



HAL
open science

Un regard juridique sur le recours par l'État à un cabinet de conseil pour l'élaboration de sa stratégie vaccinale

Elise Untermaier-Kerléo

► **To cite this version:**

Elise Untermaier-Kerléo. Un regard juridique sur le recours par l'État à un cabinet de conseil pour l'élaboration de sa stratégie vaccinale. *La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2021, 68. hal-03294497

HAL Id: hal-03294497

<https://hal.science/hal-03294497>

Submitted on 21 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Un regard juridique sur le recours par l'État à un cabinet de conseil pour l'élaboration de sa stratégie vaccinale

Élise Untermaier-Kerléo

*Maîtresse de conférences de droit public
Université Jean Moulin Lyon 3 (Équipe de droit public de Lyon – IEA)*

Revue *La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales (JCP A)*
1^{er} février 2021, Libres propos, n° 68

Le recours par l'État à des cabinets de conseil pour l'élaboration de sa stratégie vaccinale amène à réfléchir sur les risques juridiques liés à l'externalisation. Si celle-ci peut être parfaitement justifiée, notamment lorsque l'Administration ne dispose pas des compétences nécessaires en son sein, elle est plus contestable, dès lors qu'elle conduit à perdre la maîtrise de compétences régaliennes et favorise des situations de conflits d'intérêts.

Le recours par l'État au cabinet de conseil américain McKinsey, pour l'élaboration de sa stratégie vaccinale, révélé par le Canard Enchaîné et le site Politico, a suscité des réactions indignées de la part de certains responsables politiques, tel le premier secrétaire du PS, Olivier Faure, qui y a vu « *une disqualification des agents de l'État* » et de chercheurs, comme le sociologue Luc Rouban (Le Monde, 7 janv. 2021). Dans un rapport intitulé « *Lobbying : l'épidémie cachée* », l'Observatoire des multinationales a dénoncé l'omniprésence des consultants dans la gestion de la crise liée au coronavirus¹. En effet, le ministère de la santé a fait appel à d'autres sociétés depuis le début de la crise sanitaire, que ce soit pour l'épauler sur la logistique de l'acheminement de gants et blouses ou la mise en œuvre du « *Système d'information vaccin Covid* » recensant les données relatives aux vaccinés.

Cependant, le recours par l'État comme les collectivités aux cabinets privés de conseil n'a rien de nouveau, ni même d'exceptionnel. Depuis les années 90, ces cabinets sont devenus des acteurs clés de la réforme de l'État. Un accord-cadre interministériel ayant pour objet l'assistance à la conception et à la mise en œuvre opérationnelle de projets de transformation de l'action publique, conclu sous l'égide de la Direction interministérielle de la transformation publique (DITP) a ainsi été attribué en juin 2018 à plusieurs cabinets de conseil, tels que Roland Berger, Boston consulting group et cie, McKinsey, Ernst et Young advisory, Capgemini consulting, Eurogroup consulting France, ou Wavestone advisors. Et dans le catalogue proposé par l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) figure une rubrique « *Conseil et accompagnement* », qui propose aux acteurs de la sphère publique, par exemple, une offre de conseil en stratégie portée par le groupement Mc Kinsey & Company Inc. France et Eurogroup Consulting. En 2014, la Cour des comptes avait déjà examiné, à la demande de la commission des finances du Sénat, les conditions dans lesquelles l'État a recours à des conseils extérieurs. Elle avait alors estimé les dépenses de conseil extérieur à au moins 150 M€ en moyenne par an entre 2011 et 2013².

¹ *Lobbying : l'épidémie cachée*, rapport de l'Observatoire des multinationales en partenariat avec les Amis de la Terre France, 3 juin 2020.

² Cour des comptes, *Le recours par l'État aux conseils extérieurs*, nov. 2014.

Si le recours à des conseils extérieurs peut être parfaitement justifié, notamment lorsque l'administration ne dispose pas des compétences nécessaires en son sein, il est plus contestable, dès lors qu'il conduit à la perte de compétences régaliennes (I) et favorise des situations de conflits d'intérêts (II).

I. Le risque de perte des compétences

Juridiquement, le recours par les personnes publiques au secteur privé qu'il s'agisse de passer des marchés pour répondre à leurs besoins de fournitures, travaux ou services ou de déléguer la gestion des services publics est admis de longue date, même s'il peut être encore contesté sur le plan politique. Il suffit de songer, par exemple, aux critiques récurrentes visant les concessions d'autoroutes, ou encore, au niveau local, la volonté de certaines équipes de reprendre en régie la gestion de certains services publics, tels que celui de la distribution d'eau potable, comme actuellement à Lyon. La jurisprudence administrative s'oppose toutefois à ce que des autorités administratives délèguent à des personnes privées leurs fonctions régaliennes, en tout cas celles qui traduisent l'exercice d'un pouvoir de coercition ou de commandement, comme le pouvoir de police (CE, ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Leb.* p. 595) ou celui de réglementation administrative (CE, 30 sept. 1983, n° 31875, *Féd. dép. des assoc. agréées de pêche de l'Ain*, *Leb.* p. 392). Dans le même sens, le Conseil constitutionnel s'oppose à ce que le législateur autorise la délégation à des personnes privées de tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté, telles que des missions de (vidéo)surveillance générale de la voie publique (Cons. const., n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, *LOPPSI*). Cependant, certaines missions, pourtant liées aux fonctions régaliennes peuvent bien être prises en charge par des opérateurs privés, dès lors qu'il s'agit de ne leur confier que l'exécution de tâches matérielles, comme la conduite de voitures équipées de radars, « *accessoire aux missions de police qui restent dévolues aux forces de l'ordre* » (CE, 8 juil. 2019, *Assoc. 40 millions d'automobilistes*, n° 419367).

