Le droit et le lobbying : de la nécessité d'une réglementation du lobbying en France et auprès de l'Union Européenne

Par Matthieu Boissavy

Avocat aux barreaux de Paris et de New York, Matthieu Boissavy est spécialisé dans la gestion et la résolution des conflits par la négociation, la médiation et les actions judiciaires ou arbitrales. Son cabinet intervient dans les litiges commerciaux, sociaux, pénaux et de propriété intellectuelle pour les activités de communication, de l'immobilier, des relations internationales. Il est médiateur et il enseigne la médiation à l'Université de Droit de Versailles-Saint Quentin. Il est également Secrétaire général de l'AFCAP, membre de la Chambre de l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation, administrateur de l'Association des Médiateurs Européens et de la C6R. Il est l'auteur de *Droit pénal et lobbying*, à paraître prochainement.

« *La règle est l'honnêteté* »
Pascal, Pensées, 503

Il existe un seul point commun entre la nature et le législateur Français. Les deux ont horreur du vide. La France est réputée pour son goût de la réglementation tatillonne et les Français pour leurs capacités de création normative hors du commun. En France, le droit a même été le premier plus grand paysagiste au monde : n'est-ce pas le Code Napoléon et ses dispositions sur les successions qui ont morcelé les propriétés et contraint les héritiers presque égalitaires à ériger les si nombreuses clôtures visibles dans nos campagnes ?

Après deux cent ans de vie législative et réglementaire intense, aucune activité humaine, végétale ou animale (voyez les travaux acharnés de la commission d'enquête parlementaire sur le loup) n'échapperait donc au contrôle d'une norme juridique en France.

Et pourtant, dans l'ombre d'un vrai trou noir juridique, une activité professionnelle se dérobe encore à l'attention du législateur. Cette zone de non droit ne se trouve pas dans des banlieues interdites à la police mais au cœur de tous les pouvoirs publics.

Dire qu'elle n'est soumise à aucun droit est caricatural. Elle reste soumise au droit commun et notamment aux dispositions du Code pénal. Mais cette activité professionnelle, qui touche le fonctionnement des institutions politiques et la crédibilité de notre démocratie, ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique de nature à fixer les règles de son jeu et à permettre aux citoyens de disposer ne serait-ce qu'un droit de regard sur elle alors même qu'elle met en question le principe de la démocratie représentative.

De quoi s'agit-il ? Il faut chuchoter son nom très vite tant il est en France encore entouré de mystères et de craintes. Il s'agit du lobbying, alias affaires publiques, relations institutionnelles ou encore influence des groupes de pression ou d'intérêts.

Dans le cadre des institutions de l'Union européenne, le lobbying est mieux reconnu, influence anglo-saxonne oblige. Des registres de lobbyistes sont mêmes ouverts pour recenser les acteurs de cette activité au Parlement européen et à la Commission. Mais force est de constater que cette réglementation relève plus de l'embryon que d'une œuvre législative bien construite et utile pour les citoyens.

Si le regard se porte de l'autre côté de l'atlantique, le contraste est criant entre ce qui se pratique aux Etat-Unis et au Canada et l'état de notre droit sur cette question en France et dans l'Union.

Nous sommes d'avis qu'une réglementation spécifique du lobbying devrait répondre à deux besoins particuliers pour notre démocratie : d'une part la transparence dans l'origine et les motivations des décisions publiques ainsi que dans leur processus d'adoption, d'autre part la possibilité de faire naître un débat contradictoire entre les intérêts en jeu avant que la décision publique ne soit prise.

Le droit commun ne permet pas de satisfaire ces deux besoins. Les dispositions du droit pénal qui visent à empêcher les élus, les fonctionnaires et les acteurs de l'influence auprès d'eux de commettre des actes illicites et non conformes à l'intérêt général et au bien public au profit d'intérêts particuliers ne contraignent pas ces mêmes personnes à rendre compte des actions quotidiennes de lobbying. Et nous pensons que cette absence de transparence et de publicité pose un problème politique de légitimité de ces actions dans notre système politique fondé sur la représentation des citoyens par les élus. Le fantasme de collusion entre certains lobbies et les pouvoirs publics du fait de l'opacité de leurs relations est une des causes de l'érosion de la confiance des électeurs dans les institutions publiques et les partis politiques.

De même, les déclarations de bonne intention des acteurs du lobbying ou les règles déontologiques autoproclamées sans aucun organe de contrôle indépendant sont inefficaces en l'état. Certaines de ces chartes déontologiques, qui adoptent les règles du secret et de la confidentialité, sont mêmes contraires au principe de transparence qui devrait s'imposer.

Le lobbying est un fait indiscutable au sein des institutions Françaises et Européennes. A certains égards, il est même nécessaire et souhaité par les titulaires des charges publiques en raison d'une part de la possibilité qu'il offre d'obtenir des informations que les ressources internes de l'administration ne permettent pas de trouver et d'autre part de favoriser la compréhension entre le privé et le public par la concertation qui se noue entre les deux lorsqu'une décision publique est en voie d'adoption.

Encore faut-il cependant que les informations transmises par les lobbies soient fiables, que la concertation prenne en compte l'ensemble des intérêts en jeu et que les argumentaires et le processus de dialogue entre les lobbies et les décideurs publics puissent être connus par le plus grand nombre. De cette transparence et de cette publicité naîtra la contradiction éventuelle entre les intérêts ; contradiction nécessaire pour éclairer les débats publics.

Finalement, l'enjeu de la réglementation du lobbying est la construction d'un lien légitime entre la démocratie représentative et la démocratie participative qui semble conquérir le cœur de la gouvernance des sociétés occidentales. Bien gouverner aujourd'hui, ce n'est plus seulement faire prévaloir l'intérêt général et appliquer les programmes choisis par les électeurs ; c'est aussi rester à l'écoute de la société civile, expliquer les réformes envisagées, favoriser la concertation et même accepter la négociation avec des groupes dont la légitimité ne repose pas sur l'élection. Les lobbies justifient leurs interventions sous couvert de la démocratie participative qui empêcherait que le pouvoir ne se cloisonne dans sa tour d'ivoire entre les élections. Si tant est que ces interventions soient utiles, il reste nécessaire de permettre à l'ensemble des citoyens et, donc à d'autres lobbies, de connaître les actions d'influence qui pèsent sur les autorités publiques et d'y apporter une contradiction éventuelle si nécessaire.

Pour toutes ces raisons il nous semble urgent de réglementer les activités du lobbying dans notre pays et de parfaire la réglementation existante dans le cadre des institutions de l'Union Européenne.

1 – Définitions, acteurs et pratiques du lobbying

1.1. Définitions

Le lobbying est souvent compris comme une action d'influence sur le législateur mais en réalité il peut viser tous les organes de responsabilité et de décision publique : le pouvoir législatif comme le pouvoir exécutif, au niveau européen, national et local. Le développement des institutions européennes et celui parallèle de la décentralisation ont conduit à l'éclatement des champs de compétence normative entre l'Union Européenne, l'Etat et les collectivités locales. Ceci conduit les lobbies à devoir intervenir à tous les niveaux des organes de la puissance publique. En ce qui concerne la France, la pratique des institutions de la Vème république renforce les attributions du pouvoir exécutif, y compris dans la préparation des lois. Or, il est un fait que le pouvoir exécutif travaille avec plus de discrétion et moins de débats que le Parlement, ce qui ne manque pas de favoriser le caractère discret et souvent confidentiel de l'action des lobbies dès la préparation des lois et règlements.[1]

Les actions de lobbying ne visent pas seulement à infléchir la politique normative des autorités publiques. Les lobbies sont aussi intéressés par le pouvoir contractuel et financier de ces autorités en ce qui concerne la passation de marchés publics ou l'octroi de subventions. Le lobbying auprès des autorités judiciaires est a priori exclu puisque les débats initiés par les actions en justice devant les juridictions se déroulent selon des règles procédurales codifiées avec notamment le respect de la publicité et du principe du contradictoire.

