

LE LOBBYING ET LE DROIT ⁽¹⁾

Thibault du MANOIR de JUAYE ⁽²⁾

Les techniques de *lobbying* ne sont pas propres à la matière juridique et il convient, pour ce faire, de se référer aux ouvrages existants en la matière qui sont nombreux et de qualité. Certains ouvrages sont plus spécialisés dans les institutions européennes ⁽³⁾, d'autres plus généralistes ⁽⁴⁾.

Par une approche rapide, l'unique rapport du droit avec le *lobbying* serait le tracé des frontières entre les pratiques licites ou illicites. Serait alors évoquée la question de savoir comment sont définis et réprimés la corruption, le trafic d'influence... L'on rappellera le récent scandale d'un lobbyiste américain républicain, qui a reconnu avoir versé des "pots de vin" pour obtenir l'appui des parlementaires ou sénateurs pour l'adoption de certains textes. Une approche plus approfondie permet, en revanche, d'aborder le sujet sous deux angles nouveaux :

- **quelles sont les nouvelles normes à faire évoluer ?**
- **le droit n'est-il pas un formidable moyen de *lobbying* ?**

I - NOUVELLES NORMES ET NOUVELLES RÈGLES D'ELABORATION DE CES NORMES

Pour l'entreprise, le plus difficile va être de savoir où se situe le pouvoir normatif dont les règles modifieront sensiblement son activité. En effet, les institutions traditionnellement normatives comme l'Assemblée nationale ou le Sénat perdent peu à peu de leurs prérogatives au profit des institutions européennes, des collectivités locales ou d'organisations professionnelles dont le rôle va être de définir, par exemple, des normes

d'interopérabilité entre les différents opérateurs utilisant des techniques voisines.

L'entreprise est confrontée à plusieurs types de normes qui s'imposent à elle :

- les normes impératives telles que la loi et les règlements ; ces normes peuvent se décliner du niveau international au niveau local,
- les accords contractuels ; étant négociés, il n'y a pas lieu à *lobbying*,
- les normes techniques,

- la "*soft law*" et les codes de conduite.

Il ne sera pas question ici du *lobbying* aux niveaux mondial et européen ou à l'échelle parlementaire. En effet, les techniques d'influence de ces institutions sont, depuis longtemps, connues et font régulièrement l'objet de publications et d'explications détaillées. En revanche, la littérature est pauvre sur le *lobbying* auprès des collectivités locales et en ce qui concerne l'élaboration de la "*soft law*".

(1) Une partie des développements qui suit est extraite de : Le droit pour dynamiser votre business, septembre 2004, Ed. d'organisation.

(2) Thibault du MANOIR de JUAYE est avocat à la cour. Ancien auditeur de l'IHESI et de l'IHEDN, rédacteur en chef de la revue Regards sur l'intelligence économique, prix 2005 du meilleur ouvrage de l'intelligence économique pour Le droit pour dynamiser votre business.

(3) Par exemple, Daniel GUEGUEN, Guide pratique du labyrinthe communautaire, Ed. Apogée.

(4) Par exemple, Michel CLAMEN, Manuel de *lobbying*, Dunod.

1 - Le *lobbying* auprès des collectivités locales ⁽⁵⁾

Les collectivités territoriales, lieux de pouvoir, subissent de plein fouet l'influence des groupes de pression qui peuvent exister localement. Les acteurs du *lobbying* local sont nombreux (associations d'élus locaux : l'association des maires de France qui regroupe 34 000 adhérents sur les 36 000 communes, l'association des maires des villes moyennes, l'association des petites villes de France, l'association des communes classées, l'association des communes touristiques, l'association des communes de montagne, l'association des communes du littoral, l'association des communes minières, l'assemblée des départements de France, l'association des régions de France...).

Le *lobbying* des collectivités territoriales a pris son essor avec les lois sur la décentralisation de 1981 et de 1983. Auparavant, le pouvoir décisionnel était, pour l'essentiel, dans les mains du Préfet et des services déconcentrés : les pratiques de *lobbying* existaient certes, mais sous une forme plus centralisée qu'aujourd'hui.

La multiplication des niveaux de décision a bouleversé le système, rendu souvent plus complexe encore par le jeu subtil de la politique locale. Si le chevauchement des compétences contribue au développement d'une forme de *lobbying* local (mais certainement pas à sa lisibilité), il risque, cependant, de conduire, parfois, à des pratiques occultes.

