

Chapitre 3.

Lobbying et stratégie juridiques, l'avocat lobbyiste : pourquoi ? Comment ?

Philippe Portier, Associé gérant – JeantetAssociés
Avocat aux Barreaux de Paris, New York et Luxembourg
Président de l'Association des avocats lobbyistes¹

Recall the old adage that if a lawyer has bad facts, the lawyer will argue the law, and if a lawyer has bad law, the lawyer will argue the facts. Lawyers who are lobbyists have a modified adage: if you have bad facts and bad law, change the law².

You Must Be Present to Win: What Business Lawyers Need to Know About Legislative Advocacy, James R. Daughton, Jr.

Récemment un client s'étonnait de ce qu'un avocat - fut-il d' "affaires"-, s'emploie au conseil en affaires publiques et plus généralement au lobbying. C'est une affaire de communicants, voire d'anciens hauts fonctionnaires, pensait-il - sans même exprimer en cela quelque jugement de valeur envers la notion. La discussion qui s'ensuivit confirma l'abysmale méconnaissance du lobbying, et du rôle politique émergent de la société civile, que sa question même laissait présager. Il s'agissait pourtant du secrétaire général d'une ETI française à dimension internationale, évoluant dans un contexte réglementaire complexe. Que penser des PME en voie d'internationalisation ou des start-ups innovantes?

Pourtant, à l'entendre (sans surprise), jamais le poids des réglementations et des procédures administratives, l'esprit de bureaucratie, l'interventionnisme - voire le dirigisme - étatique n'ont été aussi prégnants. Il est de fait que la crise économique a conduit même les Etats les plus libéraux à accélérer le mouvement de durcissement de l'encadrement de l'économie qu'avaient amorcé les institutions internationales en matière de gouvernance d'entreprise, de RSE, d'environnement, d'"éthique", de corruption, de blanchiment, etc. La France n'est évidemment pas en reste et l'espace de liberté contractuelle des années 1980-2000 - qui avait incidemment permis l'éclosion du marché du conseil en droit des affaires - se réduit jour après jour comme peau de chagrin.

Un système juridique français en perte d'attractivité

Un bilan s'impose³ : l'aléa judiciaire⁴, l'instabilité, l'imprévisibilité et la faiblesse formelle des normes⁵ s'ajoutent - depuis 2007 et la crise-, à l'interventionnisme gouvernemental et

¹ Pour plus d'informations : <http://www.avocats-lobbying.com>

² *Quand l'avocat est confronté à des faits défavorables, il discute en droit ; quand il affronte des textes défavorables, il discute les faits. Mais s'il a affaire à des textes et des faits défavorables, il n'a qu'à changer la loi!*

³ Cf. p. ex. *L'entreprise et le droit*, rapport présenté par Pierre Godé à l'Académie des Sciences morales et politiques, séance du 21 janvier 2008

⁴ *"Une enquête réalisée en France en septembre 2011 auprès de magistrats et du grand public, révèle que les magistrats, qui contribuent à renforcer la réglementation via la jurisprudence, ont environ deux fois moins de chances que leurs compatriotes de s'exprimer en faveur d'une plus grande liberté laissée aux entreprises plutôt*

administratif⁶. Et par effet de symétrie anesthésiante, continue de se développer, au sein des entreprises, une culture vertueuse - au risque d'être naïve - combinant principe de précaution et de prévention, contrôle des risques et politiques de "conformité". Comment s'étonner alors de l'émergence d'un écosystème bureaucraté, formel et ralenti, dissuasif d'entreprendre et d'investir, nocif pour notre compétitivité économique? Les classements internationaux en témoignent et la France a encore régressé de la 35^{ème} à la 38^{ème} place dans la 11^{ème} édition (2014) du traditionnel classement de la Banque Mondiale "*Doing Business* - Comprendre les réglementations pour les PME"⁷.

L'attitude contemporaine face au "risque", désormais d'avantage perçu comme une menace à combattre que comme une chance à saisir, génère une pesanteur organisationnelle et économique néfaste pour nos entreprises. Et l'Etat, dans sa tradition jacobine, contribue à l'amplifier dans une logique idéologique de fuite en avant normative et procédurière (cf. les dispositions de la loi relative à l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014 en matière de cession d'entreprises ou la loi ALUR de février 2014, autant de niches bureaucratiques que n'équilibreront pas les avancées étiques de la loi sur la "simplification administrative"...). Au temps donc pour l'attractivité et la compétitivité, concepts aussi creux qu'inlassablement invoqués.

