

Quand le gouvernement sous-traite, pour la première fois, la rédaction d'une loi à un cabinet d'avocat anglo-saxon : les coulisses d'une [d'infox](#)

Une pratique non interdite

Si la Constitution encadre strictement le processus d'élaboration des lois, selon qu'il s'agisse d'une proposition de loi à l'initiative d'un ou plusieurs parlementaires ou d'un projet de loi à l'initiative du Gouvernement, elle n'impose aucune exigence particulière pour ce qui est de leur rédaction. Seule [la loi organique du 15 avril 2009](#) qui règlemente la présentation des projets de loi exige qu'ils soient précédés de l'exposé de leurs motifs et accompagné d'une étude d'impact.

L'exposé des motifs est l'argumentaire politique par lequel le Gouvernement fait connaître sa position, les raisons et les objectifs du projet de loi et par lequel il va tenter de convaincre ses lecteurs. L'étude d'impact est une évaluation préalable des incidences économiques, financières, sociales, et environnementales des réformes envisagées dans le cadre du projet de loi.

Hormis ces deux obligations, aucune disposition n'interdit donc aux ministres, ni même aux parlementaires, de se faire assister par des avocats d'affaires ou des consultants dans leur mission de création de la loi.

Dans le silence de la loi, rien ne s'opposait donc à ce que la Direction générale des infrastructures des transports et de la mer ([DGITM](#)) rattachée au Ministère de transition écologique et solidaire de lancer un marché public visant « à appuyer [ses] services dans la rédaction de l'exposé des motifs et de l'étude d'impact du projet de loi sur les mobilités » (article 4.3 AE/CCP).

Or, selon [Le Monde](#) repris par [Marianne](#) entre autres « aucun gouvernement jusqu'ici ne s'était risqué à sous-traiter » « un acte de pure politique » à un cabinet d'avocats d'affaires qui plus est anglo-saxon. Pourtant cette pratique n'est pas nouvelle et a, au contraire, tendance à se systématiser sans réel encadrement, dans des domaines techniques, stratégiques et juridiques, indissociables des fonctions régaliennes.

Une pratique non inédite...

Le rôle des avocats d'affaires mais aussi des experts et autres consultants dans les fonctions régaliennes de l'État est, en effet, établi depuis de nombreuses années en France. Le [Monde diplomatique](#) avait d'ailleurs consacré un article à cet effet intitulé « *Quand les avocats d'affaires écrivent les lois* ».

On y apprend ainsi que dès le début des années 80, l'un des premiers gros cabinets d'avocats d'affaires français, Gide-Loyrette-Nouel, participa activement aux opérations de privatisation menées par les différents gouvernements de l'époque.

Ce phénomène prendra ensuite son essor avec les politiques de restriction budgétaire, à partir des années 2000 et connaîtra son apogée avec la mesure de Nicolas Sarkozy relative au non-remplacement d'un fonctionnaire sur deux, corolaire d'une baisse des ressources, et par suite, d'une déperdition des compétences au sein des cabinets.

Ainsi, en 2005, c'est une commission composée exclusivement d'experts français (33 professeurs de droit, trois juges et un avocat) qui a entièrement rédigé [l'avant-projet de réforme du droit des obligations](#).

En 2015, c'est l'article du projet de loi de finance relatif l'octroi de la garantie de l'État au Crédit immobilier de France qui a été rédigé par le cabinet d'affaires international, Clifford Chance.

Le cabinet français *Capgemini* s'est vu quant à lui confier une mission complète de « rédaction de texte réglementaire » dans le cadre du contrat d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la mise en place de l'écotaxe, avec les résultats qu'on lui connaît, puisque la réforme finira par être enterrée en 2016 emportant avec elle pas moins d'1 milliard d'euros.

Les propositions de loi ne sont pas en reste, puisque en 2009, [Le Parisien](#) révélait que le cabinet privé LexisNexis avait contribué à la rédaction de la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit moyennant un coût de 84 000€. Intervention qui faisait déjà parler d'elle à l'époque.

