

2157

# Représentation d'intérêts et trafic d'influence... ou les affres de la dépenalisation par la transparence

Marc SEGONDS,

agrégé des facultés de droit,  
directeur du Master II Droit pénal  
des affaires publiques et privés  
et du DU Compliance officer et sécurité financier,  
Directeur adjoint de l'IRDEIC (EA 4211),  
Toulouse 1 Capitole



Représentation d'intérêts et trafic d'influence interrogent quant à leurs liens respectifs. Transparence du lobbying, d'une part, et incrimination, d'autre part. Ainsi que l'enseigne la théorie générale de la responsabilité pénale, la représentation d'intérêts ne peut procéder que d'une permission de la loi au sens de l'article 122-4 du Code pénal. Reste à comprendre si l'effort de transparence qu'implique la représentation d'intérêts est à la hauteur des risques que le trafic d'influence présente pour le lobbyiste.

**1 - Trafiquer de son influence n'est pas trafiquer de sa fonction.** – Fruit du scandale dit « des décorations » et de l'arrêt prononçant la relaxe du député Wilson<sup>1</sup>, l'incrimination du trafic d'influence fut l'œuvre controversée de la loi du 4 juillet 1889, précédée en cela de plusieurs projets et propositions de lois<sup>2</sup>. Depuis lors, « à côté de la corruption proprement dite, qui est le trafic de la fonction, et du trafic des facilités que donne la fonction »<sup>3</sup>, se trouve incriminer le trafic d'influence à destination – et elle seule – de l'autorité publique. Mais, pour être désormais ancienne, l'économie même de l'incrimination du trafic d'influence peine encore et toujours à être comprise. Les délits de trafic d'influence ont pour élément commun avec les délits de corruption la notion d'avantage indu. En revanche, ils diffèrent nettement des délits de corruption en ce que l'avantage indu n'a pas pour contrepartie un acte de la fonction (corruption stricto sensu) ou un acte facilité par la fonction (para-corruption) mais a pour contrepartie (objet direct) une influence, laquelle doit nécessairement s'exercer à l'endroit de l'autorité publique afin (objet indirect) d'obtenir une décision favorable. Et c'est justement parce que le fait de monnayer une influence ne pouvait être assimilé au fait de monnayer un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction<sup>4</sup>, que l'incrimination supplémentaire du trafic d'influence s'est révélée être indispensable faute d'entrer dans les prévisions du Code pénal de

1810<sup>5</sup>, sauf à vouloir raisonner par analogie en contradiction avec les exigences du principe de la légalité criminelle<sup>6</sup>.

**2 - Informer le corps législatif en transparence ne serait pas influencer.** – Mais alors que le législateur s'est convaincu de la nécessité de consacrer la représentation d'intérêts, laquelle n'a longtemps aspiré qu'à l'autorégulation, la question se pose nécessairement de la ligne de partage qu'il convient de tracer à l'endroit du trafic d'influence. La réponse à cette question est longtemps apparue sans objet pour les promoteurs du lobbying, à raison de la définition même associée audit lobbying. Il résultait du « Livre bleu du lobbying »<sup>7</sup> que, négativement, « le lobbying bien compris, ce n'est pas faire du "trafic d'influence", ni obtenir des "faveurs", des "privilèges". Certaines pratiques condamnables, et condamnés par le droit pénal, n'ont rien à voir avec le lobbying »<sup>8</sup>. Devant la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, il était proposé d'« affirmer une définition du lobbying » ainsi conçue : « pour informer le monde politique, le lobbyiste représente une personne morale de droit privé ou une catégorie spécifique d'acteurs publics [...]. Le lobbyiste fournit directement au monde politique les informations ou expertises dont le politique a besoin dans l'exercice de ses missions. Le lobbyiste agit par veille, anticipation ou à la demande de l'acteur politique ; il est un partenaire du politique, mais il ne substitue pas à lui ; il n'est ni un commercial, ni un chargé des

1. V. CA Paris, 26 mars 1888 : D. 88, 2, 155.

2. V. B. Dandine, *De la répression du trafic d'influence en droit positif français actuel*, Toulouse, 1935, p. 35.

3. V. E. Garçon, *Code pénal annoté* : S. 1952, 1, p. 708, n° 203.

4. Pour une illustration jurisprudentielle de cette distinction, V. Cass. crim., 26 janv. 2011, n° 10-80.155 : Rev. pénit. 2011, p. 405, note M. Segonds.