La loi québécoise sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme[2] adoptée le 13 juin 2002 dispose en son article 2 que « *constituent des activités de lobbyisme au sens de la présente*

[1] Pour une illustration d'interventions auprès du Premier ministre afin d'édulcorer la loi « sur le sucre » de tout son sel (loi de santé publique en discussion au Parlement qui prévoyait l'insertion d'avertissements sanitaires dans les publicités pour les produits sucrés), voir l'article de Jean-François Julliard « Douste et les lobbies ont fait maigrir la loi sur l'obésité » in Le Canard Enchaîné, mercredi 8 septembre 2004, p. 4

[2] Pour obtenir le texte de cette loi ainsi que toutes les informations sur ses modalités d'application, voir le site Internet du Commissaire Québécois au Lobbyisme : http://si1.commissairelobby.qc.ca/motcommissaire.asp. Nous

loi toutes les communications orales ou écrites avec un titulaire d'une charge publique en vue d'influencer ou pouvant raisonnablement être considérée, par la personne qui les initie, comme étant susceptibles d'influencer la prise de décision relativement à l'élaboration, à la présentation, à la modification ou au rejet d'une proposition législative ou réglementaire, d'une résolution, d'une orientation, d'un programme ou d'un plan d'action ; à l'attribution d'un permis, d'une licence, d'un certificat ou d'une autre autorisation ; à l'attribution d'un contrat, autrement que dans le cadre d'un appel d'offres public, d'une subvention ou d'un autre avantage pécuniaire, ou à l'attribution d'une autre forme de prestation déterminée par règlement du gouvernement ; à la nomination d'un administrateur public au sens de la Loi sur le ministère du Conseil exécutif (Chapître M-30), ou à celle d'un sous-ministre ou d'un autre titulaire d'un emploi visé à l'article 55 de la loi sur la fonction publique (chapître F-3.1.1.) ou d'un emploi visé à l'article 57 de cette loi. »

Pour être complet sur les définitions de cette loi, il faut préciser que les titulaires des charges publiques susceptibles d'être les cibles du lobbying sont énumérés d'une façon très large puisqu'elle vise les ministres, les parlementaires, les membres du gouvernement et leur personnel, le personnel d'entreprises ou d'organismes publics et le personnel des autorités publiques locales (dont les maires et les conseillers municipaux).

1.2. La typologie des agents d'influence mandatés par les lobbies

Il convient de distinguer le lobby du lobbyiste. La distinction proposée par Eric Eugène entre l'acteur, le canal et le lobby (mentionné par cet auteur comme l'intérêt) mérite d'être rapportée[3]. L'acteur est la personne qui présente la revendication, le plus souvent il est le lobbyiste. Le canal est l'institution, l'association ou la structure qui sans la créer porte la revendication (l'utilisation d'un canal apparemment sans lien avec le lobby peut servir à camoufler son identité par exemple une association ou un groupe d'experts dont les activités sont financées en tout ou partie par un lobby sans que ce financement soit publiquement connu). Le lobby est la personne ou le groupe de personnes à qui profite *in fine* l'action de lobbying exercée par ses deux intermédiaires l'acteur et le canal.

Toutes les entreprises ne sont pas des lobbies bien que chaque intérêt particulier soit un lobby en puissance. Un lobby est une personne ou un groupe de personnes qui décide d'organiser et de mettre en œuvre un certain nombre d'actions d'influence afin de faire prévaloir ses revendications et d'infléchir les décisions des titulaires de charges publiques dans un sens favorable à ses intérêts.

Le lobbying professionnel, c'est-à-dire celui effectué d'une façon récurrente et organisée, est exercé par trois types de lobbyistes : les lobbyistes-conseil, les lobbyistes d'entreprise (employés par une personne dont les activités sont lucratives) et les lobbyistes d'organisation (employés par une association ou un groupement non lucratif).[4]

---

remercions M. André Ouimet, Directeur des affaires juridiques auprès du Commissaire au Lobbyisme pour ses explications sur l'historique et l'application de la loi Québécoise.

[3] Eric Eugène : *Le lobbying : une imposture ?*, Le Cherche Midi, 2002 p. 50

[4] La législation fédérale des Etats-Unis, notamment dans le Lobbying Disclosure Act adopté en 1995 établit une distinction entre le lobbyiste et son client (le lobby). Au sens de cette législation, le client du lobbyiste peut être une entreprise ou une organisation qui emploie le lobbyiste comme salarié ou bien comme consultant extérieur.

Si l'activité de lobbyiste fait partie du paysage politique dans les pays anglo-saxons (aux Etats-Unis, son exercice est même protégé par le premier amendement de la Constitution qui consacre la liberté d'expression et de pétition des citoyens et des groupes de citoyens[5]), en France elle n'est pas officiellement reconnue bien qu'elle soit en voie de professionnalisation. Des enseignements supérieurs sont dispensés afin de former le personnel des services de lobbying dans les organisations et les cabinets de conseil.[6]

Mis à part le personnel en charge de la collecte des données nécessaires à l'activité de veille, le profil recherché du lobbyiste responsable des activités d'influence sera le plus souvent un professionnel maîtrisant la communication, les rouages des institutions politiques et administratives cibles avec une bonne connaissance de leur personnel, des médias et du secteur professionnel du lobby. En un mot, plus le lobbyiste est susceptible d'être influent pour le compte du lobby, plus ses qualités professionnelles de lobbyiste seront appréciées et ce peu importe ses diplômes et son expérience passée - bien que sur cette question les formations et les expériences qui pourraient le rapprocher de celles des décideurs publics soient souvent prisées car elles sont perçues comme le signe d'un facteur d'influence.[7]

1.3. Les personnes autres que les lobbies et les lobbyistes qui sont aussi concernées par l'action des lobbies

A part les agents d'influence et les lobbies, d'autres personnes sont concernées directement ou indirectement par les actions d'influence auprès des décideurs publics. En premier lieu, il s'agit des titulaires de charges publiques qui sont les cibles des actions d'influence : les élus, les fonctionnaires, les personnes en charge d'une mission de service public, les dirigeants des entreprises et organismes publics. En second lieu, il s'agit des concurrents et des personnes ou groupe de personnes dont les intérêts s'opposent à ceux revendiqués par les lobbies. Ils peuvent déjà agir en qualité de lobby, c'est-à-dire être organisés pour influer. Ce peut être également des personnes non encore organisées pour cette forme d'action et dont les intérêts sont directement concernés par les pressions exercées sur le décideur public. Enfin, les citoyens sont aussi concernés puisque l'action des lobbies peut avoir une incidence sur les décisions publiques touchant à des questions d'intérêt général et qui pourraient même être contraires aux engagements pris par les élus lors des campagnes électorales.

---

[5] Premier amendement de la Constitution des Etats-Unis (1791) : « *Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, restreignant la liberté de la parole ou de la presse, ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour le redressement de leurs griefs* ».

[6] Voir la liste des formations aux métiers du lobbying en annexe de l'ouvrage *Lobbying, les règles du jeu*, Olivier Le Picard, Jean-Christophe Adler, Nicolas Bouvier, Editions d'Organisation, 2000 ;

[7] « *Aussi le lobbying à la française est-il beaucoup plus discret et informel que le lobbying à l'américaine ou tel qu'il se pratique au niveau des institutions de l'Union européenne : il est d'abord fondé sur une relation institutionnelle (une scolarité, un classement et un parcours commun) et ensuite seulement sur la puissance des intérêts représentés ou le caractère réel d'intérêt général des propositions formulées…L'avantage des anciens hauts fonctionnaires est qu'ils cumulent à la fois, par rapport à leurs interlocuteurs politiques et administratifs, une compétence reconnue, une proximité culturelle et un langage commun*.», Olivier Debouzy, in *Le rôle du lobbying dans la démocratie technicienne*, Revue Après-demain, Janv. Fév. Mars 2004, p. 11.

Finalement, la principale intéressée par l'action des lobbies est la démocratie, la démocratie représentative. Plus le lobbying se développe, plus le travail de nos représentants est susceptible d'être influencé par les revendications des lobbies. A coté de la démocratie représentative se développe une démocratie participative, dont il nous importe, en tant que citoyen, d'une part qu'elle ne favorise pas seulement ceux qui disposent des moyens sociaux et financiers de se faire entendre auprès des décideurs et d'autre part qu'elle soit contrôlée afin que chacun puisse être assuré de l'indépendance de jugement de nos élus.

1.4. Les pratiques du lobbying

Les actions d'influence sont réalisées par les méthodes suivantes :

Les prestations de veille (*monitoring*) consistent à recenser toutes les règles de droit adoptées ou mieux en phase initiale d'adoption ainsi que les actions et les débats publics qui concernent les intérêts du lobby. Ces prestations ont pour but de préparer le lobby à agir si ce n'est en amont du moins en temps utile pour la préservation de ses intérêts. Les opérations de veille entrent donc dans la phase préparatoire des opérations d'influence.

Par le lobbying direct, le lobby fait intervenir un intermédiaire, le lobbyiste, afin de rentrer en contact avec les décideurs et de présenter un argumentaire pour la défense de ses intérêts.

Dans le cadre du lobbying indirect, le lobby n'apparaît pas en contact direct avec les décideurs publics. Il mène des actions de communication ou d'influence afin que des tiers, qui n'apparaissent pas comme liés à ses intérêts, agissent auprès des décideurs.

Par la participation aux processus d'adoption des décisions publiques, le lobby s'invite ou est convié à participer à une ou des phases de ces processus. Le plus souvent, il s'agit des phases d'information et d'investigation aux fins de préparer la décision, comme la participation à des comités d'experts ou des auditions dans des commissions d'enquête. Ce type de lobbying (direct ou indirect) est en plein développement en raison du succès de la méthode de concertation dans les systèmes de gouvernement qui pousse les dirigeants publics à être à l'écoute des intérêts privés, voire à accepter de négocier avec eux.