Face à cette multiplication de "normettes" harassantes, les grands projets de modernisation de notre droit, depuis dix ans, de l'avant-projet Catala au projet Terré, ont connu un sort funeste. La réforme du code du travail ou des impôts n'est plus imaginée (et espérée) que par la société civile et aucun chantier crédible, d'Assises en Grenelles, n'est anticipé à cet égard. La reconnaissance de la fiducie, en 2007, avait pu donner quelques signes d'espoir quant à une volonté publique d'adapter notre système juridique. Mais cette réforme eut été utile il y a vingt ans quand le droit français avait des chances de convaincre les marchés bancaires internationaux, comme le plaidaient alors certains avocats d'affaires français. Aujourd'hui, la *common law* s'est imposée à la finance internationale et les principes de précaution et d'adversité au risque (judiciaire et fiscal notamment) cantonnent notre fiducie à des usages épisodiques, malgré ses avantages avérés. Or, jamais la corrélation entre efficience des règles de droit et attractivité économique n'a été autant mise en avant dans les études⁸. La publication des rapports *Doing Business* de la Banque mondiale démontre combien le droit et sa pratique sont directement liés à l'économie d'un pays. Comme le soulignait un confrère il y a quelques années, "plus qu'un simple vecteur d'économie ou qu'un simple facteur à prendre en considération, le droit est même devenu un élément déterminant, si ce n'est discriminant ou concurrentiel, dans les choix stratégiques des décideurs économiques. Car si l'économie est mondialisée, le droit, lui, ne l'est pas"⁹. La mise en concurrence des systèmes qu'induit naturellement la mondialisation a conduit à la mise en œuvre de stratégies étatiques agressives

qu'à un contrôle accru de l'Etat", Des juges sous influence ?, Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo, Institut Montaigne, octobre 2012

⁵ Cf. p. ex. *L'attrait de la France pour les investisseurs étrangers*, rapport présenté par Paul Giacobbi, député, au Président de la République, 15 avril 2010, http://www.paul-giacobbi.org/Le-Rapport-L-attrait-de-la-France-pour-les-investisseurs-etrangers_a583.html

6 p. ex., *Le Décret Alstom ou la tentation protectionniste*, Philippe Portier et Guillaume Fornier, Option Droit & Affaires, 28 mai 2014, <http://www.optionfinance.fr/droit-affaires/la-lettre-doption-droit-affaires/la-lettre-du-28-mai-2014/le-decret-alstom-ou-la-tentation-du-protectionnisme.html>

⁷ La France occupait la 29^{ème} place en 2012... <http://français.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/france>

⁸ Cf. le courant américain de l'analyse économique du droit (p. ex. *Economic Analysis of Law*, Richard Posner, 7^e ed. 2007.) ou en France, les travaux du Pôle LegalEdhec de l'EDHEC Business School, centre pionnier dans l'analyse de l'interface entre le droit, la stratégie, le management et l'éthique, emmené par Christophe Rocquilly

⁹ *La concurrence des places de droit*, Louis Degos, Secrétaire général du Comité français de l'arbitrage et co-responsable de la sous-commission Arbitrage international du barreau de Paris, La Lettre des Juristes d'Affaires, 11 février 2008

et efficaces au Royaume Uni ou aux Etats Unis, dans une logique à la fois d'expansion économique internationale et d'attractivité territoriale. Une brochure publicitaire de la *Law Society of England and Wales (the jurisdiction of choice)* recommande ainsi depuis 2007¹⁰ le recours à la *common law* – aux avantages certes exagérés sur le droit civil - dans les affaires internationales. La CEELI¹¹ promeut quant à elle depuis près de 25 ans, avec l'appui financier de la sphère économique américaine¹², la culture juridique libérale anglo-saxonne dans les pays émergents. Quant à notre machine d'Etat, malgré ses protestations épisodiques contre le caractère réducteur de grilles d'analyse réputées excessivement libérales appliquées à un système français qui ne l'a jamais été, elle ne s'est jamais emparée sérieusement du sujet. La critique antilibérale des outils de mesure des comparaisons internationales (*Doing Business, Global Competitiveness Report*¹³ ...), dans un contexte de mondialisation et d'ouverture à la concurrence, apparaît de fait comme une posture intellectuellement justifiable, mais économiquement inefficace. L'influence du droit français, qui jadis inspirait les législateurs d'Amérique latine, d'Europe de l'est ou de Chine, relève désormais du passé, alors que les flux internationaux d'étudiants n'ont jamais été aussi importants et que nos Universités se modernisent pour tenter de les attirer. Le droit Ohada constitue une exception heureuse, mais qui a fort à faire pour s'imposer sur le continent africain face à une *common law* dominante dans les Etats les plus puissants¹⁴ et qui influence fortement les institutions internationales (FMI, Banque Mondiale) ou régionales comme la Banque Africaine de Développement.

