

Rapport explicatif

de l'Administration fédérale des finances concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise

du 13 septembre 2006

La gestion des entités de la Confédération devenues autonomes exposée dans le rapport du Conseil fédéral du 6 septembre 2006 sur le gouvernement d'entreprise se fonde sur le présent rapport explicatif de l'Administration fédérale des finances (AFF). La première partie du rapport explicatif commente l'importance et la structure actuelle des divers éléments de gestion au moyen d'exemples concrets (l'ASRE, les CFF, l'IPI, l'ISDC, la Poste, RUAG, Skyguide, Swisscom et Swissmedic), ainsi que, le cas échéant, les améliorations qui s'imposent. Il en résulte 28 principes directeurs qui serviront à l'avenir de référence pour le choix de la forme organisationnelle et pour la gestion des entités de la Confédération devenues autonomes. Chaque principe est justifié, et son utilité démontrée en fonction des types de tâches propices à l'externalisation¹:

- «les prestations à caractère monopolistique»;
- «les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité» et
- «les prestations fournies sur le marché»

La deuxième partie passe rapidement en revue les normes nationales et internationales en matière de gouvernement d'entreprise qui ont été consultées pour améliorer la gestion des entités de la Confédération devenues autonomes.

¹ Chaque type de tâches est analysé en détail dans le rapport du Conseil fédéral du 6 septembre 2006 sur le gouvernement d'entreprise. Voir <http://www.efv.admin.ch/f/news/index.php>.

Table des matières

Liste des abréviations	5
Partie I: Eléments de gestion, principes directeurs et application en fonction du type de tâches	8
1 Aperçu	8
2 Forme juridique	11
2.1 Introduction	11
2.2 Les formes juridiques de droit privé	13
2.2.1 La société anonyme de droit privé	13
2.2.2 Autres formes juridiques de droit privé	14
2.3 Les formes organisationnelles de droit public	15
2.3.1 L'établissement	15
2.3.2 La fondation de droit public	16
2.3.3 Formes organisationnelles de droit public s'inspirant largement du droit privé	16
2.3.3.1 Aperçu	16
2.3.3.2 La société anonyme de droit public	17
2.4 Situation actuelle	18
2.5 Principe directeur pour le modèle de gestion	18
2.6 Application en fonction du type de tâches	19
3 Organes	20
3.1 Introduction	20
3.2 Situation actuelle	22
3.3 Principes directeurs pour le modèle de gestion	24
3.4 Application en fonction du type de tâches	29
4 Représentants de la Confédération	30
4.1 Introduction	30
4.2 Situation actuelle	32
4.3 Principe directeur pour le modèle de gestion	32
4.4 Application en fonction du type de tâches	32
5 Responsabilités	33
5.1 Introduction	33
5.2 Situation actuelle	34
5.2.1 Responsabilité selon la loi sur la responsabilité (en particulier à titre subsidiaire)	34
5.2.2 Responsabilité selon la loi sur la fusion	35
5.2.3 Réglementations sur la responsabilité spécifiques aux entreprises	35
5.3 Problèmes et lacunes des réglementations actuelles en matière de responsabilité	36
5.3.1 Action récursoire contre les organes	36
5.3.2 Responsabilité en lien avec la surveillance de l'économie ou de la sécurité	36
5.4 Principes directeurs pour le modèle de gestion	38

5.5 Application en fonction du type de tâches	40
6 Compétences particulières	42
6.1 Introduction	42
6.2 Situation actuelle	42
6.3 Principes directeurs pour le modèle de gestion	43
6.4 Application en fonction du type de tâches	46
7 Objectifs stratégiques	47
7.1 Introduction	47
7.2 Autonomie de l'entité ayant acquis ce statut	48
7.3 Influence de la Confédération en qualité de propriétaire	49
7.3.1 Contenu des objectifs stratégiques	50
7.3.1.1 Aspects relatifs à l'entreprise	50
7.3.1.2 Aspects relatifs aux tâches	50
7.4 Situation actuelle	51
7.5 Principes directeurs pour le modèle de gestion	54
7.6 Application en fonction du type de tâches	57
8 Contrôle du Conseil fédéral et haute surveillance du Parlement	58
8.1 Introduction	58
8.2 Contrôle du Conseil fédéral	60
8.2.1 Nature et but du contrôle	60
8.2.2 Bases du contrôle	60
8.2.3 Mesures à disposition en cas d'évolutions erronées	61
8.2.4 Situation actuelle	61
8.2.5 Principes directeurs pour le modèle de gestion	63
8.2.6 Application en fonction du type de tâches	65
8.3 Haute surveillance du Parlement	67
8.3.1 Introduction	67
8.3.2 Organes de la haute surveillance	68
8.3.3 Ampleur et objet de la haute surveillance	69
8.3.4 Instruments de la haute surveillance	70
8.3.4.1 Instruments généraux	70
8.3.4.2 Instruments spécifiques	71
8.3.5 Organisation de la haute surveillance	72
8.3.5.1 Application en fonction du type de tâches	73
9 Finances et impôts	74
9.1 Introduction	74
9.2 Situation actuelle	75
9.3 Principes directeurs pour le modèle de gestion	78
9.4 Application en fonction du type de tâches	80
Partie II: Qu'est-ce que le gouvernement d'entreprise?	82
1 Introduction	82
2 Gouvernement d'entreprise dans le secteur privé	82

2.1 Notion	82
2.2 Relations entre mandant et mandataire dans les sociétés ouvertes au public	83
3 Gouvernement d'entreprise dans le secteur public	83
3.1 Notion	83
3.2 Relations entre mandant et mandataire dans les entreprises étatiques	84
4 Sources sur le gouvernement d'entreprise des entreprises fédérales	84
4.1 Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques	85
4.2 Réglementations et codes de droit privé	85
4.2.1 Code des obligations	85
4.2.2 Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise / directive de SWX concernant les informations relatives à la Corporate Governance	86
4.3 Loi sur le Parlement	86
Bibliographie	87
Messages et rapports	91

Liste des abréviations

AFF	Administration fédérale des finances
al.	Alinéa
art.	Article
ASRE	Assurance suisse contre les risques à l'exportation
ATF	Arrêté du Tribunal fédéral
AUFIN	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
BNS	Banque nationale suisse
CC	Code civil (RS 210)
CDF	Contrôle fédéral des finances
CdF-CN	Commission des finances du Conseil national
CdG	Commission de gestion
CdG-E	Commission de gestion du Conseil des Etats
CEP	Commission d'enquête parlementaire
CFB	Commission fédérale des banques
CFF	Chemins de fer fédéraux
ch.	Chiffre
CO	Code des obligations (RS 220)
ComCom	Commission fédérale de la communication
Cst.	Constitution fédérale (RS 101)
DDPS	Office fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
DelFin	Délégation des finances
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFI	Département fédéral de l'intérieur
EPF	Ecoles polytechniques fédérales
FF	Feuille fédérale
GMEB	Gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
ISDC	Institut suisse de droit comparé
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LA	Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (RS 748.0)
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LASRE	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (RS 946.10)
LBN	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (Loi sur la banque nationale; RS 951.11)
LCF	Loi fédérale du 28 juin 1967 sur le Contrôle fédéral des finances (Loi sur le Contrôle des finances; RS 614.0)

LCFF	Loi du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux (RS 742.31)
LEAC	Loi fédérale du 10 octobre 1997 sur les entreprises d'armement de la Confédération (RS 934.21)
L'EC	L'Expert-comptable suisse
LFC	Loi fédérale du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (Loi sur les finances de la Confédération; RS 611.0)
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion; RS 221.301)
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LIE	Loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (Loi sur les installations électriques; RS 734.0)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LIPI	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (RS 172.010.31)
LOGA	Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010).
Loi sur la CFP	Loi fédérale du 23 juin 2000 régissant la Caisse fédérale de pensions (Loi sur la CFP; RS 172.222.0)
Loi sur les EPF	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les écoles polytechniques fédérales (Loi sur les EPF; RS 414.110)
LOP	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la Poste (loi sur l'organisation de la Poste; RS 783.1)
LParl	Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement; RS 171.10)
LPers	Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1).
LPO	Loi du 30 avril 1997 sur la poste (RS 783.0)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle, survivants et invalidité (RS 831.40)
LPTh	Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques; RS 812.21)
LRCF	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité; RS 170.32)
LRTV	Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (RS 784.40)
LSu	Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions; RS 616.1)
LTC	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (Loi sur l'organisation de télécommunication; RS 784.11)

n.	Note
NMC	Nouveau modèle comptable
OCDE	Organisation de Coopération et Développement Economiques
OFJ	Office fédéral de la justice
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OLOGA	Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1)
ORTV	Ordonnance du 6 octobre 1997 sur la radio et la télévision (RS 784.401)
OSNA	Ordonnance du 18 décembre 1995 sur le service de la navigation aérienne (RS 748.132.1)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
P-LMu	Projet de loi fédérale sur la fondation Musée national suisse (Loi sur le Musée national suisse, FF 2003 550 ss.)
RDS	Revue de droit suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SUVA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Partie I:

Eléments de gestion, principes directeurs et application en fonction du type de tâches

1 Aperçu

La Confédération assume un grand nombre de tâches très diverses², que l'administration fédérale centrale est en principe chargée d'exécuter. La Confédération peut toutefois confier l'exécution de tâches à des tiers et surveiller cette exécution. Une autorisation légale est nécessaire à cet effet³. Les tâches sont confiées à des tiers directement par le biais de la loi (p. ex. SUVA⁴) ou par le biais d'un contrat prévu dans la loi (p. ex. Billag⁵). Suivant la nature de la tâche confiée, l'on distingue la délégation et la concession. On parle de *délégation*⁶ lorsque l'accomplissement de tâches administratives est confié à des tiers, comme dans le cas de l'organisation des examens de fin d'apprentissage et d'autres examens confiée aux associations professionnelles ou dans le cas du contrôle des installations à courant fort effectué par l'ASE⁷. En revanche, l'octroi de concessions⁸ représente l'octroi à un tiers du droit d'exercer régulièrement une activité économique, qui incombe en principe à la communauté du fait d'un monopole ou d'un droit régalien. Des obligations en matière d'exploitation ou de prestations sont en règle générale imposées au concessionnaire. Il ne s'agit en l'occurrence pas d'un transfert de fonctions administratives, tel que celui qui caractérise la délégation.

Lorsque la Confédération *commande* des *prestations* à des particuliers ou à des entités devenues autonomes, il ne s'agit pas de véritables transferts de tâches à des tiers. De telles commandes portent notamment sur des prestations que des tiers fournissent à la place de la Confédération à la population (p. ex. prestations en matière de trafic régional) ou des prestations préalables dont l'administration fédérale centrale a besoin pour exécuter les tâches fédérales qui lui incombent.

En sa qualité d'Etat, la Confédération pilote en premier lieu l'exécution des diverses tâches à travers des lois matérielles et des dispositions d'exécution, complétées le cas échéant par des ordonnances administratives (p. ex. directives s'appliquant notamment à l'administration fédérale) et par des conditions contractuelles ou ordonnées par décision (s'appliquant notamment aux concessionnaires).

² Définition d'une tâche fédérale et délimitation en fonction de l'intérêt public selon HAFNER, 297 s.: Alors qu'une tâche étatique est la conséquence d'un mandat confié à l'Etat, les intérêts publics sont en relation avec les besoins et la motivation: ils indiquent que certaines exigences présentent un avantage pour la collectivité et sont utiles. Chaque besoin public et chaque avantage pour la collectivité n'impliquent pas que l'Etat doive satisfaire à ce besoin ou favoriser cet avantage. Partant, chaque intérêt public ne justifie pas que l'Etat assume la tâche qui en découle.

³ Art. 178, al. 3, Cst. La Confédération n'a pas besoin d'autorisation pour confier des activités administratives auxiliaires à des particuliers.

⁴ Cf. art. 58 et 66 LAA

⁵ Cf. art. 55, al. 3, LRTV en relation avec l'art. 48, al. 3, ORTV

⁶ Cf. à ce sujet GYGI, p. 56 ss.

⁷ Cf. art. 21, ch. 2, LIÉ et ordonnance du 7 décembre 1992 sur l'Inspection fédérale des installations à courant fort (RS 734.24).

⁸ A ce sujet, cf. GYGI, 57. L'on peut citer l'art. 10 LRTV comme exemple de concession octroyée par la loi et l'art. 14 LTC comme exemple de concession octroyée par décision. Il existe aussi des concessions à travers lesquelles un droit, et non une tâche, est transféré, cf. par exemple l'art. 1 ss de la loi fédérale du 23 juin 1944 sur la concession des distilleries domestiques (Ldd; RS 680.1).

La Confédération confie en partie l'exécution de tâches à un organisme ou à une entreprise dont elle est propriétaire ou dans laquelle elle détient une participation principale ou majoritaire, ce qui lui permet, *dans son rôle de propriétaire ou d'actionnaire principal ou majoritaire*, d'exercer une influence sur l'exécution des tâches de la Confédération confiées à cet organisme ou à cette entreprise. A titre d'exemple, la Confédération est propriétaire de l'IPI, à qui elle a notamment confié les tâches de protection des brevets, des marques et du droit d'auteur et elle est actionnaire majoritaire de Skyguide, qui assume pour la Confédération les tâches de sécurité aérienne⁹.

Le rapport explicatif est consacré au rôle de propriétaire de la Confédération. Le chapitre «modèle de gestion» formule 28 principes directeurs relatifs à la forme organisationnelle des organismes et entreprises chargées d'exécuter des tâches fédérales, dont la Confédération est propriétaire ou dans lesquelles elle est l'actionnaire principal ou majoritaire. Nous utiliserons ci-après le terme «entités devenues autonomes» pour ces organismes et entreprises, car la plupart d'entre elles sont nées d'une externalisation et de l'octroi de l'autonomie juridique à des unités administratives. La propriété et la participation de la Confédération sont inséparables des tâches de la Confédération dont l'exécution a été confiée à de telles entités. Leur forme organisationnelle doit, d'une part, prévoir pour l'entité les compétences et la liberté d'action requises pour une exécution optimale des tâches et, d'autre part, garantir à la Confédération *en sa qualité de propriétaire*, un contrôle et une influence en adéquation avec le but d'intérêt public de sa propriété ou de sa participation.

Les principes directeurs seront ensuite appliqués aux entités devenues autonomes chargées de l'exécution des tâches qui peuvent être attribuées aux types «prestations à caractère monopolistique», «tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité» et «prestations fournies sur le marché». La mise en œuvre des principes directeurs en fonction des types de tâches permettra d'élaborer un modèle de gestion pour les entités de la Confédération devenues autonomes.

Les principes directeurs et le modèle de gestion visent à harmoniser le droit organisationnel des entités devenues autonomes et ce, à deux égards:

1. A l'avenir, le droit organisationnel des entités devenues autonomes ne devra plus être en rapport avec les différentes tâches, mais avec des *types* de tâches. Ainsi, l'actuelle multitude de solutions organisationnelles pourra être remplacée par un nombre restreint de formes organisationnelles.
2. Grâce aux principes énoncés dans le modèle de gestion, le droit organisationnel est l'objet d'une certaine uniformisation, notamment en ce qui concerne les établissements (p. ex. taille et composition des organes, critères pour l'envoi de représentants de la Confédération, etc.).

Etant donné la grande diversité des tâches fédérales, le modèle de gestion ne sert que de *référence*. Il s'appliquera à l'avenir à la forme organisationnelle de toutes les entités de la Confédération devenues autonomes. Toutefois, des exceptions justifiées devront rester possibles.

⁹ Cf. art. 40 LA

Les principaux exemples d'entités de la Confédération faisant partie du champ d'application du modèle de gestion et devenues autonomes sont actuellement les EPF et les instituts de recherche, l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI), l'Institut suisse de droit comparé (ISDC), la Poste, RUAG, les CFF, l'assurance suisse contre les risques à l'exportation (ASRE), Skyguide, la SUVA, Swisscom et Swissmedic.

Malgré son lien étroit avec la typologie des tâches, le modèle de gestion est centré, *non* sur des *tâches* (comme dans le cas des lois matérielles), mais sur des organismes et des *entreprises*,

- qui sont juridiquement autonomes et ne font pas ou plus partie de l'administration fédérale centrale,
- dont la Confédération est propriétaire, voire actionnaire principal ou majoritaire, et
- qui sont chargées de l'exécution de tâches fédérales externalisées.

Le modèle de gestion de la Confédération se compose de différents éléments de gestion formant la conception juridique et économique d'une entité devenue autonome. Le présent rapport se limite à une sélection d'éléments de gestion jugés essentiels, notamment:

- **La forme juridique¹⁰:** la forme juridique détermine si l'entité devenue autonome est soumise au droit privé ou au droit public (chap. 2). Le choix de la forme juridique est crucial pour la définition des autres éléments de gestion: si la forme juridique relève du droit privé, ces derniers seront en grande partie prédéfinis par le droit de la société anonyme, alors que dans le cas d'une forme juridique de droit public, ils seront adaptés aux besoins spécifiques du cas d'espèce.
- **Les organes:** ils font partie de la personnalité de la personne morale et agissent en son nom. Outre leur nombre et leur fonction ou leurs compétences, d'autres facteurs tels que la taille, la composition, la nomination et la possibilité de révocation jouent un rôle (chap. 3).
- **Les représentants de la Confédération:** il s'agit de tiers ou de collaborateurs de l'administration, qui, en vertu de la loi, d'un contrat ou d'une instruction, sont tenus *juridiquement* de défendre les intérêts spécifiques de la Confédération, en qualité de membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut (chap. 3).
- **La responsabilité (des organes):** la responsabilité pour les dommages causés lors de l'accomplissement d'une tâche publique relève de la loi sur la responsabilité – sauf si cela est expressément exclu en tout ou partie dans la loi d'organisation – tandis que la responsabilité pour les dommages causés lors de l'accomplissement d'une tâche privée relève de la responsabilité privée (chap. 5).
- **Les compétences particulières:** il s'agit des compétences qui ne sont pas absolument nécessaires aux entités devenues autonomes pour atteindre l'objectif légal de l'entreprise, mais qui peuvent favoriser la réalisation de cet objectif. Ce sont les compétences législatives, la compétence de conclure des coopérations et de prendre des participations ainsi que la compétence de fournir des prestations annexes à but lucratif (chap. 6).
- **Le pilotage des tâches et des entités (objectifs stratégiques):** ce sont les instruments nécessaires au pilotage tels que les objectifs stratégiques assignés par le Conseil fédéral, par lesquels la Confédération influence les entités devenues autonomes, leurs

¹⁰ Pour simplifier, le terme de forme juridique sera aussi utilisé pour les formes organisationnelles de droit public. Cf. la n. 11.

tâches et l'exécution de celles-ci de manière ciblée et en complément de la législation (chap. 7).

- ***Le contrôle du Conseil fédéral et la haute surveillance du Parlement:*** il s'agit des droits en vertu desquels le Conseil fédéral peut contrôler si une entité devenue autonome se conforme aux directives légales et relative à la politique de propriétaire, et qui lui permettent d'intervenir en cas d'évolutions erronées. La haute surveillance porte sur le statut particulier accordé au Parlement et à ses commissions de surveillance par rapport aux entités de la Confédération devenues autonomes (chap. 8).
- ***Finances et impôts:*** cet élément comprend la dotation en capital de l'entité, la compétence de tenir sa propre comptabilité, les principes régissant la présentation des comptes, la réglementation portant sur l'utilisation du bénéfice ainsi que la réglementation concernant l'assujettissement à l'impôt et les garanties (chap. 9).

2 Forme juridique

2.1 Introduction

La forme juridique ou organisationnelle détermine l'organisation d'une entité devenue autonome¹¹. L'on distingue les formes juridiques de droit privé et les formes organisationnelles de droit public. Les particuliers ne peuvent choisir que les formes juridiques de droit privé. En revanche, la Confédération a le choix entre les deux possibilités. L'accès aux informations et les possibilités d'influencer le développement de l'entité dépendent de la forme choisie. Dans le cas d'une forme juridique de droit privé, l'organisation de l'entité devant devenir autonome – et, par conséquent, les droits à l'information et les droits d'intervention de la Confédération en tant que propriétaire – sont régis par le droit privé¹². En revanche, si la Confédération choisit une forme de droit public, elle détermine elle-même le droit organisationnel. Ce faisant, elle peut tenir compte de ses besoins spécifiques en matière d'information et d'intervention, qui découlent en particulier de son rôle de garante de l'exécution des tâches¹³. Avant de choisir la forme juridique de droit privé ou la forme organisationnelle de droit public, la Confédération doit d'abord décider si elle souhaite un contrôle et une influence de l'État ou une activité entrepreneuriale exercée librement.

L'établissement est la forme organisationnelle la plus répandue dans le droit public. La société anonyme de droit privé constitue quant à elle la première forme juridique (de droit privé). La société anonyme de droit public est la plus répandue des formes mixtes à mi-chemin entre le droit public et le droit privé. Cette forme organisationnelle relevant du droit public est très proche de la société anonyme de droit privé. La Confédération peut se réserver des droits d'intervention et des droits à l'information en sa qualité de propriétaire grâce à une loi

¹¹ Le droit de la société anonyme définit de manière générale et abstraite les formes organisationnelles autorisées. Le terme de *forme juridique* est donc utilisé ici. Le droit public ne comprend aucune réglementation générale et abstraite sur les formes organisationnelles autorisées. Il ne contient aucune typologie définitive des formes juridiques.

¹² Dans le cas des sociétés anonymes, en particulier, il est plus difficile pour la Confédération d'avoir un accès privilégié aux informations par rapport aux autres actionnaires.

¹³ Si des intérêts publics doivent être pris en compte par des particuliers, ils peuvent être garantis par les garde-fous prévus dans le droit public pour les activités privées, tels que réglementations du droit administratif fédéral, décisions sous forme de conditions et surveillance de leur respect (cf. NOBEL, 141 ss; et JAAG, Staat, 398 s.). Ces garde-fous comprennent également les objectifs stratégiques de la Confédération, qui ont valeur d'auto-engagements, par lesquels la Confédération déclare ouvertement les objectifs qu'elle souhaite atteindre à travers une participation. Cf. p. ex. art. 6, al. 3, LET.

spéciale, ce qui serait impossible en cas d'application exclusive du droit privé¹⁴. Des formes mixtes sont en principe aussi envisageables pour les autres formes juridiques de droit privé que sont la SARL ou la coopérative. Il convient toutefois en principe d'éviter cette mixité¹⁵.

Il n'est pas possible d'établir une liste de critères de portée générale permettant de déterminer la forme juridique ou organisationnelle idéale. Outre les purs aspects de l'adéquation¹⁶, il convient de tenir compte, de manière plus ou moins prononcée, des données historiques et des conditions politiques¹⁷.

Diverses formes juridiques et organisationnelles susceptibles de s'appliquer en principe aux entités de la Confédération devenues autonomes sont présentées ci-après.

Lignes directrices de l'OCDE¹⁸

Les pouvoirs publics doivent s'efforcer de simplifier et de rationaliser les pratiques opérationnelles des entreprises publiques, ainsi que la forme juridique sous laquelle elles exercent leurs activités. Leur forme juridique doit permettre aux créanciers de faire valoir leurs créances et d'engager des procédures d'insolvabilité. Pour rationaliser le statut juridique des entreprises publiques, les pouvoirs publics devraient s'inspirer le plus possible du droit des sociétés anonymes et éviter de créer un statut spécifique lorsqu'un tel statut n'est pas absolument nécessaire à la réalisation des objectifs de l'entreprise. Cette rationalisation doit viser en priorité les entreprises publiques exerçant une activité commerciale et intervenant sur des marchés concurrentiels et ouverts. Si le changement de forme juridique des entreprises publiques se révèle trop compliqué, d'autres options existent: élargir le champ d'application de certaines réglementations spécifiques, dont la validité ou la portée pourraient être étendues aux entreprises publiques ayant une forme juridique spécifique, ou encore demander aux entreprises publiques de se conformer volontairement à certaines de ces réglementations spécifiques, en particulier les obligations de diffusion d'informations (chap. I, let. B).

Loi sur la fusion

Si des instituts de droit public inscrits au registre du commerce et autonomes du point de vue de l'organisation sont transformés en sujets de droit privé ou si un transfert de patrimoine a lieu entre des instituts de droit public, les prescriptions de la LFus régissant les conditions et la procédure sont applicables¹⁹.

¹⁴ Au sujet des formes mixtes et des problèmes qui en découlent, cf. FORSTMOSER, Wer «A» sagt, 219 ss.

¹⁵ Concernant les formes juridiques régies par une loi spéciale, cf. chap. 2.3.3.

¹⁶ Cf. les explications ci-après concernant les différentes formes juridiques.

¹⁷ Cf. KRÄHENMANN, 135 s., et autres renvois.

¹⁸ Pour chaque élément de gestion, seront cités les lignes directrices de l'OCDE pertinentes, ainsi que d'autres principes déterminants.

¹⁹ Cf. art. 99 ss. LSu. Un résumé portant sur la transformation d'instituts de droit public peut être consulté sous VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, <http://www.fusg.ch> – die Internetplattform zum Transaktionsrecht.

2.2 Les formes juridiques de droit privé

2.2.1 La société anonyme de droit privé

La société anonyme²⁰ est une société de capitaux organisée corporativement et disposant de la personnalité juridique. Elle comprend une majorité de personnes regroupées en corporation pour atteindre un objectif déterminé. Le capital de la société anonyme est fixé dans les statuts. Le capital-actions correspond à la somme des valeurs nominales de toutes les actions. Il s'agit d'une valeur purement mathématique qui constitue un montant non modifiable à hauteur duquel l'actif doit être lié en permanence à la société²¹. L'action est un titre qui confère un droit de copropriété dans une SA. En émettant des actions, une entreprise se procure un capital propre dont elle répond; la responsabilité du bailleur de fonds se limite à son apport. L'action est un titre de placement très important en raison de sa forte mobilité; la séparation non problématique entre direction de l'entreprise et propriété du capital constitue un autre avantage²². La SA n'existe qu'à partir du moment de son inscription au registre du commerce; l'inscription est constitutive²³. Les actionnaires de la SA font valoir leur avis lors de l'assemblée générale. Les décisions se prennent à la majorité²⁴. L'actionnaire a un droit absolu à la recherche de profit par la SA. Ce droit ne peut lui être retiré que par le biais des statuts fondateurs ou dans le cadre d'une révision ultérieure des statuts^{25, 26}.

La Confédération n'a pas de statut particulier lorsqu'elle participe à une SA de droit privé comme un actionnaire ordinaire. Elle est soumise aux mêmes règles que les personnes morales ou physiques du droit privé²⁷. Elle a cependant la possibilité, en vertu de l'art. 762 CO, de déléguer des représentants dans des sociétés anonymes de droit privé dans lesquelles elle a un intérêt public²⁸ (cf. chap. 3.1).

Lorsqu'une entité soumise au droit public est transformée en une société anonyme de droit privé, il y a lieu de tenir compte des points suivants:

- une SA est soumise à la poursuite par voie de faillite, même si elle accomplit des tâches publiques²⁹;
- les SA sont en principe assujetties à l'impôt, contrairement aux établissements;
- pour exercer son influence sur l'entreprise ou obtenir des informations, la Confédération ne dispose que des moyens admis par le droit de la société anonyme.

²⁰ Art. 620 ss. CO

²¹ Cf. définition légale à l'art. 620, al. 1, CO et commentaire bâlois-BAUDENBACHER, art. 620 CO note 2, 11.

²² Commentaire bâlois-BAUDENBACHER, avant art. 620 CO note 1 s., 7 s.

²³ Cf. art. 640, 643 CO

²⁴ Cf. art. 703 CO. Tant pour les sociétés anonymes de droit privé que pour celles de droit public, l'on peut se demander dans quelle mesure cette manière de faire valoir son avis est possible si la Confédération est l'unique actionnaire. Dans ce cas, la Confédération, qui est l'unique actionnaire, fait valoir son avis à travers le Conseil fédéral, qui n'en devient pas pour autant un organe de la société anonyme.

²⁵ L'accord de tous les actionnaires est requis (art. 706, al. 2, ch. 4, CO).

²⁶ Commentaire bâlois-NEUHAUS/ILG, art. 660 CO, note 7.

²⁷ Cf. JAAG, Staat, 384.

²⁸ Cf. art. 762, al. 1, CO. Comme toute réglementation ou nouvelle réglementation figurant dans les statuts, ce droit de délégation doit être approuvé par l'assemblée générale conformément à l'art. 698, al. 2, ch. 1, CO. Par conséquent, ce droit ne peut être conféré contre la volonté de l'assemblée générale. Un droit de délégation largement identique à celui prévu à l'art. 762 CO existe aussi dans le cas des sociétés coopératives; cf. art. 926 CO.

²⁹ JAAG, Staat, 393. S'agissant de l'interdiction de saisie et de mise en gage de l'actif (administratif) de l'État.

2.2.2 Autres formes juridiques de droit privé

Pour les entités de la Confédération devenues autonomes, d'autres formes juridiques de droit privé que la société anonyme sont envisageables. Toutefois, elles sont moins importantes compte tenu de leur champ d'application possible dans le cas de la Confédération. C'est pourquoi elles ne sont présentées ici que brièvement et ne sont plus traitées par la suite. Il s'agit uniquement de corporations, c'est-à-dire de sociétés de personnes dotées de la personnalité juridique et indépendantes du changement des membres.

La *société coopérative*³⁰ ne poursuit pas de but lucratif – contrairement à la société anonyme – mais poursuit le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques déterminés de ses membres³¹. Un capital (capital social) n'est pas requis impérativement; la société coopérative peut également se procurer l'argent nécessaire à sa constitution à travers des contributions périodiques de ses membres ou à travers des prêts de tiers. En ce qui concerne les intérêts de la Confédération, un problème peut notamment se poser en raison du principe impératif d'une voix par personne³²: chaque membre dispose d'une voix, indépendamment de sa participation dans le capital.

La *société à responsabilité limitée (SARL)*³³ dispose d'un capital social ne pouvant être inférieur à 20 000 francs et ne pouvant excéder 2 millions de francs³⁴. Une SARL peut être fondée pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie, ou encore pour atteindre d'autres buts économiques. Compte tenu de la limite maximale du capital social de la SARL, cette dernière ne convenait pas jusqu'à présent pour les entités de la Confédération devant devenir autonomes³⁵, étant donné qu'elles ont souvent besoin d'une dotation en capital beaucoup plus importante.

L'*association*³⁶ ne poursuit pas de buts économiques, mais des idéaux. Tous les membres d'une association disposent du même droit de vote, sauf dispositions contraires des statuts³⁷. Pour les entités de la Confédération devant devenir autonomes, l'association n'entre que très rarement en ligne de compte étant donné sa structure axée sur les personnes.

La *fondation*³⁸ est un patrimoine à affectation spéciale ou un patrimoine propre juridiquement distinct. Les organes de la fondation poursuivent, au moyen des biens de la fondation, le but défini par le fondateur dans l'acte de fondation. L'autorité compétente peut, sur requête de l'autorité de surveillance ou de l'organe suprême de la fondation, modifier le but de celle-ci, seulement lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur³⁹. Une modification du but est entre autres aussi possible depuis début 2006 sur demande du fondateur ou en raison de ses dispositions testamentaires suite à son décès, lorsqu'une modification du but est prévue dans l'acte de fondation et qu'au moins dix ans se sont écoulés depuis la création de la fondation ou depuis la dernière modification demandée par le fondateur. Si le fondateur est une personne

³⁰ Art. 828 ss. CO

³¹ La seule société coopérative connue actuellement est la Société suisse de crédit hôtelier (cf. art. 2 de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'encouragement du secteur de l'hébergement; RS 935.12).

³² Art. 854 s. CO

³³ Art. 772 ss. CO

³⁴ Art. 773 CO

³⁵ La révision du droit de la SARL supprimera le plafonnement du capital social à 2 millions de francs au maximum (FF 2005 6809). L'entrée en vigueur est prévue pour le courant du second semestre 2007.

³⁶ Cf. art. 60 ss. CC

³⁷ Cf. Commentaire bâlois-HEINI/SCHERRER, art. 67 CC note 4.

³⁸ Cf. art. 80 ss. CC

³⁹ Cf. art. 86 CC

morale, ce droit s'éteint au plus tard 20 ans après la création de la fondation⁴⁰. Malgré cette nouveauté, la fondation présente une certaine rigidité par rapport à d'autres formes juridiques et organisationnelles. Ainsi, la fondation n'est guère appropriée dans le cas des entités de la Confédération.

2.3 Les formes organisationnelles de droit public

Les spécialistes distinguent les corporations de droit public (p. ex. coopératives d'amélioration foncière ou corporations de digues), les établissements (p. ex. l'IPI, Swissmedic ou la Poste) et les fondations de droit public (p. ex. Pro Helvetia ou le Parc national suisse)⁴¹. Contrairement au droit privé, le droit public ne contient pas de véritable typologie des formes juridiques. A l'inverse du droit de la société anonyme, les dispositions du droit fédéral ne définissent pas de manière *abstraite* les principes organisationnels applicables aux établissements p. ex. Chaque établissement est régi par son propre droit organisationnel, de sorte que chaque établissement possède sa propre forme juridique, définie sur mesure.

2.3.1 L'établissement

L'on entend par établissement une entité autonome du point de vue des finances et de l'organisation, et chargée d'une tâche publique précise⁴². Un établissement est autonome s'il dispose de sa propre personnalité juridique; s'il ne dispose pas de celle-ci, il n'est pas autonome. L'établissement ne peut pas tomber en faillite⁴³. S'agissant des impôts directs, il est traité de la même façon que l'administration, c'est-à-dire qu'il en est généralement exonéré⁴⁴. Contrairement aux formes de droit privé, la forme d'organisation de droit public n'est pas fixée sur le plan typologique. Son aménagement est par conséquent très ouvert.

A titre d'organisme étatique, l'établissement autonome est généralement mieux accepté sur le plan politique que l'entreprise de droit privé car il peut, du point de vue de l'organisation, être attribué plus facilement à la Confédération en tant que responsable. Cette situation peut présenter des avantages, en particulier pour l'exercice de tâches relevant de la puissance publique et le cas échéant pour les contacts avec les autorités étrangères. La possibilité d'une influence politique et démocratique est également garantie. Par contre, en sa qualité d'entreprise publique, l'établissement se limite à des activités prescrites par la législation, ce

⁴⁰ Cf. art. 86a CC

⁴¹ Cf. entre autres HÄFELIN/MÜLLER, note 1288 ss.

⁴² HÄFELIN/MÜLLER, note 1316. L'établissement peut aussi être décrit comme un organe administratif aux caractéristiques suivantes: a) soutenu par une collectivité publique, b) séparé sur le plan administratif, c) doté de ressources humaines et matérielles, d) doté de l'autonomie, e) chargé d'accomplir en permanence une tâche administrative, f) ayant des utilisateurs, g) visant en général à fournir des prestations (selon KRÄHENMANN, 130 s., et renvois).