Enfin, lorsque la décision publique a été prise, son exécution peut donner prise à de nouvelles interventions des lobbies.

Parmi les techniques d'influence, la première mise en avant[8] par les lobbyistes est la présentation aux décideurs publics d'informations techniques sur les incidences juridiques, technologiques, économiques, financières, sociales, écologiques ou culturelles des décisions dont il est demandé l'adoption, l'amendement ou le rejet. Ce travail est mis en valeur tant par les professionnels du lobbying que par beaucoup de décideurs publics. Il est présenté comme une réponse positive et légitime aux attentes des décideurs publics qui d'une part ne disposent pas de toutes les ressources nécessaires pour connaître les besoins du secteur privé dans tous les domaines et d'autre part souhaitent connaître la position des acteurs de la société civile. Le décideur public est en manque d'information. Les dossiers présentés par le lobby auraient alors pour simple but de

[8] voir pour les techniques et méthodes, Michel Clamen, *op.cit*.

nourrir sa réflexion et de l'éclairer avant qu'il ne décide en toute indépendance. Ce travail justifierait à lui seul la légitimité des lobbies dans notre démocratie.

Si la présentation d'un dossier technique ne suffit pas, d'autres techniques d'influence peuvent être utilisées, tel que le recours aux médias, la mobilisation de proches du décideur (*grasstop*) ou de l'opinion (*grassroot*) ou encore l'action judiciaire.

Précisons également que plusieurs de ces techniques peuvent être utilisées en même temps, une campagne de presse menée adroitement peut soutenir, ou réveiller, l'attention du décideur à la lecture d'un dossier technique. De même les effets de nombreuses normes internationales et européennes encore mal connues par l'administration sont une source de contentieux permettant à un lobby de menacer de faire condamner « la France » à Luxembourg, voire pire, à Strasbourg.

2. La perception du lobbying en France et dans le cadre de l'Union Européenne, les raisons qui entravent l'adoption d'une réglementation efficace du lobbying et l'illusion de l'auto-régulation

Comment expliquer l'absence de réglementation du lobbying en France ou son insuffisance dans le cadre de l'Union Européenne ? En ce qui concerne la France, l'explication serait rattachée à la philosophie politique de notre pays.

La révolution Française a fait naître des institutions qui reposent sur le culte du contrat social, fondement théorique de la légitimité de l'expression de la volonté générale par les représentants élus du peuple.

Les élus ne peuvent avoir de mandats impératifs. L'article 27 de la Constitution le leur interdit et précise que leur droit de vote est personnel. Le règlement de l'assemblée nationale en son article 23 ne fait que traduire cette interdiction lorsqu'il précise qu' « *est interdite la constitution au sein de l'Assemblée nationale, dans les formes prévues à l'article 19 ou sous quelque autre forme ou dénomination que ce soit, de groupe de défense des intérêts particuliers, locaux ou professionnels et entraînant pour leurs membres l'acceptation d'un mandat impératif. Est également interdite la réunion dans l'enceinte du Palais de groupements permanents quelle que soit leur dénomination, tendant à la défense des mêmes intérêts.* » L'article 79 de ce règlement interdit à tout député d'user ou de laisser user de sa qualité ou de son titre pour d'autres motifs que l'exercice de son mandat. Il lui interdit également d'adhérer à une association ou à un groupement de défense d'intérêts particuliers, locaux ou professionnels ou de souscrire à l'égard de ceux-ci des engagements concernant son activité parlementaire, lorsque cette adhésion ou ces engagements impliquent l'acception d'un mandat impératif.

La loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791, dont l'objet était de libérer les individus de l'emprise des corporations si puissantes sous l'ancien régime,[9] a eu pour conséquence l'interdiction de la constitution des groupes d'intérêts. La loi sur la liberté syndicale du 21 mars 1884 puis la loi sur

[9] L'article 1er de la loi Le Chapelier dispose : « *L'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession étant une des bases fondamentales de la Constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et sous quelque forme que ce soit* ».

les associations de 1901 a certes permis la renaissance de l'expression officielle des groupements, mais l'esprit de la Révolution anime encore un peu notre République : les groupes d'intérêts ne peuvent approcher au grand jour les représentants de la nation.

Bien entendu, comme beaucoup de constructions intellectuelles dans notre pays, la théorie est magnifique mais la pratique ne se prive pas de la contredire d'une manière insolente.

Les lobbies sont biens actifs et présents auprès de tous les décideurs publics en France dont le pouvoir et le champ d'action peuvent concerner leurs intérêts. Bien qu'aucune réglementation officielle ne viennent encadrer le travail des lobbyistes, en ce qui concerne l'accès à l'Assemblée nationale et au Sénat, des cartes d'accès permanents sont délivrées par la questure de chaque assemblée. Ainsi, à l'Assemblée nationale, une vingtaine de cartes d'accès permanent est ainsi réservée à des grandes entreprises publiques (SNCF, EDF…), à des organismes « institutionnels » comme la Caisse des dépôts et consignations ou à des organisations professionnelles comme les chambres consulaires.[10] Mais la majeure partie des lobbyistes accède à l'assemblée grâce à l'intervention des parlementaires eux-mêmes. Les groupes d'études ou les groupes d'amitiés constitués par les parlementaires eux-mêmes seraient un moyen privilégié de relayer des actions de lobbying.

Dans les faits, les lobbies sont donc présents dans les couloirs de tous les lieux de pouvoirs qui peuvent agir sur leurs intérêts en France. Ils seraient même de plus en plus pressants au point que leurs actions inquiètent les plus hautes sommités de l'Etat. L'assemblée nationale étant le lieux symbolique de la présence des lobbies, il n'est guère surprenant d'entendre son président en 1994, M. Philippe Séguin, dépeindre l'hémicycle comme « *un champs clos pour l'affrontement des lobbies régionaux et locaux* » et son président actuel, M. Jean-Louis Debré de dénoncer en janvier 2003 le poids des « *préoccupations parcellaires, celles des lobbies* » sur les députés.[11]

L'absence de reconnaissance des lobbies par une réglementation spécifique serait donc une manière de préserver les vestiges de la façade ébranlée de la philosophie politique qui soutient nos institutions. Pas de réglementation de l'action des lobbies pour éviter justement une reconnaissance de la légitimité de leur action.

Dans le cadre des institutions de l'Union européenne, les relations entre les lobbyistes et les institutions sont moins complexées. Elles reposent sur une doctrine maintes fois affirmée[12] : le lobbying est nécessaire et utile tant pour la société civile qui a besoin, compte tenu de la complexité de ces institutions, de professionnels qui en connaissent les rouages, que pour les fonctionnaires et élus européens qui recherchent les informations et l'expertise des lobbies.

[10] Rapport de la Délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union européenne sur la présence et l'influence de la France dans les institutions européennes, présenté par M. Jacques Floch, 12 mai 2004, 1594 ; voir également *Quel cadre juridique pour le lobbying* ?, Jean-Dominique Giuliani, Dorothée Pineau, David Picard, Les Cahiers de l'Institut La Boétie, 1992

[11] Cités dans l'ouvrage *La politique en France*, sous la direction de Thomas Ferenczi, co-édition Le Monde - Larrousse, 2004, p. 203

[12] Voir *Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêts*, Communication de la Commission, J.O.C.E. C63 du 5 mars 1993

En conséquence de quoi, les lobbies sont les bienvenus à Bruxelles et à Strasbourg. Il est estimé qu'environ 10.000 lobbyistes sont présents à Bruxelles sur un territoire de 4 Km2. Pour y voir plus clair parmi ces élites de l'ombre, le Parlement européen a décidé d'ouvrir un registre et il demande à tous ceux qui souhaitent obtenir une carte d'accès à ses couloirs de s'y enregistrer. Le registre est public mais il convient de se déplacer pour le consulter. Il ne fait pas état de chaque mission menée par les lobbyistes auprès des parlementaires et de leurs collaborateurs. En ce qui concerne la Commission, elle a mis en place un répertoire des organisations à but non lucratif de la société civile (CONECCS)[13]. Ce répertoire est ouvert aux lobbyistes qui veulent bien transmettre certaines informations générales d'une manière volontaire et non obligatoire. Il n'est pas un outil d'accréditation. Elle a également mis en place un code de bonne conduite et elle demande aux lobbyistes de bien vouloir le respecter. Aucun organe indépendant de contrôle ou de sanction n'a été établi.

