

Préserver la supervision publique de l'anticorruption

L'externalisation des opérations de contrôle de l'AFA¹

Note #36
1^{er} février 2024



**Yanisse
BENRAHOU**
Membre de
l'équipe
scientifique

EN BREF

Depuis 2019, l'AFA externalise une partie de ses opérations de contrôles à des cabinets d'avocats et des cabinets d'experts-comptables. Le mobile de ces externalisations pérennisées semble devoir être recherché dans les moyens limités de l'AFA pour réaliser ses contrôles. Alors même que cette dernière et son ministère de tutelle, ont opéré un effort déontologique dans la rédaction de ces marchés, cette forme d'externalisation apparait encombrante et implique un risque de perte de maîtrise de la régulation publique voire de capture. En effet, en dépassant une approche intentionnelle voire délictuelle de la capture, il convient de constater les conséquences de marchés publics permettant à des tiers de se positionner, encore davantage, en « experts » à la confluence du régulé et du régulateur tout en entretenant une relation commerciale avec les deux. Cette forme d'externalisation constitue sans doute une impasse¹, dans la mesure où elle aboutit à une vision figée, autoentretenu et organique du savoir « expert » qui ne trouve et ne peut chercher que très peu d'appuis dans l'espace social. Afin d'éviter l'institution d'une

¹ Cette note est tirée d'un article à paraître. Je remercie Marie-Anne Frison Roche, Antoine Oumedjkane et l'éditeur Dalloz de m'avoir autorisé à produire cette note pour l'Observatoire de l'éthique publique : Y. Benrahou, « Renoncer enchaîné : l'impasse de l'externalisation de la dimension externe de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir), *Contrats publics et compliance*, à paraître.

expertise en vase clos, il convient d'inclure dans les discussions concernant la loi Sapin 2 une réflexion politique relative à un plafonnement de l'externalisation des contrôles de l'AFA tout en construisant les moyens d'une réinternalisation.

Surtout abordée par le prisme du scandale, la « polémique sur les cabinets de conseil »², ou « l'affaire »³ McKinsey, a son lot d'anecdotes croustillantes. Pourtant, il est apparu nécessaire de dépasser cette approche par le scandale afin d'évaluer la réalité de ces formes d'externalisation et leur ampleur. Aussi, de nombreuses institutions publiques se sont portées sur la question, dénonçant parfois « un phénomène tentaculaire » et qualifiant les éléments mis en lumière au cours de la crise sanitaire de « face émergée de l'iceberg » (Sénat, Rapport n° 578, 16 mars 2022, sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques sur « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques »). Afin de permettre une appréhension plus complète du phénomène, le Sénat et la Cour des comptes ont fait le choix de retenir l'expression de « recours par l'État aux prestations intellectuelles de cabinets de conseil privé ».

Dans ce cadre, le principal support juridique utilisé est le marché public passé sous la forme d'un accord-cadre à bons de commandes permettant d'envisager une passation et un encadrement interministériel. De ce point de vue, l'accord-cadre constitue une facilité contractuelle, parfois inadaptée (J.-F. Kerléo, M. Amilhat, « Un cadre juridique et déontologique pour un recours vertueux de l'État aux cabinets de conseil, Note 24#, 6 avril 2022), qui permet d'offrir à l'administration un vivier de prestations dans lequel les services pourront venir piocher au fil de l'apparition de leurs différents besoins.

² Dossier de Le Monde comprenant au total 62 articles, enquêtes et podcasts sur la question datant du 04 mai 2022 au 11 juillet 2023. [Polémique sur les cabinets de conseil - Actualités, vidéos et infos en direct \(lemonde.fr\)](#).

³ Entendu, dans un sens restreint « de scandale politique et financier qui lui est donné en France depuis la fin du XIXe siècle. Scandaleuse, une affaire de corruption suppose qu'ont lieu des révélations, suscitant une indignation, sur fond de débats politiques et d'enquêtes » (F. Monier, *Corruption et politique : rien de nouveau ?*, Armand Colin, 2011, p. 21).

Il semblerait néanmoins que les rapports et typologies listés par ces travaux ne permettent pas d'appréhender une des déclinaisons des prestations de conseil : celle, sans doute paradoxale, à laquelle nous allons nous intéresser aujourd'hui, consistant en l'externalisation de la « dimension externe de la compliance ». Du point de vue de l'Administration, il y aurait une dimension externe de la *compliance* en ce qu'elle « s'adresse à des personnes extérieures à l'administration » et qu'elle « est développée comme une méthode qui permet à l'autorité de régulation d'imposer la poursuite de certaines finalités d'intérêt général aux opérateurs économiques » (A. Oumdjane, *Compliance & droit administratif*, thèse soutenue le 5 décembre 2022 à l'Université de Montpellier, p. 35).

Il semblerait que plusieurs autorités de régulation s'appuient, à des degrés variables, sur des cabinets d'avocats et des cabinets d'experts-comptables, que nous appellerons cabinets d'audit, pour réaliser les contrôles des secteurs régulés qui leur ont été confiés. Il semble encore difficile de trouver trace de ces prestations et les rapports susvisés n'en font pas mention.

La supervision publique, exercée par un régulateur en matière de *compliance*, reposant notamment sur des contrôles sur pièces et sur place, implique une expertise plurielle. En s'émancipant de la division entre l'interne et l'externe, celle-ci nécessite de s'assurer de la bonne internalisation des outils de la compliance dans la gouvernance et la gestion des entités régulées. Ces contrôles impliquent, sans ce que cette liste ne soit exhaustive, des compétences en matière de droit, de gestion des risques, d'audit et souvent de comptabilité. Enfin, cette liste à la Prévert doit être complétée par la capacité, des agents publics en charge du contrôle, à comprendre les secteurs et métiers supervisés.

