06.072

Rapport du Conseil fédéral sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération

(Rapport sur le gouvernement d'entreprise)

du 13 septembre 2006

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons le rapport sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (rapport sur le gouvernement d'entreprise) en vous priant d'en prendre acte.

Par la même occasion, nous vous proposons de classer les interventions parlementaires suivantes:

02.3464 Recommandation de la commission de gestion CE du 19 septembre 2002: Examen des participations de la Confédération à des entreprises du secteur privé;

04.3441 Postulat de la commission de gestion CE du 13 septembre 2004: Gestion administrative dans le troisième cercle;

05.3003 Motion de la commission des finances CN du 15 février 2005: Modèle dit des quatre cercles;

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

13 septembre 2006 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Moritz Leuenberger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

L'absence de critères uniformes applicables à l'externalisation de tâches vers des entités de la Confédération devenues autonomes, ainsi que les divergences souvent marquées dans la forme juridique et la gestion de ces entités, se heurtent à une insatisfaction croissante. Le Parlement a donc demandé de meilleures bases pour l'externalisation de tâches et pour une gestion plus uniforme des entités devenues autonomes. Le Conseil fédéral répond à cette demande dans le présent rapport.

Celui-ci fournit tout d'abord, au moyen d'une typologie des tâches, une base décisionnelle fondée sur des critères uniformes pour l'externalisation de tâches vers des entités de la Confédération devenues autonomes. Cette typologie idéale répartit les diverses tâches de la Confédération entre les quatre types de tâches suivants:

- *Les tâches ministérielles regroupent en premier lieu les tâches liées à la préparation des dossiers politiques (p. ex. élaboration de la législation), ainsi que toutes les prestations relevant clairement de la puissance publique et pouvant souvent impliquer d'importantes interventions dans les droits fondamentaux (p. ex. défense nationale). Ces tâches ne se prêtent pas à l'externalisation, et leur exécution incombe à l'administration fédérale centrale.*
- *Les prestations à caractère monopolistique concernent entre autres les domaines de la formation, de la recherche et de la culture. Ce sont des tâches constituant clairement des prestations, mais pour lesquelles il n'existe pas de marché à proprement parler. Elles se prêtent à l'externalisation lorsque le besoin de coordination est quasiment inexistant et que le potentiel de synergies avec d'autres tâches de la Confédération se révèle moindre. En raison de l'absence de régulation par le marché et du soutien financier parfois considérable de la Confédération, il convient d'exercer, malgré l'externalisation, une influence politique appropriée sur les entités devenues autonomes et sur l'exécution des tâches.*
- *Les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité comprennent des tâches de régulation, telles que celles qu'accomplissent la Commission fédérale des banques, la ComCom, Swissmedic, la COMCO ou encore le régulateur postal. Ces tâches doivent être externalisées, notamment en raison de l'indépendance requise pour leur exécution.*
- *Les prestations fournies sur le marché regroupent des prestations d'infrastructure, comme celles que fournissent par exemple la Poste et les CFF. La réussite commerciale des entités chargées de ces tâches requiert une externalisation.*

Les prestations préalables dont l'administration fédérale centrale a besoin pour exécuter ses tâches (informatique, biens immobiliers, etc.) ne sont pas classées dans la typologie des tâches. Pour ces «prestations internes», la question qui se pose n'est pas celle de l'externalisation mais celle de savoir s'il convient de les réaliser à l'interne ou de les acheter sur le marché («make or buy»).

Le présent rapport expose 28 principes directeurs portant sur huit aspects suivants de la gestion des entités devenues autonomes: forme juridique, organes, représentants de la Confédération, responsabilités, compétences particulières, objectifs stratégiques, contrôle et haute surveillance, finances et impôts. Un rapport explicatif de l'Administration fédérale des finances (AFF) concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise[1] *examine dans le détail l'importance de chacun de ses aspects et leurs particularités actuelles, passe en revue les principes directeurs et les justifie.*

Ces principes directeurs sont appliqués aux trois types de tâches se prêtant à une externalisation, puis organisés en un modèle de gestion spécifique à chaque type de tâches. En principe, l'établissement de droit public est la forme d'organisation qui convient aux entités fournissant des prestations à caractère monopolistique ou exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, tandis que la société anonyme de droit privé s'avère être la forme juridique adéquate pour les entités fournissant des prestations sur le marché. En sa qualité de propriétaire, le Conseil fédéral pilotera toutes les entités devenues autonomes par le biais d'objectifs stratégiques. En outre, son contrôle sur les établissements sera renforcé. Les principes directeurs et le modèle de gestion servent ici de référence. Ils contribuent à l'harmonisation du droit organisationnel et de la gestion des entités de la Confédération devenues autonomes, notamment dans le domaine des établissements, sans toutefois régler définitivement chaque cas particulier. Des écarts sont possibles dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Les principes directeurs fournissent au Parlement une base importante pour l'exercice de la haute surveillance sur le Conseil fédéral.