En comparaison avec les législations existantes en Amérique du Nord, nous sommes en présence d'une réglementation qui n'en porte que le nom. La raison en est peut-être que la reconnaissance de la pratique du lobbying est somme toute récente en Europe, comme le sont les institutions de l'Union. Par ailleurs, cette administration perçoit les lobbyistes comme des partenaires de son action sans prendre totalement la mesure que le lobbying effectué auprès d'elle intéresse aussi les citoyens et tous ceux qui n'ont pas les moyens de se faire entendre de cette manière mais qui disposent du droit de vote. En tout état de cause, ces dispositions sont insuffisantes pour permettre le respect des principes d'une réglementation efficace à nos yeux et respectueuse des besoins d'une démocratie.[14]

Nous voyons une autre raison à ce défaut ou cette insuffisance de réglementation.

Quand bien même les lobbyistes en France seraient couramment décriés du fait de leur action dans l'ombre, quand bien même nous serions convaincus de l'utilité de leur rôle pour le développement de la démocratie participative, il n'empêche que très peu demandent clairement une réglementation spécifique de leurs activités et que beaucoup prônent l'auto-régulation.

Au pire, ils invoquent la liberté du commerce et de l'industrie pour justifier l'absence de toute contrainte, au mieux ils invoquent les vertus de l'auto-régulation et brandissent, parfois comme un article promotionnel, des chartes déontologiques dont le plus que l'on puisse dire est qu'elles sont très légères. En tout état de cause, ces chartes sont dépourvues de sanctions effectives et d'organes indépendants de contrôle.

L'Association pour les Relations avec les Pouvoirs Publics (ARPP) réunit des lobbyistes de grandes entreprises publiques et privées. La charte de déontologie de l'association indique que chaque adhérent de l'association s'engage, sous peine d'exclusion, à respecter un certains nombre de principes, notamment l'action dans la plus grande transparence, la confidentialité des

[13] http://europa.eu.int/comm/civil_society/index_fr.htm et http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/lobbies/approche/approche_fr.htm

[14] Voir également les pages éclairantes de M. Patrice Buffotot « *L'absence de réglementation du lobbying auprès des institutions européennes* », Colloque sur *La réglementation du lobbying* organisé par l'Institut Economique et Social, actes publiés par Transversalités (57), janvier-mars 1996, p.161

informations, la diffusion d'une information de qualité, dans le cadre de la législation et des règlements en vigueur.[15]

L'Association Française des Conseils en Lobbying (AFCL) a également élaboré une charte relative à l'exercice de la profession de conseil en lobbying qui contient dix articles.[16]

Cette charte prévoit en son article 5 que « *le conseil en lobbying respecte le caractère représentatif des institutions nationales et internationales. En conséquence, il accepte de déclarer ses activités et l'identité de ses clients et employeurs auprès du Bureau de chaque assemblée parlementaire, nationale et européenne, dès lors que la demande lui en aura été faite.* »

L'article 6 vient atténuer l'audace de l'article 5 : « *le conseil en lobbying, qu'il soit indépendant ou salarié, est tenu à l'obligation de confidentialité* ».

La combinaison de ces deux articles fait apparaître une ambiguïté dans les obligations des membres de l'AFCL. L'article 5 permet au lobbyiste de révéler son statut de lobbyiste et l'identité de ses clients au bureau d'une assemblée (les actions de lobbying entreprises auprès du pouvoir exécutif et de l'administration ne sont pas envisagées) si on lui en fait la demande. Dans cette hypothèse (et donc non spontanément), le lobbyiste transmettra ces informations (d'ailleurs on voit mal un professionnel rejeter une telle demande de la part d'une institution publique). Cependant, il souscrit aussi à une obligation de confidentialité à l'article 6. Le texte ne précise pas vis-à-vis de qui. Soit il faut comprendre qu'elle vise l'ensemble des partenaires du lobbyiste, auquel cas cette obligation risque d'être contradictoire avec la nécessité de transmettre les informations requises par les autorités publiques, soit elle ne concerne que les communications avec les médias et le public. Dans cette dernière hypothèse, cette obligation serait contraire au principe de transparence que l'on devrait imposer à toute action de lobbying sauf exception.

En réalité, ces articles, comme les huit autres, ne font que rappeler une évidence : tout lobbyiste doit respecter les lois et règlements en vigueur, y compris les règlements des assemblées parlementaires qui exigeraient des informations sur le travail des lobbyistes. Seul l'engagement de confidentialité, dont l'étendue n'est pas précisée, vient ajouter une obligation supplémentaire, laquelle, selon nous, porte une atteinte à la légitimité et la crédibilité du lobbying si la confidentialité couvre les actions d'influence effectuées auprès des décideurs publics.

Il n'est pas rare que les professionnels du lobbying attachés à ce principe de confidentialité invoquent, par analogie, l'obligation de confidentialité qui pèse sur certaines professions réglementées telles que les avocats ou les médecins. Les avocats peuvent intervenir comme défenseur devant une juridiction, comme conseil et comme lobbyiste, et ce dans le cadre de leur déontologie dont le respect est sanctionné en premier lieu par un conseil de l'ordre et en second lieu par le pouvoir judiciaire. Lorsqu'un avocat intervient comme défenseur d'une partie devant une juridiction, toutes les communications entre lui et son client sont confidentielles. Cette confidentialité est sacrée sans quoi la défense n'existerait pas. En revanche, le principe du contradictoire impose, tant à l'avocat qu'à son client de transmettre à la ou les parties adverses,

[15] ARPP, http://www.arpp.net
[16] AFCL, http://www.afcl.net

l'ensemble des pièces et arguments dont ils entendent se prévaloir auprès du juge. Ce principe est également sacré sans quoi, le débat judiciaire ne serait pas loyal et les juges pourraient être manipulés. Lorsque l'avocat intervient en tant que conseil, la confidentialité là encore s'impose puisque le conseil donné n'intéresse que le client à qui il est destiné. Lorsque l'avocat intervient en tant que lobbyiste il est clair que les communications entre lui et son client sont confidentielles mais il nous apparaît nécessaire que les actions d'influence qu'il entreprend auprès d'un décideur public puissent être connues par toutes les personnes dont les intérêts seront concernés par la décision publique qu'il demande de prendre. En un mot, s'il est illusoire de penser que le principe du contradictoire pourrait être aussi absolu dans les actions de lobbying que dans les débats juridictionnels, une bonne réglementation du lobbying devrait mettre en place des processus permettant de faire naître la contradiction entre les intérêts concernés par la question en débat qui sera tranchée par une décision publique.

Par ailleurs, aucun organe indépendant de contrôle n'est prévu dans les chartes de l'ARPP ou de l'AFCL pour enquêter sur des infractions déontologiques et les sanctionner. La seule sanction éventuellement envisageable est l'exclusion d'une de ces associations pour non respect des statuts.

Nous le voyons donc, les chartes déontologiques privées relèvent plus de l'outil promotionnel pour ceux qui les rédigent que d'une vraie réglementation. L'auto-régulation s'épanouit plus dans l'auto-justification et dans la confiance absolue du comportement honnête des membres du groupe qui la prône que dans le corset de règles véritablement contraignantes.

La réalité est que les lobbies en France ont peu d'intérêt à ce qu'une réglementation ne viennent alourdir la gestion du marché de l'influence et sûrement pas une réglementation qui imposerait la transparence et la publicité des actions de lobbying.

En effet, cette réglementation risquerait de mettre à mal les situations acquises et les liens noués entre eux et leurs contacts au sein des institutions et des administrations.

Une réglementation aurait aussi pour objet de mettre en place une égalité de traitement entre tous les acteurs de ce marché dans le cadre de procédures permettant à chaque lobbyiste de rentrer en contact avec les décideurs publics. Par exemple, les cartes d'accès au parlement ne seraient plus distribuées à quelques privilégiés mais à tout lobbyiste qui en ferait la demande, moyennant certaines conditions dont notamment le respect d'une séparation entre des lieux strictement réservés aux parlementaires et des lieux réservés aux contacts entre les lobbyistes et les parlementaires.

Si tel était le cas, le marché du lobbying serait beaucoup plus ouvert et les situations acquises pourraient d'avantage être remises en cause, certes au profit de la libre concurrence mais au détriment des acteurs historiques de ce marché récent.

Il n'empêche que le seul intérêt des lobbies, si légitime qu'il soit, ne peut justifier à lui seul la justification de l'autorégulation, dont l'effectivité n'existe même pas aujourd'hui, ni être une entrave à la réglementation nécessaire. Par ailleurs, pour plus de sûreté juridique pour les lobbyistes, celle-ci devrait permettre une clarification des règles de droit pénal qui encadrent l'activité de lobbying et notamment le champ d'application du délit de trafic d'influence.

3. Les dispositions pénales susceptibles de s'appliquer aux activités des lobbyistes et des lobbies

Absence de réglementation spécifique en France ou insuffisance dans l'Union européenne, signifie-elle absence de toute contrainte légale ?

Certes non, chaque lobbyiste est soumis au droit commun, comme tout autre citoyen, et notamment aux dispositions pénales qui protègent l'intégrité, le bien public et le fonctionnement démocratique des institutions. Tous les délits qui ont pour objet de protéger les fonctions des titulaires de charges publiques, le bien public et la primauté de l'intérêt général sur les intérêts privés limitent les activités de lobbying.

