

LE LOBBYING DES ENTREPRISES FRANÇAISES AUPRES DES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

PAR

SYLVAIN POILLOT-PERUZZETTO (*)

Lobbying : tout le choc des cultures se trouve dans l'expression du concept puisque si la langue française, pour les acteurs du lobbying, utilise le terme « groupe de pression », elle conserve pour l'activité, à défaut de lui trouver un équivalent culturel, l'expression anglo-saxonne « lobbying ».

Pouvoir des couloirs de la Commission (1), influence (souvent liée au trafic) ou pression permettant de faire primer l'intérêt privé d'une entreprise ou d'une corporation, compromis, connivence, faveur, privilège, dessous de table : le lobbying en France a décidément mauvaise presse tant dans l'opinion que dans les entreprises si bien que peu d'entreprises françaises, comparativement aux entreprises étrangères, pratiquent le lobbying.

D'ailleurs la réputation française en matière de lobbying est plutôt décevante puisqu'à ce jeu, les Néerlandais et les Britanniques seraient des virtuoses, les Irlandais seraient excellents, les Allemands efficaces et les Français, légers et en retard (2). Il est ainsi avancé que deux défauts des Français expliquent leur si mauvaise note en matière de lobbying : le fait qu'ils attendent la dernière minute pour intervenir, plutôt que d'anticiper, le fait qu'ils sont dogmatiques et de démarche trop abstraite par opposition à leurs concurrents britanniques (3). Pour autant le réflexe du lobbying n'est pas exclu des pratiques françaises, simplement, la démarche serait plus frileuse au sens où elle interviendrait plutôt en fin de course pour obtenir des amendements sans travailler au changement de l'esprit d'un texte.

Il n'empêche que l'effet du lobbying n'est pas à prouver, il suffit d'observer la cause de l'annulation de la directive sur le tabac pour y rencontrer le lobbying. De la même manière, l'ampleur du phénomène ne peut qu'être constatée. Il suffit de regarder les chiffres des groupes de pression pour s'assurer de son importance : il y aurait quelque 3 000 groupes d'intérêt employant jusqu'à 10 000 personnes ; les chiffres rendent également compte de la diversité du lobbying : ces groupes d'intérêts se composent d'environ

(*) Professeur à l'Université de Toulouse.

(1) D. RUZIÉ, *Fonction publique communautaire*, n° 98, Encyclopédie Dalloz communautaire.

(2) *Informations Entreprise*, décembre 1992, cité par A. FOURÇANS, *L'Entreprise et l'Europe, clés pour le décideur*, Interéditions, 1993, p. 21.

(3) A. FOURÇANS, *op. cit.*, p. 32.

500 fédérations européennes et internationales, d'environ 50 bureaux de représentation d'autorités régionales, d'environ 200 entreprises directement représentées, d'environ 100 consultants sans compter les avocats assurant une activité de lobbying (4). Certains groupes assurent la défense des seuls intérêts de leurs membres, tandis que d'autres assurent la défense d'intérêts plus généraux comme la défense de l'environnement, des droits de l'homme, du consommateur.

C'est en fait la construction communautaire qui a engendré en France les débats sur le lobbying, dans la mesure d'une part où elle se présente comme un construction de la modernité, dans la mesure surtout où elle mêle des cultures différentes et conduit ainsi à la confrontation entre la culture française plutôt réservée en matière de lobbying et la culture anglo-saxonne qui lui consacre une place importante. Il est vrai également que l'enjeu du lobbying est décuplé avec la construction européenne, puisqu'une action de lobbying peut conduire à retenir une solution acceptable dans quinze Etats-membres et non pas dans un Etat seulement.

La première difficulté avec le lobbying, et davantage encore parce que le concept est anglais, réside dans sa définition. A cet égard, le dictionnaire Robert définit le « lobby » comme un groupe de pression. Le lobbying dans le cadre communautaire serait alors l'utilisation de l'ensemble des moyens légaux susceptibles d'influer sur la prise d'une décision communautaire (5). Certains même définissent tout simplement le lobbying comme le fait pour tel ou tel groupe d'informer un organe intervenant dans le processus législatif de sa position sur un sujet ou sur un projet ou sur une décision (6).

Le lobbying se distingue ainsi de l'activité de monitoring qui consiste seulement à faire de la veille juridique, sans forcément intervenir dans l'élaboration d'un texte, même si le monitoring constitue une phase préalable nécessaire au lobbying. Mais dans l'activité de lobbying, il faut distinguer deux types de lobbying en fonction de l'objet visé. Le lobbying décisionnel organise et justifie une intervention dans le cadre du pouvoir décisionnel de la Commission, dans sa mission de gardienne des traités telle que définie à l'article 155 du traité CE, ou de la mise en œuvre des règles communautaires. A cet égard, c'est dans le domaine de la concurrence que ce lobbying est particulièrement développé en vertu du pouvoir de la Commission de rendre des décisions (7). Mais le lobbying décisionnel peut également conduire à tenter d'influencer la Commission relativement à son pouvoir d'intenter une action en carence à l'encontre d'un Etat ou relativement à l'octroi d'une subvention. L'action de lobbying conduit alors à intervenir à

(4) Communication 2.12.92, *JOCE*, C 63 5.3.93.