L'achat de prestations intellectuelles auprès de cabinets de conseil en gestion, d'audit ou d'avocats n'a, lui non plus, rien d'illégal. La doctrine universitaire s'est émue lorsqu'à l'issue d'un appel d'offres réalisé en 2018, le ministère de la transition écologique a confié au cabinet d'avocats Dentons la rédaction de l'étude d'impact et de l'exposé des motifs du projet de loi d'orientation des mobilités³. Mais le Conseil constitutionnel n'y a rien trouvé à redire, en précisant toutefois qu'une telle prestation est effectuée « *sous la direction et le contrôle du Premier ministre* » (déc. n° 2019-794 DC, 20 déc. 2019, *Loi d'orientation des mobilités*, § 6). Cela laisse à penser que si ce dernier perdait le contrôle des missions confiées au prestataire privé, une telle externalisation pourrait être jugée contraire à la Constitution.

Dans ce « *mouvement de désengagement administratif* »⁴, la loi ELAN (loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018) a modifié l'article L. 423-1 du code de l'urbanisme en consacrant expressément la possibilité, pour les communes et intercommunalités compétentes pour délivrer les autorisations d'urbanisme, de « *confier l'instruction des demandes (...) à un ou plusieurs prestataires privés* ». Le texte précise toutefois que la personne publique « *conserve la compétence de signature des actes d'instruction* » et « *garde l'entière liberté de ne pas suivre* ».

³ V. not. : B.-L. Combrade, « Faut-il s'inquiéter de l'externalisation de l'évaluation législative ? », *AJDA* 2018, p. 2417 ; P. Deumier, « Quand la loi est rédigée par des prestataires privés », *RTD civ.* 2020, p. 581 ; J.-F. Kerléo, « À quoi servent nos gouvernants ? », *Dr. adm.* n° 4, avr. 2020, comm. 19 ; H. Pauliat, « Étude d'impact et exposé des motifs d'un projet de loi : un partenaire privé peut participer à la rédaction », *JCP A* n° 4, 27 janv. 2020, act. 46.

⁴ É. Carpentier, « La loi ELAN : lecture panoramique des dispositions sur l'urbanisme », *RFDA* 2019, p. 21

la proposition du ou des prestataires ». Le décret pris en application de la loi a complété l'article R.* 423-15 du même code en ajoutant les prestataires privés à la liste des services que « *l'autorité compétente peut charger des actes d'instruction* ». Ces textes vont donc au-delà de ce qui avait été admis jusqu'alors par la jurisprudence administrative qui considérait que le recours à des prestataires privés est légal, à condition de ne leur confier que « *l'étude technique de ces dossiers, exclusive de tout acte d'instruction* » (CAA Lyon, 28 févr. 2019, n° 17LY02514, v. aussi TA Lyon 4 mai 2017, *Cne de Lucenay*, n° 1409329). On est donc en droit de s'interroger sur la légalité de ces dispositions réglementaires, qui permettent aux autorités administratives de renoncer à l'exercice de leurs compétences en se contentant d'apposer une signature purement formelle sur la décision accordant ou refusant l'autorisation d'urbanisme.

L'externalisation (*outsourcing*), concept importé des sciences de gestion, est censée permettre à l'organisation qui y a recours, de se recentrer sur les missions dites de « *cœur de métier* »⁵. Elle suppose un pilotage étroit sur le cadre et les conditions d'exécution de l'engagement de l'entreprise prestataire externe⁶. Autrement dit, si les personnes publiques peuvent associer des cabinets de conseil à la détermination de leurs stratégie d'action et plus généralement à l'élaboration de leurs décisions, elles ne peuvent externaliser leurs compétences « *cœurs de métier* », telles que la rédaction de textes normatifs, sous peine de perdre le contrôle effectif du processus décisionnel. Comme l'affirmait déjà la Cour des comptes dans son rapport de 2014 (p. 66), le recours à des consultants est contestable « *quand ces derniers suppléent les agents publics dans leurs missions essentielles* ».