Dire cela ne signifie pas que les lobbyistes sont tentés plus que d'autres de franchir les lignes interdites. Mais pas un lobbyiste ne peut exercer sa profession sans savoir ce que signifie, pour ne jamais les commettre, les délits de corruption, concussion, prise illégale d'intérêts, favoritisme, faux, chantage, abus de biens sociaux ou encore trafic d'influence, sans parler des deux délits périphériques à l'ensemble des incriminations : la complicité et le recel.

Il serait trop long d'analyser ici l'ensemble de ces infractions[17]. Un seul d'entre eux retiendra notre attention tant il est dangereux pour les lobbyistes de ne pas le connaître : le trafic d'influence.

Le délit de trafic d'influence[18] est le fait pour une personne d'abuser de son influence sur le titulaire d'une charge publique afin de lui faire prendre une décision favorable aux intérêts d'une tierce personne qui accepte de faire un don ou une promesse de don à l'agent d'influence en contrepartie de son intervention.

L'auteur du délit est tant la personne à la recherche de cet abus d'influence, que la personne qui se présente comme pouvant abuser de son influence. Ces personnes peuvent être des particuliers d'une part ou des fonctionnaires, des personnes en charge d'une mission de service public et des élus d'autre part.

Les faveurs dont on recherche le profit ne sont pas seulement individuelles comme l'obtention d'un emploi, d'une médaille ou d'un marché public. M. le Professeur André Vitu précise que l'on « *devrait considérer également comme une faveur toute mesure réglementaire, apparemment profitable à la communauté, mais en réalité tournée vers le bien de quelques personnes ou de quelques groupements et acquise par l'intervention monnayé de personnes influentes*. »[19]

En ce qui concerne l'élément matériel, la question principale qui intéresse les professionnels du lobbying est celle de savoir ce qui distingue l'influence licite de l'abus d'influence.

[17] Nous vous renvoyons à notre ouvrage à paraître prochainement : «*Droit pénal et lobbying* ».
[18] Le délit est réprimé par les articles 433-1 et 433-2 du Code pénal pour les particuliers et par l'article 432-11 du Code pénal pour les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public
[19] Jurisclasseur Pénal, Art. 432-11 : fasc. 10, n°132

Pour les professionnels du droit pénal, « *dans le délit de corruption, le fonctionnaire ou l'élu corrompu monnaye l'accomplissement d'un acte de sa fonction, ou d'un acte facilité par elle. En ce qui concerne au contraire le trafic d'influence, la personne coupable ne se place pas dans le cadre de sa fonction, mais en dehors : elle use ou mieux,* ***elle abuse du crédit qu'elle possède*** *(ou qu'on croit qu'elle possède) du fait de sa position dans la société ou dans l'Administration, du fait aussi de ses relations d'amitié qu'elle a pu nouer avec d'autres personnes, ou des liens de collaboration qui se sont tissés entre elle et les fonctionnaires d'autres services publics. Comme l'avait fort justement remarqué R. Garraud (t. IV, n°1526 et 1527),* ***le coupable trafique, non de sa fonction mais de sa qualité****.* »[20]

L'élément intentionnel réside dans la conscience d'agir en vue de bénéficier ou de faire bénéficier de l'abus d'influence.

Le moins que l'on puisse dire est que la distinction entre user de son influence et en abuser n'est pas facile à faire, les deux termes seraient même équivalents dans la définition du délit telle que proposée ci-dessus par M. le Professeur Vitu.

Les deux critères principaux sont d'une part la commercialisation, même ponctuelle, du crédit d'une personnalité influente soit par sa position dans la société ou dans l'administration, soit par ses liens d'amitié ou d'intérêts dont elle dispose ou qu'elle a pu nouer dans le passé avec les fonctionnaires ou élus cibles de l'action d'influence et d'autre part l'antériorité, par rapport à l'action d'influence, du pacte illicite entre le bénéficiaire de l'abus d'influence et la personne influente.

Le lien entre lobbying et trafic d'influence a été étudié par le Service Central de Prévention de la Corruption dans son premier rapport en 1994[21]. A la lecture de cette étude, nous ne pouvons que confirmer le risque d'assimilation de certaines actions de lobbying avec ce délit surtout lorsque ces actions sont conduites par des personnes dont l'autorité, l'influence réelle ou supposée, sur les élus ou fonctionnaires ciblés, n'est pas contestable.

Or, il est notoirement connu que les lobbies préfèrent confier la conduite de la défense de leurs intérêts à des personnes connues et influentes, parfois même issues des rangs de l'administration ou de l'institution cible, plutôt qu'à des consultants anonymes, certes souvent talentueux mais peu impressionnants en terme de réputation dans les institutions publiques, de proximité avec les personnes cibles voire même de légitimité en terme d'expertise ou de poids politique. Le recrutement par un lobby d'un ancien ministre ayant œuvré dans un domaine particulier peut être amplement justifié par une attente d'efficacité dans ses discussions avec des fonctionnaires qu'il a connus et qui sont toujours en service dans l'administration. L'une des raisons d'être du pantouflage est même la croyance, pour ne pas dire l'espérance, de l'employeur privé que l'embauche d'un ancien fonctionnaire, ou même d'un fonctionnaire en disponibilité, facilitera la défense de ses intérêts vis-à-vis de l'administration.

Dès lors, faut-il penser que le trafic d'influence ne peut être clairement évité que lorsque l'action d'influence est menée par des personnes dont on n'est certain qu'elles n'ont pas eu et n'ont aucun

[20] André Vitu, Jurisclasseur Pénal, Art. 432-11 : fasc. 10, n°123
[21] SCPC, Rapport 1993-1994, *Lobbying et trafic d'influence*, p. 22 et s.

lien d'intérêt ou de connaissance avec le décideur public cible ou même qu'elles n'ont pas un crédit social suffisant dans la société pour être trop influente ?

Si tel était le cas, il y a fort à parier que les professionnels du lobbying devront être prudents dans la conduite de leurs affaires.

Nous pensons qu'une réglementation favorisant la transparence pourrait être l'occasion de clarifier les choses sur cette question, sans remettre en cause la nécessité de réprimer le trafic d'influence.

Parmi les pratiques suspectées de favoriser le trafic d'influence ou la prise illégale d'intérêts, le pantouflage figure en bonne place. Ce terme désigne l'opération de transfert d'un fonctionnaire vers le secteur privé, soit que le fonctionnaire se mette en disponibilité, soit qu'il démissionne de la fonction publique pour occuper un emploi dans le privé. Bien qu'un grand nombre de ces transferts soient parfaitement légitimes, le risque est de voir proposer ou laisser entendre de manière implicite à un fonctionnaire occupant une fonction qui intéresse un lobby que de sa conduite dépendra une offre d'emploi s'il souhaitait un jour quitter l'administration temporairement ou définitivement. Une autre dérive est l'embauche d'un fonctionnaire pour utiliser les connaissances qu'il a acquises de la pratique administrative afin de jouer contre les intérêts de son ancien employeur public.

Le législateur a été sensible à ces risques et le Code pénal[22] réprime le fait par un fonctionnaire ou un agent public d'être embauché par une entreprise qu'il a été amené à surveiller dans le cadre de ses fonctions avant l'expiration d'un délai de cinq ans après son départ de son emploi public.

Deux décrets du 17 février et du 6 juillet 1995 prévoient également l'interdiction pour ces anciens fonctionnaires ou agents d'exercer des activités professionnelles privées si « *par leur nature ou le conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, ces activités portent atteinte à la dignité desdites fonctions ou risquent de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.* »

La Commission de Déontologie de la Fonction Publique de l'Etat doit être saisie pour avis avant tout transfert de ces personnes vers leur nouvel emploi.

Florence Autret cite les propos de cette commission et indique qu'elle « *ne prononce guère d'incompatibilité et préfère formuler des réserves. Les transfuges de l'administration doivent « s'abstenir de conseiller des sociétés dont ils auraient eu à connaître dans le cadre de leur fonction administrative » et ne pas avoir de « relations professionnelles avec leur ancien service » ou encore ne pas « intervenir auprès de ces services pour défendre les intérêts de leurs clients* ».[23]

Le rapport 2003 de cette Commission fait état de 472 saisines pour l'année 2002 dont 68 concernent des fonctionnaires et agents de la catégorie ou niveau A (trois secteurs privés ont

[22] article 432-13

[23] Cité par Florence Autret, *Lobbying : la carte des énarques*, La lettre de l'Expansion, 28 mai 2004 ; voir également son ouvrage *Les manipulateurs,* Denoël, 2003

attiré principalement les membres de cette catégorie : médecine, médico-social, social (20), travaux public, urbanisme, bâtiment et environnement (16) ; profession libérale, artisanat et expertise (16) ; le reste de ces membres ayant choisi d'autres secteurs).