Subir ou réagir ?

Face à ce constat, quelle doit être alors l'attitude de l'avocat ? Subir la désaffection des investisseurs étrangers et le risque ultime de réduction de son rôle à une expertise technocratique plus ou moins stérile de matières hypertrophiées comme le droit du travail, la fiscalité, l'urbanisme, l'environnement (en attendant les autres)? Ou revendiquer son rôle de conseil en abordant les difficultés de manière proactive, voire activiste? Et pour le plaideur, souffrir l'impéritie judiciaire et en accepter les errements sans broncher? Tolérer sans ciller l'instabilité jurisprudentielle (quand d'une juridiction à l'autre – et parfois au sein des mêmes – les décisions peuvent s'opposer frontalement), les délais interminables (combien d'années pour une solution définitive?), l'arbitraire juridictionnel (on sait fort bien que certains dossiers ne peuvent se gagner devant certaines juridictions) ou l'"aléa moral" des recours abusifs et jamais sanctionnés (en matière d'urbanisme par exemple) ?

Il y aurait certes en théorie pour le juriste une forme de délectation possible devant cette accumulation de textes, de règles et d'usages, de risques et de dangers, d'aléas et de doutes, de nature à rendre son ministère inévitable et son expertise prisée. L'on pourrait même se ranger à cette idée que le droit - devenu dominant car impératif en une infinité de circonstances - œuvre au grand bénéfice des sachants que nous sommes. Mais ne serait-ce pas confondre, comme trop souvent, droit et bureaucratie, substance et procédure, gestion des risques et déresponsabilisation individuelle? Et l'avocat n'est pas que juriste, expert et distancié ; il est surtout, avocat en entreprise ou d'entreprise, le représentant et le défenseur des intérêts de ses clients. Celui qui doit permettre et non pas celui qui doit empêcher. Comme le soulignait un rapport récent sur la règle de droit, "dans son rapport au monde des affaires, le droit est d'essence ambivalente : il est comme un bâton qu'on met tantôt dans les roues d'un engin pour

¹⁰ Avec le soutien du secrétaire d'Etat britannique à la Justice et Lord Chancellor...

¹¹ *Central European and Eurasian Initiative*, fondée par l'American Bar Association en 1990 au titre de son soi-disant programme international "d'assistance technique juridique"

¹² <http://en.wikipedia.org/wiki/CEELI>

¹³ Publié par le *World Economic Forum*

¹⁴ <http://www.lesafriques.com/droit-africain/des-juristes-veulent-harmoniser-l-ohada-et-le-commo.html?Itemid=225?articleid=8168>

freiner sa marche et que tantôt on place dans la main du voyageur pour l'aider à aller plus vite et plus loin. Quand le droit impose, contrôle et sanctionne, superbement indifférent aux conséquences économiques de ses décrets, l'entreprise souffre, car elle est contrariée dans son désir de conquête, dans sa recherche de nouvelles parts de marché, de synergies, d'économies d'échelle et dans sa course à la place de leader."¹⁵ Et comme l'entreprise a aujourd'hui plus que jamais besoin d'appuis pour se développer, innover, s'internationaliser, gagner en compétitivité, notre devoir n'est-il pas de l'y aider? Et notre intérêt qu'elle y réussisse?

Cette aide, bien entendu, se traduit de manière traditionnelle dans nos fonctions de conseil et de plaidoirie ; mais quand la norme juridique et administrative vient réduire jour après jour l'espace de liberté "où (l'entreprise) peut aisément tracer sa voie sans trop rencontrer d'obstacles et (...) éviter les terrains accidentés, les barrières et les gardes-barrière"¹⁶, ne faut-il pas aussi agir sur les déterminants de cette évolution ? Pour certains d'entre nous, la réponse est sans ambiguïté. Ainsi, selon Thaima Samman, fondatrice du Cabinet Samman, "nous sommes avant tout des avocats qui défendons les intérêts et la vision de nos clients à travers une démarche proactive en considérant que si le droit est partout, le droit n'est pas tout. Et il n'est pas nécessaire d'adhérer au postulat de Karl Marx selon lequel le droit n'est qu'un état du rapport de force à un moment donné. Le Doyen Carbonnier nous rappelle avec (...) « flexible droit » que la norme juridique est par essence évolutive, en ce qu'elle accompagne les évolutions des sociétés pour pouvoir les organiser et les pacifier"¹⁷.

