

Représentation d'intérêts, loi et règlement

Selon Eric BOURNAZEL, dans la cité grecque le citoyen est principalement un homme adulte jouissant entièrement de ses droits civiques et politiques¹. De manière accessoire, cette citoyenneté s'étendait à la femme et à l'enfant. En 451, une loi de Périclès conditionne la citoyenneté à la naissance de père et mère athéniens². L'esclave quant à lui ne bénéficie pas de la citoyenneté. En 1789, le citoyen est considéré comme une personne physique comme en témoigne l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La notion de « citoyen » évolue avec la société. Aujourd'hui, il n'y a plus de distinction entre les femmes et les hommes quant à la citoyenneté, l'esclavage est quant à lui est prohibé.

Actuellement, l'expression « entreprise citoyenne » est de plus en plus utilisée. Elle peut interpellier les juristes³. Car l'adjonction de l'adjectif « citoyen » au nom « entreprise » semble dépasser la conception juridique de la citoyenneté. Dans certains cas, l'expression « entreprise citoyenne » intègre des préoccupations relatives au développement durable. Or, cet élément ne peut être intégré à la notion juridique de citoyenneté ni pour l'entreprise ni pour les autres catégories de personnes morales de droit privé. Ce constat conduit néanmoins à s'interroger sur la citoyenneté de ces entités. Les termes « personne morale de droit privé » visent dans nos propos les sociétés à caractères civiles ou commerciales régulièrement constituées, les associations à but non lucratifs, les syndicats professionnels ainsi que les groupements de sociétés⁴.

La citoyenneté des personnes morales de droit privé ne peut être l'égal de celle des personnes physiques⁵. A ce sujet, François-Guy TREBULLE distingue entre citoyenneté primaire des individus et citoyenneté secondaire des personnes morales⁶. Les personnes morales de droit privé en tant que membre de la cité participent activement à la vie de celle-ci.

¹ BOURNAZEL (E), Sport et citoyenneté- Antiquité-Modernité, *Revue juridique et économique du sport*, 1997, n° 43, p. 101.

² *Ibid.*

³ TREBULLE (F G), Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur « l'entreprise citoyenne », *Revue des sociétés*, 2006, p. 41

⁴ PANSIER (F-J), Section 2. Localisation des personnes morales, Article 1 Notion de personne morale, *Répertoire de procédure civile*, Avril 2008

⁵ LOISEAU (G), Des droits humains pour des personnes non humaines, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2558 ; TREBULLE (F-G), Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur « l'entreprise citoyenne », *Revue des sociétés*, 2006, p. 41

⁶ *Ibid.*

Elles contribuent notamment directement à la constitution des deniers publics⁷. Ainsi, elles sont soumises à l'imposition⁸. A titre d'illustration, les associations à but non lucratif bien qu'exclues du champ de l'impôt sur les sociétés sont assujetties à l'impôt⁹.

Partant du postulat de l'existence d'une citoyenneté des personnes morales distincte de celles des personnes physiques¹⁰, la problématique des moyens permettant aux personnes morales de droit privé d'exercer leurs droits civiques se pose. Car, elles ne bénéficient pas à l'instar des personnes physiques du droit de vote afin de manifester leur accord ou leur désaccord relatifs à la politique nationale ou locale. Les citoyens y compris les personnes morales de droit privé ont souvent la nécessité d'user de leur citoyenneté afin d'influer sur la décision publique et, ainsi, de sensibiliser les acteurs publics aux problématiques qui les concernent directement¹¹. Toute personne physique dispose ainsi de la faculté d'interpeller les élus et les agents publics. Cette sensibilisation constitue une activité de représentation d'intérêts (ou de lobbying) des personnes physiques qui peut, selon nous, également être reconnue comme un moyen d'exercice de la citoyenneté des personnes morales de droit privé.

Qu'entend-on exactement ici par « représentation d'intérêts » ? Il s'agit d'une activité ayant pour objectif d'influencer, dans le respect des règles de droit et des règles déontologiques, l'adoption de la décision publique. Cette activité peut être exercée, avant, pendant ou après l'adoption de la décision publique. Sur le territoire français, elle consiste donc principalement à discuter de l'opportunité de la politique nationale ou territoriale. Mais dans certains cas, lorsque l'opportunité de la décision publique n'est plus ou pas directement discutable, c'est sa régularité qui est contestée devant une juridiction. Dans ce cas, les procédures précontentieuses et contentieuses apparaissent comme un moyen indirect de contester l'opportunité de la décision publique. Cette dernière représentation d'intérêt exercée à l'égard du pouvoir juridictionnel fait peu l'objet de défiance et semble communément acceptée. Pour illustration, en vertu des articles

⁷ Dans le *Vocabulaire Juridique* est proposée une définition de la notion de « citoyen » en vertu de laquelle ce terme vise au sens général « un membre de la cité ou d'un groupement politique » (CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadriga, Paris, 2004, p. 154).

⁸ Pour illustration « Il est établi un impôt sur l'ensemble des bénéfices ou revenus réalisés par les sociétés et autres personnes morales désignées à l'article 206 » (Article 205 du Code général des impôts alinéa 1^{er}).

