NOTE DE SYNTHÈSE

Mardi 1er septembre 2020

CORRECTIONS NON-OFFICIELLES*

*Les corrections proposées dans ce document, non-officielles, s'inspirent de la grille de notation officielle. Elles ne constituent pas une correction émanant de la Commission nationale de l'examen d'accès au CRFPA et ne saurait engager aucune institution officielle.

Les correcteurs disposent d'un délai de 8 jours, à compter de la diffusion des grilles, pour formuler le cas échéant une ou plusieurs questions argumentées relatives au sujet ou au corrigé. Ils en saisissent le directeur/la directrice du centre d'examen qui, s'il les juge pertinentes, les envoie à la direction de l'association des directeurs d'IEJ. L'association les centralise et les transmet à la Commission nationale qui fournira une réponse à l'auteur de la question. Lorsque cela est jugé nécessaire par la Commission nationale, cette réponse peut être diffusée à tous les centres d'examen dans les meilleurs délais. Il est demandé aux correcteurs de ne pas transmettre de simples remarques ou observations sur le sujet ou le corrigé ni de questions qui relèveraient du libre pouvoir d'appréciation du correcteur avec lequel la Commission nationale n'a pas vocation à interférer, afin de permettre le traitement rapide et efficace des remontées urgentes.

Les grilles de notation sont des documents internes qui entrent dans la stricte confidentialité inhérente aux fonctions même d'examinateur, de correcteur et de membre du jury. Les difficultés relevées doivent être soulevées grâce à la procédure indiquée. Toute contestation publique des sujets ou des grilles, en particulier via les réseaux sociaux, contribue à la dévalorisation de l'examen et à la remise en cause des résultats délivrés par les IEJ.

Les grilles doivent être appliquées par l'ensemble des correcteurs afin d'assurer l'égalité la plus parfaite possible dans la correction des copies, sous réserve des éléments relevant du libre pouvoir d'appréciation des correcteurs.

Rappel des recommandations de la Commission nationale à destination des jurys et des correcteurs d'épreuve, relativement à l'épreuve d'admissibilité de "Note de synthèse rédigée en cinq heures" (article 5-1° de l'arrêté du 17 octobre 2016) :

« *Le dossier documentaire peut comprendre des documents divers (articles de doctrine, textes normatifs, arrêts, articles de presse, extraits d'ouvrages, cette énumération étant purement indicative). Le dossier ne devrait pas dépasser 20 documents et 30 pages, sans que ces limites soient impératives.*
L'épreuve est destinée à apprécier, notamment, les capacités de synthèse du candidat : la limite de quatre pages ne doit pas être dépassée.
La qualité rédactionnelle est prise en compte (les déficiences orthographiques et syntaxiques, les impropriétés de termes, l'inélégance de style, les obstacles divers à la lisibilité du texte sont sanctionnés).
Un plan apparent (avec des titres concis), dont la structuration est laissée à la libre appréciation du candidat, s'il n'est pas obligatoire, est recommandé.
La note de synthèse doit consister en une synthèse objective des éléments du dossier documentaire, et seules les informations contenues dans le dossier peuvent être utilisées. La référence au numéro du document peut s'avérer nécessaire à la bonne compréhension de la synthèse et est recommandée.
Une brève introduction est recommandée. Une conclusion n'est pas nécessaire ».

Il est attendu des candidats qu'ils se concentrent sur le sujet de la note de synthèse tel qu'il est formulé ("Le commerce de l'influence") et au vu des documents du dossier de l'épreuve. Ce dossier comprend 22 documents.