5. V. E. Garçon, *préc.*, p. 708, n° 204.

6. Ce que à quoi s'était refusée la cour d'appel de Paris, par son arrêt en date du 26 mars 1888 précité, après avoir justement énoncé « qu'il appartient aux juges non de faire la loi, mais de l'appliquer telle qu'elle existe et il leur est expressément interdit d'étendre la loi pénale à des cas qu'elle n'a pas prévus ».

7. Ainsi dénommé le rapport d'information sur le lobbying, 16 janv. 2008.

8. V. rapp. d'information *préc.*, p. 11.

relations publiques »<sup>9</sup>. Toujours dans cette même logique, il est constaté quelques années plus tard que « le lobbying fait désormais partie du paysage institutionnel français : à ce titre, le processus de l'élaboration de la loi ne saurait se limiter à une simple analyse des relations entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif » pour souligner que « sur le modèle de la culture anglo-saxonne, plus ouverte aux groupes de défense d'un intérêt particulier, une autre conception du lobbying tend à émerger, qui fait des lobbies des acteurs nécessaires à l'élaboration de la loi », de sorte que « les groupes d'intérêts sont d'abord un moyen pour le législateur d'obtenir des informations sur la manière dont la loi est appliquée et sur les moyens de l'améliorer »<sup>10</sup>. Ainsi, il est également fait observer que « l'émergence du lobbying a rendu obligatoire la mise en place d'une réglementation [mise en place par le Bureau de l'Assemblée nationale en 2009] destinée à éviter les abus, afin de clairement déterminer ce qui relève de l'information de ce qui caractérise des faits de corruption ou de trafic d'influence », et le même rapporteur de faire valoir « qu'il a fallu encadrer juridiquement cette activité de lobbying afin de tracer clairement les limites entre ce qui relève de l'information apportée aux décideurs publics et les tentatives d'influence ou de corruption de la décision publique », de sorte que « les articles 433-1 et 433-2 du nouveau code pénal relatifs à la " corruption active et au trafic d'influence commis par les particuliers " apparaissent ainsi comme les principales règles de droit pouvant être opposés à cette forme déviante du lobbying »<sup>11</sup>. Dans le sillage de ces rapports parlementaires, le rapport sur l'exemplarité des responsables publics, après avoir fait le constat que « l'encadrement normatif des relations entre les représentants d'intérêts et les responsables publics se limite à la répression pénale des comportements les plus répréhensibles », a estimé « que les sanctions pénales applicables paraissent souvent disproportionnées par rapport aux comportements qu'elles sanctionnent et sont, dès lors, assez peu appliquées »<sup>12</sup>. Le même rapport a également regretté l'absence véritable d'une définition de l'activité de lobbying, tout en saluant la définition européenne de la représentation d'intérêts visant « toutes les activités qui visent à influencer sur l'élaboration des politiques et les processus décisionnels des institutions européennes »<sup>13</sup>.

**3 - User de son influence en transparence... et abuser de son influence.** – À la suite de l'ancien service central de prévention de la corruption qui soulignait qu'« il existe un risque réel de trafic d'influence »<sup>14</sup> en présence du lobbying, la doctrine n'a pu que « confirmer le risque d'assimilation de certaines actions de lobbying avec ce délit surtout lorsque ces actions sont conduites par des personnes dont l'autorité, l'influence réelle ou supposée, sur les élus ou fonctionnaires ciblés, n'est pas contestable »<sup>15</sup>. À cet égard, il est plus que regrettable que la nécessité de « définir juridiquement une pratique purement fac-

