



Perspectives juridiques par Maître Alain Bensoussan, avocat

Discours

Bonjour, mesdames, messieurs. Je vous propose une conversation sur : « quel régime juridique sur les ESSD ? » Il est intéressant de constater que le juriste est triplement incompetent dans ce domaine : incompetent pour faire la guerre, incompetent pour connaître ce métier, incompetent bien évidemment pour avoir une vision stratégique. Et pourtant, de très nombreuses questions passent par la réglementation et le droit.

L'enjeu, au-delà du droit et des normes, est économique et stratégique face au duopole : États-Unis, Grande-Bretagne. Le défi

est celui de l'acceptabilité sociale. La souveraineté ne s'externalise pas d'une part. Seule une décision souveraine peu engager une guerre d'autre part. Donner à une société privée la possibilité de faire la guerre est un non-sens. Par ailleurs, comme cela a été indiqué, les termes de mercenaires et de corsaires qui reviennent le plus souvent lorsque l'on parle de sociétés militaires privées, sont inappropriés et à bannir.

Enfin, l'on assiste aujourd'hui à une multiplication des zones de conflit sans déclaration de guerre. Comme avec la guerre électronique, celle-ci se fait en présence d'acteurs qui ne sont pas seulement des militaires (hackers notamment).

Je vous propose donc une réflexion à travers des solutions juridiques qui permettraient de conjuguer le futur au temps présent et qui dépasseraient les obstacles actuels. Pour cela, je veux vous présenter en quelques mots la situation légale qui pourrait se résumer à la maxime suivante : « entre le vide juridique et le trop-plein ». Il y a une attente du droit au-delà de la raison. Sur cette situation légale, je vous propose de construire des solutions potentielles à travers les contrats, normes et lois.

Permettez-moi de vous raconter une petite histoire avant d'aborder la situation légale et les solutions potentielles. Un jour, un de mes amis me dit : « Je t'ai entendu dire qu'on n'avait pas le droit de lire les mails de l'entreprise. J'ai mon directeur général qui me demande la copie des mails d'un collaborateur. Que dois-je faire ? » Je lui ai dit : « C'est simple. Si tu ne donnes pas les mails à ton directeur général, tu iras à Pôle Emploi. Si tu les donnes, tu iras en prison ». Le droit à la surveillance existe, le droit à la vie privée, également. Ces deux droits sont en conflit : « En élaborant une charte, c'est-à-dire en définissant la règle éthique, tu anticiperas demain sur la norme et après-demain sur la jurisprudence ». Cette charte, je l'ai inventée ; elle est devenue un standard mondial de régulation du droit à la vie privée résiduelle et est intégrée aujourd'hui dans la norme ISO 27 001 –gestion de la sécurité des systèmes d'information –, reconnue par la jurisprudence comme la clé permettant d'assurer un équilibre entre surveillance et protection.

Je propose donc à tous les opérateurs d'entrer dans ce marché sans attendre le droit, en le créant à travers d'abord des principes éthiques. La démarche consiste à créer le droit de façon positive.

Le droit est toujours un compromis entre économie et éthique. Examinons ce compromis.

Quelle est la situation légale ? On peut la résumer par deux mots clés : extrême et paradoxe.

La réglementation est en position d'extrême.

Voyons tout d'abord le contexte idéologique, puis la situation du marché.

Le contexte idéologique. Toutes les critiques exprimées mettent en avant le risque du mercenariat. Ce n'est qu'une position idéologique. Les champs d'activité des ESSD ne relèvent pas de la loi sur le mercenariat (Loi 2003-340 du 14-4-2003).

Les blocages idéologiques ne permettent pas aujourd'hui de répondre à une demande de sécurité croissante dans un contexte international et géostratégique de multiplication des crises régionales et des théâtres d'opérations à intérêt stratégique.