Dans le cadre du projet de loi LOM, c'est au cabinet d'avocats anglo-saxon DENTONS, qu'a été externalisée la mission de rédaction de l'exposé des motifs et de l'étude d'impact du texte.

Dans un rapport de 2014 sur « le recours aux conseils extérieurs par l'État », la Cour des comptes alertait déjà sur l'externalisation par l'administration de « *ce qui constitue son cœur de métier* », à des opérateurs privés qu'ils soient français comme Capgemini ou Mazars mais aussi internationaux tels que Clifford Chance LLP (anglais), Ernst & Young (anglais), McKinsey (Etats-Unis), Boston Consulting Group (BCG) (Etats-Unis) ainsi que sur l'ampleur des dépenses concentrées sur un nombre restreint de ces opérateurs.

Les Sages de la rue Cambon ont ainsi relevé sur la période 2011-2013, que sur les dix principaux fournisseurs de prestations de conseil, six ont facturé plus de 10M€ tous services de l'Etat confondus, le cabinet français, Capgemini représentant à lui seul 15 % des dépenses totales de l'État en conseils extérieurs.

Cabinet	Montant de facturation (en M€)
Capgemini	55,92
BearingPoint	19,16
McKinsey & Company	19,10
Roland Berger	17,23
Eurogroup	13,77
Publicis Conseil	10,82
Accenture	8,46
Sopra Group	8,01
EY (Ernst & Young)	6,21
PricewaterhouseCoopers	6,14

*Page 30 du rapport de la cour des comptes de novembre 2014

Ces éléments démontrent ainsi, contrairement aux affirmations du Monde et de Marianne entre autres, que cette pratique en plus d'être non inédite coûte chère à l'État, et que le Cabinet Dentons n'est ni le premier ni le seul cabinet d'envergure internationale à accompagner l'Etat et ses services et en particulier la DGITM dans leur mission de puissance publique.

...en particulier à la DGTIM !

Cette direction a, en effet, été épinglée par la Cour des comptes dans le rapport de 2014 pour ses recours systématiques et parfois excessifs à des opérateurs privés.

La Cour relève ainsi, qu'entre 2011 et 2013, le cabinet Clifford Chance l'a assisté pour un montant total de 3,6 M€, sur de nombreux sujets (procédure de mise en concession d'autoroutes, assistance juridique sur les difficultés rencontrées par la SNCM, mise au point du contrat de partenariat relatif à l'écotaxe) et qu'elle a, par ailleurs, conclu avec un cabinet

d'avocat, dont la Cour ne cite pas le nom, un marché de 3,5M€ pour conseiller l'État sur l'attribution et le suivi de quatre concessions autoroutières (A45, A831, A150 et A355) et un contrat de partenariat.

Cette direction qui dépend du Ministère de la transition écologique et solidaire a donc dépensé plus de 7M€ en prestations de conseils ou d'assistances juridiques au détriment de la mission d'appui dont elle dispose, délaissant ainsi progressivement des compétences « *indissociables des fonctions régaliennes* ».

Parmi ses prestataires réguliers, on compte également le nom du Cabinet Dentons comme en témoignent certains des [CV en ligne](#) sur le site du Cabinet international. Dirigé par Marc Fornacciarri ancien maître des requêtes au Conseil d'Etat et responsable de Dentons Europe, il a notamment assisté la DGITM à plusieurs reprises dans le domaine des transports et plus précisément en matière de concessions autoroutières (Route Centre-Europe Atlantique (RCEA)), de l'évolution du cadre juridique et économique des contrats autoroutiers, de la résiliation du contrat de partenariat relatif à la mise en œuvre de l'éco-taxe poids lourds et des contentieux indemnitaires postérieurs à cette résiliation. Enfin, deux contrats sont actuellement en cours d'exécution concernant des missions d'assistance et de conseil juridique dans le cadre de projets autoroutiers et de mise en concurrence de concessions, et ce alors même que ce cabinet conseille parallèlement d'importants opérateurs de transports tels que Vinci ou la RAPT...