Il revient aux régions de définir les orientations fondamentales de la politique de l'environnement dans le schéma régional d'aménagement et de développement du territoire. En outre, les régions sont

associées à l'élaboration des schémas d'aménagement et de gestion des eaux.

En matière d'environnement, le département élabore et met en œuvre une politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des espaces naturels sensibles, boisés ou non, en vue de préserver la qualité des sites, des paysages, des milieux naturels et d'assurer la sauvegarde des habitats naturels.

En cohérence avec les pouvoirs de police traditionnels du maire en matière de salubrité publique, le législateur affirme la responsabilité primordiale de la commune dans la gestion de l'environnement quotidien. La commune est ainsi chargée de l'approvisionnement en eau potable, de l'assainissement des eaux usées, de la collecte, de l'évacuation et du traitement des déchets des ménages, etc. Les communes disposent d'un pouvoir réglementaire important. Une part non négligeable des pouvoirs de police du maire s'exerce dans le domaine de la préservation du cadre de vie et de la protection de l'environnement.

Dès lors, même une PME peut tenter d'influencer les autorités locales pour bénéficier d'une réglementation qui lui serait favorable.

Ainsi, une société d'une dizaine de personnes avait pour activité le forage de puits pour trouver de l'eau, parfois à plusieurs centaines de mètres sous terre. Ses principaux clients étaient des agriculteurs et des collectivités locales. Sa problématique était simple : lorsqu'elle perce un puits, par exemple à 100 m de profondeur, elle trouve des nappes phréatiques provenant d'infiltrations d'eau remontant, parfois, à 100 ans.

Cette eau est donc pure.

Toutefois, le forage peut drainer des nappes d'eau souterraines qui se trouvent à une profondeur moindre et qui sont polluées par tout ce que l'on connaît dans le milieu agricole, par exemple, comme les produits phytosanitaires, les phosphates, les nitrates, etc. Le seul moyen d'éviter cette pollution de la nappe phréatique la plus ancienne et la plus profonde est de bloquer le ruissellement des eaux supérieures.

La société était prise dans le dilemme suivant :

- soit elle pratiquait les mêmes prix que ses concurrents et offrait la même qualité de service qu'eux avec des dégâts environnementaux irrémédiables,
- soit elle respectait l'environnement, mais cela la conduisait à pratiquer des prix élevés, ce qui n'était guère concurrentiel.

La société a donc engagé des actions de *lobbying* pour qu'au niveau départemental un arrêté préfectoral, soit pris imposant des normes de forage propre.

Elle a pu résister à ses concurrents, qui ont été dans l'obligation de respecter des normes environnementales.

2 - Les normes techniques

Quel que soit le type de norme, l'entreprise se doit de l'influencer à son profit comme le souligne Anne JUGLA : "*La participation aux travaux normatifs permet de mettre en œuvre des stratégies pro-active de management de l'environnement*" ⁽⁶⁾. L'État et ses avatars sont de moins en moins des sources de droit. Les juristes parlent d'hybridation des normes ⁽⁷⁾.

(5) Je remercie Ludovic FONDRAZ, co-auteur de *Recours et voie d'action du citoyen face à la collectivité locale*, Ed. du Puits Fleuri, à son aide pour la rédaction de cette partie.
 (6) Thèse de Anne JUGLA, *Les normes, instruments de la stratégie marketing de l'entreprise*, p. 388.

Il convient donc d'avoir alors une acception, une définition extensive de la norme. Selon les cas, il s'agira d'une norme impérative imposée, par exemple, par décret ; pour d'autres, il s'agira d'un simple standard technique non obligatoire et permettant l'interopérabilité et la compatibilité entre des systèmes et, enfin, des normes assurant, aux consommateurs ou aux partenaires de l'entreprise, une garantie sur le service ou le produit.

Ainsi, les téléphones portables doivent pouvoir communiquer entre eux ; il faut donc définir les normes de transmission des données aussi bien entre les fabricants de mobiles qu'avec les opérateurs de téléphone ou les fabricants de relais GSM et de centraux téléphoniques.

De même, de nombreux directeurs du *marketing* considèrent que, pour une entreprise, être certifiée ou vendre des produits correspondant à une norme est un atout qui s'inscrit utilement dans une stratégie de différenciation.

Dès lors, une entreprise qui parvient à faire adopter une norme qui lui serait favorable bénéficierait d'un avantage concurrentiel formidable⁽⁸⁾. Il faut donc que les entreprises tentent d'influencer à leur profit l'élaboration de la norme.