tuelle et informelle »<sup>16</sup> ait été menée par la représentation nationale sans véritable réflexion quant à l'articulation véritable de la représentation d'intérêts et de l'incrimination – par définition d'ordre public – du trafic d'influence, toujours bien présente au sein du Code pénal. Ainsi considéré, le lobbying, figure amphibologique s'il en est, peut, d'une part, revêtir parfois la qualification de trafic d'influence et se dessiner ainsi comme l'une des figures possibles de ladite incrimination et, d'autre part, constituer une représentation d'intérêts et se trouver revêtu du sceau de la légalité. Notre réflexion nous conduira ainsi à faire le constat de la pertinence de l'incrimination du trafic d'influence en présence d'un lobbying indéterminé (1) et de l'existence d'un lobbying encadré permettant à la représentation d'intérêts de revêtir – au sens du droit pénal, pour peu que la discipline ait encore droit de cité au pays des lobbyistes – une valeur justificative (2).

## 1. Du trafic d'influence incriminé en présence d'un lobbying indéterminé

**4 - Lorsque le lobbyiste se confond avec le trafiquant d'influence.** – Après avoir rappelé les traits du trafiquant d'influence (A), il faudra constater son évidente filiation naturelle avec le lobbyiste ou prétendu tel (B).

### A. - Les traits du trafiquant d'influence...

**5 - Sources nationales.** – Avoir « pour activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique », caractérise désormais le représentant d'intérêts<sup>17</sup>. Par comparaison, le trafic d'influence n'est pas l'usage d'une influence à l'endroit de l'autorité publique mais l'abus d'une influence à l'endroit de l'autorité publique afin d'obtenir de cette dernière une décision favorable. Et, si l'étude du droit positif révèle la fréquente incrimination du trafic d'influence de par le monde, il révèle également l'absence de définition idoine fournie par les différentes législations<sup>18</sup> de la notion même d'abus d'influence. Or, si les textes d'incrimination tels que (not.) les articles 432-11, 433-1, 433-2, 435-2 et 435-4 du Code pénal, ne précisent pas en tant que tel le sens même de l'abus d'influence, ce dernier s'infère malgré tout des autres termes employés par lesdits textes. Ainsi, l'abus d'influence se caractérise autant matériellement qu'intellectuellement. Matériellement, l'abus résultera de l'existence d'une contrepartie (« un avantage quelconque ») déterminante de l'usage d'une influence (« pour »). Intellectuellement, l'abus résultera de ce que le trafiquant use de son influence dans le but d'obtenir de l'autorité publique – dol spécial – une décision favorable (« en vue de faire obtenir »). À cet égard, comme la chambre criminelle de la Cour de cassation l'a souligné, le délit de trafic d'influence sera suffisamment constitué par le fait que l'agent passif « soit considéré ou se présente comme l'intermédiaire dont l'influence, réelle ou supposée, serait de nature à faire obtenir un avantage ou une décision favorable d'une autorité publique ou d'une administration »<sup>19</sup>.

**6 - Sources internationales.** – Contrairement à une croyance fréquemment répandue dans la vie des affaires (tant publiques que privées), le trafic d'influence n'est pas une simple incrimination franco-française née d'un accident malheureux de l'histoire politique, incrimination qui souffrirait au surplus du défaut d'être inadaptée

9. V. rapp. préc., p. 80. – Soulignons que plus avant, le rapporteur insistait particulièrement sur le fait que « le lobbying bien compris, ce n'est ni un élément de stratégie commerciale, ni un élément de droit privé. Aider les décideurs publics, participer ainsi aux décisions publiques n'a pas pour objet d'obtenir un contrat, un engagement de commande, un avantage commercial. Le lobbying, ce n'est pas " décrocher " un marché », rapp. préc., p. 11.

10. V. Rapp. présenté par C. Sirugue, au nom du groupe de travail sur les lobbies à l'Assemblée nationale. Réunion du Bureau de l'Assemblée nationale du 27 février 2013, p. 3.

11. Ibid., p. 9.

12. V. Rapp. sur l'exemplarité des responsables publics : Doc. fr. 2015, p. 63. De sorte que la doctrine a pu justement relever que « la promotion de l'exemplarité et de la transparence se couple avec un plaidoyer axiologique critique du droit pénal positif ». – V. A. Bavot, La probité publique en droit pénal : PUAM, 2018, n° 856, p. 475.