Un contexte favorable au développement du lobbying

C'est dans cette logique que le conseil en affaires publiques, dans les pays qui reconnaissent la capacité d'influence de la société civile (sociétés anglo-saxonnes en particulier, mais aussi à l'échelon des institutions européennes¹⁸), est historiquement exercé (entre autres, mais largement) par les avocats. Quand dans les sociétés centralisées et de tradition jacobine comme la nôtre, l'influx vient toujours d'"en haut" (l'Etat...), cette pratique se trouve en revanche confisquée par une caste issue de la haute administration et quelques communicants spécialisés. Mais, comme le soulignait Christophe Sirugue dans le Rapport du groupe de travail sur les *lobbies* à l'Assemblée nationale (cf. titre 1-chapitre 3), "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. Cette vision est désormais dépassée par une réalité plus dynamique, moins institutionnelle, qui place le Parlement au centre d'un flux d'informations profus". Analyse partagée par Anne Outin-Adam, directeur du pôle de politique législative et juridique de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, pour qui "l'influence grandissante des groupes d'intérêts économiques dans l'élaboration du droit n'est finalement qu'une résultante de la baisse de légitimité de l'État sur le monopole de production des normes (qui) va de pair avec la mobilisation de groupes désireux de faire entendre leur voix, conférant à la démocratie un caractère délibératif. En effet, de nouveaux acteurs, désormais privés, entrent sur la scène législative en tant que relais de la société civile. Le droit devient concerté, négocié, résultat

¹⁵ Godé, préc.

¹⁶ Godé, préc.

¹⁷ *Élaboration de la norme juridique : un enjeu économique dans lequel l'avocat a toute sa place*, Les Echos, 3 mars 2014, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-92557-elaboration-de-la-norme-juridique-un-enjeu-economique-dans-lequel-lavocat-a-toute-sa-place-1003026.php?VqZ257vWczyVkCdm.99>

¹⁸ Selon la version consolidée du Traité sur l'Union Européenne et du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne - Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (art. 11), les institutions "donnent, par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union" (§1) et "entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile" (§2).

d'un processus normatif reposant sur une dynamique portée, à la fois, par les acteurs publics et privés"¹⁹.

Avocat et lobbyiste, une pratique reconnue et permise

Les avocats, observateurs au quotidien des effets des lois et des pratiques administratives, connaisseurs des enjeux stratégiques des entreprises, analystes et praticiens rigoureux des normes, rédacteurs et négociateurs, ont un rôle à jouer dans cette nouvelle donne. Olivier Debouzy, regretté cofondateur du cabinet August & Debouzy, affirmait déjà en 2003 que "dans un monde où il n'existe plus de principe transcendant servant de référence commune, de guide ou de principe à abattre, le droit est en train de devenir le principe immanent de régulation, la nouvelle grammaire sociale (...). Le fait est qu'aujourd'hui, la prévalence - encore à ses débuts et mal assurée - du droit est la véritable révolution culturelle de la société française, et que les avocats, praticiens du droit qui en exploitent les potentialités et les vertus opérationnelles, s'insinuent dans les interstices d'un pouvoir étatique déclinant tout en favorisant l'avènement d'un univers régulé par une norme dont la légitimité vient qu'elle est apparemment neutre et objective. Les avocats sont les défricheurs de cette réalité nouvelle, qu'ils contribuent à construire autant qu'ils la symbolisent"²⁰.

Certains confrères s'interrogent encore souvent sur la compatibilité de l'activité de conseil en lobbying et de nos règles professionnelles. Or, l'article P.38 du règlement intérieur du Barreau de Paris dispose, sous l'intitulé "Représentation auprès des autorités", que "l'avocat peut, auprès de toute autorité privée ou publique, française, communautaire ou étrangère, représenter les intérêts de ses clients, personnes physiques ou morales". Le Conseil National des Barreaux a d'ailleurs confirmé, dès 2008, que "les règles internes applicables à l'avocat français ne lui interdisent pas l'exercice d'une activité de représentant d'intérêts ou de lobbyiste et que les principes déontologiques qu'il doit respecter en toute circonstance constituent une garantie en ce domaine comme en tout autre"²¹. Plus encore, l'avocat lobbyiste est désormais en mesure d'exercer son activité dans le respect des règles contemporaines de transparence. Bien que la profession ait pu s'inquiéter en son temps de la compatibilité d'une inscription sur un registre avec le principe du secret professionnel²², nos règles sont aujourd'hui claires. S'agissant du principe même de transparence, l'avocat représentant les intérêts de ses clients auprès de toute autorité doit "révéler à l'autorité en cause sa qualité et l'identité de ses clients"²³. Au temps pour ceux qui, sous le couvert d'un secret professionnel parfois récemment acquis, pensent à tort pouvoir exercer cette activité en toute confidentialité envers leurs interlocuteurs. S'agissant des registres de transparence, l'article P.2.2.0.1 du règlement intérieur du Barreau de Paris autorise depuis 2011²⁴, par dérogation aux règles applicables au secret professionnel, l'avocat "dans le cadre de ses activités de représentation d'intérêts (lobbying) auprès des Parlements nationaux ou européen ou auprès d'administrations publiques nationales, européennes ou internationales" à faire mention, "dans