Sur les 472 saisines, les décisions sont les suivantes :

- 30 décisions d'incompétence de la commission ;
- 10 avis d'incompatibilité totale ;
- 56 avis tacites de compatibilité (avis tacites rendus par suite de l'écoulement du délai d'un mois imparti à la Commission pour rendre son avis ; non respect du délai qui s'explique selon la Commission par les difficultés qu'elle rencontre pour se réunir avec le quorum exigé – en clair, manque de moyens à sa disposition pour accomplir sa mission) ;
- 73 avis de compatibilité avec réserve ;
- 300 avis de compatibilité simple ;
- 3 avis de non lieu.

A noter que sur les 69 cas de fonctionnaires et agents de catégorie et niveau A les avis se répartissent de la façon suivante :

- 7 décisions d'incompétence ;
- 3 avis d'incompatibilité totale ;
- 6 avis tacites ;
- 24 avis de compatibilité avec réserves ;
- 28 avis de compatibilité simple ;
- 1 avis de compatibilité car le cas n'était pas concerné par la réglementation

Pour les avis avec réserve, la Commission précise que « *la réserve revient à relever une incompatibilité partielle, interdisant en règle générale à l'agent de travailler ou d'entrer en relation professionnelles avec son ancien employeur public.*»[24]

En synthèse pour les membres de la catégorie A, si l'on rapproche les cas d'incompatibilité totale (3) avec les cas d'avis avec réserve (24), nous avons à peu près la moitié des cas (27 contre 29 cas avec avis de compatibilité) de transfert du public vers le privé qui devraient être encadrés, contrôlés ou interdits.

La Commission se plaint à la fois de ne pas être saisie par les employeur publics dans tous les cas de transfert et d'un manque de moyens qui l'empêche d'instruire convenablement tous les dossiers. Le Service Central de Prévention de la Corruption s'est penché dans son rapport 2000 sur les risques de lien entre le pantouflage et le trafic d'influence.[25] Elle juge que « *la rigueur du cadre juridique laisse malgré tout subsister un certain flou* », que « *le principe de l'impartialité de l'Etat et de la neutralité administrative est mis à mal par ce qui a pu être qualifié de « nominations récompense », amenant à rapprocher le pantouflage et tour extérieur, témoignant*

[24] Rapport 2003 de la Commission de déontologie de la fonction publique, p. 24
[25] SCPC, *Pantouflage et zone grise*, Rapport 2000, p.53

ainsi du risque d'instrumentalisation de la fonction publique ». Elle note qu'il est difficile pour la Commission d'effectuer de véritables investigations pour « *organiser un véritable suivi des pantoufleurs avec « traçabilité » du traitement des dossiers* », notamment quand au respect des conditions posées dans les cas d'avis avec réserves.

En résumé, il nous apparaît nécessaire de renforcer le contrôle et l'encadrement des transferts du personnel public vers le secteur privé et spécialement pour les postes à responsabilité.

4. Quelle réglementation en France et dans le cadre des institutions de l'Union européenne ?

4.1. Les principes qui devraient inspirer une réglementation spécifique du lobbying

Nous avons vu que l'existence et l'action des lobbies est un fait inéluctable. Nous partageons même l'avis que les décideurs publics ne doivent pas être coupés de la société civile ; qu'ils doivent être à l'écoute des forces vives de la République, et surtout de ceux qui n'ont pas les moyens de se faire entendre, et qu'en conséquence, il est nécessaire d'organiser des lieux et des processus d'écoute entre les titulaires des charges publiques et les lobbies. La prise en compte du plus grand nombre d'opinions et des revendications des groupes d'intérêt est donc utile par le recours à des auditions, des enquêtes et la concertation (même si nous pensons que l'action politique ne se résume pas à la recherche d'un juste milieu ou d'un compromis entre des intérêts privés contradictoires : le politique doit savoir trancher dans le sens de l'intérêt général et de la politique qui a été choisie lors des élections par les électeurs).

Dès lors, la question qui se pose pour définir l'esprit d'une réglementation du lobbying est celle-ci : comment faire en sorte que la démocratie sorte renforcée et non accaparée par des intérêts privés puissants lorsque les représentants des citoyens et l'administration sont en contact avec les lobbies ?

Nous pensons que six mots résument l'esprit de la réglementation que nous appelons de nos voeux : transparence, publicité, contradiction, devoirs, contrôles, sanctions.

La transparence dans la vie publique et administrative est le principe premier de nombreuses lois décisives pour le bon fonctionnement de notre démocratie. La loi sur l'accès aux documents administratifs, celle sur la motivation des jugements administratifs ou encore, dans une certaine mesure, la loi informatique et libertés, sont fondées sur ce principe. En matière de lobbying, le principe de transparence doit contraindre les lobbyistes à dévoiler les actions qu'ils entreprennent pour le compte de leurs clients, les lobbies, les objectifs qu'ils cherchent à atteindre et les méthodes employées, les noms des titulaires de charges publiques qu'ils contactent et les moyens qu'ils mettent en œuvre pour atteindre ces objectifs.

La publicité consiste à mettre ces informations à la disposition du public afin que chacun puisse avoir l'opportunité d'en prendre connaissance. Lorsque la publicité donnée à ces informations serait de nature à fausser la concurrence ou à mettre en péril un intérêt supérieur au droit du public à connaître ces informations, elles pourraient rester confidentielles le temps nécessaire à la préservation de cet intérêt.

De cette transparence et de cette publicité ne manquera pas de naître **la contradiction** soulevée par ceux qui ont des intérêts contraires ou différents de ceux des lobbies qui ont pris l'initiative d'agir.[26] De cette contradiction se développera donc un débat dont le ou les décideurs publics doivent être arbitres.

Les devoirs des lobbyistes sont à définir dans un texte avec plus de netteté et de précision, notamment dans leurs relations avec les élus et les fonctionnaires. Par exemple, il est nécessaire qu'ils s'engagent à ne pas transmettre aux institutions publiques des informations et des données qu'ils savent fausses ou, en cas de doute, qu'ils ne les transmettent qu'avec des réserves.

Le contrôle du respect de la transparence, de la publicité et des devoirs des lobbyistes doit être effectué par une autorité indépendante. Il ne s'agit pas de créer un ordre professionnel aux tendances corporatistes ou une autorité soumise au pouvoir politique mais de disposer d'une autorité indépendante qui contrôlera les déclarations faites et qui aura des pouvoirs d'enquête dont les résultats pourront fonder une poursuite disciplinaire, ou pénale en coordination avec le ministère public lorsqu'une infraction aura été relevée.

Enfin, le texte doit prévoir **des sanctions** disciplinaires et pénales applicables en cas de violation de la réglementation.

Le danger de laisser les lobbies agir dans l'ombre, et donc sans possibilité de les contredire, est de transformer à son insu le décideur public lui-même en lobbyiste si les informations qui lui sont transmises ne sont pas objectives (surtout lorsque ces informations sont recouvertes d'une apparence d'objectivité – par exemple lorsque le lobby présente des conclusions d'experts dont il se sera assuré au préalable le ralliement à ses vues) et si les méthodes d'influence qui ont prise sur lui ne sont pas dévoilées.

Le travail des lobbyistes ne concerne pas seulement eux-mêmes, leurs clients et les titulaires des charges publiques. Nous avons vu que ce travail peut avoir une incidence sur les personnes qui ont des intérêts contradictoires avec les lobbies et aussi l'ensemble des citoyens.

S'il est impossible et souvent inutile de faire participer l'ensemble de ces personne au processus de décision, au moins est-il possible d'organiser la publicité des actions entreprises par les lobbyistes pour le compte des lobbies afin que chacun puisse en être informé et que ceux qui ont un intérêt à manifester leur avis et leur revendication puissent le faire.

Or, tel n'est pas le cas en France et l'on ne peut pas dire que les dispositions prises par le Parlement européen ou la Commission européenne, pour ne parler que des deux institutions de l'Union qui ont pris quelques mesures sur cette question, soient de nature à atteindre les objectifs de transparence et de contrôle qu'une démocratie est en droit de bénéficier.

---

[26] Puisse alors Mme Corinne Lepage être entendu lorsqu'elle écrit : « *Nous souffrons en France, non pas d'un excès de lobbies mais d'une insuffisance du nombre et de poids de contre-lobbies susceptibles de permettre à l'Etat de jouer son rôle d'arbitre. Lorsque les pressions ne s'exercent que dans un sens, il est bien difficile de jouer à la fois le rôle de l'arbitre et celui de contre-pouvoir* » in *On ne peut rien faire Madame le Ministre …*, Corinne Lepage, Albin Michel, 1998

4.2. Des principes déjà respectés par la réglementation en vigueur au Québec

Nous nous sommes déjà dévoilés en introduction de ce chapitre et nous confessons une nouvelle fois le puissant lobby qui nous guide dans ce plaidoyer. Ce lobby ne nous est pas si étranger puisqu'il vient de la belle province[27]. La loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme adoptée par le Québec en 2002 nous semble mettre en œuvre d'une manière efficace les principes que nous avons présentés.