SOMMAIRE :

Thèmes particuliers _____ 3

CORRECTION NON-OFFICIELLE N°1 _____ *4*

Plan indicatif _____ 4

Développement _____ 5

CORRECTION NON-OFFICIELLE N°2 _____ *7*

Plan indicatif _____ 7

Développement _____ 8

Thèmes particuliers :

Thème I : Transparence des relations avec pouvoirs publics (5 points)

- Le registre des représentants d'intérêts (docs. 1, 7, 19)
- Les transparences sectorielles et déontologiques (docs. 6, 9, 13)

Thème II : Transparence des relations avec consommateurs (5 points)

- L'identification du contenu publicitaire (docs. 4, 20)
- Le statut incertain de l'influenceur (docs. 3, 12, 14, 18)

Thème III : Répression pénale de l'influence dévoyée (5 points)

- Le trafic d'influence (docs. 2, 15)
- Les infractions et frontières voisines (docs. 8, 10, 17)

Thème IV : Sanctions civiles et contractuelles complémentaires (5 points)

- Les pratiques commerciales trompeuses (docs. 11, 21)
- Conformité anticorruption et faux indicateurs (docs. 5, 16, 22)

CORRECTION NON-OFFICIELLE N°1

Logique : ce plan s'appuie sur la polysémie du sujet. Le « commerce de l'influence » désigne tantôt l'échange d'une influence contre rémunération auprès des pouvoirs publics (I), tantôt la vente, par un influenceur, de son pouvoir de prescription auprès des consommateurs (II). Dans chacun des deux cas, une pratique originellement libre ou prohibée (A) a progressivement fait l'objet d'un encadrement juridique spécifique (B). La problématique doit interroger cette dualité des logiques de commercialisation de l'influence et la façon dont le droit tente de les canaliser.

Plan indicatif :

I. Le commerce de l'influence exercée sur les pouvoirs publics

A. Une prohibition pénale de principe du trafic d’influence

B. Un lobbying désormais reconnu et strictement encadré par la loi

II. Le commerce de l'influence exercée sur les consommateurs

A. Un marché de l'influence numérique aux contours incertains

B. Un encadrement juridique protecteur du consommateur en construction

Ce plan distingue les destinataires de l’influence :

I. → quelle licéité pour l’influence sur les pouvoirs publics ?
II. → quelle protection face à l’influence sur les consommateurs ?

I.A. → prohibition pénale

I.B. → encadrement légal du lobbying

II.A. → statut et marché de l’influenceur

II.B. → protection du consommateur

LE COMMERCE DE L'INFLUENCE

Le trafic d'influence se définit classiquement comme le fait, pour une personne exerçant une fonction publique ou un simple particulier se prévalant d'une influence réelle ou supposée, de solliciter ou d'accepter des dons, offres ou promesses en vue de faire obtenir des avantages des pouvoirs publics (doc. 2). Mais l'influence, aujourd'hui, ne se négocie plus seulement auprès des décideurs publics : elle se vend également aux entreprises désireuses de toucher leurs consommateurs par l'intermédiaire des influenceurs des réseaux sociaux (doc. 3).

Dans quelle mesure le droit parvient-il à encadrer ce double commerce de l'influence, qu'elle s'exerce sur les pouvoirs publics ou sur les consommateurs ?

Il conviendra d'étudier, d'abord, le commerce de l'influence exercée sur les pouvoirs publics, entre prohibition pénale et reconnaissance encadrée du lobbying (I), avant d'examiner le commerce de l'influence exercée sur les consommateurs, à travers l'essor incertain mais progressivement régulé du marketing d'influence (II).

I. Le commerce de l'influence exercée sur les pouvoirs publics

Ce commerce demeure d'abord, dans son noyau dur, une activité pénalement prohibée (A), avant que le législateur n'ait consenti à en reconnaître et encadrer une forme licite à travers le statut du représentant d'intérêts (B).

A. Une prohibition pénale de principe du trafic d'influence

Le trafic d'influence passif est le fait, pour une personne exerçant une fonction publique ou un simple particulier, de solliciter ou d'accepter des dons, offres ou promesses en se prévalant d'une influence réelle ou supposée sur les pouvoirs publics ; le trafic d'influence actif consiste, pour un tiers, à offrir une telle rémunération (doc. 2). L'auteur ne monnaye pas sa fonction mais use du crédit attaché à sa position (doc. 2).
La Cour de cassation a limité l'infraction dans l'affaire des frégates de Taïwan : se faire remettre par un agent public une information ne constitue pas l'obtention d'une « décision favorable » au sens de l'article 433-2 du code pénal (doc. 15).
Cette prohibition irrigue des domaines voisins : la Cour a censuré une cour d'appel ayant qualifié de société de fait l'apport d'« influence » d'un médecin sans vérifier sa licéité (doc. 10) ; en arbitrage international, la préparation des témoins, licite selon les IBA Rules et la LCIA, se heurte à la déontologie continentale (doc. 8), la frontière avec la subornation de témoin restant ténue (doc. 17).

