



Enquêtes administratives et disciplinaires au sein de l'administration fédérale

Rapport du 19 novembre 2019 de la Commission de gestion du Conseil national

Avis du Conseil fédéral

du 20 mai 2020

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Conformément à l'art. 158 de la loi sur le Parlement, nous nous prononçons comme suit sur le rapport du 19 novembre 2019 de la Commission de gestion du Conseil national concernant les enquêtes administratives et disciplinaires au sein de l'administration fédérale.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

20 mai 2020

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Simonetta
Sommaruga

Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Avis

1 Contexte

En janvier 2018, les Commissions de gestion des Chambres fédérales (CdG) ont chargé le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) d'évaluer les enquêtes administratives et disciplinaires. Celui-ci devait examiner les dispositions légales qui encadrent les enquêtes administratives et disciplinaires au sein de l'administration fédérale ainsi que la décision d'ouvrir de telles enquêtes, leur exécution et leur clôture. Dans le cadre de son évaluation, le CPA a commandé un avis de droit.

Le rapport du 19 novembre 2019 de la CdG du Conseil national (CDG-N) se fonde sur les conclusions du rapport du 17 juin 2019 du CPA. Il porte en outre sur les avis du Conseil fédéral concernant le rapport des CDG du 26 juin 2018 consacré aux cautionnements de navires de haute mer¹. La CdG-N a décidé de publier son rapport avec l'évaluation du CPA.

2 Avis du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a pris acte du rapport du 19 novembre 2019 de la CdG-N et se félicite des résultats positifs de l'évaluation des enquêtes administratives et disciplinaires menée par le CPA. Il se prononce comme suit sur les constats et recommandations du rapport :

Recommandation 1: examen de l'opportunité des différents types de procédure et de leurs bases légales

La CdG-N invite le Conseil fédéral à examiner si les types actuels de procédure – enquêtes administrative, disciplinaire et informelle – sont encore adaptés. Elle le prie en particulier:

- de vérifier pour chacune des trois procédures s'il serait possible d'y renoncer ou si elle devrait être réglée différemment ou précisée;
- d'étudier si l'enquête administrative et l'enquête disciplinaire pourraient être regroupées au sein d'un instrument formel, en se fondant si possible sur les expériences des cantons en la matière;
- de clarifier la frontière entre les procédures formelles et l'enquête informelle;
- de déterminer si des bases légales formelles doivent être créées pour l'externalisation de ces enquêtes.

¹ FF 2018 6235

Remarques liminaires concernant l'enquête administrative, l'enquête disciplinaire et l'enquête informelle

Les enquêtes administratives et disciplinaires sont les instruments de surveillance formels dont dispose l'administration fédérale.

L'enquête administrative vise à élucider des manquements, de nature administrative ou personnelle, à l'intérieur de l'administration. Cet instrument de surveillance du gouvernement s'applique lorsque des carences, telles que des dérives dans la planification de projets et dans l'adjudication de marchés sont observées ou en cas d'abus d'autorité, d'avantages ou de corruption. L'organe chargé de l'enquête en vertu de l'art. 27d de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)² présente un rapport à l'autorité ayant ordonné l'ouverture de l'enquête dans lequel il expose le déroulement et les résultats de l'enquête et émet des propositions quant à la marche à suivre (art. 27j OLOGA). L'enquête administrative vise à établir si un état de fait exige une intervention d'office pour sauvegarder l'intérêt public (art. 27a OLOGA). Elle n'est pas dirigée contre des personnes déterminées. Le chef du département ou le chancelier de la Confédération ordonne l'ouverture d'une enquête administrative dans les unités qui lui sont subordonnées. Il peut déléguer cette compétence à ces unités. Le Conseil fédéral ordonne l'ouverture d'une enquête administrative si plus d'un département ou un département et la Chancellerie fédérale (ChF) sont concernés (art. 27c OLOGA).