⁴³ Le fait de ne pas pouvoir tomber en faillite découle du principe selon lequel le patrimoine (administratif) de l'État n'est ni saisissable ni réalisable. Cf. à ce sujet JAAG, Staat, 392 s. Sont généralement considérés comme ne pouvant pas tomber en faillite les États fédérés, les communes ou autres corporations publiques, ainsi que les entreprises publiques créées par une législation spéciale (cf. message concernant la loi fédérale sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation, 5471).

⁴⁴ L'établissement jouit d'un statut spécial sur le plan fiscal du fait de sa forme juridique, et cela indépendamment du fait qu'il poursuive un but de service public ou d'intérêt général. Ainsi, les établissements de la Confédération sont exonérés des impôts directs, en vertu de l'art. 56, let. a, LIFD. Mais cette disposition comporte des exceptions: conformément à l'art. 13 LOP, la Poste, qui est totalement exonérée de l'impôt en tant qu'établissement de la Confédération autonome, est imposée sur les bénéfices qu'elle réalise en fournissant les services libres définis à l'art. 9 LPO.

qui constitue un désavantage⁴⁵. Lorsqu'il s'agit de s'atteler rapidement à de nouvelles tâches, d'étendre le champ d'activités ou de servir les clients en tenant compte de leurs besoins, un établissement tend à atteindre plus rapidement ses limites qu'une société anonyme de droit privé.

2.3.2 La fondation de droit public

La fondation autonome de droit public⁴⁶ ressemble très fortement à l'établissement autonome. Elle a sa propre personnalité juridique et est chargée d'accomplir une tâche publique déterminée. La fondation se caractérise par un patrimoine à affectation spéciale ou par un patrimoine propre juridiquement distincts, utilisés, conformément au but de la fondation, en faveur des bénéficiaires de prestations (destinataires)⁴⁷.

2.3.3 Formes organisationnelles de droit public s'inspirant largement du droit privé

2.3.3.1 Aperçu

La Confédération s'est largement inspirée du droit privé pour définir la structure organisationnelle de ses diverses entités devenues autonomes. Les exemples les plus connus sont Swisscom et les CFF: leur forme organisationnelle de droit public étant calquée sur le droit de la société anonyme, ces entités sont désignées par le terme de «société anonyme de droit public».

Grâce à une loi d'organisation («loi spéciale»), la Confédération peut notamment se réserver des droits d'intervention et droits à l'information, ce qui serait impossible en cas d'application exclusive du droit privé⁴⁸. La société anonyme de droit public peut en principe se transformer en n'importe quelle forme juridique de droit privé.

Comme elle représente actuellement la principale forme juridique calquée sur le droit privé pour la Confédération, elle est la seule présentée en détail ci-après.

⁴⁵ Si, par exemple en raison d'une libéralisation progressive, le contexte se modifiait, entraînant un changement du caractère des prestations – l'accomplissement de tâches publiques cédant la place à une plus grande activité exposée à la concurrence (et soumise à l'impôt) (exemple de l'évolution du marché de la Poste) –, il conviendrait de repenser la forme juridique actuelle.

⁴⁶ Au sujet des fondations de droit public, cf. art. 59 CC.

⁴⁷ Les fondations non autonomes de droit public sont également appelées fonds spéciaux (cf. art. 52 LFC). Exemple: le Fonds social pour la défense et la protection de la population (cf. ordonnance du 5 mai 1999 sur le Fonds social pour la défense et la protection de la population [RS 611.021]).

⁴⁸ La loi d'organisation d'une société anonyme de droit public peut ainsi obliger le conseil d'administration à mettre en œuvre les objectifs stratégiques définis par le Conseil fédéral. Dans le cas d'une société anonyme de droit privé, les objectifs stratégiques définis par le Conseil fédéral ne peuvent pas être déclarés juridiquement contraignants pour le conseil d'administration.

2.3.3.2 La société anonyme de droit public

La société anonyme de droit public⁴⁹ est créée directement par un acte législatif, contrairement à une SA de droit privé au sens des art. 620 ss CO. La société anonyme de droit public repose sur la loi spéciale concernée (loi d'organisation), ainsi que sur les statuts (dont la fonction est d'ailleurs reprise partiellement dans la loi d'organisation) et – à titre complémentaire – sur les dispositions du code des obligations relatives à la société anonyme⁵⁰. La SA de droit public a un caractère mixte: elle exerce son activité ou fournit ses prestations dans le cadre du droit public et sa forme organisationnelle est également fixée par le droit public, mais elle s'appuie sur ou reprend largement une forme juridique de droit privé. S'il n'existe aucune réglementation précise, l'organisation de la société anonyme régie par une loi spéciale se fonde par présomption en premier lieu sur la réglementation figurant dans la loi d'organisation et seulement en second lieu sur les dispositions du droit de la société anonyme. Dans de tels cas, ce dernier devient un droit public subsidiaire⁵¹.

En raison de son caractère mixte, la société anonyme de droit public n'est ni une entreprise publique, ni une entreprise purement privée. Tout comme l'établissement de droit public, elle est liée à la loi d'organisation de droit public et, par conséquent, moins flexible et moins libre de se développer que la SA de droit privé. Elle est également plus proche de la politique que cette dernière. En effet, la réglementation de droit public implique un minimum d'influence de l'État. Or généralement, cette influence s'exerce unilatéralement, par la puissance publique, ce qui ne correspond pas à une expression corporative de l'avis des actionnaires. La société anonyme de droit public pose souvent des problèmes d'application du droit, puisqu'il est difficile de savoir quel droit appliquer dans les différents cas⁵². Le caractère mixte amène aussi à se demander si la société doit effectivement être qualifiée de corporation – c'est-à-dire de groupement de personnes faisant valoir leur avis. La SA de droit public typique reste une organisme de droit public. Toute SA de droit public est un cas particulier, puisque la loi d'organisation concerne des cas d'espèce et ne suit pas de schéma de droit public uniforme.

La forme organisationnelle de la SA de droit public permet à la Confédération d'accomplir des tâches publiques avec la participation financière de tiers (également de particuliers) et de conférer à ces derniers les droits de codécision prévus par le droit de la société anonyme. Mais la SA de droit public n'est pas privatisable à l'envi, puisque son caractère mixte implique une participation de l'Etat.

⁴⁹ Dans le présent contexte, il s'agit uniquement de la SA de droit public fondée sur le droit fédéral. Celle-ci ne doit pas être confondue avec la «société anonyme» de droit public créée par une loi cantonale selon l'art. 763 CO, à laquelle le droit de la société anonyme n'est pas applicable puisqu'il s'agit d'un droit privé.

⁵⁰ Voir VOGEL, 418 ch. 2 et renvois; HÄFELIN/MÜLLER, note 1488.

⁵¹ Voir HÄFELIN/MÜLLER, note 304; VOGEL, 418 ch. 2. 2.

⁵² Il n'existe par exemple aucune réglementation (explicite) précisant si la compétence pour évaluer les prétentions en matière de responsabilité échoit aux tribunaux civils ou aux instances administratives, quelles sont les bases légales déterminantes pour l'évaluation de la responsabilité et quelles sont les conséquences d'une faillite ou d'un surendettement (théoriquement possibles) – (qui informe qui, qui prend des mesures et lesquelles?).

2.4 Situation actuelle

Parmi les formes organisationnelles de droit public, l'établissement autonome est la plus répandue: la Régie fédérale des alcools⁵³, l'IPI, Swissmedic, l'ISDC, la Poste et l'ASRE, par exemple, sont tous des établissements autonomes⁵⁴.

Parmi les formes juridiques de droit privé, la société anonyme est la plus fréquente. Skyguide et RUAG constituent des exemples de sociétés anonymes de droit privé assumant des tâches de la Confédération⁵⁵.

Swisscom et les CFF sont des sociétés anonymes de droit public. Swisscom est en outre cotée en bourse⁵⁶.

2.5 Principe directeur pour le modèle de gestion

Principe n° 1

En principe, il convient d'assigner aux entités devenues autonomes qui accomplissent des tâches fédérales la forme organisationnelle de droit public de l'établissement autonome. La forme juridique de la société anonyme de droit privé ne doit être prévue que pour les entités

- a) qui fournissent la majorité de leurs prestations sur le marché (régulé le cas échéant);
- b) qui remplissent les conditions nécessaires à leur autonomie économique;
- c) dont l'activité ne relève pas de la puissance publique; et
- d) auxquelles des tiers doivent pouvoir participer.

Il ne faut opter pour d'autres formes juridiques de droit privé ou d'autres formes organisationnelles de droit public s'inspirant largement du droit privé que dans des cas exceptionnels dûment justifiés.

L'harmonisation requise du pilotage des entités devenues autonomes passe entre autres par une limitation des formes juridiques admises. En conséquence, il convient en principe de prévoir uniquement la forme organisationnelle de droit public de l'établissement ou la forme juridique de droit privé de la société anonyme pour les entités de la Confédération devenues autonomes. Toutefois, des exceptions au principe doivent rester possibles étant donné la diversité des tâches de la Confédération. D'autres formes organisationnelles de droit public et juridiques de droit privé sont admises, pour autant que leur nécessité puisse être démontrée.

Il s'agit de faire preuve de retenue, notamment lors du choix de formes organisationnelles s'inspirant largement des formes juridiques de droit privé. Bien qu'elles offrent des solutions taillées sur mesure, leur nature mixte pose toutefois des problèmes: il peut notamment être difficile de savoir quel droit - public ou privé - est applicable. Si le choix se porte sur une forme organisationnelle de ce type, il ne faut s'écarter des dispositions du droit privé qu'à titre exceptionnel.

⁵³ La Régie fédérale des alcools est un cas particulier: bien qu'elle ait une personnalité juridique reconnue légalement, elle ne dispose d'aucun organe et ne peut donc pas agir en tant que personne morale.

⁵⁴ Autres exemples: SUVA, Publica.

⁵⁵ Cf. art. 1, al. 2, et art. 3, al. 1, LEAC.

⁵⁶ La Banque nationale suisse (BNS) est aussi une société anonyme de droit public cotée en bourse. La Confédération n'en est toutefois pas actionnaire.

Le choix d'une forme juridique de droit public ou de droit privé doit dépendre du domaine de l'ordre juridique – droit privé ou droit public – et de l'environnement – monopole ou marché – dans lesquels l'entité devant devenir autonome va se situer, ainsi que la forme de commerce qui sera appliquée – forme de droit public ou de droit privé. Si l'État fait fi de ce principe et poursuit exclusivement ou majoritairement des intérêts publics dans une entreprise de droit privé orientée vers le bénéfice, des conflits d'intérêts sont inévitables⁵⁷.

La majorité des tâches de la Confédération ont un caractère monopolistique et sont fréquemment financées par des recettes fiscales générales. Les entités devenues autonomes qui exécutent de telles tâches agissent généralement sur la base du droit public. Des limites doivent être posées à la recherche du profit lorsque les tâches ont un caractère monopolistique, et cela est même inadmissible pour les tâches financées par des émoluments. La forme organisationnelle de droit public de l'établissement est par conséquent appropriée pour de telles entités. En revanche, la forme juridique de droit privé est judicieuse pour les entités devenues autonomes qui sont financées essentiellement par des recettes qui sont fonction des prix du marché (régulé le cas échéant) et remplissent ainsi les conditions de l'indépendance économique. Une entité qui est essentiellement active sur le marché mais qui dépend toujours des contributions de la Confédération pour l'exécution de certaines tâches ne remplit pas les conditions de la société anonyme de droit privé. Il faut prévoir la forme organisationnelle de la société anonyme de droit public si la participation de tiers investisseurs est souhaitée. Dans le cas contraire, il faut opter pour l'établissement.

2.6 Application en fonction du type de tâches

Pour les *entités fournissant des prestations à caractère monopolistique* et pour les *entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité*, l'établissement est la forme organisationnelle adéquate. Celle-ci permet de garantir à la Confédération des droits d'intervention et d'information suffisants, ce qui est particulièrement important dans le cas des entités fournissant des prestations à caractère monopolistique. Ces prestations ne sont pas pilotées par le marché, elles doivent par conséquent l'être par la Confédération en sa qualité de propriétaire, qui fixe les prescriptions légales. Par ailleurs, étant donné qu'un grand nombre de ces prestations sont soutenues par des recettes fiscales générales, la Confédération doit disposer de droits d'intervention et de droits à l'information étendus. Pour les entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, la forme juridique de l'établissement est en adéquation avec leur mandat de droit public. Comme les tâches de ces entités relèvent de la puissance publique, il est judicieux que la Confédération soit l'unique propriétaire.

Souvent, les entités qui exécutent des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité n'ont pas une taille justifiant leur indépendance juridique et leur transformation en établissement. En pareil cas, il conviendrait d'examiner si plusieurs de ces entités, offrant un potentiel de synergies, pourraient être regroupées au sein d'un même établissement⁵⁸. On pourrait aussi envisager (de continuer) de prévoir pour de telles entités la forme d'une commission décisionnelle. Les commissions décisionnelles ne sont toutefois pas juridiquement autonomes, de sorte qu'elles ne constituent pas des organismes ou des entreprises au sens discuté ici⁵⁹. La particularité des commissions décisionnelles réside dans le fait qu'elles

⁵⁷ Cf. FORSTMOSER, Wer «A» sagt, 219 ss., avec exemples de conflits d'intérêts.

⁵⁸ Un regroupement de la ComCom et de PostReg pourrait par exemple faire l'objet d'un tel examen.

⁵⁹ Les principes directeurs du présent rapport s'appliquent toutefois par analogie aux commissions décisionnelles.

peuvent être indépendantes pour l'exécution de leurs tâches, tout en restant assimilées à l'administration fédérale centrale en ce qui concerne la gestion de leurs ressources. Par conséquent, elles peuvent être soumises à des restrictions budgétaires⁶⁰.

Les *entités qui fournissent des prestations sur le marché* proposent leurs prestations sur celui-ci (régulé le cas échéant). Elles remplissent aussi le critère de l'autonomie économique si elles perçoivent des indemnités de la Confédération pour des prestations qui leur ont été commandées. Pour ces entités, il convient donc de prévoir la forme juridique de la société anonyme de droit privé.

En revanche, il faut prévoir la société anonyme de droit public lorsqu'une entité fournit sur le marché des prestations dont la majorité remplissent les conditions de l'autonomie économique, mais qu'elle est tributaire, pour un *domaine d'activités*, d'un soutien financier de la Confédération (exemple: les CFF). Cette forme organisationnelle permet d'une part la participation de tiers investisseurs. Les dérogations au droit de la société anonyme régies par des lois spéciales visent d'autre part à garantir à la Confédération en sa qualité de propriétaire des possibilités d'intervention et de contrôle accrues, requises en raison du soutien financier accordé.

3 Organes

3.1 Introduction

Selon la conception du droit civil, une personne morale agit par l'intermédiaire de ses organes. Ces derniers ont donc une double fonction: ils se chargent de la direction et de la gestion à l'intérieur de la société, et ils représentent cette dernière à l'extérieur. Les organes expriment la volonté originelle de la personne morale. Ils font partie de la personnalité de la personne morale. Leur comportement et leurs connaissances sont en principe imputés à la personne morale (cf. art. 54 s. CC)⁶¹.

Les organes formels sont ceux qui sont explicitement mentionnés dans la loi, les statuts et les règlements⁶². Il existe aussi des organes de fait ou matériels. Ils occupent, dans l'organisation interne d'une personne morale, une position qui leur permet, indépendamment du fait d'avoir été désignés formellement en tant qu'organes, de participer effectivement et de manière déterminante à la formation de la volonté de la personne morale⁶³. Il s'agit par exemple de personnes qui exercent de fait la fonction de gérant, c'est-à-dire qui prennent les décisions réservées au gérant ou assument la gestion proprement dite, et qui influencent donc de manière décisive la formation de la volonté de la société. Les personnes qui, en vertu de leur position (p. ex. l'État en tant qu'actionnaire majoritaire), donnent des consignes concernant la gestion au gérant formellement désigné, peuvent également être qualifiées d'organes de fait⁶⁴ ⁶⁵.

⁶⁰ Cf. art. 8, al. 2 et art. 24, al. 3, OLOGA.

⁶¹ Voir p. ex. TUOR et al., 138.

⁶² Pour la société anonyme de droit privé, le CO prescrit obligatoirement comme organes formels l'assemblée générale, le conseil d'administration et l'organe externe de révision. Les lois d'organisation de la plupart des établissements de la Confédération prévoient comme organes formels un conseil d'administration ou un conseil d'institut, un organe externe de révision et un directeur.

⁶³ Voir p. ex. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 19 note 18; TUOR et al., 138 s., et renvois.

⁶⁴ Voir la jurisprudence: ATF 128 III 92, 117 II 432, 114 V 78, 114 V 213, 107 II 353 s.

⁶⁵ Le rapport sur le «Paquet Poste / Swisscom SA» mis en consultation en 2001 (ch. 5.1) prévoyait l'inscription dans une loi spéciale de droits de participation en matière de participation et de coopération afin de maintenir l'influence de la Confédération. Si cette dernière exerce des droits de cette nature et influe sur les décisions des entreprises, elle risque de devoir répondre d'éventuels

La Confédération peut influencer indirectement une entité devenue autonome, en prescrivant la taille et la composition des organes, en nommant ou révoquant les membres et en fixant la répartition des compétences entre les organes d'une part ainsi qu'entre l'entité et la Confédération de l'autre.

Lignes directrices de l'OCDE

L'Etat doit laisser les conseils d'administration des entités devenues autonomes exécuter les tâches qui leur incombent et respecter leur indépendance. Lorsque l'Etat détient une participation de contrôle, il est en mesure de proposer et d'élire les membres du conseil d'administration sans obtenir l'approbation des autres actionnaires. Ce droit légitime se double d'une grande responsabilité concernant l'identification, la désignation et l'élection des administrateurs. Au cours de cette procédure, l'entité actionnaire doit, pour minimiser les conflits d'intérêts éventuels, éviter d'élire un nombre trop important de fonctionnaires issus de l'administration. Ceci est particulièrement vrai pour les entités devenues autonomes dans lesquelles l'Etat ne détient qu'une partie du capital et dans celles qui exercent dans des secteurs concurrentiels (chap. II, let. C).

Les entités devenues autonomes, en particulier les grandes, doivent être chaque année soumises à une vérification externe indépendante de leurs comptes conformément aux normes internationales. L'existence de procédures spécifiques de contrôle par l'Etat ne remplace pas le recours à des auditeurs externes indépendants (chap. V, let. C). Les entités devenues autonomes doivent être soumises aux mêmes normes exigeantes de comptabilité et de vérification des comptes que les sociétés cotées. Les grandes entités devenues autonomes et celles qui sont cotées doivent diffuser des informations financières et non financières en se conformant à des normes exigeantes internationalement admises (chap. V, let. D).

Le conseil d'administration doit avoir les pouvoirs, les compétences et l'objectivité nécessaires pour assurer sa fonction de pilotage stratégique et de surveillance de la direction. Le conseil d'administration doit agir en toute intégrité, et être responsable des décisions qu'il prend (chap. VI, chapeau). Le conseil d'administration doit se voir attribuer un mandat clair et assumer en dernier ressort la responsabilité des résultats de l'entreprise publique. Il doit être soumis à l'obligation de rendre pleinement compte aux propriétaires de l'entreprise, agir au mieux des intérêts de la société et traiter équitablement tous les actionnaires (chapitre VI, let. A). Les conseils d'administration des entités devenues autonomes doivent être composés de manière à pouvoir exercer leur jugement en toute objectivité et indépendance. La bonne pratique veut que le président du conseil d'administration n'appartienne pas à la direction générale. Tous les membres du conseil d'administration doivent donc être nommés à l'issue d'une procédure transparente, et il doit être clair qu'il est de leur devoir d'agir au mieux des intérêts de l'entreprise dans son ensemble. Pour accroître l'objectivité des conseils d'administration des entités devenues autonomes, il est impératif de nommer en nombre suffisant des administrateurs compétents n'exerçant aucune fonction de direction et capables de former leurs jugements en toute indépendance. Ces administrateurs devront avoir les compétences et l'expérience requises et il est souhaitable qu'ils soient recrutés dans le secteur

dommages en raison de son *statut d'organe de fait*. La Confédération peut aussi être considérée comme un organe de fait lorsque, en vertu de son statut d'actionnaire majoritaire, elle donne des instructions relatives à la gestion au directeur qui a formellement la fonction d'organe et qu'elle exerce de la sorte une influence décisive sur la formation de la volonté de la société (cf. ch. 3.1 ci-avant quant à la définition des organes de fait). Il faut donc éviter que les lois spéciales mentionnent de tels droits de participation et que la Confédération assume une fonction d'organe de fait – notamment en donnant des directives de gestion en tant qu'actionnaire majoritaire – à cause du risque de responsabilité qui en découlerait.

privé. Tous les administrateurs doivent révéler leurs éventuels conflits d'intérêts au conseil d'administration qui doit décider de la façon dont il convient de les gérer (chap. VI, let. C).

Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise

La composition du conseil d'administration doit être équilibrée (ch. 12). Le conseil d'administration est aussi restreint que possible pour favoriser une formation de décisions rapide et assez large pour que ses membres puissent intégrer en son sein l'expérience et les connaissances qu'ils ont acquises dans différents domaines et qu'ils puissent se répartir les fonctions de direction et de contrôle. Le conseil d'administration est composé de personnes dotées des aptitudes nécessaires pour garantir la formation de décisions dans le cadre d'un échange de vues critique avec la direction. Le conseil d'administration est composé en règle générale d'une majorité de membres qui n'accomplissent aucune tâche de gestion dans l'entreprise.

Chaque membre du conseil d'administration (et de la direction) doit régler ses affaires personnelles et professionnelles de manière à éviter autant que possible les conflits d'intérêts avec la société. Si un conflit d'intérêts surgit, le membre concerné du conseil (ou de la direction) en informe le président du conseil d'administration. Le président ou le vice-président demande au conseil d'administration de prendre une décision qui tienne compte de la gravité du conflit d'intérêts; ce dernier récuse la personne concernée pour prendre sa décision. Toute personne qui a des intérêts contraires à la société ou qui est chargée de représenter de tels intérêts pour des tiers ne participe pas aux délibérations et à la prise de décisions. Une personne en conflit d'intérêts permanent ne peut pas faire partie du conseil d'administration ni de la direction (ch. 16).

3.2 Situation actuelle⁶⁶

Les *sociétés anonymes* Swisscom, CFF, Skyguide et RUAG disposent des organes prescrits obligatoirement par le CO (assemblée générale, conseil d'administration, organe externe de révision) pour les sociétés anonymes de droit privé et d'un organe responsable sur le plan opérationnel⁶⁷. L'assemblée générale élit le conseil d'administration et l'organe externe de révision, tandis que le conseil d'administration nomme l'organe directeur. Les membres des organes peuvent en tout temps être révoqués par l'organe qui les a désignés. Le droit de la société anonyme accorde tant à l'assemblée générale⁶⁸ qu'au conseil d'administration⁶⁹ des

⁶⁶ Sont exposées ci-après les formes revêtues par des établissements, à savoir l'IPI, Swissmedic, l'ISDC, la Poste et l'ASRE, ainsi que les formes revêtues par les sociétés anonymes Swisscom, CFF, RUAG et Skyguide.

⁶⁷ L'organe responsable sur le plan opérationnel est la direction dans le cas de Swisscom et Skyguide, la direction générale dans le cas des CFF et la direction du groupe dans le cas de RUAG.

⁶⁸ En vertu de l'art. 698, al. 2, CO, l'assemblée générale a les compétences inaliénables: 1. d'adopter et de modifier les statuts; 2. de nommer les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision; 3. d'approuver le rapport annuel et les comptes de groupe; 4. d'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier de fixer le dividende et les tantièmes; 5. de donner décharge aux membres du conseil d'administration; 6. de prendre toutes les décisions qui lui sont réservées par la loi ou les statuts.

⁶⁹ En vertu de l'art. 716a CO, le conseil d'administration a les attributions intransmissibles suivantes: 1. exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires; 2. fixer l'organisation; 3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société; 4. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation; 5. exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données.

compétences qui ne peuvent pas être déléguées. Le conseil d'administration et l'organe directeur sont totalement séparés sur le plan des personnes dans le cas de Swisscom, des CFF et de Skyguide, bien que le CO ne le prescrive pas obligatoirement.

Dans le cas des *établissements* analysés en détail ici, le Conseil fédéral, en tant que propriétaire, assume la fonction de l'assemblée générale, toutefois sans avoir le statut d'un organe formel. Il nomme les organes des établissements, c'est-à-dire le conseil d'administration ou le conseil d'institut, l'organe directeur et l'organe externe de révision⁷⁰⁻⁷¹. Dans le cas de la Poste et de l'ASRE, l'organe directeur n'est pas nommé par le Conseil fédéral mais par le conseil d'administration; en outre, l'organe externe de révision de la Poste n'a pas le statut d'un organe formel. Le nombre de membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut diffère suivant l'établissement, ce qui se justifie cependant extrêmement rarement par l'ampleur des compétences ou par la taille et le caractère particulier de l'établissement⁷². Les compétences des organes varient également très fortement selon les établissements, en particulier celles du conseil d'administration ou du conseil d'institut⁷³ et celles de l'organe externe de révision⁷⁴. La révocation des membres du conseil d'administration et de l'organe externe de révision pour de justes motifs est prévue dans le cas de l'ASRE⁷⁵. Les membres du conseil d'administration de la Poste peuvent être révoqués pour de justes motifs. Le directeur de l'IPI peut être révoqué sans invoquer de justes motifs, mais sous réserve des conventions relatives à son engagement passées avec l'Institut. Dans tous les autres cas, la possibilité de révoquer les organes de l'établissement pendant leur mandat n'est pas prévue.

⁷⁰ L'IPI, Swissmedic, l'ISDC et l'ASRE ont un directeur assumant la fonction d'organe responsable sur le plan opérationnel et la Poste a une direction composée de plusieurs personnes.

⁷¹ L'ISDC n'a pas d'organe externe de révision. Cela n'est pas nécessaire puisqu'il n'a pas de propre comptabilité. L'ISDC est, de tous les établissements étudiés en détail ici, celui qui dispose du plus grand nombre d'organes. Conformément à l'art. 5 de la loi fédérale du 6 octobre 1978 sur l'Institut suisse de droit comparé (RS 425.1), ces organes sont le Conseil de l'institut, le Comité, le directeur et la direction.

⁷² IPI: 9 membres, Swissmedic: 7 membres, ISDC: 15 membres (nombre minimal), Musée national: 5 à 7 membres, ASRE: 7 à 9 membres, la Poste: actuellement 10 membres. Pour comparaison: Swisscom: actuellement 10 membres, CFF: actuellement 9 membres; Skyguide: 7 membres, RUAG: 7 membres.

⁷³ Fréquemment, la liste des compétences du conseil d'administration ou du conseil d'institut semble moins servir à tracer la limite entre le conseil concerné et l'organe directeur au sein de l'entreprise qu'à délimiter les compétences de l'établissement et celles de la Confédération.

⁷⁴ L'art. 6 LIPI dispose que l'organe externe de révision révisé la comptabilité. Selon l'art. 74 LPTh, l'organe de révision doit vérifier a. la comptabilité; b. le rapport sur l'exécution du mandat de prestations et du contrat de prestations; c. le bon fonctionnement des systèmes de planification, de contrôle de gestion, de pilotage et de reporting de l'institut. L'art. 11, al. 2, LOP dispose uniquement qu'un organe externe de révision particulièrement qualifié est chargé de vérifier les comptes annuels et les comptes de groupe de la Poste. L'art. 26 LASRE prévoit que l'organe externe de révision vérifie la comptabilité et les comptes annuels ainsi que la capacité d'autofinancement de l'ASRE, présentée par le conseil d'administration.

⁷⁵ La révocation du conseil d'administration et de l'organe externe de révision pour de justes motifs est inscrite à l'art. 22, al. 3, LASRE. Le projet du Conseil fédéral concernant l'ASRE prévoyait la nomination et la révocation du directeur par le Conseil fédéral (cf. projet de loi fédérale sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation, FF 2004 5502). Le Parlement décida que le directeur devait être nommé par le conseil d'administration. La révocation du directeur pour de justes motifs n'est plus explicitement prévue dans la loi d'organisation, mais elle est possible dans le cadre de la réglementation juridique des rapports de travail.

Aucune loi d'organisation d'un établissement ne contient de dispositions relatives au devoir de fidélité de ses organes ou aux procédures applicables aux conflits entre les intérêts de l'établissement et les intérêts privés ou professionnels de membres d'organes. Dans le cas des établissements, le devoir de récusation est régi par la loi sur la procédure administrative⁷⁶. Pour les membres du conseil d'administration et de la direction de la société anonyme, l'art. 717 CO prescrit le devoir de fidélité envers cette dernière. L'exclusion du droit de vote requiert «un grave conflit d'intérêts, (...), une situation dans laquelle un membre de conseil d'administration nuit, par son vote, à la société, en privilégiant ses propres intérêts (ou ceux de tiers qu'il représente)»⁷⁷. Actuellement, le droit de la société anonyme ne prévoit pas directement de devoir de récusation pour un membre du conseil d'administration confronté à un conflit d'intérêts dans un cas particulier⁷⁸.

Dans le cas de l'IPI et de Swissmedic, le Contrôle fédéral des finances assume la fonction d'organe externe de révision en plus de sa fonction d'organe suprême de surveillance financière de la Confédération.

3.3 Principes directeurs pour le modèle de gestion

Principe n° 2

Les entités de la Confédération devenues autonomes disposent de structures légères et les compétences au niveau des différents organes sont clairement réglementées.

Une structure est légère lorsque ses organes ne sont *ni plus nombreux ni plus grands* que nécessaire. La structure des organes effectivement nécessaire ne peut pas être déterminée de manière abstraite, elle doit l'être en tenant notamment compte de la taille, de la complexité et des tâches de l'unité devenue autonome. Le principe directeur se borne par conséquent à prescrire des structures légères.

La présence d'un grand nombre d'organes complique la répartition des fonctions et des responsabilités au sein de l'entreprise et entrave la capacité d'action et de décision de l'organisme ou de l'entreprise. C'est pourquoi les entités de la Confédération devenues autonomes ne doivent pas disposer de plus d'organes que nécessaire. Autrement dit, l'on prévoira en principe trois organes (conseil d'administration ou conseil d'institut, direction, organe externe de révision) pour les établissements et quatre organes (assemblée générale, conseil d'administration, direction, organe externe de révision) pour les sociétés anonymes. D'autres organes sont prévus uniquement pour des cas exceptionnels justifiés.

⁷⁶ L'art. 10 en relation avec l'art. 1, al. 2, let. c, PA, prévoit, dans le cas des établissements, que les personnes appelées à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire, si elles sont parentes ou alliées d'une partie en ligne directe, ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, ou si elles lui sont unies par mariage, fiançailles ou adoption, si elles représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie ou si, pour d'autres raisons, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire. En vertu de la jurisprudence, cette réglementation s'applique également aux commissions spécialisées ne faisant pas partie de l'administration et à leurs membres, si elles ne sont pas chargées directement de rendre des décisions (p. ex. la Commission fédérale des médicaments; ATF 119 V 456 consid. 5).

⁷⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, note 635

⁷⁸ L'art. 717, al. 1, CO parle de la "fidélité" avec laquelle il convient de veiller aux intérêts de la société (BÖCKLI, Aktienrecht, 1818, note 325).

Il est vrai que plus les organes sont grands, plus leur composition peut tenir compte de critères variés mentionnés notamment à l'art. 9 de l'ordonnance sur les commissions (groupes d'intérêts, sexe, langues, régions et groupes d'âge)⁷⁹. Par contre, la capacité d'action et de décision de ces organes diminue si le nombre de membres augmente. La taille du conseil d'administration doit être suffisamment petite pour qu'il puisse se faire une opinion efficacement, et suffisamment grande pour que ses membres bénéficient de l'expérience et des connaissances dans différents domaines et puissent se répartir les fonctions de direction et de contrôle⁸⁰ ⁸¹. Le conseil d'administration ou le conseil d'institut des entités de la Confédération devenues autonomes comptera en principe sept à neuf membres au maximum.

Chaque organe disposera des compétences, des droits et des devoirs en rapport avec sa fonction au sein de l'entreprise⁸². Les compétences des organes doivent être fixées de manière à garantir un fonctionnement optimal entre ces derniers et à éviter les chevauchements, selon le principe des contrôles et équilibres (*checks and balances*)⁸³.

Principe n° 3

Une personne ne doit en principe pas appartenir à plusieurs organes d'entités devenues autonomes.

Le fait qu'une personne ne puisse pas appartenir à plusieurs organes est une condition essentielle pour que chaque organe puisse exercer ses compétences avec l'objectivité nécessaire et assumer effectivement la responsabilité qui lui incombe. Si tel n'est pas le cas, des conflits d'intérêts peuvent surgir, notamment en matière d'exécution des tâches de surveillance et de contrôle. L'organe externe de révision ne doit jamais comprendre de personnes appartenant à d'autres organes. Un membre de la direction devrait toutefois pouvoir à titre exceptionnel faire partie du conseil d'administration ou du conseil d'institut si cela est requis en raison d'intérêts de l'entreprise. La présence d'un membre de la direction au sein du conseil d'administration ou du conseil d'institut ne peut être requise que si le conseil en question doit disposer impérativement de connaissances approfondies des activités quotidiennes ou être en mesure de satisfaire durablement à ses devoirs, ou lors de restructurations intégrales. Dans le dernier cas, la présence du membre de la direction n'est requise que temporairement, et ce, jusqu'au terme ou jusqu'à la consolidation du processus de restructuration.

⁷⁹ Ordonnance du 3 juin 1996 sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération (RS 172.31).

⁸⁰ Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, II, ch. 12, al. 1.

⁸¹ Le conseil d'administration ou le conseil d'institut et la direction d'établissements et de sociétés anonymes peuvent créer des comités chargés de la préparation et de l'exécution de leurs décisions, mais ne disposant d'aucune compétence décisionnelle.

Pour créer des comités du conseil d'administration dotés de compétences décisionnelles, il convient, dans le cas des sociétés anonymes, de tenir compte des conditions mentionnées à l'art. 716, al. 1, CO: les statuts doivent contenir une autorisation de l'assemblée générale et la délégation de compétences au conseil d'administration doit être décrite dans le règlement d'organisation. Par analogie, il convient de tenir compte de ces conditions également dans le cas des établissements. Par ailleurs, ces comités ne disposent de compétences décisionnelles que dans les domaines qui ne sont pas attribués de manière inaliénable au conseil d'administration en tant qu'organe, conformément à l'art. 716a CO (cf. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 29, note 29).

⁸² Ainsi, la loi d'organisation d'un établissement ne devrait pas attribuer au conseil d'administration ou au conseil d'institut des tâches qui conviennent mieux à la direction, du fait de leur caractère opérationnel.

⁸³ Le principe des contrôles et équilibres vise un équilibre entre les fonctions de direction et de contrôle.