De plus, le présent rapport expose en outre la répartition des rôles qui doit être adoptée au sein de la Confédération pour la gestion des entités devenues autonomes. Le Parlement arrêtera les bases légales pour l'externalisation de tâches, l'octroi de l'autonomie et le choix de la forme organisationnelle des entités de la Confédération. Il exercera en outre la haute surveillance et pourra réglementer, dans le cadre des arrêtés de financement, l'affectation des fonds de la Confédération mis à disposition des entités devenues autonomes (EPF, CFF, etc.). Le Conseil fédéral assume pour la Confédération la fonction de propriétaire. Il nommera entre autres le conseil d'administration ou le conseil d'institut ainsi que l'organe externe de révision, ou il fait valoir ses droits lors de l'assemblée générale; il formule ses attentes à l'encontre du conseil d'administration ou du conseil d'institut sous la forme d'objectifs stratégiques dont il contrôlera la réalisation. La répartition des rôles interne à l'administration en matière de préparation et de coordination des affaires à l'intention du Conseil fédéral se base sur deux modèles:

– *Le département concerné et l'AFF se répartissent les tâches de préparation et de coordination des questions relevant de la politique de propriétaire des entités fournissant des prestations sur le marché et des entités fournissant des prestations à caractère monopolistique, qui jouent un rôle important dans le budget fédéral (les EPF p. ex.). Dans le cadre de cette collaboration,*

1 Le rapport de l'AFF peut être consulté sous http://www.efv.admin.ch/f/news/index.php.

le département concerné est notamment responsable de la préparation des questions de nomination, de l'élaboration des objectifs stratégiques et des travaux préparatoires en rapport avec le contrôle du Conseil fédéral. L'AFF est quant à elle responsable notamment des questions ayant trait aux caisses de pensions, aux ventes et achats d'actions, à la recapitalisation, aux directives financières et à la distribution des bénéfices. Le service non responsable collabore avec le service responsable.

– *Le département concerné est le seul responsable de la préparation et de la coordination des questions relevant de la politique de propriétaire des entités fournissant des prestations à caractère monopolistique d'importance budgétaire modeste (IPI p. ex.), ainsi que des entités assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. L'AFF doit obligatoirement être consultée pour les questions concernant la dotation en capital, la caisse de pensions, la responsabilité et la présentation des comptes. Elle se tient à disposition du département concerné pour toutes les autres questions, en qualité de centre de prestations et de compétences.*

Le département concerné confie les affaires relevant de la politique de propriétaire à un service séparé, sur le plan organisationnel, des services qui assument des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité; si possible, ce service ne doit pas exercer d'activité en rapport avec la surveillance technique ou la commande de prestations.

Le rapport se termine par un aperçu de la suite des travaux. De par l'approbation de ce rapport par le Conseil fédéral, les principes de base et les principes directeurs qui y sont exposés feront office de directives. Ils devront être observés par l'administration pour préparer l'externalisation de tâches et l'octroi de l'autonomie juridique à des entités, à moins que des motifs dûment justifiés exigent que l'on s'en écarte.

Les principes directeurs devront aussi être appliqués aux entités déjà autonomes à ce jour. Sont en premier lieu concernées les entités dont la forme organisationnelle est actuellement en cours d'examen ou de révision, indépendamment du présent rapport. C'est notamment le cas de la CNA dans le cadre de la révision de la loi sur l'assurance-accidents ou de l'Institut suisse du droit comparé (ISDC) dans le cadre de la réforme de l'administration. En second lieu, les principes directeurs devront être appliqués principalement aux entités dont la gestion ou le contrôle nécessitent des ajustements.

L'annexe 1 présente une liste non exhaustive des entités de la Confédération devenues autonomes auxquelles le présent rapport peut en principe s'appliquer.