La situation du marché. Le marché des services privés de sécurité est éthique puisque fondé sur des relations contractuelles contraignantes : encadrement de la création et des structures par la réglementation, professionnalisme des personnels, respect des législations internationales en vigueur, valeurs portées par les professionnels issus majoritairement des forces armées, etc.

Les concurrents américains et anglo-saxons ne sont pas des mercenaires. La situation légale est contraignante sur un seul point, lié à l'acquisition, au stockage, au transport d'armes, de munitions et d'équipements de sécurité comparables à ceux utilisés et/ou en dotation dans les forces.

Les ESSD contournent aujourd'hui ces difficultés en s'armant dans les pays à la demande desquels ils interviennent. En outre, les ESSD françaises pallient aux obstacles juridiques en localisant leurs sièges sociaux dans des zones « offshore » telle que l'Irlande.

Je vous ai indiqué une situation légale extrême ; examinons maintenant le paradoxe sûreté et tranquillité.

Le paradoxe sûreté - tranquillité. Il est intéressant de se pencher sur la jurisprudence Karachi qui en offre une bonne illustration. L'affaire Karachi, c'est tout simplement la découverte que des expatriés ont droit à l'application et à la protection du droit français. Il s'agit d'une exigence juridique et éthique.

Sur le plan juridique, elle correspond en effet à l'obligation générale de sécurité qui pèse sur tout employeur et qui est au surplus, une obligation de droit. Les collaborateurs qui sont en poste à l'étranger doivent évidemment être protégés. Quel salarié accepterait en effet d'être expatrié dans un pays à risque dans lequel il ne bénéficierait d'aucune protection ? C'est aussi une exigence par rapport à son foyer et ses enfants. On voit bien que l'employeur qui décide de mettre en danger un de ses collaborateurs, doit en assurer la sécurité ou tout du moins la sûreté. C'est peut-être là une piste de solutions. Oublions la guerre, oublions les militaires, oublions la sécurité, bonjour sûreté.

Bienvenue à deux concepts qui existent déjà dans notre droit que sont, la sûreté et la tranquillité. Au terme de cette situation légale, entre le trop-plein et le vide, il y a des voies de passage et je vous propose, dans le temps imparti, d'explorer quelques solutions potentielles.

Ces solutions nécessitent un point de passage sur les éléments de langage et ensuite sur les éléments de droit.

Les éléments de langage. La souveraineté ne s'externalise pas. Il existe une frontière entre le cœur de métier des forces et le portefeuille d'activités d'une ESSD. Autrement dit, le droit de la guerre, c'est la légitimité du monopole de l'Etat sur l'utilisation de la force et le pouvoir régulateur d'engagement des forces. C'est aussi la sécurité prise dans sa dimension globale.

La sécurité vise quant à elle, le droit à la sûreté. A titre d'exemple, la sûreté est une exigence qui s'impose aux bailleurs sociaux depuis la Loppsi 2.

Après les événements du 11 septembre, on a découvert que le droit s'attachait à assurer la sécurité des personnes et des biens, mais pas la sécurité en tant que tel. Les avocats ne pouvaient pas plaider sur la notion de sécurité comme ils le faisaient sur la liberté, la dignité ou la fraternité.

Aujourd'hui, le Code de la sécurité intérieure instaure le droit à la sécurité comme un droit fondamental que chacun d'entre nous peut revendiquer, comme le droit à la liberté.

Cette sécurité, bien évidemment, est un élément de la souveraineté et s'applique à tout citoyen se trouvant en France ou à l'étranger (cas des expatriés).

Si l'on accepte parmi les éléments de langage, de recourir aux concepts de sûreté et de tranquillité, en lieu et place des concepts de guerre et de conflits, alors il est possible de tendre vers une solution juridique.

Les éléments de droit. À partir de ces éléments de langage, il est possible de créer une voie juridique respectueuse de la démocratie et capable de rendre compte, de manière éthique, des exigences de ce métier sur le plan économique.

Cela veut dire quoi ? Quel type d'encadrement ?

