

Pour une réponse législative proportionnée à l'ampleur des stratégies d'influence déployées par les entreprises

Octobre 2022

Nos suggestions d'amendements à la proposition de loi encadrant l'intervention des cabinets de conseil privés dans les politiques publiques

- | | |
|--|---|
| 1. La vocation subsidiaire du recours aux cabinets de conseils | 2 |
| 2. Le caractère indépendant de l'évaluation des prestations de conseils réalisées | 2 |
| 3. La préservation du pouvoir de décision de l'Etat, même en cas de recours à un cabinet de conseil | 3 |
| 4. Obtenir la meilleure traçabilité possible du recours aux cabinets de conseils | 4 |
| 5. L'effectivité des sanctions prévues en cas de manquement à une obligation déontologique | 4 |
| 6. La mise des obligations déontologiques à la charge de l'administration aussi bien que des cabinets de conseils | 5 |
| 7. Eviter une influence indue des cabinets via l'instrumentalisation du mécénat et du bénévolat | 5 |
| 8. Impliquer les acteurs du secteur du conseil pour favoriser un changement de comportement | 5 |
| 9. Sanctionner pénalement les pratiques d'influence induisant sciemment en erreur au bénéfice d'intérêts économiques | 6 |

Nos suggestions complémentaires afin de lutter contre la *corporate capture*

- | | |
|--|---|
| 1. La révision de la loi Sapin II | 7 |
| 2. L'évaluation du caractère approprié et suffisant de l'arsenal législatif français pour sanctionner les pratiques de fairwashing et greenwashing | 8 |



Nos suggestions d'amendements à la proposition de loi encadrant l'intervention des cabinets de conseil privés dans les politiques publiques

L'Association Sherpa salue vivement l'initiative et la rigueur des travaux d'enquête menés, ainsi que la proposition de loi n°720 encadrant l'intervention des cabinets de conseil privés dans les politiques publiques, dont elle partage pleinement les objectifs.

Pour Sherpa, en l'état, certains amendements apparaissent cependant nécessaires afin d'assurer l'effectivité et l'efficacité de la loi, et de la rendre plus ambitieuse encore.

Sans revenir sur l'intégralité **des amendements suggérés par Sherpa**, les points essentiels sont selon elle les suivants :

1. La vocation subsidiaire du recours aux cabinets de conseils

La proposition de loi a pour objectif, entre autres, de remédier au constat actuel selon lequel le recours aux cabinets de conseil est devenu un réflexe, et l'Etat est de plus en plus dépossédé de son rôle en matière d'orientation des politiques publiques.

Sherpa partage pleinement cet objectif. C'est la raison pour laquelle, afin qu'il ait plus de chances d'être atteint, Sherpa suggère notamment :

- de prévoir explicitement que les cartographies de ressources humaines réalisées par les administrations doivent être les plus précises et exhaustives possibles, pour leur permettre d'apprécier concrètement la disponibilité des compétences nécessaires en interne ou interministériel ;
- de prévoir explicitement que les administrations doivent **faire part de leur appréciation, réalisée au préalable, quant à la nécessité de recourir à un cabinet de conseil sur un sujet donné, pour les inciter à s'interroger, de façon systématique** sur la nécessité du recours à un cabinet de conseil sur un sujet donné, et pour permettre de contrôler que ces appréciations préalables ont bien lieu ;
- **d'interdire tout démarchage commercial ou prospection** aux cabinets de conseils.

Ces préconisations visent à garantir que des discussions commerciales n'auront lieu avec des prestataires et consultants que lorsqu'un besoin aura préalablement été identifié par l'administration.

2. L'utilité de l'évaluation des prestations de conseils réalisées

Il ressort du rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques que les évaluations des prestations réalisées ne sont pas systématiques, et que les pénalités en cas de prestations insatisfaisantes sont trop rares.



Il nous semble que ce problème peut notamment résulter du fait que l'évaluation est réalisée par le bénéficiaire de la prestation évaluée. En effet, en pratique, il est délicat, pour ne pas dire impossible, d'être à la fois juge impartial et partie.

Compte tenu des difficultés que générerait le recours à un évaluateur tiers, Sherpa préconise de **confier cette évaluation à des employés de l'administration bénéficiaire faisant partie d'une équipe dédiée à cette évaluation et n'ayant jamais été en lien avec aucun des prestataires ou consultants.**

Par ailleurs, il ressort des résultats de l'enquête menée sur l'intervention des cabinets de conseil privés dans les politiques publiques que lorsque les évaluations sont effectivement réalisées et concluent à des prestations insatisfaisantes, ce caractère insatisfaisant des travaux effectués ne donne lieu à aucune conséquence pour le prestataire, quelle que soit la gravité de l'insatisfaction rencontrée par l'administration.