¹⁹ Compte-rendu du colloque "*le rôle créateur de la pratique juridique*", 27 novembre 2012, retranscrit dans la Gazette du Palais, avril 2013, n°107-108 (retranscrit dans la Gazette du Palais – 18 avril 2013, n°107-108) ; voir aussi la prise de position de la CCIP « Mieux légiférer ou l'art de mieux légiférer », Affaires européennes, 9 oct. 2006

²⁰ *Les avocats et le rôle du droit dans la société française*, Revue des Anciens Élèves de l'ENA, n°329 "Avocats, les nouveaux défis", février 2003 http://www.karimbitar.org/avocats_france

²¹ Commission des règles et usages, assemblée générale des 12 et 13 septembre 2008, avocat français et lobbying, rapport présenté par Benoît Van de Moortel et Dominique Vailly

²² Cf. p. ex. le *Rapport sur l'avocat-lobbyiste* de Dominique Voillemot, Sabine du Granrut et Jacques-Antoine Robert au Conseil de l'Ordre des Avocats de Paris, 10 mars 2009

²³ Article P.38 du règlement intérieur du Barreau de Paris

²⁴ Bulletin du Barreau du 5/07/2011 n°23/2011

les registres de ces institutions ou administrations, après avoir recueilli l'accord exprès de ses clients, de l'identité de ceux-ci et du montant des honoraires perçus au titre de sa mission". Dans ce cas, il doit simplement en informer le bâtonnier. Ainsi, sous réserve de la nécessité d'obtenir l'accord de tous les clients qu'il représente auprès d'une autorité²⁵, l'avocat lobbyiste peut donc- comme le lui permet le registre de l'Assemblée nationale - s'inscrire sur les registres de lobbyistes.

Motivés par une dynamique favorable d'ouverture du dialogue législatif à la société civile et d'expression des besoins de leurs clients d'exprimer leurs attentes, mus par l'essence même de leur profession de conseil spécialisé en affaires juridiques et judiciaires, les avocats sont de plus en plus nombreux à inclure une activité de lobbying dans leur gamme de services. Tendances qui ont notamment traduit en 2011 la création de l'Association des avocats lobbyistes ou, en 2014, la Commission ouverte du Barreau de Paris sur le lobbying.

Une contribution spécifique manifeste

Qu'apportent les avocats à la pratique du lobbying? Pour Thaima Samman, c'est dans la substance de la matière juridique, dans nos méthodologies professionnelles, que nous pouvons contribuer à l'efficacité d'une stratégie de lobbying : "spécialisés en affaires publiques, législatives et réglementaires, nous possédons une solide compréhension des modèles juridiques, mais aussi économiques et politiques, nous permettant de contribuer à un dialogue organisé et transparent avec les décideurs (...). Qui de plus légitime que l'avocat pour exercer cette fonction d'interpellation ? Non seulement la défense des intérêts est au cœur de sa mission, mais elle nécessite des compétences et une méthodologie qu'il est à même de mettre efficacement au service d'une stratégie d'argumentation à destination des pouvoirs publics (...). Nous ne nous contentons pas d'exercer un simple rôle de communicant, nous apportons un regard d'expert face à la prolifération de normes juridiques de plus en plus complexes afin de favoriser une compréhension plus globale et plus complète des enjeux d'une décision par les acteurs concernés"²⁶.