(5) A. FOURÇANS, *L'Entreprise et l'Europe, clés pour le décideur*, Interéditions, 1993.

(6) Nous reprenons ici la position de L. Petitjean, directeur de la Délégation des Barreaux de France, telle que développée dans une conférence au DESS « Juriste International », Université de Toulouse, sur « le rôle de l'avocat - conseil dans l'utilisation du droit communautaire par les entreprises », 29 mars 2000.

(7) Règlement 17/62 du conseil 6.2.62, *JOCE* L 13 21.2.62.

l'égard des différentes composantes de la Commission qui participent à la prise de décision. En matière de concurrence, ce seront ainsi, à la fois la Direction générale de la concurrence, le service juridique, le cabinet du Commissaire compétent, sans oublier les conseillers des autres commissaires éventuellement intéressés par l'affaire. Le lobbying législatif organise et justifie une intervention dans le processus législatif relativement aux différents organes communautaires. Ce lobbying législatif conduit ainsi à apporter aux décideurs publics des points de vue extérieurs, notamment le point de vue de l'entreprise ou des entreprises.

Si dans les deux cas les techniques sont les mêmes, à savoir avancer le point de vue d'un tiers pour éclairer l'organe compétent, d'une part les interlocuteurs peuvent être différents puisque le pouvoir de décider et de légiférer relèvent d'acteurs différents, mais surtout, et c'est une différence fondamentale, dans le cas du lobbying décisionnel la norme existe, et comme la plupart des normes communautaires, elle est impérative et elle doit être appliquée sans discrimination. Dans le cas du lobbying législatif, la norme est en préparation et, *a priori*, il n'y a donc pas de problème d'application discriminatoire.

Par parti pris fondé sur le principe d'égalité devant la loi, nous rejetons le lobbying décisionnel précisément comme contraire à ce principe qui déborderait largement les droits de la défense et risquerait en outre de porter atteinte au principe du contradictoire à l'égard des tiers. Si la règle est impérative, si elle relève de ce que l'on pourrait, par analogie au droit civil, qualifier de règle d'ordre public de protection ou de direction, comme en droit de la concurrence, une action, en dehors des règles de procédure définies par le droit communautaire, ne devrait pas être envisageable. Ce serait en effet la porte ouverte à tous les abus : les avocats ont précisément pour mission de défendre dans un cadre défini les intérêts de leurs clients avec des moyens déterminés, dont le respect du contradictoire. En droit de la concurrence, pas plus qu'en droit pénal, des actions informelles ne peuvent être encouragées et encore moins institutionnalisées.

En revanche, à l'égard du lobbying législatif, la frilosité française devrait être dépassée.

Cette frilosité résulte de l'histoire de la pensée française et de son rapport au droit, qui conduisent les entreprises à considérer, d'une part, que le lobbying est du non-droit, d'autre part, que le lobbying n'est pas une activité d'entreprise. C'est la démonstration contraire que nous nous proposons de mener, dans la mesure où la question se pose dans le cadre communautaire et que, précisément, le droit communautaire se construit à partir de principes bien différents des principes du droit français et véhicule une autre approche du droit.

Ainsi, dans le cadre communautaire, le lobbying législatif, loin d'être du non-droit, est encadré par le droit, si bien que dans une certaine mesure, le

lobbying tend à devenir une activité réglementée (I). Par ailleurs, et c'est encore la construction de l'ordre communautaire qui le démontre, le droit n'est pas un objet extérieur à l'entreprise si bien que l'entreprise agissant sur le droit mène bien une activité d'entreprise (II).

LE LOBBYING LÉGISLATIF N'EST PAS DU NON-DROIT

Le lobbying « pouvoir de couloir » explique peut-être que l'expression « lobbying » soit peu présente en droit et dans les ouvrages juridiques (8) à la différence des ouvrages de sciences de gestion, qui l'analysent comme une pratique de l'entreprise (9). Tout fonctionne comme si au final, le lobbying était du non-droit, voire de l'anti-droit.

Or, dans l'organisation communautaire, le lobbying est compris dans la procédure législative. En effet, le droit intervient d'abord pour multiplier l'expression des points de vue en assurant l'ouverture, il intervient ensuite pour inciter à l'auto-régulation selon le principe de transparence.

L'incitation au lobbying législatif et le principe de la plus large ouverture

Le principe d'ouverture vise à élargir le plus possible, et sans discrimination en particulier fondée sur l'origine nationale de l'intervention, le débat.

Toute la machinerie de l'élaboration des textes est fondée en particulier sur l'ouverture et le dialogue, à tous les stades de l'élaboration, plutôt qu'à celui de la discussion, ce qui renvoie essentiellement au rôle de la Commission. Cette dernière recherche le dialogue avec ce qu'elle appelle « le monde extérieur », entendons, extérieur à elle, et auquel appartiennent les entreprises. Elle distingue à cet égard, deux types de dialogue, le dialogue institutionnel et le dialogue *ad hoc*. Le premier est un dialogue structuré passant par les nombreux comités consultatifs et groupes d'experts qui assistent la Commission. A cet égard, lorsque la Commission passe par un dialogue structuré avec des comités, elle fixe les règles de la consultation (mission, composition, nomination, mandat) dans la décision portant création du comité. La Commission utilise par exemple le canal des experts nationaux qui peuvent également intégrer le point de vue des entreprises nationales afin d'enrichir le débat, mais également, il est vrai, de faciliter le dialogue

(8) Voir cependant J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'union et des communautés européennes*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1999.