Principe n° 4

Le Conseil fédéral nomme le conseil d'administration ou le conseil d'institut ainsi que l'organe externe de révision des établissements. Le conseil d'administration ou d'institut des établissements nomme une direction composée d'un ou plusieurs membres, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral. Cette dernière n'est pas requise pour les entités accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité.

En sa qualité de propriétaire de l'établissement, le Conseil fédéral continue d'en nommer l'organe directeur et l'organe externe de révision. La direction est soumise au sein de l'établissement à la surveillance du conseil d'administration ou du conseil d'institut. Mais dans la plupart des établissements, le droit de nommer la direction revient au Conseil fédéral. Cette réglementation est en contradiction avec le principe de la concordance qui veut que les tâches, les compétences et la responsabilité soient en adéquation. Par conséquent, il appartient au conseil d'administration ou au conseil d'institut de nommer, de surveiller et de révoquer si nécessaire la direction des établissements, comme le prévoit le droit de la société anonyme. Mais l'exercice du droit de nomination et de révocation doit toutefois dépendre de l'approbation du Conseil fédéral. Ce principe ne s'applique toutefois qu'aux établissements fournissant des prestations à caractère monopolistique. Il en va autrement pour les établissements accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité: le conseil d'administration ou d'institut nomme en dernier ressort l'organe dirigeant par analogie comme dans le cas des sociétés anonymes. L'indépendance requise par ces entités pour l'exécution concrète de leurs tâches est ainsi préservée.

Principe n° 5

Le Conseil fédéral établit un profil d'exigences énumérant les conditions auxquelles les membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut doivent répondre pour garantir une formation d'opinion autonome et objective. Le Conseil fédéral exerce son droit de nomination sur la base de ce profil d'exigences et veille à assurer une représentation appropriée des intérêts de la Confédération dans le conseil d'administration ou le conseil d'institut des entités devenues autonomes.

Actuellement, la nomination des membres d'un conseil d'administration ou d'un conseil d'institut s'effectue pour les établissements selon l'ordonnance sur les commissions, qui prévoit une représentation équitable des groupes d'intérêts, des deux sexes, des langues et des régions⁸⁴. Mais du point de vue d'un bon gouvernement d'entreprise, il faut accorder davantage d'importance à d'autres facteurs. L'organe directeur ne devrait compter que des personnes dotées des aptitudes nécessaires pour la formation de la volonté dans le cadre d'un échange de vues critique avec l'organe responsable sur le plan opérationnel⁸⁵. En outre, les intérêts de la Confédération en sa qualité de propriétaire doivent être représentés de manière adéquate dans le conseil d'administration ou le conseil d'institut.

⁸⁴ Art. 18, al. 2 en relation avec l'art. 9 de l'ordonnance du 3 juin 1996 sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération (Ordonnance sur les commissions; RS 172.31). L'art. 1 précise que l'ordonnance s'applique pour autant que les prescriptions du droit fédéral n'en disposent pas autrement.

⁸⁵ Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, II, ch. 12, al. 2.

Les qualités requises ne peuvent être déterminées qu'en tenant compte du catalogue de tâches d'un conseil d'administration ou d'un conseil d'institut⁸⁶. En règle générale, le conseil d'administration doit disposer, en plus de connaissances de la branche, de connaissances en matière d'économie d'entreprise. Etant donné qu'ils sont responsables des comptes annuels, les membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut doivent être familiarisés avec les finances et la comptabilité. Ils doivent être en mesure de comprendre un bilan, un compte de résultats et les rapports explicatifs de l'organe de révision et d'en tirer des conclusions⁸⁷. Le Conseil fédéral doit donc exercer son droit de nomination sur la base d'un profil des exigences requises du conseil d'administration ou du conseil d'institut.

Les compétences techniques des membres ne suffisent pas à garantir la défense, au sein du conseil d'administration ou du conseil d'institut, des intérêts de la Confédération en sa qualité de propriétaire, voir d'actionnaire principal ou majoritaire. Les membres nommés par la Confédération devraient donc s'identifier à l'orientation donnée par les objectifs stratégiques du Conseil fédéral et s'engager à les mettre en œuvre dans l'organe directeur.

D'autres critères, comme celui de la représentation équitable mentionnée à l'art. 9 de l'ordonnance sur les commissions, sont secondaires dans le cas de la composition d'un conseil d'administration ou d'un conseil d'institut.

Principe n° 6

Les membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut, ainsi que la direction défendent les intérêts de l'entité devenue autonome. Les membres concernés par des conflits d'intérêts doivent se récuser. Des conflits d'intérêts durables excluent l'appartenance au conseil d'administration ou au conseil d'institut, ainsi qu'à la direction.

L'on doit pouvoir attendre du conseil d'administration ou du conseil d'institut d'un établissement que le conseil en question ou ses membres défendent les intérêts de l'établissement. L'obligation explicite de défendre les intérêts de l'entité devenue autonome délimite clairement cet organe par rapport aux organismes politiques qui défendent (doivent défendre) des intérêts tels que ceux de la population ou de l'économie de régions déterminées⁸⁸. Les sociétés anonymes sont déjà soumises au devoir de fidélité en vertu du droit de la société anonyme.

Souvent, le risque de conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration ou du conseil d'institut ne peut pas être décelé ou prévenu de manière abstraite avant la nomination, mais doit pouvoir être traité au quotidien⁸⁹. C'est pourquoi ce principe prévoit le devoir de récusation pour le membre concerné par des conflits d'intérêts dans un cas particulier et la démission ou, le cas échéant, l'exclusion en cas de conflits durables d'intérêts. Cette disposition correspond dans les grandes lignes au Code suisse de bonne pratique pour le

⁸⁶ A titre d'exemple, le conseil d'administration de l'ASRE conclut des assurances et arrête la politique de risque, sous réserve de la compétence du Conseil fédéral (art. 24, al. 3, let. f et i, LASRE). Ces deux compétences requièrent un savoir très spécifique.

⁸⁷ Cf. Böckli, Aktienrecht, § 13, note 39.

⁸⁸ Le Conseil fédéral en sa qualité de propriétaire doit faire valoir ces intérêts au moyen des objectifs stratégiques.

⁸⁹ Dans divers domaines, un petit nombre de personnes possède les connaissances spéciales requises. En raison du caractère de milice des conseils d'administration ou des conseils d'institut, ces personnes exercent une activité professionnelle. Des conflits sont par conséquent immanents entre les intérêts en rapport avec le mandat et les intérêts professionnels ou privés.

gouvernement d'entreprise⁹⁰. Dans le cas des établissements et des sociétés anonymes de droit public, ce principe peut être appliqué en l'ancrant dans la loi d'organisation⁹¹.

Dans le cas des sociétés anonymes de droit privé, la Confédération veille en sa qualité de propriétaire à ce que cette disposition ou des dispositions analogues soient introduites dans les statuts ou dans le règlement d'organisation.

Principe n°7

Pendant la durée de leur mandat, les membres des organes des établissements peuvent être révoqués pour de justes motifs.

La nomination d'organes n'est pas garante à elle seule de leur fonctionnement optimal. Il est possible, par exemple, qu'à la suite d'un changement intervenant au sein de l'entreprise ou à l'extérieur de celle-ci la présence de certains membres ne soit plus adéquate. L'on prévoira donc aussi pour les établissements la possibilité de révoquer les membres des organes pendant leur mandat, comme c'est déjà le cas pour les sociétés anonymes. Le droit de révocation est le pendant nécessaire du droit de nomination, et il doit donc, pour les établissements également, être prévu systématiquement dans la loi d'organisation. Le Conseil fédéral se verrait ainsi doté, envers les membres d'organes qu'il a lui-même nommés, d'un instrument efficace, déjà connu au vu du droit de la société anonyme, pour mieux exercer sa responsabilité de propriétaire.

Principe n° 8

Le statut, la compétence de contrôle et les destinataires du rapport de l'organe externe de révision des établissements sont définis par analogie avec le droit de la société anonyme.

Les lois d'organisation des établissements réglementent l'organe externe de révision de manière très peu détaillée et parfois non optimale⁹². Même s'il dispose des meilleures compétences techniques, il lui sera difficile d'exercer son mandat avec professionnalisme si sa position et son domaine de compétences ne le lui permettent pas⁹³. En outre, son travail sera moins efficace si l'organe ne peut présenter les résultats aux organes ou aux autorités qui en ont absolument besoin pour prendre leurs décisions.

Le droit de la société anonyme réglemente la révision externe de manière complète et en tenant compte des dernières exigences⁹⁴. Ces dispositions doivent par conséquent être

⁹⁰ Cf. Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, II, ch. 16. 16.

⁹¹ Une description plus détaillée de la procédure applicable en cas de conflits d'intérêts doit être effectuée dans le règlement d'organisation de l'établissement ou dans les statuts de la société anonyme de droit public.

⁹² Selon la conception du droit de la société anonyme, l'organe externe de révision doit veiller à ce que le droit des créanciers et des actionnaires de consulter les comptes annuels ne soit pas vidé de sa substance par la présentation de chiffres incomplets ou faux. En outre, l'organe externe de révision doit pouvoir exercer une certaine surveillance générale sur le conseil d'administration (commentaire bâlois-PEDROJA/WATTER, art. 727 CO, note 1).

⁹³ Certaines lois d'organisation prévoient par exemple que l'organe externe de révision contrôle l'exécution du mandat de prestations et du contrat de prestations (art. 74 LPTh). Ainsi, la compétence de l'organe externe de révision recouvre celle du département compétent d'une part et celle du CDF de l'autre. Un mandat de contrôle étendu pourrait garantir une révision approfondie, qui ne s'avérerait toutefois guère utile en raison de la triple compétence. Par contre, le mandat de contrôle de l'organe externe de révision de l'IPI est (trop) restreint; il se limite selon l'art. 6 LIPI à la révision de la comptabilité.

⁹⁴ La révision du 7 octobre 2005 du code des obligations (cf. FF 2005 5593) prévoit entre autres de décrire avec plus de précision les tâches de l'organe externe de révision et les exigences

applicables par analogie aux établissements de la Confédération. L'adaptation matérielle au droit privé justifie aussi l'utilisation du terme de révision externe dans le cadre des établissements. Par ailleurs, cette nouveauté permet d'éviter entre autres les chevauchements avec le Contrôle fédéral des finances dans le cadre de la surveillance générale des finances. Cela n'exclut pas que le Contrôle fédéral des finances puisse dans des cas justifiés continuer à se voir confier le mandat d'organe externe de révision.

3.4 Application en fonction du type de tâches

Les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique doivent disposer de structure légères et leurs compétences être clairement réglementées. Une personne ne doit en principe pas appartenir à plusieurs organes. Le Conseil fédéral nomme les membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut et de l'organe externe de révision, tandis que la direction est nommée par le conseil d'administration ou le conseil d'institut sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral. Lors de la nomination des membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut, le Conseil fédéral veille à ce que l'organe directeur dispose des connaissances nécessaires sur les plans de la technique et de l'exploitation et s'assure que les intérêts de la Confédération soient représentés de manière adéquate. Les membres du conseil d'administration ou d'institut et de la direction sont désormais soumis à un devoir légal de fidélité vis-à-vis de l'établissement. En cas de conflits d'intérêts, les membres impliqués doivent se récuser, les conflits durables entraînant l'exclusion des membres des organes. Les membres des organes peuvent être révoqués pendant la durée de leur mandat pour de justes motifs. La compétence de contrôle et les destinataires du rapport de l'organe externe de révision sont définis par analogie avec le droit de la société anonyme.

Les entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ne se distinguent des entités précédentes que sur deux points: premièrement, le conseil d'administration ou d'institut est responsable en dernier ressort de la nomination de la direction. Aucune approbation de la nomination par le Conseil fédéral n'est requise. Deuxièmement, le mandat de révision externe doit *obligatoirement* être confié au Contrôle fédéral des finances lorsque des sociétés de révision privées figurent parmi les entreprises surveillées par ces entités⁹⁵.

Les entités fournissant des prestations sur le marché appliqueront – en complément des dispositions du droit de la société anonyme – tous les principes qui ne sont pas limités expressément aux établissements, en adoptant par exemple des structures légères. Lors de la nomination du conseil d'administration, il convient de veiller à ce que cet organe dispose d'un savoir-faire suffisant pour exercer sa fonction de haute direction de l'entreprise et que les intérêts de la Confédération soient représentés de manière adéquate dans le conseil d'administration. En complément du droit de la société anonyme, la Confédération prévoit l'intégration dans les statuts de dispositions régissant la procédure à adopter en cas de conflits d'intérêts dans le conseil d'administration ou la direction. De telles dispositions peuvent être inscrites dans la loi d'organisation des sociétés anonymes de droit public.

professionnelles auxquelles doivent répondre les réviseurs. En outre, il s'agit de régler et de renforcer l'indépendance des réviseurs afin de prévenir, autant que faire se peut, les conflits d'intérêts.

⁹⁵ Tel est par exemple le cas en ce qui concerne l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision, selon la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la révision, LSR, FF **2005** 6867).

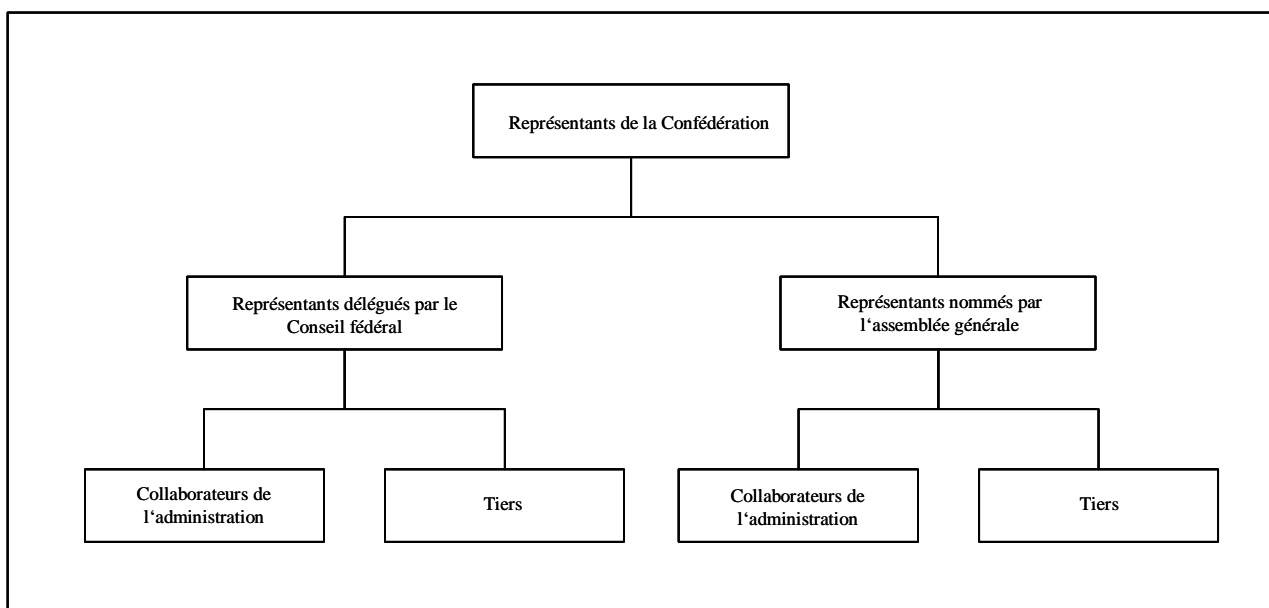
4 Représentants de la Confédération

4.1 Introduction

En sa qualité de propriétaire, d'actionnaire principal ou d'actionnaire majoritaire, la Confédération détient toujours une position décisive lors de la nomination du conseil d'administration ou du conseil d'institut. Ainsi, la majorité des membres d'un conseil d'administration ou d'un conseil d'institut peuvent être qualifiés de représentants de la Confédération. Les représentants de la Confédération au sens étroit sont les membres *tenus* par un contrat ou par la loi de défendre les intérêts de la Confédération au sein du conseil concerné. Grâce aux *représentants de la Confédération*, cette dernière dispose d'un moyen particulier pour exercer son influence et accéder aux informations. La Confédération peut *obliger* un de ses représentants par un contrat ou par la loi de représenter ses intérêts spécifiques. Le représentant de la Confédération est tenu d'informer le Conseil fédéral. Tant des collaborateurs de l'administration fédérale centrale que des tiers peuvent représenter la Confédération.

Dans le cas des sociétés anonymes, il convient de distinguer deux types de représentants de la Confédération: ceux qui sont délégués par le Conseil fédéral au sens de l'art. 762 CO⁹⁶ et ceux qui sont nommés par l'assemblée générale au sens de l'art. 698 CO.

Fig. 1: Représentants de la Confédération dans les sociétés anonymes de droit privé



Le Conseil fédéral nomme les membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut. Il peut nommer explicitement des membres de ces conseils en tant que représentants de la Confédération.

⁹⁶ Les statuts de sociétés anonymes dans lesquelles l'État, les cantons, les districts ou les communes ont un intérêt public peuvent conférer à ce dernier le droit statutaire de déléguer des représentants au sein du conseil d'administration (ou de l'organe de révision), même s'il n'est pas actionnaire (art. 762, al. 1, CO). Comme toute réglementation ou nouvelle réglementation figurant dans les statuts, ce droit de délégation doit être approuvé par l'assemblée générale conformément à l'art. 698, al. 2, ch. 1, CO. Par conséquent, ce droit ne peut être conféré contre la volonté de l'assemblée générale. Un droit de délégation largement identique à celui prévu à l'art. 762 CO existe aussi dans le cas des sociétés coopératives; cf. art. 926 CO.

En vertu de l'art. 19 de l'ordonnance sur les commissions⁹⁷, les représentants de la Confédération peuvent, à travers la législation⁹⁸, en raison d'un contrat spécial (mandat) ou en raison d'une directive, recevoir des instructions relatives à la représentation d'intérêts spécifiques de la Confédération. En donnant aux représentants de la Confédération des instructions au sujet de questions importantes, le Conseil fédéral peut faire valoir directement son point de vue au sein du conseil d'administration ou du conseil d'institut.

Un représentant de la Confédération a les mêmes droits et en principe les mêmes devoirs que les membres «ordinaires» du conseil d'administration ou du conseil d'institut. Ce représentant est également tenu de défendre les intérêts de l'entité devenue autonome⁹⁹. Comme ces intérêts peuvent s'avérer contraires à ceux de la Confédération, le représentant de la Confédération est alors soumis à une double obligation¹⁰⁰. Ce genre de conflit d'intérêts est plus probable dans le cas des sociétés anonymes, qui sont tenues de viser un but lucratif, que dans le cas des établissements, dont l'objectif s'oriente plutôt en fonction des intérêts publics poursuivis par la Confédération¹⁰¹.

Dans la mesure où les directives de la Confédération transmises par le représentant de la Confédération au conseil d'administration ou au conseil d'institut débouchent sur un cas de responsabilité, ce n'est pas le représentant de la Confédération, mais cette dernière qui est responsable (envers l'organisme, l'entreprise ou la société anonyme, ainsi qu'envers les autres actionnaires et les créanciers). La Confédération ne dispose d'un droit de recours contre son représentant que si le dommage est dû à un écart intentionnel ou résultant d'une négligence grave, par rapport aux instructions, ou au non respect des instructions¹⁰².

Lignes directrices de l'OCDE

L'Etat doit laisser les conseils d'administration des entités devenues autonomes exécuter les tâches qui leur incombent et respecter leur indépendance. Lorsque l'Etat détient une participation de contrôle, il est en mesure de proposer et d'élire les membres du conseil d'administration sans obtenir l'approbation des autres actionnaires. Ce droit légitime se double d'une grande responsabilité concernant la nomination et l'élection des administrateurs. Au cours de cette procédure, l'entité actionnaire doit, pour minimiser les conflits d'intérêts éventuels, éviter d'élire un nombre trop important de fonctionnaires issus de l'administration. Ceci est particulièrement vrai pour les entités devenues autonomes dans lesquelles l'Etat ne détient qu'une partie du capital et dans celles qui exercent dans des secteurs concurrentiels. Certains Etats ont décidé de s'abstenir de nommer au conseil d'administration des personnes issues de l'entité actionnaire ou d'autres responsables étatiques. Il s'agit d'ôter très clairement au gouvernement la possibilité d'intervenir directement dans les affaires de l'entité devenue autonome, et de limiter la responsabilité de l'Etat dans les décisions prises par les conseils d'administration. Des employés de l'entité actionnaire, d'autres employés de l'Etat ou des milieux politiques ne doivent siéger au conseil d'administration des entités devenues autonomes que s'ils ont le niveau de compétence exigé de tous les autres membres du conseil, et sous réserve qu'ils ne se comportent pas en instruments d'exercice d'une influence politique

⁹⁷ Ordonnance du 3 juin 1996 sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération (RS 172.31).

⁹⁸ L'art. 20 de la LPers précise que les collaborateurs sont tenus de défendre les intérêts légitimes de la Confédération.

⁹⁹ Pour les sociétés anonymes, cf. art. 717, al. 1, CO

¹⁰⁰ Forstmoser/Jaag, no 71.

¹⁰¹ Voir JAAG, Staat, 395.

¹⁰² Pour la SA, cf. art. 762, al. 4, CO. Pour l'ensemble, cf. Commentaire bâlois-WERNLI, art. 762 CO, note 1.

inoportune. Ils doivent assumer les mêmes devoirs et avoir les mêmes responsabilités que les autres membres du conseil et agir dans l'intérêt de l'entité autonome et de tous ses actionnaires. Les conditions de disqualification et les situations de conflits d'intérêts doivent être soigneusement appréciées et des indications doivent être données sur la façon de les traiter et de les régler (chap. II, let. C).

4.2 Situation actuelle

Des représentants de la Confédération sont présents dans le conseil d'administration de Swisscom, de Skyguide et de RUAG, ainsi que dans le conseil d'institut de l'IPI et de l'ISDC.

4.3 Principe directeur pour le modèle de gestion

Principe n° 9

La Confédération ne doit dorénavant être représentée dans les conseils d'administration ou d'institut d'entités devenues autonomes par des personnes recevant des instructions que si ses intérêts ne peuvent pas être défendus adéquatement en l'absence de ces représentants ou si le profil d'exigences du conseil d'administration ou du conseil d'institut le requiert.

La Confédération dispose de divers moyens pour piloter les entités devenues autonomes (p. ex. la législation, la nomination et la révocation de membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut, les objectifs stratégiques), de sorte qu'une influence par le biais de représentants particuliers ne se justifie qu'exceptionnellement.

La nomination et l'envoi de collaborateurs de l'administration en tant que représentants de la Confédération peut poser problème. En effet, l'administration exerce souvent la surveillance spécialisée des entités devenues autonomes, tout en étant mandante. Comme des collaborateurs de l'administration ne seront plus qu'exceptionnellement nommés ou envoyés en tant que représentants de la Confédération, l'interdépendance au niveau des personnes entre l'entité devenue autonome et l'administration fédérale centrale sera réduite au minimum.

La présence de représentants de la Confédération peut cependant s'avérer nécessaire dans deux cas:

- a. Les intérêts spécifiques de la Confédération poursuivis par le biais de la propriété de l'entité devenue autonome ne peuvent pas être défendus par d'autres moyens (notamment la législation et les objectifs stratégiques).
- b. Il n'est pas possible de satisfaire autrement au profil des exigences requises pour le conseil d'administration ou le conseil d'institut. La nomination ou la délégation d'un collaborateur de l'administration en qualité de représentant de la Confédération peut par exemple être absolument nécessaire lorsque le conseil d'administration doit disposer de connaissances spéciales qui ne sont présentes qu'au sein de l'administration.

4.4 Application en fonction du type de tâches

Vis-à-vis des *entités fournissant des prestations à caractère monopolistique*, la Confédération dispose d'un grand nombre de possibilités (notamment la législation et des objectifs

stratégiques contraignants juridiquement¹⁰³) pour faire valoir ses intérêts. Par conséquent, des représentants de la Confédération se justifient uniquement si le profil des exigences requises pour le conseil d'administration ou le conseil d'institut ne peut pas être respecté d'une autre manière.

En ce qui concerne les *entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité*, un représentant de la Confédération pourrait s'avérer indispensable du fait du profil des exigences requises pour le conseil d'administration ou le conseil d'institut. Une telle présence pourrait également être nécessaire pour défendre les intérêts spécifiques de la Confédération. La nécessité de préserver l'indépendance de ces entités milite toutefois en faveur de la non représentation de la Confédération au sein du conseil d'administration ou du conseil d'institut.

La Confédération en sa qualité de propriétaire ne peut pas assigner d'objectifs *juridiquement* contraignants au conseil d'administration d'*entités fournissant des prestations sur le marché* et dotées de la forme juridique de la société anonyme de droit privé. En pareil cas, l'on peut donc envisager des représentants de la Confédération défendant les intérêts spécifiques de cette dernière au sein du conseil d'administration. Dans le cas de la société anonyme de droit public, les objectifs stratégiques assignés par le Conseil fédéral sont *juridiquement* contraignants pour le conseil d'administration, pour autant que la loi d'organisation le prévoie. Un représentant de la Confédération ne s'avère donc pas nécessaire pour la défense de ses intérêts. Dans le cas de la société anonyme de droit privé et de la société anonyme de droit public, des représentants de la Confédération sont envisageables en fonction du profil des exigences requises pour le conseil d'administration.

5 Responsabilités

5.1 Introduction

Le 15 janvier 2003, le Conseil fédéral a chargé le DFF de lui soumettre des propositions relatives à l'élimination ou à la réduction des risques découlant des engagements conditionnels de la Confédération. Il s'agissait en particulier d'analyser si l'on pouvait envisager une suppression généralisée, ou s'appliquant à certaines entreprises, de la responsabilité subsidiaire de la Confédération ainsi que d'autres responsabilités et garanties, notamment en matière de responsabilité pour les organes¹⁰⁴. La Confédération a établi à cet effet un inventaire des organismes et entreprises pour lesquelles sa responsabilité peut, dans certaines circonstances, être engagée à titre subsidiaire en vertu de l'art. 19 LRFC ou dans les organes desquelles elle est représentée¹⁰⁵. Les autres engagements conditionnels de la Confédération envers des tiers (p. ex. cautionnements et garanties) sont pris en considération à travers le nouveau modèle comptable de la Confédération.

¹⁰³ Voir le chapitre 7.

¹⁰⁴ Voir la réponse du Conseil fédéral à la motion CN Gross Jost du 23 mars 2001 (01.3202) – Anciennes régies d'Etat. Revoir la responsabilité de la Confédération; Réponse du Conseil fédéral à la motion du groupe socialiste CE du 12 janvier 2001 (01.3741) – Aménager le droit des groupes de sociétés en matière de responsabilité et de saisie forcée; Rôle du Conseil fédéral et de l'administration fédérale dans la crise Swissair, Rapport du 19 septembre 2002 de la Commission de gestion du Conseil des États, Avis du Conseil fédéral du 30 avril 2003 (FF 2003 3841, en particulier 3854 s.); réponse du Conseil fédéral à l'interpellation CN Stadler Hansruedi du 19 mars 2004 (04.3198) – Passer d'une analyse des risques à une politique de gestion des risques.

¹⁰⁵ Cf. Politique de gestion des risques, Bases pour la gestion des risques au sein de la Confédération, décembre 2004.

Conformément à la décision du Conseil fédéral du 19 janvier 2005 concernant la politique de gestion des risques au sein de la Confédération, il incombe aux départements, dans le cadre de l'évaluation périodique de la mise en œuvre de la stratégie de propriétaire, de veiller à ce que les entités de la Confédération devenues autonomes qui leur sont subordonnées appliquent des mesures de gestion des risques appropriées. A cette fin, le DFF et les départements compétents vont créer des conditions cadres afin d'éliminer ou de réduire les risques en ce qui concerne les entités de la Confédération devenues autonomes.

Lignes directrices de l'OCDE

Les entreprises publiques doivent publier des informations significatives sur toutes les questions décrites dans les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE et doivent en outre s'attacher à celles qui concernent plus spécifiquement l'Etat actionnaire et le grand public. A titre d'exemple, il conviendra de rendre publics: ... 4. les aides financières éventuelles, notamment les garanties reçues de l'Etat et les engagements pris par l'Etat pour le compte des entités devenues autonomes (chap. V, let. E)-

Le conseil d'administration doit avoir les pouvoirs, les compétences et l'objectivité nécessaires pour assurer sa fonction de pilotage stratégique et de surveillance de la direction. Le conseil d'administration doit agir en toute intégrité, et être responsable des décisions qu'il prend (chap. VI, chapeau). Le conseil d'administration doit se voir attribuer un mandat clair et assumer en dernier ressort la responsabilité des résultats de l'entité devenue autonome. Il doit être soumis à l'obligation de rendre pleinement compte aux propriétaires de l'entité, agir au mieux des intérêts de la société et traiter équitablement tous les actionnaires. En principe, le conseil d'administration des entités devenues autonomes doit avoir les mêmes responsabilités que celles qui sont prévues par le droit des sociétés. Dans la pratique cependant, les administrateurs peuvent, de fait, n'avoir qu'une responsabilité réduite, notamment lorsqu'il s'agit de représentants de l'Etat (chap. VI, let. A).

5.2 Situation actuelle

5.2.1 Responsabilité selon la loi sur la responsabilité (en particulier à titre subsidiaire)

Si un organe ou un employé d'une entité devenue autonome qui est chargée d'exécuter des tâches de droit public par la Confédération¹⁰⁶ cause, sans droit, un dommage à un tiers, c'est l'entité et non l'auteur du dommage qui répond du dommage envers le lésé, même si l'auteur du dommage est fautif. Les entités de la Confédération devenues autonomes sont soumises à la responsabilité causale indépendamment de leur forme organisationnelle, qu'elle soit de droit privé ou de droit public. La Confédération est responsable envers le lésé du dommage que l'entité autonome n'est pas en mesure de réparer¹⁰⁷ (responsabilité dite subsidiaire). Conformément à l'art. 7 LRFC, l'entité de la Confédération devenue autonome et la

¹⁰⁶ Les tâches de droit public incombant à la Confédération sont des activités dont l'exercice est prescrit par des lois fédérales. Elles peuvent être confiées à des personnes ou à des organismes extérieurs à l'administration fédérale à condition qu'une base légale formelle autorise explicitement une telle démarche (art. 178, al. 3, Cst.). L'existence d'une base légale pour le financement ou le versement de subventions à une institution déterminée ne suffit pas (ATF 107 Ib 6 s.). Par ailleurs, l'institution doit impérativement jouir de l'*autonomie organisationnelle* (propre personnalité juridique) et *financière* (propre comptabilité) pour que la responsabilité au sens de l'art. 19 LRFC puisse s'appliquer (ATF 116 Ib 193).

¹⁰⁷ Y compris les éventuelles prestations des assurances.

Confédération peuvent exercer une action récursoire contre l'auteur du dommage, si ce dernier a agi intentionnellement ou par négligence grave.

La Confédération et non l'entité devenue autonome peut être poursuivie directement en justice pour le dommage causé sans droit par un représentant de la Confédération, qu'il soit fautif ou non, si l'une des conditions suivantes est remplie:

- a) le représentant de la Confédération est un employé de l'administration qui exerce sa fonction de représentation dans le cadre de ses rapports de travail¹⁰⁸, ou
- b) le représentant de la Confédération mandaté par elle et externe à l'administration a causé le dommage dans le cadre de la représentation des intérêts de la Confédération au sein du conseil d'administration ou du conseil d'institut.^{109 110}

La Confédération a le droit d'intenter une action récursoire contre son représentant en vertu de l'art. 7 LRFCF.

Selon le droit privé, les entités devenues autonomes, leurs organes ou leurs employés sont responsables lorsque l'application de la loi sur la responsabilité est explicitement exclue ou lorsqu'ils ont à répondre d'un dommage qui n'a *pas* été directement causé en exécutant une tâche fédérale publique. En pareil cas, la loi sur la responsabilité ne s'applique pas.

5.2.2 Responsabilité selon la loi sur la fusion

La responsabilité au sens de la loi sur la fusion n'incombe pas aux entités devenues autonomes, mais à la Confédération en sa qualité de propriétaire de ces entités¹¹¹.

Selon l'art. 101 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine¹¹², la Confédération répond conformément aux dispositions de la LRFCF des dommages en rapport avec des fusions, des transformations et des transferts de patrimoine d'instituts de droit public et consécutifs à des mesures insuffisantes de protection des créanciers¹¹³.

5.2.3 Réglementations sur la responsabilité spécifiques aux entreprises

Certaines lois d'organisation règlent la responsabilité des organes de direction de l'entreprise, tant envers les tiers (rapports externes) qu'envers l'entreprise elle-même et envers la

¹⁰⁸ Employé de la Confédération dans l'exercice de ses fonctions (art. 3, al. 1, LRFCF).

¹⁰⁹ Les dispositions de la LRFCF s'appliquent aussi aux personnes chargées directement de tâches de droit public par la Confédération (art. 1, al. 1, let. f, LRFCF).

¹¹⁰ La délégation d'un représentant de la Confédération dans le conseil d'administration d'une SA d'économie mixte constitue un cas particulier: conformément à l'art. 762, al. 4, CO, la Confédération assume la responsabilité des membres délégués du conseil d'administration à l'égard de la société et des créanciers, sous réserve de recours en vertu des dispositions de la LRFCF.

¹¹¹ Nous ne mentionnons pas ici la prise en charge de risques et de responsabilités sans obligation juridique ultérieure, comme par exemple l'indemnisation des hémophiles et des receveurs de transfusions sanguines (arrêté fédéral du 14 décembre 1990 sur l'octroi de prestations financières aux hémophiles et receveurs de transfusions sanguines infectés par le VIH et à leurs conjoints infectés; RO 1991 954) ou des crédits alloués pour maintenir l'exploitation des lignes Swissair (arrêté fédéral du 17 novembre 2001 concernant le financement du programme de redimensionnement de l'aviation civile; FF **2002** 399).

¹¹² Loi sur la fusion, LFus; RS 221.301

¹¹³ Cf. le message concernant la loi sur la fusion, FF **2000** 4137.

Confédération (rapports internes). Selon les lois d'organisation des sociétés anonymes de droit public que sont les CFF, Swisscom et de l'établissement La Poste Suisse¹¹⁴, la responsabilité des organes dirigeants est régie par le droit privé (art. 754 ss. CO). En l'absence d'une telle réglementation, il faut examiner si la LRFC s'applique en cas de dommage. Comme exposé ci-après, une limitation de la responsabilité sera introduite dans le cas de l'AUFIN¹¹⁵.

5.3 Problèmes et lacunes des réglementations actuelles en matière de responsabilité

5.3.1 Action récursoire contre les organes

Le Parlement lui-même a critiqué à plusieurs reprises la norme de l'art. 7 LRFC qui n'autorise la Confédération à exercer une action récursoire contre l'auteur du dommage que si ce dernier a agi intentionnellement ou par négligence grave.

