

Collaborateurs externes de l'administration fédérale

Rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats

du 7 octobre 2014

Table des matières

1	Introduction	3313
1.1	Contexte	3313
1.2	Objet de l’inspection, procédure et compétences des Commissions de gestion	3314
2	Constatations et recommandations	3315
2.1	Absence de stratégie et de pilotage de la part du Conseil fédéral	3315
2.1.1	Stratégie	3315
2.1.2	Pilotage	3318
2.2	Des bases légales lacunaires	3319
2.2.1	Relations contractuelles	3319
2.2.2	Respect de la réglementation sur les marchés publics	3321
2.3	Transparence	3322
2.3.1	Transparence interne	3322
2.3.2	Transparence externe	3323
2.4	Contrôles de sécurité relatifs aux personnes (CSP)	3324
3	Conclusions et suite de la procédure	3326
	Liste des abréviations	3327
	Annexe: Collaborateurs externes de l’administration fédérale	
	Rapport du Contrôle parlementaire de l’administration à l’intention de la Commission de gestion du Conseil des Etats	3329

Rapport

1 Introduction

1.1 Contexte

Ces dernières années, le budget du personnel de la Confédération a fait l'objet d'une attention particulière de la part du Parlement, lequel a montré une ferme volonté de diminuer les charges liées au personnel¹. Parallèlement à cette volonté du législatif de limiter les dépenses, l'administration a continué de faire recours à des collaborateurs externes. Dans différents offices fédéraux, le personnel engagé au moyen d'un contrat de droit public s'est donc retrouvé à travailler régulièrement aux côtés de personnes externes à l'administration.

En principe, la possibilité de faire recours à des aides externes permet de faire face à un surcroît d'activité ou de mener à bien une tâche en intégrant ponctuellement des compétences spécialisées. Sous ce point de vue, les collaborateurs externes apparaissent donc comme une ressource tout à fait opportune et flexible. La flexibilité offerte par ce type de relation contractuelle présente un double avantage: d'une part, elle permet de modifier les effectifs en s'adaptant constamment à l'évolution des projets en cours, et d'autre part, elle évite d'engager du personnel interne dont on pourra difficilement se séparer par la suite².

Si leur utilité n'est, à certaines conditions, pas remise en question, une problématique majeure caractérise le recours à des collaborateurs externes: la faible transparence. Malgré leur présence, les externes n'apparaissent en effet pas dans les statistiques fédérales sur le personnel. Dans les comptes, les coûts correspondants ne sont que partiellement ventilés dans les charges de personnel, ce qui constitue un problème pour la prise en charge correcte du personnel externe et son pilotage.

En 2006, lors d'une inspection menée pour élucider la problématique des experts engagés par l'administration fédérale³, la Commission de gestion du Conseil des Etats (CdG-E) avait pu constater que le recours à des collaborateurs externes⁴ était une pratique courante dans certains offices. Dans son rapport final, la CdG-E avait également demandé au Conseil fédéral de présenter les charges induites par les

¹ Lors de la session d'hiver 2011, le Parlement avait par exemple approuvé une économie de 150 millions de francs sur les charges de personnel de la Confédération dans le budget 2012. Pour plus d'informations, cf. Programme d'allègement budgétaire 2003 et 2004 (PAB 03 et PAB 04); Programme de consolidation 2012–2013 (PC 2012–2013); Programme de consolidation et de réexamen des tâches 2014 (CRT 2014).

² A ce propos, les contrats de durée déterminée n'offrent pas une réelle alternative, car ils ne peuvent pas être résiliés avant le terme fixé initialement, peu importe si entre-temps le projet pour lequel le collaborateur a été engagé à durée déterminée a été annulé.

³ Recours à des experts par l'administration fédérale: ampleur, concurrence et pilotage, rapport de la CdG-E du 13.10.2006 (FF **2007** 1575)

⁴ Par collaborateur externe, il faut entendre toutes les personnes qui sont liées à la Confédération par un rapport de travail comparable à un engagement, sans toutefois disposer d'un contrat de travail de droit public au sens de la loi sur le personnel de la Confédération. Dans le présent rapport, cela concerne aussi bien le personnel temporaire engagé par l'intermédiaire d'agences de placement que le personnel indépendant.

contrats de mise à disposition du personnel⁵ dans le document «Reporting Personalmanagement» de l'Office fédéral du personnel (OFPER), mais, en 2007, l'exécutif fédéral avait finalement rejeté cette recommandation⁶.

Le cas récent de l'échec du projet informatique INSIEME⁷, qui a coûté plus de 100 millions de francs et s'est caractérisé par une trop grande dépendance vis-à-vis de nombreux collaborateurs externes, ainsi que par des violations de la loi sur les marchés publics lors du recours au savoir-faire externe, a démontré à quel point les rapports entre l'administration et les entités externes pouvaient représenter un élément d'importance majeure.

1.2 **Objet de l'inspection, procédure et compétences des CdG**

Dans un tel contexte, le 27 janvier 2012, les Commissions de gestion (CdG) ont donc décidé de procéder à une inspection approfondie au sujet de l'engagement de collaborateurs externes dans l'administration fédérale. Elles se sont accordées pour que la CdG-E conduise l'inspection et ont donné mandat au Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) de procéder à une évaluation de la question.

La CdG-E a décidé de concrétiser l'objet de l'inspection en se concentrant sur l'opportunité du recours à des collaborateurs externes, sur les aspects légaux relatifs à leur engagement, sur la comparaison avec les conditions de travail du personnel interne, ainsi que sur la transparence des procédures.