⁹ Quand bien même, elles ne sont assujetties à l'impôt que sur certains de leurs revenus. En ce sens consulter KORNPROBST (E), Associations (Régime fiscal), *Répertoire de droit des sociétés*, Février 1995 (actualisation : janvier 2016)

¹⁰ En ce sens, LOISEAU (G), Des droits humains pour des personnes non humaines, *Recueil Dalloz, Op. cit.* ; TREBULLE (F G), Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur « l'entreprise citoyenne », *Revue des sociétés, Op. cit*

¹¹ Pour le professeur Michel CLAMEN « La matière première du lobbying, c'est la décision publique », CLAMEN (M), *Manuel de lobbying*, Ed. DUNOD, Paris, 2005, p. 5.

2-1 et suivants du Code de procédure pénale des associations peuvent de manière conditionnée bénéficier des droits reconnus à la partie civile aux côtés de la victime de l'infraction lorsqu'il s'agit notamment d'actes discriminatoires, d'atteintes volontaires à l'intégrité des personnes en raison de cette motivation ou encore s'agissant de violences sexuelles. Dans cette même logique, la procédure relative à la question prioritaire de constitutionnalité conformément à l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel, permet devant la juridiction constitutionnelle aux personnes bénéficiant d'un intérêt spécial d'adresser des observations en intervention en rapport avec une question prioritaire de constitutionnalité.

S'agissant de la représentation d'intérêts exercée par des personnes morales de droit privé à l'égard des pouvoirs législatif et réglementaire celle-ci semble faire l'objet d'une certaine défiance particulièrement, lorsqu'elle est exercée par des entités animées par des objectifs économiques. Le lobbying associatif défendant des droits et libertés fondamentaux semble plus communément admis par l'opinion publique française, à l'instar de la représentation d'intérêts exercée par l'association *Marilou*¹². Les parents de Marilou POINSOT, victime d'un accident mortel de la circulation, le 4 Janvier 2002, causé par un automobiliste sous l'emprise de stupéfiants ont, au nom de leur association, *Association Marilou*¹³, sensibilisé et incité le Président de la République de l'époque, Jacques CHIRAC, et les parlementaires à édicter un texte législatif réprimant la conduite sous l'emprise de stupéfiants. Ainsi sensibilisés, le député Richard DELL'AGNOLA et le groupe UMP avaient élaboré une proposition de loi. Cette dernière a été adoptée et est devenue la loi 2003-87 du 3 février 2003 relative à la conduite sous l'emprise de stupéfiants.¹⁴

Malgré cette distinction dans la perception du lobbying des personnes morales de droit privé, il nous semble important d'aborder cette représentation d'intérêts dans sa globalité. Car, l'activité de lobbying de ces entités, ne peut être résumée ni aux entreprises ni à des objectifs économiques¹⁵. La représentation d'intérêts peut être exercée directement par les personnes

¹² <http://www.association-marilou.org/>

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Loi n° 2003-87 du 3 février 2003 relative à la conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants, *JORF* du 4 février 2003, p. 2103, texte n° 1.

¹⁵ Consulter notamment en ce sens : PORTELLI (H), Le lobbying au niveau local, *Pouvoirs*, n°79, Les groupes d'intérêt, Novembre 1996, p.88. Dans le même sens, PALARD (J), Le citoyen, l'association et l'Etat- Système de valeurs et rapports de pouvoir, in COLAS (D), EMERI (C), ZYLBERBERG (J), *Citoyenneté et nationalité- Perspectives en France et au Québec*, Paris, 1991, Ed. PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, p. 463 « On l'aura compris, l'association est souvent présentée et se présente elle-même sinon comme un contre-pouvoir formellement constitué, du moins comme un facteur de recomposition des rapports sociaux et un pôle de résistance

morales de droit privé concernées par la décision publique. Dans certains cas, celles-ci peuvent également faire appel à des experts, professionnels du lobbying. Car, la représentation d'intérêts nécessite souvent des connaissances techniques en matières juridique, déontologique et administrative¹⁶. Au regard de ces contingences, l'exercice de cette activité méconnue soulève de nombreuses questions lorsqu'elle est mise en mouvement par des personnes morales de droit privé. Il semble opportun, à ce titre, de s'interroger sur le rôle qu'occupe juridiquement le lobbying des personnes morales de droit privé dans la société française.

Malgré la défiance à l'égard de la représentation d'intérêts, l'analyse juridique de cette activité nous permet de constater qu'elle constitue intrinsèquement un procédé démocratique dans le cadre de l'élaboration de loi et du règlement (I). Néanmoins, les comportements humains liés à cette activité peuvent entraîner des dérives à caractères pénal et déontologique. A cet égard, la mise en lumière médiatique de certaines d'entre elles a conduit à l'élaboration progressive d'un cadre juridique par le biais de la notion de conflit d'intérêts (II).