13. V. Rapp. préc., p. 72.

14. V. SCPC, rapp. 1994, p. 34.

15. V. M. Boissavy, Le droit et le lobbying : de la nécessité d'une réglementation du lobbying en France et auprès de l'Union européenne, p. 61, spéc. p. 79, in Influencer la démocratie, démocratiser l'influence, X. Delacroix (ss dir.) : éd. AFCAR, 2004.

16. V. G. Houillon, Le lobbying français et les libertés fondamentales, in Le lobbying, J.-F. Kerléo (ss dir.) : LGDJ, 2020, p. 291, spéc. p. 293.

17. V. L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, art. 18-2, relative à la transparence de la vie publique.

18. V. M. Segonds, Etude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption, in La corruption. Aspects actuels et de droit comparé, G. Duteil et M. Segonds (ss dir.) : éd. Erès, 2014, p. 134.

19. V. Cass. crim., 1<sup>er</sup> oct. 1984 : Bull. crim., n° 277.

aux pratiques d'origine anglo-saxonne, telles que le *lobbying*, voire dépassée à l'égard de ce dernier. En effet, l'incrimination du trafic d'influence est portée par différents instruments internationaux<sup>20</sup>, incrimination qui repose, non point sur l'usage d'une influence, mais sur l'abus de l'influence<sup>21</sup>. Mais, il importe de souligner que la difficulté de « *distinguer le trafic d'influence illicite des formes reconnues de lobbying qui sont licites* » a constitué un obstacle à la satisfaction des engagements internationaux par les États parties<sup>22</sup>... et l'État français n'a pas fait exception à la règle. À cet égard, il suffit de se remémorer que durant les débats parlementaires ayant précédé le vote de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, la représentation nationale elle-même a justifié, ou plus exactement tenté de justifier, l'absence d'incrimination du trafic d'influence à destination d'un agent public d'un État étranger en faisant état... de la difficulté de faire la distinction entre le simple (*sic*) *lobbying* et le trafic d'influence<sup>23</sup>, en observant que les commentaires accompagnants les instruments internationaux ne sont pas en reste pour ajouter la confusion en faisant état de ce que « *l'influence "abusive" doit contenir une intention de corrompre de la part du trafiquant d'influence* », pour en conclure que « *les formes de lobbying connues ne relèvent pas de cette notion* »<sup>24</sup>...

## B. - ... ou le prétendu lobbyiste, véritable trafiquant.

**7 - Le (vrai/faux) lobbyiste....** – L' « *étude d'impact* » précédant l'adoption de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, portait du constat que « *le développement de l'activité de représentation d'intérêts, assurément souhaitable dans un univers démocratique où il apparaît essentiel de consulter la société civile avant toute évolution normative, en particulier dans le domaine économique, ne s'accompagne à ce jour d'un véritable encadrement déontologique que dans les limites posées par le droit pénal (trafic d'influences, corruption, prise illégale d'intérêts)* » pour regretter en suite que « *des "zones grises" de la représentation d'intérêts ne sont pas efficacement régulées* »<sup>25</sup>. Particulièrement avisé, la doctrine avait déjà su mettre en exergue que « *lobbyiste professionnel ou l'avocat, intervenant auprès d'un membre d'une autorité administrative ou législative pour le compte d'un client qui le rémunère, est ainsi particulièrement visé par les dispositions de l'article 433-2 du code pénal. La formule "directement ou indirectement" incriminant la sollicitation par l'interposition de personne vient atteindre d'autant l'activité de ces professionnels* »<sup>26</sup>.