L'évaluation s'est étalée de mars 2012 à avril 2014 et a vu le CPA procéder en deux étapes: une première concernant une analyse quantitative des données des mandats confiés par l'ensemble de la Confédération et une deuxième concernant l'analyse des cas⁸. A ce propos, le 27 septembre 2012, la sous-commission compétente de la CdG-E⁹ a décidé du choix des unités de l'administration à analyser lui permettant de tirer des conclusions d'ordre général¹⁰.

⁵ Le terme de «mise à disposition du personnel» utilisé dans le rapport de la CdG-E du 13.10.2006 sera remplacé dans le présent rapport par le terme de «location de services» conformément au rapport du Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) : Collaborateurs externes de l'administration fédérale. Rapport du CPA à l'intention de la CdG-E du 10.4.2014 (ci-après : rapport du CPA à l'intention de la CdG-E)

⁶ Selon le Conseil fédéral, le refus se justifiait par la transformation, au 1.9.2007, de l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication (OFIT) en unité gérée par les principes de la Gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire (GMEB), ainsi que par les efforts nécessaires à la récolte de ce genre de données.

⁷ Administrativuntersuchung Beschaffungsprozesse INSIEME, rapport du DFF du 13.6.2012

⁸ Cf. ch. 1.3.1 de l'annexe au rapport du CPA à l'intention de la sous-commission DFF/DEFR de la CdG-E du 10.4.2014.

⁹ La sous-commission DFF/DEFR de la CdG-E se compose des conseillers aux Etats Markus Stadler (président), Isidor Baumann, Joachim Eder, Peter Föhn, Werner Luginbühl et Hans Stöckli.

¹⁰ Il s'agit des unités suivantes: la Base d'aide au commandement (BAC; DDPS), le Centre de services informatiques (CSI; DFJP), la Direction du développement et de la coopération (DDC; DFAE), l'Office fédéral des routes (OFROU; DETEC), l'Office fédéral de l'environnement (OFEV; DETEC), l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication (OFIT; DFF), l'Office fédéral de la santé publique (OFSP; DFI), l'Office fédéral de la statistique (OFS; DFI) et le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO; DEFR).

Le rapport final du CPA du 10 avril 2014 et son annexe du 10 avril 2014 ont été analysés par la sous-commission entre avril et juin 2014 lors de deux séances. En même temps, celle-ci a élaboré un projet de rapport sur mandat de la CdG-E. Le 7 octobre 2014, la commission a traité et approuvé le présent rapport et ses recommandations. A cette même occasion, elle a décidé de publier le rapport d'évaluation du CPA avec son annexe, ainsi que son propre rapport.

Ce dernier se concentre sur l'appréciation par la CdG-E des constats principaux de l'évaluation du CPA. Les explications et commentaires de cette évaluation ne sont repris ici que dans la mesure où ils sont nécessaires à la bonne compréhension des appréciations et des conclusions de la CdG-E.

2 Constatations et recommandations

L'évaluation du CPA a permis d'estimer que, en 2012, au sein des neuf unités analysées, les engagements de collaborateurs externes avaient atteint des coûts totaux de l'ordre de 137 millions de francs, dont 114 millions dans le secteur informatique. 70 millions (soit 51,1 % du montant total) avaient été affectés à des tâches de longue durée couvrant des besoins ordinaires. Le CPA a également pu établir que, de manière générale, le coût unitaire d'un externe était de 40 à 50 % supérieur à celui d'un interne et que le nombre des premiers avait atteint un seuil de 11 % des effectifs totaux en équivalents à plein temps (à savoir un total d'environ 500 collaborateurs).

L'ampleur du phénomène, telle qu'elle a été décrite dans l'évaluation du CPA, pose un certain nombre de questions quant à l'opportunité du recours au personnel externe. Aux importants chiffres susmentionnés s'ajoutent l'absence de directives claires au sujet de l'engagement et de la comptabilisation des externes, des lacunes des bases légales, le fait que le recours aux collaborateurs externes ne respecte parfois pas les prescriptions de la LMP¹¹, ainsi que la faible transparence à l'intérieur de l'administration et vis-à-vis du Parlement.

Dans les prochains chapitres, la commission présentera donc ses appréciations de la situation ainsi que les recommandations qu'elle adresse au Conseil fédéral.

2.1 Absence de stratégie et de pilotage de la part du Conseil fédéral

2.1.1 Stratégie

Aux yeux de la commission, un des éléments les plus frappants réside dans l'absence de stratégie de la part du Conseil fédéral au sujet de l'opportunité du recours aux collaborateurs externes. En effet, outre l'absence d'informations à leur sujet dans la «Stratégie concernant le personnel de l'administration fédérale pour les années 2011 à 2015» du Conseil fédéral, aucune base normative n'a été établie à l'adresse des départements afin de réglementer le recours aux externes. A l'exception des directives de l'Administration fédérale des finances (AFF) concernant la comptabilisation et en l'absence d'une ligne de conduite générale fixée par le Con-

¹¹ Loi fédérale du 16.12.1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1)

seil fédéral, chaque unité peut, dans le cadre de son budget, faire librement appel aux externes.

Si, en principe, une certaine marge de manœuvre doit pouvoir être accordée aux différents offices pour leur permettre de combler des besoins particuliers et ponctuels, il est également important que certains jalons soient posés à l'avance, afin de prévenir les éventuels abus.

