

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Jean Christophe Schwaab et consorts demandant si l'administration cantonale engage des faux indépendants

Rappel de l'interpellation

Le SDT a publié le 20 octobre 2009 un appel d'offres concernant "l'acquisition de données d'affectation du sol pour la mise en œuvre de l'infrastructure nationale de données géographiques (INDG)". Selon le point 1 de cet appel d'offres (p. 5 du dossier d'offres), les tâches prévues peuvent être exécutées par le soumissionnaire lui-même. Selon le point 6.1.1. du cahier des charges relatif à cet appel d'offres, la relation contractuelle conclue entre le soumissionnaire remportant l'appel d'offres et l'Etat sera un mandat.

Si cet appel d'offres devait être remporté par une seule personne, il est fort probable que les conditions du "mandat" telles que décrites dans le cahier des charges mettraient la personne en question dans une situation de "fausse indépendance". Un faux indépendant et son "mandant" croient à tort (mais souvent de bonne foi) que la relation contractuelle qui les lie n'est pas un contrat de travail et que le "mandataire" est indépendant au sens des assurances sociales. Or, employer des faux indépendants est une violation du droit du travail et du droit des assurances sociales. Cela est aussi considéré comme du travail au noir passible de sanctions selon la LTN. L'Etat doit à notre avis jouer un rôle d'employeur modèle et se doit donc de respecter la loi, tout comme il se doit de ne pas favoriser l'émergence de faux indépendants.

Nous avons donc l'honneur de poser au Conseil d'Etat les questions suivantes :

1. Pourquoi le SDT externalise-t-il les tâches évoquées ci-dessus ? Pourquoi n'a-t-il pas directement engagé des collaborateurs pour les effectuer ?

Dans l'hypothèse où l'appel d'offres serait ou aurait été remporté par une seule personne effectuant seule les tâches prévues :

2. Le Conseil d'Etat pense-t-il que les conditions d'engagement prévues au chapitre 6.1. du cahier des charges placent le "mandataire" dans un rapport de subordination et/ou de dépendance économique au sens du droit du contrat de travail ?

2.1. Si oui, le contrat sera-t-il soumis à la LPers, comme l'exige l'art. 2 LPers ?

2.1.1. Si ce n'est pas le cas, pourquoi ?

2.1.2. Si c'est le cas, les conditions d'exécution (point 6.1. du cahier des charges) sont-elles toutes conformes à la LPers ?

2.2. Si non, comment le Conseil d'Etat explique-t-il qu'une personne qui est manifestement intégrée dans le processus de travail interne de l'administration cantonale (place de travail dans ses locaux -

point 6.1.2. du cahier des charges, timbrage des heures travaillées – point 6.1.4.), qui n'est pas libre dans l'organisation de son travail (points 6.1.8 à 6.1.10. : présences planifiées par le SDT, temps de travail de 80% au minimum, vacances – non payées – à déterminer d'entente avec le SDT), qui est soumise aux directives du SDT et à sa supervision (points 6.1.2. et 6.1.15.) ne soit pas considérée comme partie d'un contrat de travail ?

Rappel de l'interpellation

3. Le Conseil d'Etat pense-t-il que les conditions d'engagement prévues au chiffre 6 du cahier des charges relèvent d'une activité dépendante au sens du droit des assurances sociales ?

3.1. Si oui, peut-il garantir que la part employeur des charges sociales de la personne concernée seront acquittées conformément à la loi ?

3.2. Si non, comment explique-t-il que l'activité d'une personne ne supportant manifestement aucun risque d'entreprise, devant suivre des instructions, soumise à un devoir de subordination et à un devoir de présence (points 6.1.2 et 6.1.15.) ne soit pas considérée comme dépendante ?

Rappel de l'interpellation

4. Le Conseil d'Etat ne pense-t-il pas que ses actions en vue de réduire le travail au noir, notamment les cas de faux indépendants, perdent en crédibilité si l'administration cantonale pratique de telles conditions d'engagements ?

Dans tous les cas :

5. D'autres services de l'Etat ont-ils recours à des mandats dont les conditions d'exécution sont similaires ou comparables ? Si oui, lesquels et pourquoi ?

6. Quelles mesures le Conseil d'Etat entend-il prendre pour éviter que l'administration cantonale ne fasse appel à de faux indépendants ?

Nous remercions d'avance le Conseil d'Etat pour ses réponses.

Réponse du Conseil d'Etat

L'interpellateur pose des questions relatives à un appel d'offres lancé par le Service du développement territorial concernant l'acquisition de données d'affectation du sol pour la mise en oeuvre de l'infrastructure nationale de données géographiques.