L'enquête disciplinaire vise à établir si un employé a manqué à ses obligations professionnelles et si des mesures disciplinaires doivent être prises à son encontre (art. 25 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération [LPers]³ ; art. 98 et 99 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération [OPers]⁴). L'ouverture d'une enquête disciplinaire relève de l'employeur. Celui-ci désigne la personne qui en sera chargée. La procédure disciplinaire de première instance est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁵ (art. 98, al. 2, OPers). Les mesures disciplinaires sont réglées à l'art. 99, al. 2 et 3, OPers (avertissement, changement du domaine d'activité, réduction temporaire du salaire, amende, changement du temps de travail, changement du lieu de travail). Les mesures disciplinaires ne peuvent être prononcées qu'au terme d'une enquête (art. 99, al. 1, OPers).

Le rapport de la CdG-N présente l'enquête informelle comme le troisième type de procédure. Or, l'enquête informelle n'est pas une procédure administrative au sens de la PA. Elle s'inscrit dans la surveillance, au sens des art. 24 ss OLOGA, exercée par l'autorité supérieure sur l'unité qui lui est subordonnée. Elle peut déboucher sur une enquête administrative ou une enquête disciplinaire mais ce n'est pas forcément le cas. Il se peut que des mesures soient prises à la suite d'une enquête informelle. Si, par exemple, le supérieur a des raisons de croire qu'un collaborateur viole les obligations qui lui incombent en vertu du droit du travail (par ex. s'il ne saisit pas correctement son temps de travail), il peut entreprendre les vérifications nécessaires

2 RS 172.010.1

3 RS 172.220.1

4 RS 172.220.111.3

5 RS 172.021

(par ex. au moyen du système de saisie du temps de travail). Si les vérifications confirment le soupçon et si la gravité du cas le justifie, il est envisageable de conclure une convention de résiliation des rapports de travail d'un commun accord voire de procéder à un licenciement, dans le respect des règles de la PA. Il n'est pas nécessaire d'ouvrir formellement une enquête disciplinaire.

Les principes de l'activité de l'État régi par le droit (art. 5 de la Constitution⁶) s'appliquent à l'enquête informelle comme aux autres activités de l'administration. Par ailleurs, l'enquête informelle, justement parce qu'elle est informelle, n'est pas réglée par les dispositions de la procédure administrative. Du point de vue du Conseil fédéral, il n'y a pas lieu de renoncer à l'enquête informelle. Si cette possibilité était supprimée, l'autorité supérieure ne pourrait procéder à des vérifications au titre de sa surveillance sur ses unités subordonnées que dans le cadre d'une procédure formelle, ce qui compliquerait considérablement la surveillance et n'est pas envisageable. Au surplus, l'enquête informelle est inhérente au principe de hiérarchie.

Examen d'une adaptation des deux procédures d'enquête et du renoncement éventuel à l'une d'entre elles ou aux deux

La ChF a demandé aux cantons s'ils disposaient de l'enquête administrative et de l'enquête disciplinaire pour exercer leur surveillance. Leurs réponses révèlent une situation contrastée. Certains d'entre eux (BE, SZ, GL, SO, BS, BL, SH, TI, SG, AG) connaissent les mêmes instruments que la Confédération. BE, GL, BL et SG n'ouvrent toutefois des enquêtes disciplinaires qu'à l'encontre d'employés à statut spécial ou d'employés nommés pour une durée de fonction. De nombreux cantons (ZH, BE, LU, ZG, AI, AR, VD, VS, GE, JU) ne connaissent plus que l'enquête administrative. Un canton (NW) a regroupé les deux procédures, un autre (NE) ne connaît ni l'une ni l'autre.