L'externalisation de la supervision en matière de compliance semble constituer une zone d'ombre, que la lumière des récents travaux relatifs aux cabinets de conseil n'a pas su lever. L'expertise ici recherchée ne semble pas correspondre aux typologies évoquées par le Sénat, la Cour des comptes ou l'IGF. Par ailleurs, les travaux mentionnés se sont concentrés sur les commandes passées par l'État et ses établissements publics. Les autorités publiques et administratives indépendantes, formes juridiques privilégiées pour la supervision de la *compliance*, n'ont pas été intégrées aux rapports et

encadrements mentionnés. Cependant, la forme hybride, d'un des derniers arrivants de la régulation, semble paradoxalement nous offrir la perspective d'une meilleure appréhension du phénomène.

En effet, l'Agence française anticorruption (AFA), dont la forme s'inspire de la figure de l'agence de régulation indépendante (ARI), sans relever du statut d'autorité administrative indépendante, est un service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la Justice et du ministre chargé du Budget. En conséquence, les marchés publics visant à répondre aux besoins de cette dernière sont commandés par le ministère de l'Économie et des Finances. Or, le rapport de la Cour des comptes attise la curiosité en mentionnant « deux bons de commande de l'AFA relatifs à des prestations de conseil » (Cour des comptes, Rapport public thématique, Le recours par l'état aux prestations intellectuelles de cabinets de conseil, Juillet 2023). Par ailleurs, les récentes évolutions issues de la circulaire du 19 janvier 2022 s'appliquent aux marchés passés pour l'AFA.

Le contexte d'action de l'AFA peut nous permettre, à partir d'un exemple concret, d'explorer une pratique de l'externalisation de la supervision en matière de *compliance*, pour mieux l'étudier en tant qu'hypothèse. Ce phénomène, encore en chantier, doit être décrit puis interrogé notamment dans l'optique de déterminer sa légalité. Il convient également, de déterminer le mobile et l'opportunité de la privatisation de la supervision, qui semblerait pouvoir être multifactorielle. Cette pratique doit enfin être replacée dans le cadre d'une politique publique de prévention de la corruption s'appuyant sur la *compliance* et d'éprouver, de ce point de vue, les pistes d'encadrement, notamment déontologiques, qui voient progressivement le jour.

Décrire la pratique : L'externalisation des opérations de contrôle de l'AFA

Les investigations réalisées ont permis de prendre connaissance des marchés publics passés par l'AFA. Ceux-ci révèlent une pratique peu connue qui semble cependant justifiée par les moyens limités de l'Agence.

Les marchés publics d'externalisation des opérations de contrôle de l'AFA

Les prérogatives de contrôle attribuées aux autorités de régulation en matière de compliance sont une composante nécessaire à la mise en place d'une *compliance* supervisée. La supervision publique est requise et elle suppose d'accepter une immixtion du régulateur dans la gouvernance et la gestion de l'entreprise. Le régulateur évolue, « il ne fait plus, il regarde faire, et contrôle que cela est fait ». Dès lors, il serait pertinent d'évoquer un « nouveau continuum révolutionnaire », « entre régulation, supervision, compliance » (M.-A. Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche, *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, Thème et Commentaires, 2017).

En faisant le choix de la *compliance*, la loi Sapin 2 a donc doté l'AFA de prérogatives de contrôle. L'AFA peut procéder à des contrôles d'initiative, portant sur l'existence, la qualité et l'efficacité des mesures et procédures destinées à prévenir la corruption. Elle peut également le faire dans le cadre des contrôles des dispositifs anticorruption déployés sous contrainte à la suite d'une injonction de mise en conformité, d'une (CJIP) ou d'une peine de mise en conformité (PPMC).

Pour accomplir ces missions, l'AFA semble pouvoir recourir à des experts ou encore à des personnes ou autorités qualifiées. Ce que l'article 4 de la loi Sapin 2 qualifie de « concourt » aux « opérations de contrôle de l'AFA » a donné lieu à plusieurs marchés publics relatifs à des prestations d'expertises.

Un premier accord-cadre ayant pour objet « des prestations d'analyses notamment juridiques, financières et comptables auprès d'experts, personnes et autorités qualifiées »

a été conclu en 2019. Cet accord-cadre à bons de commande est multi-attributaires et organise la répartition des prestations sur la base d'une rotation au tour de rôle entre les cabinets, sous une forme dite du « tourniquet », qui doit permettre une distribution équilibrée des bons de commande. Cette répartition au tour de rôle connaît néanmoins des exceptions en cas de conflit d'intérêts ou d'impossibilité légitime de réaliser la prestation, ainsi qu'en application d'une logique de « droit de suite » et en cas de suspension du tour de rôle pour manquement aux obligations contractuelles.

Un deuxième marché, pris en application du contrat de 2019 dans le cadre de la CJIP concernant l'entreprise BOLLORÉ SE a été conclu en 2021. Ce marché a été passé en application d'une clause permettant de conclure un nouveau marché dans l'hypothèse où les attributaires de l'accord-cadre se trouvent en conflits d'intérêts avec l'entité contrôlée.

Enfin, deux autres marchés conclus en 2023, reprenant la répartition au tour de rôle et ses exceptions, ont permis renouveler l'accord-cadre de 2019 arrivé à expiration.

Le mobile d'une externalisation pérennisée de la supervision

Les récents travaux relatifs au recours aux prestations intellectuelles de cabinets de conseil avaient notamment pour ambition de distinguer les différentes justifications du recours à ces prestataires en retenant d'une part les hypothèses d'appuis utiles, voire indispensables, devant faire l'objet d'un encadrement approprié et d'autre part les usages inappropriés, voire abusifs.

Concernant la première catégorie, selon le Sénat et la Cour des comptes, il est possible de retenir que ce recours semble justifié pour répondre à un besoin ponctuel, urgent ou pour lequel l'État n'a pas d'expertise nécessaire ou autrement dit, dans le cadre de la recherche d'une compétence spécifique. Le recours à un conseil peut également être justifié par la

nécessité d'accélérer le rythme des réformes et des projets de modernisation, de faire face à la baisse des effectifs dans certains secteurs, voire par le caractère inédit du contexte. La circulaire n°6329/SG du 19 janvier 2022 introduit un cas, pouvant sans doute donner lieu à des interprétations plus ouvertes, relatives à des prestations visant « éclairer les décideurs publics d'un regard extérieur afin d'intégrer les innovations ou bonnes pratiques identifiées dans d'autres pays ou dans le secteur privé ».