Certains conférenciers très légitimement avant moi l'ont dit. En fait, il suffit de créer une norme, sur cette norme un label, sur ce label une charte, et de s'engager dans cette activité.

Rappelons que toutes les guerres sont des conflits mais que tous les conflits ne sont pas des guerres. L'exigence du droit de la guerre fait que les ESSD ne répondent pas à cela. Le droit à la tranquillité, fondé sur le droit de la légitime défense, organisé sur le droit du travail avec un contrat qui permet de faire de la résistance dans une base de protection des personnes et des biens. Ce contrat, cette norme et ce label qui seront le droit de demain organisent tout simplement la réaction à une protection que le droit du travail exige déjà.

En conclusion, permettez-moi, pour ce futur texte – et le contrat vaut loi entre les parties – de livrer une grille d'analyse qui pourrait être la suivante.

Remplaçons le terme « guerre » par le terme de « conflit ». Ainsi, il n'y a plus de problématique d'externalisation de la souveraineté. Oublions également le terme « sécurité » qui est un droit fondamental (comme la liberté, la dignité ou la fraternité) pour recourir à ceux tout aussi importants, de « sûreté » et de « tranquillité », qui ne sont pas encore élevés au rang de droits fondamentaux. Ils sont du ressort du marché privé, tandis que la sécurité relève de l'ordre public.

En matière ESSD, il est question de « paisibilité » et de droit à la tranquillité, tel qu'introduit par la Loppsi 2 concernant l'usage de la vidéo protection par les bailleurs sociaux.

La tranquillité, ce n'est pas la sécurité. C'est même le contraire. C'est le fait de rester en maintien opérationnel de protection. Guerre, sécurité, protection, souveraineté. Il n'y a pas de débat de souveraineté. Il n'y a ici que l'obligation de l'employeur qui se trouve dans une zone certes conflictuelle, mais qui n'est pas en guerre, parce que de toute façon en période de guerre, il n'est pas possible d'expatrier du personnel ; seuls les militaires peuvent l'être.

Enfin, dernier élément, si vous acceptez cette terminologie et cette grille de lecture, face à un ordre public d'interdiction, il y a un ordre contractuel d'organisation. L'enjeu important, c'est bien évidemment l'acquisition, le stockage, le transport et la détention d'armes et de munitions. C'est vrai que là, il y a une difficulté. On peut faire de l'optimisation militaire comme on fait de l'optimisation fiscale. C'est tout à fait possible. Il vaudrait mieux dans la mesure du possible, modifier les textes en matière d'armes pour des objectifs non pas offensifs, mais défensifs. Par ce biais-là, en créant une norme, un label, des certificats et des contrats, la norme du marché sera l'avenir de la loi future d'ESSD éthiques.

Merci.

Résumé

Alain Bensoussan, s'intéressant aux perspectives juridiques, trace les grandes lignes des modifications pouvant être envisagées afin de faire évoluer le secteur des ESSD.

L'enjeu, c'est un marché économique stratégique. Le défi c'est l'acceptabilité sociale, on ne peut pas externaliser la souveraineté. L'actualité, c'est la multiplication des zones de conflit sans guerre au sens du droit de la guerre. Il n'y a pas de guerre, donc il n'y a pas de militaires et il n'y a pas de sécurité, et on n'externalise pas la souveraineté.

La situation légale est paradoxale et se situe à la fois dans le vide juridique mais aussi dans le trop plein.

Il faut adopter certains éléments de langage. La sécurité ressort de la souveraineté, il est donc nécessaire d'utiliser les concepts de sûreté, de protection et de tranquillité, appartenant eux, au domaine du marché privé.

Il faut aussi adopter des éléments juridiques. L'enjeu important c'est évidemment le transport et la détention des armes. Il est possible de modifier les textes en matière d'armes, pour un objectif défensif et non offensif. Par ce biais-là, en créant une norme, un label, des certificats et des contrats, la norme du marché sera l'avenir de la loi future.