(9) M. CLAMEN, *Le Lobbying et ses secrets. Guide des techniques d'influence*, Paris, Dunod, 3^e éd., 2000. T. JEAN, « Lobbying communautaire : stratégies et modèles », *Revue française de gestion*, juin-juillet 1992; B. VEVER, *Pratiquer l'Europe : stratégies et réseaux de A à Z*, Eyrolles, 1992; M. CLAMEN et J. NONON, *L'Europe et ses couloirs*, Paris, Dunod, 1991; J.-D. GIULIANI, *Marchands d'influence*, Paris, Seuil, 1991; T. LEFEBURE, *Lobby or not to be*, Paris, Calmann-Lévy, 1991.

avec les Etats (10). Par ailleurs, une fois la proposition publiée au *Journal officiel*, elle est également communiquée aux organes consultatifs qui doivent donner leur avis, soit le Comité économique et social et le Comité des régions, auxquels les entreprises ont également pu communiquer leur point de vue.

Les entreprises peuvent encore indirectement intervenir dans ce dialogue structuré auprès du Parlement. En effet, le Parlement, qui intervient également dans la procédure législative peut, lui aussi, être saisi par les entreprises. Le Parlement est en effet informé des domaines dans lesquels la Commission travaille à l'élaboration de textes et ce en parité avec le Conseil. C'est en tout cas ce qui résulte du code de conduite conclu en 1995 avec le Parlement européen (11).

Mais le dialogue peut être plus directement dirigé vers la rencontre Commission/groupe d'intérêt, c'est le cas du dialogue *ad hoc* à l'initiative de la Commission et du dialogue provoqué par l'entreprise usant de voies institutionnelles.

Le dialogue « ad hoc » à l'initiative de la Commission

Dans le cadre du pouvoir d'initiative de la Commission pour l'élaboration des textes, une place de plus en plus importante est donnée aux intéressés, et en particulier aux entreprises. Lorsqu'en effet la Commission élabore un texte, elle le fait en tenant compte et en s'inspirant des points de vue des entreprises (12). Selon la Commission, il est en effet de son intérêt que les groupes puissent alimenter ses services en informations techniques et en avis constructifs (13). Dans la communication du 2 décembre 1992, la Commission retient, comme principes directeurs, la préservation du caractère ouvert du dialogue entre la commission et les groupes d'intérêt, l'égalité de traitement de tous les groupes d'intérêt (14).

La réaction des intéressés, dont les entreprises, est suscitée à tous les stades, qu'il s'agisse de celui de la réflexion préalable par l'élaboration et la publication d'un livre vert, document consultatif exposant les idées de la Commission et présentant des actions possibles, de la détermination des grandes lignes par l'élaboration et la publication d'un livre blanc, de l'élaboration d'une première version par l'édition d'un avant-projet de proposition, de l'élaboration d'une version finale par la publication au *Journal officiel* de la proposition. Avec le même objectif d'assurer l'ouverture des débats, elle publie dans certains cas, dans la série C du *Journal officiel* le résumé d'une

(10) Sur le rôle des experts nationaux, voir en particulier la résolution 16.12.93, *JOCE*, C20 24.1.94.

(11) *JOCE*, C 89 10.4.95 point 3.1.

(12) Voir sur la question J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 3^e éd. de 1999. En particulier, pp. 538 et 539.

(13) Introduction à la communication du 2.12.92 précitée.

(14) *JOCE*, C63 5.3.93.

initiative ou d'un programme de travail. Il suffit alors aux intéressés de communiquer leurs coordonnées afin de recevoir les documents de travail (15). En outre, elle suscite le dialogue en organisant des journées de réflexion ouvertes aux universitaires mais surtout aux entreprises et au cours desquelles elle recueille les réactions et les éventuelles propositions (16) des entreprises.

A tous ces stades, les entreprises, comme d'ailleurs toute institution, qu'elles aient ou non une activité économique (comme les associations ou encore les régions) sont incitées à intervenir.

Finalement, le caractère *ad hoc* du dialogue ne lui enlève pas moins son origine légale, exactement comme dans le cas de l'arbitrage *ad hoc* qui n'existe juridiquement que parce que les règles de droit le reconnaissent. On notera d'ailleurs que le dialogue *ad hoc* n'est prévu que dans le cadre du lobbying législatif, raison supplémentaire pour écarter d'autant plus le lobbying décisionnel. Quoi qu'il en soit, à ce dialogue à l'initiative de la commission, il faut associer un dialogue à l'initiative cette fois des intéressés, et particulièrement des entreprises.