Compte tenu de l'objet des marchés publics de l'AFA, il apparaît pertinent de s'attarder sur l'hypothèse de la recherche d'une expertise spécifique. De ce point de vue, les cabinets postulant aux marchés publics de prestation intellectuelle seraient des plateformes de compétences disposant de méthodologies et de savoir-faire engrangés au fil des nombreux parangonnages réalisés.

L'identification des mobiles légitimes de recours à des prestations externes suppose néanmoins de reconnaître l'existence de risques pour l'État. Au titre de ces risques, il convient, toujours selon le Sénat et la Cour des comptes, de mentionner notamment « l'externalisation par l'administration de tâches relevant de son cœur de métier », « le rattachement inadapté à des prestations de sous-traitance », « l'intervention des cabinets dans le processus de décisions ou au titre de missions régaliennes » ainsi que des « phénomènes d'abonnements et des risques de dépendance ».

Les marchés relatifs aux « opérations de contrôle de l'AFA » consistent à livrer un rapport présentant les conclusions du contrôle. Les documents contractuels ne semblent pas indiquer que ces prestations viennent répondre à un besoin ponctuel ou urgent. Les nouveaux accords-cadres paraissent plutôt avoir normalisé cette forme d'externalisation. En effet, les marchés relatifs aux opérations de contrôle de l'AFA visaient, en 2019, pour chacun des lots prévus, à charger le titulaire du marché, sur demande de l'AFA, d'analyser les différents éléments et mesures correspondant à l'expertise requise. À chaque fois, il était précisé que l'AFA pouvait demander au titulaire du marché de procéder directement

aux contrôles sur pièces et sur place. Les marchés conclus en 2023 opèrent une légère évolution. Les nouveaux lots, semblant avoir fait l'objet d'une rationalisation⁴, impliquent désormais d'analyser, mais aussi de recueillir de manière systématique, les différents éléments et mesures contrôlés.

C'est donc le cœur des missions de l'AFA et de l'expertise sur laquelle reposent ces dernières, qui est confié à des cabinets privés. Aussi, les différents titulaires du marché remplissent ici les missions qui pourraient (ou devraient) être exercées par les agents de l'AFA.

Il semblerait donc que les accords-cadres pallient une insuffisance des moyens existants au sein du régulateur. Cette hypothèse est nourrie par les conclusions du rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2 qui insistait sur les difficultés induites par la tutelle ministérielle. En effet, l'AFA effectue ses missions sans autonomie budgétaire et l'insuffisance de ses moyens aurait ainsi nui au bon fonctionnement de l'entité en pesant sur sa capacité à maintenir le rythme de contrôle, tout en rigidifiant la nature des contrats de recrutement proposés au risque de faire échouer des recrutements pourtant pertinents (Assemblée nationale, Rapport d'information n° 4325, 7 juillet 2021). Finalement, le rapport sur le projet de loi finance (PLF) pour 2024 prévoit « 3 ETP supplémentaires portant ses effectifs à 56 agents » dont seulement une partie travaille au sein de sa sous-direction du contrôle. Il semblerait que ces renforts participent d'une « réflexion engagée sur la réinternalisation des activités de contrôle des programmes de mise en conformité réalisés dans le cadre des conventions judiciaires d'intérêt public » (Assemblée nationale, *Rapport sur le projet de loi de finances pour 2024 n° 1680*, 14 octobre 2023)⁵.

⁴ L'accord-cadre ne compte désormais plus que 4 lots. À titre d'exemple, les 6 lots précédents relatifs au droit ou à la gestion publique ont été regroupés au sein d'un lot « gestion publique et gestion des structures reconnues d'utilité publique ».

⁵ Il apparaît également pertinent de mentionner l'audition de Charles Duchaine, alors Directeur de l'AFA, devant la commission d'enquête relative aux ingérences politiques, économiques et financières de puissances étrangères

L'étendue de cette externalisation apparaît par ailleurs difficile à déterminer. En effet, la frontière entre la simple participation à des évaluations techniques et la décision voire la participation à une politique publique demeure fragile (J.-F. Kerléo, « Observations sur le rapport de la Cour des comptes relatifs aux recours aux cabinets de conseil. Encore un constat des abus de l'État... en attendant une réaction ! », *JCP A*, n° 34, 28 août 2023). Cette hypothèse se trouve renforcée, d'une part, du fait de la nature des missions de contrôle de l'AFA qui doivent reposer sur « des agents hautement qualifiés sur le plan technique, aptes à réaliser une expertise approfondie sur le plan juridique et financier ». D'autre part, le recours à ces prestations intellectuelles est censé reposer sur un besoin de l'AFA et donc potentiellement une asymétrie d'expertise entre les agents de l'AFA et les cabinets sollicités. Dès lors, il pourrait être difficile pour le régulateur d'éprouver les conclusions de l'auditeur expert chargé de lui remettre un rapport de contrôle.

L'étude du mobile de l'externalisation des opérations de contrôle de l'AFA semble donc nous confronter à une incertitude. Il semblerait que l'externalisation soit principalement motivée par un manque d'effectif. Pourtant, l'histoire de la construction de l'expertise de l'AFA et l'objet des marchés étudiés implique aussi de considérer l'hypothèse d'une asymétrie d'expertise, au profit des cabinets spécialisés, qui pourraient justifier un appui ponctuel sur ces derniers. En tout état de cause, l'externalisation de ces prestations incompréhensibles implique le risque de ne plus pouvoir se passer des cabinets privés, ce qui fragilise potentiellement l'exigence de réversibilité souvent associée à l'externalisation.

qui soutenait : « Nos contrôles sont très approfondis, mais notre capacité d'action dépend évidemment des moyens d'action qui nous sont octroyés. Or ceux-ci sont nettement inférieurs à ceux qui nous avaient été annoncés lors du vote de la loi, à la fois sur le plan financier et sur celui des ressources humaines. En termes d'effectifs, nous sommes en effet très loin du compte : l'effectif cible était de soixante-dix équivalents temps plein (ETP), alors que nous ne sommes aujourd'hui que cinquante-trois pour assurer des missions très larges de conseil, de contrôle et de coordination administrative » (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/comptes-rendus/ceingeren/116ceingeren2223006_compte-rendu).