Les entités devenues autonomes exercent de plus en plus d'activités sur le marché dans le cadre du droit privé et leurs organes assument toutes les responsabilités qui incombent normalement à un entrepreneur. A la lumière de cette constatation, il convient d'examiner dans quelle mesure il est justifié que le droit public limite la responsabilité individuelle des personnes à qui la Confédération confie des tâches de droit public. Un tel examen est d'autant plus nécessaire que la qualité des tâches accomplies par les organes pourrait être proportionnelle à la sévérité du régime de responsabilité¹¹⁶.

5.3.2 Responsabilité en lien avec la surveillance de l'économie ou de la sécurité

La Confédération surveille diverses activités *privées* (p. ex. exploitation de centrales nucléaires, production, distribution et remise de médicaments) dans le cadre de ses tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. La responsabilité principale pour ces activités privées surveillées par la Confédération incombe aux entreprises faisant l'objet d'une surveillance. Celles-ci constituent des personnes morales dotées d'une pleine capacité juridique active et passive. L'autorité de surveillance n'est ni un organe ni le représentant légal de l'entreprise surveillée et elle n'assume pas de fonction de tutelle¹¹⁷. Elle ne doit par conséquent pas assumer la même responsabilité que les entreprises surveillées.

L'entité devenue autonome exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité (dénommée ci-après "l'autorité de surveillance") est responsable si elle abuse de son pouvoir d'appréciation ou l'outrepasse dans l'accomplissement de ses tâches¹¹⁸. Elle est également responsable si elle manque à ses obligations de surveillance. Une responsabilité pour omission suppose toutefois que l'entité ait une position de garante vis-à-vis du lésé¹¹⁹. Elle peut être justifiée par des dispositions légales qui définissent la nature et l'étendue de

¹¹⁴ Cf. art. 14 LCFF; art. 18, al. 2, LET; art. 10a LOP.

¹¹⁵ Voir chapitre 5.3.2 et chapitre 5.4, principe n° 11.

¹¹⁶ Ce comportement est à mettre en rapport avec la notion de «risque moral» qui veut qu'une personne n'ayant pas à assumer les conséquences financières de ses actes, ou n'ayant à les assumer qu'en partie, tende à prendre plus de risques que si elle doit répondre intégralement de ses actes. A ce sujet, voir BOEMLE et al., 764.

¹¹⁷ VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung Bund, 40.

¹¹⁸ ATF 116 Ib 196.

¹¹⁹ ATF 123 II 583, 118 Ib 473, et renvois.

l'obligation d'agir¹²⁰. Aujourd'hui, la jurisprudence part du principe que seule une violation essentielle et non toute violation d'un devoir de fonction entraîne la responsabilité de l'autorité de surveillance¹²¹.

L'entité qui assume des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité se trouve, en sa qualité d'autorité de surveillance, au niveau suprême d'un dispositif de contrôle. Du fait de cette position, elle doit souvent intervenir lorsqu'un manquement dont découle un dommage, commis par l'entreprise faisant l'objet d'une surveillance ou ses organes, a déjà été constaté¹²². Si l'entité en question ne remédie pas à la situation à ce stade, elle peut, et par la suite la Confédération également, être rendue responsable du dommage qui en résulte. Par conséquent, elle doit veiller à déceler et à prévenir autant que possible à temps les risques éventuels. En cas de violations de la loi existantes ou imminentes, ainsi qu'en cas de soupçons relatifs à de telles violations, les entités assumant des tâches de surveillance économique doivent d'office intervenir, procéder aux examens nécessaires et prendre des mesures¹²³.

Bien que l'entité assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ait un rapport moins direct avec l'activité source de dommage soumise à la surveillance que l'entreprise faisant l'objet de la surveillance, les prétentions en matière de responsabilité s'exercent davantage contre cette entité et par la suite contre la Confédération. Cela est notamment dû aux raisons suivantes:

- L'entité assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité et la Confédération sont en règle générale plus solvables que l'entreprise faisant l'objet de la surveillance¹²⁴.
- Du point de vue du lésé, la responsabilité causale devant être invoquée dans le cadre de la procédure administrative est, malgré la violation de la loi qui doit être prouvée, plus simple et plus avantageuse que le procès civil, qui est plus long et plus coûteux et au cours duquel le lésé doit prouver qu'une faute a été commise.
- Un manquement aux devoirs de surveillance de l'économie ou de la sécurité, qui sont généralement décrits en détail, est plus facile à prouver qu'une violation, par l'entreprise faisant l'objet de la surveillance, de devoirs qui ne sont souvent pas accessibles au public et qui sont parfois définis de manière moins détaillée.

L'entité devenue autonome et la Confédération ne peuvent invoquer d'éventuels droits de recours contre l'entreprise responsable soumise à surveillance qu'à travers des procès civils fastidieux durant lesquels une faute doit en règle générale être prouvée. Par ailleurs, des droits de recours ne peuvent être satisfaits que si les responsables du dommage disposent de moyens financiers adéquats. Si tel n'est pas le cas, l'entité chargée de tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ou la Confédération prend en charge les risques et les frais du procès, ainsi que la plus grande partie du dommage.

Un strict régime de responsabilité peut avoir des conséquences pour l'autorité de surveillance, étant donné que celle-ci est contrainte d'exercer une surveillance aussi complète que possible.

¹²⁰ ATF 123 II 577.

¹²¹ Cf. arrêt du 3 juillet 2003 de la deuxième Cour de droit public du Tribunal fédéral (2C.1/2001) dans la cause Banque cantonale de Bâle contre le canton du Valais, publié dans: Pra 2004, no 53, p. 271 ss, p. 287 consid. 6.1.4.

¹²² La surveillance exercée par la Confédération ne peut être que ponctuelle et porter sur des échantillons. Une extension de la surveillance et en particulier une surveillance concomitante sont impossibles en raison des ressources qui seraient requises à cet effet.

¹²³ VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung Bund, passim.

¹²⁴ Les autorités de surveillance externalisées ne sont toutefois pas considérées solvables en raison de leurs moyens financiers propres, mais du fait de la responsabilité subsidiaire de la Confédération.

Cela peut se traduire, pour les entreprises soumises à surveillance, par une limitation de la liberté économique et par une atteinte au principe de la responsabilité individuelle¹²⁵. Etant donné les considérables risques de responsabilité liés aux tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité¹²⁶, les compagnies d'assurance auront tendance à davantage refuser ou à limiter la conclusion d'assurances responsabilité civile ou à exiger des cotisations très élevées. Une hausse des cotisations entraîne une augmentation des émoluments et des taxes de surveillance que doivent verser les entreprises faisant l'objet de la surveillance.

5.4 Principes directeurs pour le modèle de gestion

Principe n° 10

La responsabilité des entités devenues autonomes qui exercent des activités essentiellement sur le marché et dans le cadre du droit privé, ainsi que celle de leurs organes et de leurs collaborateurs, est régie exclusivement par le droit privé.

Les entités de la Confédération devenues autonomes exécutent des tâches publiques. Par conséquent, la LRCF s'appliquerait en cas de responsabilité. En revanche, si ces entités exercent leurs activités essentiellement sur le marché dans le cadre du droit privé, en aménageant par exemple leurs relations avec leurs clients entièrement selon le droit privé, l'application de la LRCF ne convient pas. Dans de tels cas, les entités devenues autonomes répondent exclusivement en vertu du droit privé. Il s'agit aussi de soumettre ses organes et ses collaborateurs au droit privé de la responsabilité, dans un souci d'unité. Pour ce faire, il faut inscrire l'application des règles du droit privé en matière de responsabilité dans la loi d'organisation¹²⁷. La Confédération n'assume donc aucune responsabilité¹²⁸.

Principe n° 11

La responsabilité des entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité n'est engagée qu'en cas de violation de leurs devoirs essentiels de fonction et que si le dommage ne résulte pas d'une violation des obligations par les organismes soumis à surveillance.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une unité administrative n'est responsable d'un comportement illicite que si un dommage est causé à un bien juridique absolument protégé comme la vie et l'intégrité corporelle ou – dans le cas d'un préjudice purement pécuniaire – si

¹²⁵ Le principe de la responsabilité individuelle est mentionné aux art. 6 et 41, al. 1, Cst.

¹²⁶ A titre d'exemple, les cantons de Genève et de Vaud exigent respectivement 3,5 milliards et 2 milliards de la Confédération. Ils justifient ces exigences par l'insuffisance de la surveillance exercée par la Commission fédérale des banques sur leurs banques cantonales. Dans le cas de la catastrophe aérienne d'Überlingen, des montants de plusieurs millions ont été réclamés à la Confédération et à Skyguide. Au sujet du contenu et de l'objet du risque de responsabilité: cf. SCHAERER, passim. Concernant le risque de responsabilité dans le domaine de la surveillance des marchés financiers, cf. message du 1^{er} février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006, 2741, ch. 1.2.9.

¹²⁷ Une exclusion de l'applicabilité de la LRCF est prévue à l'art. 18, al. 2, LET (cf. message LOP, 1299, ch. 222.61).

¹²⁸ La Confédération peut toutefois être rendue responsable si elle a exercé un niveau critique d'influence sur les organes de l'entité ou si des employés de la Confédération ont, non en tant qu'organes, mais par exemple en tant que personnes assumant des tâches de surveillance, contribué à causer le dommage et que la Confédération doit par conséquent être qualifiée d'organe de fait. Au sujet du statut d'organe de fait, voir chapitre 3.1.

une norme servant de protection au lésé est enfreinte¹²⁹. Le comportement illicite peut découler d'une action ou d'une omission. L'illicéité en cas d'omission repose sur une violation d'un devoir essentiel de fonction, comme des actes juridiques erronés. Autrement dit, l'omission d'un acte juridique ou matériel¹³⁰ ne peut être qualifiée d'illicite au sens du droit de la responsabilité que si un devoir essentiel de fonction a été enfreint ou si une erreur inexcusable, qu'une personne consciencieuse n'aurait pas commise, est avérée¹³¹.

Pour rétablir l'équilibre entre la responsabilité opérationnelle (*Verantwortung*) et la responsabilité en matière de dommages (*Verantwortlichkeit*) ainsi que la proximité avec l'activité qui a induit le dommage (principe de causalité), il faut mieux définir dans le domaine de la surveillance de l'économie ou de la sécurité les conditions permettant de faire porter la responsabilité à l'entité autonome chargée de cette surveillance ou à la Confédération et délimiter la responsabilité des organismes soumis à surveillance. Si ces derniers provoquent des dommages par violation de leurs obligations, l'entité autonome chargée de la surveillance de l'économie ou de la sécurité ne peut pas être tenue pour responsable. Il convient notamment de garantir que l'entité devenue autonome ou la Confédération ne doive pas répondre en premier lieu de dommages qui relèvent en fait de la responsabilité primaire des entreprises soumises à surveillance et de leurs organes¹³².

Pour encourager la transparence, le Conseil fédéral propose pour la première fois dans le cadre du projet sur l'AUFIN d'inscrire expressément dans une loi les dispositions en matière de responsabilité exprimées dans le principe précédent¹³³. Il s'aligne ainsi sur la jurisprudence du Tribunal fédéral et l'évolution internationale¹³⁴.

Principe n° 12

Vis-à-vis des entités devenues autonomes, la Confédération ne doit que dans des cas exceptionnels assumer des responsabilités et accorder des garanties, cautionnements et engagements conditionnels qui sont spécifiques aux entreprises. Dans ces cas, elle définira des exigences strictes quant à la gestion des risques et recensera, évaluera et signalera systématiquement les risques en matière de responsabilité.

¹²⁹ ATF 118 Ib 476. s.

¹³⁰ Toutes les mesures administratives qui ne visent pas, contrairement aux actes juridiques, un résultat juridique mais seulement un résultat matériel sont des actes matériels. Ils ne justifient aucun droit ni devoir (p. ex. actes d'exécution immédiats sans décision préalable, renseignements et engagements, avertissements et recommandations, activités de contrôle et de surveillance). Cf. SCHWARZENBACH-HANHART, 12 s. SCHWARZENBACH-HANHART, 69, part du principe que l'omission d'un devoir en raison d'une décision judiciaire doit aussi être considéré comme un acte matériel.

¹³¹ ATF 123 II 577. consid. 4d/dd; 120 Ib 248 consid. 2b; 119 Ib 208 consid. 5a et b; 118 Ib 163 consid. 2., avec renvois. Selon SCHWARZENBACH, 61 s, qui renvoie à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'illicéité n'est avérée que si un devoir essentiel de fonction défini selon des normes de comportement appliquées dans le domaine administratif concerné a été enfreint dans le cadre de l'exercice des fonctions.

¹³² Et par la même occasion de tous les contribuables et de ceux qui s'acquittent d'émoluments. Selon SCHWARZENBACH-HANHART, 6, il ne faudrait pas que chaque particulier soit responsable pour les autres par le détour juridique de la responsabilité de la Confédération et le droit fiscal.

¹³³ A ce sujet, cf.: art. 19, projet de loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN, FF 2006 2829) et message du 1^{er} février 2006 (FF 2006 2741). L'AUFIN ne sera responsable que si elle a violé des devoirs essentiels de fonction et si les dommages ne résultent pas d'une violation des obligations d'un organisme soumis à surveillance. Ainsi, la responsabilité de l'entité devenue autonome et en conséquence une éventuelle responsabilité subsidiaire de la Confédération sont limitées.

¹³⁴ Werlen/Wood, 616.

La Confédération a assumé diverses responsabilités et accordé des garanties, cautionnements et engagements conditionnels en faveur de certaines entités¹³⁵. Plus elle s'engage dans cette direction, plus elle s'expose à de gros risques¹³⁶. C'est pourquoi de nouveaux engagements doivent être assortis d'exigences strictes quant à la gestion des risques (p. ex. une vérification régulière des objectifs stratégiques, une obligation d'assurance, etc.).

La relation entre les différentes responsabilités revêt une grande importance dans l'appréciation du profil de risques. C'est pourquoi toutes ces responsabilités doivent faire l'objet d'un recensement et d'évaluations systématiques. Cette exigence constitue l'application, au niveau de la politique de propriétaire, de la décision du Conseil fédéral du 19 janvier 2005 concernant la politique de gestion des risques au sein de la Confédération. Selon cette décision, lors du contrôle périodique du respect des objectifs stratégiques, il faut veiller à ce que les entités devenues autonomes appliquent des mesures appropriées de gestion des risques. Dans le cadre de ce contrôle, les objectifs stratégiques doivent être complétés, si nécessaire, afin d'éliminer ou de réduire des risques existants. Si cela ne suffit pas, il faut créer des bases légales nouvelles ou combler les lacunes des bases légales existantes.

5.5 Application en fonction du type de tâches

Les *entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique* accomplissent principalement des tâches de droit public et agissent conformément au droit public. La responsabilité de ces entités, de leurs organes et de leurs collaborateurs est régie par la loi sur la responsabilité. Il en va de même de la responsabilité de la Confédération. Cette dernière a une responsabilité subsidiaire envers ces entités et elle leur accorde une garantie de liquidités.

Comme les *entités qui exécutent des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité* agissent en vertu de la puissance publique et donc du droit public, leur responsabilité est en principe régie par la loi sur la responsabilité. Leur loi d'organisation prévoit cependant une restriction de leur responsabilité, en établissant qu'elles ne sont responsables qu'en cas de violation des devoirs essentiels de fonction ou en cas de dommages ne résultant pas de violations par les entreprises surveillées de leurs obligations.

Par contre les *entités qui fournissent des prestations sur le marché* agissent essentiellement sur ce dernier régulé le cas échéant. Par conséquent la responsabilité de ces entités et de leurs organes doit être régie par le droit privé. Leur loi d'organisation doit exclure expressément l'application de la loi sur la responsabilité pour l'éventuel exercice d'autres tâches de droit public, ou statuer explicitement que les dispositions du droit privé relatives à la responsabilité s'appliquent.

En outre, la responsabilité subsidiaire et la garantie de liquidités sont exclues. La question de savoir dans quelle mesure la Confédération peut accorder des garanties et assumer des

¹³⁵ Concernant la garantie de liquidités, voir chapitre 9.

¹³⁶ On entend par gros risques des risques de défaillance dans le domaine bancaire, d'une ampleur égale ou supérieure à la capacité de supporter les risques. Lorsque de tels risques sont pris, par exemple à travers l'octroi de gros crédits (sous la forme d'un crédit individuel ou dans le cadre d'un octroi échelonné de crédit) à un emprunteur, le créancier risque d'avoir des difficultés en cas de défaillance du débiteur. De gros risques peuvent aussi survenir si des crédits sont octroyés essentiellement à des emprunteurs d'une branche ou d'une région donnée. Si la branche ou la région concernée est confrontée à des difficultés en raison de la situation économique, le créancier est particulièrement touché.

responsabilités supplémentaires ne peut être tranchée en fonction du *type* de tâches mais doit être examinée à la lumière des tâches effectivement exercées par l'entité.

6 Compétences particulières

6.1 Introduction

Les entités de la Confédération devenues autonomes doivent avoir les compétences nécessaires à la réalisation du but qu'elles poursuivent. Toutefois, leur loi d'organisation peut aussi leur conférer des compétences particulières *favorisant* la réalisation de leur but, dans la mesure où ces compétences ne sont pas réservées à la Confédération, à ses autorités ou à l'administration fédérale. Ces compétences particulières comprennent les compétences législatives, à savoir l'édiction de normes abstraites de portée générale et de nature administrative, la possibilité de conclure des coopérations¹³⁷ ou de prendre des participations¹³⁸ et la fourniture de prestations annexes à but lucratif¹³⁹.

6.2 Situation actuelle

A une exception près, aucun des établissements et sociétés anonymes étudiés ne bénéficie d'une base légale l'autorisant à édicter des normes abstraites de portée générale¹⁴⁰ ¹⁴¹.

Swissmedic édicte son *ordonnance sur les émoluments* de sa propre compétence. En revanche le règlement sur les taxes de l'IPI et le tarif des primes de l'ASRE doivent être soumis à l'approbation du Conseil fédéral. Les redevances de navigation aérienne prélevées par Skyguide doivent quant à elles être approuvées par le DETEC¹⁴² ¹⁴³.

Le Conseil fédéral édicte les *prescriptions concernant le personnel* de l'IPI et de Swissmedic¹⁴⁴. Les lois d'organisation de l'ISDC et de la Poste renvoient simplement aux dispositions concernant le personnel de la Confédération. Le conseil d'administration de l'ASRE édicte le règlement du personnel, qui doit être approuvé par le Conseil fédéral¹⁴⁵. Conformément à l'art. 6a LPers, qui régit la rémunération et les autres conditions

¹³⁷ Une entité devenue autonome s'engage dans une coopération lorsqu'elle recourt à des tiers pour effectuer une partie des tâches dont l'exécution lui a été confiée par la Confédération.

¹³⁸ Une entité devenue autonome s'engage dans une participation lorsqu'elle acquiert, par exemple, des actions de sociétés anonymes ou de sociétés en commandite par actions, des parts sociales de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés coopératives, ou des bons de participation au sens de l'art. 656a CO. En revanche, le versement régulier de cotisations de membre à une organisation internationale n'est pas considéré comme une prise de participation de l'entité devenue autonome.

¹³⁹ Les prestations annexes à but lucratif fournies par des entités devenues autonomes sont des prestations qui ne sont pas absolument indispensables pour exécuter une tâche transférée et sont proposées sur le marché à des particuliers afin de réaliser un bénéfice économique (concernant les prestations annexes à but lucratif fournies par des unités administratives et par des entreprises de droit public, cf. l'annexe 6 du guide de législation, cette annexe n'est disponible qu'en allemand).

¹⁴⁰ En vertu de l'art. 82, al. 2, LPTh, le Conseil fédéral peut déléguer à Swissmedic la compétence d'édicter des prescriptions de nature technique et d'importance mineure.

¹⁴¹ Par contre, le domaine des EPF dispose de vastes compétences législatives. Un exemple parmi d'autres: Ordonnance du 10 septembre 2002 concernant l'admission à l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich, RS 414.131.52, édictée par la direction de l'EPF Zurich.

¹⁴² Cf. art. 12 OSNA.

¹⁴³ La Poste et Swisscom utilisent des prix régulés. Conformément à l'art. 14 LPO, les prix des services réservés sont soumis à l'approbation du DETEC. Dans le domaine des télécommunications, le Conseil fédéral fixe des prix plafonds (art. 17, al. 2, LTC).

¹⁴⁴ Cf. art. 8, al. 1, LIPI et art. 75 LPTh.

¹⁴⁵ Cf. art. 24, al. 3, OLOGA. Selon l'art. 27, al. 1, LASRE, le personnel de l'ASRE est engagé conformément aux dispositions pertinentes du code des obligations. Selon l'art. 27, al. 2, LASRE, l'ASRE doit tenir compte, dans sa politique du personnel, des art. 4 et 5 LPers. En vertu de l'art. 27, al. 3, LASRE, il convient par ailleurs de tenir compte de l'art. 6a, al. 1 à 5, LPers, en ce qui concerne le salaire du directeur, des cadres et du reste du personnel rétribué de manière comparable.

contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération, Skyguide et RUAG peuvent en principe aménager librement les rapports de service¹⁴⁶. Swisscom étant une société anonyme cotée en Bourse, l'art. 6a LPers ne lui est applicable que dans une mesure limitée. Elle devrait toutefois être soumise à des dispositions comparables en matière de transparence, relevant du droit privé, dès le 1^{er} janvier 2007, date d'entrée en vigueur de la révision du 7 octobre 2005 du droit de la société anonyme^{147, 148}. Le personnel des CFF est soumis à la législation sur le personnel de la Confédération. La loi d'organisation permet cependant au Conseil fédéral d'autoriser les CFF à modifier ou à compléter les rapports de service dans des conventions collectives de travail¹⁴⁹.

Hormis l'IPI et Swissmedic, tous les établissements examinés sont explicitement habilités par leur loi d'organisation à accomplir les tâches qui leur ont été déléguées avec le concours d'autres organismes ou entreprises dans le cadre de *coopérations* ou de *participations*. En principe, les sociétés anonymes Swisscom, CFF, Skyguide et RUAG ont toute latitude pour conclure des coopérations et prendre des participations, sous réserve des objectifs stratégiques.

Toutes les lois d'organisation autorisent, directement ou indirectement, les établissements à fournir des *prestations annexes à but lucratif*¹⁵⁰. Les sociétés anonymes fournissent essentiellement des prestations commerciales. La gamme des prestations commerciales principales et annexes autorisées découle de leur but légal: le statut de société anonyme de droit public permet à Swisscom d'accomplir tous les actes juridiques conformes au but de l'entreprise et les CFF peuvent accomplir tous les actes juridiques qui sont directement ou indirectement en rapport avec le but de l'entreprise. Dans les sociétés anonymes de droit privé, les actes juridiques autorisés sont définis d'après le droit de la société anonyme, mais le but statutaire de l'entreprise reste ici aussi déterminant¹⁵¹.

6.3 Principes directeurs pour le modèle de gestion

Principe n° 13

Les entités devenues autonomes ne reçoivent qu'exceptionnellement, en vertu d'une norme légale relative à la délégation, la compétence d'édicter des normes abstraites de portée générale et ayant un effet externe. Cette compétence législative se limite à l'édiction de dispositions de nature technique et d'importance secondaire.

¹⁴⁶ Selon l'art. 8, OSNA, Skyguide doit veiller à ce que la navigation aérienne ne soit pas entravée par des grèves ou des opérations de boycottage, ni par d'autres actions revendicatives. Dans la mesure du possible, elle passe à cet effet des contrats collectifs de travail avec son personnel.

¹⁴⁷ FF **2005** 7245.

¹⁴⁸ Cf. message relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF **2004** 4223 ss. Par ailleurs, l'art. 16, al. 2, LET oblige Swisscom à négocier avec les associations du personnel la conclusion d'une convention collective de travail.

¹⁴⁹ Cf. art. 15, al. 2, LCFF.

¹⁵⁰ La LIPI autorise implicitement l'institut à fournir des prestations annexes à but lucratif puisqu'elle prescrit à l'art. 14 que les prestations doivent être rémunérées aux prix du marché. L'art. 77, al. 3, let. d, LPT habilité Swissmedic à fournir des prestations de service à des autorités et à des particuliers. En vertu de l'art. 11 de la loi fédérale du 6 octobre 1978 sur l'Institut suisse de droit comparé (RS 425.1), l'ISDC doit facturer ses avis de droits et les renseignements qu'il fournit à prix coûtant à ses mandants privés.

¹⁵¹ Selon l'art. 718a, al. 1, CO, tous les actes que peut impliquer le but social de l'entreprise sont autorisés.

La compétence législative est réservée à l'Etat et au législateur, de sorte qu'elle ne doit en principe pas être externalisée¹⁵². Il convient toutefois d'accorder aux entités devenues autonomes la compétence d'édicter, à titre exceptionnel et dans un cadre limité, des normes abstraites de portée générale et ayant des effets externes, comme c'est déjà le cas aujourd'hui. Si une norme légale relative à la délégation le prévoit, les entités devenues autonomes peuvent édicter des *dispositions de nature technique et d'importance secondaire*. Quand il s'agit de prestations fournies sur le marché, il faut totalement renoncer à déléguer des compétences législatives à des entités devenues autonomes pour respecter la neutralité en matière de concurrence.

Le *règlement sur les émoluments* n'est pas de nature technique et son importance n'est pas secondaire. Sa conception implique toutefois la proximité avec le niveau opérationnel de l'exécution des tâches, dont l'entité devenue autonome est seule à disposer. Par conséquent, cette dernière doit pouvoir édicter son règlement sur les émoluments, mais sous réserve de l'approbation par le Conseil fédéral. L'émolument est le «prix» d'une prestation qui découle de l'accomplissement d'une tâche publique déléguée par la Confédération. La fixation de ce «prix» n'étant pas régie par le marché, il est donc non seulement juste, mais aussi important que les instances politiques aient leur mot à dire au sujet de l'élaboration du règlement sur les émoluments¹⁵³. Cette exigence est satisfaite à travers l'approbation du Conseil fédéral.

Les *prescriptions concernant le personnel* des établissements doivent être approuvées par le Conseil fédéral. Les frais de personnel constituent le poste de charges le plus lourd, surtout dans le secteur tertiaire. Or, le financement des établissements repose essentiellement sur des émoluments et en partie sur des indemnités versées par la Confédération. Il ne faudrait donc pas que des frais de personnel exagérément élevés conduisent à une augmentation des émoluments ou des indemnités.

Principe n° 14

Les établissements ne concluent des coopérations et ne prennent des participations qu'exceptionnellement, et ce pour autant que cela soit conforme à leur but social et aux objectifs stratégiques à moyen terme formulés par le Conseil fédéral. Les entités devenues autonomes constituées en société anonyme de droit privé peuvent conclure des coopérations et prendre des participations dans les limites prévues par le droit de la société anonyme, autrement dit dans le cadre de leur but social. Des participations peuvent être prises uniquement si elles contribuent à long terme à garantir ou à augmenter la valeur de l'entreprise et si elles peuvent être gérées convenablement. Il convient de tenir suffisamment compte des risques.

¹⁵² La délégation de compétences législatives au Conseil fédéral est déjà considérée comme «une violation du principe de la séparation des pouvoirs et une limitation des droits démocratiques». Pour cette raison, une partie de la doctrine estimait dans le passé que la délégation de compétences législatives à l'exécutif représentait une modification de la répartition des compétences conforme à la Constitution et qu'elle était inadmissible. A ce sujet, cf. HÄFELIN/MÜLLER, ch. 406: «Aujourd'hui, la doctrine et la jurisprudence *admettent en principe la délégation de compétences législatives à l'exécutif*, tout en précisant qu'il convient de définir des *limites* propres à empêcher que la séparation des pouvoirs et les droits démocratiques prévus par la Constitution ne soient vidés de leur substance.»

¹⁵³ Lors de la conférence de presse annuelle de 2006, le surveillant des prix a présumé que de nombreux émoluments sont à la hausse en raison des coûts et du travail nécessité par les contrôles. Il a montré que de 1998 à 2004 le montant total des émoluments perçus par l'OICM, puis par son successeur, Swissmedic, a été multiplié par 2,4, pour atteindre 44 millions de francs. Le surveillant des prix a toutefois relevé que l'OFSP avait confié à Swissmedic des tâches de contrôle que l'OICM n'assumait pas. La Confédération indemnise Swissmedic pour ces nouvelles tâches. L'indemnisation s'est montée à 18 millions de francs en 2004 (cf. <http://www.preisueberwacher.ch>).

Les établissements accomplissent souvent des tâches relevant de la puissance publique ou financées par des recettes fiscales générales. La délégation de tâches de cette nature à un tiers, c'est-à-dire à une société avec laquelle l'entité devenue autonome coopère ou à une filiale de cette dernière peut se révéler politiquement sensible et en particulier compliquer le pilotage et le contrôle exercés par la Confédération. Quant aux participations, elles peuvent exposer l'entité devenue autonome et la Confédération en sa qualité de propriétaire à des risques financiers et politiques difficiles à évaluer. C'est pourquoi les établissements ne devraient conclure des coopérations et prendre des participations qu'exceptionnellement, et pour autant que cela soit conforme à leur but social et aux objectifs stratégiques à moyen terme formulés par le Conseil fédéral. La marge de manœuvre plus étendue dont disposent les sociétés anonymes privées en matière de coopérations et de participations découle notamment du fait que ces entités n'accomplissent aucune tâche relevant de la puissance publique et n'exécutent que rarement des tâches financées par des recettes fiscales générales. Elles fournissent des prestations sur un marché (régulé le cas échéant), ce qui nécessite une plus grande souplesse des structures et des possibilités de développement de l'entreprise. Cependant, des participations doivent être prises uniquement si elles contribuent à long terme à garantir ou à augmenter la valeur de l'entreprise, si elles peuvent être gérées convenablement et si elles tiennent suffisamment compte des risques.

Principe n° 15

A condition qu'il existe une base légale à cet effet, les établissements sont autorisés à fournir des prestations annexes à but lucratif pour autant qu'elles aient un lien étroit avec la tâche principale, qu'elles ne nuisent pas à l'accomplissement de cette dernière, qu'elles ne faussent pas la concurrence et que l'ensemble de ces prestations couvre au minimum tous les coûts qu'elles génèrent.

Il appartient en principe à l'économie privée de proposer des prestations commerciales sur le marché libre. L'Etat et ses établissements ne peuvent avoir une activité commerciale sur ce marché que si une base légale les y autorise et si cela répond à un intérêt public¹⁵⁴. On parle d'un intérêt public lorsque l'activité annexe à but lucratif se traduit par une plus grande efficacité (meilleure utilisation des ressources requises pour accomplir les tâches principales)¹⁵⁵ ou par un accomplissement des tâches principales répondant mieux aux besoins de la population¹⁵⁶. L'exigence d'un lien étroit avec la tâche principale est ainsi satisfaite.

Les moyens financiers réservés pour les tâches principales ne doivent pas être utilisés pour financer des prestations annexes à but lucratif. Par conséquent, la totalité des recettes générées

¹⁵⁴ Les entités de la Confédération devenues autonomes qui restent entièrement contrôlées par la Confédération ne sont pas considérées comme des entités «privées», même si elles sont constituées selon le droit privé. A ce sujet, cf. le Guide de législation, Annexe 6 (non traduite), 443.

¹⁵⁵ Dans le message sur le Musée national, 513 s., on lit à ce sujet: le musée dispose cependant encore d'un large champ d'action commercial, notamment en ce qui concerne les droits afférents à ses objets de collection et à leurs illustrations; il peut aussi accorder des licences à des boutiques ou à des services de restauration, ou encore commercialiser son savoir-faire. (...). [...] On exploite ainsi un potentiel économique de l'administration qui resterait sinon en friche. On parle parfois d'exploitation subsidiaire des ressources administratives.»

¹⁵⁶ Voir à ce sujet, cf. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18, note 83: «Il n'est pas certain que l'intérêt avant tout financier relatif à une utilisation optimale des infrastructures étatiques puisse à lui seul justifier l'exercice d'activités commerciales accessoires. Normalement, il conviendra d'exiger que l'activité commerciale accessoire contribue à l'exécution de la tâche (administrative) principale (...), ce qui est par exemple le cas lorsque un musée étatique commercialise des reproductions de ses œuvres d'art (...).»

par de telles prestations doivent couvrir les coûts directs de ces prestations et financer une part adéquate des frais généraux^{157, 158}.

Les activités annexes à but lucratif ne doivent pas fausser la concurrence et ne doivent entraver ni financièrement ni matériellement l'exécution des tâches principales. Le Conseil fédéral tient compte de ces aspects dans le cadre du contrôle des entités devenues autonomes.

6.4 Application en fonction du type de tâches

Les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique peuvent édicter des dispositions de nature technique et d'importance secondaire, pour autant qu'une norme relative à la délégation les y autorise. Une compétence législative plus vaste reste une prérogative de la Confédération, donc des autorités politiques. Il en va de même des entités assumant *des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité*. Ces entités ont certes une indépendance notable vis-à-vis des autorités politiques, mais cette indépendance ne porte que sur l'exécution des tâches. Sur les autres plans, par exemple en ce qui concerne la définition légale de leur mandat, elles ne jouissent d'aucune indépendance et sont soumises au contrôle du Conseil fédéral et à la haute surveillance du Parlement.

Pour ne pas fausser la concurrence, la Confédération renonce à déléguer des compétences législatives dans le domaine des tâches exécutées sur le marché, en concurrence avec d'autres acteurs du marché. *Les entités fournissant des prestations sur le marché* ne disposent donc en principe d'aucune compétence législative.

Tant les *entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique* que *celles qui exécutent des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité* accomplissent surtout des tâches publiques qui sont financées par des recettes fiscales générales ou par des émoluments et non par des prix déterminés par le rapport entre l'offre et la demande. Par ailleurs, des biens de substitution font souvent défaut, de sorte que les bénéficiaires de prestations ne disposent d'aucune liberté de choix. Les entités en question doivent donc soumettre leur règlement sur les émoluments au Conseil fédéral pour approbation. Il en va de même du règlement du personnel. Lorsque les tâches sont financées essentiellement par des émoluments et par des recettes fiscales générales, il est indiqué de prévoir une réserve d'approbation par le Conseil fédéral pour la base juridique du principal poste de charges.

Les entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique ne pourront à l'avenir qu'exceptionnellement conclure des coopérations ou prendre des participations, pour autant que cela soit conforme à leur but social et aux objectifs stratégiques assignés par le Conseil fédéral. Elles pourront fournir des prestations annexes à but lucratif, pour autant que ces dernières aient un lien étroit avec la tâche principale et qu'elles n'entravent ni financièrement ni matériellement son exécution. Enfin, les prestations annexes à but lucratif ne seront permises que si elles ne faussent pas la concurrence et si la loi d'organisation le prévoit. En revanche, la conclusion de coopérations et la prise de participations devront être exclues pour les entités assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, eu égard à la sensibilité des tâches qui leur sont confiées. Il leur sera en outre interdit de fournir des prestations annexes à but lucratif, afin de préserver leur indépendance.