L'article 46, alinéa 4, de la loi fédérale du 5 octobre 2007 sur la géoinformation (LGéo / RS 510.62) fixe aux cantons un délai de 3 ans à compter du 1er juillet 2008 pour adapter les bases légales cantonales. Les cantons doivent adapter en principe dans un délai de 5 ans les géodonnées aux standards de la Confédération (art. 46 al. 4 LGéo et art. 53 al. 1 de l'ordonnance du 21 mai 2008 sur la géoinformation). Le mandat concerné est lié à la nécessité de modifier les géodonnées dans des délais très courts.

Il s'agit en bref de mettre en conformité avec les standards numériques fédéraux les plans d'affectation et l'aperçu de l'état de l'équipement.

Le Grand Conseil a d'ailleurs adopté le 24 mars 2009 le décret accordant au Conseil d'Etat un crédit de 27,16 millions de francs en vue de financer le développement de l'infrastructure cantonale en géodonnées de la mensuration officielle et du système d'information sur le territoire de l'administration cantonale vaudoise (SIT-ACV). Ce décret recouvre notamment le mandat concerné par l'interpellation.

Concrètement, le mandat concerne la saisie informatique de différentes données d'affectation et leur attribution à des zones homogénéisées.

Il a été octroyé à un bureau privé qui assume l'entière responsabilité du travail qu'il réalise en intégrant

les critères techniques définis par le mandant (SDT). Le mandataire s'est ainsi engagé à fournir une prestation grâce à un personnel dont les qualifications professionnelles sont en relation avec le travail à fournir.

Le mandat a été évalué sur la base d'un devis global découlant de l'estimation du temps à consacrer pour ce projet. Le paiement du mandataire est effectué sur la base du temps consacré, mais ne pourra pas dépasser le montant annuel de Fr. 150'000.-.

Le mandat est conclu pour une durée d'une année et devrait être reconduit sur une durée maximale de 4 ans, pour autant que les disponibilités financières du service le permettent (TCA). Le mandat s'arrêtera dès que la prestation sera remplie.

Question 1 : *Pourquoi le SDT externalise-t-il les tâches évoquées ci-dessus ? Pourquoi n'a-t-il pas directement engagé des collaborateurs pour les effectuer ?*

Il convient de rappeler que la dotation en personnel du Service du développement territorial est limitée, ce qui induit déjà des problèmes pour le traitement courant des dossiers qui lui incombent. Les ressources à disposition sont clairement insuffisantes pour effectuer ces travaux techniques découlant de la mise en œuvre de cette nouvelle législation.

Les entreprises privées ont déjà une maîtrise des outils informatiques liés à ce genre de travail. Il est probable que l'engagement du personnel par le service demanderait une formation préliminaire qui ne serait pas consacrée au travail à réaliser. Le travail à effectuer étant limité dans le temps, il est donc opportun de profiter des compétences externes.

Dès la fin de ce mandat, un travail "de routine" suivra (contrôle des données provenant de l'extérieur lorsque les bureaux se conformeront aux directives d'échanges de données numériques (NORMAT) pour les nouvelles données). La question de son internalisation sera alors examinée.

Question 2 : *Le Conseil d'Etat pense-t-il que les conditions d'engagement prévues au chapitre 6.1. du cahier des charges placent le "mandataire" dans un rapport de subordination et/ou de dépendance économique au sens du droit du contrat de travail ?*

La relation contractuelle entre l'Etat et le soumissionnaire ayant remporté l'appel d'offres est un mandat au sens des articles 394 ss du Code des obligations (CO / RS. 220) confié à un bureau d'études pour la saisie des données des plans d'affectation.

Le mandataire ne se trouve donc pas dans un rapport de subordination ou de dépendance économique au sens du droit du travail. Il est responsable de la bonne et fidèle exécution du mandat.

L'hypothèse selon laquelle l'entreprise ne serait formée que d'une personne n'est dans l'absolu pas exclue ; elle se heurterait toutefois au fait qu'il est impossible d'accomplir une tâche estimée à env. 80% sans perdre son statut d'entreprise indépendante.

Dans les faits, 4 bureaux ont répondu dans les délais à l'appel d'offres. Ces bureaux occupent entre 9 et 33 collaborateurs.

2.1. Si oui, le contrat sera-t-il soumis à la LPers, comme l'exige l'art. 2 LPers ?

2.1.1. Si ce n'est pas le cas, pourquoi ?

2.1.2. Si c'est le cas, les conditions d'exécution (point 6.1. du cahier des charges) sont-elles toutes conformes à la LPers ?

Réponse du Conseil d'Etat

Comme la réponse à la première question est négative, il n'est pas nécessaire de répondre à la question 2.1.