Le dialogue à l'initiative des entreprises

Les entreprises peuvent inversement chercher à provoquer la discussion en utilisant le canal des réclamations gracieuses, soit les questions parlementaires. Elles peuvent également utiliser le droit de pétition prévu à l'article 194 du traité CE pour saisir le Parlement. Selon ce texte, « *tout citoyen de l'Union ainsi que toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un Etat-membre, a le droit de présenter, à titre individuel ou en association avec d'autres citoyens ou personnes, une pétition au Parlement européen sur un sujet relevant des domaines d'activité de la communauté et qui le ou la concerne directement* ». La commission des pétitions instruit ces demandes en vérifiant en particulier la condition du lien entre le sujet et l'entreprise puisque le sujet doit la concerner directement (17).

Dans le même esprit, les entreprises peuvent saisir le médiateur, nommé par le Parlement et dont la mission est définie à l'article 195 du traité CE. Ce recours est moins opportun lorsqu'un texte est à l'état de projet qu'en l'absence de texte puisque l'objet de la médiation est précisément de remédier à des dysfonctionnements. En effet, selon l'article 195 du traité CE, le rôle du médiateur est de recevoir les plaintes de tout citoyen, personne physique ou morale, de l'Union ou de toute personne ayant sa résidence ou son siège statutaire dans l'Union relativement « *à des cas de mauvaise adminis-*

(15) Communication 93/C 63/03, *JOCE*, C 63 5.3.93.

(16) Par exemple les journées des 10 et 11 novembre 1999 sur la réforme du règlement 17 sur la mise en œuvre des articles 81 et 82 en droit communautaire de la concurrence.

(17) J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 691.

tration dans l'action des institutions ou organes communautaires, à l'exclusion de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles ». Cette action permet de soulever éventuellement un débat sur une question et éventuellement d'inciter à la préparation d'un texte mais le médiateur ne peut faire que des recommandations (18); il ne peut en particulier critiquer ouvertement les institutions ou tenter une action en justice.

Si le principe de l'intervention des entreprises est acquis dans la machine communautaire, il est tout autant encadré par le principe de transparence.

L'encadrement du lobbying et le principe de transparence

En développant et en incitant le dialogue avec des non-institutionnels, le risque est évidemment de dériver vers la corruption des deux parties à l'échange, c'est-à-dire tant les organes communautaires que les groupes de pression. Il est par exemple nécessaire d'éviter les écarts de conduite des professionnels du lobbying, comme la vente des documents de travail des organes communautaires ou l'utilisation des symboles communautaires ou encore le fait de se faire passer pour un membre d'un organe communautaire. De la même manière la confidentialité doit être sauvegardée.

Pour établir un cadre, les organes communautaires, comme toujours, se sont inspirés de l'existant, c'est-à-dire des règles en cours dans les États de culture de lobbying, comme en Allemagne, aux États-Unis, au Canada.

Aujourd'hui, le cadre de l'intervention des tiers est à la fois institutionnalisé par l'existence d'un droit communautaire et laissé pour partie à l'auto-régulation par les professions.

Le droit institutionnel

C'est le principe de transparence qui fonde l'essentiel du cadre institutionnel du lobbying. Ce principe a été explicité dans une communication intitulée « transparence dans la communauté » (19) et vise à favoriser le rapprochement du public et des institutions communautaires en particulier par le biais de la publication des documents d'intérêt public au *Journal officiel*, l'indication dans les programmes législatifs des propositions devant donner lieu à un débat élargi, la codification des textes considérée comme un moyen de clarté et de lisibilité. Ce principe est conforté par le développement d'une politique accrue d'accès aux documents puisque les limitations à ce droit d'accès sont interprétées restrictivement (20).

(18) J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 691.

(19) *JOCE*, C 166, 1993.

(20) Même si une ordonnance du Président du TPI du 3.3.98 a considéré qu'il ne pouvait y avoir accès aux avis du service juridique de la commission (aff. T-610/97 R).

Par ailleurs, afin de limiter la corruption, la Commission a élaboré en 1997 à l'attention du Conseil et du Parlement une communication sur la « politique anticorruption de l'Union » (21). Il s'agit tant de la corruption des fonctionnaires que celle des lobbyistes puisque la corruption dont il s'agit est définie par la résolution du parlement du 15 décembre 1995 (22) comme le comportement des personnes assumant des fonctions publiques ou privées, qui contreviennent à leurs obligations parce qu'elles se voient accorder ou offrir directement ou indirectement un avantage financier ou autre, lié à des actions ou des omissions dans l'exercice de leurs fonctions. Mais dans son rôle de répartiteur de compétence, l'ordre communautaire renvoie aux ordres nationaux pour l'organisation de la prévention par le renforcement des contrôles.