L'opportunité du recours aux collaborateurs externes

Parmi ces jalons, nous retrouvons tout d'abord la question de l'opportunité. Dans sa réponse à une question parlementaire, le Conseil fédéral estimait que la location de services est plus avantageuse que le recrutement de personnel *lorsqu'il s'agit de faire face à des surcroûts de travail et d'acquérir les compétences manquantes sans s'engager dans une relation contractuelle de longue durée*. Par contre, le Conseil fédéral estimait que si l'engagement se prolonge et débouche sur une activité permanente, un contrat de travail fixe est «sans doute» plus avantageux que le recours à du personnel externe¹². Dans une réponse à une deuxième intervention parlementaire, il affirmait également que *«on ne recourt généralement à des spécialistes externes que pour des activités à court terme, difficilement prévisibles. En outre, les interventions du personnel externe sont planifiées en détail et justifiées»*¹³. La CdG-E partage l'avis du Conseil fédéral. Néanmoins, les investigations menées par le CPA ont révélé une pratique qui est souvent loin d'être optimale. En effet, de nombreux collaborateurs externes sont engagés sur une longue durée et effectuent des tâches qui ne sortent guère de l'ordinaire ou qui représentent parfois des prestations primaires de l'office en question. Selon l'analyse des contrats et les entretiens menés, le CPA est d'avis qu'environ 70 % des cas où les unités analysées ont fait recours à des collaborateurs externes ne peuvent pas être qualifiés de réponse à un pic d'activité, en raison de leur longueur, de leur ampleur et surtout du caractère non exceptionnel des compétences requises¹⁴.

Les coûts

Pour ce qui est des coûts, les analyses du CPA ont pu démontrer que, en 2012, les frais annuels totaux pour l'engagement d'un externe se montaient en moyenne à 255 000 francs, alors que ceux d'un collaborateur engagé par le biais d'un contrat de droit public étaient *en moyenne* de 168 000 francs, ce qui correspond à une différence de 52 %¹⁵. Cet ordre de grandeur a été confirmé lors des entretiens que le CPA a menés avec des représentants des unités administratives analysées, même si le CPA n'a pas étudié les différents coûts en détail, c'est-à-dire par fonction. Engager un collaborateur externe pour effectuer des tâches ordinaires et de longue durée est une pratique qui s'avère donc, dans beaucoup de cas, plus chère que de faire effectuer cette tâche par un collaborateur interne. Les coûts horaires des collaborateurs

¹² Question Kiener Nellen 11.1075 «Nouvelle méthode de location de services au DDPS?» du 28.9.2011.

¹³ Motion Maier Thomas 13.3971 «Affecter les crédits d'équipement informatique conformément à leur véritable but».

¹⁴ Annexe au rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 6.2.2, p. 87

¹⁵ Rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 2.1.1, p. 14. Ces coûts moyens prennent en compte le salaire du collaborateur, les frais facturés par l'entreprise pour laquelle ce dernier travaille ou qui donne le personnel en location, les charges sociales, les coûts de formation et de perfectionnement, les frais de garde, mais pas les frais liés à la place de travail.

externes variaient entre 32 et 325 francs, selon le genre de prestation fournie. Pour les prestations informatiques, cette fourchette se situait entre 150 et 290 francs. Il s'agit de chiffres importants, qui devront être évalués plus en détail en tenant compte de la durée des engagements des collaborateurs externes observée par le CPA, à savoir une moyenne supérieure à une année et demie, avec des cas allant jusqu'à huit ou dix ans¹⁶.

Des différences importantes subsistent au sujet des coûts moyens payés et de la durée des engagements observés au sein des unités analysées. Ceci s'explique principalement par le genre de fonctions qui sont confiées aux externes.

Risques

L'engagement du personnel externe comporte également une série de risques potentiels qui ne doivent pas être sous-estimés et qui devront être pris en considération dans le cadre de l'établissement d'une stratégie générale, ainsi que lors de l'évaluation de l'opportunité du recours aux collaborateurs externes:

Accès à des informations confidentielles ou secrètes

Parmi ceux-ci, on peut mentionner l'accès aux informations sensibles (en particulier dans le domaine informatique). Le fait que des collaborateurs externes à l'administration fédérale puissent avoir accès à des informations confidentielles, secrètes ou sensibles devra en effet faire l'objet de réflexions approfondies et ceci, indépendamment du contrôle de sécurité relatif aux personnes (CSP) auquel doivent se soumettre les collaborateurs externes ayant accès à ce genre d'informations¹⁷.

Perte de savoir-faire

Le départ des collaborateurs externes à la fin de leur mandat représente un risque quant à la perte de savoir-faire. Si celle-ci peut se révéler moindre pour un office qui fait rarement recours à du personnel externe, elle risque de devenir chronique dans les offices qui dépendent fortement des aides externes. C'est notamment le cas des offices qui délèguent aux collaborateurs externes des activités particulières qui ne sont guère pratiquées par les internes. Dans ces domaines, l'administration fédérale est donc largement tributaire des externes.

Inégalité de traitement

Dans beaucoup de cas, l'inégalité de traitement entre les employés engagés par le biais d'un contrat de droit public et les collaborateurs externes représente un problème, en particulier pour ce qui concerne les prestations financières. En effet, selon les informations du CPA, dans certains cas, des collaborateurs externes effectuant le même travail qu'un interne, avec les mêmes responsabilités, ont par exemple bénéficié de conditions financières bien supérieures (c'était notamment le cas des collaborateurs externes travaillant pour le compte de leur propre société). A ce propos, il faut souligner que la Confédération est tenue, de manière plus restrictive par rapport aux employeurs privés, au respect du droit et des principes de base, tels que l'égalité de traitement¹⁸. Il convient enfin de mentionner que les différences de salaires

¹⁶ Rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 2.1.4, p. 16

¹⁷ Cet aspect, en relation avec l'engagement de personnel externe, sera analysé au chapitre 2.4 du présent rapport.