I. La représentation d'intérêts : un procédé démocratique dans l'élaboration de la loi et du règlement

La défiance à l'égard de la représentation d'intérêts a pour fondement juridique principal la conception rousseauiste de la loi, en vertu de laquelle tout intermédiaire entre le citoyen et l'Etat doit être prohibé¹⁷. Cependant, cette conception de la loi doit aujourd'hui intégrer la notion actuelle de citoyenneté, offrant la qualité de « citoyen » aux personnes morales de droit privé¹⁸. L'activité de lobbying leur permet, à l'instar des personnes physiques, de participer activement et démocratiquement à l'élaboration de la décision publique¹⁹. Car elle leur permet,

susceptible de faire échec à certaines formes d'emprise des appareils étatiques et des pouvoirs publics en général ».

¹⁶ CREUX-THOMAS (F), Le lobbying une activité comme les autres ?, *JCP G.*, n° 25, 17 Juin 2013, p. 694 ; KIRCH (P), LE BRETON (G), L'avocat et le lobbying à Bruxelles, *Gazette du Palais*, 27 Mars 2004, n° 87, p. 2 ; PORTIER (P), L'avocat lobbyiste, quelles perspectives ?, *JCP G.*, n° 43, 20 Octobre 2014, p. 1096.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Op. cit.*

¹⁹ A ce sujet, Philippe PORTIER, soutient que « le lobbying est aujourd'hui légitime dans sa contribution au débat démocratique, des stéréotypes continuent d'irriguer une perception populaire et médiatique du sujet » (PORTIER (P), L'avocat lobbyiste, quelles perspectives ?, *JCP G.*, *Op. cit.* Dans le même sens, DEUMIER (P), Reconnaissance du lobbying en France, *RTD Civ.*, 2010, p. 62). Dans le même sens, *Transparency international France* reconnaît que « Le lobbying joue un rôle croissant dans l'élaboration de la décision publique. Lorsque son usage est rendu clair et transparent, le lobbying peut contribuer à apporter aux décideurs publics des éléments d'information et de compréhension sur des questions toujours plus complexes » (<https://transparency-france.org/lobbying/>).

devant la croissante technicité des textes normatifs de répondre à la quête d'informations techniques des décideurs publics (A). Ce qui présente corolairement un intérêt pour la société française. En second lieu, cette activité leur permet de contester l'opportunité de la décision publique en interpellant les décideurs publics, faculté reconnue aux citoyens (B).

A. La quête informationnelle des décideurs publics

L'élaboration de la décision publique est aujourd'hui de plus en plus technique. Il apparaît donc nécessaire, au nom même de la démocratie, que les acteurs publics (élus et agents) participant à l'élaboration de cette décision publique soient sensibilisés à la technicité des questions qu'ils ont traitée. Dans le cas précité de la représentation d'intérêts opérée par l'*Association Marilou*²⁰, les parents de Marilou POINSOT ont attiré l'attention des parlementaires français sur l'absence de pénalisation de la conduite sous emprise de stupéfiants, alors qu'à l'époque la conduite sous l'influence de l'alcool faisait déjà, l'objet d'un encadrement législatif²¹. La situation vécue par les parents de Marilou POINSOT, lors du décès de leur fille, les a conduits à constater l'existence de cette lacune législative. Ils ont pu ainsi sensibiliser les parlementaires à la pénalisation de la conduite sous l'emprise de stupéfiants.

Les acteurs publics sont eux-mêmes à la recherche d'informations fournies dans le cadre de la représentation d'intérêts. Ainsi, au niveau international, l'Union européenne encourage la représentation d'intérêts. En 1993, la Commission européenne indiquait déjà, avoir toujours été ouverte à cette activité. Elle a souligné l'importance de la représentation d'intérêts tant pour elle-même que pour les auteurs du lobbying²².

L'Etat français lui-même n'est pas étranger à la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne. Cette dernière connaît deux catégories de lobbies. Il existe ainsi des lobbies publics (ou parapublics) et des lobbies privés²³. S'agissant de la représentation d'intérêts publics (ou parapublics) opérée par les Etats membres, l'on peut évoquer notamment leur présence au sein du Comité des représentants permanents (COREPER). Les Etats membres sont représentés auprès de l'Union européenne par le biais de cette institution. Ce comité est composé de représentants des Etats membres ayant le statut d'ambassadeurs auprès de l'Union

²⁰ *Op. cit.*

²¹ En ce sens, consulter notamment les articles L 234-1 et suivants du Code de la route.

²² KIRCH (P), LE BRETON (G), *Gazette du Palais*, *Op. cit.*

²³ En ce sens LECOQ (V), Le lobbying européen : information ou manipulation ?, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1991, p.400.

européenne²⁴. Le COREPER prépare les travaux du Conseil de l'Union européenne. Les Etats membres disposent ainsi de la faculté d'influencer la position du Conseil de l'Union européenne dans le cadre de ces travaux.

Ce lobbying semble nécessaire à l'institution puisqu'il permet d'adapter les normes européennes aux particularités des Etats membres. Il en va de même de la représentation d'intérêts des acteurs privés qui contribue à informer l'Union européenne des contingences s'imposant à eux dans leur Etat d'origine. Ces activités de représentation d'intérêts ont des répercussions importantes en France. Car, la majorité des textes législatifs édictés sont d'inspiration ou d'origine européenne. Incidemment, la législation française est largement inspirée par le lobbying des personnes morales de droit privé opéré auprès de l'Union européenne²⁵. Ces incidences atteignent même les normes édictées au niveau local. L'accroissement des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales conduit également ces dernières à recevoir de plus en plus un droit européen très souvent influencé par la représentation des acteurs publics et privés.