Ainsi, dans le cadre de la procédure de passation du contrat d'exploitation de la liaison ferroviaire « [CDG Express](#) », lancée en [janvier 2017](#) et dont il vient d'être désigné attributaire pressenti par cette même DGITM, le groupement [Hello Paris](#) composé de RATP Développement et de Kéolis (filiales de la RAPT) a été conseillé par Marc Fornacciarri en personne. Or, à cette époque, Élisabeth Borne dirigeait encore la RATP avant d'être nommée quelques mois plus tard (en mai 2017) [ministre](#) auprès du ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire, chargée des transports et de porter le projet de réforme sur les mobilités. Et hasard du calendrier ? Le projet de Loi LOM a été présenté au conseil des ministres le 28 novembre 2018, soit une semaine après l'attribution du contrat d'exploitation au groupement RATP Dev/Kéolis.

On notera également que ce cabinet proche du pouvoir comme le révèle la consultation des [MacronLeaks](#) compte parmi ses rangs, Dorothée Griveaux, sœur du porte-parole du Gouvernement Benjamin Griveaux et avocate au sein du département droit public du cabinet Dentons depuis 2008 et qui est intervenue dans la réalisation de la rédaction des documents annexes au projet de loi LOM.

C'est donc dans ce contexte aux allures de conflits d'intérêts qu'a été « sous-traité » la rédaction d'une partie du projet de la loi LOM au cabinet Dentons, à l'issue d'un « appel d'offre éclair », selon l'expression utilisée par la presse.

La mise en œuvre d'une procédure orientée ?

Pourtant, le contrat conclu entre la DGITM et le Cabinet Dentons n'est pas un contrat de sous-traitance au sens de la [loi du 31 décembre 1975](#), mais bien un marché public destiné à répondre à un besoin de la DGITM en matière de prestations intellectuelles, tel que cela ressort du dossier de consultation des entreprises (DCE) qui faisait explicitement référence tant à [l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et à son décret d'application n°2016-360 du 25 mars 2016](#) qu'au cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles ([CCAG-PI](#)).

Les documents de la consultation précisait, en outre, que ce marché public a été passé, non pas selon la procédure de l'appel d'offres contrairement aux révélations précitées, mais selon la procédure dite « adaptée » (MAPA).

La précision a son importance dans la mesure où les modalités de publicité et de mise en concurrence applicables sont plus ou moins contraignantes pour l'administration. Ainsi, à la différence de l'appel d'offres, dont le formalisme impose le respect d'un délai minimum laissé aux candidats pour déposer une offre qui ne peut être inférieur à 30 jours ; les règles de la procédure adaptée sont beaucoup plus souples et ne fixent aucun délai. [La jurisprudence](#) a néanmoins eu l'occasion de considérer qu'il devait « être suffisant au regard notamment du montant du marché envisagé, de l'urgence à le conclure ou de la nature des prestations (...) » et plus récemment, le [Conseil d'Etat](#) a précisé, qu'il devait être adapté à « la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres ».

Or, l'[avis de marché](#) publié par la DGITM le 11 janvier 2018 prévoyait un délai de remise des offres de 10 jours francs (soit jusqu'au 22 janvier 2018, à 12 heures) ainsi qu'un délai de 07 jours pour la remise des candidatures, ce dernier ayant échappé aux commentateurs de l'affaire.

Ces délais étaient-ils pour autant suffisants et adaptés aux spécificités du marché pour permettre aux candidats intéressés de soumissionner ?

Il est permis d'en douter au regard, non seulement, du montage contractuel défini (marché à tranches), de l'importance accordée aux critères de la valeur technique pour l'attribution du marché (75% contre 25% pour le critère prix), mais aussi et surtout, de la complexité des prestations à réaliser. A savoir, la rédaction de parties essentielles du projet de la loi sur les mobilités que sont d'une part, l'argumentaire politique par lequel la Ministre des transports va présenter les principales caractéristiques du projet de loi sur les mobilités qui sera soumis au Parlement et qui doit mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à son adoption, et d'autre part, l'analyse des conséquences économiques, financières sociales et environnementales de cette mesure emblématique de la présidence d'Emmanuel Macron dont l'ambition est de révolutionner, 36 ans après la grande loi LOTI, la politique des transports en France.