Du point de vue du Conseil fédéral, les dispositions réglant l'enquête administrative au niveau fédéral (art. 27a ss OLOGA), introduites par la modification du 10 décembre 2004⁷ de l'OLOGA, se sont montrées adéquates. Alors que dans de nombreux cantons, l'enquête administrative n'est pas réglée ou n'est réglée que de manière rudimentaire, le droit fédéral règle aujourd'hui les points essentiels de la procédure. Aucune réglementation, aussi détaillée soit-elle au niveau de la loi ou de l'ordonnance, ne peut totalement exclure un problème dans un cas d'espèce. L'interprétation correcte des dispositions existantes permet de régler ces cas de la manière la plus efficace (cf. complément du Conseil fédéral du 29 mai 2019 concernant son avis du 28 septembre 2018 sur le rapport des CdG du 26 juin 2018 consacré aux cautionnements de navires de haute mer⁸). Au surplus, les principes de l'activité de l'État régi par le droit valent également pour les enquêtes administratives. Le rapport de la CdG-N ne relève d'ailleurs aucun problème grave qui nécessiterait une adaptation en profondeur des bases légales en vigueur.

6 RS 101

7 RO 2004 5251

8 FF 2019 4193

Le même constat vaut pour l'enquête disciplinaire. Si le rapport du CPA relève que les enquêtes disciplinaires sont plus nombreuses que les enquêtes administratives, il n'en demeure pas moins qu'avec 187 enquêtes clôturées entre 2003 et 2017, leur nombre reste raisonnable. En outre, la PA s'applique aux enquêtes disciplinaires dirigées contre des personnes, ce qui garantit une protection juridique adéquate en général, comme le relève d'ailleurs le rapport du CPA⁹.

Un argument en faveur du regroupement de l'enquête administrative et de l'enquête disciplinaire, voire de l'abandon de cette dernière, réside dans leur origine. Ces deux instruments de surveillance remontent à l'époque où la majorité du personnel de la Confédération jouissait du statut de fonctionnaire. Sous l'empire du droit de l'époque, les vérifications entreprises en cas de soupçon de comportement fautif étaient menées dans le cadre d'une enquête disciplinaire. Les vérifications d'ordre général ou organisationnel relevaient de l'enquête administrative. Le droit actuel régissant le personnel de la Confédération prévoit suffisamment d'instruments permettant de réagir lorsqu'un employé viole ses obligations professionnelles. La littérature spécialisée défend depuis longtemps l'opinion selon laquelle les deux types d'enquête sont très proches. La question de savoir qui est responsable d'une carence ou d'une dérive se pose même lorsqu'il s'agit simplement d'établir les faits¹⁰.

Le Conseil fédéral estime qu'aucun motif impératif ne commande de renoncer à l'un des deux instruments de surveillance. Lorsque le statut de fonctionnaire a été aboli, à l'entrée en vigueur de la LPers, la possibilité de renoncer à l'enquête disciplinaire a été étudiée et finalement rejetée. La pratique des années 2003 à 2017 montre toutefois que l'enquête disciplinaire demeure nécessaire. Cet instrument étant soumis à la PA, il garantit une meilleure protection juridique que l'enquête administrative, qui ne renvoie que ponctuellement à la PA et à laquelle seuls les principes constitutionnels de l'activité de l'État régi par le droit s'appliquent. Il vaudrait cependant la peine d'examiner la possibilité de regrouper les deux procédures. Leur regroupement permettrait à la fois d'éliminer la difficulté à distinguer les deux procédures, évoquée par la CdG-N, et d'améliorer la protection des personnes concernées par rapport à l'enquête administrative actuelle. Le Conseil fédéral tient à ce que celles-ci ne soient pas défavorisées par rapport au droit en vigueur. Il doit demeurer possible d'établir les faits avant d'ouvrir une enquête. Le Conseil fédéral a chargé les services compétents de procéder à un examen juridique approfondi d'un éventuel regroupement des procédures.

Examen de la nécessité de créer une base légale formelle pour l'externalisation des enquêtes administratives et disciplinaires

⁹ Rapport du CPA du 17 juin 2019 à l'intention de la CdG-N, p. 26

¹⁰ Bernhard Rüdý, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, «Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht / Jahrbuch 2012», Berne 2013, p. 120 s.; Karl Spühler, in: Ehrenzeller/Schweizer, Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen, Saint-Gall 2004, p. 39/40; Andreas Jost, in: Ehrenzeller/Schweizer, Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen, Saint-Gall 2004, p. 83