L'avocat d'affaires réunit en effet un grand nombre de compétences qui, sans toutes le distinguer d'acteurs plus traditionnels du marché, lui confèrent une légitimité et une utilité certaines en la matière. Il est, de par sa fonction, la nature de ses dossiers, au premier rang de ceux qui analysent, appliquent et utilisent les normes ; il est ainsi en mesure, au moins de manière réactive, d'en apprécier la qualité, l'adaptation et la portée. Et cette appréciation peut l'amener à en comparer les effets à ceux d'autres systèmes juridiques, transposables dans leurs succès ou évitables au vu de leurs échecs. Cette dimension de praticien de la matière juridique, qui est aussi celle de l'avocat "en entreprise", amène ainsi les pouvoirs publics à l'interroger de plus en plus fréquemment dans les processus d'élaboration ou d'évaluation des normes. Comme l'indique ainsi Laurent Vallée, directeur des Affaires civiles et du Sceau au ministère de la Justice : "progressivement les pouvoirs publics ont dû (...) prendre, de plus en plus, en considération ce que font et ce que disent les praticiens (qui) vont apporter une information de grande valeur. (...) Même si les fonctionnaires ont toutes les qualités, ils n'ont pas toujours le recul suffisant, la connaissance technique et pratique suffisante pour pouvoir réguler un secteur, avoir une vision d'un marché déterminé et donc appréhender, le plus exactement possible, les conséquences des choix qui seront faits "²⁷.

²⁵ Règle imposée à Paris comme à Bruxelles et qui constitue évidemment un frein à la capacité des avocats à s'inscrire sur les registres de transparence, un seul de leurs clients pouvant les en empêcher (ce qui est fréquent, eu égard notamment aux informations demandées sur les chiffres d'affaires consacrés à l'activité). Au résultat, les registres, dans leur logique volontariste et sans contreparties notables, ne recueillent pas le succès attendu...

²⁶ cf. note 17

²⁷ Colloque "le rôle créateur de la pratique juridique", cf. note 19

Praticien, l'avocat est à la fois expert, rédacteur et négociateur. Trois fonctions essentielles l'une à l'autre pour défendre une stratégie de lobbying efficace. La capacité d'analyser un projet et de rédiger des amendements, nécessaire en tout état de cause, serait en soi insuffisante à cet objectif, s'il ne s'y ajoutait une facette argumentative, supposant que non seulement le cadre socio-économique et politique dans lequel le processus est engagé soit analysé, mais que la manière de véhiculer le message défini soit à la fois adaptée et convaincante. Négociateurs de contrats et de transactions complexes, plaideurs, les avocats ont pour profession de convaincre. S'adapter à son environnement, à ses interlocuteurs, à leurs réactions, verbales ou comportementales, trouver les mots justes, relève du quotidien des avocats d'affaires qui peuvent mettre ces compétences au service de dossiers de natures certes différentes, mais à la finalité commune : défendre les intérêts de leurs clients.

Ce rôle d'avocat lobbyiste peut alors s'exprimer de manière proactive, lorsqu'un client cherchera à orienter un processus normatif (voire une norme existante) dans une direction particulière (p. ex. assouplir un monopole historique²⁸), mais aussi de manière réactive. On pensera ici au domaine du contentieux, et aux stratégies "alter-contentieuses" qu'il incombe selon nous aux avocats d'imaginer dans l'intérêt de leurs clients. Qu'il s'agisse de faire préciser un texte, par le biais d'une question parlementaire ou d'un texte administratif ou de promouvoir la réforme d'une disposition obsolète, génératrice d'aléa judiciaire ou administratif, l'avocat se doit d'inclure dans sa stratégie de dossier une réflexion alternative au combat judiciaire, ou à tout le moins, complémentaire de celui-ci. Souvent, l'absence d'effet rétroactif des textes pourra colorer ce type de stratégie d'une apparente inefficacité, mais dans la réalité des faits, un litige doit rarement être considéré comme isolé. La plupart induisent un risque de réplication conduisant l'entreprise à adapter son comportement, au détriment de sa stratégie ou de son efficacité. Prendre appui sur un cas particulier pour agir sur le contexte normatif applicable s'inscrit alors dans une dynamique d'exploitation positive d'une situation subie. L'existence même d'une procédure, administrative, commerciale, voire pénale peut alors s'exploiter pour souligner *in concreto* les effets pervers d'un texte inadapté, daté ou confus.