Plus directement, en matière de groupe de pression, et afin que les différents points de vue soient exprimés dans la plus grande des transparences, la Commission a surtout défini un cadre au lobbying par l'importante communication du 2 décembre 1992 intitulée « un dialogue ouvert et structuré entre la communauté et les groupes d'intérêt » (23). La communication impose ainsi à la Commission de ne pas accorder aux groupes d'intérêt des privilèges particuliers, de ne pas les reconnaître officiellement en leur donnant un statut consultatif : le dialogue *ad hoc* doit rester *ad hoc*. La communication prévoit la constitution d'un répertoire des groupes d'intérêt agissant sans but lucratif, comportant certaines indications dont le statut juridique, le nom du dirigeant, le nom des membres et les principaux objectifs de l'organisation ; les groupes d'intérêt à but lucratif sont invités à constituer eux-mêmes ce répertoire. L'inscription au répertoire, quoi qu'il en soit, ne confère aucun avantage particulier aux inscrits et satisfait le seul principe de transparence. En complément de cette inscription, la Commission incite à les professionnels à l'élaboration d'un code de conduite. Dès lors que la Commission s'est fixé l'objectif de se rapprocher des autres organes communautaires pour définir une politique commune communautaire à l'égard des groupes de pression, il est peu étonnant que les principes essentiels que devraient comporter les codes de conduite, tels que définis à l'annexe 2 de la communication, rejoignent ceux définis par le Parlement, soit une présentation honnête, un comportement honnête et une compétence certaine, une obligation de ne pas diffuser des informations trompeuses, de ne pas obtenir malhonnêtement des informations et de ne pas céder des documents à titre onéreux. Par ailleurs, les groupes d'intérêt se gardent de toute sollicitation à l'égard des fonctionnaires en vue d'obtenir des informations ou un traitement particulier.

(21) Doc. COM (97) 192 final, 21.5.97.

(22) *JOCE*, 1996 C 17.

(23) *JOCE*, C 63 5.3.93.

En effet, le Parlement européen, parallèlement à cette action de la Commission, prévoit à l'annexe X de son règlement intérieur, par son article 3, intitulé « code de conduite », des règles de conduite applicables aux groupes de pression dans leurs relations au Parlement. L'article 3 établit ainsi une liste d'obligations de ne pas faire, et de faire.

Au rang des obligations de ne pas faire, certaines ont trait aux relations entre les lobbyistes et les membres du Parlement, d'autres aux relations entre les lobbyistes et les tiers. Dans les relations avec les membres du Parlement, les lobbyistes doivent s'abstenir de toute démarche en vue d'obtenir des informations de façon malhonnête, dans les relations aux tiers, ils ne peuvent faire état d'une relation officielle avec le Parlement ou distribuer à des fins lucratives des copies de documents obtenues auprès du Parlement.

Au rang des obligations de faire, la première répond au principe de transparence puisque les lobbyistes doivent faire état des intérêts qu'ils représentent. D'autres obligations se présentent comme une obligation de se conformer à des règles si bien qu'elles sont en fait des obligations de ne pas déroger aux textes : ainsi en est-il de l'obligation de respecter les règles sur la transparence et les intérêts financiers des députés, obligeant les députés européens à déclarer sur un registre leurs activités rémunérées, ou encore des règles sur le statut des fonctionnaires dans l'hypothèse d'un recrutement d'anciens fonctionnaires.

L'action de l'Union dans cette organisation doit être louée, il est cependant dommage, pour l'image du lobbying, que les principes ne soient pas affirmés dans des instruments communautaires contraignants. En effet, les différents textes encadrant l'activité de lobbying sont des communications ou résolutions qui n'ont pas le caractère directement contraignant des règlements, même s'ils conduisent néanmoins à des prises de conscience et à l'établissement d'une certaine culture.

L'autorégulation

Sur le fondement du cadre ainsi dessiné par les organes communautaires, deux formes de législation spontanée se sont développées.

La première n'est pas spécifique à l'activité, puisqu'il s'agit des règles de déontologie de certains professionnels qui peuvent, à côté d'autres activités, avoir une action de lobbying, en particulier les avocats. Ces derniers avancent d'ailleurs que leur obligation de se soumettre à des règles de déontologie fait de la profession une garantie dans l'activité de lobbying.

Mais, parallèlement, des associations de lobbying se sont constituées, répondant spécifiquement aux deux obligations énoncées par la communication du 21 mai 1997. Ainsi, pour répondre aux critiques sur le manque de transparence de la profession, ont été créées la Fédération Européenne du Lobbying & Public Affairs (FELPA) dont le siège est à Bruxelles qui défend

les principes de transparence et honnêteté et a mis au point un code de conduite qui doit être accepté par les membres lors de leur adhésion, ou encore la Society of European Affairs Practitioners qui s'est également fixé l'objectif du respect d'un code de conduite en particulier par la promotion de l'honnêteté, l'intégrité et la loyauté de ses membres.

Malgré le caractère non contraignant du cadre européen et malgré la faible portée en droit français des règles émanant de la pratique avant qu'elles ne soient réceptionnées par le législateur, ce cadre a le mérite d'exister. Surtout, que l'on s'en réjouisse ou qu'on le regrette, il s'agit d'un cadre avec une activité dont l'importance va croissant, activité qu'il est difficile de nier et dont il est aujourd'hui suicidaire de s'écarter.

Dans la mesure où ce comportement est désormais largement adopté, dans la mesure surtout où il répond à la nécessité d'un débat démocratique, dans le cas du lobbying législatif, les entreprises françaises, si elles ont raison de refuser le lobbying décisionnel, auraient en revanche beaucoup à gagner dans cette nouvelle activité.