Table des matières

Condensé **7800**

Liste des abréviations **7805**

1 Introduction **7807**

1.1 Contexte et objectifs du rapport 7807

1.2 Objet du rapport 7807

1.3 Contenu du rapport 7809

2 Externalisations **7810**

2.1 Notion et formes 7810

2.2 Externalisations déjà effectuées par la Confédération et leur justification 7812

2.3 Modèle des quatre cercles 7814

2.4 Mesures nécessaires 7815

3 Typologie des tâches **7816**

3.1 Introduction 7816

3.2 Elaboration de la typologie des tâches 7818

3.2.1 Classification selon trois fonctions 7818

3.2.2 Critères de décision concernant l'adéquation à l'externalisation 7818

3.2.2.1 Perspective juridique: question de la puissance publique 7819

3.2.2.2 Perspective politique: question du pilotage politique 7819

3.2.2.3 Perspective macro-économique: question de l'adéquation au marché 7821

3.2.2.4 Perspective d'économie d'entreprise: question du potentiel de synergies et des besoins de coordination 7822

3.3 Elaboration des types de tâches 7824

3.3.1 Tâches ministérielles 7825

3.3.2 Prestations à caractère monopolistique 7826

3.3.3 Tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité 7828

3.3.4 Prestations fournies sur le marché 7830

3.3.5 Prestations internes 7830

3.4 Conclusion 7831

4 Gestion des entités de la Confédération devenues autonomes **7831**

4.1 Introduction 7831

4.2 Eléments de gestion 7833

4.2.1 Forme juridique 7833

4.2.2 Organes 7835

4.2.3 Représentants de la Confédération 7837

4.2.4 Responsabilités 7838

4.2.5 Compétences particulières 7841

4.2.6 Objectifs stratégiques 7842

4.2.7 Contrôle du Conseil fédéral 7845

4.2.8 Haute surveillance du Parlement 7847

4.2.9 Finances et impôts 7847

5 Modèle de gestion spécifique à chaque type de tâches **7849**
5.1 Entités fournissant des prestations à caractère monopolistique 7849
5.2 Entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité 7851
5.3 Entités fournissant des prestations sur le marché 7852
6 Répartition des rôles **7854**
6.1 Introduction 7854
6.2 Situation actuelle 7858
6.3 Redéfinition des rôles 7860
6.3.1 Compétences pour la gestion et le contrôle des entités devenues autonomes 7860
6.3.2 Répartition des rôles au sein de l'administration fédérale centrale 7861
7 Perspectives **7862**
7.1 Introduction 7862
7.2 Futures décisions d'externalisation 7862
7.3 Exécution de tâches par l'administration fédérale centrale 7863
7.4 Optimisation de la gestion des entités devenues autonomes 7864
7.4.1 Réalisation de mesures sans adaptations légales requises 7864
7.4.2 Modifications ponctuelles de lois 7864
7.4.3 Révision totale de lois d'organisation 7865
7.5 Autres travaux 7865

Annexes

1 Inventaire des entités devenues autonomes auxquelles le modèle de gestion peut s'appliquer 7866
2 Bibliographie 7868
3 Messages et rapports 7870

Liste des abréviations

AFF	Administration fédérale des finances
ASRE	Assurance suisse contre les risques à l'exportation
ATF	Arrêté du Tribunal fédéral
AUFIN	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BNS	Banque nationale suisse
CDF	Contrôle fédéral des finances
CdG	Commission de gestion
CdG-E	Commission de gestion du Conseil des Etats
CFF	Chemins de fer fédéraux
CFMJ	Commission fédérale des maisons de jeu
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
CO	Code des obligations (RS *220*)
COMCO	Commission de la concurrence
ComCom	Commission fédérale de la communication
DDPS	Office fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
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
IFSN	Inspection fédérale de la sécurité nucléaire
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
ISDC	Institut suisse de droit comparé
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LAUFIN	Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FF *2006* 2829)
LCF	Loi fédérale du 28 juin 1967 sur le Contrôle fédéral des finances (loi sur le Contrôle des finances; RS *614.0*)
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 (LFC; RS *611.0*)
LOGA	Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS *172.010*).
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*)
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*)
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*)
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*)
OSEC	Office suisse d'expansion commerciale
RDS	Revue de droit suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée

Rapport

1 Introduction

1.1 Contexte et objectifs du rapport

L'absence de critères uniformes pour l'externalisation[2] à partir de l'administration centrale, tout comme celle d'un modèle harmonisé de gestion utilisable pour les entités devenues juridiquement autonomes, sont de plus en plus jugées insatisfaisantes et ont donné matière à diverses recommandations ou interventions parlementaires:

02.3464 Recommandation de la commission de gestion CE du 19 septembre 2002: Examen des participations de la Confédération à des entreprises du secteur privé

04.3441 Postulat de la commission de gestion CE du 13 septembre 2004: Gestion administrative dans le troisième cercle

05.3003 Motion de la commission des finances CN du 15 février 2005: Modèle dit des quatre cercles.

Cette recommandation et ces interventions demandent essentiellement un concept uniforme de la part de la Confédération pour les externalisations, ainsi que pour une gestion cohérente des entités devenues autonomes. Le présent rapport tient compte de ces requêtes: il présente d'abord les tâches de la Confédération se prêtant à l'externalisation, puis il esquisse des optimisations possibles au niveau de la gestion des entités devenues autonomes.

Le rapport poursuit deux objectifs: premièrement, les futures externalisations devront être organisées avec cohérence et selon des critères uniformes. Deuxièmement, la gestion des entités devenues autonomes devra être améliorée et uniformisée. Ce sont les établissements qui requièrent le plus d'adaptations. Dans cette perspective, le présent rapport contient 28 principes directeurs relatifs à la forme organisationnelle des entités devenues autonomes et à l'influence de la Confédération dans son rôle de propriétaire. En fonction des tâches transférées, ces principes constitueront un modèle de gestion.

1.2 Objet du rapport

Le présent rapport porte sur l'externalisation des tâches et la gestion des entités devenues autonomes. Il se base sur une typologie des tâches. Cette typologie englobe les tâches accomplies par l'administration fédérale ou par des entités de la Confédération devenues autonomes classées selon des caractéristiques pertinentes du point de vue de l'externalisation et de la gestion. Elle distingue quatre types de tâches. Cette approche étend et perfectionne nettement le modèle des quatre cercles. Tandis que ce dernier distingue les cercles en fonction de divers critères comme le type de tâches, les instruments de gestion appliqués ou le statut juridique de

2 Cf. la définition du ch. 2.

l'établissement, la typologie des tâches se réfère toujours en premier lieu à la nature de la tâche. Les types de tâches ne servent pas seulement de base de décision en vue de futures externalisations, mais aussi de référence pour organiser la gestion des entités devenues autonomes et les tâches qui leur incombent.

Des entités devenues autonomes sont des organismes ou des entreprises

- qui exécutent des tâches de la Confédération,
- qui sont juridiquement autonomes et
- qui sont la propriété de la Confédération ou dans lesquelles la Confédération est l'actionnaire principal ou majoritaire.

Il s'agit par exemple de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN), Swissmedic, l'Institut suisse de droit comparé (ISDC), la CNA, La Poste, l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (ASRE), Swisscom, les CFF, Skyguide et RUAG (voir annexe 1).

Les principes directeurs ne s'appliquent que par analogie à des entités qui sont des commissions décisionnelles et qui ne sont donc pas autonomes sur le plan juridique (p. ex. la ComCom, la CFMJ).

Le modèle de gestion ne s'applique pas à des entreprises (comme la Banque nationale suisse ou l'organisation de promotion des exportations OSEC) qui accomplissent certes des tâches de la Confédération, mais dont cette dernière n'est ni propriétaire, ni actionnaire principal ou majoritaire.

Le présent rapport porte sur l'optimisation de l'exécution des tâches considérées jusqu'à aujourd'hui comme relevant de l'Etat par les milieux politiques. Il se réfère donc à l'actuel catalogue des tâches de la Confédération sans le remettre fondamentalement en question.

L'examen de la nécessité et de l'ampleur des tâches étatiques ainsi que de leur éventuelle privatisation ne fait pas l'objet de ce rapport. Le Conseil fédéral se penche sur cette question entre autres dans le cadre du réexamen systématique des tâches de la Confédération. Les nouvelles formes de répartition des tâches entre les pouvoirs publics et le secteur privé, comme le partenariat public-privé («Public Private Partnership»), ne seront pas non plus abordées.