Du contentieux subi au contentieux voulu : l'émergence du procès orchestré

Le lobbying et le contentieux ont entre eux des liens historiques que l'évolution contemporaine des médias ne fait qu'accentuer. Lorsque Voltaire prend, dans la seconde partie du 18^{ème} siècle, la défense (posthume) de Jean Calas, c'est en portant l'affaire devant l'opinion (en publiant par exemple son *Traité sur la tolérance*) et devant le roi. En ces temps de faible séparation des pouvoirs, quand l'emprise de l'exécutif sur le judiciaire était certaine, l'intervention auprès du premier aux fins d'influencer le second avait sens et ne manquait pas d'entremetteurs tarifés. Plus tard, la médiatisation de certaines affaires judiciaires – criminelles en général – put viser à influencer les jurys, dans un sens ou dans l'autre. La Cour Suprême des Etats Unis annula même certaines condamnations au motif que la couverture de l'affaire par les médias avait gravement compromis la possibilité d'un "procès équitable"²⁹. Sans que l'on puisse parler *stricto sensu* de lobbying³⁰, l'utilisation des médias dans certaines

²⁸ On peut penser à l'heure actuelle à ces acteurs dynamiques d'une économie innovante et de rupture, en butte à des monopoles de droit ou de fait, comme celui des taxis (p. ex. Uber, interdit en Allemagne, contesté en France), de l'hôtellerie (p. ex. Airb&b), de l'expertise-comptable (p. ex. SmallBusinessAct) ou même des avocats (p. ex. les sites de consultation juridique "low cost" en ligne)

²⁹ P. ex. *U.S. Supreme Court*, Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333 (1966)

³⁰ On citera toutefois André Tardieu s'en prenant à ces avocats-députés (l'un des maux de la Troisième République selon cet ancien Président du Conseil) qui n'exerçaient leur industrie "que dans les cabinets d'instruction (...) ou sous le couvert de la robe, dont ils revêtent leur puissance de député, chez le Procureur de la République, chez le Procureur général, chez les ministres, chez le garde des Sceaux. Par le mélange des deux

procédures judiciaires fait aujourd'hui partie des leviers d'une bonne stratégie de défense, exercice auquel certains avocats sont particulièrement rompus³¹. Mais hors le champ traditionnel - et somme toute anecdotique - des grands procès d'Assises, on ne peut que constater que ce développement répond également à une forme récente de "procès orchestré", visant – sous couvert d'une procédure judiciaire – à mettre sur la sellette publique un individu ou une entreprise pour en critiquer les activités ou le comportement. Le champ de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE) a ainsi fourni un bon nombre d'exemples de procédures, souvent engagées par des ONG et visant à dénoncer – sans exposer à d'éventuelles contre-attaques en diffamation – des comportements sinon illégaux, du moins contraires à des chartes et engagements éthiques autoproclamés dans la logique - facultative et de "bonne" communication - de la *soft law*³². Le développement de ces procédures vise à deux objectifs ; le premier, de manière classique, est d'obtenir gain de cause. Mais la cause ici dépasse souvent celle du demandeur, qu'il s'agisse d'un collectif de plaignants ou d'une ONG. C'est ainsi que dans l'affaire Unocal, le *Center for Constitutional Rights* avait annoncé la fin des procédures engagées à l'encontre du pétrolier dans ces termes : "*this case will reverberate in corporate boardrooms around the world*"³³. L'objectif poursuivi était clairement d'obtenir réparation pour les plaignants (un village birman), mais aussi et surtout d'avoir "un effet dissuasif sur les pires formes de comportement des entreprises"³⁴. S'il ne peut encore être question de lobbying, on concevra aisément que de ces "leçons" découle naturellement la lente – mais certaine – transformation de la *soft law* (droit éthique et facultatif) en un *corpus* impératif. Cette mutation protéiforme est illustrée par un récent rapport de Kepler-Chevreaux et *Affectio Mutandi*, "*Soft Law Violation & Liability*"³⁵ qui souligne le risque judiciaire et juridique croissant que prennent les entreprises tentées par l'"imposture sociale et environnementale" (*fairwashing* et *greenwashing*...) ³⁶.

Et de la même manière que les ONG utilisent la voie judiciaire pour promouvoir des évolutions sociétales, comportementales puis normatives, les entreprises peuvent aujourd'hui être tentées de provoquer, dans leur intérêt, le débat médiatique - et donc politique -, en créant les conditions d'un contentieux, voire en l'initiant elles-mêmes. Dans le premier cas, et quand bien même il puisse être délicat d'y voir une stratégie délibérée, la multiplication des infractions d'enseignes connues aux règles actuelles restreignant le travail dominical (p. ex. le cas des magasins de bricolage) ou de nuit (p. ex. le cas des magasins de cosmétiques), donnant lieu à des condamnations largement médiatisées, ne manque pas sur la durée d'alimenter le débat sur l'opportunité d'assouplir les règles du jeu, en prenant à témoin une opinion divisée entre ses valeurs et ses désirs... Dans le second cas, de manière proactive, la

métiers, ils imposent leur volonté. Ce ne sont pas des avocats qui plaident. Ce sont des avocats qui interviennent", in *La révolution à refaire*, T. II, *La profession parlementaire*, Flammarion, 1937 pp. 314 et suiv.