Étant donné que ces missions semblent pouvoir être qualifiées de régaliennes ou du moins de pouvoirs de polices spéciales, leur externalisation sera sans doute décrite comme une atteinte à la souveraineté de l'État. D'un point de vue juridique, il convient d'en questionner la légalité.

Les incertitudes relatives à la légalité de l'externalisation des opérations de contrôle de l'AFA

Le principe d'interdiction de déléguer, à des personnes privées, des pouvoirs de police comprend des exceptions croissantes. Pourtant, ce récit jurisprudentiel ne devrait pas être transformé en principe d'action par l'AFA.

Un principe d'interdiction du recours à l'externalisation aux exceptions croissantes

En principe, le pouvoir de police administrative ne peut être délégué à des personnes privées. (CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, n° 12045 ; CE, 23 mai 1958, *Consorts Amourdruz*, AJDA 1958. II.). Cette approche par la nature des activités déléguées a ensuite posé des difficultés dans son application et la règle connaît donc des exceptions dans la jurisprudence. Aussi, une activité de police, peut être en partie externalisée si cette dernière est englobée dans l'accomplissement d'une activité de service public ou lorsqu'elle correspond à des tâches techniques dissociables de l'exercice même du pouvoir de police (CE, 8 juill. 2019, *Association 40 millions d'automobilistes*, n° 419367). Le Conseil constitutionnel retient une jurisprudence assez similaire et le principe d'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative inhérentes à l'exercice de la « force publique », associé à l'identité constitutionnelle française, s'accompagne d'exceptions reposant sur la distinction entre la simple prise en charge

d'activités matérielles accessoires et l'exercice de fonctions se rattachant à la souveraineté (CC, 15 avril 2021, *Société Air France*, n°2021-940 QPC).

Une partie de la doctrine en tire une distinction, que le juge n'a pas consacrée, entre délégation et simple externalisation qui pourrait être résumée à ceci : si certaines fonctions ne peuvent être déléguées, elles peuvent être en partie externalisées.

Dans le cadre de la présente étude, c'est cette dernière hypothèse qui semble devoir retenir notre attention, dans la mesure où elle permet à des autorités administratives de confier l'exécution de tâches matérielles accessoires aux missions de police dès lors que ces dernières demeurent dévolues à la personne publique habilitée à les exercer. Aussi, l'achat de prestations intellectuelles relatives à de l'audit, de la comptabilité ou de l'expertise juridique ne semble pas, en tant que tel, empêché par les jurisprudences mentionnées. La légalité de la pratique dépend du contrôle exercé par l'autorité administrative sur les actes externalisés. À titre d'exemple, la rédaction de l'étude d'impact et de l'exposé des motifs du projet de loi orientation des mobilités par un cabinet d'avocats avait ainsi été permise dès lors que ces tâches ont été effectuées « sous la direction et le contrôle du Premier ministre » (CC, 20 décembre 2019, Loi orientation des mobilités, n° 2019-794 DC).

Dès lors, il apparaît nécessaire de questionner une dynamique jurisprudentielle pouvant aboutir à permettre à une autorité administrative de renoncer à l'exercice d'une compétence en se contentant d'apposer une signature sur un rapport de contrôle (E. Untermaier-Kerléo, « Les risques de l'externalisation. Un regard juridique sur le recours par l'État à un cabinet de conseil pour l'élaboration de sa stratégie vaccinale », *JCP A* n°5, 1 février 2021).

Les limites aux dérogations permettant d'envisager la légalité de l'externalisation des opérations de contrôle de l'AFA

La *compliance* n'est pas souvent assimilée à un système de délégation de police administrative. Cette assimilation ne semble, pourtant, faire aucun doute lorsque l'on se porte sur la part de supervision que suppose la *compliance*.

L'article 4 de la loi Sapin 2 est peu explicite. En effet, l'éventuelle habilitation à externaliser doit être déduite de la simple mention du concours des experts et personnes ou autorités qualifiées aux missions de contrôle de l'AFA. Il ressort des dispositions de la loi Sapin 2, que la possibilité pour le service de recourir à des experts est de nature réglementaire. Les dispositions des articles 3 et 4 n'ont fait l'objet d'aucun contrôle constitutionnel. C'est le décret d'application de la loi qui définit les modalités de l'externalisation des contrôles.

L'article 8 de ce décret ne fait que mentionner les préalables requis et les obligations de déclarations d'intérêts obligatoires lors de la désignation de ces experts. Un indice quant à la volonté du pouvoir réglementaire peut néanmoins être déduit du II. de cet article 8 qui dispose que l'expert « ne peut réaliser ni participer à la réalisation d'une mission de contrôle » dans certaines hypothèses de conflits d'intérêts. Il apparaît dès lors possible d'en déduire que l'expert peut réaliser ou participer aux contrôles. Cette externalisation doit faire l'objet d'un protocole d'accord conclu avec l'Agence française anticorruption, qui énonce les missions à mener et précise les conditions dans lesquelles elles doivent être exécutées.

Il apparaît évident que les contrôles sur pièces et sur place relèvent d'actes qui ne sauraient, par nature, être délégués à des personnes privées. La circonstance que ces compétences puissent impliquer la communication de tout document professionnel et la réalisation d'entretiens avec toutes les personnes dont le concours paraît nécessaire ainsi que le fait de faire échec à ces mesures de contrôle est pénalisé abondamment dans le sens de la démonstration de l'exercice de prérogatives inhérentes à la « force publique ». Il convient

également de souligner que ces opérations de contrôles justifient l'application potentielle de sanctions administratives.