Il est vrai qu'aucune loi ne prévoit l'externalisation des enquêtes administratives. Toutefois, l'enquête administrative n'est pas dirigée contre des personnes déterminées (art. 27a, al. 2, OLOGA) et la compétence d'édicter une décision est expressément exclue (art. 27d, al. 3, OLOGA). L'organe chargé de l'enquête n'a pas le pouvoir de fixer des droits ou des obligations. L'enquête administrative n'affecte donc pas la situation juridique de la personne concernée par elle¹¹. En vertu de l'art. 27d, al. 2, OLOGA, confier une enquête administrative à des personnes, physiques ou morales, extérieures à l'administration demeure dans le cadre du conseil au sens de l'art. 57, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)¹² et des activités administratives auxiliaires. Il n'est donc pas nécessaire de créer une base légale formelle pour confier une enquête administrative à des personnes extérieures à l'administration fédérale, comme le prévoit l'art. 27d, al. 2, OLOGA.

S'agissant de la possibilité de confier des enquêtes disciplinaires à des personnes extérieures à l'administration, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a conclu dans un arrêt du 29 juillet 2019¹³ que la LPers ne contenait pas de base légale formelle permettant de déléguer la compétence décisionnelle à des personnes extérieures à l'administration fédérale. Le Conseil fédéral estime que l'autorité qui ordonne l'enquête disciplinaire peut confier celle-ci à des personnes extérieures à l'administration fédérale en vertu de l'art. 98, al. 1, OPers mais que celles-ci ne peuvent pas rendre de décision. Seule l'autorité qui ordonne l'enquête peut le faire. Il en va de même des décisions relatives à des actes matériels au sens de l'art. 25a PA¹⁴.

On peut se demander si externaliser des enquêtes disciplinaires est judicieux si les personnes qui en sont chargées n'ont pas la compétence de rendre des décisions préparatoires. Dans ce cas de figure, l'autorité qui ordonne l'enquête doit suivre de très près la conduite de la procédure. Cette question doit être examinée dans le cas d'espèce. Compte tenu du fait que les enquêtes disciplinaires sont rares dans la pratique et qu'elles sont encore plus rarement confiées à des personnes extérieures à l'administration fédérale, le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu de créer une base légale permettant de déléguer la compétence décisionnelle.

Motion: interlocuteur(s) en matière d'enquêtes administratives et disciplinaires

La CdG-N invite le Conseil fédéral à désigner un ou plusieurs services qui disposent de l'expertise procédurale requise en matière d'enquêtes administratives et disciplinaires et qui, étant au fait des connaissances actuelles et de la jurisprudence dans ce domaine, peuvent délivrer des renseignements juridiques à

¹¹ Cf. Daniel Kettiger, «Unzulässige Leitung von Disziplinarverfahren durch externe Dritte», in: *Jusletter* du 9 septembre 2019, ch. 25.

¹² RS 172.010

¹³ Arrêt du TAF A-3612/2019 dans la cause Lauber/Erni/Caputo contre AS-MPC, consid. 4.2.7.2

¹⁴ Arrêt du TAF A-6211/2017 du 14 mai 2018 dans la cause A. contre CDF, consid. 3

d'autres unités de la Confédération qui en auraient besoin, ainsi que les conseillers. Le Conseil fédéral doit en outre veiller à ce que les unités exécutant des enquêtes s'adressent plus systématiquement à cet ou à ces interlocuteur(s) en cas de questions formelles et juridiques.

Dans leur rapport du 26 juin 2018 consacré aux cautionnements des navires de haute mer¹⁵, les CdG invitent le Conseil fédéral (recommandation 6) à examiner la possibilité de créer, au niveau de la Confédération, un centre de compétences en matière d'enquêtes administratives chargé de conseiller l'autorité ayant ordonné l'enquête et le mandataire chargé de l'enquête notamment au regard des questions de droit.