**8 - ...selon l'affaire THEC.** – Preuve supplémentaire que « *le trafic d'influence constitue un délit très proche du lobbying* »<sup>27</sup>, un arrêt fondamental – ignoré par les travaux préparatoires – se doit d'être impérativement cité en ce qu'il témoigne de l'étroitesse du champ juridique que la Haute Juridiction a entendu concéder au *lobbying* « *licite* »<sup>28</sup>. Rappelons qu'en l'espèce, était reproché à l'auteur du pourvoi d'avoir trafiqué de son influence au profit de la société THEC

afin de permettre à cette dernière d'obtenir un marché public. En particulier, un contrat d'intermédiaire avait été conclu entre la société du prétendu lobbyiste et la société attributaire du marché public, contrat stipulant une rémunération fondée sur des honoraires et subordonnant le versement d'une commission liée à l'obtention du marché effectivement obtenu. Des investigations menées, il résultait qu'à la différence des prestations habituellement fournies par la société lobbyiste, aucun des salariés de ladite société n'était intervenu pour fournir un éclairage opérationnel et une aide technique dans le cadre de la consultation des candidats à l'attribution du marché concerné. Des mêmes investigations, il résultait que le dirigeant de la société incriminé, dépourvu de toute compétence technique particulière eu égard à l'objet du marché, s'était livré au monnayage de « *son carnet d'adresses et ses introductions auprès du ministère* ». Retenu dans les liens de la prévention sous la qualification de trafic d'influence passif, l'auteur du pourvoi avait entendu essentiellement faire valoir que la mise en relation ou le recueil de renseignements en vue de remporter un marché public ne constituait pas en soit l'exercice d'une influence coupable.

Afin de rejeter le pourvoi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pris soin de relever, à la suite des juges d'appel, que le prétendu contrat de *lobbying* avait pour objet réel de faire obtenir à la société adjudicataire le marché concerné par des interventions en direction de diverses autorités civiles et militaires et, tout particulièrement, la Haute Juridiction a estimé que les énonciations de la cour d'appel autorisaient à retenir la qualification de trafic d'influence dès lors qu'elles n'établissaient pas une simple activité de conseil en stratégie dans le cadre d'un contrat public relatif à l'armement. Une simple activité de conseil en stratégie à adopter en présence de l'autorité publique et non point le monnayage d'un réseau d'influence en vue d'obtenir un marché de l'autorité publique : ainsi, tel serait l'un des critères permettant de distinguer le *lobbying* du trafic d'influence. Cette jurisprudence a ainsi confirmé qu'il n'y avait pas lieu de craindre que l'activité de *lobbying* soit fragilisée par l'existence de l'incrimination du trafic d'influence pourvu que le *lobbying* ne soit pas destiné à influencer un choix de façon occulte et moyennant finance, mais à délivrer de l'information et à faire œuvre de conviction auprès d'un décideur public<sup>29</sup>.

## 2. Du lobbying encadré à la représentation d'intérêts justificative

**9 - N'est pas représentant d'intérêts qui veut.** – Désormais, alors que l'accent est mis sur « *l'encadrement de la représentation d'intérêts* »<sup>30</sup>, la figure du représentant d'intérêts est une figure conditionnée (A) mais aussi, éventuellement, une figure sanctionnée (B).

### A. - La figure conditionnée du représentant d'intérêts

**10 - Permission de la loi extra-pénale.** – À cet égard, le constat pénal (objectif) est simple, qui ne peut échapper aux promoteurs de la représentation d'intérêts. Hier, le trafic d'influence autorisait parfois à sanctionner pénalement la pratique du « *lobbying* »... sauf à se ramener notamment à « *une simple activité de conseil en stratégie* »<sup>31</sup>, en observant que de façon particulière, lorsque la pratique du *lobbying* est associée à la recherche d'une décision favorable de la part d'un décideur public, « *les objets de la pratique et du délit viennent ici à se*

20. V. art. 18 de la convention de Mérida.

21. À l'instar du droit français, il est précisé que « *l'infraction doit avoir un caractère intentionnel. Outre cet élément moral ou subjectif, un lien doit être établi entre l'offre ou l'avantage et le fait d'inciter l'agent à abuser de son influence* ». V. *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, § 285.

22. V. *Glossaire Corruption*, OCDE, p. 2.

23. V. M. Hunault, *Rapp. AN* n° 243, p. 38.

24. V. *Rapp. explicatif de la convention pénale sur la corruption*, STE 173, p. 15, § 65.

25. *Étude d'impact du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, p. 48.