En ce qui concerne l'organisation de l'exécution des tâches, le rapport développe en priorité la manière de gérer les tâches externalisées et transférées à des entités de la Confédération devenues autonomes. En revanche, l'amélioration de l'exécution des tâches *au sein* de l'administration fédérale relève de la réforme de l'administration et d'autres projets de réorganisation.

Enfin, la focalisation sur la gestion des entités devenues autonomes met en évidence la manière dont la Confédération influe sur ces entités en sa qualité de propriétaire. L'influence qu'elle exerce sur l'exécution de tâches à l'intérieur ou à l'extérieur de l'administration par le biais de la législation matérielle ne fait pas l'objet du présent rapport, mais il en sera tenu compte lors de l'examen de certaines questions (la répartition des rôles p. ex.[3]). Idem pour les questions transversales dans les domaines du droit de la concurrence et du droit des marchés publics. Compte tenu des

3 Voir ch. 6.

réformes à venir, les questions relatives au personnel et aux caisses de pensions ne seront pas traitées dans ce rapport.

1.3 Contenu du rapport

Le rapport s'articule de la manière suivante:

La notion d'«externalisation» est d'abord expliquée, de même que les raisons poussant à perfectionner le modèle des quatre cercles (ch. 2).

La nature des tâches joue un rôle déterminant dans toute décision d'externalisation. L'éventualité des externalisations doit donc être envisagée sur la base d'une classification en types des tâches (typologie des tâches). Cette typologie des tâches divise en quatre grands types les tâches exécutées par l'administration fédérale et les entités de la Confédération devenues autonomes selon des critères spécifiques à la gestion et détermine quels types de tâches se prêtent en principe à une externalisation (ch. 3).

Les divers éléments permettant à la Confédération de contrôler et gérer les entités devenues autonomes, ainsi que des perfectionnements sous la forme de 28 principes directeurs sont ensuite présentés[4] (ch. 4).

Le contrôle et la gestion découlent en premier lieu de la tâche incombant à l'entité devenue autonome. Le rapport propose donc plusieurs modèles de gestion adaptés aux divers types de tâches (ch. 5).

Le rapport porte ensuite sur la répartition des rôles entre les divers acteurs impliqués dans la gestion et le contrôle des entités devenues autonomes, et propose des améliorations possibles, notamment au niveau du Conseil fédéral et de l'administration fédérale (ch. 6).

Enfin, le ch. 7 présente les priorités définies pour l'introduction des principes découlant du rapport.

L'annexe 1 contient une liste non exhaustive des entités de la Confédération devenues autonomes auxquelles le présent rapport s'applique en principe.

[4] Cf. le rapport explicatif de l'AFF du 6 septembre 2006 concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise (http://www.efv.admin.ch/f/news/index.php). Ce rapport commente l'importance et l'organisation actuelle de chaque élément de gestion appliqué aux entités de la Confédération devenues autonomes en recourant à des exemples concrets (IPI, Swissmedic, ISDC, ASRE, la Poste, Swisscom, les CFF, Skyguide, RUAG). Les 28 principes directeurs énoncés dans le présent rapport y sont justifiés et leur utilité démontrée en fonction des types de tâches.

2 Externalisations

2.1 Notion et formes

Les notions de privatisation, décentralisation et externalisation ont un sens qui varie dans le contexte de la réorganisation des tâches étatiques[5]. Le présent rapport s'appuie sur la définition suivante[6]: une *privatisation* implique nécessairement – comme son nom l'indique – le transfert total d'une tâche, d'un patrimoine, etc. de l'Etat au secteur privé. En revanche, on entend par *décentralisation* un changement intervenant au sein des pouvoirs publics, par exemple un transfert de l'exécution de tâches de l'administration fédérale centrale à un établissement de droit public. Le terme générique d'externalisation englobe aussi bien la privatisation que la décentralisation.

Les auteurs consultés distinguent comme *objet* des externalisations:

- les tâches,
- l'exécution des tâches,
- les unités organisationnelles,
- le patrimoine public[7].

Si l'on *externalise une tâche*, la tâche en soi est l'objet de l'externalisation: l'Etat la supprime de son cahier des charges et lui retire sa nature étatique. Il s'agit à proprement parler d'un abandon de tâches (privatisation totale).