Mais il est vrai que pour accepter pleinement le lobbying, les entreprises françaises doivent également modifier un autre point de vue sur leur rapport au droit en acceptant que le droit relève de leur activité et, partant, que le lobbying n'est pas une activité étrangère à l'entreprise.

LE LOBBYING LÉGISLATIF
N'EST PAS UNE ACTIVITÉ ÉTRANGÈRE
À CELLE DE L'ENTREPRISE

Le deuxième présupposé qui explique sans doute la difficulté des entreprises françaises à accepter l'activité de lobbying législatif est sans doute qu'elles comprennent le droit comme extérieur à leur activité, comme une contrainte externe qu'elles ont certes à intégrer, mais dont le code et la grammaire n'ont rien à voir avec leur langage, avec leur activité.

Parce qu'en France la vision du droit est dogmatique, la sphère juridique est distincte de la sphère de l'entreprise, quand elle ne s'y oppose pas. Du coup, les mondes se voient sans se confronter.

Or, le droit communautaire véhicule une autre approche du droit, non pas code théorique mais construction pragmatique et au coup par coup en vue de la réalisation d'objectifs établis et dans le cadre d'un contexte évolutif. Dans le même sens, le lobbying est le produit de l'idée que le droit résulte du débat démocratique puisqu'il participe au rapprochement des langages et des perspectives à la fois des hommes politiques et des entreprises dans l'élaboration des règles (24).

(24) A. FOURÇANS, *op. cit.*, p. 22.

Cet autre rapport au droit passe d'abord par la reconnaissance de la place de l'entreprise dans l'élaboration du droit puisque l'élaboration de la norme nécessite l'expression des différents points de vue, dont celui de l'entreprise. Mais cette relation entre droit et entreprise passe également par la reconnaissance d'une autre place du droit au sein de l'entreprise, dès lors que le droit devient une information à communiquer au sein de l'entreprise.

La place de l'entreprise dans l'élaboration du droit : informer le législateur

Même si la *lex mercatoria*, c'est-à-dire les règles que se sont données les praticiens du commerce international relevant de la société des marchands (25), n'a pas en France la place qu'elle mérite au regard de son existence et de son importance, il n'empêche qu'elle démontre plus qu'elle ne consacre combien l'entreprise est essentielle dans l'élaboration des règles de droit et dans la conception des règles car le législateur, sauf lorsqu'il veut créer un comportement, comme dans la construction communautaire, n'invente rien : il met en forme, recueille les expériences, les pratiques, pour les institutionnaliser.

Mais en dehors de son lien à la *lex mercatoria*, à considérer qu'elle soit exclue de l'ordre juridique, l'entreprise, même dans l'élaboration de la loi institutionnalisée, a son rôle à jouer, en particulier dans l'ordre communautaire où les décideurs publics sollicitent les entreprises.

Cette activité nécessite l'élaboration d'une stratégie tant dans la détermination du bon interlocuteur participant à l'élaboration du texte que dans la détermination du meilleur mode de représentation auprès de cet interlocuteur.

Le choix de l'interlocuteur

C'est en fait la bonne connaissance des différents organes et des différentes procédures qui permettra à l'entreprise de déterminer l'organe ou les organes auprès duquel l'intervention pourra être efficace. C'est ainsi que dans l'hypothèse où un texte est adopté suivant la procédure de coopération, une rencontre avec la personne en charge du texte au sein de la Commission et sans doute aussi le Cabinet du commissaire compétent est opportune.

Mais la rencontre des différents comités permet encore d'agir en amont avant l'élaboration du texte. La liste des comités est longue (26), d'autant

(25) B. GOLDMAN, *Archives de philosophie du droit*, 1964, 177 ; « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalités et perspectives », *JDI*, 79, 475 ; « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », *Etudes Lalive*, 1993, 241. F. OSMAN, « Les principes généraux de la *lex mercatoria*. Contribution à l'étude juridique anational », LGDJ, 1992.

(26) B. VEVEY, *Pratiquer l'Europe : stratégies et réseaux de A à Z*, Eyrolles, 1992.

que ces comités se sont particulièrement développés avec l'élargissement des compétences communautaires. Il est donc nécessaire, pour chacun des comités, afin d'évaluer l'intérêt de la rencontre, de définir d'abord son objet : il peut s'agir d'une activité économique déterminée (comme le comité pharmaceutique) ou d'un objectif (par exemple le Comité pour l'adaptation au progrès technique). Il convient également de déterminer la qualité des membres composant le Comité car la compréhension sera sans doute différente selon que les membres sont des représentants de l'administration, ou des experts indépendants. Enfin, il convient également de s'interroger sur le caractère obligatoire ou facultatif de la consultation.

Une fois qu'une première version de texte est élaborée, ce sont le Parlement et le Conseil qui interviendront et que les entreprises peuvent ainsi tenter de convaincre.

Relativement au Parlement, l'action peut être menée auprès des députés ou auprès des sessions des commissions spécialisées du Parlement qui travaillent sur les textes proposés par la Commission, sans compter la rencontre avec le député européen membre de cette Commission.