26. V. G. Houillon, *Le lobbying en droit public* : éd. Bruylant, 2012, p. 753.

27. V. G. Houillon, *ibid.*

28. V. Cass. crim., 4 mai 2011, n° 10-85.381 : *JurisData* n° 2011-009656 ; *Rev. pénit.* 2012, p. 408, note M. Segonds

29. V. A. Riberolles et M. Segonds, *Expérience du délit de trafic d'influence en France* : GRECO, 2009, p. 51.

30. V. *Rapp. HATVP*, oct. 2021.

31. V. Cass. crim., 4 mai 2011, *préc.*

confondre »<sup>32</sup>. Aujourd'hui, la reconnaissance du *lobbying* sous de la forme de la « représentation d'intérêts » vise à sécuriser juridiquement le « *lobbying* »<sup>33</sup>, en immunisant ce dernier du risque pénal représenté par le trafic d'influence, avec l'objectif encore récemment réaffirmé d'en faire un *lobbying* « éthique »<sup>34</sup> par le biais de la représentation d'intérêts. Ainsi que le souligne la doctrine pénaliste, « la permission de la loi civile (*lato sensu* : toute loi non pénale) fait surgir de délicats problèmes de combinaison entre la loi pénale et les autres systèmes juridiques. Il y a des cas où il est évident que chaque norme a un domaine d'application qui lui est propre, de sorte que le conflit n'est qu'apparent »<sup>35</sup>. Tel n'est pas à l'évidence le cas dans l'hypothèse qui est la nôtre : prétendre que le trafic d'influence et la représentation d'intérêts ont un domaine d'application qui leur est propre serait indécent alors que le constat a déjà été fait que « toute la difficulté réside dans le fait de parvenir à distinguer l'influence licite de l'abus d'influence, la différence entre les deux étant très subtile en raison de l'existence de zones grises »<sup>36</sup>. Ce faisant, au regard de la théorie générale de la responsabilité pénale, la représentation d'intérêts n'est rien d'autre qu'une permission de la loi au sens exact et précis de l'article 122-4 du Code pénal. Ainsi, apparaît le lien qui unit le trafic d'influence à la représentation d'intérêts : le premier est porteur d'une prohibition générale – liée au fait monnayer son influence à destination de l'autorité publique – tandis que la seconde est porteuse d'une permission spéciale dès lors qu'en sont respectées les conditions de transparence posées par la loi.

**11 - L'antidote de la transparence.** – Juridiquement, la possible similarité d'objet entre le trafic d'influence et la représentation d'intérêts est évidente, tout comme il est évident que le trafic d'influence étant associé à un dispositif répressif, la représentation d'intérêts ne peut être qu'associée à un dispositif permissif – sans connotation péjorative pour les esprits sensibles – lui-même conditionné au respect d'une véritable transparence rendue possible par la création d'« un répertoire numérique » assurant « l'information des citoyens sur les relations entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics »<sup>37</sup> en *open data* et permettant l'accès à des données aussi essentielles que les sujets, les objets et les moyens de la représentation d'intérêts.

Transparence, tout d'abord, des sujets de la représentation d'intérêts : le représentant d'intérêts doit fournir son identité (obligation assortie d'une obligation d'actualisation<sup>38</sup>) lorsqu'il s'agit d'une personne physique, ou lorsqu'il s'agit d'une personne morale, l'identité de ses dirigeants et des personnes physiques chargées des activités de représentation en son sein<sup>39</sup>. Si le représentant d'intérêts agit pour le compte de tiers, donnant ainsi naissance à une relation triangulaire, il se doit « en outre » de fournir l'identité de ces tiers<sup>40</sup>, obligation indispensable afin de juguler, outre le risque de trafic d'in-

fluence passif également le risque de trafic d'influence actif. En revanche, si le représentant d'intérêts est tenu de déclarer les catégories de responsables publics mentionnées aux 1° à 7° de l'article 18-2 de la loi du 11 octobre 2013, il n'est pas exigé qu'il fournisse l'identité de ceux à l'égard desquels il a exercé sa fonction de représentation : si ce défaut n'en est pas vraiment un lorsqu'il s'agit d'un responsable public pour lequel la déclaration s'effectue au regard des listes annexées au décret du 9 mai 2017 – tels notamment les membres du Gouvernement ou un membre d'un cabinet ministériel puisque l'identification du ministère concernée supplée pour partie à ce défaut –, ce même défaut est bien réel à l'endroit des parlementaires ou d'un collaborateur du président de la République<sup>41</sup>.