³¹ Cf. p. ex. "De l'écriture de la partition à l'orchestration du procès : le rôle des affaires publiques et de la communication sous contrainte judiciaire", Nicolas Bouvier, Anne-Elvire Kormann-Esmel et Anne Kuentz-Lafourcade, in "Lobbying et procès orchestré", ouv. coll., sous la direction de Viviane de Beaufort et Antoine Masson, Ed. Larcier, 2011

³² "Le contentieux à forte charge symbolique : le cas de la RSE", Geneviève de Permon, in "Lobbying et procès orchestré" ouv. préc.

³³ Communiqué du *Center for Constitutional Rights* (CCR) annonçant la fin des procédures engagées à l'encontre du pétrolier Unocal, celui-ci acceptant d'indemniser des villageois birmans pour mettre un terme à diverses procédures engagées aux Etats Unis aux échelons fédéraux et locaux (Californie) (affaires Doe v. Unocal et Roe v. Unocal) pour complicité d'actes de travail forcé, de viol et de meurtre commis dans les années 1990 par des soldats détachés à la protection de gazoducs. <http://www.ccrjustice.org/newsroom/press-releases/historic-advance-universal-human-rights%3A-unocal-compensate-burmese-villagers>

³⁴ Traduction libre du communiqué du CCR

³⁵ <http://affectiomutandi.com/etude-kepler-chevreaux/>

³⁶ P.ex. "Lutte contre le 'greenwashing' et le 'fairwashing' : il y a urgence !", Alexandre Pasche, Regards d'entrepreneurs - 25 mai 2012, <http://www.entrepreneursdavenir.com/blog/post/-/id/373>

création, le 1^{er} mars 2010³⁷, de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) permet désormais aux citoyens d'engager – certes dans le cadre d'une procédure en cours et sous certaines conditions - une procédure de contrôle de constitutionnalité sur les lois déjà promulguées, susceptibles de "porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution". Cette "révolution juridique", qui a en pratique transformé le Conseil constitutionnel en une "cour constitutionnelle" avait déjà donné lieu au 1^{er} mars 2013 à 255 décisions dont 13 % ont abouti à des réserves d'interprétation et 27 % à une inconstitutionnalité, partielle ou totale³⁸. Exploiter ce potentiel, ainsi que celui qu'ouvrent les juridictions supranationales par exemple (CJUE, CEDH...), manifeste une nouvelle forme de lobbying normatif, exercé non plus en amont, au stade de la production des lois, mais, de manière alternative ou complémentaire, en aval, dans la perspective de leur réforme. Et quel que soit le résultat, l'éclairage médiatique rendu possible par le caractère exceptionnel de ces procédures ne manquera pas d'être exploité auprès d'une opinion en principe fermée aux débats juridiques.

Conclusion

Devant les évolutions notables de la gouvernance politique française, plus ouverte que jamais aux débats et influences de la société civile, certains avocats pourront se contenter d'attirer l'attention de leurs clients sur l'opportunité d'une stratégie de lobbying et lui apporter leur expertise technique en appui. L'avocat lobbyiste offrira quant à lui un service plus intégré, de définition et de mise en œuvre (seul ou avec d'autres acteurs, communicants, économistes, sondeurs, consultants en stratégie...) d'une telle stratégie. L'accroissement attendu de la diversité et du nombre des dossiers, si les acteurs de la société civile en prennent la mesure et adoptent à son égard une attitude dynamique, est de nature à étendre le marché du lobbying des guerres de position qui l'animaient sur les grands sujets de société, à une multiplicité d'escarmouches moins visibles, mais de ce fait, moins clivantes et accessibles aux petites comme aux grandes entreprises. C'est dans ce dialogue d'un genre nouveau, et sans nécessairement emprunter au vocabulaire militaire, que les avocats lobbyistes, témoins, conseils, plaideurs, rédacteurs et négociateurs, envisagent aujourd'hui le lobbying et leur rôle dans cette fonction.

³⁷ Introduite en droit français à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a créé l'article 61-1 de la Constitution et modifié son article 62

³⁸ Sources : Rapport d'information de Jean-Jacques Urvoas, député, sur la question prioritaire de constitutionnalité, Assemblée nationale, 27 mars 2013