A juste titre, les spécialistes de l'intelligence économique déplorent que les entreprises de l'Hexagone soient sous-représentées dans des commissions techniques, contrairement à leurs homologues étrangères. Le promoteur de l'intelligence économique en France, Bernard CARAYON, a reçu, le 3 octobre 2005, une mission du Premier Ministre, Dominique de

VILLEPIN, qui comporte plusieurs volets dont l'un est d'avancer des propositions pour que les entreprises soient mieux informées sur la production des normes et puissent "peser sur leur élaboration". Cependant, il est probable que les grandes entreprises, notamment du CAC 40, aient compris cette importance.

3 - L'influence de la production de la "soft law" ou normes douces.

Les Anglo-saxons utilisent le vocable de "soft law". La traduction, peu aisée en français, ramène à la notion de "droit mou" ou normes douces. Ces termes sont, cependant, trop imprécis pour satisfaire tant l'universitaire que le praticien et d'autres expressions ont été suggérées comme "auto-réglementation", "réglementation volontaire", "co-réglementation" ou "quasi-réglementation". Toutefois, ceux-ci ne prennent pas non plus en considération les recommandations des organisations internationales ou non-gouvernementales qui n'ont pas force de loi et qui ne sont donc que de simples suggestions.

Le *National Consumer Council* britannique⁽⁹⁾ a, pour sa part, distingué huit principaux types d'instruments : 1) codes de conduite unilatéraux, 2) charte des consommateurs, 3) codes unilatéraux par secteur, 4) codes négociés, 5) codes négociés approuvés par un organisme public, 6) codes reconnus, 7) codes officiels et 8) codes légaux.

Il n'en demeure pas moins que non contraignante au départ, la "soft law" acquiert souvent une force impérative à la suite de sa reprise, soit par des organisations internationales ayant pouvoir normatif, soit une fois transposée

dans la législation nationale de certains Etats. Deux exemples méritent d'être cités : celui de la bio-éthique et celui de l'Internet. Ces deux exemples ont un point commun : il n'existait peu ou prou de législation ou de règles dont on pouvait s'inspirer pour réguler ces domaines nouveaux. Les acteurs étaient, à chaque fois, multiples : Etat, société civile, entreprises, etc.

a) La "soft law" dans la bio-éthique⁽¹⁰⁾

La genèse du droit de la bio-éthique montre bien que l'on est progressivement passé de normes facultatives à un droit impératif. Une entreprise, qui aurait voulu avoir une influence sur la législation, devrait donc s'impliquer dès l'origine dans les différents travaux qui étaient lancés. Les différentes étapes de l'élaboration des textes sont les suivantes :

- la Déclaration d'Helsinki de 1964, élaborée sous l'égide de l'Association médicale mondiale (AMM) ; c'est peut-être le premier texte international en matière de bio-éthique ; il définit les principes devant conduire la recherche (ces principes ne s'imposent pas formellement aux Etats ou aux praticiens),
- la déclaration de Manille de 1981, approuvée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et le Conseil des organisations internationales des sciences médicales (CIOMS) ; cette déclaration a suggéré des règles de conduite applicables aux comités d'éthique "pour représenter les valeurs culturelles et morales de la communauté",
- la déclaration universelle sur le génome humain du comité inter-

(7) Voir site du Barreau de Paris : <http://www.avocatparis.org/public/Presse/letter3/numero3/enjeux.html>

(8) Voir Thèse de Anne JUGLA, *op. cit.*

(9) Source : http://www.lexfori.net/soft_law_fr.htm

(10) Voir, à ce sujet, le rapport d'information parlementaire d'Alain CLAEYS disponible à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nat.fr/rap-info/i3208-1.asp#P482_77574

national de la bioéthique, créé en 1983, et voté le 11 novembre 1997 par l'UNESCO, - divers avis ; ainsi, en 1991, la Commission européenne a créé un Groupe de conseillers pour l'éthique de la biotechnologie (GCEB), devenu par la suite le Groupe européen d'éthique (GEE) qui a rendu de nombreux avis.