Transparence, ensuite, des objets de la représentation d'intérêts : au regard de la prévention du trafic d'influence, qui a nécessairement pour objet premier l'influence et pour objet second la décision favorable de l'autorité publique, l'obligation de transparence considérée ne peut avoir de véritable sens que si elle possède ce même double objet. L'article 18-3 2° et 3° de la loi du 11 octobre 2013 fait ainsi obligation aux représentants d'intérêts<sup>42</sup> de communiquer non seulement « le champ de ses activités de représentation d'intérêts » mais, également et surtout, « les actions du champ de la représentation d'intérêts ». Or, l'objet premier de la représentation d'intérêts est l'action menée par le représentant d'intérêts, autrement dit le type d'influence exercé. L'objet second de la représentation d'intérêts est la décision publique recherchée..., observation faite de ce que « l'obtention de décision favorable constitue le point de contact entre le trafic d'influence et le lobbying »<sup>43</sup>. Le décret du 9 mai 2017 conforte pareille interprétation puisqu'il dispose expressément en son article 3, 1° et 2°, l'obligation faite à l'assujéti d'adresser les informations relatives, d'une part, au type de décisions publiques sur lesquelles ont porté les actions de représentation d'intérêts engagées, d'autre part, au type d'actions de représentations engagées (types précisés en annexe du décret)... Mais ici encore, la référence aux « types » de décisions publiques et d'actions de représentation, ne renseigne que de façon trop générale, et de devoir alors regretter l'imprécision qui en résulte nécessairement<sup>44</sup>.

Transparence, enfin, des moyens de la représentation d'intérêts : ici encore au regard du trafic d'influence qui suppose la caractérisation d'un avantage indu, la transparence considérée ne peut avoir de sens qu'à la condition de connaître précisément les moyens associés à l'action de représentation. À cet égard, l'article 18-2, 3° de la loi du 11 octobre 2013 est assez elliptique en faisant référence au montant des dépenses liées aux actions relevant du champ de la représentation d'intérêts, tandis que l'article 18-2 4° de la loi du 11 octobre 2013 fait obligation au représentant d'intérêts de communiquer sur « le nombre de personnes qu'il emploie dans l'accomplissement de sa mission de représentation d'intérêts et, le cas échéant, son chiffre d'affaires de l'année précédente ». Logiquement, le décret du 9 mai 2017 se

32. V. G. Houillon, *préc.*, p. 751.

33. Malgré le fait persistant que sa légitimité même ne peut manquer d'interroger, des auteurs estiment en effet que « sous prétexte d'information des décideurs, ces pratiques rompent l'égalité entre citoyens, perturbent les critères de choix et opacifient les processus gouvernementaux ». V. P. Lascoumes et C. Nagels, *Sociologie des élites délinquantes* : Armand Colin, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 247. – A. Sachet-Milliat, *Les dérives éthiques des stratégies politiques des firmes* : *Management et Avenir* 2010/3, n° 33, p. 325. – S. Horel, *Lobbytisme. Comment les lobbys empoisonnent nos vies et la démocratie* : éd. La Découverte, 2018.

34. V. S. Wasserman, *Propositions pour un lobbying plus responsable et transparent*, rapp., janv. 2021, p. 6.

35. V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général* : éd. Cujas, 7<sup>e</sup> éd., 1997, n° 471, p. 595.

36. V. A. Sachet-Milliat, *préc.*, p. 340. – B. Sourice, *Lobbying et corruption, les deux faces de la capture du pouvoir* : Hermès, La Revue, 2015, p. 81.

37. V. L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, art. 18-1, al. 1<sup>er</sup>.

38. V. D. n° 2017-867, 9 mai 2017, art. 2.

39. V. L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, art. 18-3, 1°.

40. V. L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, art. 18-3, al. 7.

41. Pour corriger ce défaut, il a été proposé d'inciter les décideurs publics à publier l'agenda ouvert de leurs rencontres avec des représentants d'intérêts. V. *Transparency International France, Pour un meilleur encadrement du lobbying*, 2019, p. 35.