Les marchés publics d'externalisation des opérations de contrôle de l'AFA stipulent que dans le cadre des opérations de contrôle décrites à l'article 3 de la loi Sapin 2, le titulaire du marché devra, à la demande de l'AFA et en tenant compte de ses recommandations, analyser et recueillir les éléments permettant de contrôler l'outil de la compliance sur lequel il a été missionné. Aussi, le périmètre et les outils de la compliance contrôlés lors de la mission seront précisés par le bon de commande émis par l'AFA.

L'AFA organise des mécanismes qui peuvent être assimilés à des contrôles du régulateur sur les éléments externalisés. En effet, trois réunions doivent ponctuer l'exécution d'un bon de commande. Une première pour un « cadrage précis de l'intervention », une deuxième visant à faire un « point d'avancement des travaux » et une dernière consistant en la « validation du projet d'expertise ». De plus, dans le cadre d'une pratique préconisée par la circulaire du Premier ministre du 19 janvier 2022 et mise en place par la direction des achats du ministère de l'Économie et des Finances, le titulaire du marché doit compléter une fiche d'évaluation annexée au marché qui peut être rendue publique. Il est également possible de mentionner le fait que l'AFA doit autoriser la participation de chacune des personnes physiques effectuant les contrôles pour le compte du titulaire, qu'elle peut décider d'écarter un de ses membres sans avoir à justifier sa décision et qu'elle a également le pouvoir de suspendre le tour de rôle d'un titulaire en cas de manquement à ses obligations contractuelles que la force majeure ne saurait justifier.

L'AFA, sans doute contrainte par des limites matérielles, a organisé l'externalisation des opérations de contrôle. Il semblerait, dans une optique contentieuse, que le contrôle effectué par cette dernière sur les prestations externalisées pourrait s'intégrer au récit jurisprudentiel relatif aux exceptions à l'interdiction de délégation de la police administrative et justifier de la légalité des accords-cadres étudiés. Les formes seraient

préservées. Cependant, il apparaîtrait discutable que le contrôleur de l'anticorruption transforme cette jurisprudence en principe d'action.

Cette situation est probablement « justifiée par l'incapacité des pouvoirs publics à remplir » certaines missions (L. Cluzel-Méteyer, *Le droit administratif et les droits fondamentaux, Thèmes et Commentaires AFDA*, Dalloz, 2023, pp. 161-178.).

Néanmoins cela conduit cette autorité administrative à externaliser de façon pérenne son cœur de métier (et donc de redéfinir son cœur de métier) auprès d'experts capables d'en maîtriser toutes les composantes. Le cabinet mandaté se trouve en position de décider, au moins en partie, des éléments contrôlés et d'en apprécier la qualité. La titulaire du marché remet, en fin de mission, un rapport d'expertise à l'AFA. Aussi, dans le cadre des contrôles externalisés, l'AFA devient superviseur du superviseur, ce qui laisse entrevoir l'hypothèse d'une forme de délégation déguisée des opérations de contrôles.

Si l'externalisation des opérations de contrôle de l'AFA peut se justifier, au prix d'une remise en cause de certains des fictions traditionnelles sur lesquelles repose la théorie de l'Etat, il semble néanmoins pertinent de questionner cette pratique du point de vue de la politique publique à laquelle elle est censée participer : une régulation de la corruption s'appuyant sur des mécanismes de *compliance*.

Préserver la supervision publique

La supervision publique est une condition nécessaire à la compliance. Le pacte de confiance qui doit être organisé entre les autorités politiques et les entreprises se trouve fragilisé par l'externalisation. L'existence d'un interstice entre personne publique et entités supervisées induit surtout des risques de capture.

La supervision publique comme condition de l'autorégulation⁶

Réguler par la *compliance* suppose une décision de nature politique qui change(ra)it radicalement le droit. L'assujetti devient agent de la régulation. Cette décision découle d'un état de fait : « la position et la puissance » de l'entreprise qui détient l'information.

De ce point de vue, il est nécessaire de fonder un pacte de confiance entre les entreprises régulées et les autorités politiques. Or, l'externalisation des contrôles implique, à des degrés plus ou moins importants, d'ajouter un interstice entre le régulateur public et l'assujetti devenu agent de la légalité. Son intervention pourrait être justifiée par les besoins d'expertises du régulateur public. Il convient de souligner que les premières pistes relatives à la composition des effectifs de l'AFA ne permettaient sans doute pas d'envisager des contrôles effectifs de cartographies des risques ou de dispositifs d'évaluation des tiers. L'étude d'impact relative à la loi Sapin 2 liste les profils envisagés pour les missions de contrôle en mentionnant les magistrats judiciaires, administratifs et financiers, les agents publics issus de corps d'inspection, les fonctionnaires de police et de gendarmerie issus de services d'enquête spécialisés et agents publics issus de services techniques connaissant des problématiques économiques (Étude d'impact, Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, FCPM1605542L/Bleue-1, 30 mars 2016). A priori, ces différents agents n'étaient pas les plus à même pour auditer les différents outils de la *compliance* mentionnés à l'article 17 de la loi Sapin 2. Aussi, l'AFA a rapidement eu à recruter des agents contractuels « experts » des outils de la *compliance*.

⁶ Si la supervision publique est effective, la *compliance* correspondrait alors à un modèle de corégulation ou à de l'« autorégulation réglementée » et non à un système d'autorégulation. De ce point de vue, la supervision publique constituerait la contrepartie aux libertés réglementaires accordées dans le cadre d'un modèle de *compliance*.

Du point de vue du modèle de régulation préconisé par la loi Sapin 2, il pourrait donc être pertinent d'envisager un soutien, au moins ponctuel, de certains acteurs privés capables de mobiliser les compétences associées à la supervision de la compliance. L'achat de prestations intellectuelles ou de formation apparaît alors comme un outil utile à la supervision.

En revanche, sauf à affecter la dimension téléologique de la compliance qui semble reposer sur une supervision publique dans l'optique d'instituer un « service public mondial », il ne semble pas opportun de procéder à une externalisation permanente du cœur de métier du régulateur⁷.

Si l'externalisation peut apparaître acceptable du point de vue du droit de la *compliance* dès lors qu'elle est limitée, elle présente un risque de capture du régulateur.

