

# Un cadre juridique et déontologique pour un recours vertueux de l'État aux cabinets de conseil

**Note #24**  
6 avril 2022



**Jean-François**

**KERLÉO**

*Directeur  
scientifique de  
l'OEP*

## Résumé de la note

### EN BREF

L'État fait régulièrement appel à des cabinets de conseil ou d'expertise pour l'accompagner dans ses missions. L'objectif de l'externalisation est de réduire les coûts tout en accédant à une expertise renforcée. Ce phénomène n'est pas nouveau et présente un intérêt indéniable. Certaines pratiques révèlent toutefois des abus, lesquels appellent une réforme du cadre juridique applicable aux marchés d'expertise ou de conseil. Après les rapports de la Cour des comptes (2014), de l'Assemblée nationale (2022) et celui de la commission d'enquête du Sénat (2022), l'Observatoire de l'éthique publique a décidé de faire ses propres propositions, principalement axées sur une refonte du droit de la commande publique, pour améliorer le cadre juridique et le contrôle du recours aux cabinets de conseil.



**Mathias**

**AMILHAT**

*Directeur du  
département  
éthique publique de  
l'OEP*

L'externalisation (« outsourcing » pour sa version anglaise) est un phénomène qui consiste pour les pouvoirs publics « à faire faire » par des prestataires extérieurs plutôt que de « faire » directement lorsque le recours à un tel prestataire semble plus pertinent que l'exécution directe par les services de l'administration.

Deux raisons peuvent justifier le recours à l'externalisation. Il peut tout d'abord s'agir de la recherche d'une réduction des coûts (lorsque la personne publique considère que le coût de l'externalisation sera plus faible que celui d'une gestion directe). Il peut également s'agir de faire appel à l'expertise de prestataires extérieurs lorsque la personne publique ne dispose pas des ressources humaines et matérielles nécessaires pour réaliser les tâches demandées (l'investissement public en temps et en argent serait trop important comparé au coût que représente le recours à un prestataire extérieur).

Ce phénomène n'est pas un phénomène nouveau mais il s'est fortement développé au cours des trois dernières décennies. Or, le recours massif à l'externalisation s'est accompagné d'un dévoiement de cette dernière : il n'est désormais plus rare que les pouvoirs publics aient recours à l'externalisation sans que cette utilisation ne soit objectivement justifiée.

Parmi les différents acteurs susceptibles d'externaliser de manière abusive, c'est avant tout l'État qui est pointé du doigt, en particulier pour les prestations d'expertise et/ou de conseil. Ainsi, en février 2021, la députée Véronique Louwagie a présenté une communication dans le cadre de la mission Santé sur le recours à des cabinets de conseil par le ministère de la santé face à la pandémie de COVID-19. Elle s'y étonnait « *de la fréquence et de la nature de certaines prestations commandées* ».

Le rapport d'information du 19 janvier 2022 de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale concernant les « *différentes missions confiées par l'administration de l'État à des prestataires extérieurs (outsourcing)* » met également l'accent sur les problématiques issues du recours aux cabinets de conseil.

Face à ces critiques, la ministre de la transformation et de la fonction publique a annoncé en janvier 2022 qu'une circulaire serait publiée pour permettre une réduction de 15% au moins des dépenses en conseil de stratégie. Celle-ci a été adoptée le 19 janvier par le premier ministre Jean Castex mais n'est pas entièrement satisfaisante. Non seulement aucune obligation de transparence n'est prévue dans la circulaire mais surtout rien ne

permet le contrôle du respect de la réduction du recours aux cabinets de conseils réclamée par le texte.

Dernièrement, le Sénat s'est saisi de la question en lançant une commission d'enquête « *sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques* » en novembre 2021 (Rapport n°578 du 16 mars 2022 sur « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques »). Il a le mérite de chiffrer les dépenses de conseil de l'État « *au sens large* » et de révéler l'ampleur du phénomène. Ces dépenses ont été de plus d'un milliard d'euros pour la seule année 2021 « *dont 893,9 millions pour les ministères et 171,9 millions pour un échantillon de 44 opérateurs* ». Le rapport précise également que, si cette forme d'externalisation est relativement ancienne et peut être rattachée à la réforme générale des politiques publiques (RGPP) engagée en 2007, « *les dépenses de conseil des ministères ont plus que doublé* » entre 2018 et 2021, avec une augmentation de 45% pour cette seule année. Les abus et les situations problématiques relevées sont nombreux et appellent des réponses plus fortes que celles contenues dans la circulaire du Premier ministre. Surtout, le rapport dresse une liste de 19 réformes qui permettraient de mieux encadrer le recours à l'externalisation.