Corolairement en France, les acteurs publics à l'instar de l'Union européenne sont en quête, en raison de la technicité croissante de la décision publique, des apports informationnels du lobbying. Ainsi, dans le rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le lobbying présenté par Jean-Paul CHARIE²⁶, est mis en relief le caractère essentiel de la représentation d'intérêts dans l'élaboration de la loi. Ainsi, ce rapport dépeint l'importance de la connaissance des contraintes des acteurs du terrain afin d'édicter de « bonnes décisions publiques »²⁷. La quête des apports informationnels du lobbying témoigne de la préoccupation tant au niveau local que national des contraintes des acteurs économiques et sociaux. Le rapport souligne également que la représentation d'intérêts contribue à établir une « concertation permanente »²⁸ avant, pendant et après l'élaboration de la décision publique²⁹.

²⁴ <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/coreper.html?locale=fr>, LECOQ (V), Le lobbying européen : information ou manipulation ?, *Ibid.*

²⁵ KIRCH (P), LE BRETON (G), *Gazette du Palais*, *Op. cit.*

²⁶ Assemblée Nationale, Rapport n° 613, <http://www.assemblee-nationale.fr/>

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.* « Le lobbying bien compris permet le rapprochement des acteurs publics et privés. Il anime une concertation permanente. Il assure une association tout au long des procédures de la décision politique... Une noble illustration de la démocratie vivante ».

Dans le même sens, s'agissant plus spécifiquement de l'élaboration de la loi, le rapport présenté par Christophe SIRUGUE, au nom du groupe de travail sur les lobbies à l'Assemblée nationale³⁰ a mis également en exergue la volonté des parlementaires de sortir d'un entre soi, entre pouvoirs exécutif et législatif. Ce rapport décrit la nécessité des apports informationnels du lobbying dans le cadre de l'élaboration des textes législatifs afin d'intégrer les contraintes des acteurs socio-économiques³¹.

Comme nous l'avons constaté dans nos propos précédents les acteurs publics locaux sont en demande d'échanges avec les représentants d'intérêts. L'exemple précité relatif à l'élaboration de la loi, ne peut conduire à occulter l'intérêt pour la société française d'un lobbying local. La décentralisation et le transfert de compétences de l'Etat aux collectivités territoriales ont accru la nécessité pour les acteurs locaux d'obtenir des informations techniques notamment, par le biais du lobbying³².

L'apport d'informations techniques aux acteurs publics n'est pas l'unique intérêt du lobbying. Cette activité permet également aux personnes morales de droit privé, représentants d'intérêts, de discuter l'opportunité de la décision publique.

B. La discussion de l'opportunité de la décision publique

Les juridictions françaises notamment en raison des principes de séparation des pouvoirs et de souveraineté du peuple français ne peuvent que dans de très rares cas contester l'opportunité des textes législatifs ou réglementaires³³ dont elles ont en charge l'application. Il s'agit cependant d'une prérogative des citoyens français. Les élus nationaux et locaux sont leurs représentants. Bien que leur mandat ne soit pas impératif, les citoyens y compris ceux qui ne sont pas à l'origine de leur élection ont la faculté de les interpellier sur la politique nationale ou

³⁰ Rapport présenté par M. Christophe SIRUGUE, Président de la délégation chargée des représentants d'intérêts et des groupes d'études, Au nom du groupe de travail sur les lobbies à l'Assemblée nationale, *Op. cit*

³¹ *Ibid.*

³² En ce sens, notamment : PORTELLI (H), Le lobbying au niveau local, *Pouvoirs*, *Op. cit* (« Le lobbying au niveau local s'est développé parallèlement aux lois de décentralisation et à la diversification tant des compétences que des modes de financement »).

³³ En ce sens notamment : CC, 84-179 DC, 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, JO 14 septembre 1984 p. 2908, Recueil p. 73 ; Cass. civ 3, 3 Juillet 1996, pourvoi n°95-70049. Il existe des exceptions notamment pour les lois de validations (En ce sens, Jules KIBALO ADOM (J), *Recueil Dalloz*, 2001, 13 septembre 2001, p. 2445).

locale³⁴. A ce titre, les citoyens français, y compris les personnes morales de droit privé au nom même du principe de démocratie disposent de la faculté de discuter l'opportunité de la politique édictée.

Au-delà des élus, cette prérogative s'étend aux agents des collectivités territoriales et de l'administration centrale. Ils exercent en effet en pratique leurs fonctions au sein d'un service public, au profit des administrés des circonscriptions concernées sous la direction des élus. Ils peuvent donc être alertés par les citoyens s'agissant notamment de la régularité sur le fond et/ou sur la forme de la procédure administrative relative à la décision publique avant, pendant ou après la prise de décision.