Un risque encombrant de capture

Étudier l'hypothèse de la capture consiste à se demander si (ou dans quelle mesure), une régulation sert des intérêts privés ou l'intérêt public. Cela suppose donc de postuler que la régulation pourrait être capturée par des acteurs du secteur régulé. Les agents d'une autorité de régulation pourraient notamment être influencés par diverses formes de financement ou de compensation telles que la perspective d'embauches futures (pratique du pantouflage) que pourraient leur offrir des entités régulées.

⁷ Ce paragraphe relève d'une tentative de synthèse de plusieurs articles de Marie Anne Frison Roche, publiés dans la collection Thème et Commentaires de Dalloz, visant à proposer un modèle de régulation par la *compliance*. Pour retrouver les citations et références exactes, il est possible de se référer au site de l'auteure (dans la collection Thèmes et Commentaires de Dalloz, dont les références peuvent être retrouvées sur le site internet de l'auteure (<https://mafr.fr/fr/publications/>) ou à l'article mentionné en première page : Y. Benrahou, Renoncer enchaîne : l'impasse de l'externalisation de la dimension externe de la *compliance*, à paraître.

En externalisant une partie de ses opérations de contrôle, l'AFA ajoute, au risque de capture de ses agents, un risque de capture par les consultants externes mandatés ainsi qu'un risque de capture de ces mêmes consultants par les entités contrôlées. Aussi, les marchés publics étudiés comprennent de nombreuses dispositions visant à préserver leur indépendance et à lutter contre les éventuels conflits d'intérêts pouvant exister entre le titulaire du marché et les entités contrôlées. Ces dispositifs ont été renforcés notamment à la suite des différents travaux relatifs au recours aux prestations intellectuelles de cabinets privés et de la publication de la circulaire du Premier ministre n°6329/SG du 19 janvier 2022.

Les marchés étudiés ont également évolué dans le sens de certaines des récentes préconisations. Les accords-cadres de 2023 contiennent, contrairement à ceux de 2019, un plafond fixé à 29,9 millions d'euros⁸. Les nouveaux accords-cadres contiennent aussi une annexe relative au RGPD, des engagements concernant la loi de blocage et une clause permettant à l'AFA d'auditer l'attributaire du point de vue du respect de ses obligations de confidentialité et de suppression des données recueillies dans le cadre des missions.

En miroir de l'externalisation s'organise ainsi un contrôle des activités externalisées qui nous confronte au moins à deux difficultés. Une première concernant la capacité de l'AFA à prévenir la capture. En effet, les interdictions et ambitions préventives affichées par l'AFA ne semblent que déclaratives et apparaissent difficiles, voire impossibles à contrôler. Cela donne lieu, en pratique, à un affaiblissement du cadre déontologique de l'agent en charge du contrôle. À titre d'exemple, nous pouvons évoquer le fait que l'externalisation des opérations de contrôle aboutit potentiellement à des situations assimilables à de la prise illégale d'intérêts dans la mesure où des cabinets ayant contrôlé des entités pourraient ensuite faire de ces dernières un client.

⁸ Plus précisément, les plafonds ont été répartis par lots, de la manière suivante : Lot 1 : 23 M€, le Lot 2 : 5 M€, le Lot 3 : 897 k€ et Lot 4 : 1 M€.

Une seconde difficulté concerne la pertinence même d'une externalisation visant, en s'appuyant sur la déontologie de l'avocat et des cabinets d'experts-comptables, à reproduire, par le truchement d'un accord-cadre, les éléments constitutifs de la déontologie des agents publics au sein de cabinets de droit privé. En effet, sans sombrer dans une superstition des formes visant à préserver quoi qu'il en coûte la gestion publique, il apparaît coûteux, insatiable et certainement absurde de retenir l'ambition de reproduire un contrôle quasi hiérarchique auprès d'une structure privée dont les services sont plus coûteux qu'un recrutement.

Enfin, l'entremise des cabinets de conseil induit un risque de « capture douce » (J. Agrell, A. Gautier, « A Theory of Soft Capture, *The Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 119, No. 3, July 2017). Cette hypothèse permet de dépasser le paradoxe de la capture : qui est un phénomène connu, mais difficile à prouver. En plus de ces difficultés probatoires, le prisme de la « capture douce » n'enferme pas l'analyse dans la recherche d'intentions collusives. En ne faisant plus seulement reposer le mécanisme sur un système de récompense et menaces, il devient alors possible s'éloigner d'une théorie reposant uniquement sur l'hypothèse d'agents publics mus par un opportunisme monétaire privé au sens d'une appropriation personnelle de la rente informationnelle. Ici, le régulateur pourrait se trouver capturé par la simple acceptation d'informations biaisées concernant les entités contrôlées. Ces biais sont potentiellement induits et causés par l'origine des informations qui proviennent du régulé. Un régulateur pourrait céder à cette forme de capture douce notamment lorsqu'il se trouve soumis à une pression politique dans le cadre de « régulations techniques » avec un temps et un budget contraint.

Là encore, le risque se trouve accentué par l'entremise de cabinets pouvant potentiellement intervenir, même de manière indirecte, à toutes les étapes (élaboration du cadre réglementaire, mise en conformité des entités régulées et supervision publique) de la construction d'une régulation par la *compliance*. La supervision en matière de *compliance* nous semble, de ce point de vue, appeler à une vigilance particulière. En effet,

l'expertise recherchée associe une maîtrise des outils de la compliance, l'expérience et la pratique du régulé et une familiarité avec les attentes du régulateur (S. Koenigsberg, F. Barrière, La construction de l'expertise de l'avocat en matière de compliance, M.-A. Frison-Roche. *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2021). En concentrant ces différents éléments dans les mains de cabinets de conseil entretenant un rapport commercial à la régulation, il apparaît difficile d'envisager une supervision publique indépendante des solutions et méthodes proposées par ces « experts ». Il convient d'ailleurs de souligner que la construction de la doctrine et de la documentation de l'AFA ne s'est pas faite sans l'intervention « d'experts » de la *compliance*, provenant du secteur privé.