En revanche, si l'on *externalise l'exécution des tâches*, seule la responsabilité de l'exécution des tâches étatiques est transférée à un tiers en dehors de l'administration fédérale centrale; la tâche conserve sa nature étatique.

Lorsqu'on *externalise des unités organisationnelles*, des entités de l'administration fédérale centrale deviennent juridiquement autonomes et sont transformées en entreprises de droit public ou privé.

Enfin, l'externalisation peut concerner aussi le *patrimoine* requis pour l'exécution des tâches. Si le patrimoine étatique nécessaire à une unité organisationnelle est transféré à des particuliers, les pouvoirs publics se défont de leur responsabilité à cet égard.

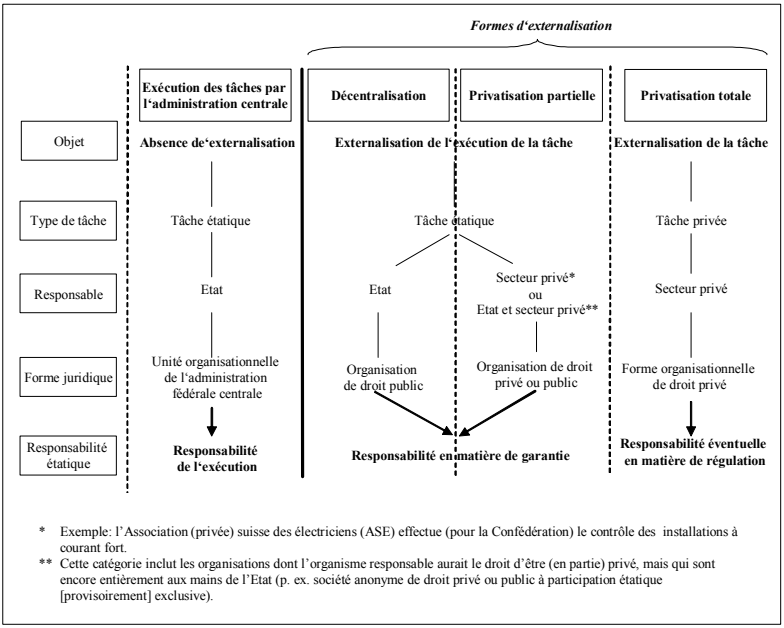
Or, une séparation stricte par objet ne reflète pas suffisamment les formes existantes d'externalisations. En effet, les divers objets ne se laissent guère séparer dans la réalité en vue d'une externalisation indépendante. Au contraire, toutes sortes de combinaisons sont envisageables. A titre d'exemple, l'externalisation de l'exécution des tâches va souvent de pair avec l'octroi de l'autonomie à l'entité compétente, et l'octroi de l'autonomie à une entité n'a jamais lieu sans l'externalisation simultanée d'une tâche ou au moins de la responsabilité de son exécution. De même, le patrimoine est généralement transféré en même temps que la responsabilité de l'exécution de la tâche, comme cela s'est fait lors du transfert de l'infrastructure aux

5 A titre d'exemple Biaggini, 144, parle des transferts comme d'une notion floue qui, à l'instar des privatisations, n'a pas encore de contours stables dans la dogmatique juridique.
6 Suivant l'exemple de Jaag, Dezentralisierung, 26 ss.
7 A titre d'exemple Schuppert/Budaeus, 21 ss; Lienhard et al., 3.

CFF. Dans ce contexte, plusieurs formes d'externalisation peuvent être distinguées (fig. 1).

Fig. 1

Formes d'externalisation[8]



* Exemple: l'Association (privée) suisse des électriciens (ASE) effectue (pour la Confédération) le contrôle des installations à courant fort.

** Cette catégorie inclut les organisations dont l'organisme responsable aurait le droit d'être (en partie) privé, mais qui sont encore entièrement aux mains de l'Etat (p. ex. société anonyme de droit privé ou public à participation étatique [provisoirement] exclusive).

Il n'y pas lieu de parler d'externalisation si les tâches sont exécutées par l'administration fédérale centrale. La Confédération fixe le volume et la qualité des prestations nécessaires à l'accomplissement d'une tâche fédérale[9] et en confie l'exécution à une entité de l'administration centrale. Elle porte ainsi la responsabilité primaire et entière de la tâche à fournir. La décentralisation et la privatisation partielle impliquent le transfert de la responsabilité de l'exécution d'une tâche à un tiers en dehors de l'administration fédérale centrale, mais la tâche reste fédérale[10].