¹⁵⁷ Selon l'art. 41 LFC, des unités administratives ne peuvent fournir des prestations commerciales à des tiers que si une loi les y autorise. Le message concernant la révision totale de la loi sur les finances de la Confédération précise, à la p. 81, que l'obligation d'utiliser des prix permettant de couvrir les coûts implique un calcul des coûts par unité d'imputation.

¹⁵⁸ Au sujet de l'obligation de tenir un compte spécial, cf. chapitre 9.3, principe 28.

Les *entités qui fournissent des prestations sur le marché* proposent généralement leurs prestations sur celui-ci (régulé le cas échéant) et exigent un prix pour ces prestations. Du point de vue de l'ensemble de l'entreprise, les émoluments ne jouent qu'un rôle secondaire, si tant est qu'ils en jouent un. Etant donné que leur niveau ne dépend pas des conditions du marché, le Conseil fédéral approuvera le règlement sur les émoluments. Cette solution, ainsi que les prestations auxquelles les émoluments correspondent, seront prévues dans les lois spéciales. Les entités qui fournissent des prestations sur le marché doivent avoir la possibilité d'édicter les prescriptions relatives à leur personnel, vu que leurs prestations ne sont guère financées par des émoluments et ne sont que très rarement subventionnées. De plus, une réserve d'approbation des prescriptions relatives au personnel par le Conseil fédéral ne serait admissible juridiquement que pour les sociétés anonymes de droit public et pas pour celles constituées selon le droit privé. Les *entités fournissant des prestations sur le marché* doivent pouvoir conclure des coopérations et prendre des participations dans les limites découlant de leur but social. Des participations doivent toutefois être prises uniquement si elles contribuent à long terme à garantir ou à augmenter la valeur de l'entreprise, si elles peuvent être gérées convenablement et si elles tiennent suffisamment compte des risques.

Dans le cas des sociétés anonymes de droit public, l'on peut envisager des directives formulées par la Confédération, relatives à l'aménagement du droit du personnel (p. ex. obligation de conclure des conventions collectives de travail) et l'inscription, dans la loi d'organisation ou dans les objectifs stratégiques, de restrictions relatives aux coopérations et aux participations.

7 Objectifs stratégiques

7.1 Introduction

Dans la loi d'organisation, la Confédération fixe la structure organisationnelle des entités devenues autonomes et délimite leurs responsabilités et compétences par rapport aux siennes. Les droits et les devoirs des propriétaires et des actionnaires en général, et de la Confédération en particulier, sont également fixés dans la loi. Dans le cas de la société anonyme de droit privé, ces aspects sont régis par le droit de la société anonyme ou sont définis en fonction des statuts de la société.

En sa qualité de propriétaire, la Confédération a en principe les mêmes droits et devoirs que les autres propriétaires et actionnaires. Les objectifs stratégiques assignés par le Conseil fédéral inscrits dans la loi constituent une exception. A travers ces objectifs, le Conseil fédéral exerce, en sa qualité de propriétaire, en complément de la législation (spéciale), une influence sur l'entité devenue autonome. Cette possibilité d'exercer une influence est importante, étant donné que la législation, qui est assez statique, ne peut tenir compte que dans une mesure limitée des changements permanents de l'environnement dans lequel agit les entités devenues autonomes. Les objectifs stratégiques permettent au Conseil fédéral d'exercer une influence ciblée sur les aspects relatifs à l'entreprise (p. ex. évolution du bénéfice et du chiffre d'affaires) ou sur les aspects relatifs aux tâches (p. ex. évolution de nouvelles priorités) de l'entité devenue autonome. Ces objectifs stratégiques sont un instrument essentiel au moyen duquel la Confédération peut aménager sa propriété ou sa participation dans l'entité devenue autonome, en tenant compte des intérêts publics qui doivent être poursuivis.

Lignes directrices de l'OCDE

L'Etat doit se comporter en propriétaire éclairé et actif et définir une stratégie de propriétaire claire et cohérente de manière à garantir que le gouvernement des entités devenues autonomes est exercé de façon transparente et responsable, avec tout le professionnalisme et l'efficacité nécessaires (chap. II, chapeau). Le gouvernement doit élaborer une stratégie de propriétaire définissant les objectifs globaux de la propriété de l'Etat, son rôle dans le gouvernement d'entreprise des entités devenues autonomes, ainsi que la manière dont il met en œuvre cette stratégie de propriétaire (chap. II, let. A).

7.2 Autonomie de l'entité ayant acquis ce statut

Une entité devenue autonome ne peut plus être gérée comme une entité appartenant à l'administration fédérale centrale. Elle ne figure plus dans la hiérarchie de l'administration¹⁵⁹ et elle consiste en un organisme ou en une entreprise juridiquement autonome jouissant de ses propres compétences et responsabilités¹⁶⁰.

Le *degré* d'autonomie est fixé dans le droit organisationnel et dans les différentes lois matérielles^{161, 162}. Une entité est autonome lorsque les réglementations étatiques lui accordent un large degré d'autonomie, c'est-à-dire de liberté de décision¹⁶³. Dans le domaine où elle jouit de l'autonomie, une telle entité dispose des mêmes droits de protection que les particuliers vis-à-vis des interventions de l'Etat ou de la Confédération en tant que détenteur de la puissance publique. En d'autres termes, dans le domaine où une entité jouit de l'autonomie, la Confédération ne peut exercer son influence *par le biais de sa fonction de détentrice de la puissance publique* que si une base légale le prévoit. En l'absence d'une telle base, son droit à édicter des directives disparaît. Elle peut défendre ses intérêts uniquement sur une base contractuelle ou *en sa qualité de propriétaire*. En revanche, lorsque l'entité ne dispose d'aucune autonomie, la Confédération continue d'avoir le droit, en sa qualité d'Etat, à donner des directives que l'entité doit suivre.

¹⁵⁹ Voir TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, 37.

¹⁶⁰ Au terme de l'externalisation, le droit d'évocation devient caduc. En vertu de ce droit, l'unité supérieure peut prendre la responsabilité d'un dossier pour décision (art. 47, al. 4, LOGA – cf. message du 20 octobre 1993 concernant la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, FF 1993 III 1046, art. 51, al. 4)

¹⁶¹ Le droit organisationnel définit l'autonomie sur le plan de l'exploitation de l'entité devenue autonome et les lois matérielles définissent l'autonomie sur le plan des tâches.

¹⁶² Les entités devenues autonomes qui jouissent d'un statut juridique de droit privé disposent d'une vaste autonomie sur le plan de l'exploitation, quant à leur autonomie sur le plan des tâches, elle est régie par les lois matérielles. Les établissements n'ont pas tous le même degré d'autonomie sur le plan de l'exploitation. En vertu de leur loi d'organisation, certains établissements ne peuvent pas emprunter et placer librement des capitaux (p. ex. l'IPI, Swissmedic et l'ASRE), ou aménager librement le droit de leur personnel (p. ex. l'IPI et Swissmedic). Sur le plan des tâches, l'autonomie des établissements est régie, comme pour les sociétés anonymes, par les lois matérielles. L'autonomie des sociétés anonymes de droit public est également régie par la loi d'organisation et elle est en partie limitée (cf. p. ex. art. 15 LCFF).

¹⁶³ Cf. HÄFELIN/MÜLLER, note 1326.

7.3 Influence de la Confédération en qualité de propriétaire

Les compétences de la Confédération en qualité de propriétaire sont régies par le droit organisationnel:

- Dans le cas des établissements et des sociétés anonymes de droit public, le droit organisationnel public peut accorder à la Confédération en tant que propriétaire des droits d'intervention et des droits à l'information spécifiques dont les autres propriétaires et actionnaires ne disposent nullement ou ne disposent pas dans la même mesure. Si la loi d'organisation le prévoit, les objectifs stratégiques permettent au Conseil fédéral d'assigner des objectifs contraignants au conseil d'administration ou au conseil d'institut qui doit présenter régulièrement des rapports sur leur atteinte.
- Dans le cas des sociétés anonymes de droit privé, la Confédération ne dispose en principe que des compétences prévues pour les actionnaires par le droit de la société anonyme. Exception faite des cas prévus par l'art. 762 CO (représentants de la Confédération, des cantons, des districts ou des communes), la Confédération dispose donc des mêmes droits d'intervention et des mêmes droits à l'information que les autres actionnaires¹⁶⁴. La Confédération exerce ses droits de propriétaire lors de l'assemblée générale, c'est-à-dire avec les autres actionnaires.

Digression sur les objectifs stratégiques des sociétés anonymes de droit privé

La réforme du droit de la société anonyme effectuée au cours des années 90 a modifié la position de l'assemblée générale, en ce sens qu'elle a conféré des compétences «inaliénables» au conseil d'administration. Si l'assemblée générale reste l'organe suprême, c'est uniquement du fait qu'elle élit l'organe exécutif, que ce dernier doit lui rendre compte de son activité annuellement dans le rapport de gestion et qu'elle continue de décider au sujet des statuts, de la structure du capital et de l'utilisation du bénéfice. Mais au-delà des compétences que lui confère l'art. 698 CO, abstraction faite de quelques libertés et réserves restantes, elle n'a tout simplement pas de compétences¹⁶⁵. Les directives du Conseil fédéral figurant dans les objectifs stratégiques n'ont pas d'effet juridiquement contraignant sur les compétences inaliénables du conseil d'administration au sens de l'art. 716a CO¹⁶⁶.

A travers les objectifs stratégiques qu'il transmet aux sociétés anonymes de droit privé, le Conseil fédéral exerce ses droits de propriétaire et donne des instructions aux personnes qui représentent la Confédération au sein du conseil d'administration. Ces objectifs stratégiques indiquent clairement au conseil d'administration les buts que l'actionnaire principal ou l'actionnaire majoritaire poursuit et les résultats qui seront utilisés pour juger le conseil d'administration. Ces objectifs stratégiques créent par ailleurs pour les investisseurs tiers la transparence au sujet des objectifs à moyen terme de la Confédération en sa qualité d'actionnaire principal ou majoritaire.

¹⁶⁴ Le droit de la société anonyme ne prévoit pas les objectifs stratégiques qui permettraient au Conseil fédéral d'exercer une influence particulière.

¹⁶⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, note 286

¹⁶⁶ L'exercice de la haute direction, entre autres, est une attribution inaliénable et intransmissible du conseil d'administration (art. 716a, al. 1, let. a, CO). Par haute direction, il faut entendre (1) la définition des objectifs et de la politique de l'entreprise; (2) le choix des moyens et des ressources pour atteindre les objectifs; (3) les efforts constants déployés pour maintenir l'équilibre entre les objectifs et les ressources durant les bonnes et les mauvaises phases; (4) la formulation de directives à l'intention de la direction sur la manière d'atteindre les objectifs et d'utiliser les ressources; (5) la disponibilité à intervenir dès les premiers signes de dérive (cf. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, note 306).

7.3.1 Contenu des objectifs stratégiques

Les objectifs stratégiques contiennent des aspects relatifs à l'entreprise et aux tâches.

7.3.1.1 Aspects relatifs à l'entreprise

En tant que propriétaire, la Confédération vise à maintenir ou à accroître la valeur des entités devenues autonomes. Le Conseil fédéral définit par conséquent à travers les objectifs stratégiques les buts que ces entités doivent viser, en particulier au niveau de la politique commerciale, de la politique financière, de la politique de gestion des risques et enfin de la politique de coopération et de participation.

L'influence de la Confédération sur l'entreprise trouve sa *légitimité* dans son statut de propriétaire de l'entité devenue autonome. Quant au *devoir* d'exercer cette influence, il découle des principes généraux de la gestion financière: la Confédération doit en sa qualité de propriétaire ou de détenteur d'une participation tenir compte des intérêts publics supérieurs en jeu.

7.3.1.2 Aspects relatifs aux tâches

Au terme de leur externalisation, les tâches de la Confédération doivent continuer d'être exécutées dans le souci du bien commun qui les légitime. Par sa position de propriétaire, la Confédération garantit une influence sur l'exécution des tâches qui est conforme aux lois matérielles et aux dispositions d'exécution ou qui va au-delà de ce qu'elles prévoient. La nécessité ou l'adéquation de directives relatives aux tâches dépend de différents aspects, dont les principaux sont commentés ci-après:

- *Degré de précision de la loi matérielle*¹⁶⁷: des lois matérielles décrivent certaines tâches de manière très détaillée. C'est notamment le cas pour les tâches relevant de la puissance publique, comme la surveillance de la place financière helvétique. Une réglementation dense a pour but de garantir le respect des principes de la sécurité du droit et de l'égalité de traitement lors de l'accomplissement des tâches. Les possibilités de piloter l'exécution de ces tâches en complétant les prescriptions légales sont donc restreintes. En revanche certaines lois matérielles ne règlent les tâches que dans les grandes lignes, conférant ainsi une grande marge de manœuvre à l'entité chargée de leur exécution. Dans ce cas, il est tout à fait possible de piloter les tâches au moyen de directives fondées sur les lois matérielles (cf. p. ex. la législation dans le domaine de la science et de la recherche).
- *Indépendance dans l'exécution des tâches*: la loi matérielle précise, pour certaines tâches relevant de la puissance publique, que l'entité qui en a la charge doit jouir d'une indépendance comparable à celle du pouvoir judiciaire (p. ex. surveillance des banques). Dans ce cas le législateur exige donc de la retenue au niveau du pilotage des tâches complétant les lois matérielles. En tout état de cause, le droit d'intervention de la Confédération ne s'étend pas au traitement des cas particuliers et aux décisions concernant ces derniers.

¹⁶⁷ En l'occurrence, il convient également de tenir compte des conditions et des directives dans le cadre des concessions et des délégations basées sur des lois matérielles.

- *Normes externes*: la marge de manœuvre pour fixer des directives est également limitée lorsque les tâches sont régies de manière décisive par des règles ou des normes techniques internationales, comme par exemple dans le domaine de la sécurité aérienne.
- *Marché*: lorsque les tâches sont essentiellement accomplies par le biais de prestations commerciales, et sont donc financées par des recettes qui sont fonction des prix du marché, le besoin de directives de la Confédération est limité, étant donné que les tâches sont régies par le marché (exemples de la Poste et de Swisscom)¹⁶⁸. La Confédération peut toutefois édicter des directives en sa qualité d'autorité de régulation¹⁶⁹, mais cela ne fait pas partie de sa politique de propriétaire, bien que ces directives puissent s'adresser à des entités devenues autonomes.
- *Financement par le biais de ressources fiscales générales*¹⁷⁰: plus la Confédération soutient l'exécution des tâches par des recettes fiscales générales, plus elle doit émettre des directives relatives aux tâches, afin de fixer les axes prioritaires de l'affectation des moyens (p. ex. domaine des EPF).

En résumé, des directives relatives aux tâches, complétant les lois matérielles et les dispositions d'exécution, sont surtout nécessaires dans les cas où l'entité devenue autonome jouit effectivement d'une grande marge de manœuvre quant à la manière d'exécuter la tâche et lorsque l'accomplissement de cette tâche est financé de façon prépondérante par des recettes fiscales générales. Des directives relatives aux tâches sont aussi nécessaires lorsque l'exécution de la tâche peut entraîner un risque considérable pour la Confédération.

Les directives de la Confédération relatives à l'entreprise et aux tâches doivent être de nature supérieure. Des directives détaillées seraient préjudiciables à la liberté d'action en matière d'exploitation de l'entité devenue autonome et pourraient masquer la répartition, voulue par le législateur, des compétences et des responsabilités entre la Confédération et cette entité.

7.4 Situation actuelle

Toutes les entités devenues autonomes se fondent sur des dispositions relevant du droit organisationnel et sont, à deux exceptions près¹⁷¹, dirigées au niveau de l'exécution des tâches par des directives figurant dans des lois matérielles.

¹⁶⁸ Les directives relatives aux tâches que la Confédération édicte en tant qu'*autorité de régulation du marché* sont contraignantes pour tous les acteurs du segment de marché visé. Elles peuvent être de nature qualitative ou quantitative ou s'appliquer aux prix.

¹⁶⁹ Le DETEC décrit la régulation en prenant pour exemple l'autorité de régulation postale sous <http://www.postreg.admin.ch/postreg/behoerde/00535/index.html?lang=fr>: «Du fait de l'ouverture progressive du marché à la concurrence, l'Etat se voit attribuer un double rôle: celui de propriétaire de la Poste et celui de régulateur du marché postal. C'est pour cette raison que le Conseil fédéral a créé l'autorité de régulation postale indépendante PostReg. La régulation est censée assurer le bon fonctionnement d'un marché en voie de libéralisation. Comme le marché postal est un élément important du service public, une régulation rigoureuse, transparente et neutre est indispensable pour garantir le service universel et le bon déroulement des étapes ultérieures de l'ouverture du marché.»

¹⁷⁰ La LSu distingue les aides financières et les indemnités. Dans le cas des entités devenues autonomes, les indemnités sont importantes. L'art. 3, al. 2, LSu décrit les indemnités comme des prestations accordées à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale et destinées à atténuer ou à compenser les charges financières découlant de l'accomplissement de tâches prescrites par le droit fédéral ou de tâches de droit public déléguées par la Confédération.

¹⁷¹ Les tâches de l'ISDC et de RUAG sont définies dans des lois matérielles.

La Confédération, en sa qualité de propriétaire, assigne aux entités devenues autonomes d'autres directives relatives à l'entreprise et aux tâches¹⁷²: Elle pilote certaines entités devenues autonomes au moyen des objectifs stratégiques et d'autres de ces entités au moyen du mandat de prestations et de l'accord sur les prestations qui ont été développés en rapport avec la GMEB. Elle pilote deux entités sans recourir à des directives relatives à l'entreprise ou aux tâches.

Seuls les objectifs stratégiques de la Poste, de Swisscom et des CFF sont déjà standardisés dans les grandes lignes au niveau de la procédure et du contenu. Ils portent avant tout sur la politique commerciale, sur les finances, sur la politique du personnel, ainsi que sur les coopérations et les participations. Tant pour la Poste que pour Swisscom et les CFF, la réalisation des objectifs est mesurée à l'aide d'un système d'indicateurs convenu entre le Conseil fédéral et l'entité devenue autonome.

Les établissements sont pilotés de la manière suivante. La Confédération en sa qualité de propriétaire ne donne pas à l'IPI de directives relatives aux tâches ou à l'entreprise. Elle pilote l'ISDC uniquement à travers le budget¹⁷³. Elle pilote Swissmedic au moyen d'un mandat de prestations de quatre ans, qui est formulé par le Conseil fédéral et qui se traduit par des accords annuels sur les prestations négociés entre le département concerné et l'établissement. Ces deux instruments portent en premier lieu sur les aspects liés aux tâches, qui sont d'ailleurs déjà largement réglés dans la législation spéciale. La Confédération n'intervient guère à l'aide de directives ciblées dans l'évolution de Swissmedic en tant qu'organisme. La LASRE décrit les prestations que doit fournir l'ASRE et énonce des principes clairs de politique commerciale. Le Conseil fédéral fixe les objectifs stratégiques en tenant compte de ces prescriptions légales. La Poste est également pilotée au moyen d'objectifs stratégiques par le Conseil fédéral, qui recourt en l'occurrence avant tout à des directives relatives à l'entreprise.

La loi oblige les établissements de l'IPI et de Swissmedic à fournir des prestations sur mandat de la Confédération, sans que celles-ci ne fassent partie des tâches externalisées dont l'exécution leur a été confiée et donc, sans qu'elles puissent être considérées comme partie intégrante de la sphère d'autonomie de ces établissements¹⁷⁴. La Confédération peut, non en tant que propriétaire, mais en tant qu'auteur de la commande de prestations, piloter ces dernières au moyen de directives détaillées¹⁷⁵. Dans le cas de Swissmedic, il n'y a pas de distinction claire, dans la loi d'organisation et dans le mandat de prestations, entre ces deux types de prestations (d'une part celles qui sont liées aux tâches externalisées dont l'entité devenue autonome est responsable, et d'autre part celles qui sont liées aux commandes dont la responsabilité incombe à la Confédération). Par conséquent, toutes les prestations sont pilotées

¹⁷² Des directives relatives aux tâches – p. ex. le développement de nouvelles technologies ou la conquête de nouveaux marchés - peuvent influencer des aspects essentiels de l'entité devenue autonome, tels que sa valeur d'entreprise. D'autre part, des directives relatives à l'entreprise peuvent avoir des conséquences sur des aspects importants des tâches. Ainsi, la participation dans une autre entreprise peut entraîner une amélioration qualitative de l'offre de prestations et par conséquent de l'exécution des tâches.

¹⁷³ Sur le plan financier, l'ISDC est géré comme un office fédéral, toutefois il ne tient pas sa propre comptabilité. Dans le budget et le compte d'Etat de la Confédération, l'ISDC figure au même titre qu'une unité administrative. C'est donc le Parlement qui adopte le budget et approuve les comptes de l'ISDC. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'autres entités devenues autonomes, les tâches de l'ISDC ne sont pas pilotées par le biais de lois matérielles.

¹⁷⁴ Exemples: participation à l'élaboration de la législation; représentation de la Suisse à l'étranger.

¹⁷⁵ La mention de ces commandes de prestations dans la loi d'organisation oblige les entités devenues autonomes à conclure un contrat. Elles ne peuvent pas refuser la commande de la Confédération, même si, comme dans le cas de l'IPI, elles ne touchent plus d'indemnité pour le respect de l'obligation de fournir des prestations.

avec un degré de précision qui affecte, voire est préjudiciable à l'autonomie accordée à Swissmedic.

En ce qui concerne les sociétés anonymes, le Conseil fédéral pilote Swisscom, Skyguide et RUAG au moyen d'objectifs stratégiques, essentiellement dans une optique entrepreneuriale¹⁷⁶. Les directives relatives aux tâches jouent un rôle plutôt modeste. Swisscom et RUAG accomplissent la plupart de leurs tâches sur le marché et sont donc soumis à ses lois. Skyguide accomplit des tâches relevant de la puissance publique et n'est donc pas soumis aux lois du marché. Les tâches de Skyguide sont cependant régies non seulement par la législation suisse mais aussi, et dans une mesure déterminante, par des réglementations et des normes techniques internationales. Les objectifs stratégiques assignés par le Conseil fédéral ne lient pas le conseil d'administration de l'entité juridiquement, mais le lient de fait. Le conseil d'administration ne peut pas se permettre d'ignorer les intentions de l'actionnaire principal ou majoritaire, sinon il risque d'être révoqué ou de ne pas être nommé une nouvelle fois. Les objectifs stratégiques lient également le Conseil fédéral au niveau de l'exercice de ses droits d'actionnaire et des instructions qu'il donne à un éventuel représentant de la Confédération¹⁷⁷.

Les CFF sont pilotés au moyen d'un accord sur les prestations que le Parlement approuve lorsqu'il adopte le plafond des dépenses coordonné avec cet accord. L'accord sur les prestations règle essentiellement les questions liées à l'infrastructure des CFF, dont une partie considérable est soutenue par la Confédération et n'est pas régie par le marché. L'accord sur les prestations des CFF se distingue principalement d'un accord sur les prestations au sens de la GMEB par son orientation stratégique et par sa durée quadriennale. Pour compléter et mettre en œuvre l'accord sur les prestations, le Conseil fédéral définit des objectifs stratégiques qui ne concernent pas uniquement l'infrastructure mais les CFF dans leur ensemble, et qui sont comparables avec ceux assignés à Swisscom et à la Poste. Dans ce cas également, les objectifs stratégiques assignés par le Conseil fédéral ont, pour le conseil d'administration des CFF, un effet contraignant dans les faits, mais pas juridiquement puisque la loi d'organisation ne le prévoit pas.

¹⁷⁶ La Confédération peut assigner des objectifs stratégiques aux établissements, mais pas aux sociétés anonymes. A travers les objectifs stratégiques assignés à une société anonyme, le Conseil fédéral fixe les buts qu'il s'engage à poursuivre en tant qu'actionnaire (majoritaire). Le message LOP, 1292, précise ce qui suit à propos de Swisscom: «La forte influence que la Confédération sera à même d'exercer sur l'entreprise en tant que détentrice de la majorité du capital et des voix risque de créer un climat d'insécurité propre à décourager les investisseurs potentiels. Le 3^e alinéa (de la LOP) tient compte de cette éventualité et prévoit que le Conseil fédéral devra établir clairement comment il entend défendre les intérêts de la Confédération au sein de l'entreprise. Les moyens dont il disposera pour préserver ces intérêts sont ceux que le droit de la société anonyme accorde à l'actionnaire majoritaire, à savoir le contrôle de la majorité des voix à l'assemblée générale et l'influence exercée sur la nomination des membres du conseil d'administration. D'après cet alinéa, le Conseil fédéral sera tenu de définir tous les quatre ans des objectifs qui le lieront, créant ainsi les conditions de transparence souhaitées par les tiers investisseurs.»

¹⁷⁷ Le Conseil fédéral ne peut pas, en sa qualité d'actionnaire principal ou majoritaire, assigner des objectifs stratégiques contraignants sur le plan juridique au conseil d'administration, en raison de la forme juridique de droit privé et du droit de la société anonyme qui s'applique en l'occurrence (voir chapitre 7.1)

7.5 Principes directeurs pour le modèle de gestion

Principe n° 16

En sa qualité de propriétaire, la Confédération fixe des objectifs supérieurs à moyen terme afin de piloter sur le plan stratégique les entités devenues autonomes. A l'aide des objectifs stratégiques dont le contenu est standardisé dans les grandes lignes, elle exerce, en partant d'une approche globale, une influence sur le développement des entités en tant qu'organismes ou qu'entreprises («directives relatives à l'entreprise») et sur leurs tâches («directives relatives aux tâches»). L'intensité du pilotage en au niveau des tâches varie en particulier selon que l'exécution de la tâche confiée:

- n'est décrite que dans les grandes lignes par la législation et n'est guère régie par le marché;
- est largement financée par des recettes fiscales générales;
- peut entraîner des risques élevés pour la Confédération.

Désormais *toutes* les entités de la Confédération devenues autonomes devront être pilotées au moyen d'objectifs stratégiques. Leur schéma de base actuel et leur durée quadriennale seront maintenus. Les différents objectifs devront rester mesurables et leur atteinte sera évaluée durant la période de prestations et au terme de celle-ci à l'aide de critères définis préalablement.

Les priorités quant au contenu des objectifs stratégiques peuvent varier selon que l'entité devenue autonome accomplit ses tâches dans une situation de monopole (p. ex. IPI), dans une situation semblable à un monopole (p. ex. EPF) ou sur le marché (p. ex. Swisscom). Dans les deux premiers cas, les objectifs stratégiques doivent contenir principalement des directives relatives aux tâches en plus des directives relatives à l'entreprise. Si une entité est principalement active sur le marché, les objectifs stratégiques devront se concentrer sur les aspects relatifs à l'entreprise.

La Confédération commande des prestations à plusieurs de ses entités devenues autonomes, qu'elle rétribue avec des recettes fiscales générales¹⁷⁸. Ce genre de commandes de prestations financées par des recettes fiscales générales, peuvent comprendre soit des domaines entiers d'activités confiés à l'entité devenue autonome (p. ex. commande de prestations en matière de formation auprès des EPF), soit des prestations très précises (p. ex. participation à l'élaboration de la législation). A l'avenir, ces commandes de prestations seront également pilotées à l'aide des objectifs stratégiques.

L'inclusion des commandes de prestations dans les objectifs stratégiques crée la transparence au sujet des principales relations financières et matérielles entre la Confédération et l'entité devenue autonome. Elle permet au Conseil fédéral de piloter et de contrôler les entités devenues autonomes dans une optique globale.

Cependant, les commandes de prestations qui s'effectuent dans un environnement ouvert à la concurrence ne doivent pas être incluses dans les objectifs stratégiques. Dans un tel environnement, la Confédération doit décider, diriger et contrôler en faisant abstraction des intérêts liés au statut de propriétaire. Elle risquerait autrement de fausser la concurrence. La

¹⁷⁸ La LSu distingue les aides financières et les indemnités. Dans le cas des entités devenues autonomes, les indemnités sont importantes. L'art. 3, al. 2, LSu décrit les indemnités comme des prestations accordées à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale et destinées à atténuer ou à compenser les charges financières découlant de l'accomplissement de tâches prescrites par le droit fédéral ou de tâches de droit public déléguées par la Confédération.

commande de prestations dans le domaine du trafic régional des personnes par exemple, dans lequel des entreprises ferroviaires privées sont aussi actives en plus des CFF, et les commandes en collaboration avec les cantons doivent donc être décidées, passées et contrôlées en dehors du cadre des objectifs stratégiques. Dans tous les autres cas, les commandes de prestations doivent être définies à l'avenir dans le cadre des objectifs stratégiques.

Les aspects suivants, relatifs à l'entreprise, devraient figurer dans les objectifs stratégiques:

- *Principes de la politique commerciale*: le point essentiel consiste à définir l'attitude que l'entité devenue autonome doit adopter vis-à-vis de l'extérieur, en particulier de sa clientèle, mais aussi d'éventuels concurrents et du public.
- *Positionnement sur le marché et dans le domaine d'activités*: des directives relatives à la position à rechercher sur le marché peuvent entrer en ligne de compte. Pour les entités qui n'opèrent pas sur le marché, des directives relatives à la réputation ou à la position par comparaison avec des fournisseurs proposant des prestations de même nature sont envisageables.
- *Priorités du développement*: elles peuvent avoir trait à l'entreprise elle-même (p. ex. ressources, innovations dans certains domaines d'activités, etc.) ou se rapporter à l'environnement de l'entité devenue autonome (p. ex. conquête de nouveaux segments de clientèle ou de nouveaux marchés).
- *Finances*: suivant la nature et la taille de l'entité devenue autonome, cet aspect pourra concerner le chiffre d'affaires, le cash-flow, le rapport bénéfices/couverture des coûts, le rapport entre les frais généraux et les coûts unitaires, le mode d'acquisition des capitaux, etc. Le cas échéant, c'est au titre des finances qu'est défini le montant des indemnités nécessaires pour exécuter une tâche donnée.
- *Politique de gestion des risques*: étant concernée par les dommages qui découlent des risques, le cas échéant au titre de sa responsabilité subsidiaire ou en qualité de propriétaire¹⁷⁹, il est très important pour la Confédération que l'entreprise soit soutenue par une gestion des risques efficace.
- *Politique de participation et de coopération*: il s'agit de préciser les priorités visées en matière de marché et d'entreprise.

Les éléments suivants, relatifs aux tâches, devraient figurer dans les objectifs stratégiques:

- *Priorités en matière d'exécution des tâches*: des priorités peuvent être définies au niveau de prestations prévues par la loi ou en rapport avec l'évolution du marché.
- *Aspects qualitatifs et / ou quantitatifs de l'exécution des tâches d'importance stratégique*: ces aspects revêtent une importance stratégique dans l'optique de l'entreprise, dans la mesure où ils peuvent déterminer la réussite ou l'échec de l'entité devenue autonome, ou la réalisation des buts d'intérêt public visés à travers la tâche. Exemples: ponctualité, fiabilité et sécurité des transports publics; sécurité de l'approvisionnement du marché en biens, qualité de l'offre en matière de formation et des prestations dans le domaine de la recherche.

Les directives complétant la loi, utilisées par la Confédération pour piloter les entités devenues autonomes, doivent obéir au principe «le moins possible mais autant que nécessaire». Il ne faudrait pas que des directives relatives à l'entreprise et aux tâches trop détaillées abolissent le

¹⁷⁹ Au sujet de la responsabilité subsidiaire, voir chapitre 5.2.1.

surplus de marge de manœuvre dont disposent les entités devenues autonomes par rapport aux unités administratives GMEB¹⁸⁰.

Principe n° 17

Il appartient au Conseil fédéral d'adopter les objectifs stratégiques des entités devenues autonomes. Le conseil d'administration ou le conseil d'institut ne définit les objectifs stratégiques que dans le cas des entités qui assument en priorité des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. Pour les entités devenues autonomes, qui dépendent dans une large mesure du soutien financier de la Confédération, le Parlement peut statuer sur l'utilisation de ces moyens dans les arrêtés de financement. Le Conseil fédéral doit en tenir compte au moment de l'élaboration de ses objectifs stratégiques.

Le Conseil fédéral assume la fonction de propriétaire. C'est pourquoi il adopte également les objectifs stratégiques des entités devenues autonomes. Cette compétence du Conseil fédéral sera en principe maintenue même si l'entité devenue autonome dépend de manière déterminante du soutien financier de la Confédération.

Le conseil d'administration ou le conseil d'institut définit les objectifs stratégiques que dans le cas des entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. Cette réglementation spéciale souligne l'indépendance particulière dont ces entités jouissent, au même titre que le pouvoir judiciaire. Les objectifs stratégiques de telles entités doivent aussi porter sur des aspects relatifs à l'entreprise et aux tâches et ils sont mesurables.

Actuellement, le Conseil fédéral approuve déjà les objectifs stratégiques des entreprises actives sur le marché sans consulter le Parlement. Par contre, ce dernier participe à l'approbation du mandat de prestations du domaine des EPF. L'approbation du Parlement est requise en raison des indemnités substantielles dont a besoin le domaine des EPF. A l'avenir, toutes les entités seront gérées à l'aide des objectifs stratégiques du Conseil fédéral¹⁸¹. Lorsque les entités devenues autonomes dépendent en grande partie des indemnités, comme les EPF par exemple, le Parlement peut exercer son emprise et fixer des priorités à l'utilisation du crédit en vertu de la modification du nouvel art. 25, al. 3, LParl, dans le cadre de la dernière révision de la LFC¹⁸². En revanche, le Parlement n'exercera en principe plus d'influence directe sur les objectifs stratégiques, ceci afin de séparer de manière appropriée les compétences et responsabilités entre les pouvoirs législatif et exécutif.

¹⁸⁰ Selon LIENHARD/RITZ, p. 39 s., «en matière de pilotage des prestations, d'objectifs de prestations et de directives financières et de degré de précision» la situation de Swissmedic ne diffère guère de celle des unités GMEB. «La nature actuelle des instruments et leur utilisation a tendance à se traduire par un surpilotage de Swissmedic».

¹⁸¹ Uniquement dans le cas d'entités accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, ce n'est pas le Conseil fédéral, mais le conseil d'administration ou d'institut qui approuve les objectifs stratégiques.

¹⁸² D'après l'art. 25, al. 3, LParl, l'Assemblée fédérale fixe dans les décisions de crédit, le but et le montant du crédit. Elle peut en outre y définir les conditions-cadres de l'utilisation du crédit, le calendrier de la réalisation du projet et le compte-rendu du Conseil fédéral. Cette disposition a été entérinée dans le cadre de la révision de la loi sur les finances de la Confédération du 7 octobre 2005. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2006.

7.6 Application en fonction du type de tâches

Toutes les entités devenues autonomes seront pilotées à moyenne échéance à l'aide des objectifs stratégiques assortis de directives relatives à l'entreprise et aux tâches. Les objectifs stratégiques tiennent compte en l'occurrence des éventuelles conditions fixées par le Parlement lors de l'adoption du plafond des dépenses autorisant les moyens financiers concernés.