Le régulateur est censé réduire l'asymétrie informationnelle existant avec les régulés. La délégation partielle des compétences en matière de contrôle fragilise cet objectif. En d'autres termes, cela pourrait induire une déprofessionnalisation ou une non-professionnalisation du régulateur qui sont vectrices de capture. Une accoutumance à un intermédiaire pourrait remettre en cause la capacité du régulateur à jouer son rôle. C'est en cela que cette entremise nous apparaît encombrante et qu'elle appelle à la vigilance.

Conclusion

Il est nécessaire de préserver et de cultiver le savoir-faire de l'AFA en matière de contrôle. Cela suppose de maîtriser l'externalisation de la supervision. Celle-ci nous semble devoir être envisagée comme ponctuelle en ne visant qu'à permettre au régulateur de se doter de l'expertise nécessaire aux contrôles. Il conviendrait alors de ne penser les cabinets qu'en tant que ressources, ces derniers disposant de connaissances dont le régulateur peut s'inspirer notamment par le biais de formations ou d'une simple participation aux contrôles. La constitution d'équipes mixtes de contrôle devrait, de ce point de vue, être une condition nécessaire à la participation des cabinets (cette pratique, déjà développée par d'autres autorités, n'a pas été inscrite dans les accords-cadres de l'AFA).

Cela implique également d'organiser des mécanismes de mutualisation des compétences en matière de supervision des différents buts monumentaux constitutifs de la compliance (il semblerait que de premiers exemples existent : un groupe de travail relatif aux contrôles sur pièce et sur place a été constitué par plusieurs autorités de régulation). Cette approche semble d'autant plus nécessaire que certains des cabinets attributaires organisent déjà cette forme d'interopérabilité des compétences associée aux compliances ou aux différents domaines de la compliance en s'instituant en « expert » de ces différents domaines et donc en interlocuteurs des différentes autorités associées.

Par ailleurs, la nature des missions confiées à ces cabinets appelle à une vigilance qui ne tient pas, en premier lieu, à des questions budgétaires. Les opérations de contrôle de l'AFA impliquent de prendre connaissance des éléments de gestion interne des personnes morales de droit public et des sociétés françaises les plus importantes. Cela induit une atteinte potentielle à la souveraineté de l'État dès le premier euro relatif à une mission de conseil dépensé.

Plus largement, cela nous invite à questionner le rapport que nous entretenons avec l'expertise et les processus de légitimation qui y sont associés. D'abord, il convient, sans en nier l'existence, de douter de cette expertise, notamment pour certains des outils de la *compliance*, dont la commercialisation passe par un récit relatif à leur caractère très complexe, voire scientifique.

Ensuite, l'existence de la forme d'externalisation décrite dans la présente étude participe peut-être d'une idée suivant laquelle les experts ne peuvent être jugés que par d'autres experts. Cela constitue sans doute une impasse, dans la mesure où cette approche aboutit à une vision figée, autoentretenu et organique de savoir « expert » qui ne trouve et ne peut chercher que très peu d'appuis dans l'espace social. Ces derniers peuvent alors vivre comme en apesanteur ou en vase clos technocratique tout en provoquant une cécité du

fait de la spécialisation et la parcellisation des savoirs (V. Gayon, *Epistémocratie*, Raisons d'agir, 2022). L'institution d'autorités administratives indépendantes constitue déjà une forme d'externalisation qui peut être ressentie par des doctrines politiques attachées à un État démocratique et social comme une forme de renoncement. Il en va de même de la *compliance*, phase avancée de la régulation, qui marque une ratification politique de la puissance de la firme de droit privé.

La présente note a visé à décrire et analyser une nouvelle forme de renoncement consistant à compléter la chaîne de privatisation de la régulation en confiant à des cabinets privés le contrôle des nouveaux corégulateurs privés et publics assujettis à des obligations de *compliance*. Il semble finalement nécessaire de rester vigilant par rapport à une externalisation de la supervision qui constitue un choix politique pouvant enchaîner la régulation publique en la rendant dépendante, à long terme, de l'expertise privée et en participant ainsi d'une forme d'épistémocratie⁹.

PROPOSITIONS DE RÉFORMES

1

Inclure le recours aux cabinets d'audit en matière de supervision économique dans le débat public

Discuter du régime juridique et du périmètre des externalisations des opérations de contrôle de l'AFA.

L'article 4 de la loi Sapin 2 complété par l'article 8 du décret n°2017-329 se limitent à énoncer le « concours » des experts aux activités de contrôle de l'AFA. Le périmètre de ces externalisations est laissé à l'appréciation du régulateur. Après 5 années

⁹ Pouvoir exercé au nom d'une rationalité experte ou d'un discours se réclamant de la science, exonérée de contrôle démocratique.

d'existence, ce procédé gagnerait à être plafonné et légitimité par des organes démocratiques afin que le régime et le périmètre du recours aux cabinets d'audit (ou plus précisément d'experts-comptables et d'avocats) soient publiquement discutés.

2

Étendre les travaux relatifs aux cabinets de conseils aux cabinets d'audit concourant aux contrôles administratifs.

Alors que les travaux d'évaluations du Sénat et de la Cour des comptes, relatifs aux recours aux cabinets de conseil, se limitaient aux contrats passés par l'État et ses établissements publics, la proposition de loi visant à encadrer l'intervention des cabinets de conseil privés dans les politiques publiques, s'est dotée d'un champ plus large. Pourtant, le rôle des cabinets d'audit¹⁰ en matière de régulation économique semble avoir été négligé. Cette forme d'externalisation implique sans doute des risques particuliers, du fait de l'immixtion dans la gestion interne des sociétés et collectivités françaises ainsi que du risque de capture du régulateur, que cela implique. Il convient donc d'intégrer aux propositions cette question de souveraineté dans l'optique de construire une doctrine en matière d'externalisation de la supervision publique ou en d'autres termes d'externalisation des contrôles administratifs. Par ailleurs, il apparaît nécessaire de tenir compte des préconisations de la mission flash #99 de la DGSI relative aux risques associés au recours à des cabinets d'audit étrangers¹¹. De ce point de vue, il apparaît regrettable que l'Assemblée nationale ait rejeté l'amendement du groupe socialiste, inspiré d'une proposition de l'association Transparency international, visant à inclure les cabinets

¹⁰ Pour les marchés étudiés, le terme générique de cabinets d'audits regroupe les catégories juridiques de cabinets d'avocats et de cabinets d'experts-comptables.