Dans son avis du 28 septembre 2018 concernant le rapport des CdG¹⁶, le Conseil fédéral observe qu'un centre de compétences n'apporterait aucune plus-value, mais créerait une charge administrative et financière qui serait disproportionnée au regard des rares cas concernés. La CdG-N estime toutefois qu'il est indispensable de mettre en œuvre la recommandation 6 formulée dans le rapport sur les cautionnements de navires de haute mer et l'a transformée en motion en la reformulant légèrement. Elle ne demande plus la création d'un centre de compétences mais que le Conseil fédéral désigne un ou plusieurs services qui puissent délivrer des renseignements juridiques en matière d'enquêtes administratives et disciplinaires à d'autres unités de l'administration fédérale et les conseiller.

Le 12 février 2020, le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion.

L'autorité qui ordonne une enquête peut déjà s'adresser aux services compétents, soit à l'Office fédéral de la justice (OFJ) et à la ChF, dans le cas d'une enquête administrative ou à l'Office fédéral du personnel (OFPER), dans le cas d'une enquête disciplinaire. Ces interlocuteurs exercent une fonction de conseil et de coordination. Le Conseil fédéral désignera ces services comme interlocuteurs dans une directive sur les enquêtes administratives et disciplinaires.

Recommandation 2: amélioration des connaissances

La CdG-N invite le Conseil fédéral à prendre les mesures adéquates pour que le type de procédure approprié soit choisi pour chaque enquête et que la procédure soit menée correctement.

À cet effet, elle prie le Conseil fédéral d'examiner notamment les mesures et éléments suivants:

- outils: élaboration d'outils pratiques à l'intention des unités ordonnant et exécutant des enquêtes, par exemple des directives et des explications ou des listes de contrôle répertoriant les questions qu'il convient d'examiner lors du choix du type de procédure et durant la procédure;
- obligation d'informer: introduction de l'obligation, pour l'unité ordonnant une enquête, d'informer le département, plus précisément son secrétariat gé-

¹⁵ FF 2018 6235 6300 s.

¹⁶ FF 2018 6309 6315 s.

néral ou son service juridique, sur toutes les enquêtes administratives et disciplinaires qu'elle a ouvertes;

- formation: sensibilisation des cadres aux enquêtes administratives et disciplinaires en incluant systématiquement dans leur formation et leur perfectionnement l'étude approfondie des dispositions et des principales questions liées à ces enquêtes.

Le Conseil fédéral est prêt à examiner l'élaboration d'outils. La littérature juridique spécialisée propose déjà des critères de contrôle pour les enquêtes administratives¹⁷. Conformément à ces critères, le Conseil fédéral entend faire développer un instrument interne à l'administration fédérale pour les enquêtes administratives et disciplinaires.

S'agissant du conseil et de l'information concernant les enquêtes administratives et disciplinaires ouvertes, le Conseil fédéral prévoit d'édicter une brève directive obligeant les unités administratives qui ordonnent une enquête à consulter l'OFJ et la ChF, dans le cas d'une enquête administrative, et l'OPPER, dans le cas d'une enquête disciplinaire, si la procédure est de grande portée. Au surplus, les départements et la ChF ont été chargés de veiller à ce qu'un inventaire des enquêtes administratives et disciplinaires en cours visant des cadres soit tenu au sein de chacun d'entre eux.

En ce qui concerne la formation, il faudra examiner de quelle manière la sensibilisation à la question des enquêtes administratives et disciplinaires peut être améliorée, notamment dans la perspective d'un éventuel regroupement des procédures. On gardera à l'esprit que la question ne concerne qu'un nombre relativement modeste de cadres. Il faudra également vérifier s'il existe une demande justifiant l'organisation de cours consacrés à ce seul sujet. Les mesures mentionnées plus haut garantissent de toute façon que les cadres chargés d'ordonner une enquête administrative ou disciplinaire puissent s'informer sur la procédure à suivre dans le cas d'espèce. Au vu de ce qui précède, l'offre en matière de formation et de perfectionnement dans le domaine des enquêtes administratives et disciplinaires ne sera pas étendue pour l'instant.

¹⁷ Ehrenzeller / Schweizer, *Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen*, Referate der Tagung vom 19. Juni 2003 in Olten, Saint-Gall 2004, annexes 1 à 4 (p. 143 ss)