¹⁸ Peter Helbling, in: Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann [éd.]. *Bundspersonalgesetz (BPG)*, Stämpfli, coll. Stämpflis Handkommentar, Berne 2013, n. 19 ad art. 1.

injustifiées peuvent aussi créer des tensions au sein de l'unité administrative concernée.

Conduite

Les travaux du CPA ont également pu démontrer que la conduite des collaborateurs externes ne se différencie guère de celle des employés internes. Dans le travail au quotidien, peu de différences ont été constatées et, de manière générale, les offices n'ont pas établi de règles spécifiques quant à la conduite des externes¹⁹.

L'opportunité, les coûts supérieurs des externes, ainsi que les nombreux risques potentiels liés à leur engagement doivent être soigneusement pris en considération à chaque fois qu'un office envisage de faire appel à des aides externes. Dans cette optique, l'intervention du Conseil fédéral est requise afin d'établir une stratégie et des critères régissant le recours aux collaborateurs externes.

<i>Recommandation 1</i>	Définition et concrétisation d'une stratégie générale valable pour tous les départements et la Chancellerie fédérale au sujet du recours aux collaborateurs externes
-------------------------	--

La CdG-E invite le Conseil fédéral à définir une stratégie applicable à l'ensemble des départements et à la Chancellerie fédérale, laquelle contiendra les critères d'ordre général à respecter lors du recours à des collaborateurs externes.
--

2.1.2 Pilotage

Au vu du nombre important de collaborateurs externes engagés, du budget qui leur a été consacré par les unités analysées par le CPA, ainsi que de la sensibilité politique au sujet des dépenses de personnel, l'établissement d'une stratégie implique un suivi continu. Il est important qu'un processus de contrôle et de pilotage soit mis en place afin que le Conseil fédéral puisse surveiller le respect de sa stratégie et des éléments clés qu'elle comporte.

Ce processus visera à vérifier que le recours aux externes est effectué en bonne et due forme, en particulier quant à la question de l'opportunité. En particulier, il faudra éviter que des postes soient constamment occupés par des externes effectuant des tâches standard à un coût plus élevé. Le cas échéant, de telles situations devront être évaluées sous l'angle d'une possible intégration des externes (signature d'un contrat de droit public), afin de garantir les mêmes prestations mais à des coûts inférieurs.

Un processus de contrôle correctement appliqué permettrait donc de réaliser d'importantes économies dans ce domaine. Le cas cité par le CPA dans son annexe est emblématique: en prévision du Programme de consolidation et de réexamen des tâches 2014 (CRT 2014), un office a dû procéder à des économies de l'ordre de 2 millions de francs. Grâce à l'engagement en interne de quinze collaborateurs

¹⁹ Rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 2.4.2, p. 35

externes, cette unité a projeté d'économiser 1,5 million de francs, soit 100 000 francs par collaborateur externe intégré²⁰. D'après le CPA, cet exemple semblerait loin d'être une exception. Pour cette raison, des mesures de contrôle approfondies et structurées devront rapidement être mises sur pied afin d'identifier toute situation susceptible de générer des économies par le biais d'une intégration. La procédure de contrôle ne devra pas être limitée aux futurs recours à des collaborateurs externes, mais elle devra également permettre d'évaluer la situation actuelle au sein de l'ensemble de l'administration.

En conclusion, il est très important que la concrétisation d'une nouvelle stratégie et de ses règles régissant la procédure de contrôle soient planifiés à temps. Pour ce faire, un concept de mise en œuvre est indispensable. Ce dernier garantira un maximum de transparence et fournira aux offices toutes les indications et le support indispensable à une application correcte des nouvelles règles.

Recommandation 2

Introduction et mise en œuvre d'une procédure de contrôle

Dans le cadre de la concrétisation d'une stratégie générale sur le recours aux collaborateurs externes, la CdG-E invite le Conseil fédéral à établir un système de contrôle permettant de surveiller le respect de la mise en œuvre de la stratégie et d'identifier les potentiels d'économies. Un concept de mise en œuvre devra également être établi afin de promouvoir une introduction correcte et transparente des nouvelles règles.

2.2

Des bases légales lacunaires

2.2.1

Relations contractuelles

Actuellement, lorsqu'elle souhaite engager des collaborateurs externes et les soumettre à un lien de subordination, l'administration a en principe le choix entre deux relations contractuelles: le contrat de travail de droit privé²¹ (qui n'a été utilisé par aucun des offices analysés par le CPA) et le contrat de location de services régi par la LSE²² (contrat par le biais duquel la Confédération fait appel à un bailleur de services). Dans la pratique, une troisième relation est souvent exploitée: celle que le CPA désigne comme «pseudo-mandat».

Le contrat de location de services

C'est un contrat innomé²³ régi par la LSE et qui, en 2012, représentait 26 % des cas de recours à des collaborateurs externes, selon l'évaluation du CPA. Conformément à ce genre de contrat, le bailleur de services est l'employeur du collaborateur externe, mais il n'est pas responsable de l'accomplissement en bonne et due forme de

²⁰ Annexe au rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 6.2.2, p. 88

²¹ Art. 6 de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1), en relation avec les art. 319 ss de la loi fédérale du 30.3.1911 complétant le Code civil suisse (CO ; RS 220)

²² Loi fédérale du 6.10.1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11)

²³ Terme indiquant que le contrat n'est pas expressément décrit par le CO.

sa prestation. En effet, il doit seulement garantir la capacité générale du collaborateur à fournir cette dernière²⁴. La rémunération du collaborateur externe incombe au bailleur de services, lequel n'est pas soumis au régime de la LPers²⁵. Malgré la souplesse offerte par cette solution (possibilité d'employer temporairement et de manière répétée les mêmes personnes en fonction des besoins), elle présente un problème: elle n'est pas explicitement prévue à l'art. 6 LPers. Cette considération sème donc le doute quant à l'adéquation de cette forme contractuelle aux bases légales autorisant le recours aux collaborateurs externes.