L'ensemble de cette "soft law" a, ensuite, conduit à l'adoption de la réglementation telle qu'on la connaît actuellement. Cette réglementation a, désormais, force impérative.

b) La "soft law" dans la régulation d'Internet

Les utilisateurs d'Internet, qui ont une pratique remontant à plusieurs années, ont certainement une connaissance intuitive et non formalisée de la "soft law" sur la toile. Dès l'essor d'Internet, bien des juristes se sont demandés comment le réguler⁽¹¹⁾. La première difficulté était d'élaborer des normes dans un environnement international alors que des conceptions radicalement opposées existaient d'un pays à l'autre, comme l'a montré l'affaire Yahoo en 2000. Dans cette affaire, la France a interdit la vente d'objets nazis et les Etats-Unis ont rendu une décision contraire. La seconde difficulté était la multitude d'organisations internationales ou nationales qui ont, pour la plupart, proposé des codes ou des règles de bonne conduite :

- l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI),
- l'ICANN, chargé de la gestion des noms de domaine Internet,
- en France, le Forum des droits de l'Internet, etc.

Par ailleurs, les fournisseurs d'accès faisaient et font toujours

adhérer leurs clients à des chartes aux termes desquelles ils s'engagent à respecter un certain nombre de dispositions dont certaines sont légales (loi contre la pédophilie, loi contre le racisme, code de la propriété intellectuelle) ou simplement des usages (netiquette)⁽¹²⁾.

Dans un second temps, les tribunaux français se sont fondés sur ces normes non impératives pour statuer. Les premières décisions françaises de justice à reconnaître la légitimité d'une coupure de compte sur la base de la netiquette ont été rendues par le Tribunal de Grande Instance de Rochefort sur Mer⁽¹³⁾ en 2001 et par le Tribunal de Grande Instance de Paris⁽¹⁴⁾ en 2002.

Autre exemple, la réglementation européenne sur le SPAM a été précédée d'un code de bonne conduite du Syndicat national de la communication directe (SNCD), en 2001⁽¹⁵⁾.

II - LE DROIT, OUTIL DE LOBBYING ET DE COMMUNICATION

Le recours à des tribunaux peut être un moyen pour mettre en évidence l'absurdité d'une loi, son caractère inique, inéquitable. Le procès peut être également un outil de communication à destination de plusieurs auditoires, aux attentes contradictoires.

1 - La judiciarisation du *lobbying* : une technique originale

La judiciarisation consiste à aller volontairement au procès, et à organiser un important "battage médiatique" autour de la décision rendue pour montrer l'absurdité des textes ou la contrariété des textes français au regard d'un droit supranational comme le droit

européen ou les accords de l'OMC. Des modifications sont, ensuite, apportées aux textes existants.

D'une certaine façon, l'initiateur de cette technique est, sans doute, en France, Edouard LECLERC qui a, chaque fois, su prendre à témoin les consommateurs pour faire évoluer les textes. On se souvient de ses principaux combats : le droit à la distribution de la parapharmacie en super ou hypermarché, la lutte contre la loi Lang sur le prix unique du livre, l'opposition aux réseaux de distribution sélective dans le domaine du parfum et des cosmétiques ou encore la possibilité de distribuer du carburant.

Il serait possible de prendre des exemples dans des domaines autres que celui de l'entreprise. Toutefois, en règle générale, la phase judiciaire n'est pas souhaitée ; elle est plutôt subie. Cependant, les victimes se font, parfois, neutraliser par des groupes de pression qui vont utiliser cette technique.

2 - Les procédures judiciaires comme outil de communication

Considérer le travail de l'avocat comme un travail de communication, sans s'attarder au contenu du message, est une approche atypique et considérée comme iconoclaste par certains. Il n'y a pas eu, en effet, de travaux à ce titre. L'avocat s'adresse à plusieurs auditoires qui ont des attentes radicalement différentes.

Lors de n'importe quel procès, il y a, au moins, deux auditoires : d'une part, les membres composant la juridiction et, d'autre part, le ou les client(s) de l'avocat. Les magistrats professionnels, consulaires ou prud'hommaux souhaitent souvent une plaidoirie courte,

[11] Voir, notamment, Michel VIVANT, Jusqu'où doit-on réguler la Toile ? <http://www.cem.ulaval.ca/Internetamedia/vol1no5/vol1no5.html#droit>

[12] Voir, par exemple, <http://netiquette.afa-france.com> ou encore <http://www.noos.fr/plus/netiquette.html>

[13] Tribunal de grande instance, Rochefort sur Mer, 28 février 2001.

[14] Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de référé, 15 janvier 2002.