B. Un lobbying désormais reconnu et strictement encadré par la loi

Le lobbying a longtemps fait l'objet d'un déni en France, ce qui a favorisé son développement dans l'ombre (doc. 7). La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 a créé les premières contraintes pesant sur les représentants d'intérêts, personnes dont l'activité principale consiste à influer sur la décision publique en communiquant avec les membres du Gouvernement, les parlementaires ou les autorités administratives indépendantes (doc. 1). Ils doivent s'inscrire sur un répertoire tenu par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et respecter des obligations déontologiques, les sanctions pénales initialement prévues ayant toutefois été censurées par le Conseil constitutionnel le 8 décembre 2016 (doc. 1). La même loi impose aux grandes sociétés un programme anticorruption sous contrôle de l'Agence française anticorruption, pouvant prononcer une amende d'un million d'euros (doc. 5).
Le bilan de la Haute Autorité en 2018 reste contrasté : 1 586 représentants sont inscrits, mais moins de la moitié ont publié leur déclaration d'activités (doc. 19), et un manquement aux obligations anticorruption peut justifier la rupture d'un contrat commercial (doc. 22).

II. Le commerce de l'influence exercée sur les consommateurs

Ce second commerce de l'influence, né du développement des réseaux sociaux, se caractérise d'abord par l'incertitude qui entoure la qualification juridique de l'influenceur (A), avant qu'un encadrement juridique protecteur du consommateur ne vienne progressivement en circonscrire les pratiques (B).

A. Un marché de l'influence numérique aux contours incertains

L'influenceur, intermédiaire entre l'entreprise commanditaire et la communauté des consommateurs, échappe aux qualifications traditionnelles : il n'est ni agent commercial, ni courtier, ni commissionnaire (doc. 3). Seules deux hypothèses emportent la qualification de contrat de travail : lorsqu'il est artiste (art. L. 7121-3 du code du travail) ou mannequin (art. L. 7123-2 et L. 7123-3) (doc. 3). L'ARPP distingue trois types de contrats (d'influenceur, de blogueur publicitaire, de billet sponsorisé), dont la variété pose la question du statut au regard du risque de travail dissimulé (doc. 18).

Cette incertitude tient à la connotation négative du terme, associé au trafic d'influence et à la Guerre froide, alors que la doctrine y voit une « pointe de diamant de l'intelligence économique » (doc. 12). Les enfants mis en scène dans des vidéos sponsorisées ne bénéficient d'aucune protection, ces activités relevant du « loisir privé » malgré leur exploitation financière (doc. 14). Le marché a fait naître un commerce de faux abonnés et de faux likes, dont la légalité demeure incertaine, les réseaux sociaux supprimant les faux comptes (doc. 16).

B. Un encadrement juridique protecteur du consommateur en construction

La loi du 3 janvier 2008 pour la confiance dans l'économie numérique impose que toute publicité diffusée en ligne soit clairement identifiable comme telle et que la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée soit clairement identifiée (doc. 4). L'Autorité de régulation professionnelle de la publicité a précisé cette exigence en distinguant, selon des critères cumulatifs tenant au contrôle éditorial exercé par la marque et à la finalité promotionnelle du contenu, la simple collaboration commerciale de la collaboration à caractère publicitaire, cette dernière imposant une identification instantanée et perceptible par tout moyen porté à la connaissance du public (doc. 20).