Le «pseudo-mandat»

Selon l'art. 394 du CO²⁶, le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. D'après le CO, les relations entre mandant et mandataire supposent la présence d'instructions initiales fournies par le mandant, mais pas un lien de subordination personnel et/ou organisationnel tel qu'il existe dans le contrat de travail²⁷.

En analysant les mandats signés par les offices, le CPA s'est toutefois aperçu que ces derniers ne correspondaient pas à la définition de contrat de mandat prévue aux art. 394 ss CO, car ils comportaient bel et bien un lien de subordination. Pour cette raison, dans son rapport, le CPA a utilisé le terme «pseudo-mandat», qui identifie une relation juridique présentant des caractéristiques propres au contrat de mandat mais aussi au contrat de travail (lorsque le mandat est signé avec une personne physique), ou au contrat de location de services (lorsqu'il est signé avec une personne juridique). En 2012, les «pseudo-mandats» représentaient 74 % des engagements de collaborateurs externes.

Outre le fait que cette relation contractuelle n'est pas explicitement prévue par la LPers, en utilisant simplement le terme «mandat», il est donc très probable que les offices aient fréquemment désigné leurs contrats d'une manière juridiquement inadéquate, voir qu'ils aient établi des dispositions contractuelles incohérentes du point de vue juridique.

Les doutes quant à l'adéquation des bases légales, ainsi que la désignation erronée des contrats de mandat interpellent la commission. En considération des importants montants en jeu, la CdG-E estime nécessaire que le Conseil fédéral examine les bases normatives permettant le recours aux collaborateurs externes et qu'il prenne, le cas échéant, des mesures afin de garantir le respect de la légalité dans ce domaine.

²⁴ Wolfgang Portmann, in: Heinrich Honsell/Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [éd.]. *Obligationenrecht I*, Helbing Lichtenhahn Verlag, coll. Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2007, n. 34 ad art. 319; Adrian Von Kaenel, *Arbeitsrecht*, in Aldo Schellenberg/Leo Staub [éd.], *Managementorientiertes Wirtschaftsrecht*, vol. 6, Dike Verlag, Zurich/St-Gall 1999, p. 110 s.

²⁵ Loi du 24.3.2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS **172.220.1**).

²⁶ Loi fédérale du 30.3.1911 complétant le Code civil suisse (CO; RS **220**).

²⁷ Art. 319 ss CO.

Recommandation 3

Clarification des bases légales sur lesquelles se fonde le recours aux collaborateurs externes

La CdG-E invite le Conseil fédéral à effectuer une analyse détaillée de la situation juridique et, le cas échéant, à procéder à une adaptation des bases légales sur lesquelles se fonde le recours aux collaborateurs externes.

Le Conseil fédéral veillera également à la désignation correcte des contrats signés avec les collaborateurs externes.

2.2.2 Respect de la réglementation sur les marchés publics

La loi sur les marchés publics règle les procédures d'adjudication des marchés publics de fournitures, de services et de construction et en assure la transparence (art. 1, al. 1, let. a, LMP). Ayant valeur de contrat passé entre un adjudicateur et un soumissionnaire au sujet de la fourniture d'une prestation, les «pseudo-mandats» signés avec les collaborateurs externes correspondent à un marché de services au sens de l'art. 5, al. 1, let. b, LMP. De ce fait, ils entrent dans le champ de la LMP.

Cette même réflexion s'applique aux contrats de location de services car, selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, celle-ci doit être considérée comme un marché public²⁸ soumis à l'OMP²⁹.

Par conséquent, le recours à des collaborateurs externes en utilisant les formes contractuelles susmentionnées doit respecter les valeurs seuils à partir desquels des procédures concurrentielles doivent être mises sur pied. Ces valeurs se situent à 150 000 francs (montant à partir duquel *il convient* de lancer une procédure invitant à soumissionner) et à 230 000 francs (montant à partir duquel une procédure ouverte ou sélective *doit* être prévue)³⁰. La procédure de gré à gré est quant à elle soumise aux conditions strictes énumérées à l'art. 13, al. 1, OMP. Pour les adjudications d'une valeur inférieure à 150 000 francs, une procédure directe sans appel d'offres est possible. Toute subdivision des mandats afin de ne pas atteindre les valeurs seuils est toutefois strictement interdite (art. 7 LMP).

Les analyses du CPA ont démontré que 69 % des procédures relatives à des contrats passés avec des collaborateurs externes d'une valeur dépassant 230 000 francs (soit 120 sur 215³¹) ont été correctement menées. Ce pourcentage varie de manière importante d'un office à l'autre: de 19 % à 92 % de procédures correctes. Pour les 31 % restant, les offices interrogés justifient le choix d'une autre procédure en invoquant des exceptions telles que les particularités techniques (art. 13, let. c, OMP) ou encore le fait qu'il s'agisse de prestations en lien avec des prestations déjà fournies (art. 13, let. h, OMP). Ces explications ne convainquent pas la commission étant donné que, comme il a été expliqué au chapitre 2.1.1 du présent rapport, les collaborateurs externes effectuent souvent des tâches ordinaires visant à combler le manque d'effectifs dans l'unité.