42. Le GRECO avait recommandé que les personnes exerçant de hautes fonctions de l'exécutif soient tenues de faire rapport publiquement et à intervalles réguliers des représentants d'intérêts rencontrés et des thématiques discutées. Cette recommandation étant restée lettre morte, le GRECO vient d'enjoindre la France de s'y conformer. V. *Rapp. de conformité France*, 7 janv. 2022, § 42.

43. V. J.-M. Brigant, *Droit pénal et lobbying*, in *Le lobbying*, J.-F. Kerléo (ss dir.), *Le lobbying* : LGDJ, 2020, p. 319, spéc. p. 324.

44. La HATVP a préconisé au législateur de « préciser dans les textes les critères des décisions publiques entrant dans le champ de la régulation de la représentation d'intérêts, en fonction de leur importance, par leur nature ou leurs effets ». V. HATVP, *L'encadrement de la représentation d'intérêts*, 2021, p. 23.

fait plus précis puisqu'il mentionne dans son article 3 in fine que « *constituent des dépenses consacrées aux actions de représentation d'intérêts [...] l'ensemble des moyens humaines, matériels et financiers mobilisés, par le représentant d'intérêts, en vue d'influer sur la décision publique [...]* ». Cependant, la lecture du décret permet de découvrir que seul le montant des dépenses consacrées aux actions de représentation est porté à la connaissance de la HATVP... qui plus est « *dans le cadre d'une liste de fourchettes établie par arrêté* » ministériel ce qui nuit nécessairement à une véritable transparence et ne permet guère, par exemple, de déterminer avec précision le chiffre d'affaires d'une représentation réalisée pour le compte d'un tiers, puisque celui-ci se trouve ainsi noyé dans la masse du montant total des dépenses... et encore moins de faire le lien avec la réalisation des actions de représentation.

## B. - La figure sanctionnée du représentant d'intérêts

**12 - Des sanctions propres au représentant d'intérêts.** – Le fait pour un représentant d'intérêts de manquer à ses obligations de transparence ne peut être envisagé sous l'aspect exclusif des sanctions pénales spécifiques inscrites aux articles 18-5 et suivants de la loi du 11 octobre 2013. S'il est certes permis d'être surpris par la faiblesse des peines liées au défaut de communication à la HATVP – un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende –, il n'en demeure pas moins que pareil manquement peut nourrir le faisceau d'indices susceptible

de présider à la preuve du trafic d'influence<sup>45</sup>. Le non-respect des obligations de transparence permettra, selon la nature des manquements considérés, de se convaincre que le représentant d'intérêts n'en possède que la dénomination mais non point la véritable fonction et œuvre, en réalité, ainsi en faveur d'un trafic d'influence.

Et, toujours à propos des sanctions spécifiques, il est également possible de considérer que ces délits « *obstacles* » puissent à l'avenir constituer, au sens où l'entendent nombre de services d'enquête, un éventuel délit d'« *amorçage* »... pour la découverte future d'un trafic d'influence, incrimination qui, décidément, n'en a pas fini de hanter la représentation d'intérêts.

Pour en terminer à propos des rapports entre le trafic d'influence et la représentation d'intérêts, il convient de rappeler que ladite représentation d'intérêts n'a vocation à concerner que les décisions publiques françaises et demeure donc parfaitement indifférente au trafic d'influence au sens des articles 435-2 et 435-4 du Code pénal, sans négliger également que ce serait en vain que l'on invoquerait au soutien d'une action de *lobbying* constitutive d'un trafic d'influence le bénéfice d'une éventuelle loi étrangère, cette dernière étant dépourvue en tout état de cause de valeur justificative à l'égard de la loi française. ■

45. V. M. Segonds, *Analyse de conformité et risque de trafic d'influence... ou les enseignements réciproques du droit de la conformité et du droit pénal*, Mél. Philippe Conte, à paraître.