Selon Sherpa, au vu de la médiocrité de certains travaux rapportée lors de l'enquête, il serait opportun de prévoir - outre les pénalités contractuellement prévues (qui devraient d'ailleurs être systématiquement appliquées) - qu'**une prestation grossière peut donner lieu à une interdiction pour le cabinet concerné de présenter une nouvelle offre de prestations dans l'année qui suit l'évaluation, à la discrétion de l'administration.**

Dans la mesure où les critères d'appréciation du caractère grossier de la qualité de la prestation dépendent étroitement des besoins pratiques de l'administration, Sherpa a estimé plus opportun de laisser aux assemblées le soin de formuler précisément cette recommandation et n'a pas formulé d'amendement en ce sens.

3. La préservation du pouvoir de décision de l'Etat, même en cas de recours à un cabinet de conseil

L'un des objectifs de la proposition de loi est de permettre à l'Etat de bénéficier de compétences dont il ne disposerait pas en interne ou en interministériel sans pour autant perdre une quelconque partie de son pouvoir décisionnel, qu'il doit conserver en intégralité.

Or, selon Sherpa, à cet égard, en prévoyant que les scénarios présentés par les cabinets de conseils s'appuient sur « *des informations factuelles non orientées* », la proposition ne va pas assez loin. Car même si les scénarios s'appuient sur des éléments factuels, le simple fait de choisir de présenter un scénario ou non a une véritable incidence sur la solution : la formulation du problème et la délimitation des réponses considérées envisageables sont décisives.

Sherpa propose d'y remédier en **obligeant les prestataires et consultants, par principe, à proposer tous les scénarios possibles** et, en tout cas **à expliquer les raisons pour lesquelles un scénario aurait exceptionnellement été exclu car considéré comme matériellement impossible ou manifestement inopportun.**



4. Obtenir la meilleure traçabilité possible du recours aux cabinets de conseils

L'influence des cabinets de conseils ne peut être utilement contrôlée et surveillée si une traçabilité optimale des prestations de conseil n'est pas assurée.

C'est la raison pour laquelle Sherpa a fait des suggestions visant à optimiser la traçabilité de l'intervention des cabinets de conseils, notamment en préconisant d'**encadrer et de limiter les exceptions de communications d'informations qui seraient fondées sur les secrets** relatifs aux activités étatiques.

5. L'effectivité des sanctions prévues

Sherpa a attiré l'attention des sénateurs et sénatrices sur la tendance consistant à permettre aux acteurs économiques d'échapper aux sanctions normalement prévues, et censées être applicables à toutes et tous, dès lors qu'ils prendraient des mesures correctives, plus ou moins spontanément.

A la lumière du principe d'égalité devant la loi, et parce qu'il est depuis longtemps démontré que seules des législations contraignantes sont efficaces à l'égard des entreprises, Sherpa préconise certains amendements visant à assurer l'effectivité des sanctions prévues par la proposition de loi. Notamment, Sherpa préconise :

- que les cabinets de conseils puissent être sanctionnés non seulement quand ils ne communiquent aucune des informations demandées par la HATVP ou refusent de communiquer, mais également **quand ils communiquent seulement partiellement les informations demandées, ou s'abstiennent de répondre à la HATVP dans un délai raisonnable** ;
- de **supprimer la disposition prévoyant que la CNIL avise le cabinet de conseil** lorsque l'administration ou un tiers lui fait part d'un doute quant au respect par ce cabinet de son obligation de supprimer des données traitées : à défaut, selon Sherpa la sanction de cette obligation serait privée de toute utilité puisque, une fois prévenu par la CNIL, il suffirait au cabinet de supprimer les données avant un contrôle de la CNIL pour échapper à toute sanction ;
- aussi et surtout, **qu'il soit explicitement prévu que la commission des sanctions de la HATVP est systématiquement saisie par le président de la HATVP postérieurement à une mise en demeure** des cabinets de conseil par la HATVP, et que les mesures correctives éventuellement prises par les cabinets dans le prolongement de ladite mise en demeure ne peuvent avoir aucune incidence sur la caractérisation ou non du manquement.



6. La mise des obligations déontologiques à la charge de l'administration aussi bien que des cabinets de conseils

Pour Sherpa, le rôle et la responsabilité des administrations bénéficiaires des prestations de conseil sont tout aussi importants que ceux des cabinets de conseil eux-mêmes.

En l'état, la formulation de la proposition de loi laisse à penser que les obligations déontologiques et les sanctions encourues ne pèsent que sur les acteurs du secteur privé. Sherpa préconise **d'élargir explicitement le champ d'application des dispositions aux administrations bénéficiaires**.