Dans la plupart des cas, les entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique n'interviennent pas sur le marché et elles sont financées par des recettes fiscales générales ou par des émoluments. En matière de pilotage portant sur l'entreprise, des directives concernant la politique commerciale générale, les priorités du développement et, suivant l'exposition aux risques, des directives concernant la politique de gestion des risques, figurent au premier plan. Il est impossible de définir l'intensité du pilotage en fonction des types de tâches:

- Certaines entités fournissant des prestations à caractère monopolistique sont pilotées par une législation matérielle détaillée (IPI), tandis que d'autres ne le sont guère (EPF, ISDC);
- Certaines entités sont tributaires d'un soutien financier de la Confédération (les EPF), alors que d'autres sont financées exclusivement par des émoluments (IPI);
- Certaines entités fournissent effectivement des prestations monopolistiques (IPI), tandis que d'autres fournissent des prestations auxquelles peuvent se substituer d'autres biens et sont ainsi exposées dans une certaine mesure à la concurrence d'autres fournisseurs (les EPF).

L'intensité du pilotage des tâches ne peut par conséquent être déterminée qu'en fonction de l'exploitation. Le pilotage des tâches dans le domaine des EPF sera donc plutôt intensif (législation ouverte, absence de pilotage par le marché, contributions financières importantes de la Confédération, certains risques potentiels pour la Confédération). Par contre, il devra moins l'être pour l'IPI (règlements techniques détaillés, absence de dépendance de la Confédération sur le plan financier, potentiel de risques plutôt faible pour la Confédération). Dans le cadre des objectifs stratégiques assignés aux entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique, le Conseil fédéral peut aussi piloter des commandes de prestations directement ou dans les grandes lignes, car la combinaison des rôles de propriétaire et de mandant ne risque pas de générer des distorsions de concurrence (préférence accordée à l'entité de la Confédération devenue autonome), du fait de l'absence de marché pour ces commandes. Le Parlement peut déterminer, dans le cadre des arrêtés de financement, l'utilisation des moyens versés à ces entités sous la forme d'indemnités. Le Conseil fédéral doit tenir compte de ces directives dans la formulation de ses objectifs stratégiques.

Les entités assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité jouissent d'une indépendance comparable à celle du pouvoir judiciaire. Le Conseil fédéral ne doit donc fixer aucun objectif stratégique à leur attention ni approuver ceux qui ont été adoptés par le conseil d'administration ou d'institut. Toutefois, ces entités doivent aussi planifier leur évolution à moyen terme concernant les tâches et l'entreprise au moyen d'objectifs stratégiques. Le conseil d'administration ou d'institut des entités chargées de la surveillance de l'économie ou de la sécurité doit donc être tenu de fixer des objectifs stratégiques. Le Conseil fédéral se fonde sur leur degré de réalisation pour exercer son activité de contrôle.

Les entités fournissant des prestations sur le marché sont également pilotées au moyen d'objectifs stratégiques. Le pilotage est moins axé sur les tâches que sur l'entreprise, étant

donné que l'exécution des tâches est largement tributaire du marché. Pour le conseil d'administration d'une entité constituée en société anonyme de droit privé, les objectifs stratégiques ne sont pas contraignants juridiquement, mais ils le sont dans les faits. En effet, le conseil d'administration ne peut pas se permettre d'ignorer les intentions de l'actionnaire principal ou de l'actionnaire majoritaire, sinon il risquerait d'être révoqué ou de ne pas être nommé une nouvelle fois. Dans le cas des sociétés anonymes de droit public, les objectifs stratégiques ne sont juridiquement contraignants que si la loi d'organisation le prévoit. Les entités en question étant actives sur le marché, les commandes de prestations ne doivent pas être pilotées dans le cadre des objectifs stratégiques, mais à l'aide d'un instrument séparé, afin de tenir compte d'éventuelles distorsions de la concurrence.

8 Contrôle du Conseil fédéral et haute surveillance du Parlement

8.1 Introduction

La Constitution fédérale établit une distinction entre la surveillance du Conseil fédéral et la haute surveillance du Parlement.

La *surveillance du Conseil fédéral* est l'une des tâches de direction incombant au gouvernement. Au moyen de la surveillance, le Conseil fédéral, les départements et la Chancellerie fédérale s'assurent que les tâches fixées par la Constitution et les lois sont exécutées¹⁸³. Vis-à-vis de l'administration fédérale centrale, le Conseil fédéral exerce une surveillance dite «hiérarchique» qui inclut la compétence d'intervenir dans le traitement de cas concrets¹⁸⁴. A cet effet, il peut émettre des directives et donner des instructions obligatoires. Vis-à-vis des entités devenues autonomes, il exerce une surveillance dite «de collectivités». En l'espèce, il lui est notamment interdit d'édicter des directives dans les domaines qui relèvent de la sphère d'autonomie de ces entités¹⁸⁵.

La surveillance des entités devenues autonomes se distingue fortement de celle que le Conseil fédéral exerce sur les unités de l'administration fédérale centrale¹⁸⁶, en particulier en ce qui concerne l'objet, la portée, l'intensité, le sujet et les moyens. D'une certaine manière, elle peut être comparée avec le fait de prendre acte des comptes¹⁸⁷. L'utilisation du terme de surveillance pour deux fonctions aussi différentes est problématique. La fonction de surveillance incombe à la Confédération en sa qualité d'Etat – p. ex. dans le cas de la surveillance spécialisée¹⁸⁸ – mais pas en sa qualité de propriétaire d'entités devenues autonomes. Il convient de souligner cette différence au niveau de la terminologie. La surveillance

¹⁸³ Cf. art. 24, al. 1, OLOGA.

¹⁸⁴ Voir TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, 28.

¹⁸⁵ La *portée* de la surveillance de collectivités est définie ainsi. Les *objets* de cette surveillance sont uniquement les organes de l'entité devenue autonome et non des personnes qui en font partie. Cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, 28.

¹⁸⁶ Cf. notamment BRUHIN, 43 ss.

¹⁸⁷ Même si la Confédération exerce ses droits lors de l'assemblée générale, elle ne peut, en sa qualité d'actionnaire principal ou d'actionnaire majoritaire, surveiller que dans une mesure limitée le conseil d'administration, vu que l'art. 698 CO, par exemple, dispose que l'assemblée générale des actionnaires est le «pouvoir suprême» de la société anonyme. Ainsi, elle peut entre autres décider des statuts, de la structure du capital, ainsi que de la composition et de la révocation des organes. La qualité de pouvoir suprême n'autorise toutefois pas l'assemblée générale à intervenir au niveau des compétences principales du conseil d'administration qui découlent de ses attributions inaliénables. Par conséquent, l'assemblée générale et donc la Confédération en tant qu'actionnaire principal ou qu'actionnaire majoritaire ne peuvent «surveiller» que ponctuellement le conseil d'administration.

¹⁸⁸ Au sujet de la notion de surveillance spécialisée, cf. le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise, chapitre 6.

exercée par le Conseil fédéral *en sa qualité de propriétaire* sur les entités devenues autonomes est désignée par la suite au moyen du terme «contrôle». Le Conseil fédéral se conforme ainsi à la terminologie utilisée dans le rapport cité ci-avant¹⁸⁹.

Dans un précédent rapport adressé au Parlement, le Conseil fédéral constatait que l'autonomie juridique conférée aux établissements modifiait la nature de la surveillance directe de la Confédération. Le contrôle par la concurrence, les objectifs stratégiques assignés par le Conseil fédéral et la surveillance accrue du conseil d'administration prennent de plus en plus le relais de la surveillance directe. Par la force des choses, la compétence de surveillance du Conseil fédéral exercée traditionnellement par l'intermédiaire du contrôle de la gestion et des finances passe quelque peu à l'arrière-plan. Les éventuels déficits de surveillance doivent donc être comblés par d'autres instruments tels qu'un système de présentation des comptes transparent et l'assujettissement de l'entreprise à un système institutionnalisé de contrôle de gestion et de rapports. (...). La reprise, à travers des mesures de surveillance, des compétences et responsabilités déléguées aux entreprises de la Confédération serait une cause d'échec du nouveau modèle¹⁹⁰.

A la différence du contrôle du Conseil fédéral, la *haute surveillance du Parlement* se caractérise par une certaine distance par rapport aux fonctions de décision et de contrôle du Conseil fédéral et elle se concentre sur l'essentiel¹⁹¹. En matière de surveillance financière du Parlement, la distinction entre surveillance et haute surveillance prévue par la Constitution passe à l'arrière-plan. Le Parlement dispose de vastes compétences de contrôle et d'intervention du fait de sa souveraineté budgétaire et de sa compétence d'approbation du compte d'Etat. Il bénéficie en l'occurrence du soutien du Contrôle fédéral des finances¹⁹².

Dans son rapport du 1^{er} mars 2001¹⁹³, la Commission des institutions politiques du Conseil national résume comme suit la répartition des tâches entre le Conseil fédéral et le Parlement: «Le modèle dit <des quatre cercles> classe les organes chargés de tâches de la Confédération en fonction de leur degré d'autonomie. Le cercle intérieur (administration centrale) et le 2^e cercle (offices GMEB, c'est-à-dire dirigés suivant les principes de la gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire) sont entièrement soumis, d'une part à la surveillance du Conseil fédéral, d'autre part à la haute surveillance du Parlement. Concernant le 3^e cercle (entreprises et établissements détenus à 100 % par la Confédération, mais disposant de leur propre personnalité juridique) et le 4^e cercle (sociétés d'économie mixte dont la Confédération détient une partie du capital social), le Conseil fédéral se limite à veiller sur les intérêts de propriétaire de la Confédération; il incombe par conséquent au Parlement d'exercer sa haute surveillance sur les activités du Conseil fédéral en la matière.»

Lignes directrices de l'OCDE

En tant qu'actionnaire actif, l'État doit exercer les droits attachés aux participations qu'il détient de façon adaptée à la structure juridique de chaque société. Ses responsabilités principales consistent à: ... 3. mettre sur pied des systèmes de diffusion d'informations permettant de suivre et d'évaluer régulièrement la performance des entreprises publiques; 4. lorsque le système juridique et le niveau de participation de l'État le permettent, entretenir un dialogue permanent avec les auditeurs externes et les organes spécifiques de contrôle de l'Etat (chap. II, let. F).

¹⁸⁹ Voir chapitre 8.1 (citation du rapport du Conseil fédéral 1997).

¹⁹⁰ Cf. rapport du Conseil fédéral 1997, 24.

¹⁹¹ Cf. rapport du Conseil fédéral 1997, 7.

¹⁹² Cf. rapport du Conseil fédéral 1997, 10.

¹⁹³ Cf. FF **2001** 3372.

8.2 Contrôle du Conseil fédéral

8.2.1 Nature et but du contrôle

Lors du contrôle qu'il effectue en sa qualité de propriétaire, le Conseil fédéral tend à mettre l'accent sur les contrôles a posteriori. Lorsqu'une entité devient indépendante de l'administration fédérale centrale, la surveillance courante de ses activités est déléguée au conseil d'administration ou au conseil d'institut.

Le contrôle assuré par le Conseil fédéral en sa qualité de propriétaire est le pendant de sa fonction de pilotage et il vise en principe les mêmes buts, à savoir d'une part le maintien ou l'accroissement de la valeur et de l'efficacité des entités devenues autonomes (contrôle portant sur l'entreprise) et d'autre part la garantie d'une exécution des tâches axée sur le bien commun (contrôle portant sur les tâches)¹⁹⁴.

8.2.2 Bases du contrôle

Pour pouvoir remplir sa mission de contrôle, le Conseil fédéral doit disposer en temps utile d'informations pertinentes. En principe, ces informations devraient être disponibles au moment où il souhaite procéder à un contrôle a posteriori.

Pour le *contrôle relatif à l'entreprise effectué en qualité de propriétaire*, le Conseil fédéral dispose:

- des rapports élaborés par le conseil d'administration ou par le conseil d'institut et portant principalement sur l'atteinte des objectifs relatifs à l'entreprise,
- du rapport de gestion, et
- du rapport de l'organe externe de révision¹⁹⁵.

Dans l'exercice du *contrôle relatif aux tâches effectué en qualité de propriétaire*, le Conseil fédéral peut s'appuyer en particulier sur les documents suivants:

- rapports du conseil d'administration, ou du conseil d'institut, concernant principalement l'atteinte des objectifs relatifs aux tâches, et
- rapports du CDF en tant qu'organe suprême de surveillance financière de la Confédération.

¹⁹⁴ Voir chapitre 7.3.1

¹⁹⁵ Le CO fait une distinction entre le rapport de l'organe de révision «sur le résultat de sa vérification» (art. 729 CO) et le rapport explicatif «dans lequel il commente l'exécution et le résultat de sa vérification» (art. 729a CO). Le rapport de l'organe de révision doit être présenté à l'assemblée générale. Il convient de partir du principe selon lequel le Conseil fédéral reçoit uniquement le rapport sur les résultats de l'examen pour en prendre acte, mais pas le rapport explicatif. Selon l'actuel code des obligations, l'organe de révision doit présenter un rapport explicatif au conseil d'administration lorsque la société anonyme est soumise «à la vérification de réviseurs particulièrement qualifiés». Avec l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2007 de la révision du 7 octobre 2005 du code des obligations (cf. FF 2005 5593), l'organe externe de révision doit établir un rapport explicatif entre autres pour les sociétés qui dépassent deux des valeurs suivantes sur deux exercices consécutifs: a) totale du bilan de 6 millions de francs, b) chiffre d'affaires de 12 millions de francs, c) moyenne annuelle de 50 employés à temps complet.

Le Conseil fédéral peut également se baser sur des informations figurant dans les rapports de surveillance spécialisée établis par les offices.

8.2.3 Mesures à disposition en cas d'évolutions erronées

Le Conseil fédéral doit pouvoir recourir à des instruments appropriés pour réagir face aux évolutions erronées survenant au niveau des entités devenues autonomes. Les mesures suivantes entrent en ligne de compte:

- compléter / modifier les objectifs relatifs à l'entreprise ou aux tâches;
- refuser d'approuver le rapport de gestion;
- refuser la décharge au conseil d'administration ou au conseil d'institut et à l'organe externe de révision;
- révoquer / remplacer le conseil d'administration ou le conseil d'institut ainsi que l'organe externe de révision¹⁹⁶;
- faire valoir des prétentions en matière de responsabilité contre des organes de l'entité devenue autonome¹⁹⁷;
- proposer à l'Assemblée fédérale de modifier la loi d'organisation (p. ex. pour restreindre le degré d'autonomie d'une entité).

En plus de ces mesures spécifiques au propriétaire, les lois matérielles et la loi sur les subventions prévoient d'autres mesures qui ne seront toutefois pas examinées ici¹⁹⁸. La Confédération peut recourir à ces mesures non en sa qualité de propriétaire, mais en sa qualité de détentrice de la puissance publique.

8.2.4 Situation actuelle

En principe, tous les établissements sont tenus d'établir un rapport de gestion. Le contenu et les destinataires de ce dernier ne sont toutefois définis par la loi qu'exceptionnellement. Ces aspects sont donc laissés à la discrétion des entités devenues autonomes¹⁹⁹. Il manque en partie des prescriptions légales relatives au contenu des rapports de l'organe externe de révision. La question de savoir si et comment les rapports établis par cet organe parviennent au Conseil fédéral est réglée de manières très diverses. La loi sur le contrôle des finances qui régit l'établissement du rapport du CDF prévoit qu'en principe la délégation des finances reçoit le rapport d'examen et que le chef du département concerné en reçoit un résumé²⁰⁰.

¹⁹⁶ Au sujet de la possibilité de révocation des organes, voir chapitre 3.3, principe n° 7.

¹⁹⁷ Les prétentions en matière de responsabilité sont régies par la loi sur la responsabilité ou par le droit privé. A ce sujet, cf. les explications à la fin du présent chapitre.

¹⁹⁸ Cf. p. ex. art. 60 LTC ou art. 28 LSu.

¹⁹⁹ Exceptions: l'art. 9, let. f, LOP définit le contenu minimum du rapport de gestion de la Poste. Les destinataires du rapport de gestion sont désignés dans la LOP pour la Poste, et à l'art. 24, al. 3, let. e, LASRE pour l'ASRE (qui mentionne que le rapport est publié).

²⁰⁰ Cf. art. 14, al. 1, LCF. Le Conseil fédéral n'est informé de ces résultats, le cas échéant, qu'au moment de la remise du rapport établi conformément à l'art. 14, al. 3, LCF. Dans cette sorte de rapport d'activité, le CDF rend compte de l'étendue et des priorités de son activité de révision, communique ses constatations et ses avis les plus importants et signale les révisions en suspens et les motifs d'éventuels retards. Ce rapport est publié.

Pour exercer sa fonction de contrôle en qualité de propriétaire d'une entité devenue autonome, le

La situation est également hétérogène au niveau des mesures à prendre en cas de mauvaises évolutions. On peut aussi légitimement se demander si le Conseil fédéral dispose toujours d'informations suffisantes pour faire valoir d'éventuelles prétentions en matière de responsabilité contre les organes des établissements.

Contrôle du Conseil fédéral exercé sur les établissements

	Bases du Conseil fédéral (si garanties sur le plan juridique)				Mesures du Conseil fédéral				
	Rapport sur l'atteinte des objectifs fixés ²⁰¹	Rapport de gestion ²⁰²	Rapport de l'organe externe de révision ²⁰³	Rapport du CDF, chargé de la surveillance financière ²⁰⁴	Compléter / Modifier les objectifs ²⁰⁵	Refuser d'approuver le rapport de gestion ²⁰⁶	Refuser la décharge ²⁰⁷	Révoquer le conseil d'administration ou d'institut, ou l'organe externe de révision ²⁰⁸	Prétentions en matière de responsabilité contre des organes ²⁰⁹
IPI ²¹⁰									x
Swissmedic					(x)				x
ISDC		x				x			x
La Poste	x	x	x		x	x		(x)	x
ASRE	x	x	x		x	x		x	x

Conseil fédéral n'a pas besoin de ce rapport d'activité, mais des rapports dans lesquels le CDF présente les résultats des divers examens qu'il a effectués et transmet, le cas échéant, ses recommandations. Les garanties légales requises pour obtenir ces rapports de révision font défaut et cette lacune ne peut pas être comblée par la possibilité accordée au CDF de remettre volontairement le rapport de révision au Conseil fédéral.

- 201 Un rapport sur les objectifs relatifs à l'entreprise ou aux tâches n'est établi que si ces objectifs existent. Aucun rapport n'est donc établi en l'absence d'objectifs. De telles directives du Conseil fédéral existent pour Swissmedic. Le destinataire du rapport est toutefois le DFI.
- 202 Le Conseil fédéral n'est assuré sur le plan juridique de recevoir un rapport de gestion des établissements que si leur loi d'organisation prévoit l'approbation de celui-ci par le Conseil fédéral. Seuls les art. 9, al. 1, let. g, de l'ordonnance du 19 décembre 1979 sur l'Institut de droit comparé (RS 425.11), l'art. 9, let. f, LOP, et l'art. 24, al. 3, let. e, LASRE, le prescrivent explicitement.
- 203 Le Conseil fédéral reçoit le rapport de l'organe externe de révision en même temps que le conseil d'administration ou d'institut (Swissmedic et ASRE) ou comme faisant partie intégrante du rapport de gestion (la Poste). Le rapport de l'organe externe de révision est aussi publié dans le rapport financier de l'IPI, bien que ce dernier ne soit pas tenu par la loi de publier le rapport de l'organe externe de révision dans le rapport financier ni de le soumettre au Conseil fédéral. Comme il ne tient pas sa comptabilité propre, l'ISDC n'a pas d'organe externe de révision et donc pas de rapport d'examen.
- 204 Le CDF ne contrôle pas les établissements chaque année et pas toujours selon les mêmes critères. La fréquence et les priorités des contrôles sont fixées dans un programme spécifique au CDF.
- 205 Voir note 202. Le Conseil fédéral peut modifier le mandat de prestations de Swissmedic établi pour quatre ans et ordonner la modification de l'accord annuel sur les prestations, dont la conclusion relève de la compétence du DFI.
- 206 Le Conseil fédéral ne peut refuser d'approuver un rapport de gestion que s'il lui est soumis pour approbation.
- 207 La décharge ne peut être refusée que si une telle décharge est prévue.
- 208 Le conseil d'administration ou d'institut des établissements ne peut être révoqué que si c'est prévu dans la loi d'organisation. La LASRE prévoit la révocation du conseil d'administration et de l'organe de révision pour de justes motifs. La LOP n'autorise la révocation du conseil d'administration que pour des motifs impérieux. L'organe de révision de la Poste n'étant pas un organe formel, sa «révocation» est régie par le droit du mandat (art. 394 ss. CO).

Grâce à la validité (du moins subsidiaire) du droit de la société anonyme, le Conseil fédéral dispose de bases relativement solides pour exercer sa fonction de contrôle sur les entités devenues autonomes constituées en sociétés anonymes, que ce soit de droit public ou de droit privé: la teneur minimale du rapport de gestion et du rapport de l'organe externe de révision sont prescrits par la loi²¹¹. En tant qu'«actionnaire» de la société, le Conseil fédéral reçoit en effet le rapport de gestion et le rapport de l'organe externe de révision adressés à l'assemblée générale. De plus, conformément à une norme spéciale de la loi sur le Contrôle des finances visant précisément les sociétés anonymes, le Conseil fédéral reçoit encore – par le biais de l'assemblée générale – le rapport que le Contrôle fédéral des finances rédige en sa qualité d'organe suprême de la Confédération en matière de surveillance financière²¹². Le conseil d'administration établit également un rapport sur l'atteinte des objectifs stratégiques²¹³. Les CFF sont un cas particulier parmi les sociétés anonymes, car ils doivent rendre compte de la réalisation de la convention sur les prestations au Conseil fédéral (à l'intention du Parlement) en raison des indemnités perçues au titre de l'infrastructure. Le Conseil fédéral est l'auteur des objectifs stratégiques de RUAG. Cependant, le rapport sur l'atteinte de ces objectifs ne lui est toutefois pas destiné, mais aux chefs du DDPS et du DFF.

Le Conseil fédéral peut faire valoir des prétentions en matière de responsabilité tant contre les organes des sociétés anonymes que contre ceux des établissements en vertu du droit public ou du droit privé, suivant que le dommage résulte d'une violation fautive de leurs obligations dans le cadre de tâches publiques ou privées. Indépendamment de la nature de la tâche considérée, il n'est possible de faire valoir des prétentions en matière de responsabilité contre les organes d'une unité devenue autonome exclusivement en vertu du droit privé (et donc même pour une négligence simple) que si la loi d'organisation exclut expressément l'application de la loi sur la responsabilité. Tel est le cas pour la Poste, l'ASRE et Swisscom, mais pas pour les CFF, RUAG et Skyguide.

8.2.5 Principes directeurs pour le modèle de gestion

La situation doit être optimisée dans le cas des établissements mais cela ne s'impose pas pour les sociétés anonymes, car le droit de la société anonyme et la norme spéciale de l'art. 8, al. 1bis, LCF accordent suffisamment de moyens (informations et mesures) au Conseil fédéral pour exercer sa fonction de contrôle.

²⁰⁹ La Confédération peut faire valoir des prétentions envers les organes en vertu de l'art. 19, al. 1, let. b, LRCF ou du droit privé.

²¹⁰ Le rapport de l'institut prévu par la loi à l'intention du Conseil fédéral se limite à un rapport sur l'ensemble des activités, établi par le directeur à l'intention du Conseil fédéral. Cf. art. 5, al. 2, LIPI.

²¹¹ Cf. art. 662 ss et 729 s. CO.

²¹² Cf. art. 8, al. 1bis, en relation avec l'art. 8, al. 1, let. e, LCF. Selon cette disposition, le CDF remet son rapport au conseil d'administration, qui le transmet à l'assemblée générale de la société anonyme. Le Conseil fédéral et la Délégation des finances sont uniquement informés du contrôle.

²¹³ Le rapport du conseil d'administration sur l'atteinte des objectifs stratégiques n'est du reste pas prescrit par la loi. Concernant Skyguide, l'art. 6, al. 2, OSNA précise que le DETEC et le DDPS examinent si les objectifs sont respectés.

Principe n° 18

Dans l'exercice de sa fonction de contrôle des établissements, le Conseil fédéral recevra au terme de l'exercice les documents suivants pour approbation:

- le rapport du conseil d'administration ou du conseil d'institut sur l'atteinte des objectifs stratégiques,
- le rapport de gestion du conseil d'administration ou d'institut,
- le rapport d'examen de l'organe externe de révision (s'il ne fait pas déjà partie du rapport de gestion),
- le rapport du Contrôle fédéral des finances sur un éventuel examen de l'établissement portant sur la surveillance financière.

Le Conseil fédéral peut prévoir que cette fonction de contrôle soit assurée entièrement ou partiellement par les départements compétents.

Selon ce principe directeur, le Conseil fédéral doit pouvoir disposer, pour les établissements, des informations essentielles lui permettant d'exercer sa fonction légale de contrôle et de prendre une décision concernant la décharge des organes. La nouveauté est que le CDF ne se limite plus, pour les établissements, à informer le Conseil fédéral sur les principaux résultats de ses révisions dans le rapport de gestion destiné au grand public²¹⁴. Lorsque le CDF effectue un contrôle dans un établissement en qualité d'organe suprême de la Confédération en matière de surveillance financière, il doit consigner toutes les constatations et les résultats les plus importants de son contrôle dans un rapport spécifiquement destiné au Conseil fédéral. Compte tenu de la compétence étendue du CDF en matière de contrôles, ses rapports constituent une source d'informations capitale pour le Conseil fédéral dans l'exercice de sa fonction de contrôle relatif aux tâches²¹⁵.

En principe, le Conseil fédéral exerce lui-même cette fonction de contrôle. En revanche, il doit pouvoir entièrement ou partiellement déléguer aux départements compétents le contrôle des entités devenues autonomes qui sont d'importance politique et stratégique moindre et peu tributaires d'indemnités de la Confédération (IPI p. ex.).

Principe n° 19

La teneur minimale du rapport de gestion des établissements est régie par le droit de la société anonyme.

La taille et l'importance économique des établissements justifient une standardisation minimale des rapports qu'ils publient. Pour pouvoir garantir un contrôle suffisant, des prescriptions minimales sur les aspects devant obligatoirement être abordés dans les rapports de gestion des établissements s'imposent aussi. Les dispositions du droit de la société anonyme relatives à la teneur minimale des rapports de gestion sont reconnues et ont fait leurs preuves²¹⁶.

²¹⁴ Cf. art. 14, al. 3, LCF, selon lequel le CDF soumet chaque année un rapport à la Délégation des finances et au Conseil fédéral, par lequel il les informe de l'étendue et des priorités de son activité de révision, leur communique ses constatations et ses avis les plus importants et leur signale les révisions en suspens et les motifs d'éventuels retards. Ce rapport est publié.

²¹⁵ Selon l'art. 5 LCF, le Contrôle fédéral des finances exerce la surveillance financière selon les critères de la régularité, de la légalité et de la rentabilité. Au titre des contrôles de rentabilité, il examine (a) si les ressources sont employées de manière économe, (b) si la relation entre coûts et utilité est avantageuse et (c) si les dépenses consenties ont l'effet escompté.

²¹⁶ Cf. art. 662 ss. CO.

Principe n° 20

Le rapport de gestion des établissements est soumis au Conseil fédéral (ou au département compétent) pour approbation avant sa publication.

En tant que propriétaire, le Conseil fédéral revêt vis-à-vis des établissements une fonction comparable à celle de l'assemblée générale des sociétés anonymes. Selon le droit de la société anonyme, le rapport de gestion ne peut être publié qu'*après* son approbation par l'assemblée générale²¹⁷. Par analogie, les rapports de gestion des établissements ne pourront être à l'avenir publiés qu'*après* avoir été approuvés par le Conseil fédéral.

Principe n° 21

Le Conseil fédéral (ou le département compétent) statue chaque année sur la décharge du conseil d'administration ou du conseil d'institut des établissements.

La décharge est aussi un instrument issu du droit de la société anonyme qu'il convient d'appliquer par analogie aux établissements. En donnant décharge, le Conseil fédéral confirme – pour les faits «révélés» – la bonne gestion des affaires du conseil d'administration ou du conseil d'institut²¹⁸. La décharge ne déchoit pas la Confédération de l'action en dommages-intérêts contre le conseil d'administration ou le conseil d'institut pour les dommages subis par son propre patrimoine (les dommages directs).

Principe n° 22

Le rapport de l'organe externe de révision des établissements est régi par le droit de la société anonyme.

Des dispositions spécifiant les points qui doivent être abordés dans les rapports des organes externes de révision des établissements font largement défaut à ce jour. Il convient donc, ici aussi, d'appliquer le droit de la société anonyme par analogie. Cela garantit en outre une convergence entre droit public et droit privé au sujet des rapports des organes externes de révision. Du fait de la transposition du droit de la société anonyme aux établissements de droit public, les organes externes de révision devront répondre à des exigences accrues en matière de rapports lorsque l'établissement atteint une certaine taille²¹⁹.

8.2.6 Application en fonction du type de tâches

Pour les *entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique* ou *celles qui assument des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité*, le Conseil fédéral reçoit annuellement les documents suivants, au terme de l'exercice:

²¹⁷ Cf. art. 697 s. CO.

²¹⁸ Cf. art. 758, al. 1, CO. La décharge ne déploie d'effet que si les faits ont été révélés ou s'ils sont notoires (voir Böckli, Aktienrecht, § 12 ch. 22). C'est notamment pour cette raison qu'il est important pour le Conseil fédéral d'examiner en profondeur le contenu du rapport de gestion des établissements *en connaissance de cause*, car les faits qui y sont publiés sont réputés «révélés».

²¹⁹ Voir note 196.

Bases du Conseil fédéral	Rapport du conseil d'administration ou d'institut sur l'atteinte des objectifs stratégiques	Rapport de gestion	Rapport de l'organe externe de révision	Rapport du CDF, chargé de la surveillance financière
Entités fournissant des prestations à caractère monopolistique	x	x	x	x
Entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité	x	x	x	x

En outre, le Conseil fédéral doit avoir la possibilité d'institutionnaliser des entretiens avec le conseil d'administration ou le conseil d'institut des entités qui exercent des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, sur le modèle de l'art. 7 LBN. Cette particularité s'impose à cause, d'une part, de l'autonomie poussée dont jouissent ces entités et, d'autre part, de l'importance parfois considérable que revêtent pour la Confédération les tâches qui leur sont déléguées.

Les mesures à disposition du Conseil fédéral pour faire face aux évolutions erronées (existantes ou susceptibles de se manifester) sont les suivantes:

Mesures du Conseil fédéral en cas d'évolutions erronées	Compléter / modifier les objectifs stratégiques	Refuser d'approuver le rapport de gestion	Refuser la décharge	Révoquer le conseil d'administration ou d'institut, ou encore l'organe externe de révision	Prétentions en matière de responsabilité contre des organes ²²⁰
Entités fournissant des prestations à caractère monopolistique	x	x	x	x	x
Entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité		x	x	x	x

Comme cela a déjà été évoqué, les entités qui exercent des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité doivent adopter elles-mêmes leurs objectifs stratégiques et les soumettre au Conseil fédéral pour simple approbation. Par conséquent, le Conseil fédéral ne peut pas compléter ou modifier seul ces objectifs dans le cadre de sa fonction de contrôle.

Dans le cas des *entités fournissant des prestations sur le marché*, le Conseil fédéral exerce sa fonction de contrôle en tant que propriétaire en se fondant sur les rapports suivants:

Bases du Conseil fédéral	Rapport sur l'atteinte des objectifs stratégiques	Rapport de gestion	Rapport de l'organe externe de révision	Rapport du CDF, chargé de la surveillance financière
Entités fournissant des prestations sur le	(x)	x	x	x

²²⁰ La Confédération peut élever des prétentions envers les organes des établissements en vertu de l'art. 19, al. 1, let. b, LRFC, ou du droit privé.

Les conseils d'administration des CFF, de Swisscom, Skyguide et RUAG établissent chaque année un rapport sur l'atteinte de leurs objectifs stratégiques à l'intention du Conseil fédéral. Par ce biais, ils lui donnent des informations spécifiques qui ne sont pas accessibles à d'éventuels actionnaires tiers ou à d'autres investisseurs (en cas de cotation en bourse)²²¹. BÖCKLI/BÜHLER ont analysé cette problématique *dans l'optique du droit de la société anonyme* et situent la limite là où l'information sensible avantage son destinataire de manière *substantielle* par rapport aux autres actionnaires. Ils argumentent que la création d'un *statut privilégié* pour les grands actionnaires est en soi incompatible avec le droit de la société anonyme, si lesdits actionnaires obtiennent par ce biais des informations stratégiques et jouissent ainsi en permanence d'un avantage en matière d'information. Ils relèvent qu'un tel comportement n'est d'ailleurs pas admis par le *droit du marché des capitaux* (...) et que la seule exception possible est la situation où l'actionnaire principal reçoit des informations privilégiées vers la fin de la phase préparatoire d'une grande transaction qui n'aurait pratiquement aucune chance de succès sans son concours. Dans ce cas de figure, l'actionnaire principal a – par contrat – une position «d'initié vrai»²²². On peut en conclure que le conseil d'administration doit en principe respecter les dispositions sur la sécurité régies par le droit de la société anonyme quand il établit un rapport à l'intention du Conseil fédéral et celles régies par le droit du marché des capitaux en cas de cotation en bourse de la société anonyme.

Les mesures à disposition du Conseil fédéral pour faire face aux évolutions erronées sont toutes les possibilités prévues par le droit de la société anonyme: il peut s'engager, dans le cadre de l'assemblée générale, contre l'approbation du rapport de gestion, contre la décharge du conseil d'administration ou pour sa révocation, ou encore pour la révocation de l'organe externe de révision²²³. Hormis ses droits au sein de l'assemblée générale, la Confédération peut aussi faire valoir des prétentions en matière de responsabilité contre les organes de la société, pour autant qu'elle n'en soit pas déchu du fait de son adhésion à la décharge.

8.3 Haute surveillance du Parlement

8.3.1 Introduction

Le Parlement exerce la haute surveillance sur le Conseil fédéral, l'administration fédérale, les tribunaux fédéraux et autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération²²⁴. La *haute* surveillance du Parlement est restreinte par rapport à la surveillance du Conseil fédéral²²⁵, qui dispose vis-à-vis de l'administration fédérale du droit de surveiller et d'édicter des directives²²⁶. Le Parlement exerce un contrôle politique, mais n'est pas compétent pour diriger lui-même l'administration. Il ne peut pas agir à la place des organes surveillés et n'est pas autorisé à abroger ou à modifier des actes particuliers du

²²¹ Actuellement la Confédération est l'actionnaire unique des CFF et de RUAG.