Au vu de tels enjeux, force est de constater que la brièveté des délais ainsi mis en œuvre couplé à une décomposition en deux phases (candidatures et offres) n'a pas permis d'assurer une mise en concurrence effective, puisque sur les 5 candidats ayant téléchargé le dossier de consultation, seulement deux ont déposé une offre (chiffres donnés par les médias ayant eu accès au rapport d'analyse de la DGITM, notre demandeur d'accès au titre de la CADA étant restée à ce jour lettre morte). Le premier est le groupement momentané d'entreprise constitué du cabinet d'avocats Dentons (mandataire) et de l'entreprise SETEC (pour la partie technique du projet), le second est l'entreprise Espelia.

Faut-il y voir une stratégie du Ministère de tutelle de la DGITM de restreindre l'accès au marché à seulement quelques opérateurs et permettre ainsi au Cabinet Dentons de l'emporter ?

Certainement. L'entreprise Espelia arrivée en seconde et dernière position « a été écartée en raison du montant proposé pour sa prestation, légèrement supérieur à celui avancé par son concurrent ». Ce motif de rejet paraît quelque peu léger dans la mesure où le recours à la négociation prévu dans le règlement de la consultation aurait pu être mis en œuvre et permettre à ce candidat de faire un effort sur le prix et pourquoi pas de remporter le marché. La DGITM n'a visiblement pas saisi cette opportunité ce qui lui aurait permis non seulement

d'assurer une diversification de ses prestataires de conseil mais aussi de veiller à la neutralité du cabinet retenu.

En effet, dans le cadre de la procédure adaptée, si la DGITM peut « *définir librement les modalités de publicité et de mise en concurrence* », cette souplesse ne l'exonère, toutefois, pas du respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dont le manquement peut donner lieu à des poursuites pénales telles que le détournement de fonds publics ou le délit de favoritisme comme ce fut le cas lors de [l'affaire des sondages de l'Élysée](#).

Le 19 février 2018, c'est pourtant au groupement Dentons-Setec que le marché a été attribué pour une durée de 6 mois et a été exécuté pour un montant total de 58 800 euros, dont 32 400 euros pour la réalisation de prestations de mise à jour des documents, alors même qu'il était estimé à 30 000€ au global (montant non contractuel). On notera, par ailleurs, l'absence d'indication d'un montant plafond contractuel (pourtant obligatoire en MAPA) pour ces prestations de mise à jour traités à prix unitaires.

Enième démonstration de la perte de maîtrise des coûts par cette direction qui n'a pas su tirer les leçons du rapport de la Cour des comptes de 2014, ou volonté de privilégier un prestataire de longue date ?

Ce qui est sûr c'est que ce type de relation peut faire naître un doute légitime sur l'impartialité de la procédure mise en œuvre et par suite sur la neutralité de la loi même.

Il démontre également, qu'externaliser une mission aussi complexe et relevant du pouvoir législatif normalement dévolu aux détenteurs de la puissance publique n'est pas nécessairement gage de qualité, comme le démontre [l'avis du Conseil d'Etat](#) du 15 novembre 2018 qui a mis en évidence l'affligeante médiocrité de l'étude d'impact réalisée par le groupement Dentons-Setec.

« L'étude d'impact du projet a également pâti de cette saisine (du Conseil d'Etat) en plusieurs phases qui a ajouté des incohérences aux lacunes et insuffisances initiales souvent liées à l'hétérogénéité des sujets traités par le projet de loi, voire à la diversité des dispositions au sein d'un même article. Les observations qui suivent soulignent les manques les plus marquants au regard des prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009, auxquels le Gouvernement s'est efforcé de remédier par l'étude d'impact rectificative parvenue le 14 novembre 2018, dans la perspective du dépôt du projet de loi au Parlement. » (3° de l'avis).

