ou à moindre coût ne doit pas se faire au préjudice du respect des exigences définies à l'art. 4.

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

La let. b prévoit que l'autorité contractante doit s'assurer de la réputation de l'entreprise et de sa conduite irréprochable des affaires, notamment par la mise en œuvre d'un code de conduite, son expérience sur le terrain, des références ou son affiliation à une association professionnelle crédible. Si des références concernant la clientèle de l'entreprise sont disponibles, elles peuvent également constituer des indications utiles pour l'autorité contractante qui envisage de recourir aux services d'une entreprise.

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

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

En vertu de la let. e, l'entreprise doit être autorisée à exercer une activité dans le domaine de la sécurité privée selon la législation applicable. Dans certains cas, la législation applicable se borne à exiger que l'entreprise ou son personnel affecté à des tâches de sécurité soit enregistré. Lorsque l'autorité contractante s'assure de la réalisation de cette condition, elle doit le faire de manière pragmatique, par exemple, en exigeant la production de copies des autorisations requises, d'autres documents attestant de leur existence ou une déclaration écrite par laquelle l'entreprise certifie qu'elle dispose de toutes les autorisations requises par la législation.

En vertu de la let. f, l'entreprise doit conclure une assurance responsabilité civile. Le montant de couverture doit correspondre au risque encouru. La question de savoir si cette condition est remplie, dépend des circonstances du cas d'espèce. Cette disposition laisse donc une certaine marge d'appréciation à l'autorité contractante.

L'al. 2 prévoit une exception à l'exigence fixée à l'al. 1, let. f. Pour l'exécution d'une tâche en matière de protection à l'étranger, l'autorité contractante pourra exceptionnellement engager une entreprise de sécurité qui n'a pas conclu d'assurance responsabilité civile si la conclusion d'une telle assurance implique des frais disproportionnés pour l'entreprise et si le risque pour la Confédération d'engager sa responsabilité et le montant d'éventuels dommages-intérêts à verser sont considérés comme faibles. L'autorité contractante ne peut appliquer cette disposition qu'à titre exceptionnel. Cette exception tient compte du fait que dans certains pays la protection des personnes ou la garde d'immeubles ne peut parfois se faire que par des entreprises de sécurité locales qui n'ont ni les moyens ni la possibilité de conclure une assurance responsabilité civile et qu'il n'existe pas d'autre solution en conformité avec l'al. 1, let. f, pour l'exécution de la tâche de protection.

L'al. 3 prévoit enfin une exception en faveur des personnes engagées par contrat pour assurer la surveillance ou la garde d'ouvrages militaires conformément à l'art. 6, al. 2, let. b, de l'ordonnance du 2 mai 1990 sur les ouvrages⁷. En règle générale, il ne s'agit pas d'entreprises de sécurité privées mais de personnes physiques vivant dans le voisinage de l'ouvrage à protéger. Cette exception ne signifie toutefois pas que l'autorité ne doit pas vérifier la fiabilité de la personne mandatée.

Art. 5 Formation du personnel

Cette disposition correspond à l'art. 32 LPSP, sous réserve de certaines modifications rédactionnelles.

La formation du personnel est une condition essentielle pour garantir une bonne exécution de la tâche en matière de protection confiée par l'autorité à une entreprise de sécurité. L'art. 5 prévoit par conséquent que le personnel de sécurité doit recevoir une formation adéquate compte tenu de la nature des tâches de protection qu'il doit accomplir et portant sur un certain nombre de points qui sont énumérés à l'al. 1.

La formation doit porter sur les droits fondamentaux, la protection de la personnalité et le droit de procédure (al. 1, let. a). En vertu de l'al. 1, let. b, le personnel de sécurité doit recevoir une formation sur l'usage de la force physique et d'armes dans une situation de légitime défense ou d'état de nécessité. Celui-ci doit en outre recevoir une formation portant sur le comportement à adopter avec des personnes opposant de la résistance, l'évaluation des atteintes à la santé et les premiers secours (al. 1, let. c à e). Sa formation portera enfin sur la lutte contre la corruption (al. 1, let. f).

La liste de l'al. 1 n'est pas exhaustive. Dans chaque cas d'espèce, il incombe à l'autorité contractante de déterminer si la formation du personnel de sécurité doit être complétée en fonction des circonstances du cas d'espèce, de la tâche de protection à exécuter et de la situation prévalant au lieu d'exécution.