²²² Voir BÖCKLI/BÜHLER, 111. Le message concernant une loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM), FF 1993 I 1282, précise en ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement accentué par rapport au droit des sociétés anonymes: «Cette protection ne se limite pas seulement aux intérêts de celui qui a déjà fait un placement, mais s'étend également aux intérêts de l'investisseur potentiel.»

²²³ L'actionnaire peut aussi faire valoir son droit à l'institution d'un contrôle spécial conformément à l'art. 697a CO.

²²⁴ Cf. art. 169, al. 1, Cst. et art. 26, al. 1, LParl.

²²⁵ Selon art. 187, al. 1, let. a, Cst.

²²⁶ Zimmerli/Lienhard, 180 s.

Conseil fédéral ou des autorités administratives, ni à édicter des instructions obligatoires²²⁷. La haute surveillance s'effectue en principe après coup, c'est-à-dire à un moment où la décision finale exécutive a déjà été prise. Les stades précédents, consacrés à l'orientation, ne sont pas soumis à la haute surveillance parlementaire. Une haute surveillance *d'accompagnement* est toutefois autorisée lors de réformes ou de projets à long terme, dont l'échéance n'est souvent pas fixée²²⁸.

La haute surveillance exercée par le Parlement est une procédure publique, mettant en évidence les responsabilités juridique et politique par rapport aux actions de l'exécutif, auquel elle donne décharge. Elle apporte la preuve que l'exécutif accomplit ses tâches avec efficacité et mérite l'approbation²²⁹. La haute surveillance constitue donc un élément de la direction de l'Etat et non une violation de la séparation des pouvoirs, dans laquelle elle prend place²³⁰ 231.

8.3.2 Organes de la haute surveillance

Les *commissions de gestion (CdG)* permanentes représentent le principal organe de haute surveillance de chaque chambre. Elles constituent d'une part des commissions consultatives au sujet du rapport de gestion et agissent d'autre part comme des instances autonomes du contrôle permanent. Elles y procèdent par des visites dans les services et des inspections. Des domaines ou problèmes administratifs sélectionnés sont examinés de manière approfondie selon un principe aléatoire et en fonction de la planification des priorités. Les résultats sont publiés dans la Feuille fédérale. C'est surtout dans ce domaine que surgissent des questions en rapport avec la séparation des pouvoirs et les droits à l'information²³².

Les CdG exercent principalement leurs activités sous l'angle de la légalité, de l'opportunité et de l'efficacité²³³. Elles examinent aussi les capacités et la pertinence des activités du gouvernement et de l'administration²³⁴.

Les *commissions des finances* des deux chambres exercent la haute surveillance (subséquente) sur l'ensemble des finances fédérales, sauf disposition légale contraire. Le contrôle détaillé (concomitant) et la surveillance de l'ensemble des finances fédérales incombent à la *Délégation des finances (DelFin)*. En tant qu'organe suprême de la surveillance financière de la Confédération, le Contrôle fédéral des finances (CDF) soutient la DelFin. Celle-ci fait rapport aux commissions des finances et leur soumet ses propositions²³⁵ 236 237.

227 Voir le message sur la Constitution fédérale, 396, commentaire sur l'art. 159, al. 1 et 2.

228 MASTRONARDI, St. Galler Kommentar sur l'art. 169 Cst., ch. 12, 14.

229 EICHENBERGER, 419, 421.

230 MASTRONARDI, St. Galler Kommentar sur l'art. 169 Cst., ch. 4. Voir aussi le rapport CEP - 2 Haute surveillance du Parlement, ch. 2.2.

231 Suite à diverses interventions parlementaires (entre autres 96.3557 – Postulat CdF-CN: garantie de la haute surveillance) et à la lettre du 14 février 1997 au Conseil fédéral de la part de la Conférence des présidents des commissions de gestion et des commissions des finances, le Conseil fédéral a remis un rapport (non publié) sur la surveillance des domaines administratifs décentralisés et des entreprises devenues juridiquement autonomes, dans lequel il prend aussi position au sujet de la haute surveillance du Parlement sur les entreprises de la Confédération devenues juridiquement autonomes.

232 MASTRONARDI, St. Galler Kommentar sur l'art. 169 Cst., ch. 25, 27.

233 Cf. art. 52 LParl.

234 Conformément au rapport annuel 2004 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 21 janvier 2005, FF 2005 1765 ch. II 1.

235 Art. 8, 14 LCF; art. 50 s. LParl; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar sur l'art. 183 Cst., ch. 21.

236 Les commissions d'enquête parlementaires (CEP) constituent l'instrument le plus radical de la haute surveillance pour résoudre certaines affaires. Elles peuvent être utilisées dans les deux chambres en fonction des besoins. Leur mission est définie par un arrêté des chambres et limitée à l'éclaircisse-

La DelFin bénéficie d'un droit illimité de renseignement et de consultation. Le Conseil fédéral ne peut faire valoir aucun devoir de confidentialité à l'encontre de ses demandes d'information²³⁸. La DelFin est l'organe de la surveillance financière et représente à ce titre un aspect de la haute surveillance. Elle est cependant rattachée aux compétences financières de l'Assemblée fédérale, car le Parlement dispose de ses propres compétences décisionnelles en la matière²³⁹.

8.3.3 Ampleur et objet de la haute surveillance

Le Conseil fédéral est directement soumis à la haute surveillance du Parlement en ce qui concerne l'administration. La haute surveillance s'applique à l'ensemble de ses compétences. Outre l'administration fédérale centrale, les «autres responsables de tâches de la Confédération» qui nous intéressent ici, à savoir ses entités devenues autonomes, sont notamment soumis à la haute surveillance. Les unités administratives qui ne sont pas soumises à la surveillance et à la compétence d'édicter des directives du Conseil fédéral ne sont en revanche pas concernées par la haute surveillance de l'Assemblée fédérale. Lorsque la loi rend autonome une unité organisationnelle, aucune haute surveillance n'est exercée. La cohérence est ainsi garantie entre la surveillance du Conseil fédéral et la haute surveillance du Parlement²⁴⁰.

La tâche du Conseil fédéral vis-à-vis des entités devenues autonomes consiste en premier lieu à défendre les intérêts de la Confédération en tant que propriétaire. Il incombe donc à la haute surveillance parlementaire de contrôler la manière dont ces intérêts sont défendus²⁴¹. La surveillance détermine si le Conseil fédéral défend les intérêts de la Confédération en tant que propriétaire et mandant et si la stratégie en matière de surveillance, de contrôle de gestion et d'élaboration des rapports est performante au sein des entités devenues autonomes. Ce ne sont pas uniquement les «compétences dévolues au Conseil fédéral en la matière au sens strict (p. ex. nominations, définition et contrôle des objectifs) qui sont concernées, mais également la surveillance que la Confédération doit exercer. En d'autres termes, la haute surveillance ne prend pas prioritairement pour objet les activités opérationnelles des unités décentralisées (haute surveillance directe), mais se concentre sur la manière avec laquelle le Conseil fédéral et les représentants de la Confédération les gèrent et les surveillent (haute surveillance

ment d'un cas précis. Les CEP n'ont aucune compétence décisionnelle (MASTRONARDI, St. Galler Kommentar sur art. 169 Cst., ch. 29).

²³⁷ Avec l'introduction de l'art. 8, al. 1, let. e, LCF, la surveillance financière du CDF a été étendue à des tiers privés dont la Confédération détient une participation majoritaire et qui ne font notamment pas partie de l'administration décentralisée ou ne tombent pas sous le coup de l'art. 8, al. 1, let. a à d.

²³⁸ Cf. art. 169, al. 2, Cst.; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar sur art. 169, ch. 52.

²³⁹ Cf. art. 167 Cst. MASTRONARDI, St. Galler Kommentar sur art. 169, ch. 31.

²⁴⁰ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar sur l'art. 169 Cst., ch. 19, 21 s. Voir aussi l'initiative parlementaire Loi sur le Parlement (LParl), rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1^{er} mars 2001, FF 2001 3372 s, commentaire sur l'art. 27; message sur la Constitution fédérale, 396, commentaire sur l'art. 159, al. 3; aussi ZIMMERLI/LIENHARD, 193 ch. 4a, 195 s. concernant la surveillance financière. Sont expressément exclues de la surveillance financière la CNA et la BNS (art. 19 LCF).

²⁴¹ Voir l'initiative parlementaire Loi sur le Parlement (LParl), rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1^{er} mars 2001, FF 2001 3372 s., commentaire sur l'art. 27; le rapport de la Délégation des finances aux commissions des finances du Conseil national et du Conseil des Etats concernant la haute surveillance sur les finances de la Confédération en 1997 du 27 février 1998, partie I, FF 1998 2704 ss, ch. 23, et 2714 ss, tableau 2: Surveillance financière étatique après les modifications légales, contient des explications détaillées et une présentation de la surveillance financière des unités administratives et entreprises autonomes.

indirecte). Le Conseil fédéral doit en outre rendre compte sur les événements qui peuvent entraver la bonne marche de ces unités.»²⁴²

8.3.4 Instruments de la haute surveillance

8.3.4.1 Instruments généraux

La haute surveillance du Parlement sur la défense par le Conseil fédéral des intérêts de la Confédération en tant que propriétaire est exercée au moment de l'examen de la gestion du Conseil fédéral. Les commissions de surveillance disposent de droits généraux de renseignement et de consultation des dossiers pour exercer la haute surveillance²⁴³:

- Droits à l'information: ils permettent aux commissions d'interroger directement tous services, autorités ou personnes assumant des tâches pour le compte de la Confédération et d'obtenir qu'ils leur remettent tous documents dont elles ont besoin. Elles peuvent consulter ces institutions, leur demander des renseignements et des documents.
- Procéder à des inspections, évaluations, contrôles et visites de services, ainsi qu'à des examens et contrôles des rapports de gestion des autorités fédérales.
- Etablir un résumé des résultats d'enquête sous forme de rapport, transmettre des recommandations aux autorités responsables.
- Elaborer des interventions parlementaires en rapport avec les contrôles effectués. Les autorités responsables doivent prendre position au sujet des résultats des contrôles. Demander d'autres planifications et rapports importants, prendre des décisions en la matière.

Si des manquements sont constatés dans la gestion des affaires ou des finances, les commissions de surveillance disposent des instruments de gestion suivants²⁴⁴:

- Faire des recommandations concernant l'attitude à adopter à l'avenir de la part des autorités concernées.
- Si c'est insuffisant, demander au Conseil fédéral par le biais des interventions parlementaires l'élaboration d'un arrêté de droit ou d'une prise de décision, la mise en œuvre de mesures ou la présentation d'un rapport.

Le Parlement peut aussi intervenir en matière de gestion dans le cadre de son activité de haute surveillance, à savoir:

- approuver le budget, les suppléments et le compte d'Etat (art. 167 Cst. et art. 142 LParl) portant sur des contributions financières,
- approuver le rapport annuel de gestion (art. 145 LParl),
- prendre connaissance du plan financier, déposer des motions relatives au plan financier (art. 143 LParl),

²⁴² «Problèmes lors de la mise en fonction de Swissmedic et évaluation de la situation actuelle», rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 25 août 2004, FF **2005** 270, ch. 2.2.. Aussi l'initiative parlementaire Loi sur le Parlement (LParl), rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1^{er} mars 2001, FF **2001** 3372 ss, commentaire sur l'art. 27; rapport du Conseil fédéral 1997, 17 ch. 6.2.1.

²⁴³ Cf. art. 123, 148, al. 4, 150 ss, LParl; ZIMMERLI, 9 s.

²⁴⁴ Voir présentation dans rapport CdG-E Swissmedic, 307 ch 6.2.

- prendre des décisions au sujet du programme de la législature (art. 146 s. LParl),
- consulter les commissions avant que le Conseil fédéral édicte des ordonnances de droit ou des ordonnances importantes (art. 22, al. 3, et art. 151, al. 1, LParl) ou avant l’approbation d’ordonnances du Conseil fédéral (art. 95, let. h, LParl).

Comme la haute surveillance du Parlement sur les organismes et entreprises de la Confédération porte sur la défense *par le Conseil fédéral* des intérêts de la Confédération en tant que propriétaire, les organes parlementaires ne disposent en principe d’aucun droit *direct* de visite et d’inspection auprès des entités devenues autonomes. Les exigences particulières et les demandes d’information, ainsi que les remarques ou recommandations sont directement adressées au Conseil fédéral. Par contre, si la Confédération verse des contributions financières ou des indemnités comme pour la Poste et les CFF par exemple, ou si elle est actionnaire majoritaire de l’entreprise, le CDF procède à des contrôles sur site. Dans ces cas, les compétences en matière de surveillance du Parlement s’appliquent directement²⁴⁵.

8.3.4.2 Instruments spécifiques

Le Parlement ne dispose pas d’instruments généraux de gestion, qui seraient en principe énumérés dans une loi, pour les entités de la Confédération devenues autonomes. En dehors des instruments généraux énumérés au ch. 8.3.4.1, il exerce plutôt son emprise au moment de l’élaboration de la loi d’organisation, ainsi que du mandat de prestations²⁴⁶, en définissant les compétences de surveillance et les activités du Conseil fédéral ainsi que l’objet et l’ampleur de la haute surveillance. La loi d’organisation peut prévoir des instruments spécifiques comme la présentation d’un rapport spécial au Parlement²⁴⁷, la consultation obligatoire des commissions parlementaires avant l’attribution d’un éventuel mandat de prestations ou même, dans le cas d’entités de très haute importance politique et financière, l’approbation du mandat de prestations ou de l’accord sur les prestations par l’Assemblée fédérale²⁴⁸.

Par ailleurs, le Parlement doit clairement définir en premier lieu dans la loi d’organisation d’une future entité autonome non pas ses propres instruments de gestion et de surveillance, mais ceux du Conseil fédéral - toujours en tenant compte du degré d’autonomie de l’entité concernée sur les plans technique, juridique et politique. Les compétences en matière de gestion et de contrôle du Conseil fédéral reviennent au Parlement par le biais notamment de la haute surveillance qu’il exerce sur le Conseil fédéral. La pratique courante actuelle, notamment dans le cas des CFF, de Swisscom et de la Poste, démontre qu’une réglementation claire de la gestion et du contrôle par le Conseil fédéral ordonne aussi la présentation d’un

²⁴⁵ Voir le rapport du Conseil fédéral 1997, 21 ch. 71. En vertu de l’art. 8, al. 1, let. e, et al. 1bis, LCF, le CDF peut procéder à la surveillance des entreprises dont la Confédération détient plus de 50 % du capital social en accord avec leur conseil d’administration (voir comme exemple d’application l’examen de la vente de Debitel par Swisscom, rapport du 16 février 2005 de la Délégation des finances aux commissions des finances du Conseil national et du Conseil des Etats concernant la haute surveillance sur les finances de la Confédération en 2004, FF **2005** 2845, ch. 3.4).

²⁴⁶ P. ex. LOP et LPO ou LET et LTC.

²⁴⁷ Comme dans l’art. 7, al. 2, LBN: La Banque nationale présente chaque année à l’Assemblée fédérale un rapport rendant compte de l’accomplissement de ses tâches. Elle expose régulièrement la situation économique et sa politique monétaire aux commissions de l’Assemblée fédérale compétentes.

²⁴⁸ Par ex. art. 33, al. 1, loi sur les EPF ou art. 8, al. 2, LCCF (voir aussi la Convention sur les prestations entre la Confédération suisse et la société anonyme des Chemins de fer fédéraux CFF, applicable aux années 2003-2006, FF **2002** 3156). Cf. également les «Problèmes lors de la mise en fonction de Swissmedic et évaluation de la situation actuelle», rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 25 août 2004, FF **2005** 307, ch. 6.2; KNAPP, ch. 113.

rapport au Parlement et la haute surveillance parlementaire. Le Parlement traite donc la gestion et le contrôle du Conseil fédéral concernant les CFF, la Poste et Swisscom sur la base du rapport du Conseil fédéral sur l'atteinte des objectifs stratégiques de ces entreprises dans le cadre de l'évaluation globale et de l'approbation de la gestion du Conseil fédéral²⁴⁹. Le Parlement influe même sur l'élaboration des stratégies de contrôle et de rapport, en fonction desquelles le Conseil fédéral surveille et évalue l'atteinte des objectifs de l'entreprise²⁵⁰. Lorsque, comme pour les entreprises mentionnées, les instruments de gestion et de contrôle du Conseil fédéral sont inscrits dans la législation, une stratégie de gestion et de contrôle performante et conforme aux exigences d'une haute surveillance directe ou indirecte s'établit sur les deux niveaux (Conseil fédéral et Parlement).

8.3.5 Organisation de la haute surveillance

L'organisation de la haute surveillance incombe au Parlement. Il y a lieu de renoncer ici à formuler des principes directeurs en raison de la séparation des pouvoirs. Toutefois, comme le Parlement exerce la haute surveillance sur la défense par le Conseil fédéral du rôle de propriétaire de la Confédération et que, par conséquent, la haute surveillance est directement définie par les compétences du Conseil fédéral en matière de contrôle, les domaines de compétence du Parlement et du Conseil fédéral ainsi que le rôle du Conseil fédéral doivent être clairement définis et différenciés. Dans cette perspective, le Parlement dispose des possibilités suivantes:

- Le Parlement peut réglementer dans la loi d'organisation les éléments, énumérés au ch. 8.3.4.2, essentiels en matière d'organisation des entités qui obtiendront l'autonomie, afin de clarifier les fonctions de gestion et de contrôle du Conseil fédéral et du Parlement.
- En outre, le Parlement peut définir et délimiter dans la loi d'organisation les instruments de gestion et de contrôle du Conseil fédéral et du Parlement.

Les fonctions de surveillance et de gestion ont changé du fait de l'externalisation de tâches à partir de l'administration fédérale centrale et de la création d'organismes et d'entreprises juridiquement indépendants. La direction opérationnelle incombe uniquement aux entités devenues autonomes, tandis que les conseils d'administration et d'institut en assument la haute responsabilité²⁵¹. A l'heure actuelle, les objectifs stratégiques et les mandats de prestations légaux constituent les instruments de gestion du Conseil fédéral. Ils lui permettent d'exercer une gestion et un contrôle indirects sur les entités devenues autonomes. La haute surveillance du Parlement doit donc aussi rester de nature stratégique et de portée générale. Elle ne doit pas déboucher sur une gestion active, mais au contraire se concentrer sur l'examen de la défense efficace par le Conseil fédéral des intérêts de la Confédération en tant que propriétaire. Pour ne pas ruiner le système de la gestion stratégique, il faudrait renoncer à conférer des instruments de gestion directs au Parlement, pour autant qu'ils ne se révèlent pas absolument

²⁴⁹ Initiative parlementaire. Gestion du Conseil fédéral concernant les CFF, Swisscom et la Poste. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 30 août 2001 (01.440), FF **2002** 3659 ss.

²⁵⁰ Rapport du 29 février 2000 de la Délégation des finances aux commissions des finances du Conseil national et du Conseil des Etats concernant la haute surveillance sur les finances de la Confédération en 1999, FF **2000** 3258.

²⁵¹ Voir JAAC 54 (1990) 235 N°36; rapport du Conseil fédéral du 25 juin 1997 sur la surveillance des domaines administratifs décentralisés et des entreprises devenues juridiquement autonomes (non publié), 24 ch. 7.3.

indispensables en raison de l'extrême importance politique et financière d'une entité devenue autonome.

8.3.5.1 Application en fonction du type de tâches

Le choix de la forme juridique a des conséquences sur la haute surveillance. C'est notamment le cas avec un statut juridique de droit privé, qui vise à diminuer l'emprise politique sur l'entreprise. Les dispositions du droit fédéral privé s'appliquent aussi bien à la Confédération en tant que propriétaire ou copropriétaire qu'à un propriétaire privé. Elles délimitent en particulier clairement la fonction de contrôle du Conseil fédéral et, partant, de la haute surveillance par le Parlement²⁵². La haute surveillance exercée sur les entreprises de droit privé doit donc se concentrer encore davantage sur la sauvegarde par le Conseil fédéral du droit à l'information et du droit de participation inscrits dans le droit des sociétés que dans le cas des entreprises de droit public. Elle se limite ainsi en principe à la relation entre le Conseil fédéral et l'entreprise, dont la forme juridique exclut une haute surveillance directe²⁵³. Si le Conseil fédéral, dans sa fonction de propriétaire, s'assigne ses propres objectifs de gestion (objectifs stratégiques) en relation avec une entreprise de droit privé, ces objectifs et le contrôle de leur respect sont alors soumis à la haute surveillance parlementaire²⁵⁴.

Lorsque des *tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité* sont externalisées, il faut s'assurer que l'indépendance face aux directives ne soit pas contournée par des intrusions dans l'autonomie des entités, notamment dans les domaines de l'organisation interne, du point de vue du droit du personnel et des finances, afin d'éviter une emprise indirecte sur l'activités de ces organismes. Le contrôle du Conseil fédéral et la haute surveillance du Parlement sur les entités assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité doivent être organisés de manière à préserver la cohérence entre l'autonomie accordée à l'entité et les responsabilités sur les plans légal et politique conférées à l'instance de contrôle ou de haute surveillance²⁵⁵ 256. Il faut aussi veiller à ce que l'activité des entités assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité et notamment les décisions rendues dans le cadre de la justice administrative soient soumises à un contrôle judiciaire. En matière de haute surveillance, ces entités sont assimilées à des tribunaux dans le cadre de leur exercice indépendant de la justice administrative²⁵⁷.

252 Voir ci-devant pour plus de détails, chapitre 8.2.6 (Explications sur les entités fournissant des prestations sur le marché et note 223).

253 Il faut par ailleurs aussi tenir compte de l'art. 8, al. 1, let. e et al. 1bis, LCF, selon lequel le Contrôle fédéral des finances procède à la surveillance des entreprises dont la Confédération détient plus de 50% du capital social en accord avec leur conseil d'administration. Au sujet de la restriction de la haute surveillance auprès des entreprises de droit privé: ZIMMERLI/LIENHARD, 201 ch. 5. 5.

254 Cf. art. 3, al. 2, LEAC.

255 Voir à ce sujet la Commission des Communautés européennes, 10: «...il ne semble pas approprié que le Parlement européen désigne des membres dans le conseil d'administration, vu la nature des tâches des agences de régulation et compte tenu du fait que le Parlement doit être libre d'exercer un contrôle politique externe sur l'action de celles-ci, sans qu'il se sente conditionné par le fait de participer à leur administration».

256 Voir la Commission des Communautés européennes, 14: «Il s'agit plutôt de prévoir un ensemble de relations cohérentes, qui concilient l'autonomie des agences avec la responsabilité ultime que la Commission porte dans le système communautaire.»

257 Au sujet de l'ampleur de la haute surveillance, voir le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1^{er} mars 2001, initiative parlementaire Loi sur le Parlement, FF 2001 3374, commentaire sur l'art. 27: «[principe primordial] s'agissant de la surveillance exercée sur les organes juridictionnels (tribunaux fédéraux et commissions de recours, mais aussi Conseil fédéral et administration fédérale, dans la mesure où ces derniers participent à l'administration de la justice)

9 Finances et impôts

9.1 Introduction

Le capital avec lequel le propriétaire d'une organisme ou d'une entreprise dote cette dernière est désigné en fonction de sa forme organisationnelle et soumis à des dispositions légales différentes²⁵⁸. La *dotation en capital* sert notamment à constituer la couverture de responsabilité, pour assurer la solvabilité et couvrir les investissements. Comme la Confédération fournit partiellement des garanties solides à ses entités devenues autonomes, la dotation en capital ne s'avère pas forcément indispensable²⁵⁹.

Les *normes de présentation des comptes* définissent les règles et les critères que la comptabilité, et en particulier la présentation des comptes, doit respecter. Elles visent à donner des informations transparentes et comparables dans les rapports sur l'état des finances.

Avec la *garantie de liquidités*, les entreprises et établissements de la Confédération disposent en permanence des capacités de paiement qui leur sont nécessaires. Cette garantie est indirecte, car les tiers ne peuvent pas être indemnisés directement par la Confédération en cas de problèmes de liquidités des entreprises, mais peuvent partir du principe que la Confédération évite normalement toute impasse financière en utilisant ses propres fonds de trésorerie²⁶⁰.

puisque'il vise à garantir l'indépendance de la Justice.» Voir aussi le message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4078, commentaire sur l'art. 3: «L'activité de contrôle se limite à vérifier que le Tribunal fédéral fonctionne correctement et qu'il gère bien les moyens dont il dispose. L'indépendance du pouvoir judiciaire exclut en revanche un contrôle matériel des décisions.»

258 La taille du capital-actions, fixée par les statuts et inscrite au registre du commerce, s'élève à 100'000 francs au minimum. L'obligation d'un capital minimum se justifie par le fait que la responsabilité des engagements de la SA est uniquement assumée par le capital de la société. Le but de cette prescription est de protéger notamment les intérêts des créanciers. Outre les dispositions sur la manière de fournir et de conserver le capital-actions, il faut aussi garantir la disponibilité d'une couverture de responsabilité envers des tiers d'un montant minimal déterminé. Le capital de dotation désigne le capital de base qu'une collectivité publique met à disposition d'une entreprise lui appartenant et ne possédant pas le statut de société anonyme. Il est versé aux fonds propres. Dans le cas des fondations, la dotation en capital est appelée avoir de la fondation. Ce dernier est semblable aux fonds que les organes de fondation utilisent pour réaliser le but de la fondation. Si une collectivité publique crée une SA de droit privé, elle doit respecter les prescriptions de capital minimal du droit de la société anonyme. En revanche, le droit public n'oblige pas la collectivité publique à doter l'entreprise qui lui appartient d'un capital de dotation ou d'un avoir de fondation.

259 L'art. 60, al. 1, LFC et certaines réglementations spéciales accordent une garantie de liquidités aux institutions et entités soumises à cette loi ainsi qu'aux CFF, qui leur permet de surmonter des manques de liquidités temporaires. En outre, selon l'art. 19 de la loi sur la responsabilité (LRCF), la Confédération assume à titre subsidiaire la responsabilité civile des dommages que ses entités devenues autonomes peuvent occasionner à des tiers dans le cadre de l'accomplissement de tâches publiques.

260 Outre la garantie de liquidités, il faut énumérer les autres garanties spécifiques aux entreprises: garantie de la Confédération pour les engagements des CFF contractés envers Eurofima (art. 5 de la convention du 20 octobre 1955 relative à la constitution d'«Eurofima», Société européenne pour le financement de matériel ferroviaire; RS 0.742.105); garantie de la Confédération pour les réserves manquantes de fluctuation de la caisse de pension PUBLICA (art. 29, al. 3, loi sur la CFP); garantie de l'Etat pour la Poste (avec la révision de la LOP, les bases légales ont été créées pour libérer la Poste de la trésorerie de la Confédération et pour supprimer la garantie de liquidités de la Poste, malgré le maintien de la garantie implicite de l'Etat, plus complète sur le fond; le message sur la révision de la LOP indiquait néanmoins déjà que la suppression de la garantie de l'Etat se révélerait nécessaire à moyen terme pour des motifs politiques et en raison de l'évolution du droit international [voir FF 2002 4747]).

Les entités devenues autonomes se financent et financent leurs tâches par les *recettes qui sont fonction des prix du marché, les émoluments ou les indemnités* de la Confédération. Certaines lois d'organisation en font état sous cette forme générale. Lorsqu'une entité devenue autonome assume plusieurs tâches, il n'est cependant pas précisé explicitement comment les différentes tâches sont financées.

Les règles concernant la *participation aux bénéfices* déterminent à quelles conditions le propriétaire ou l'actionnaire peut participer aux bénéfices d'une entité devenue autonome²⁶¹. Le droit de la société anonyme accorde à l'actionnaire un «droit à une part proportionnelle du bénéfice résultant du bilan»²⁶², mais prévoit en même temps dans plusieurs dispositions la protection de la société anonyme contre des prélèvements injustifiés de la part des actionnaires sur le capital propre²⁶³. Des dispositions aussi précises manquent pour les établissements. Et les dispositions relatives à l'utilisation des bénéfices et disponibles dans les lois d'organisation des établissements manquent cruellement de flexibilité²⁶⁴.

Simplement en raison de leur forme organisationnelle, les établissements sont exonérés d'*impôts directs* conformément à la législation fiscale et sauf dispositions contraires dans la loi d'organisation²⁶⁵. En exonérant par principe les établissements des impôts directs, on cherchait à éviter une auto-imposition des pouvoirs publics et l'augmentation des émoluments qui en aurait résulté. En ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée, les droits de timbre et l'impôt anticipé, les établissements ne sont privilégiés par rapport au secteur privé que si la loi d'organisation le prévoit. Les sociétés anonymes sont assujetties aux mêmes obligations fiscales que le secteur privé, sauf disposition contraire dans la loi d'organisation.

FMI, OCDE, UE

Les deux organisations mentionnées et l'UE réclament dans le secteur des services financiers notamment (p ex. banques cantonales, banques nationales allemande et autrichienne) la suppression des garanties d'Etat, qui perturbent la concurrence (voir les rapports sur l'économie de l'OCDE 1995, les consultations 1996 et 1997 fondées sur l'article IV des statuts, le programme d'évaluation du secteur financier du FMI de 2001).

9.2 Situation actuelle

En principe, toutes les entités de la Confédération devenues juridiquement autonomes tiennent leur *comptabilité propre* – à l'exception de l'ISDC qui figure dans le budget et le compte d'Etat de la Confédération comme une unité ordinaire de l'administration centrale.

On manque à ce jour de critères généraux pour déterminer la *dotation en capital* des entités devenues autonomes. L'IPI par exemple ne dispose d'aucun capital de dotation, tandis que Swissmedic dispose de 14,5 millions de francs. La Poste détient le capital de dotation le plus

²⁶¹ Dans le cas d'une société anonyme, des dividendes ne peuvent par exemple être versés qu'à partir des bénéfices inscrits au bilan ou de réserves prévues à cet effet. Il est seulement autorisé d'utiliser la partie qui reste après déduction des affectations obligatoires aux réserves légales générales.

²⁶² Cf. art. 660, al. 1, CO.

²⁶³ Cf. art. 671ss CO, cf. aussi Böckli, Aktienrecht, note 515 ss.

²⁶⁴ Cf. p. ex. art. 12, al. 2, LOP.

²⁶⁵ Cf. art. 56, let. a, LIFD, art. 23, al. 1, let. a, LHID, et art. 62d LOGA.

élevé avec 1,3 milliard. Les CFF possèdent le capital-actions le plus élevé avec 9 milliards²⁶⁶, et Swisscom le plus bas avec 66 millions²⁶⁷.

Les normes comptables les plus diverses sont employées: outre les normes légales (LFC, CO), les règles IFRS, IPSAS ou Swiss GAAP RPC ont notamment de l'importance²⁶⁸.

Leur rattachement à la trésorerie fédérale permet aux établissements de la Confédération²⁶⁹, ainsi qu'aux CFF en tant que société anonyme²⁷⁰, de bénéficier de la *garantie de liquidités*.

Pour le moment, le législateur détermine à titre exceptionnel seulement comment financer les tâches après leur externalisation²⁷¹. La loi d'organisation ne précise d'ailleurs souvent pas si chaque tâche doit être gérée de manière autonome et donc financée uniquement par le biais d'émoluments ou de recettes qui sont fonction des prix du marché. La plupart du temps, il est seulement indiqué que l'entité devenue autonome se finance globalement par les émoluments, les recettes qui sont fonction des prix du marché et les indemnités de la Confédération.

La *détermination et l'utilisation du bénéfice* des sociétés anonymes régies par le droit privé ou le droit public²⁷² sont inscrites dans le droit de la société anonyme. En ce qui concerne les établissements, soit les dispositions sur la détermination du bénéfice manquent, soit elles coïncident avec les dispositions sur l'utilisation du bénéfice²⁷³. Quant aux dernières, elles se caractérisent par une certaine rigidité, voire font tout simplement défaut dans certains cas²⁷⁴.

En tant qu'établissements, l'IPI et Swissmedic sont exonérés des *impôts* directs à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'impôt anticipé et du droit de timbre. Selon la LASRE, c'est aussi valable pour l'ASRE, qui est en plus exonérée du droit de timbre. L'Institut suisse de droit comparé (ISDC) est uniquement assujéti à la TVA. La Poste est exonérée des impôts directs sauf pour ses services libres. Les CFF sont exonérés de tout impôt cantonal et communal²⁷⁵, mais sont mis sur le même pied que le secteur privé en ce qui concerne les

²⁶⁶ La Confédération a doté les CFF d'un capital propre de 11 milliards de francs, composé de 9 milliards de capital-actions et de 2 milliards de réserves.

²⁶⁷ Voir le rapport annuel 2004 de Swisscom, 111.

²⁶⁸ Les normes IFRS sont appliquées (le cas échéant avec des différences liées aux tâches) par l'IPI, la Poste, Swisscom, Skyguide et RUAG, tandis que les recommandations Swiss GAAP RPC le sont par les CFF. La présentation des comptes de l'ISDC se fait conformément à la LFC (ses comptes sont intégrés au compte d'Etat), celle de Swissmedic conformément au CO, respectivement au droit de la société anonyme. En vertu de l'art. 29, al. 5, LASRE, le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions relatives à la présentation des comptes de l'ASRE. IPSAS est l'abréviation pour «International Public Sector Accounting Standards» et signifie *normes comptables internationales pour le secteur public*. Ces normes sont des recommandations élaborées expressément pour la comptabilité et la présentation des comptes du secteur public. Les normes comptables internationales (IAS - *International Accounting Standards*) ont servi de base aux IPSAS. Le NMC de la Confédération applique les normes IPSAS.

²⁶⁹ Depuis le 1^{er} janvier 2004, la Poste veille elle-même à assurer en tout temps sa solvabilité. Cf. art. 11b LOP et message du 22 mai 2002 relatif à la modification de la loi fédérale sur l'organisation de la Poste, FF **2002** 4683.

²⁷⁰ La deuxième réforme des chemins de fer prévoyait la suppression du rattachement des CFF à la trésorerie centrale de la Confédération (message du 23 février 2005 sur la réforme des chemins de fer 2, FF **2005** 2382, ch. 2.7.7).

²⁷¹ L'art. 12 LIPI stipule: «Les moyens d'exploitation de l'Institut se composent des taxes qu'il perçoit pour ses activités relevant de la souveraineté de l'Etat et des rémunérations qu'il demande pour ses prestations de service.»

²⁷² L'art. 17, al. 2, LCFF prévoit en effet que le Conseil fédéral détermine l'emploi du bénéfice.

²⁷³ L'IPI doit à partir de son bénéfice se constituer des réserves qui ne doivent pas dépasser un montant raisonnable.

²⁷⁴ La LASRE ne prévoit aucune disposition sur l'utilisation du bénéfice.

²⁷⁵ L'exonération d'impôts s'applique aussi aux entreprises auxiliaires comme les centrales électriques, les ateliers et les entrepôts, mais pas aux immeubles qui ne relèvent pas de l'exploitation.

impôts fédéraux. Skyguide est exempté de toute imposition²⁷⁶. Swisscom et RUAG sont imposés comme des entreprises privées.