Si nous partageons les constats et les propositions de la commission d'enquête sénatoriale, nous avons souhaité en ajouter quelques-unes, proposer d'autres pistes et préciser les modalités de réalisation de certains points retenus. Notre note s'appuie largement sur le droit positif de la commande publique qui, selon nous, peut être réformé rapidement en vue d'intégrer les spécificités des contrats avec les cabinets de conseils, voire en vue de définir un droit spécial de la commande publique pour les expertises de conseils.

Ce résumé reprend les principales propositions issues de notre travail, celles-ci étant consultables dans la version complète de la note.

Acteurs principaux des polémiques actuelles, les cabinets de conseil ne disposent paradoxalement d'aucun régime juridique propre. Il conviendrait donc de leur apporter **un statut législatif afin de les identifier clairement et d'encadrer leurs activités**. Une telle clarification par la loi est également encouragée pour la notion de « conseil » dont une définition est proposée dans la note. Ces deux définitions permettraient de définir un cadre législatif clair aux missions de conseil dans la fonction publique.

L'une des principales pistes envisagées pour encadrer le recours aux cabinets de conseil consiste à **imposer une évaluation préalable obligatoire** devant justifier en quoi l'externalisation à un cabinet de conseil se justifie concrètement au regard notamment des compétences internes de l'administration et de ses moyens. Par ailleurs, **le recours à ces cabinets doit être encadré par des règles déontologiques** : soumission de tous les cabinets de conseil aux obligations de conformité de la loi SAPIN 2 (cartographie des risques, procédure d'alerte, audit interne, etc.) et son contrôle par l'Agence française anticorruption ; contrôle des déclarations d'intérêts des personnes liées à un marché de conseil par la HATVP ; contrôle du pantouflage et du rétro-pantouflage des personnes liées à un marché de conseil par la HATVP ; création d'un registre des dépôts, etc.

En matière de commande publique, et parmi les principaux problèmes soulevés par les marchés de conseil, le recours abusif à la technique de l'accord-cadre mérite une solution drastique. A ce titre, et contrairement aux pistes proposées par le Sénat, nous considérons que **l'utilisation de la technique de l'accord-cadre doit être interdite par principe** lorsque le contrat porte sur des prestations de conseil ou d'expertise. Cette interdiction de principe pourrait être tempérée par une exception qui admettrait le recours à l'accord-cadre lorsque celui-ci est justifié au regard d'un bilan clairement établi qui devrait être chiffré et publié. Par exception avec le droit commun de la commande publique, nous considérons également que **les contrats passés avec les cabinets de conseil doivent être soumis à des procédures de mise en concurrence dès le 1<sup>er</sup> euro**. Il convient ainsi d'interdire les contrats passés sans publicité ni mise en concurrence préalables en la matière.

Toujours dans le domaine de la commande publique, nous proposons la **rédaction d'un cahier des clauses administratives générales spécifiques aux contrats passés avec les cabinets de conseil (CCAG)**. Les CCAG sont des documents-types, sorte de modèles à disposition des acheteurs pour déterminer les droits et les obligations de chaque cocontractant au cours de l'exécution du marché public. Or, ces documents ne sont pas suffisamment adaptés pour les marchés de conseil et d'expertise. Il conviendrait de rédiger un nouveau CCAG spécifique pour les contrats de ce type afin de s'assurer que les prestations commandées soient à la hauteur des dépenses engagées.

Dans un autre registre, nous proposons d'**étendre l'actuel délit de favoritisme aux situations de recours abusif à l'externalisation**. Il s'agit de créer un nouvel article dans le

code pénal qui adapte aux spécificités des marchés de conseil les exigences actuelles du délit. Il s'appliquerait notamment dans les hypothèses d'absence d'évaluation préalable obligatoire ou encore de situation de conflit d'intérêts.

Enfin, une des causes sous-jacente au recours aux cabinets de conseil réside dans l'incapacité actuelle de l'État à connaître précisément et à mobiliser efficacement les compétences et les ressources à sa disposition. C'est pourquoi il devient **urgent de créer une structure efficace**, on propose ici de lui donner la forme d'une direction interministérielle. Cette direction interministérielle du pilotage et de la stratégie du conseil et de l'expertise publics, qui serait composée d'un vivier de chefs de projet, pourrait être chargée de définir la stratégie nationale en matière de prestation de conseils. Elle devrait être consultée préalablement à tout marché de conseil afin de donner un avis obligatoire sur la possibilité de recourir directement aux compétences internes à l'administration. Elle pourrait constituer un support technique pour toutes les administrations qui souhaiteraient procéder à une évaluation en l'aidant à constituer une équipe compétente ou à piloter une mission externalisée. Enfin, on propose la création d'une plateforme sur les compétences attendues et disponibles au sein de l'État. Les agents publics désireux de réaliser des expertises et évaluations dans leur domaine de compétences pourraient s'inscrire sur cette plateforme tout comme les administrations qui chercheraient des experts pour réaliser de telles missions temporaires en leur sein. De la sorte, cette plateforme permettrait de mettre directement en relation les ressources et compétences disponibles au sein de l'État avec les besoins et les attentes des administrations.