En effet, dans la mesure où la machinerie communautaire croise les intérêts économiques transversaux et les intérêts nationaux, ou tout au moins les discours fondés sur ces différents intérêts, l'action de lobbying, à chaque étape, vise à la fois l'organe communautaire mais également le représentant national au sein de l'organe lorsqu'il existe.

Il en est ainsi d'ailleurs pour l'action auprès du Conseil qui passe par le « lobbying national » auprès du cabinet du ministre concerné ou/et par le COREPER et/ou le représentant permanent d'un Etat auprès de la communauté.

Les modes de participation

Les acteurs du lobbying doivent également être déterminés par l'entreprise. Etant posé que le lobbyiste doit être à la fois un bon technicien, un bon juriste, surtout de la machinerie législative communautaire, un excellent homme de communication, un garant de sa légitimité et un détenteur de carnet d'adresses fourni (27), il est évident que la solution idéale sera difficile à trouver. Sur ce point, la force de la représentation des entreprises américaines à Bruxelles par le biais de la chambre de commerce américaine à Bruxelles, l'AMCHAM est d'avancer d'abord, par le biais de juristes très spécialisés, sur le terrain juridique et technique, avant d'avancer ensuite le poids économique de la présence des entreprises américaines en Europe (28).

(27) N. BEAU Bruxelles, « Les émissaires des entreprises », *Les Echos*, 13 février 1993.

(28) A. FOURÇANS, *op. cit.*, p. 30.

Quoi qu'il en soit, le choix des entreprises relève de leur culture interne, certaines préférant contrôler par une représentation interne, d'autres faisant le choix de l'externalisation en faisant appel aux professionnels.

- La représentation directe :

La représentation directe de l'entreprise peut résulter d'une présence permanente par un bureau de représentation ou par une présence au coup par coup par la désignation dans l'entreprise d'un représentant en charge de l'activité qui se déplacera selon les besoins. La qualité du représentant est ainsi différente d'une entreprise à l'autre, certaines préférant envoyer un haut responsable pour « impressionner » la Commission, d'autres préférant la solution d'une présence continue par une personne développant sur place les différentes relations ; de la même manière certaines entreprises multiplient les niveaux pour les informations à remonter à Bruxelles, afin d'en assurer une plus grande communication, tandis que d'autres limitent ces passages afin d'assurer une plus grande rapidité.

La solution du bureau de représentation est évidemment plutôt le fait des grandes entreprises tant elle est coûteuse par la charge qu'elle représente, encore que les entreprises peuvent utiliser une antenne commerciale à Bruxelles pour héberger leur activité de lobbying.

Qu'il s'agisse d'une représentation permanente ou d'un responsable voyageant au coup par coup, le caractère isolé de la représentation nécessite que l'activité passe non seulement par des contacts avec les différentes instances intervenantes mais également par une recherche de regroupement pour qu'il ne s'agisse pas de la défense d'un intérêt privé.

- La représentation indirecte :

La représentation indirecte peut passer par des professionnels du lobbying ou par des fédérations professionnelles.

Le lobbying peut être en effet assuré par des professionnels externes à l'entreprise, soit des cabinets en général établis à Bruxelles et dont l'activité consiste essentiellement à pratiquer le lobbying. Ainsi, pour les entreprises, l'organisation de l'activité de lobbying passe par les mêmes choix stratégiques que celle de la fonction juridique : si l'activité est pratiquée par un salarié de l'entreprise, la solution présente l'avantage de donner un rôle clé à une personne qui connaît parfaitement les contraintes de l'entreprise et intègre ses objectifs, si elle est exercée en externe par des professionnels, le choix présente l'intérêt de l'indépendance et, pour certaines professions, de l'existence de règles de déontologie.

Le degré de la relation entre le professionnel et l'entreprise, comme pour la fonction juridique, est divers : il peut s'agir d'une relation continue, le professionnel informant régulièrement l'entreprise des différents textes ou idées de textes, ou d'une relation ponctuelle, pour une intervention sur un

dossier particulier. De la même manière, comme dans le cas d'un contentieux impliquant toute une activité économique, le professionnel peut aussi être mandaté par plusieurs entreprises pour un même dossier, ce qui donnera davantage de poids à son intervention.

Parmi les professionnels, il faut distinguer sans doute entre les consultants et les avocats. Si les uns et les autres sont des professionnels du droit et connaissent les institutions communautaires, s'ils présentent à l'égard des organes communautaires l'intérêt d'une première distanciation par rapport à l'intérêt de l'entreprise, seuls les avocats sont obligés par des règles de déontologie, dès lors que dans le domaine du lobbying, le glissement est relativement facile. Pour autant, la bonne réputation d'un cabinet de consultant en termes d'intégrité constitue une pression toute aussi importante que la pression de la règle de droit.

Quoi qu'il en soit, une grande rigueur s'impose dans le choix du professionnel car si la profession nécessite à la fois un bon carnet d'adresses et une bonne formation juridique sur le mode d'élaboration des textes, l'entrée dans cette activité n'exige curieusement aucun diplôme particulier validant la compétence technique : le glissement du politique à l'économique est donc facilité.