2.2. Si non, comment le Conseil d'Etat explique-t-il qu'une personne qui est manifestement intégrée

dans le processus de travail interne de l'administration cantonale (place de travail dans ses locaux - point 6.1.2. du cahier des charges, timbrage des heures travaillées – point 6.1.4.), qui n'est pas libre dans l'organisation de son travail (points 6.1.8 à 6.1.10. : présences planifiées par le SDT, temps de travail de 80% au minimum, vacances – non payées – à déterminer d'entente avec le SDT), qui est soumise aux directives du SDT et à sa supervision (points 6.1.2. et 6.1.15.) ne soit pas considérée comme partie d'un contrat de travail ?

Réponse du Conseil d'Etat

Le travail confié au collaborateur du bureau mandaté sera effectué sous la responsabilité du bureau qui l'emploie. Les risques sont assumés par le mandataire. Les vacances, les jours et les heures d'absence et la formation des opérateurs sont également à la charge de celui-ci.

Les heures sont facturées par l'entreprise sur la base d'un décompte mensuel et contrôlées par le service.

Le service a toutefois demandé qu'un temps de travail d'au moins 80% soit garanti par le mandataire afin d'assurer un avancement suffisant du mandat.

Le fait que le travail soit réalisé dans les bureaux du service s'explique en raison de l'importance du matériel de saisie concernée et du volume des données (sous forme papier) à traiter. Il faut encore relever qu'en tout temps le service doit pouvoir accéder aux données s'il doit traiter des demandes.

La présence du personnel du mandataire implique une planification des temps de travail. Cela est nécessaire non seulement pour garantir une utilisation adéquate des locaux et du matériel informatique, mais également pour assurer les échanges avec les collaborateurs du SDT pour les instructions particulières relatives à la saisie des données et à l'attribution aux zones homogénéisées.

Question 3 : *Le Conseil d'Etat pense-t-il que les conditions d'engagement prévues au chiffre 6 du cahier des charges relèvent d'une activité dépendante au sens du droit des assurances sociales ?*

3.1. Si oui, peut-il garantir que la part employeur des charges sociales de la personne concernée seront acquittées conformément à la loi ?

3.2. Si non, comment explique-t-il que l'activité d'une personne ne supportant manifestement aucun risque d'entreprise, devant suivre des instructions, soumise à un devoir de subordination et à un devoir de présence (points 6.1.2 et 6.1.15.) ne soit pas considérée comme dépendante ?

Réponse du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat constate que le personnel qui effectuera le travail est un salarié d'une entreprise indépendante. Celle-ci doit se conformer aux dispositions en matière d'assurances sociales.

Avant d'attribuer le mandat, le service a reçu la preuve que le bureau retenu avait payé ses assurances sociales et qu'il respectait la Convention collective de travail. En cas de doute, un ou des contrôles ultérieurs peuvent être réalisés en tout temps.

Question 4 : *Le Conseil d'Etat ne pense-t-il pas que ses actions en vue de réduire le travail au noir, notamment les cas de faux indépendants, perdent en crédibilité si l'administration cantonale pratique de telles conditions d'engagements ?*

Le Conseil d'Etat prend très au sérieux la question du travail au noir. Il ne peut toutefois pas admettre que l'on puisse penser qu'un mandat attribué de manière totalement transparente à la suite d'un appel d'offres publié dans la Feuille des avis officiels et par une procédure de marché publique ouverte soit comparable à un travail au noir.

Question 5 : *D'autres services de l'Etat ont-ils recours à des mandats dont les conditions d'exécution sont similaires ou comparables ? Si oui, lesquels et pourquoi ?*

Plusieurs mandats similaires existent dans d'autres services en relation avec la mise en oeuvre de la nouvelle législation sur la géoinformation. Par ailleurs, d'autres contrats de ce type sont également en vigueur à l'Etat de Vaud ; ils touchent des domaines aussi variés que la restauration d'entreprise, des travaux techniques ou de bureautique (notamment de saisie de données).

Question 6 : *Quelles mesures le Conseil d'Etat entend-il prendre pour éviter que l'administration cantonale ne fasse appel à de faux indépendants ?*

Le Conseil d'Etat considère que les procédures en place sont suffisantes pour éviter que l'administration n'engage des faux indépendants. L'engagement de personnel fixe ou auxiliaire est vérifié par le Service du personnel.

Par ailleurs, les comptabilités des services et départements vérifient que les mandats sont bien attribués à des personnes ayant un véritable statut d'indépendant.

Au surplus, le Contrôle cantonal des finances et la caisse AVS effectuent également des contrôles.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 3 mars 2010.

Le président :

P. Broulis

Le chancelier :

V. Grandjean