Le droit de la consommation sanctionne pour sa part les pratiques commerciales trompeuses par omission, qui consistent à dissimuler ou à fournir de façon ambiguë une information substantielle telle que l'identité du professionnel ou le caractère commercial de la communication (doc. 11), le code de la consommation réputant ainsi trompeuse la pratique consistant à utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour promouvoir un produit ou un service financé par un professionnel, sans l'indiquer clairement au consommateur (doc. 21).

CORRECTION NON-OFFICIELLE N°2

Logique : ce plan transversal distingue les deux exigences que le droit oppose à l'influence : être transparente (I), sous peine d'être sanctionnée (II). Dans chaque partie, les sous-parties A et B confrontent ainsi le versant des pouvoirs publics et celui des consommateurs, ce qui révèle les parallélismes et les décalages entre les deux régimes.

Plan indicatif :

I. La transparence comme condition de licéité du commerce de l'influence

A. Une transparence exigée des relations avec les pouvoirs publics

1. Le registre des représentants d'intérêts
2. Des transparences sectorielles et déontologiques complémentaires

B. Une transparence exigée des relations avec les consommateurs

1. L'identification obligatoire du contenu publicitaire
2. Un statut de l'influenceur encore incertain

II. La sanction comme limite du commerce de l'influence

A. La répression pénale de l'influence dévoyée

1. Le délit de trafic d'influence
2. Les frontières avec les pratiques licites ou voisines

B. Des sanctions civiles, administratives et contractuelles complémentaires

1. Les pratiques commerciales trompeuses
2. La conformité anticorruption et les faux indicateurs de popularité

Ce plan permet de bien séparer, dans chaque sous-partie, un aspect « règle de droit » (1.) et un aspect « mise en perspective critique ou comparative » (2.) :

I.A.1/2 : le registre légal des représentants d'intérêts d'abord exposé, puis prolongé par les régimes sectoriels et déontologiques qui en étendent la logique.

I.B.1/2 : l'obligation d'identifier le contenu publicitaire d'abord posée, puis mise en perspective par l'incertitude qui entoure le statut de l'influenceur.

II.A.1/2 : le trafic d'influence d'abord défini et délimité, puis éclairé par ses frontières avec les pratiques licites ou voisines.

II.B.1/2 : les pratiques trompeuses d'abord sanctionnées par le droit de la consommation, puis complétées par la conformité anticorruption et la lutte contre les faux indicateurs.

LE COMMERCE DE L'INFLUENCE

Qu'elle s'exerce auprès des décideurs publics ou des consommateurs, l'influence est devenue une valeur marchande que le droit ne prohibe plus par principe, mais qu'il soumet à deux exigences complémentaires. La première est celle de la transparence : le représentant d'intérêts comme l'influenceur doivent révéler pour le compte de qui ils agissent (doc. 1, doc. 4). La seconde est celle de la sanction : lorsque l'influence est dévoyée, elle redevient trafic d'influence ou pratique trompeuse (doc. 2, doc. 11).

Dans quelle mesure la transparence et la sanction suffisent-elles à encadrer un commerce de l'influence désormais admis, qu'il s'adresse aux pouvoirs publics ou aux consommateurs ?

Il conviendra d'étudier, d'abord, la transparence comme condition de licéité du commerce de l'influence (I), avant d'examiner la sanction comme limite de ce commerce lorsque l'influence est dévoyée (II).

I. La transparence, condition de licéité du commerce de l'influence

Le droit ne prohibe plus l'influence en tant que telle, mais exige qu'elle soit révélée, d'abord dans les relations avec les pouvoirs publics (A), puis dans celles avec les consommateurs (B).

A. Une transparence exigée des relations avec les pouvoirs publics

1. Le registre des représentants d'intérêts. Longtemps nié en France, le lobbying s'est développé dans l'ombre (doc. 7). La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 impose aux représentants d'intérêts, qui influent sur la décision publique en communiquant avec le Gouvernement ou les parlementaires, de s'inscrire sur un répertoire tenu par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et de déclarer leurs actions (doc. 1). Les premières déclarations révèlent toutefois des lacunes : 1 586 inscrits, dont 841 seulement ont publié leur déclaration d'activités (doc. 19).