L'art. 5, al. 1 et 2, confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité contractante pour s'assurer que le personnel de sécurité a reçu une formation adéquate. En règle générale, cette solution permettra à l'autorité d'engager à l'étranger des entreprises qui remplissent les exigences de l'art. 5. Toutefois, il n'est pas exclu que dans une situation extraordinaire à l'étranger aucune entreprise ne remplisse ces conditions, par exemple en cas de monopole du marché de la sécurité par une entreprise locale. L'al. 3 prévoit dès lors une exception en vertu de laquelle l'autorité peut engager une entreprise qui ne remplit pas complètement les exigences des al. 1 et 2 lorsqu'aucune société remplissant ces exigences n'est disponible au

⁷ RS 510.518.1

lieu d'exécution du contrat et que la tâche de protection ne peut être exécutée autrement. Dans ce cas, la durée du contrat sera de six mois au plus (al. 4, 1^{ère} phrase). L'autorité devra toutefois s'employer à remédier à cette situation. Elle doit prendre des mesures pour s'assurer que l'entreprise remplit les exigences des al. 1 et 2 dans les meilleurs délais (al. 4, 2^{ème} phrase). Ces mesures seront définies dans le contrat. En tant que partie contractante, l'entreprise de sécurité s'engagera à mettre en œuvre les mesures exigées par l'autorité.

Art. 6 Identification du personnel

Cette disposition correspond à l'art. 33 LPSP.

Le personnel doit être identifiable dans l'exercice de sa fonction et doit donc pouvoir justifier pour le compte de quelle autorité il agit. L'identification du personnel implique notamment que celui-ci soit vêtu de manière à ce que cela ne prête pas confusion avec le personnel d'une autorité, de forces armées ou de sécurité. Le personnel de sécurité peut toutefois exécuter les tâches de protection en «civil» si les circonstances du cas d'espèce l'exigent.

Art. 7 Equipement du personnel en Suisse

Dans certaines circonstances, il peut s'avérer nécessaire que le personnel de sécurité porte une arme pour réagir dans une situation de légitime défense ou d'état de nécessité. Le cas échéant, l'autorité contractante doit le prévoir dans le contrat et s'assurer que le personnel a reçu la formation nécessaire (art. 5, al. 1, let. b).

A l'instar de l'art. 4 LUSC, l'al. 3 réserve l'application des dispositions spécifiques à la légitime défense et à l'état de nécessité. La légitime défense et l'état de nécessité tels qu'ils sont définis par les art. 15 et 17 CP visent une situation individuelle dans laquelle une personne est attaquée ou est menacée d'une attaque imminente. Il s'agit ici de permettre au personnel de sécurité d'assurer sa propre défense ou celle d'autrui en cas d'agression.

Art. 8 Equipement du personnel à l'étranger

Cette disposition correspond à l'art. 34 LPSP. Lorsque le personnel d'une entreprise exécute une tâche en matière de protection pour le compte de la Confédération à l'étranger, il n'est en principe pas armé. Toutefois, si la situation à l'étranger exige exceptionnellement que le personnel soit muni d'une arme pour réagir dans une situation de légitime défense ou d'état de nécessité, l'autorité le prévoit dans le contrat (al. 2). Les conditions prévues à l'art. 8 sont plus restrictives que celles de l'art. 7 puisque l'al. 1 prescrit que le personnel de sécurité ne sera en principe pas armé et que l'al. 2 prévoit la possibilité de munir le personnel d'une arme qu'à titre exceptionnel. Cette différence se justifie par le fait qu'il est nécessaire de prévoir une réglementation cohérente avec celle prévue à l'art. 34 LPSP. D'autre part, la sécurité des représentations suisses à l'étranger est en premier lieu assurée par les autorités de l'Etat-hôte. Ce n'est donc que dans des situations exceptionnelles que le personnel de l'entreprise doit être muni d'une arme pour réagir dans une situation de légitime défense et d'état de nécessité.

Le personnel doit disposer des autorisations nécessaires selon la législation applicable (al. 3). De plus, les prescriptions en matière d'armes applicables au lieu d'exécution de la tâche de protection doivent être respectées (al. 4).

Art. 9 Usage de la contrainte et de mesures policières en Suisse

En vertu de cette disposition, l'autorité contractante peut prévoir dans le contrat que pour l'exécution de la tâche en matière de protection le personnel de l'entreprise peut faire usage de la contrainte et de mesures policières au sens de la LUSC. Cette disposition ne constitue toutefois pas une base légale pour déléguer à une entreprise l'usage de la contrainte et de mesures policières. Une telle délégation doit être prévue dans une base légale au sens formel, comme le rappelle l'al. 1 in fine. Tel est le cas par exemple de l'art. 22, al. 4, LMSI qui

prescrit que les personnes chargées de la protection des personnes, des autorités et des bâtiments en vertu de la LMSI peuvent, si leur mandat l'exige et dans la mesure où les intérêts à protéger le justifient, faire usage de la contrainte et de mesures policières conformément aux exigences de la LUSC.

La LUSC règle les principes applicables à l'usage de la contrainte et des mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (art. 1). Cette loi s'applique notamment aux autorités fédérales amenées à faire usage de la contrainte ou de mesures policières dans le cadre de l'exécution de tâches relevant de la compétence de la Confédération ainsi qu'aux particuliers qui exécutent des tâches pour le compte de ces autorités (art. 2, al. 1, let. a et e). Cette loi ne constitue pas une base légale au sens formel pour déléguer une tâche de droit public au secteur privé. Comme son titre l'indique, elle se limite à régir l'usage de la contrainte. De plus, elle ne s'applique pas aux actes accomplis en situation de légitime défense ou d'état de nécessité (art. 4).