²⁸ Cf. ATAF B-1687/2010 consid. 2 *in fine* et consid. 5.1.

²⁹ Ordonnance du 11.12.1995 sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11)

³⁰ Art. 6, al. 1, LMP et art. 36, al. 2, OMP

³¹ Rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 2.2.2, p. 22

Pour ce qui est de la procédure de gré à gré, elle a été suivie pour 93 % des contrats ne dépassants par 150 000 francs. Si cette constatation ne pose en soi aucun problème au vu du non-dépassement de la valeur seuil, il s'avère que plusieurs unités ont attribué de gré à gré, à la même entreprise, de nombreux mandats concernant des collaborateurs engagés en qualité d'externes. Cette procédure a été également appliquée lors d'engagements qui s'étaient étalés sur plusieurs années et dont les cahiers des charges n'avaient guère été modifiés. Aux yeux de la commission, ces agissements posent des problèmes en relation avec l'interdiction de subdiviser des mandats prévue par l'art. 7 LMP.

Recommandation 4

Meilleure connaissance des bases légales régissant les marchés publics

La CdG-E invite le Conseil fédéral à veiller à ce que les unités faisant appel à des collaborateurs externes aient une meilleure connaissance des bases légales régissant les marchés publics et de ses conséquences en la matière.

La commission invite également le Conseil fédéral à consacrer, dans le cadre de son activité de contrôle dans ce domaine, une attention particulière au respect de la législation sur les marchés publics.

2.3 Transparence

2.3.1 Transparence interne

La CPA définit la transparence interne comme étant, d'une part, le niveau de connaissance dont dispose l'unité administrative au sujet de la thématique des collaborateurs externes, et d'autre part, sa capacité à les identifier.

Pour la CdG-E, la transparence interne porte notamment sur la connaissance, par le Conseil fédéral, à tout moment, du nombre et du statut des collaborateurs externes engagés dans l'ensemble de l'administration.

Dans le but d'établir une stratégie cohérente et d'évaluer les potentiels d'économies, le Conseil fédéral doit tout d'abord établir une définition adéquate du «collaborateur externe». Un recensement systématique des données auprès de toutes les entités faisant appel à des externes s'impose. Ces données devront prendre en considération non seulement le nombre de collaborateurs externes au sein de l'administration, mais également leurs coûts, le genre de prestations fournies, la durée, la répétitivité, ainsi que tout autre critère permettant de repérer les places de travail qui devraient, pour des raisons d'opportunité, être internalisées. Afin de garantir la mise en pratique de sa stratégie et de mener un contrôle efficace, le Conseil fédéral devra ensuite mettre sur pied un processus de reporting. Ceci lui permettra d'être régulièrement informé de l'évolution de la situation, ainsi que des coûts concernés.

2.3.2

Transparence externe

La transparence externe porte notamment sur la connaissance, par le Parlement, du phénomène des collaborateurs externes.

L'un des instruments les plus importants permettant au Parlement de contrôler la politique du personnel, ainsi que sa mise en pratique, est représenté par le budget et le compte d'Etat, lesquels présentent les détails concernant le coût et le nombre des collaborateurs *internes*. Si cette transparence externe – à l'égard du Parlement – est totale au sujet des collaborateurs engagés avec un contrat de droit public, elle est en large partie inexistante concernant les collaborateurs *externes*.

En effet, conformément aux directives de l'AFF contenues dans le «Manuel de gestion budgétaire et de tenue des comptes»³², les collaborateurs externes engagés dans le cadre d'une location de services, pour une durée déterminée (plutôt brève) et pour des travaux d'exploitation doivent être comptabilisés dans les *charges de personnel*. Toutefois, selon ces mêmes directives, l'engagement par le biais d'une entreprise externe, pour une durée plus longue, effectué dans le cadre d'un projet, doit être comptabilisé dans la rubrique des *charges de biens et services*³³. Il en va de même pour les mandats individuels ou de durée indéterminée qui portent sur la fourniture de prestations diverses (traduction, interprétation, service d'information, etc.)³⁴. S'il est vrai que, sur la base de l'art. 75 OFC, l'AFF est autorisée à édicter de telles directives dans le but d'exécuter l'ordonnance, la CdG-E est d'avis que la directive «Catégories de prestations en matière de personnel, de conseil et de services externes» nécessite une révision approfondie. En effet, afin d'accroître la transparence au sujet du recours aux collaborateurs externes, la commission estime que l'ensemble des frais liés à leur engagement devrait être comptabilisé sous la rubrique dédiée aux charges de personnel et ce, indépendamment de la durée de l'engagement en question ou de l'existence d'un projet.

Actuellement, selon les constats du CPA, le budget, le compte d'Etat et la documentation complémentaire, ainsi que le reporting annuel du Conseil fédéral sur la politique du personnel, ne livrent que peu d'informations au sujet des effectifs des externes et des dépenses s'y rapportant. L'impossibilité d'être correctement informé au sujet des charges de personnel et des effectifs (en équivalents à plein temps) constitue un obstacle majeur pour le Parlement dans le cadre de la procédure d'approbation du budget et des comptes et lors de la prise de décision quant aux dépenses de personnel. En particulier, si des réductions de personnel visées par le

³² Ce manuel explique les aspects techniques de la gestion budgétaire et de la tenue des comptes dans l'administration fédérale sur la base des dispositions de la loi du 7.10.2005 sur les finances de la Confédération, art. 38 ss (LFC; RS 611.0) et de l'ordonnance du 5.4.2006 sur les finances de la Confédération, art. 28 ss (OFC; RS 611.01).