Il convient de préciser que la discussion de l'opportunité de la décision publique est une condition nécessaire à l'existence d'une activité de représentation d'intérêts. Cette condition permet de distinguer le lobbying d'autres moyens d'exercice de la citoyenneté des personnes morales de droit privé. Ainsi, si tout acte de lobbying constitue un moyen d'exercice de leur citoyenneté, tout exercice de la citoyenneté des personnes morales de droit privé n'est pas un acte de lobbying. Une personne morale de droit privé peut ainsi interpellier des acteurs publics afin de leur fournir une information sans pour autant vouloir influencer une quelconque décision publique ou en contester la régularité en leur faveur. C'est parfois le rôle de certains lanceurs d'alertes.

Au regard de ces éléments, la représentation d'intérêts apparaît comme un procédé faisant partie intégrante de la vie démocratique de l'Etat français et de la vie citoyenne des personnes morales de droit privé. Car, en étant à l'origine ou en pratiquant directement une activité de représentation d'intérêts, elles usent d'une de leurs prérogatives de citoyen français en discutant de l'opportunité de la décision publique. Elles participent donc activement au débat démocratique. A ce sujet, les observateurs luttant notamment contre les dérives du lobbying, à l'instar de *Transparency international France* reconnaissent le caractère démocratique de cette activité³⁵.

L'idée d'un procédé démocratique permettant aux citoyens de participer à l'élaboration de la décision publique s'intègre dans l'idéologie d'une démocratie représentative tempérée par

³⁴ Cette faculté est explicitement reconnue par le législateur. Pour illustration, l'article L1112-23 du Code général des collectivités territoriales.

³⁵ « Le lobbying joue un rôle croissant dans l'élaboration de la décision publique. Lorsque son usage est rendu clair et transparent, le lobbying peut contribuer à apporter aux décideurs publics des éléments d'information et de compréhension sur des questions toujours plus complexes », *Op. cit.*

des éléments de démocratie participative. Ainsi, le peuple souverain intervient de manière active dans l'élaboration de la décision publique. A ce sujet, Yves JEGOUZO constatait, il y a quelques années, l'ancienneté de la problématique de l'insuffisance de la démocratie représentative et de la nécessité de compléter celle-ci³⁶. Il soutenait l'idée d'une participation des administrés afin d'établir une «démocratie économique et sociale»³⁷. Selon lui, l'objectif était de parfaire la « démocratie politique » par la participation des acteurs économiques et sociaux. Il estimait que l'échec du référendum de 1969 avait freiné cette évolution pour laisser place à la démocratie représentative. Selon nous, la représentation d'intérêts répond au souhait de Georges VEDEL³⁸ et d'Yves JEGOUZO³⁹ d'une « démocratie économique et sociale ». S'il est vrai que le référendum de 1969 a freiné ce mouvement, celui-ci a continué à exister de manière factuelle notamment par l'accroissement de la contribution de la représentation d'intérêts à la décision publique en France. Quoi qu'il en soit cette activité répond à une volonté croissante d'intégrer les citoyens à la décision publique.

En 2011, le rapport annuel thématique du Conseil d'Etat proposait, en ce sens, de cheminer vers une « administration délibérative »⁴⁰. Cette dernière se caractérise par des procédures garantissant la participation des citoyens à l'élaboration des politiques publiques⁴¹.

Nous l'avons constaté la représentation d'intérêts est un procédé intrinsèquement démocratique duquel la société française et les auteurs du lobbying peuvent tirer chacun des bénéfices. Les problématiques liées à cette activité résident essentiellement dans les comportements humains qui y sont liés.

II. Un procédé encadré par la notion, en construction, de conflit d'intérêts

Le rôle de la représentation d'intérêts dans l'édiction des normes législatives et réglementaires, au regard de l'intérêt général, suscite la défiance de certains citoyens français.

³⁶ JEGOUZO (Y), De la « participation du public » à la « démocratie participative » ?, *AJDA*, 2006, p. 2314.

³⁷ G. Vedel, Démocratie politique, démocratie économique, démocratie sociale, *Droit social*, fasc. XXXI, 1947 in JEGOUZO (Y), De la « participation du public » à la « démocratie participative » ?, *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ JEGOUZO (Y), De la « participation du public » à la « démocratie participative » ?, *Ibid.*

⁴⁰ RICHARD (J), « Aucune décision n'est estimée légitime par les citoyens si elle n'a pas été discutée », *AJDA*, 2011, p. 1292.

⁴¹ *Ibid.*

Ces derniers craignent en effet que les intérêts particuliers des lobbyistes priment sur l'intérêt général en vertu duquel les informations recueillies dans le cadre du lobbying doivent être débattues démocratiquement par les acteurs publics. Les dérives sont possibles comme c'est le cas dans toute activité humaine. Depuis la fin des années 2000, début des années 2010 une notion juridique générique, qualifiée à juste titre de protéiforme⁴² par le Comité de déontologie parlementaire du Sénat, encadre la représentation d'intérêts. Il s'agit de la notion de Conflit d'intérêts. Cette notion juridique large a fait l'objet de plusieurs tentatives de définition⁴³. Il convient, selon nous, d'élargir cette notion, à toutes les activités qui interféraient ou qui semblerait interférer, en dépit de l'intérêt général, dans la décision d'un acteur public.