L'art. 9 a un caractère doublement potestatif : d'une part l'autorité contractante *pourra* prévoir contractuellement l'usage de la contrainte, d'autre part le personnel de sécurité *pourra* en faire usage sans toutefois y être tenu. L'usage de la contrainte devra respecter les principes fixés dans la LUSC (art. 9), notamment le principe de proportionnalité.

La contrainte policière comprend l'usage de la force physique et de moyens auxiliaires (chiens de service, menottes et autres liens), ainsi que l'usage d'armes, telles que les matraques et bâtons de défense, les substances irritantes et les armes à feu (art. 5 LUSC). Quant à la notion de mesures policières, elle couvre la rétention de personnes pour une courte durée, la fouille de personnes et leurs effets personnels, la fouille de locaux et de véhicules ainsi que le séquestre de biens (art. 6 LUSC).

Art. 10 Usage de la contrainte et de mesures policières à l'étranger

Cette disposition correspond à la réglementation adoptée par le législateur à l'art. 35 LPSP. Comme indiqué dans le message du Conseil fédéral (FF 2013 1642-1643), le personnel d'une entreprise de sécurité engagée par la Confédération ne sera en principe pas autorisé à faire usage de la contrainte ou de mesures policières au sens de la LUSC. Toutefois, le Conseil fédéral pourra exceptionnellement autoriser un tel usage lorsque la tâche en matière de protection ne pourra être exécutée autrement. A l'instar de l'art. 9, la délégation de l'usage de la contrainte à une entreprise de sécurité doit être prévue dans une base légale au sens formel (al. 1 in fine).

L'application de cette disposition doit respecter le principe de subsidiarité. Cette exception peut être envisagée lorsque les autorités du pays hôte ne peuvent pas assumer suffisamment rapidement la tâche de protection. Pour accorder cette autorisation, le Conseil fédéral devra s'assurer que le personnel a reçu la formation nécessaire (al. 2). Il devra également tenir compte de la législation applicable au lieu d'exécution de la tâche de protection (al. 3). Les cas d'applications de l'art. 10 seront toutefois rares, puisque la présente ordonnance ne s'applique que dans la mesure où le lieu d'exécution de la tâche en matière de protection ne constitue pas un environnement complexe au sens de la LPSP. Dans un tel contexte, les autorités de police étrangères sont en principe en mesure d'assumer la protection des intérêts de la Suisse.

Art. 11 Contenu du contrat

L'art 11 fixe un catalogue de clauses que le contrat doit prévoir. Ces clauses permettent à l'autorité contractante d'intervenir auprès de l'entreprise de sécurité par exemple lorsque le personnel de sécurité ne dispose pas des connaissances nécessaires (al. 1, let. d) ou en cas d'entrave à l'exécution du contrat (let. e). La let. h prévoit quant à elle que l'entreprise s'engage à obtenir l'accord écrit de l'autorité contractante avant toute sous-traitance d'une tâche en matière de protection, ceci afin d'éviter que la tâche ne soit confiée à un tiers qui ne remplit pas les exigences de l'ordonnance.

Il s'agit d'une liste minimale et non exhaustive de clauses que l'autorité est tenue de convenir avec sa partie contractante. Celles-ci détermineront dans chaque cas d'espèce si d'autres clauses doivent être prévues dans le contrat, notamment par rapport à la nature des prestations fournies, au for compétent et au droit applicable au contrat. L'art. 11 correspond en substance à l'art. 14 OPSP.

Art. 12 Contrat-type

L'al. 1 charge le DFJP d'élaborer un contrat-type en tenant compte du contenu fixé à l'art. 11 de l'ordonnance. Le contrat-type pourra être utilisé par toute autorité fédérale qui envisage d'engager une entreprise pour exécuter une tâche en matière de protection en Suisse. Le recours au contrat-type élaboré par le DFJP n'est toutefois pas obligatoire.

Le contrat-type vise à faciliter l'élaboration de contrats au cas par cas. Néanmoins, le contrat-type ne dispense pas l'autorité contractante de vérifier si les dispositions légales exigent la conclusion d'autres clauses contractuelles que celles prévues par le contrat.

Pour les contrats exécutés à l'étranger, le DFAE est compétent pour élaborer un contrat-type conformément à l'art. 15 OPSP.

Art. 13 Communication

Cette disposition prévoit l'obligation pour l'autorité contractante de communiquer aux autorités concernées une copie du contrat. Elle est également tenue de les informer des problèmes rencontrés lors de l'exécution de la tâche en matière de protection. Cette disposition correspond à l'art. 16 OPSP.

4 Dispositions finales

Art. 15 Disposition transitoire

En vertu de cette disposition, l'autorité contractante doit adapter les contrats qui sont en cours d'exécution et qui ne remplissent pas les exigences de l'ordonnance, d'ici au 1^{er} septembre 2018. Il s'agit du même délai que celui prévu à l'art. 17 OPSP.