La loi a maintenant deux ans d'existence. Elle a donné lieu à deux rapports de l'autorité en charge de sa mise en place et nous avons un certain recul pour nous rendre compte de son effectivité.

La loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme vient en complément au Québec de la loi sur l'accès aux documents des organismes publics, la loi sur la protection des renseignements personnels et la loi régissant le financement des partis politiques. L'esprit de ces lois est d'apporter de la transparence et l'assainissement des mœurs politiques et administratives : « *Elles cherchent à renforcer le lien de confiance entre les citoyens et les institutions qui ont le mandat de poursuivre la réalisation de leurs aspirations communes et de gérer le patrimoine collectif dans l'intérêt public*. » [28]

La loi rappelle que *« le lobbyisme constitue un moyen légitime d'accès aux institutions parlementaires, gouvernementales et municipales et qu'il est dans l'intérêt du public que ce dernier puisse savoir qui cherche à exercer une action d'influence auprès de ces institutions. Elle a pour objet de rendre transparente les activités de lobbyisme exercées auprès des titulaires de charges publiques et d'assurer ainsi le sain exercice de ces activités. »*[29]

Nous avons vu ci-dessus le champ d'application de la loi en ce qui concerne la définition des activités de lobbyisme et celle des titulaires des charges publiques. Ces définitions sont suffisamment larges pour toucher un grand nombre d'activité de lobbying exercées au niveau des autorités publiques nationales ou locales, pour l'adoption ou la modification d'une norme juridique générale ainsi que pour l'attribution de droits particuliers (contrats, subventions, permis, licences…).

En ce qui concerne son champ d'application, il reste à préciser que la loi ne s'applique pas aux activités de lobbying effectuées par les organismes à but non lucratif, sauf ceux constitués à des fins patronales, syndicales ou professionnelles ou dont leurs membres sont majoritairement des entreprises à but lucratif ou des représentants de telles entreprises. Mais dans son premier rapport, le Commissaire au lobbyisme en charge du contrôle de l'application de la loi, est d'avis d'étendre à l'avenir le champs d'application à l'ensemble des organismes à but non lucratif. La loi ne s'applique pas à toutes les représentations, de même que certaines personnes sont dispensées de

[27] Voir également pour une critique par un Québécois des dérives du lobbying et des propositions de réglementation, Clinton Archibald, *Associés sociaux inc*. Vents d'Ouest 1997

[28] Commissaire du lobbyisme Rapport 2002-2003, p. 5, voir le site internet du Commissaire http://si1.commissairelobby.qc.ca/motcommissaire.asp

[29] Article 1 de la Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme, ci-après « la Loi »

toute déclaration lorsqu'elles agissent dans le cadre de leurs attributions, tels les sénateurs, les députés ou les employés du gouvernement.

La loi vise deux objectifs : le premier a pour finalité d'assurer la transparence des actions de lobbying et leur publicité ; le second de préciser les droits et obligations des lobbyistes ainsi que les moyens de contrôle de leurs activités.

Sur le premier point, le législateur a constitué un registre public[30] tenu par un conservateur dans lequel sont retranscrits les déclarations des lobbyistes. Il contraint chacun d'eux à procéder à une déclaration initiale pour indiquer leurs activités générales ainsi qu'une déclaration spéciale pour chaque mandat que lui confie le ou les lobbies pour lesquels il travaille. Seuls les lobbyistes qui ont procédé à ces déclarations peuvent mener des actions de lobbying. Sous réserve de cette formalité, l'exercice du lobbying est ouvert à tous.

Sur ce registre public, chaque lobbyiste est donc tenu d'inscrire un grand nombre d'information relatives à l'identité de son client et des personnes physiques et morales qui à sa connaissance contrôlent ou dirigent ses activités ; les filiales de son client personnes morales intéressées par l'action de lobbying ; l'objet de ses activités de lobbyisme, ainsi que les renseignements utiles à sa détermination ; la période couverte par les activités de lobbyisme exercées ; le nom de l'institution parlementaire, gouvernementale ou municipale où le titulaire d'une charge publique avec qui il a communiqué ou compte communiquer exerce ses fonctions, ainsi que la nature de ces fonctions ; le montant de la contrepartie qu'il percevra pour ses services parmi des tranches de valeurs ; les moyens de communication qu'il a utilisés ou compte utiliser ; la nature et la durée de toute charge publique dont il a été titulaire, le cas échéant, dans les deux ans qui précèdent la date de son engagement envers son client. [31]

Une ordonnance de confidentialité peut être rendue par le Commissaire au lobbysme si les renseignements concernent un projet d'investissement dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter une atteinte sérieuse aux intérêts économiques ou financiers du client ou de l'entreprise. Cette ordonnance a une durée de 6 mois qui peut être prolongée le temps nécessaire.[32]

Les déclarations peuvent se faire d'une manière électronique par l'internet. La consultation du registre, et donc de chaque mandat, peut être effectuée par toute personne. Par l'internet le moteur de recherche du site du conservateur du registre permet une consultation très facile et directe. Les mandats peuvent être recherchés par le nom du lobbyiste, le nom du groupe d'intérêts ou bien par mots clés. Sur ce dernier point, le moteur de recherche n'est pas encore très performant mais les autorités envisagent d'améliorer la facilité de recherche et d'accès aux informations.

Pour illustrer nos propos, nous pouvons résumer deux déclarations faites par M. Richard Fahey, lobbyiste d'organisation, travaillant pour le compte de la Fédération Canadienne de l'Entreprise

[30] Le site internet du Registre des lobbyistes est consultable à l'adresse suivante : https://si1.lobby.gouv.qc.ca/internet/accueil.asp
[31] Article 9 de la Loi
[32] Article 49 de la Loi

Indépendante, association patronale qui défend les petites et moyennes entreprises. La description de son mandat n° 2 nous informe que son organisation effectue des actes de représentation de ses intérêts auprès des ministères du travail, des finances et de l'emploi, de la solidarité sociale et de la famille sur le dossier de l'assurance parentale et que « *la Fédération a émis des réticences quant à la mise en place du programme d'assurance parentale en l'absence des fonds provenant de l'assurance-emploi. Les dirigeants des petites et moyennes entreprises et travailleurs autonomes refusent de verser un cotisation supplémentaire. La mise en place d'un filet social pour les travailleurs autonomes peut se réaliser sans ponction fiscale. »* Les moyens utilisés pour cette action de représentation sont des rencontres, des communications écrites et des appels téléphoniques. Dans le cadre d'un autre de ses mandats, M. Fahey déclare agir pour une modification de l'article 45 du Code du travail afin « *d'apporter des assouplissements du Code du travail pour permettre d'accroître le recours à la sous-traitance pour les entreprises et ainsi améliorer la performance économique du Québec* ».

Nous avons pris volontairement deux exemples de lobbying au quotidien pour montrer combien la connaissance de ces démarches auprès des autorités publiques peut être utile pour tous ceux qui au Québec sont concernés par les enjeux, mêmes modestes, qu'elles soulèvent. Les informations de ce registre sont utiles non seulement pour les fonctionnaires et les élus mais également pour les citoyens.

Les droits et devoirs des lobbyistes sont consacrés par la loi et un code de déontologie. Le respect de ces droits et devoirs est surveillé par une autorité indépendante, le Commissaire au lobbyisme. Celui-ci dépose chaque année auprès de l'Assemblée nationale Québécoise un rapport. Les deux premiers rapports rédigés depuis le début de l'application de la loi donne un bon aperçu de son utilité.

En ce qui concerne les obligations qui pèsent sur les lobbyistes, la loi indique que « *nul ne peut exercer des activités de lobbyisme auprès d'un titulaire d'une charge publique s'il n'est inscrit sur le registre des lobbyistes relativement à ces activités* ». Elle précise que la rémunération du lobbyiste ne peut être liée à l'obtention d'un résultat. Elle pose certains interdits lorsque les fonds pour financer une action d'influence proviendraient de la collectivité publique ou lorsque le lobbyiste a exercé au préalable des fonctions dans une institution publique.

Un code de déontologie, préparé par le Commissaire au lobbyisme avec avis de l'Assemblée nationale, a été promulgué.