L'encadrement juridique du lobbying exercé auprès des pouvoirs législatifs et réglementaires par la notion de conflit d'intérêts doit selon nous faire l'objet d'une analyse de l'évolution des volets pénal et déontologique de cette notion. Car, au cours des dernières années, nous assistons à un renforcement de la responsabilisation pénale (A) et à la création d'une véritable responsabilité déontologique des acteurs publics et des personnes morales de droit privé (B) s'agissant de la représentation d'intérêts.

A. Le renforcement de la responsabilisation pénale

Concernant le volet pénal, le lobbying ne fait l'objet d'aucune prohibition par le code pénal français. Toutefois, certains comportements pouvant être liés à cette activité et tendant à créer des conflits d'intérêts font l'objet d'incriminations.

Le code pénal français offre à ce sujet de nombreux outils de répression. Certaines incriminations sont intrinsèquement liées à la relation entre acteurs publics et représentants d'intérêts. Ainsi, le livre IV de la partie législative du Code pénal, intitulé *Des crimes et délits*

⁴² *La déontologie sénatoriale- Principes, règles et procédures- Bonnes pratiques déontologiques*, p. 8, 34, <http://www.senat.fr/>

⁴³ « Au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction » (loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF* n°238 du 12 octobre 2013 p. 16829, texte n° 2). Egalement: *La déontologie sénatoriale- Principes, règles et procédures- Bonnes pratiques déontologiques*, p. 7, 28, <http://www.senat.fr/> (« Constitue un conflit d'intérêts toute situation dans laquelle les intérêts privés d'un membre du Sénat pourrait interférer avec l'accomplissement des missions liées à son mandat et le conduire à privilégier son intérêt particulier face à l'intérêt général », Auteur non communiqué, *Le conflit d'intérêts dans le domaine public*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2004-1.pdf (« Le conflit d'intérêts est une situation de fait dans laquelle se trouve placée une personne face à deux intérêts divergents un intérêt général et intérêt particulier. Devant lesquels il a un choix à faire »).

contre la nation, l'Etat et la paix publique comporte en son titre III, *Des atteintes à l'autorité de l'Etat*, deux chapitres *Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique* et *Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers*. Ces deux chapitres régissent ainsi respectivement des infractions imputables aux acteurs publics et aux représentants d'intérêts. Ainsi, pour illustration, sont notamment prohibés la concussion⁴⁴, la prise illégale d'intérêts⁴⁵, la corruption passive⁴⁶, le trafic d'influence⁴⁷, le favoritisme⁴⁸, s'agissant des acteurs publics. Concernant, les représentants d'intérêts font notamment l'objet d'une incrimination le trafic d'influence⁴⁹, la corruption active⁵⁰, les menaces et actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique⁵¹. En dehors de ces incriminations, certaines infractions, à l'instar du chantage, non liées uniquement à la relation entre acteurs publics et représentants d'intérêts, mais pourtant commises dans le cadre d'une activité de lobbying, peuvent faire l'objet d'une répression.

Bien que les magistrats de l'ordre judiciaire condamnaient déjà de manière régulière des infractions à l'origine de conflits d'intérêts⁵², l'affaire « CAHUZAC »⁵³ mais surtout le respect de l'intérêt général et de la démocratie ont, semble-t-il, conduit le législateur à s'interroger sur la prévention, la détection et la sanction des situations engendrant des conflits d'intérêts. Ainsi, en matière pénale, le pouvoir législatif a renforcé les procédures de détection de certaines infractions. Dans cet objectif, ont été notamment institués la Haute autorité pour la transparence de la vie publique⁵⁴, le parquet national financier⁵⁵ ou encore l'Agence française anti-corruption⁵⁶. Pour illustration, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique dispose

⁴⁴ Article 432-10 du code pénal.

⁴⁵ Article 432-12 du code pénal.

⁴⁶ Article 432-11 du code pénal.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Article 432-14 du code pénal.

⁴⁹ Article 433-2.

⁵⁰ Article 433-1 du code pénal.

⁵¹ Article 433-3 du code pénal.

⁵² Pour illustration, notamment : Concussion : Cass. crim., 16 Mai 2001, n° 97-80888 et n° 99-83467 ; Cass. crim., 20 Mai 2015, n°13-88069. Prise illégale d'intérêts : Cass. crim., 7 Mai 1998, 97-81102 ; Cass. crim., 21 Juin 2000, n° 99-86.871. Corruption active et passive : Cass. crim., 18 Juin 1998, n°97-82527, Cass. crim., 2 Novembre 2016, n°15-84211. Trafic d'influence : Cass. crim., 15 Octobre 1996, n° 96-80.293 ; Cass. crim., 15 Mai 2008, n° 07-86.200.

⁵³ En ce sens notamment : Rapport d'activité 2015 de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie publique, <http://www.hatvp.fr/> (C'est la découverte d'un compte dissimulé à l'étranger par un membre du gouvernement qui a incité le législateur à adopter deux textes, une loi organique et une loi ordinaire, dans un temps record).

⁵⁴ Créée par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *Op. cit.*

⁵⁵ Loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier, *JORF* n°284 du 7 décembre 2013, p. 19939, texte n° 2.