La représentation indirecte peut également passer par des fédérations d'entreprises qui ont le mérite de représenter un intérêt plus collectif que celui de l'entreprise agissant individuellement. S'agissant de fédérations européennes d'entreprises, c'est sans doute, pour les PME, le moyen le plus facile, et partant, le moins coûteux, d'intervenir dans la mesure où elles s'adressent à des personnes de même langage, de même préoccupation. Ainsi en est-il par exemple de l'UNICE (Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe), du COPA (Comité des organisations professionnelles agricoles) du CEFIC (Conseil européen des fédérations d'industries chimiques). Ce regroupement par le critère de l'activité et de la qualité des participants ne conduit pas forcément à l'uniformisation des points de vue ; en effet, il arrive souvent que du fait des différences de pratiques nationales, le clivage national revienne en force. Quoi qu'il en soit, le caractère européen de la représentation, s'il présume que le point de vue exprimé représente celui de la majorité dans un secteur et non pas celui d'une entreprise, ne présume pas pour autant qu'il réponde aux objectifs communautaires plutôt qu'à des objectifs nationaux (29).

La place du droit dans l'entreprise : informer l'entreprise

Traditionnellement en France, et même si petit à petit les choses changent, le droit est l'outil du contentieux et le juriste se présente comme le pompier auquel on fait appel quand tout s'embrase.

(29) A. FOURÇANS, *op. cit.*, p. 22.

Déjà l'activité de conseil en amont d'une opération a modifié l'approche du droit, puisqu'il s'agit, au regard des normes existantes, de prévenir les contentieux.

Mieux encore, l'activité d'audit a conduit les entreprises, toujours au regard des règles existantes à balayer préventivement ses différents secteurs pour déterminer si juridiquement, elle se trouve en risque; il s'agit ainsi de scruter au regard des règles juridiques toute l'organisation de l'entreprise en ce qui concerne ses contrats, ses filiales et établissements, ses titres de propriété intellectuelle, avant même qu'un contentieux ne soit soulevé mais une fois l'organisation mise en place.

Qu'il s'agisse du contentieux, du conseil, de l'audit, la contrainte juridique prise en compte est la contrainte existante et toute l'action porte sur l'adéquation, dans le meilleur des cas optimisée, entre l'activité de l'entreprise et la contrainte juridique. Néanmoins, dans ces trois rapports au droit, la contrainte est également analysée comme extérieure à l'entreprise.

Le rapport au droit peut cependant être différent et l'entreprise peut intégrer le droit dans une relation dynamique en voyant le droit comme une norme en continuel devenir et résultant d'un débat démocratique. En participant à son élaboration, l'entreprise abandonne sa conception dogmatique, mais les économistes vont plus loin et montrent comment dans l'entreprise, la règle de droit constitue une information particulière relativement à la contrainte de son activité, information qu'il convient de connaître rapidement, par une activité de veille juridique, et de répercuter tout aussi rapidement dans l'entreprise pour en déterminer ses incidences et construire une stratégie en anticipant la règle nouvelle. C'est l'activité d'intelligence économique.

Banalisation en information, à connaître au même titre que l'avance technologique d'un concurrent ou la découverte d'un produit qui permettra des applications dans le domaine de l'entreprise, le droit, vu comme contrainte évolutive de l'activité de l'entreprise doit être au plus tôt connu pour en anticiper les conséquences dans l'entreprise.

Connaître au plus tôt la règle : la veille juridique

L'activité de veille juridique ne constitue pas une activité nouvelle pour le juriste. C'est sans doute la doctrine économique qui l'a identifiée comme activité distincte de l'activité juridique en montrant que sa finalité était différente.

En effet, si les entreprises françaises n'ont pas toutes identifié l'activité au sein de leur service juridique, il est à parier que nombre de juristes, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir, faisaient de la veille juridique sans en avoir conscience.

La veille juridique se distingue du lobbying tout en constituant une condition nécessaire au lobbying : il s'agit pour le juriste, non pas de se mettre à jour des textes existants, mais de s'intéresser aux textes en préparation, soit pour exercer une influence en exprimant son point de vue par le biais du lobbying, soit simplement pour informer les différentes composantes de l'entreprise du cadre juridique qui se dessine afin qu'elle s'y prépare.

Anticiper la règle : l'intelligence économique

Si l'intelligence économique se définit par la gestion maîtrisée de l'information conduisant à apporter la bonne information en temps opportun, sous une forme compréhensible et exploitable à la personne qui a besoin de la connaître et à celle-là seulement, dès lors que toute décision résulte de la conjonction à point nommé d'une compétence et d'une information, l'intelligence économique nécessite bien une anticipation des règles de droit.

Cette activité nécessite davantage des compétences d'organisation dans les circuits d'information que des qualités de civiliste ou de communautariste. La question n'est cependant pas de savoir si c'est toujours du droit ou si cela n'en est plus : elle montre que même dans l'entreprise, le droit n'est pas seulement l'affaire des juristes, et c'est heureux.

D'ailleurs la *common law* qui a engendré le lobbying repose sur un droit continuellement extirpé de la vie et, partant, affaire de tous, tandis que notre point de vue positiviste et dogmatique enferme le droit dans un soleil jalousement gardé et dont il n'est pas sûr que la lumière assure la vie.