¹¹ En application du code de la commande publique, les marchés de l'AFA ont aussi été attribués à des prestataires étrangers. Le flash de la DGSI préconise, sur un autre périmètre, de privilégier les prestataires français (<https://www.dgsi.interieur.gouv.fr/sites/dgsi/files/2024-01/2024%2001%2025%20-%20Flash%2099%20-%20janvier%202024%20-%20Lois%20extraterritoriales%20cabinets%20audit%20%C3%A9trangers.pdf?fbclid=IwAR0ys67McTJlsj9xVd8Tz42aJu8q9FnjVuKVrJfQ8sUFHZZIqRSAVBLyev0>).

d'avocats et d'expertise comptable dans le champ de l'article 12 relatif aux prestations de conseil¹².

3

limiter le rôle des acteurs commerciaux de la compliance en matière de supervision économique

Augmenter les moyens de l'AFA et faciliter ses capacités de recrutement.

L'externalisation des contrôles opérations de l'AFA semble majoritairement justifiée par l'insuffisance de ses moyens qui nuit au bon fonctionnement de l'entité en pesant sur sa capacité à maintenir le rythme de contrôle, tout en rigidifiant la nature des contrats de recrutement proposés, au risque de faire échouer des recrutements pourtant pertinents. Il apparait alors pertinent de déterminer les moyens attribués à l'AFA en partant de ses besoins. Ces derniers devraient être déduits de son périmètre de compétence et des ambitions de contrôle affichées. Cette démarche apparait d'autant plus pertinente que les récents travaux, relatifs aux cabinets de conseil, démontrent du cout important induit par l'externalisation.

4

Préserver le cœur de métier du régulateur.

L'externalisation devrait être ponctuelle, maîtrisée et ne devrait donc pas porter sur le cœur de métier du régulateur. Il apparait, de ce point de vue, difficile de justifier une délégation, même partielle, des opérations de contrôle de l'AFA. Il convient donc d'organiser une réinternalisation progressive des opérations.

¹² https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/amendements/0366/CIION_LOIS/CL12.pdf

5 Favoriser l'organisation en équipes mixtes de contrôle.

Il ressort des entretiens réalisés dans le cadre de travail que d'autres autorités de régulation s'appuient sur des experts privés pour superviser des dispositifs de compliance. Le principe d'une organisation en équipes mixtes semble pouvoir, de ce point de vue, favoriser la montée en compétence du régulateur lorsque l'externalisation est justifiée par une asymétrie d'expertise. Ce procédé permet également un meilleur contrôle sur les éléments externalisés.

6 Mutualiser ou partager les compétences en matière de supervision publique.

La supervision des *compliances*, et plus particulièrement la mise en œuvre de prérogatives de contrôle sur pièce et sur place, semble impliquer de développer des savoir-faire communs aux différents régulateurs, secteurs ou politiques publiques concernés. Il apparaît pertinent d'organiser le partage des compétences entre les différents acteurs du contrôle administratif (il semblerait que de premiers exemples existent : un groupe de travail relatif aux contrôles sur pièce et sur place a été constitué par plusieurs autorités de régulation). Certains des cabinets attributaires organisent déjà cette forme d'interopérabilité des compétences associées aux compliances ou aux différents domaines de la compliance en s'instituant en expert de ces différents domaines et donc en interlocuteurs des différentes autorités associées. Cette préconisation s'inscrit dans le cadre des différentes recommandations visant à privilégier les compétences publiques déjà existantes.

7

Favoriser la transparence pour davantage de contrôles

Inclure les opérations de contrôle externalisées dans le rapport d'activités de l'AFA.

Les rapports d'activités de l'AFA ne mentionnent pas l'existence de ces externalisations. Afin que l'agence demeure exemplaire en matière de transparence et de probité, il conviendrait de rendre compte des chiffres relatifs à ces contrats en exposant la part des contrôles externalisés et les dépenses associées.

8

Assurer la transparence des livrables et des données essentielles.

Il conviendrait également de rendre accessibles les données essentielles associées à ces marchés publics. Par ailleurs, les données relatives aux livrables de ces missions qui ne portent pas atteinte aux différents secrets protégés devraient être rendues accessibles sur demande. Il convient de citer, à titre d'exemple, certains des éléments contenus dans la fiche d'évaluation annexée aux marchés. Cela pourrait notamment permettre d'évaluer la qualité des travaux effectués.

9

Organiser des contrôles relatifs aux conflits d'intérêts pouvant naitre de ces externalisations.

Afin de dépasser le régime simplement déclaratif actuel, il convient d'opérer des contrôles relatifs aux missions de conseil. En plus de propositions formulées par Mathias Amilhat et Jean-François Kerléo relatives à la déontologie des cabinets de conseil (M. Amilhat, J.-F. Kerléo, note 24# du 6 avril 2022 et note #33 du 20 juillet 2023), il semble nécessaire d'organiser des contrôles des conflits d'intérêts potentiels induits par les externalisations décrites dans la présente note. Il apparait particulièrement pertinent d'associer la HATVP à la prévention de la forme de pantouflage ou de prise illégale d'intérêts pouvant, par ricochet, naitre des marchés publics relatifs aux opérations de contrôle de l'AFA. Du point

de vue d'une définition matérielle des risques, un tel dispositif apparaît logique. De tels contrôles pourraient également être confiés à la Haute autorité de l'audit. Pourtant, ce dernier serait lourd et pourrait impliquer une ingérence, non exceptionnelle, entre autorités de régulation. C'est aussi en cela que cette forme d'externalisation est encombrante.