C'est donc la réorganisation de l'Etat qui doit être repensée afin de mobiliser toutes les ressources disponibles, notamment les compétences des chercheurs et scientifiques publics qui ne sont que trop rarement sollicités, et de faire de véritables économies budgétaires.



**15 PROPOSITIONS  
DE REFORMES**

**1**

**Définir un statut législatif pour les cabinets de conseils**

La loi doit définir un statut aux cabinets de conseils en définissant ce qu'est un conseil, le type de structures concerné, les profils des membres et un code de bonne conduite ainsi que des principes déontologiques (interdiction des conflits d'intérêts, obligation d'indépendance, impartialité des évaluations).

**2**

**Définir ce qu'est une « prestation de conseil »**

La loi doit définir les marchés de conseil de la manière suivante : « Les marchés de conseil sont des marchés de fournitures ou de services qui ont pour objet la programmation, l'évaluation, l'expertise ou tout élément constituant le support d'une future décision administrative ou d'une réorganisation de service. Elle ne peut en aucun cas constituer en elle-même une telle décision administrative ou de réorganisation d'un service ».

**3**

**Exiger une évaluation préalable obligatoire**

La mise en œuvre d'une évaluation préalable obligatoire pour l'externalisation des activités de conseil ou d'expertise doit permettre de s'assurer que le recours à des prestataires extérieurs est véritablement justifié, sur le modèle de ce qui existe en matière de marchés de partenariat.

## 4

### **Imposer par la loi une définition efficace des besoins en matière d'expertise ou de conseil**

Un encadrement spécifique de la définition des besoins doit être mis en place pour les marchés d'expertise ou de conseil afin d'éviter qu'une définition trop large conduise à des restrictions de concurrence.

## 5

### **Interdire la technique de l'accord-cadre**

L'accord-cadre est une technique qui permet une mise en concurrence sur un ensemble de prestations à venir sur une période donnée. Elle permet de sélectionner le ou les attributaires de l'accord-cadre, qui seront les seuls à pouvoir être destinataires d'un bon de commande ou attributaire d'un marché subséquent sur le fondement de l'accord-cadre initial. Cette technique a des vertus évidentes pour simplifier l'achat public mais son utilisation ne doit pas conduire à restreindre ou fausser la concurrence entre les opérateurs économiques du secteur concerné.

L'encadrement proposé par le droit actuel de la commande publique ne suffit pas à prévenir suffisamment le recours abusif aux accords-cadres en matière d'expertise ou de conseil. Il conviendrait donc d'interdire son utilisation par principe lorsque le contrat porte sur des prestations de conseil ou d'expertise. Cette interdiction peut être tempérée par une exception admettant le recours à l'accord-cadre lorsque celui-ci est justifié au regard d'un bilan chiffré et publié.

## 6

### **Imposer la publicité et la mise en concurrence dès le 1<sup>er</sup> euro**

Les contrats inférieurs au seuil de 40 000€ HT peuvent en principe être conclus de la sorte. Cette possibilité doit être exclue pour ceux qui ont pour objet des prestations de conseil ou d'expertise.



## 7

### **Appliquer les obligations de compliance à tous les cabinets de conseil**

L'ensemble des cabinets de conseils doivent mettre en œuvre toutes les obligations de conformité prévues par la loi dite Sapin 2 : un code de conduite ; un dispositif d'alerte interne ; une cartographie des risques ; des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires, au regard de la cartographie des risques ; des procédures de contrôles comptables, internes ou externes ; un dispositif de formation ; un régime disciplinaire ; un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Un contrôle cible doit être effectué par l'Agence française anticorruption (AFA) avant tout appel à candidature à un marché public par un cabinet de conseils afin d'assurer le respect de ces obligations.

## 8

### **Contrôler les conflits d'intérêts**

Quel que soit son niveau hiérarchique, tout agent public qui souhaite pantoufler dans un cabinet de conseils doit être préalablement contrôlé par la HATVP.

De même, quel que soit le poste qu'il occupera dans la fonction publique, le membre d'un cabinet de conseil qui souhaite intégrer la fonction publique à titre temporaire ou non, pour une mission particulière ou non, doit être préalablement soumis au contrôle de la HATVP.