[15] Source : 01net, 5 décembre 2001, <http://www.01net.com/article/170135.html>

concise et synthétique. Ils ont, en effet, un *planning* chargé avec un très grand nombre d'affaires. Le client va, au contraire, souhaiter d'effets "de manche", celui-ci étant, parfois, influencé par les pratiques américaines de *cross examinations*.

Dans des dossiers plus importants, d'autres auditoires s'inviteront dans le prétoire. Ainsi, dans certains dossiers, la presse assiste à l'audience et va jouer son rôle de relais d'opinion auprès de consommateurs, d'un électorat potentiel, auprès du monde boursier etc. C'est ce que les Américains appellent la publicité *advocacy*. Les arcanes de la publicité *advocacy* sont nombreux. On n'évoquera ici qu'une d'entre elles : l'immunité de prétoire.

Derrière le terme barbare d'"immunité de prétoire", se cache le mariage d'un des fondements de la liberté de la presse avec le principe - source d'une justice équitable, de la publicité des procès (à de rares exceptions comme les affaires familiales, ou ceux concernant les mineurs) avec le droit que toute personne a de présenter sa défense devant les tribunaux. L'article 41 de la loi de 1881 sur la presse précise que ne peuvent donner lieu à aucune action en diffamation, injures ou outrages, les discours prononcés devant les tribunaux.

Cette impunité permet d'assurer une défense équitable puisque, sauf quelques rares cas, un avocat ne peut être poursuivi pour ce qu'il a exprimé dans le cadre de la défense d'un de ses clients. Il en est de même pour un journaliste qui ferait un compte rendu détaillé du procès.

L'immunité de prétoire a été fortement contestée au début des années 90, à la suite des procès négationnistes engagés sur le fondement de la loi Gayssot de juillet 1990 interdisant la remise en cause de l'existence des chambres à gaz.

En effet, un professeur avait profité de la tribune que lui offrait le prétoire pour développer ses thèses, qui avaient été, ensuite, reprises par la presse.

L'utilisation des tribunaux comme caisse de résonance par certains syndicats est également un fait avéré, l'un deux reconnaissant même que ne parvenant plus à mobiliser dans la rue, le procès leur permettait d'obtenir une audience, notamment médiatique.

Il est ainsi arrivé qu'un syndicat soit poursuivi par un autre pour avoir traité ses membres de corrompus, etc. Loin de s'incliner, le syndicat qui avait diffamé a convoqué à l'audience les relais d'opinion au sein de l'entreprise et a demandé à son avocat de soutenir que les termes incriminés étaient bien en deça de la réalité. Le syndicat diffamant a perdu son procès, mais a réussi à gagner les élections professionnelles au sein de l'entreprise.

Une affaire célèbre et largement reprise dans les médias peut être ici citée mettant en exergue les liens entre communication et avocat ; il s'agit de l'affaire Buffalo Grill. L'objectif de la société Buffalo Grill était de gagner sur le terrain judiciaire, mais aussi de reconquérir ses clients pour éviter que la chaîne de restaurants ne fasse faillite et de redresser le cours de la bourse. Ses conseils

ont su alors utiliser avec habileté les différentes procédures pour faire passer des messages à l'opinion publique.

Ainsi, poursuivre en diffamation des salariés qui avaient soutenu la thèse de la commercialisation de viandes contaminées a permis de démontrer que ces salariés n'avaient aucune preuve de leurs allégations. En effet, lorsqu'il existe des poursuites pour diffamation, le diffamateur peut se justifier en montrant la réalité de ses allégations, ce qui n'avait pu être fait en l'espèce. Les plaintes pour dénunciations calomnieuses ont poursuivi les mêmes objectifs et ont atteint le même résultat. Il en est de même de la volonté de rendre public le dossier d'instruction.

L'étude du rôle du droit comme outil de *lobbying* ou de communication n'en est qu'à ses prémises ⁽¹⁶⁾. Elle suscite un grand nombre de questions fondamentales, notamment au regard du droit anglo-saxon. En effet, la suprématie de ce droit dans le monde des affaires ne peut-elle pas s'expliquer par la facilité et la rapidité dans l'élaboration de normes ?

Mais cette thématique devrait, cependant, connaître une accélération. En effet, à l'heure actuelle, les différents textes régissant la profession d'avocat ne prévoient pas que ce dernier puisse faire du *lobbying*. Tacitement, l'autorisation existe. Une réforme devrait donc être envisagée pour que cette autorisation tacite soit transcrite dans les textes.



(16) Pour des développements complémentaires, se reporter à l'ouvrage : Le droit pour développer son *business*.