⁵⁶ Créée par la Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n°287 du 10 décembre 2016, texte n° 2

de la faculté de transmettre au Procureur de la République un dossier spécial, accompagné des observations de l'intéressé, en cas de variations insuffisamment justifiée de la situation patrimoniale d'un membre du gouvernement⁵⁷. L'Agence française anti-corruption dont la mission est de prévenir et détecter les cas de « corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme »⁵⁸ peut par le biais de sa Commission des sanctions infliger notamment des amendes aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques.⁵⁹ Le gouvernement dans les projets de loi à l'origine des textes législatifs du 11 octobre 2013⁶⁰ et du 9 décembre 2016⁶¹ précités avait affiché sa volonté de renforcer la transparence des procédures d'édiction de la décision publique, d'accélérer la détection et la répression des infractions à l'origine de conflits d'intérêts afin d'améliorer la confiance des citoyens à l'égard des acteurs publics et économiques. La commission de déontologie de la fonction publique créée par la loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques⁶² contribue depuis la loi 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁶³ à la prévention de la prise illégale d'intérêts⁶⁴.

Au regard de cet objectif, les règles de droit pénal et de procédure pénale, bien que nécessaires semblent insuffisantes. Le droit déontologique apparaît comme un complément indispensable. La mission des acteurs publics et des représentants d'intérêts, dans l'édiction des

⁵⁷ Article 7, Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *Op.cit.*

⁵⁸ Article 1 de la loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *Ibid.*

⁵⁹ La commission des sanctions de l'Agence française anti-corruption peut notamment infliger une amende de 250 000 euros à une personne physique et de 1 000 000 d'euros à la personne morale (Article 17 de la loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *Ibid.*

⁶⁰ *Op. cit.* Ce texte avait pour objectif de doter la France « de moyens effectifs de prévention, de contrôle et de sanction du non-respect des obligations de probité et d'intégrité qui s'imposent à tous ceux qui exercent des responsabilités publiques » (Communiqué de presse du Conseil des ministres du 24 avril 2013, <http://archives.gouvernement.fr/ayrault/gouvernement/transparence-de-la-vie-publique.html>).

⁶¹ « Il s'agit de rendre plus transparente encore la démocratie française et de renforcer le lien de confiance entre les citoyens et les acteurs publics et économiques... Le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique vise à renforcer la transparence des procédures de décisions publiques et à réprimer plus rapidement et sévèrement la corruption » (Communiqué de presse du Conseil des ministres du 30 mars 2016, <http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2016-03-30/transparence-lutte-contre-la-corruption-et-modernisation-de->)

⁶² Loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1588 ; <http://www.fonction-publique.gouv.fr/missions>

⁶³ Loi 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* n° 94 du 21 avril 2016, texte n° 2

⁶⁴ *Ibid.*, Article 10.

textes législatifs et réglementaires, exige au regard de l'intérêt général l'existence de droits déontologiques. Car, le droit pénal et la procédure pénale ne se superposent pas systématiquement aux exigences de moralité des citoyens français, à l'égard des acteurs publics et des acteurs socio-économiques.

B. La construction de droits déontologiques

Lors du Neuvième printemps du droit constitutionnel, Xavier MAGNON s'est très justement interrogé sur l'usage du droit afin de renforcer la moralisation politique⁶⁵. Cette question peut être étendue, en l'espèce, à l'ensemble des acteurs publics et aux personnes morales de droit privé, représentants d'intérêts. Xavier MAGNON explique que seule l'éducation peut conduire à des comportements vertueux⁶⁶. Néanmoins, comme il le constate⁶⁷, l'intervention du droit est parfois nécessaire afin de prévenir et sanctionner des comportements non vertueux. Le droit déontologique apparaît comme une solution. Déontologie et droit font souvent l'objet de distinctions⁶⁸. La déontologie peut être définie comme l'ensemble des règles morales régissant les comportements liés à l'exercice des fonctions professionnelles ou électives d'individus. S'agissant de la relation entre représentants d'intérêts et acteurs publics, l'on peut, semble-t-il, véritablement évoquer l'existence d'un droit voire de droits déontologiques. Car, l'importance de l'enjeu en cause a manifestement conduit le législateur en raison parfois de l'absence, l'insuffisance et surtout la disparité des règles déontologiques à édicter des règles morales.

S'agissant des représentants d'intérêts, la professionnalisation du lobbying a entraîné le développement de règles déontologiques au sein même des entités de représentation d'intérêts. Ainsi, des chartes déontologiques ont été élaborées par les sociétés de relations publiques elles-mêmes afin de garantir à leurs clients le respect de règles éthiques. Au-delà de ces chartes, les associations professionnelles établissent également des règles déontologiques. Quant aux sociétés cotées, concernant leurs relations avec les acteurs publics, au nom du principe de Responsabilité sociale des entreprises, elles doivent établir des instruments de *reporting*.

⁶⁵ MAGNON (X), *Morale et politique : quelles places pour le droit ?*, in MATHIEU (B), VERPEAUX (M) (Dir.), *Transparence et Vie publique*, Neuvième printemps du droit constitutionnel, Ed. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Cahiers constitutionnel de Paris I, Paris, 2015, p. 15.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁶⁸En ce sens : MALLET-BRICOUT (B) ; *Déontologie, morale et droit : un triptyque revivifié*, *RTD civ.*, 2016, p. 694.