7. Eviter une influence induite des cabinets via l'instrumentalisation du mécénat et du bénévolat

Pour Sherpa, une activité non rémunérée est tout aussi susceptible de générer des conflits d'intérêts qu'une activité rémunérée. La proposition de loi impose d'ailleurs une obligation de déclaration d'intérêts relative aux fonctions bénévoles (article 10 III 6°).

Pour en tirer toutes les conséquences, Sherpa préconise d'aller plus loin que la proposition de loi originelle en :

- obligeant les cabinets de conseil à déclarer non seulement leurs activités professionnelles ayant donné lieu à rémunération ou gratification, mais **également leurs activités professionnelles bénévoles** (qui ne sont pas nécessairement exercées dans le cadre d'une « fonction bénévole » au sens de l'article 10 III 6° de la proposition) ;
- **d'interdire la réalisation de prestations de conseils au profit de clients ayant bénéficié d'un mécénat** de la part du cabinet de conseil concerné dans **les cinq dernières années**, afin d'éviter l'instrumentalisation commerciale du mécénat.

8. Impliquer les acteurs du secteur du conseil pour favoriser un changement de comportement

Dans sa rédaction actuelle, la proposition de loi imposerait à un cabinet de conseil de déclarer à l'administration bénéficiaire les missions qu'il a réalisées ces cinq dernières années dans le même secteur. Par souci d'efficacité d'une part, et de pédagogie d'autre part, selon Sherpa il serait opportun de modifier le critère permettant de déterminer l'activité professionnelle qui doit faire l'objet d'une déclaration ou non.

Plus précisément, il nous semble :

- qu'une prestation de conseil précédemment réalisée au profit d'entreprises qui n'exercent pas dans le même secteur que l'administration par la suite conseillée peuvent tout à fait influencer la prestation de conseil en question, de sorte que le critère de l'identité de secteur ne semble pas suffisamment pertinent ;



- qu'il serait bienvenu que la loi favorise un changement de comportement en impliquant les acteurs du conseil dans la réflexion sur la légitimité de leur intervention, et que des critères tenant uniquement au délai et au secteur dans lesquels les prestations sont intervenues ne vont pas dans ce sens. A l'inverse, il nous semble que ces critères favorisent une application passive de la réglementation, et n'encourageraient pas un changement pérenne de comportements.

C'est la raison pour laquelle Sherpa suggère de prévoir qu'une obligation de déclaration des activités exercées dans les cinq dernières années incombe aux cabinets de conseil **dès lors que ces activités sont susceptibles de générer une influence sur la conduite ou l'issue de la prestation de conseil envisagée**, y compris, donc, quand les prestations passées sont intervenues dans un autre secteur que celui de la prestation envisagée avec l'administration.

9. Sanctionner pénalement les pratiques d'influence induisant sciemment en erreur au bénéfice d'intérêts économiques

Pour Sherpa, l'influence des cabinets de conseil évoquée par le rapport fait au nom de la commission d'enquête susvisée n'est que l'une des manifestations des stratégies d'influence déployées « à 360° » par le secteur privé lucratif sur les décisions et l'opinion publiques : représentation d'intérêts, astroturfing, achat de recherches universitaires, achat de tribunes dans les médias, communications « corporate » trompeuses, occupation prépondérante des cercles décisionnels, etc.

L'ampleur de ce phénomène *global*, qualifié de capture par les entreprises (*corporate capture*) appelle une réponse *globale*, à la hauteur des enjeux, à savoir notamment le droit à l'information et la démocratie.

Pour répondre à ces préoccupations, Sherpa estime qu'il est indispensable d'appréhender légalement, pénalement, et globalement cette influence induite de la part du secteur économique sur les décisions et l'opinion publiques, plutôt que ponctuellement.

Plus particulièrement, il nous semble opportun d'**explorer la piste de la création d'une infraction pénale d'exercice d'influence dolosive**, entendu comme le fait de (i) présenter des arguments ou informations (ii) à titre professionnel (iii) au bénéfice d'intérêts lucratifs déterminables et (iv) d'une manière dont l'auteur sait qu'elle risque d'avoir, ou qu'elle a pour effet ou pour objet d'induire en erreur le destinataire de la présentation sur l'objectivité de l'opinion exprimée, ou l'identité, les compétences ou les motivations de l'auteur de la présentation réalisée.

Cette infraction pourrait être formulée de manière à sanctionner non seulement l'auteur de la présentation lui-même, mais **également** la personne qui l'a recruté, soit en tant qu'employeur, soit en tant que **bénéficiaire effectif de l'influence exercée**.

Sous réserve de recherches juridiques complémentaires, il apparaît que seul un nouveau texte permettrait de protéger la démocratie et l'opinion publique contre l'ingérence du secteur privé lucratif, car l'arsenal législatif existant n'est pas suffisamment adapté.

Ces recherches complémentaires pourraient faire l'objet d'un travail de Sherpa comme de l'assemblée.