²⁷⁶ Cf. art. 40, al. 3, LA.

9.3

Principes directeurs pour le modèle de gestion

Principe n° 23

Les entités devenues autonomes tiennent leur comptabilité propre.

La comptabilité propre découle de la reconnaissance de la personnalité juridique sur le plan financier. Elle reflète la situation financière de l'entité devenue autonome de manière transparente et délimitée par rapport aux finances de la Confédération. Elle facilite les parrainages et l'apport de dons de la part des mécènes.

Principe n° 24

Le montant de la dotation en capital des entités devenues autonomes tient compte des garanties fournies par la Confédération (garantie de liquidités p. ex.), des besoins effectifs (couverture de responsabilité notamment) et de l'usage dans la branche. La dotation en capital n'est pas rémunérable.

Il est en principe difficile de déterminer exactement le montant de la dotation en capital nécessaire à une entité à qui l'autonomie sera octroyée. Dans tous les cas, il faut tenir compte des garanties fournies par la Confédération vis-à-vis de l'entité devenue autonome, comme la garantie de liquidités par exemple. Le montant de la dotation en capital doit respecter le critère des besoins effectifs, qui découlent du but servi par le capital. Il est envisageable que la dotation en capital serve de couverture de responsabilité. Le critère de l'usage dans la branche présuppose l'existence d'un nombre représentatif d'organismes et d'entreprises aux tâches semblables, avec lesquelles l'entité devenue autonome entretient un rapport de concurrence dans une certaine mesure. Ce critère sert à éviter qu'une entité devenue autonome se retrouve dès le départ moins bien dotée que ses « concurrents ».

Ces deux critères améliorent la situation actuelle dans le sens où ils instaurent une obligation à l'avenir de justifier, en cas d'octroi de l'autonomie, dans quelle mesure la dotation en capital correspond aux besoins effectifs et à l'usage dans la branche.

Le capital propre n'est pas rémunéré par des intérêts. C'est pourquoi la dotation en capital de l'entité devenue autonome ne doit pas l'être non plus. En outre, la Confédération devra à l'avenir également pouvoir participer à un éventuel bénéfice des établissements (cf. principe n° 27)²⁷⁷.

Principe n° 25

Le Conseil fédéral édicte des prescriptions relatives à la présentation des comptes à l'intention des entités devenues autonomes dont les comptes sont regroupés dans le compte d'Etat (intégration globale).

Ce principe s'inspire de la réglementation relative à l'intégration globale inscrite dans la loi sur les finances de la Confédération²⁷⁸: les unités de l'administration fédérale décentralisée qui tiennent leur propre comptabilité sont regroupées sur le plan comptable, selon le principe de l'intégration globale, pour l'examen du compte d'Etat. Toutefois, le Conseil fédéral peut par ordonnance, d'une part, exclure de l'intégration globale des unités de l'administration

²⁷⁷ Etant donné que la Poste est tenue de verser ses bénéfices à la Confédération, il a été renoncé à ce quelle rémunère le capital de dotation. Voir message relatif à la LOP, 1277.

²⁷⁸ Cf. art. 55, al. 1, let. c, LFC.

décentralisée et, d'autre part, inclure dans l'intégration globale d'autres entités devenues autonomes n'appartenant pas à l'administration décentralisée²⁷⁹. Pour qu'une intégration soit possible, le Conseil fédéral doit pouvoir édicter à l'intention de ces entités des prescriptions relatives à la présentation des comptes. *Les sociétés anonymes doivent respecter au minimum les prescriptions du droit de la société anonyme pour la présentation de leurs comptes.*

Principe n° 26

Le mode de financement des établissements (émoluments, indemnités et recettes qui sont fonction des prix du marché) est déterminé dans la loi d'organisation en fonction de la nature des tâches.

Pour le moment, le législateur détermine à titre exceptionnel seulement comment financer les tâches après leur externalisation. La loi d'organisation ne précise d'ailleurs souvent pas si chaque tâche doit être financée uniquement par le biais d'émoluments ou de recettes qui sont fonction des prix du marché, ou encore par des recettes fiscales générales sous la forme d'indemnités de la Confédération. Le manque de démarcation entre les différentes tâches et leur financement favorise des comptes «mixtes» problématiques, dans lesquels les indemnités servent à financer des domaines où les tâches sont normalement financées par des recettes qui sont fonction des prix du marché, ou dans lesquels des émoluments sont perçus pour financer les prestations commandées par la Confédération. Cela peut fausser la concurrence et la vérité des coûts, ainsi que porter préjudice à la transparence des principaux flux financiers entre la Confédération et l'entité devenue autonome. Il faut donc déterminer dans la loi d'organisation de quelle manière chaque tâche confiée à l'entité devenue autonome doit être financée. Ce principe ne concerne pas les sociétés anonymes de droit privé, car celles-ci sont financées en principe par des recettes qui sont fonction des prix du marché. Mais si c'est la forme organisationnelle de la société anonyme de droit public qui est choisie, en raison notamment du besoin d'indemnités versées par la Confédération, il faut tenir compte de ce principe.

Principe n° 27

Le Conseil fédéral statue chaque année sur l'utilisation d'un éventuel bénéfice au moment de l'approbation des comptes des établissements.

Pour les sociétés anonymes, le droit de la société anonyme prévoit que les dividendes ne puissent être fixés qu'après que les réserves légales et statutaires aient été constituées²⁸⁰. L'assemblée générale décide de l'utilisation du bénéfice à la demande du conseil d'administration.

La loi d'organisation doit prévoir les réserves absolument nécessaires à l'exploitation des établissements. Ces réserves doivent être constituées dans le cadre de la *détermination* du bénéfice, c'est-à-dire *avant* de prendre une décision sur son utilisation, comme dans le cas des sociétés anonymes. Le Conseil fédéral peut aussi décider qu'une partie du bénéfice soit attribuée aux réserves. Sa nouvelle compétence lui permet de concilier les intérêts de la Confédération avec les besoins de l'entité. Il obtient ainsi une fonction comparable à celle de l'assemblée générale des sociétés anonymes qui décide de l'utilisation du bénéfice.

²⁷⁹ Cf. art. 55, al. 2, LFC.

²⁸⁰ Cf. art. 674, al. 1, CO.

Principe n° 28

L'assujettissement à l'impôt découle de l'activité et non de la forme organisationnelle des établissements. En cas d'assujettissement partiel, ceux-ci sont obligés de tenir un compte spécial.

De nos jours, les établissements ne fournissent pas seulement des prestations publiques financées par des indemnités ou des émoluments, mais toujours plus de prestations commerciales financées par des recettes qui sont fonction des prix du marché. L'exonération fiscale des établissements en ce qui concerne ces prestations entraîne d'indésirables distorsions de la concurrence. Cette inégalité peut être supprimée en inscrivant l'assujettissement des prestations commerciales à l'impôt dans les lois d'organisation des établissements²⁸¹.²⁸². Un éventuel effet de distorsion de la concurrence de la part des établissements ne peut toutefois pas totalement être exclu: les établissements partiellement assujettis à l'impôt devront être obligés de tenir un compte spécial qui rendra impossible un subventionnement croisé²⁸³.

9.4 Application en fonction du type de tâches

La Confédération garantit la liquidité nécessaire aux *entités fournissant des prestations à caractère monopolistique ou exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité*, ce qui doit être pris en compte lors de la dotation en capital. Le critère de l'usage dans la branche se révèle donc plutôt secondaire dans le cas des entités qui exécutent des tâches dans un régime de monopole. Il est difficile de s'exprimer davantage sur la dotation en capital en fonction de ces tâches, car son montant doit être fixé séparément pour chaque entité.

Toutes les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique ou exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité tiennent leur comptabilité propre. Elles font partie de l'administration décentralisée et, de ce fait, sont regroupées sur le plan comptable dans le compte d'Etat selon le principe de l'intégration globale. Le Conseil fédéral arrête les principes de la présentation des comptes. Cependant, il peut aussi exclure certaines entités de l'intégration globale. Les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique sont assujetties à l'impôt pour leurs activités commerciales principales ou annexes et sont par conséquent obligées de tenir un compte spécial. Il en va différemment des entités qui assument des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité: vu qu'elles ne sont pas autorisées à exercer des activités commerciales principales ou annexes, elles ne sont pas soumises à l'impôt et ne doivent pas tenir un compte spécial. Chaque année le Conseil fédéral statue sur l'utilisation d'un éventuel bénéfice²⁸⁴. Pour ce faire, il tiendra compte des intérêts de la Confédération en fonction de la situation et des besoins de l'entité devenue autonome.

²⁸¹ Par analogie à l'art. 13 LOP selon lequel la Poste est imposée sur les bénéfices qu'elle réalise en fournissant des services libres.

²⁸² La modification de la législation fiscale et de la LOGA pourrait constituer une alternative, mais elle se répercuterait aussi sur les établissements cantonaux et communaux.

²⁸³ Cf. art. 29, al.1, LASRE, selon lequel l'ASRE est explicitement obligée de tenir un compte spécial.

²⁸⁴ La loi d'organisation doit prévoir les réserves absolument nécessaires à l'exploitation des établissements. Ces réserves sont constituées dans le cadre de la *détermination* du bénéfice. Au moment de décider de l'*utilisation* du bénéfice, le Conseil fédéral peut opter pour la création de réserves supplémentaires.

En ce qui concerne la dotation en capital des entités fournissant des prestations sur le marché, qui doivent présenter la forme juridique de la société anonyme de droit privé, il faut respecter la disposition de l'art. 621 CO qui prescrit un capital minimal de 100'000 francs. Par ailleurs, le montant maximal de la dotation en capital est notamment déterminé par la couverture de responsabilité nécessaire, le besoin en liquidités et l'usage dans la branche. Ces entités doivent respecter au minimum les prescriptions du droit de la société anonyme pour la présentation de leurs comptes. Etant donné qu'elles exercent principalement des activités commerciales, elles sont soumises à l'impôt. La répartition du bénéfice est effectuée en vertu du droit de la société anonyme. Il faut déterminer le mode de financement de chaque tâche dans la loi d'organisation des sociétés anonymes de droit public.

Partie II: Qu'est-ce que le gouvernement d'entreprise?

1 Introduction

La discussion sur le gouvernement d'entreprise a ses racines aux Etats-Unis. En Suisse, le concept est apparu dans la dernière décennie du XX^e siècle, et n'a occupé le devant de la scène que ces toutes dernières années, quand les médias ont relayé les scandales économiques locaux ou survenus à l'étranger. Outre la coexistence de systèmes différents d'établissement du bilan, facteur d'incertitude dans l'évaluation d'une entreprise, les principaux reproches concernaient le manque d'informations fiables ainsi qu'une culture de gestion laissant à désirer²⁸⁵.

L'enjeu du débat sur le gouvernement d'entreprise est la relation entre mandant et mandataire (*principal/agent relationship*). Cette constellation classique s'observe en effet dans tous les mandats. Le mandataire (*agent*) agissant de manière rationnelle veille d'abord à ses propres intérêts. Il ne défendra ceux de son mandant (*principal*) que si une telle attitude lui paraît attrayante ou judicieuse²⁸⁶. Ainsi s'explique, dans les grandes entreprises, le fossé toujours plus béant entre les propriétaires et les cadres dirigeants, les intérêts des bailleurs de fonds (actionnaires ou mandants) ne recoupant pas ceux de la direction (conseil d'administration ou mandataires). Au contraire, les mandataires sont susceptibles de s'approprier la création de valeur aux dépens de leurs mandants²⁸⁷. Le gouvernement d'entreprise traite précisément la relation délicate entre mandant et mandataire.

2 Gouvernement d'entreprise dans le secteur privé

2.1 Notion

Les définitions du gouvernement d'entreprise restent vagues et ne se recoupent pas toujours²⁸⁸. Pour certains auteurs la notion recouvre tous les principes et règles visant à garantir le bon fonctionnement des entreprises, dans le but d'optimiser les intérêts des actionnaires (valeur actionnariale, *shareholder value*)²⁸⁹. Selon d'autres auteurs, le gouvernement d'entreprise peut prendre un sens plus large et inclure, outre les actionnaires, tous les partenaires de l'entreprise (salariés, participants aux marchés de capitaux, créanciers, clients, autorités, population, etc., autrement dit les *stakeholders*)²⁹⁰. Cependant, bien souvent, le gouvernement d'entreprise est envisagé dans un sens plus restrictif. Il touche alors aux questions d'organisation et de contrôle des organes dirigeants suprêmes des entreprises, plus précisément aux mesures judicieuses de contrôle et d'équilibrage (*checks and balances*) et à la transparence adéquate²⁹¹,²⁹². Les principes du gouvernement d'entreprise découlent d'ailleurs de ces deux idées directrices.

2.2 Relations entre mandant et mandataire dans les sociétés ouvertes au public

Les sociétés ouvertes au public²⁹³ forment une chaîne mandant/mandataire à plusieurs niveaux. Comme propriétaires de l'entreprise (mandant), les actionnaires chargent le conseil d'administration (mandataire) de défendre leurs intérêts et de s'assurer que l'activité soit fructueuse. Le conseil d'administration reprend le flambeau lorsqu'il confie la gestion aux cadres dirigeants (2^e mandataire). Et si ces derniers confient des mandats à une division, ils assument le rôle de mandant et les divisions constituent le 3^e mandataire. Dans une telle chaîne mieux les mandants sont informés, moins les mandataires seront libres de suivre leurs intérêts particuliers. A ce propos, la mise en vente de biens privés livre automatiquement des informations, en termes de chiffre d'affaires et de bénéfices. La pression à l'efficacité et à l'innovation qui émane de tels indicateurs dépend à son tour de la compétitivité des marchés concernés et de leur croissance²⁹⁴.

3 Gouvernement d'entreprise dans le secteur public

3.1 Notion

Le gouvernement d'entreprise s'avère plus complexe dans le secteur public que dans le secteur privé. Car outre l'entreprise et ses organes, classiquement organisés selon les principes du gouvernement d'entreprise, il faut prendre en compte le niveau politique. Même si les anciennes régies sont devenues autonomes et peuvent ainsi se montrer plus souples et adaptées au marché, elles remplissent un mandat public ou défendent des intérêts publics. Le marché

²⁸⁵ Cf. ZOBL, 8; GIGER, 6.

²⁸⁶ Cf. VON DER CRONE, 241 s.

²⁸⁷ Cf. FREY, Corporate Governance, 2 s.

²⁸⁸ Les diverses définitions sont exposées dans FORSTMOSER, Corporate Governance, 19, note 7.

²⁸⁹ Telle est l'approche adoptée dans le rapport du groupe d'experts «Corporate Governance», dont s'inspirent le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise et la directive de SWX concernant les informations relatives à la Corporate Governance; cf. HOFSTETTER, 6; BÖCKLI, 3.

²⁹⁰ Cf. GIGER, 9.

²⁹¹ Cf. HOFSTETTER, 6.

²⁹² MALIK, 26, 34 ss. opte pour une autre approche. A ses yeux la question «Dans l'intérêt de qui une entreprise doit-elle être gérée?», à laquelle on est naturellement tenté de répondre par «l'actionnariat», est une question biaisée. Il préconise plutôt de se concentrer non sur les groupes d'intérêts – actionnaires ou partenaires de l'entreprise – mais sur l'entreprise elle-même. Dans cette perspective, l'entreprise est une entité institutionnelle à part entière, au lieu de faire partie d'un faisceau de groupes d'intérêts. D'où l'idée selon laquelle l'entreprise n'est pas au service de groupes d'intérêts mais sert à fournir une prestation productive pour le marché. Selon cet auteur, la question est donc de savoir quand une entreprise prospère et comment elle doit être gérée pour prospérer. Une telle approche devrait être privilégiée pour les entreprises du secteur public.

²⁹³ Le débat international sur le gouvernement d'entreprise, très influencé par la relation mandant/mandataire, se concentre sur les sociétés ouvertes au public dont l'actionnariat est très disséminé. Une telle structure met naturellement les actionnaires en position de faiblesse et complique les contrôles. En Suisse toutefois, la majorité des sociétés cotées en bourse sont dominées par de gros actionnaires, voire des actionnaires majoritaires. Or, les actionnaires majoritaires exercent typiquement un contrôle stratégique direct, et souvent aussi un contrôle opérationnel de la société qu'ils dominent. Ainsi le conflit d'intérêts latent entre les actionnaires et les cadres dirigeants est désamorcé. Les sociétés ayant un actionnaire majoritaire se rapprochent donc davantage du modèle idéal de gouvernement d'entreprise. Il existe néanmoins un risque d'abus de pouvoir face aux actionnaires minoritaires (HOFSTETTER, 8; GIGER, 28 s.).

²⁹⁴ Cf. FREY, Corporate Governance, 5 ss.

n'est donc jamais seul à décider de leur existence, et la politique joue un rôle en accordant le cas échéant les moyens nécessaires via le budget et en surveillant l'accomplissement du mandat. Les entreprises étatiques actives sur le marché se meuvent dès lors entre deux pôles – il leur faut afficher un maximum de souplesse et d'adéquation au marché, mais sans enfreindre les directives politiques. La nécessité de parvenir à un équilibre entre ces pôles rend leur gestion nettement plus complexe que pour les entreprises opérant uniquement sur le marché. Le double rôle de l'Etat est ainsi mis en évidence. Il est propriétaire et mandant, deux fonctions dans l'exercice desquelles les intérêts peuvent diverger. Car dans un cas la priorité est donnée à l'efficacité et au rendement, dans l'autre il s'agit de garantir l'accomplissement du mandat public²⁹⁵.

Une telle situation crée des champs de tensions. Un bon gouvernement d'entreprise et donc une gestion de qualité des entreprises étatiques doivent en tenir compte et formuler une stratégie de propriétaire claire («objectifs stratégiques») pour les résoudre. En outre, il s'agit de préciser les responsabilités, les compétences et les structures des divers organes de l'entreprise, pour garantir d'une part une répartition durable des rôles incombant au propriétaire, au monde politique et aux cadres dirigeants, d'autre part la fiabilité des prises de décision et des contrôles réalisés dans l'entreprise²⁹⁶.

3.2 Relations entre mandant et mandataire dans les entreprises étatiques

Dans le secteur public, les relations mandant/mandataire comportent encore davantage de facettes. Les citoyens élisent leurs députés et chargent le Parlement de fournir des biens et des services publics. Le Parlement mandate donc le gouvernement, qui fait de même avec l'administration. En dehors de ce système, les citoyens sont également consommateurs des prestations et parfois salariés des entreprises publiques. A ce double titre, ils chargent des associations de représenter leurs intérêts face au Parlement, au gouvernement et à l'administration étatique. Dans le secteur public également, les possibilités de pilotage dont bénéficient les mandants vis-à-vis des mandataires dépendent de l'étendue des informations dont ils disposent. En outre, les problèmes entre mandant et mandataire s'accroissent en cas de liens douteux entre les cadres dirigeants de l'entreprise et des politiciens. Ces deux groupes de mandataires ont alors des possibilités supplémentaires pour duper leurs mandants respectifs²⁹⁷.

4 Sources sur le gouvernement d'entreprise des entreprises fédérales

Le modèle de gestion présenté dans ce rapport peut être considéré comme une partie du code fédéral de gouvernement d'entreprise à l'usage des entités devenues autonomes.

Lors de son élaboration, il paraissait naturel de puiser autant que possible aux réglementations ou codes existant déjà. Il sera question ci-dessous des principales sources. Les éléments du modèle de gestion renvoient à chaque fois aux réglementations ou recommandations des codes utilisés comme sources.

²⁹⁵ Voir SCHEDLER, 26.

²⁹⁶ Voir SCHEDLER, 27.

²⁹⁷ FREY, Corporate Governance, 15 s.

4.1 Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques

L'approche la plus complète du sujet figure dans les *Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques*²⁹⁸. Ces lignes directrices adoptées en avril 2005 par le Conseil de l'OCDE complètent les *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*²⁹⁹ destinés au secteur privé, sur lesquels elles se basent et avec lesquels elles sont compatibles³⁰⁰. Elles ne sont pas davantage contraignantes que les principes de l'OCDE, qui ont rencontré un large écho depuis leur publication et sont appliqués dans le monde entier³⁰¹. Il est à prévoir que les lignes directrices de l'OCDE auront le même succès, et leur mise en œuvre en Suisse est donc recommandée.

Les lignes directrices comportent six chapitres: I) Garantir aux entreprises publiques un cadre juridique et réglementaire efficace, II) L'Etat actionnaire, III) Égalité de traitement entre les actionnaires, IV) Relations avec les parties prenantes, V) Transparence et diffusion de l'information, VI) Responsabilités du conseil d'administration d'une entreprise publique.

4.2 Réglementations et codes de droit privé

En devenant autonomes, les entreprises étatiques doivent gagner en flexibilité et en adéquation au marché. Le droit privé actuel, qui a fait ses preuves, est adapté à ces besoins. D'où la nécessité de tenir compte des réglementations et codes du droit privé et, dans la mesure du possible, d'en reprendre les solutions éprouvées³⁰².

4.2.1 Code des obligations

Le code des obligations a intégré dès 1992 quelques-unes des exigences formulées depuis au nom du gouvernement d'entreprise. Ainsi le conseil d'administration des sociétés anonymes est responsable de la haute direction et de la stratégie (art. 716a, al. 1, ch. 1); il est tenu de fixer l'organisation ainsi que le plan financier (art. 716b, al. 2); il a accès à toutes les informations (art. 715a); il surveille les personnes chargées de la gestion et s'assure du système de contrôle interne ainsi que de l'observation des normes (art. 716a, al. 1, ch. 5);

²⁹⁸ Titre anglais: *OECD Guidelines on the Corporate Governance of State-Owned Enterprises*.

²⁹⁹ Titre anglais: *OECD Principles of Corporate Governance*. Ces principes parus en 1999 ont été révisés en 2004, suite aux scandales économiques survenus ces dernières années.

³⁰⁰ La directive et d'autres informations à ce sujet figurent à l'adresse:
http://www.oecd.org/document/56/0,2340,fr_2649_37439_31530872_1_1_1_37439,00.html

³⁰¹ Voir *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, édition 2004, texte du rabat.

³⁰² Les *Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques* recommandent de simplifier et de rationaliser la forme juridique des entreprises étatiques, en précisant que les gouvernements devraient s'appuyer autant que possible sur le droit des sociétés et éviter de créer des formes juridiques spéciales si le but poursuivi par la société ne l'exige pas absolument (chap. I, let. b). De même, le message du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (4134 ad art. 99) stipule que le *numerus clausus* relatif au choix d'une forme de droit privé s'applique en principe également aux instituts de droit public et qu'afin de garantir la transparence et la sécurité du droit, la forme juridique visée doit normalement remplir les exigences du code des obligations.

enfin, il veille à ce que les comités fassent rapport au conseil d'administration (art. 716a, al. 2, 2^e phrase, art. 716b, al. 2)³⁰³.

4.2.2 Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise / directive de SWX concernant les informations relatives à la Corporate Governance

En 2000, la CFB a exigé que le rapport de gestion annuel mentionne les salaires et autres indemnités du conseil d'administration et des cadres du plus haut niveau des sociétés cotées en bourse. La même année, Novartis SA et UBS SA ont fait coter leurs actions à la Bourse de New York et ont dû à cette occasion donner des informations sur leur gouvernement d'entreprise suisse. Ces deux facteurs ont poussé à l'élaboration du Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise et à la directive de SWX concernant les informations relatives à la Corporate Governance³⁰⁴. Ces deux textes ont été publiés conjointement³⁰⁵ et mis en vigueur en 2002.

Le Code suisse de bonne pratique et la directive de SWX doivent être examinés ensemble. En effet les éléments, les lignes directrices et les recommandations de structures qui figurent dans ces deux textes forment un tout indissociable, tout comme la transparence préconisée. Mais alors que le Code suisse s'en tient à des recommandations, la directive de SWX exige la publication des indemnités et des participations des membres du conseil d'administration et de la direction générale, ainsi que des prêts qui leur sont octroyés, et présente un caractère en partie contraignant pour les autres informations³⁰⁶ 307.

4.3 Loi sur le Parlement

En raison de sa dimension politique³⁰⁸, le gouvernement d'entreprise des entreprises fédérales comprend également les relations entre le Parlement et le Conseil fédéral ou l'administration fédérale. La règle de base est que l'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance sur la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, des tribunaux fédéraux et d'autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération (art. 26 LParl)³⁰⁹.

³⁰³ Sur l'évolution du gouvernement d'entreprise en Suisse, voir BÖCKLI, 1 ss.
Le droit des sociétés anonymes est en cours de révision. Le projet de loi qui a été élaboré vise à améliorer le gouvernement d'entreprise en Suisse. Un groupe de travail spécialement constitué et appelé «Corporate Governance» recommande à toutes les sociétés anonymes d'améliorer les droits des actionnaires, de préciser les conditions-cadres pour le conseil d'administration et d'améliorer la transparence; par ailleurs, il contient des recommandations aux sociétés anonymes cotées ainsi qu'aux SA non cotées mais économiquement importantes portant sur la mise en œuvre des aspects essentiels du gouvernement d'entreprise (BÖCKLI et al., 13).

³⁰⁴ Le *Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise* a été élaboré par un groupe de travail dirigé par PETER BÖCKLI, tandis que la *directive de SWX concernant les informations relatives à la Corporate Governance* a pour auteurs HANS CASPAR VON DER CRONE et des représentants de SWX Swiss Exchange.

³⁰⁵ Téléchargeable sous www.economiesuisse.ch.

³⁰⁶ Selon le ch. 7 de la directive SWX, les informations qui ne doivent pas obligatoirement être publiées sont soumises au principe «comply or explain»: si l'émetteur renonce à publier certaines informations, le rapport de gestion devra le justifier.

³⁰⁷ Cette seconde étape de l'évolution des directives sur le gouvernement d'entreprise en Suisse est décrite dans BÖCKLI, 2 ss.

³⁰⁸ Voir plus haut, ch. 3.1.

³⁰⁹ Pour des informations détaillées sur la haute surveillance, voir ch. 8.3.

Bibliographie

BIAGGINI GIOVANNI, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: René Schaffhauser / Tomas Poledna (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, Universität St. Gallen, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Band 9, 2002, 143 ss.

BÖCKLI PETER, Harte Stellen im Soft Law, ST 11/2002 1 ss. (cit. Soft Law)

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zurich 2004 (Aktienrecht)

BÖCKLI PETER/BÜHLER CHRISTOPH B., Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 2005 101 ss.

BÖCKLI PETER/HUGUENIN CLAIRE/DESSEMONTET FRANÇOIS, Le gouvernement d'entreprise: rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, Lausanne 2004 (cit. Böckli et al.)

BOEMLE MAX/GSELL MAX/JETZER JEAN-PIERRE/NYFFELER PAUL/THALMANN CHRISTIAN, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zurich 2002 (cit. Boemle et al.)

BRUHIN LUKAS; Regulation und Eigentum – Überlegungen zur Steuerung öffentlicher Unternehmen; Semesterarbeit am Institut de hautes études en administration publique, Lausanne 2001

BSK-BEARBEITER: voir HONSELL ...

Commission des Communautés européennes (11.12.2002), Communication de la Commission, "L'encadrement des agences européennes de régulation" (téléchargeable sous http://www.europa.eu.int/comm/governance/docs/comm_agence_fr.pdf; cit. Commission des Communautés européennes)

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zurich 2002 (cit. BEARBEITER, St. Galler Kommentar zu Art. ... BV N ...)

EICHENBERGER KURT, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, in: Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Bâle/Francfort 1980, 419 ss.

FORSTMOSER PETER, Corporate Governance in der Schweiz – besser als ihr Ruf, in: FORSTMOSER et al., 15 ss. (cit. gouvernement d'entreprise)

FORSTMOSER PETER, Wer «A» sagt muss auch «B» sagen, Gedanken zur Privatisierungsdebatte, SJZ 98 (2002) 193 ss., 219 ss. (cit. Wer «A» sagt)

FORSTMOSER PETER/JAAG TOBIAS, Der Staat als Aktionär. Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zurich 2000; (cit.: Staat)

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996

FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF/ZOBL DIETER (Hrsg.), Corporate Governance – Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zurich 2002 (cit. FORSTMOSER et al.)

FREY RENÉ L., Service public: Garantierte Grundversorgung oder Kampf um Renten?, Überarbeitete Fassung eines Gutachtens für den Rat für Raumordnung und das Staatssekretariat für Wirtschaft seco, Bâle 2001 (cit. Service public)

FREY RENÉ L., Von der Corporate Governance zur Public Governance, Vortrag an der Universität Salzburg, mai 2002 (cit. Corporate Governance)

Le Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, Office fédéral de la justice, 2^e éd., Berne 2002 (téléchargeable sous www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/legistik/gesetzgebungsleitfaden.html)

GIGER GION, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Zurich 2003

GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Berne 2001

GYGI FRITZ, Verwaltungsrecht, Berne 1986

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zurich etc. 2002

HAFNER FELIX, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, BJM 2004 281 ss.

HOFSTETTER KARL, Corporate Governance in der Schweiz, Bericht im Zusammenhang mit den Arbeiten der Expertengruppe «Corporate Governance», Zurich 2002

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Zivilgesetzbuch I (Art. 1 - 456 ZGB), 2. Auflage, Bâle 2002 (cit. BSK-BEARBEITER, Art. ... ZGB N ...)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Zivilgesetzbuch II (Art. 457 - 977 ZGB, Art. 1 - 61 SchlT ZGB), 2. Auflage, Bâle 2003 (zit. BSK-Bearbeiter, Art. ... ZGB N ...)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM/WATTER ROLF, Obligationenrecht II (Art. 530 - 1186 OR), 2. Auflage, Bâle 2002 (cit. BSK-BEARBEITER, Art. ... OR N ...)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Obligationenrecht I (Art. 1 - 529 OR), 3. Auflage, Bâle 2003 (cit. BSK-BEARBEITER, Art. ... OR N ...)

JAAG TOBIAS, Der Staat als Aktionär, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.): Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, 379 ss. (cit. Staat)

JAAG TOBIAS, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zurich 2000; 23 ss. (cit. Dezentralisierung)

KNAPP BLAISE, L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers, état de février 1996, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bâle/Francfort 1996 (cit. KOLLER et al.)

KRÄHENMANN BEAT, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Bâle/Francfort 1987

LIENHARD ANDREAS/RITZ ADRIAN, Swissmedic (Schweizerisches Heilmittelinstitut), Grundlagen für die Steuerung mit Leistungsauftrag und Leistungsvereinbarung, Studie im

Auftrag des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI), des Bundesamts für Gesundheit (BAG) und der Swissmedic, Berne 2004

LIENHARD ANDREAS/STEINER RETO/LADNER ANDREAS/WICHTERMANN JÜRIG/BALSIGER BETTS ANDREAS/BUCHSER MICHAEL, Auslagerung der Aufgabenerfüllung im Kanton Luzern, Universität Bern, KPM-Schriftenreihe Nr. 1, Berne 2003 (cit. Lienhard et al.)

MADER LUZIUS, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legislativer Sicht, ZSR 2004/II 3 ss.

MALIK FREDMUND, Die Neue Corporate Governance, 3. Auflage, Francfort, 2002

NOBEL PETER, Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zurich 2000, 135 ss.

OCDE, La modernisation du secteur public: La modification des structures organisationnelles, Synthèses, octobre 2004; cit.: OCDE, La modernisation du secteur public

Ökonomenteam EFV, Ökonomische Überlegungen zur Privatisierung, Eidgenössische Finanzverwaltung, décembre 2000 (cit. Ökonomenteam EFV), 2000

PriceWaterhouseCoopers, Der dritte Kreis im Bundesorganisationsrecht, Gutachten im Auftrag der Projektleitung FLAG, août 2001

Revisionshandbuch der Schweizerischen Treuhänderkammer, Ausgabe 2001 (cit. Revisionshandbuch)

RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI, Wirtschaftsrecht, Bâle 1998

SCHAERER BARBARA, Haftung des Bundes für Dritte als «wachsendes Risiko», ST 2002 1095 ss.

SCHEDLER KUNO, Corporate Governance bei Staatsbetrieben – Das Balancieren zwischen Politik und Management, NZZ Fokus Nr. 19, 2004

SCHWARZENBACH-HANHART HANS RUDOLF, Staatshaftung bei verfügbarem Verwaltungshandeln, Berne 2006

SIMONEK MADELEINE, Steuerbefreiung und Privatisierung, ein Diskussionsbeitrag zur Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke, ST 3/2000, 230 ss.

St. Galler Kommentar: voir EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/KIENER REGINA, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne 2000

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Berne 2002 (cit. Tuor et al.)

VETTER-SCHREIBER ISABELLE, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften des Bundes sowie des Kantons Zürich, Diss. Zurich 1996 (cit. Staatliche Haftung Bund)

VETTER-SCHREIBER ISABELLE, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, ZS 1997, 134 ss. (cit. Staatliche Haftung)

VOGEL STEFAN, Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, ZBl 2003 418 s.

VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 2000/II 237 ss.

WERLEN THOMAS/WOOD PHILIP R., Liability of Stock Exchange Authorities and Regulators, ZSR, 2005/II 615 ff. ZIMMERLI ULRICH, Parlamentsrecht SS 2005, Unterlage 2 für Lehrveranstaltung vom 12. April 2005

ZIMMERLI ULRICH/LIENHARD ANDREAS, „Privatisierung“ und parlamentarische Oberaufsicht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 1997, Berne 1998, 167 ss.

ZOBL DIETER, Was ist Corporate Governance?, in: Forstmoser et al., 103 ss.

Messages et rapports

Message sur la réforme des CFF: message du 13 novembre 1996 sur la réforme des chemins de fer, FF **1997** I 853 ss.

Message sur la Cst.: message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF **1997** I 1 ss.

Message sur la LFC: message du 24 novembre 2004 concernant la modification de la loi fédérale sur les finances de la Confédération, FF **2005** 5 ss.

Message de la LASRE: message du 24 septembre 2004 concernant la loi fédérale sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation, FF **2004** 5441 ss.

Message de la LFus: message du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, FF **2000** 3995 ss.

Message de la LIPI: message du 30 mai 1994 concernant la loi fédérale sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI), FF **1994** III 951 ss.

Message sur le MNS: message du 29 novembre 2002 relatif à la loi fédérale sur la fondation Musée national suisse, FF **2003** 475 ss.

Message sur la LOP et la LET: message du 10 juin 1996 relatif à l'organisation de la Poste et à la loi sur l'entreprise de télécommunications, FF **1996** III 1260 ss.

Rapport du Conseil fédéral 1997: rapport (non publié) du Conseil fédéral sur la surveillance des domaines administratifs décentralisés et des entreprises devenues juridiquement autonomes

Rapport de la CdG-E sur Swissmedic: Problèmes lors de la mise en fonction de Swissmedic et évaluation de la situation actuelle. Rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 25 août 2004, FF **2005** 259 ss.