Toute personne, appartenant à la fonction publique ou à un cabinet de conseil, participant à un marché de conseil doit déposer une déclaration d'intérêts à la HATVP qui effectuera un contrôle du risque de conflit d'intérêts dans les plus brefs délais.

Un registre des déports et des abstentions des agents publics et des membres de cabinets de conseil participant à une procédure de marché de conseil et/ou à la mission de conseil et d'évaluation doit être rendu public.

## 9

### **Assurer la transparence des livrables et des données essentielles**

Les textes prévoient déjà l'obligation de publier certaines données qualifiées d'essentielles après l'attribution des contrats. Ils doivent être révisés pour prévoir la publication de données spécifiques au titre des données essentielles lorsque le marché porte sur des prestations de conseil ou d'expertise.

Il faut également imposer aux opérateurs qui se verraient attribuer un contrat relatif à des prestations de conseil de produire, à l'issue de son exécution, un rapport indiquant la méthode retenue pour réaliser l'expertise, les frais engagés, les agents mobilisés, la part des données coproduites avec l'administration...

Enfin, ces textes doivent définir les modalités d'une publication « au fil de l'eau » des résultats obtenus.

## 10

### **Adopter un cahier des clauses administratives générales (CCAG) propre aux marchés de conseil**

Un cahier des clauses administratives générales (CCAG) propre aux marchés de conseil doit être rédigé et publié afin de s'assurer que les prestations commandées soient à la hauteur des dépenses engagées. Au-delà des dispositions communes aux différents CCAG, celui-ci devrait prévoir des règles spécifiques, parmi lesquelles :

- Des sanctions propres en cas de non-exécution des prestations commandées mais également en cas de mauvaise exécution, lorsque les prestations réalisées ne sont manifestement pas à la hauteur des moyens alloués
- Les conditions de résiliation et de réalisation des prestations aux frais et risques du prestataire défaillant
- Les conditions de publication des données essentielles de ces marchés (méthode retenue, effets sur le nombre d'agents publics, la mutualisation des services, la réorganisation des services ; synthèse des conclusions de l'évaluation ; synthèse des propositions du prestataire...) et les délais applicables
- Les conditions et délais applicables s'agissant de la publication des résultats « au fil de l'eau ».

# 11

## **Étendre le délit de favoritisme aux hypothèses de recours abusifs à l'externalisation**

Un article 432-14-1 pourrait être intégré dans le code pénal pour étendre le délit de favoritisme aux recours abusifs à l'externalisation dans les cas par exemple d'absence d'évaluation préalable obligatoire, de conflit d'intérêts entre les agents publics et les membres de cabinets de conseils.

# 12

## **Imposer un contrôle des obligations fiscales des attributaires des marchés de conseil**

Le code de la commande publique prévoit l'exclusion des opérateurs économiques qui ne respectent pas leurs obligations fiscales mais le dispositif en place est un système déclaratif qui ne permet pas d'assurer un contrôle efficace.

Un contrôle fiscal de l'attributaire doit être imposé systématiquement pour les marchés de conseil ou d'expertise. Il doit être réalisé par la DGFIP après l'attribution du contrat et dans un délai contraint. En cas de non-respect des obligations fiscales, les textes doivent prévoir la remise en cause automatique du contrat et l'engagement de la responsabilité de l'attributaire initialement désigné.

# 13

## **Créer une direction interministérielle du pilotage et de la stratégie du conseil et de l'expertise publics**

Cette direction interministérielle, qui serait composée d'un vivier de chefs de projet, devrait être chargée de définir la stratégie nationale en matière de prestation de conseils. Elle devrait être consultée préalablement à tout marché de conseil afin de donner un avis obligatoire sur la possibilité de recourir directement aux compétences internes à l'administration. Elle pourrait constituer un support technique pour toutes les administrations qui souhaiteraient procéder à une évaluation en l'aidant à constituer une équipe compétente ou à piloter une mission externalisée.

# 14

## **Créer une plateforme sur les compétences attendues et disponibles au sein de l'Etat**

Les agents publics désireux de réaliser des expertises et évaluations dans leur domaine de compétences pourraient s'inscrire sur cette plateforme tout comme les administrations qui chercheraient des experts pour réaliser de telles missions temporaires en leur sein. De la sorte, cette plateforme permettrait de mettre directement en relation les ressources et compétences disponibles au sein de l'État avec les besoins et les attentes des administrations.

# 15

## **Associer en priorité les acteurs de la recherche publique**

Des procédures doivent être développées pour permettre aux services de l'État, et en particulier aux ministères, de recourir aisément à l'expertise « publique ».