Nos suggestions complémentaires afin de lutter contre la *corporate capture*

1. La révision de la loi Sapin II

Comme évoqué, le recours aux cabinets de conseil n'est qu'une partie de l'influence induite exercée par le secteur économique lucratif sur les décisions publiques, au cas présent de façon indirecte.

Selon Sherpa, pour appréhender réellement le phénomène de la « corporate capture », il est indispensable de mieux encadrer les activités de représentations d'intérêts exercées directement auprès des décideurs (parlementaires, membres du gouvernement, leurs collaborateurs).

Sherpa préfère employer l'expression d'activité de représentation d'intérêts, conformément à la loi Sapin II, car le terme de « lobbying » est selon elle plus large que cette activité, et devrait englober toutes les formes d'influence exercées par des acteurs économiques.

Quoi qu'il en soit, pour Sherpa, il est nécessaire qu'une révision de la loi Sapin II soit envisagée.

A cet égard, Sherpa avait déjà pu communiquer ses recommandations au député Raphaël Gauvain, concernant sa proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption et incluant un volet sur le lobbying.

Sur ce sujet, les recommandations de Sherpa consistaient en substance à :

- **augmenter la fréquence des déclarations d'intérêts et assortir le non-respect du délai prévu de sanctions incitatives,**
- **améliorer la précision des déclarations d'intérêts** pour optimiser la traçabilité de l'influence exercée : identité des représentants d'intérêts, sujet des échanges, décision publique ciblée, position précise défendue par les représentants d'intérêts, bénéficiaire de la représentation,
- contraindre les décideurs à **écouter autant de représentants d'intérêts lucratifs que d'intérêts non lucratifs, et à diversifier les experts qu'ils consultent,**
- **prévoir la publicité des déclarations d'intérêts effectuées par les décideurs politiques,** et surtout,
- changer de paradigme, en **questionnant la pratique de la représentation d'intérêts** au lieu de l'institutionnaliser en la réglementant, et en **interdisant dans les cas dans lesquels il est établi que les intérêts industriels ou commerciaux représentés sont néfastes à l'intérêt général** poursuivi par une disposition législative envisagée ; par exemple les cas dans lesquels les intérêts représentés vont à l'encontre d'objectifs d'intérêt général et supérieur tels que la lutte contre le changement climatique, la protection de l'environnement, et la protection des droits humains.



2. L'évaluation du caractère approprié et suffisant de l'arsenal législatif français pour sanctionner les pratiques de fairwashing et greenwashing

Selon Sherpa, il faudrait également évaluer le caractère approprié de l'arsenal législatif français existant pour réprimer les pratiques de *fairwashing* et de *greenwashing*.

Si le fondement des pratiques commerciales trompeuses a pu et est toujours actuellement mobilisé en contentieux, et que la loi Climat et Résilience est intervenue notamment pour faciliter la sanction du greenwashing, il nous semble que l'arsenal législatif existant mériterait de faire l'objet d'une évaluation approfondie dans la mesure où :

- l'appréciation de l'élément intentionnel de l'infraction de pratiques commerciales trompeuses traditionnellement faite par la jurisprudence risque de ne pas être adaptée pour permettre d'appréhender les pratiques commerciales trompeuses en cause dans les cas de *fairwashing* et *greenwashing*. Notamment parce que le standard de preuve à rapporter est très haut et se marie mal avec la difficulté d'accès aux preuves pour les demandeurs, qui se heurtent à l'opacité des activités des multinationales d'une part, et, dans un contexte globalisé, aux défaillances du système de coopération judiciaire internationale d'autre part ;
- en cas de succès, le fondement des pratiques commerciales trompeuses ne permet d'obtenir une réparation qu'au profit du consommateur, alors que les pratiques de *fairwashing* et *greenwashing*, en dissimulant la réalité des pratiques dommageables à l'œuvre à l'étranger, contribuent à la perpétuation des dommages causés aux victimes directes, de sorte que ces pratiques devraient selon Sherpa pouvoir donner lieu à une indemnisation des victimes directes elles-mêmes.

Là aussi, cette évaluation pourrait faire l'objet d'un travail de Sherpa comme de l'assemblée.



À propos de Sherpa

Combattre les nouvelles formes d'impunité liées à la mondialisation des échanges

Afin de renforcer la responsabilité des acteurs économiques et participer à la construction d'un droit plus protecteur de l'environnement, des communautés et des travailleurs et travailleuses, l'association Sherpa mène des activités de plaidoyer, de contentieux stratégique, de recherche juridique et de renforcement des capacités.

Pour mettre en œuvre ces activités, Sherpa réunit avocat-e-s, juristes, universitaires, ainsi que de nombreux expert-e-s qui appuient son action, en proposant une approche innovante du droit.

contact@asso-sherpa.org | www.asso-sherpa.org