2. Des transparences sectorielles et déontologiques complémentaires. Cette transparence se décline par secteurs et professions. Les entreprises de santé doivent rendre publiques leurs conventions avec les professionnels de santé, y compris les personnes présentant des produits de santé sur les réseaux sociaux (doc. 6), et celles du tabac détailler chaque année leurs dépenses d'influence (doc. 9). Les avocats peuvent exercer une activité de représentant d'intérêts, la mention de leurs clients dans les registres exigeant leur accord exprès pour préserver le secret professionnel (doc. 13).

B. Une transparence exigée des relations avec les consommateurs

1. L'identification obligatoire du contenu publicitaire. La loi du 3 janvier 2008 pour la confiance dans l'économie numérique impose que toute publicité en ligne soit clairement identifiable comme telle et que la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée soit identifiée (doc. 4). L'ARPP précise que, qu'il s'agisse d'une simple collaboration commerciale ou d'une collaboration publicitaire, caractérisée par le contrôle éditorial de la marque, une indication explicite du caractère commercial doit apparaître instantanément (doc. 20).

2. Un statut de l'influenceur encore incertain. Cette exigence se heurte toutefois à l'incertitude du statut de l'influenceur, qui n'est ni agent commercial, ni courtier, ni commissionnaire, et n'est présumé salarié que s'il est artiste ou mannequin (doc. 3). L'ARPP distingue trois contrats, au risque de travail dissimulé (doc. 18). Le terme d'influence, associé au trafic d'influence, demeure péjoratif (doc. 12), et les enfants filmés sur YouTube échappent au droit du travail (doc. 14).

II. La sanction, limite du commerce de l'influence

Lorsque la transparence fait défaut ou que l'influence est détournée, le droit recourt à la répression pénale (A), complétée par d'autres sanctions civiles, administratives et contractuelles (B).

A. La répression pénale de l'influence dévoyée

1. Le délit de trafic d'influence. Le trafic d'influence passif consiste, pour une personne exerçant une fonction publique ou un particulier, à solliciter ou accepter des dons en se prévalant d'une influence réelle ou supposée ; le trafic actif consiste à les offrir (doc. 2). L'auteur trafique non de sa fonction mais de sa qualité (doc. 2). Dans l'affaire des frégates de Taïwan, la Cour de cassation a toutefois jugé que se faire remettre une information ne constitue pas l'obtention d'une « décision favorable » (doc. 15).

2. Les frontières avec les pratiques licites ou voisines. La frontière avec l'influence licite demeure discutée. La Cour de cassation a censuré l'analyse d'un apport d'« influence » en société sans recherche de sa licéité, le trafic d'influence étant réservé par la doctrine (doc. 10). La préparation des témoins, usuelle en arbitrage anglo-saxon, se heurte à la déontologie continentale et au contradictoire (doc. 8) ; la subornation de témoin, punie même sans effet, en marque la limite pénale (doc. 17).

B. Des sanctions civiles, administratives et contractuelles complémentaires

1. Les pratiques commerciales trompeuses. Lorsque la transparence fait défaut, le droit de la consommation prend le relais en sanctionnant les pratiques commerciales trompeuses par omission, lorsqu'une information substantielle, telle que l'identité du professionnel, est dissimulée ou fournie de façon ambiguë (doc. 11). Il répute en outre trompeuse l'utilisation d'un contenu rédactionnel pour promouvoir un produit financé par le professionnel, sans l'indiquer clairement au consommateur (doc. 21).

2. La conformité anticorruption et les faux indicateurs de popularité. D'autres sanctions, administratives et contractuelles, complètent ce dispositif. La loi Sapin 2 impose aux grandes sociétés un programme anticorruption sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, qui peut prononcer une amende pouvant atteindre un million d'euros (doc. 5). Le manquement d'un agent à ses obligations anticorruption contractuelles peut justifier la résiliation sans préavis de son contrat (doc. 22). Enfin, l'achat de faux abonnés, dont les réseaux suppriment massivement les comptes, reste d'une légalité incertaine (doc. 16).