³³ Rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 2.3.2, p. 30.

³⁴ Directives et instructions relatives à la gestion budgétaire et comptable de la Confédération; Manuel de gestion budgétaire et de tenue des comptes; Directives comptables: Prestations – Personnel – Conseil – Services externes dès le budget 2013, p. 1 à 4. Dans son avis du 20.11.2013 en réponse à la motion Maier Thomas 13.3971 «Affecter les crédits d'équipement informatique conformément à leur véritable but» du 27.9.2013, le Conseil fédéral affirme que, selon les directives en vigueur, la mise à disposition de personnel dans les domaines de l'informatique et de la télécommunication est inscrite dans les «Charges de biens et services liées à l'informatique» et que pour cette raison ces ressources sont affectées à leur véritable but. Dans son avis, le Conseil fédéral ne s'est toutefois pas exprimé sur la conformité au droit des directives susmentionnées ni sur les bases légales les régissant.

Parlement doivent être compensées par le recours à des collaborateurs externes ou par l'abandon de certaines tâches, celui-ci doit en être informé. Au vu des montants importants actuellement dépensés par les neuf unités analysées (137 millions de francs), ainsi que du nombre de collaborateurs engagés (l'équivalent de 500 emplois à plein temps), une amélioration de la transparence est nécessaire aux yeux de la commission.

Recommandation 5

Amélioration de la transparence interne et externe comme base pour la gestion du budget et des effectifs du personnel

La CdG-E invite le Conseil fédéral à accroître de manière conséquente la transparence au sujet du recours aux collaborateurs externes

- en établissant un processus de reporting interne,
- en procédant à une révision de la directive de l'AFF «Catégories de prestations en matière de personnel, de conseil et de services externes», afin que l'ensemble des frais liés à l'engagement du personnel externe soit comptabilisé sous la rubrique dédiée aux charges de personnel,
- en mentionnant clairement le nombre de collaborateurs externes, ainsi que les dépenses occasionnées par leur engagement, dans le budget et dans le compte d'Etat.

2.4 Contrôles de sécurité relatifs aux personnes (CSP)

Le CSP est un instrument qui a été introduit pour la protection de l'Etat et de son infrastructure critique. A travers ce processus, les risques sécuritaires liés au personnel devraient être résolus ou tout du moins minimisés. Par le passé, les CdG et le CPA ont traité ce sujet à maintes reprises³⁵. Au vu des informations confidentielles et secrètes auxquelles les collaborateurs externes peuvent accéder dans le cadre de leur engagement (en particulier dans le domaine informatique), cet aspect a une nouvelle fois été abordé. En effet, selon l'art. 6 OCSP³⁶ tout *tiers* participant à un projet classifié relatif à la sûreté intérieure ou extérieure et, de ce fait, ayant accès à des informations ou du matériel classifié confidentiel ou secret, doit faire l'objet d'un contrôle de sécurité.

L'importance du CSP des collaborateurs externes doit également être appréciée à la lumière des récentes affaires de vol ou de tentative de vol de données³⁷, lesquelles ont montré le caractère sensible de l'accès à des données confidentielles et secrètes.

³⁵ Circonstances de la nomination de Roland Nef au poste de chef de l'armée, rapport de la CdG-N du 28.11.2008 (FF **2009** 2989);

Contrôle de suivi de l'inspection relative aux circonstances de la nomination de Roland Nef au poste de chef de l'armée, rapport de la CdG-N du 12.4.2013 (FF **2013** 5619);
Evaluation de la procédure de nomination des cadres supérieurs par le Conseil fédéral, rapport du CPA à l'intention de la CdG-N du 20.06.2013

³⁶ Ordonnance du 4.3.2011 sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes (OCSP; RS **120.4**)

³⁷ Sécurité informatique au sein du Service de renseignement de la Confédération, rapport de la DélCdG (résumé) du 30.08.2013 (FF **2013** 8179)

En 2013, la Délégation des Commissions de gestion (DélCdG) avait demandé au Conseil fédéral de réviser l'OCSP dans le but de clarifier les bases légales en prévoyant que les collaborateurs externes soient soumis au même degré de contrôle de sécurité que les employés de la Confédération³⁸. Le Conseil fédéral avait toutefois estimé que les bases juridiques existantes concernant le CSP des tiers étaient claires et que, pour cette raison, des clarifications ultérieures n'étaient pas nécessaires³⁹. D'anciennes inspections des CdG, ainsi qu'une évaluation du CPA, avaient toutefois révélé un manque d'uniformité dans la mise en œuvre de ces bases légales⁴⁰.

La présente inspection confirme cette problématique et soulève de nouvelles interrogations sur le respect des bases normatives relatives au CSP.

Un CSP rigoureux dans le domaine informatique

Certains offices n'estimaient pas avoir affaire à des informations sensibles et, pour cette raison, ne considéraient pas nécessaire de recourir au CSP⁴¹. Le travail du CPA a toutefois démontré le contraire. A ce propos, une réflexion importante s'impose au sujet des collaborateurs externes engagés pour travailler dans le domaine informatique, car ces derniers ont souvent la possibilité d'accéder à des informations confidentielles ou secrètes, peu importe l'unité pour laquelle ils travaillent. Si les offices faisant métier de l'informatique se sont démontrés plus sensibles à cette problématique et requièrent systématiquement un CSP, les autres offices paraissent la sous-estimer.