Ce code établit les normes de conduite applicables aux lobbyistes afin d'assurer le sain exercice de ces activités et d'en favoriser la transparence. Il précise que « *dans la représentation des intérêts particuliers d'un client, d'une entreprise ou d'une organisation, le lobbyiste doit tenir compte de l'intérêt du public »*[33] et qu'il doit respecter « *les institutions publiques ainsi que le droit des personnes à avoir accès en toute égalité à ces institutions* ». [34]

En ce qui concerne les informations qu'il transmet, il doit « *s'assurer que les renseignements qu'il fournit au titulaire d'une charge publique sont à sa connaissance exacts, complets et tenus*

[33] Article 3 du Code de déontologie, ci-après « Code »
[34] Article 4 du Code

à jour » [35]et « *respecter le droit du public à une information exacte lorsqu'il utilise, à l'appui de ses activités de lobbyisme, des moyens écrits ou électroniques pour influencer l'opinion publique* ».[36] Il doit « *s'abstenir de faire des représentations fausses ou trompeuses auprès d'un titulaire d'une charge publique, ou d'induire volontairement qui que ce soit en erreur.* » [37]

D'autres obligations pèsent sur lui en ce qui concerne l'interdiction du conflit d'intérêt, ses relations avec les titulaires des charges publiques ainsi que la transparence. Sur ce dernier point, « *lorsqu'il communique avec un titulaire d'une charge publique, le lobbyiste doit préciser l'identité du client, de l'entreprise ou de l'organisation dont il représente les intérêts, ainsi que l'objet de sa démarche*. »[38] Il ne peut utiliser des entités ou des personnes écrans qui viseraient à occulter les véritables intérêts qu'il représente.

Cette autorité dispose de pouvoirs importants d'enquête et même de perquisition. Ses services sont notamment en mesure de pénétrer, à toute heure raisonnable, dans l'établissement d'un lobbyiste ou d'un titulaire d'une charge publique afin d'exiger des personnes présentes tout renseignement relatif aux activités du lobbyiste et du titulaire de la charge publique ainsi que la production de tout document s'y rapportant et en prendre copie[39]. A l'issue de l'enquête un rapport est transmis au procureur général en cas de manquement à la loi ou au code de déontologie. Le parquet peut poursuivre sur le plan pénal. Le commissaire dispose également de sanctions disciplinaires, telle que l'interdiction ou la radiation d'un lobbyiste du registre. Des sanctions pénales[40] (peines d'amendes) sont également prévues, ainsi que la possibilité de réclamer au lobbyiste qui n'aurait pas respecté la loi ou le code de déontologie la « *valeur de toute contrepartie qu'il a reçue ou qui lui est payable en raison des activités ayant donné lieu au manquement.* »[41]

Toutes ces dispositions législatives et réglementaires ont fait l'objet d'une campagne d'information à l'attention des citoyens, des titulaires de charges publiques et des lobbyistes.

Il est intéressant de noter les termes des affiches d'information car elles traduisent bien l'esprit de la législation Québécoise :

A l'attention du citoyen, une affiche intitulée « *Je prends les moyens* » indique : « *La démocratie évoluant, le lobbyisme a pris de plus en plus d'importance. C'est une activité reconnue qui consiste à influencer les autorités en portant à leur attention l'information nécessaire pour une prise de décision éclairée. En contrepartie, le citoyen a le droit de savoir qui cherche à influencer les décisions d'intérêt public. La loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme vise fondamentalement à préserver et à améliorer la confiance que les citoyens ont dans leurs institutions, plus particulièrement dans les titulaires de charges publiques. Ainsi la loi prévoit que ceux qui cherchent, par des communications orales ou écrites, à influencer des prises de décisions doivent s'inscrire au Registre des lobbyistes et notamment, décrire leurs mandats et*

[35] Article 6 du Code
[36] Article 7 du Code
[37] Article 8 du Code
[38] Article 16 du Code
[39] Article 41 de la loi
[40] Articles 60 à 65 de la loi
[41] Article 58 de la loi

identifier leurs clients. Le citoyen averti peut ainsi prendre les moyens pour savoir qui cherche à influencer qui, en consultant le Registre des lobbyistes. Celui-ci lui permet de mieux comprendre les enjeux dont il est question et de participer, le cas échéant, au débat en meilleure connaissance de cause. »

Pour les titulaires des charges publiques, une autre affiche intitulée « *Je prends le pouls* » précise que la loi « *prête main-forte aux titulaire de charges publiques dans la préservation de la confiance* » des citoyens dans les institutions publiques. Elle permet à chacun d'entre eux de « *savoir à qui il a affaire, d'identifier les intérêts représentés par les lobbyistes et de comprendre la nature de leurs interventions…*»

Enfin, pour le lobbyiste, une troisième affiche intitulée « *Je prends ma place* » affirme que « *le lobbyisme est un moyen légitime d'accès aux institutions et reconnaît à ceux qui l'exercent une place et un statut. Elle stimule la confiance du citoyen et des titulaires de charges publiques dans les lobbyistes si ces derniers mènent leurs activités en toute transparence et dans le respect de règles de déontologie qui leur sont propres…*»

Cette réglementation va beaucoup plus loin que celles adoptées par d'autres provinces du Canada ou par les Etats-Unis (bien que dans ce pays, certains Etats dont ceux de la Californie et de New York aient une législation assez contraignante).

La législation québécoise nous semble très en avance et pertinente dans l'application des principes de réglementation que nous avons évoqués ci-dessus. Elle a fait l'objet d'un certain nombre de critiques, notamment de la part du barreau du Québec qui estime que des activités de lobbying devraient être exclues de l'obligation de déclaration, notamment pour les demandes de permis, licences, certificats ou autorisations d'ordre administratif. En effet, ces déclarations pourraient avoir pour conséquence d'inonder les pages du registre avec d'informations non pertinentes pour la chose publique, par exemple telle demande de permis qui ne porte pas sur des enjeux financiers importants pour la collectivité publique.

Il faudra d'avantage de temps pour ajuster les termes de la loi avec des objectifs précis et des mesures équilibrées. Il n'en demeure pas moins que nous souhaiterions que nos autorités publiques s'en inspirent, avec bien sûr quelques amendements qui nous permettrons de nous distinguer et de prendre en compte l'exception culturelle française (tout reste ouvert même pour la SNCF et EDF).

Pour ne prendre qu'un exemple français, il paraît clair que depuis que le nouveau Code des marchés publics allège considérablement les obligations des élus et des fonctionnaires pour déclencher la commande publique ; que les outils de contrôle de légalité de ces opérations sont affaiblis et que l'ordonnance sur les contrats partenariats public-privé va développer les engagements du secteur public vis-à-vis du secteur privé au point que certains s'inquiètent déjà d'une recrudescence de la corruption ou de l'endettement des collectivités publiques, une loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbying à tous les niveaux des pouvoirs publics paraît s'inscrire tout à fait naturellement dans un contexte où la transparence, loin d'être une contrainte, a vocation à devenir une vertu.

Et puisque, comme le disait Guillaume d'Orange, *« il n'est pas la peine d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer* », nous lançons un appel à la signature d'une pétition pour que le législateur Français et de l'Union définisse le cadre réglementaire dans lequel devrait s'inscrire l'exercice de l'influence.[42]

« *L'honnêteté est l'habilité suprême* »
Cardinal de Retz

Pour une réglementation du lobbying

Nous, citoyens, lobbyistes ou titulaires d'une charge publique, demandons au législateur Français et de l'Union Européenne d'engager les travaux nécessaires à l'élaboration et l'adoption d'une réglementation du lobbying afin que les actions d'influence auprès des autorités publiques et des titulaires de charges publiques soient reconnus légitimes dès lors qu'elles s'exercent dans la transparence, que les citoyens puissent en être informés par un accès simple aux informations transmises sur la nature de ces actions, les objectifs des lobbies et les moyens mis en œuvre pour y parvenir, que les lobbyistes respectent des devoirs propres à assurer le respect du travail indépendant et éclairé des autorités publiques et qu'une autorité indépendante soit en mesure de contrôler et de sanctionner le respect de la réglementation et du code de déontologie que nous appelons de nos vœux. [43]

Nom	
Prénom	
Profession / Activité	
Société/Association/Organisme	
Téléphone	
Télécopie	
Email	
SIGNATURE	

[42] Voir le texte de la pétition à la fin de l'ouvrage, page…

[43] Merci d'adresser une copie du texte de la pétition avec vos nom, prénom, profession, coordonnées et signature au siège social de l'AFCAP, 37 rue Saint-Georges 75009 Paris. En vertu de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, nous vous informons que les renseignements demandés sont facultatifs. Les informations vous concernant seront destinées à l'AFCAP mais vos nom, prénom, profession ou activité pourront être transmis avec le texte de la pétition aux autorités publiques Françaises et de l'Union Européenne et au public, notamment par l'intermédiaire des médias. La signature de la pétition vaut acceptation de cette transmission par l'AFCAP. En vertu des articles 39 et 40 de la loi susmentionnée, vous disposez d'un droit d'accès, de modification, de rectification ou de suppression des données vous concernant. Afin de l'exercer, vous pouvez vous adresser au secrétaire général de l'AFCAP, 37, rue Saint Georges 75009 Paris.