S'agissant des acteurs publics, les règles déontologiques relatives au lobbying, édictées notamment par les députés et les sénateurs encadrent concomitamment la moralité des représentants d'intérêts et des élus⁶⁹. Essentiellement depuis l'affaire CAHUZAC, le législateur a souhaité, comme nous l'évoquions précédemment, en raison parfois de l'absence, l'insuffisance et surtout la disparité des textes déontologiques édicter des règles morales. Celles-ci constituent ainsi une base pour les règles déontologiques établies en interne. Elles peuvent également, en l'absence de textes régissant la moralité, faire office d'unique textes déontologiques. Le législateur a ainsi édicté notamment la loi 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique précitée⁷⁰, s'agissant des responsables politiques nationaux sénateurs, députés, membres du gouvernement, la loi 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat⁷¹, s'agissant des élus locaux, la loi 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, s'agissant des agents publics⁷² et la loi du 9 Décembre 2016 précitée⁷³ s'agissant essentiellement des représentants d'intérêts. Aux côtés des organes disciplinaires internes, ces textes ont parfois ajouté des Autorités administratives chargées d'assurer la moralisation des acteurs publics et des représentants d'intérêts. Ainsi, s'agissant des parlementaires français, aux côtés du déontologue de l'Assemblée Nationale et du comité de déontologie parlementaire du Sénat, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique s'assure en dehors de ses fonctions à caractère pénal, de la moralité des parlementaires et des membres du gouvernement⁷⁴. Elle s'assure également avec l'Agence anti-corruption du respect de la moralité des représentants d'intérêts aux côtés des instances internes chargées du respect de la déontologie de la relation publique. Quant à la commission de déontologie des fonctionnaires,

⁶⁹ En ce sens, consulter notamment : *La déontologie sénatoriale- Principes, règles et procédures- Bonnes pratiques déontologiques*, *Op. cit* ; Code de conduite applicable aux représentants d'intérêts, http://www2.assemblee-nationale.fr/14/representant-d-interets/repre_interet; Code de conduite applicable aux groupes d'intérêts au Sénat, https://www.senat.fr/role/code_de_conduite.pdf.

⁷⁰ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *Op. cit*.

⁷¹ Loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, *JORF* n° 77 du 1 avril 2015 p. 5921, texte n° 1

⁷² Loi 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* n° 94 du 21 avril 2016, texte n° 2. Consulter également : Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

⁷³ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *Op. cit*.

⁷⁴ Consulter notamment en ce sens : Rapport, *Les « clubs parlementaires »*, Rapporteurs ABGRALL (L), GAUTIER-MELLERAY (M), délibéré le 25 Mai 2016.

la loi du 20 Avril 2016 précitée lui attribue en complément de ses compétences pénales, des compétences déontologiques⁷⁵.

Ces textes permettent d'unifier les règles morales relatives à chaque acteur de la représentation d'intérêts, élus locaux et nationaux, agents publics, et représentants d'intérêts. Ils établissent ainsi des droits déontologiques propres à chacun de ces acteurs. Leurs rôles en matière de représentation d'intérêts diffèrent. Corolairement, les règles morales s'imposant eux ne peuvent être en tout point, identiques. Néanmoins, afin d'améliorer la détection des conflits d'intérêts, des passerelles ont été créées par le législateur. Ainsi, la commission de déontologie de la fonction publique et la Haute autorité pour la transparence de la Vie publique disposent de la faculté d'échanger des informations pour les besoins de leurs missions respectives⁷⁶. De même les nouvelles compétences de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique relatives à la surveillance des représentants d'intérêts a pour objet d'améliorer la prévention des conflits d'intérêts entre ceux-ci et les élus locaux et nationaux⁷⁷.

En conclusion, la reconnaissance, l'encadrement juridique de la représentation d'intérêts ainsi que le rôle croissant et actifs des citoyens s'agissant de la moralité des acteurs publics s'intègrent dans un mouvement de démocratie participative de plus en plus prégnant. L'adaptation du droit, permettant notamment à des associations agréées d'intervenir auprès de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique⁷⁸ ou encore auprès des juridictions pénales concernant la probité des élus⁷⁹ contribue, semble-t-il progressivement, à tendre vers la démocratie délibérative souhaitée par le Conseil d'Etat⁸⁰.

Christelle Yasmine SYLVESTRE
Docteur en Droit public
Membre associé de LC2S
Membre de l'AFDC

⁷⁵ Article 10 de la Loi 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *Op. cit.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Article 25 et s., Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *Op. cit.*

⁷⁸ Les associations *Transparency international France*, *Anticor*, *Sherpa*, et *L'association pour une démocratie directe* disposent chacune d'un agrément leur permettant de saisir la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (<http://www.hatvp.fr/la-haute-autorite/comment-travaillons-nous/associations-agreees/>).

⁷⁹ Pour illustration : Article 1^{er} Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *Op. cit.*

⁸⁰ *Op. cit.*