Connaissance du résultat avant l'entrée en service

Conformément à ce que la CdG-N avait souligné lors de son inspection au sujet de la nomination des cadres supérieurs par le Conseil fédéral⁴², le CSP est considéré comme étant un outil indispensable. Si l'on suit la logique applicable à la nomination des cadres, il est également important que le résultat de ce contrôle soit connu *avant* que le collaborateur commence à travailler dans l'unité. Selon les données récoltées, il s'avère toutefois que, au sein des offices imposant le CSP, les collaborateurs externes commencent leur travail alors que le résultat du contrôle de sécurité n'est pas connu⁴³. S'il est vrai que cette pratique est en principe conforme au droit⁴⁴, il n'en demeure pas moins qu'un CSP dont le résultat serait connu seulement après l'entrée en service d'un collaborateur externe (parfois plusieurs mois après, selon l'évaluation du CPA)⁴⁵ perd une partie prépondérante de son utilité.

³⁸ Sécurité informatique au sein du Service de renseignement de la Confédération, rapport de la DélCdG (résumé) du 30.08.2013, recommandation 5 (FF **2013** 8179)

³⁹ Sécurité informatique au sein du Service de renseignement de la Confédération, rapport de la DélCdG (résumé) du 30.08.2013, avis du Conseil fédéral du 30.10.2013 (FF **2013** 8197)

⁴⁰ Cf. note 31.

⁴¹ Annexe au rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 3.4.2, p. 66 ss

⁴² Rapport de la CdG-N concernant la nomination des cadres supérieurs par le Conseil fédéral (FF **2014** 2697)

⁴³ Rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 3.2, p. 41

⁴⁴ Art. 19, al. 3 de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI; RS **120**)

⁴⁵ Annexe au rapport du CPA à l'intention de la CdG-E, ch. 3.4.2, p. 65

Recommandation 6

Application systématique du CSP et connaissance du résultat avant l'entrée en service

La CdG-E invite le Conseil fédéral à prêter une attention particulière aux CSP des collaborateurs externes travaillant dans le domaine informatique, en raison de leur accès à des informations ou à du matériel classifiés confidentiel ou secret au sens de l'art. 6, let. a, ch. 1, OCSP.

La commission invite également le Conseil fédéral à prévoir une modification des bases légales régissant le CSP, afin de prescrire que le résultat dudit contrôle soit connu avant l'entrée en service du collaborateur.

3

Conclusions et suite de la procédure

Se fondant sur les constats du CPA et sur ce qui précède, la CdG-E est parvenue à la conclusion que des correctifs devront être apportés rapidement par le Conseil fédéral.

Au vu des différents éléments analysés, des résultats du CPA et des risques potentiels liés à l'engagement des collaborateurs externes, la commission appelle l'exécutif fédéral à mener une réflexion approfondie sur l'opportunité du recours aux collaborateurs externes. Une stratégie globale, ainsi que des mesures d'application et de contrôle devront être mises en place afin de réglementer ce domaine. Le Conseil fédéral est invité à effectuer une analyse détaillée des bases légales sur lesquelles se fonde le recours aux collaborateurs externes, à combler les éventuelles lacunes, ainsi qu'à s'assurer que toutes ces règles soient connues par l'administration fédérale. Enfin, dans le but d'accroître la transparence du phénomène, un système de communication des données devra être mis sur place et les informations relatives aux collaborateurs externes (équivalents à plein temps et dépenses occasionnées) devront être mentionnées dans le budget et dans le compte d'Etat.

La CdG-E prie le Conseil fédéral de bien vouloir prendre position sur ses constatations, ses recommandations, ainsi que sur le rapport du CPA d'ici le 31 janvier 2015. Elle l'invite en outre à indiquer au moyen de quelles mesures et dans quel délai il envisage de mettre en œuvre les recommandations de la commission.

7 octobre 2014

Au nom de la Commission de gestion du Conseil des Etats:

Le Président, Hans Hess

La secrétaire des Commissions de gestion,
Beatrice Meli Andres

Le Président de la sous-commission DFF/DEFR,
Markus Stadler

Le secrétaire suppléant des Commissions de gestion,
Christoph Albrecht

Liste des abréviations

AFF	Administration fédérale des finances
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral suisse
al.	alinéa
art.	article
BAC	Base d'aide au commandement
CdG	Commissions de gestion
CdG-N	Commission de gestion du Conseil national
CdG-E	Commission de gestion du Conseil des Etats
ch.	chapitre
CO	Code des obligations, RS 220
consid.	considérant
CRT	Programme de consolidation et de réexamen des tâches
CSI	Centre de services informatiques
CSP	Contrôle de sécurité relatif aux personnes
Cst.	Constitution, RS 101
CPA	Contrôle parlementaire de l'administration
DDC	Direction du développement et de la coopération
DDPS	Département fédéral de la défense, de la population et des sports
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DéICdG	Délégation des Commissions de gestion
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFF	Département fédéral des finances
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
éd.	édition
FF	Feuille fédérale
GMEB	Gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire
let.	lettre
LFC	Loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération, RS 611.0
LMP	Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1
LMSI	Loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure, RS 120

LParl	Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale, RS 171.10
LPers	Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération, RS 172.220.1
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, RS 823.11
OCSP	Ordonnance du 4 mars 2011 sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes, RS 120.4
OFC	Ordonnance du 5 avril 2006 sur les finances de la Confédération, RS 611.01
OFCL	Office fédéral des constructions et de la logistique
OFEV	Office fédéral de l'environnement
OFIT	Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication
OFROU	Office fédéral des routes
OFS	Office fédéral de la statistique
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OMP	Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics, RS 172.056.11
p.	page
PAB	Programme d'allègement budgétaire
PC	Programme de consolidation
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	et suivant(e)
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
ss	et suivant(e)s