II. Le risque de conflits d'intérêts

Le recours à des conseils extérieurs accroît la porosité entre le secteur public et le secteur privé et expose les agents publics qui rejoignent des sociétés de conseil ou des cabinets d'avocats au risque d'une condamnation pénale pour prise illégale d'intérêts (art. 432-13 du code pénal). Ces pratiques ont fait naître « *une économie de l'expertise gestionnaire associant le secteur public et le secteur privé et donc d'un marché professionnel nourrissant le pantouflage ou des espoirs de pantouflage* » (Luc Rouban, *Le Monde*, 7 janv. 2021). Il n'est pas anodin que le cabinet Dentons qui avait remporté l'appel d'offres pour la rédaction de l'étude d'impact de la loi d'orientation des mobilités compte parmi ses associés un ancien membre du conseil d'État, Marc Fornacciari. Au niveau local, des cabinets de conseil sont créés par d'anciens fonctionnaires (par exemple, Territoires Citoyens Conseils, créé par un ancien DGS⁷). Les référents déontologues sont parfois saisis de projets de création de cabinet de conseil par des agents qui souhaitent proposer leurs services à leur ancienne collectivité employeur. Il faut espérer que les nouvelles modalités de contrôle préalable au départ vers le secteur privé d'un agent public, issues par la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 permettront d'empêcher les agents de rejoindre une société dont ils ont été chargés d'assurer le contrôle ou la surveillance, de conclure avec elle des contrats ou de donner un avis sur de tels contrats, dans le cadre de leurs fonctions publiques. Tout départ nécessite une autorisation préalable de l'autorité hiérarchique laquelle, lorsqu'elle a un doute sérieux sur l'existence d'un risque de prise illégale d'intérêts, peut saisir, d'abord son référent déontologue, puis, si le doute n'est toujours pas levé, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (art. 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des

⁵ V. not. J.-D. Dreyfus, « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA* 2002, p.1214.

⁶ G. Guglielmi, « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », *Le Droit Ouvrier*, avr. 2008, p. 175.

⁷ V. à ce sujet : Julien Nessi, « Innovation publique : de la « consultocratie » à la transformation plus agile ? », *Horizons publics*, 25 janv. 2019.

fonctionnaires). La Haute Autorité, qui succède à la Commission de déontologie de la fonction publique, doit rapidement rendre publique sa jurisprudence, en faisant ressortir clairement les lignes rouges à ne pas franchir en matière de pantouflage.

Par ailleurs, le fait que l'État ou une collectivité ait recours à des cabinets de conseil qui ont pour clients aussi bien des personnes privées que des institutions publiques, est également propice aux conflits d'intérêts. Par exemple, pour la passation des contrats de la commande publique, il est fréquent que l'acheteur public s'entoure d'assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO), chargés de réaliser notamment des études préliminaires, de concevoir sur le plan technique les dossiers de consultation remis aux candidats à l'attribution des marchés de services et de travaux ultérieurs, d'émettre des avis sur les offres remises par ces candidats, puis éventuellement d'assurer le suivi, le contrôle et la validation des prestations réalisées par les titulaires de ces marchés. Or, conformément à la jurisprudence *Sté Applicam*⁸, s'il s'avère que la personne chargée de l'assistance à maîtrise d'ouvrage a des liens d'intérêts avec l'une des sociétés qui candidatent à l'attribution du contrat, le juge administratif peut annuler la procédure de passation au motif qu'un conflit d'intérêts peut légitimement faire naître un doute sur l'impartialité de la procédure suivie. En matière d'urbanisme, le législateur, en autorisant expressément les autorités compétentes à confier l'instruction des demandes de permis de construire à des prestataires privés, semble avoir anticipé le risque puisque l'article L. 423-1 du code de l'urbanisme, issu de la loi ELAN, précise que « *ces prestataires privés ne peuvent pas se voir confier des missions qui les exposeraient à un intérêt privé de nature à influencer, ou paraître influencer, l'exercice indépendant, impartial et objectif de leurs fonctions* ». Il n'en demeure pas moins que ces dispositions, quelque peu incantatoires, seront délicates à mettre en œuvre : il appartiendra aux collectivités de veiller scrupuleusement à ce que les prestataires privés auxquels elles ont recours ne soient pas également chargés d'assister le pétitionnaire.

S'il n'est pas question de nier la légitimité du recours à des conseils extérieurs, il importe néanmoins que les administrations fassent au préalable l'effort d'identifier et recenser les compétences dont elles disposent en interne (sans oublier, d'ailleurs, les universitaires !). Si ces compétences font défaut, elles doivent chercher à les développer. À cet égard, on peut donc se réjouir de voir émerger, au sein de l'État ou de grandes collectivités, une tendance à l'internalisation des compétences, notamment en matière d'innovation publique, comme en témoigne la création par la ville de Paris, d'un laboratoire d'innovation interne, agence de moyens à la disposition des directions pour les accompagner dans leurs projets de réorganisation et de modernisation⁹.

⁸ CE, 14 oct. 2015, n° 390968, T. *Leb.* p. 540

⁹ J. Nési, *op. cit.*