Le sénateur (LR) Didier Mandelli, rapporteur de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du Sénat, qui a rendu son rapport le 6 mars 2019 considère de son côté que *"Malheureusement, le texte présenté au Sénat, réduit à la portion congrue au regard des premières versions qui ont existé, n'est pas à la hauteur des enjeux. Les renoncements successifs du gouvernement ont conduit à la présentation d'un texte sans véritable vision d'ensemble"*.

Le projet de loi sur les mobilités présentée au Conseil des ministres par Elisabeth Borne fin 2018 et qui doit être examinée dès demain par le Sénat, illustre une nouvelle fois l'interventionnisme des acteurs privés (cabinets d'avocats, experts, consultants...) dans le processus législatif. Intervention désormais bien établie voir systématiser, tant dans les domaines stratégiques (transports, aide à la décision, système d'info...) que régaliens (droit, modernisation de l'Etat, défense...), en France comme dans les pays anglosaxons et les institutions européennes. Cependant, ces interventions ne font pas toujours l'objet de procédure de marché public laquelle a au moins le mérite d'assurer une certaine

transparence, contrairement à l'influence des groupes de pression et des lobbys qui agissent la plupart du temps dans l'ombre.

En tout état de cause, cela nous amène à dresser un constat qui ne plaira certainement pas à tous : la loi n'est plus « *le pur produit de la volonté générale exprimée par ceux qui détiennent la puissance publique* » !

Kheira Tayeb

Sources

Articles de presse :

https://www.lemonde.fr/societe/article/2018/11/29/quand-le-gouvernement-sous-traite-a-des-avocats-l-expose-des-motifs-de-la-loi-des-mobilites_5390274_3224.html

<https://fr.sputniknews.com/france/201902131040015168-gouvernement-francais-projet-loi-rejet-conseil-etat-cabinet-avocats-prive/>

<https://www.monde-diplomatique.fr/2013/01/GOANEC/48589>

<https://www.marianne.net/politique/quand-le-gouvernement-paie-un-cabinet-prive-pour-rediger-sa-loi-flinguee-par-le-conseil-d>

<https://lvsl.fr/sous-traitance-loi-lom-quand-l-action-publique-devient-un-marche>

<http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2015/03/12/20002-20150312ARTFIG00166-le-recours-par-l-etat-de-consultants-externes-n-est-pas-assez-encadre.php>

<https://lessurligneurs.eu/un-cabinet-d-avocats-redigeant-l-expose-des-motifs-d-une-loi-je-n-ai-jamais-rien-vu-de-tel-declare-michel-sapin-il-n-empêche-que/>

<https://francais.rt.com/france/56019-expose-motifs-loi-mobilite-sous-traite-gouvernement-entreprise-privee>

https://www.lanterne.com/La-loi-d-orientation-des-mobilites-devant-le-Senat_a46764.html

Avis de marché (BOAMP) :

<https://www.boamp.fr/avis/detail/18-4545/0>

Dossier de consultation des entreprises DGITM :

<https://betterplace.info/dce/362231-d4t>

Dossier projet loi LOM :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000037646678&type=general&typeLoi=proj&legislature=15>

<http://www.unionroutiere.fr/actualite/projet-de-loi-d-orientation-mobilites-lom/>

C comptes – Rapport 2014 :

<https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/20150312-rapport-recours-etat-conseils-externes.pdf>

Conseil État – avis loi LOM :

<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Les-avis-du-Conseil-d-Etat-rendus-sur-les-projets-de-loi/2018/Projet-de-loi-d-orientation-des-mobilites-TRET1821032L-26-11-2018>

Jurisprudence :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA TEXT000037183366&fastReqId=1934843437&fastPos=1>

RATP GROUP:

<https://www.ratp.fr/groupe-ratp/newsroom/ratpdev/le-groupement-hello-paris-compose-de-keolis-et-ratp-dev-designe>

Jean Sagot-Duvaurox, Olivier Dubos, « Lobbying et groupes de pression : de l'influence « pour », à l'influence « par » la qualité des normes », angles Droit , 19 novembre 2013. ISSN : 2261-2718. URL : <https://anglesdroit.hypotheses.org/1576>