8 Basées sur les idées développées par Jaag, Dezentralisierung, 27, et Biaggini, 146.

9 Définition d'une tâche fédérale 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.

10 Cf. à ce propos Biaggini, 147. Les auteurs consultés utilisent aussi le terme de privatisation formelle. Voir à ce propos Jaag, Dezentralisierung, 30: «Le transfert d'une tâche à une organisation de droit privé ne signifie pas forcément que l'Etat ne participe plus à l'exécution de la tâche. L'organisation de droit privé peut même totalement appartenir à l'Etat. En l'occurrence, il s'agit d'une privatisation purement formelle (privatisation d'organisations); les sociétés de ce type sont appelées des entreprises publiques de forme privée (…). La privatisation est plus étendue lorsque l'Etat ainsi que des particuliers se partagent la responsabilité et la conduite d'une entreprise exécutant des tâches publiques. De telles organisations sont désignées comme des entreprises d'économie mixte.»

Dans ce cas, la responsabilité de la Confédération se limite à garantir que la qualité et le volume de la tâche en question soient adéquats (responsabilité en matière de garantie). Si la responsabilité de l'exécution des tâches est déléguée à une entité devenue autonome qui appartient exclusivement à la Confédération, excluant donc un responsable privé (établissement p. ex.), le présent rapport parle de décentralisation. Comme exemples de décentralisation, on peut citer l'IPI ou et Swissmedic. Par contre, on parle de privatisation partielle lorsque l'exécution des tâches est confiée à une entité assumant une partie ou la totalité des responsabilités ou du moins ne les excluant pas. Swisscom et RUAG sont des exemples de privatisations partielles.

Enfin, l'*externalisation des tâches (privatisation totale)* représente la forme d'externalisation la plus poussée. La Confédération se retire dès lors du groupe de tâches concerné et laisse aux particuliers le soin de décider s'ils souhaitent fournir eux-mêmes les prestations en question. Là où l'intérêt public le justifie, l'Etat exerce le cas échéant certaines fonctions de régulation ou d'encouragement (aides financières; responsabilité en matière de régulation[11]), les lois du marché déterminant en grande partie le volume et la qualité de la prestation[12].

Le présent rapport porte sur les formes d'externalisation que sont la décentralisation et la privatisation partielle[13]. La privatisation totale ne sera pas abordée.

2.2 Externalisations déjà effectuées par la Confédération et leur justification

Les auteurs consultés indiquent diverses raisons pour les externalisations, comme l'adaptation à l'évolution internationale ou technologique, l'efficacité productive et l'efficience allocative[14] ou encore la dépolitisation de l'exécution des tâches[15]. Lors des externalisations effectuées ces dernières années, le Conseil fédéral s'est également fondé sur de tels motifs:

11 Le terme de régulation englobe aussi des incitations financières négatives (impôts et taxes) et positives (subventions), voir Mader, 37.
12 Voir aussi Holoubek, 3 ss.
13 Si l'exécution des tâches est confiée à une entreprise responsable exclusivement privée dans le cadre d'une privatisation partielle, la Confédération perd sa position de propriétaire. Seules des organisations et entreprises dont la Confédération est propriétaire ou actionnaire principal ou majoritaire font l'objet du modèle de gestion et des principes directeurs présentés ci-après.
14 Il faut s'assurer que les biens ou services peuvent être produits et consommés dans la qualité et la quantité souhaitées, au bon moment et au bon endroit. Si les externalisation permettent de renforcer la fonction directive des prix du marché, l'externalisation contribue à augmenter l'efficience allocative.
15 Cf. p. ex. Jaag, Dezentralisierung, 33 s.; Pollitt et al., 19; Equipe des économistes de l'AFF, 20.

– garantie de l'adéquation au marché et de la compétitivité[16],
– adaptation à l'évolution internationale, notamment dans un contexte de libéralisation des marchés[17],
– meilleure adaptation aux besoins de l'économie[18],
– renforcement de l'autonomie entrepreneuriale[19],
– accroissement de l'efficacité[20],
– meilleure acceptation par la clientèle[21],
– ouverture à la participation de tiers[22].

Les exemples montrent qu'en dernier lieu, les transferts visaient toujours à augmenter l'efficacité («doing the right things») et l'efficience («doing the things right», soit agir de manière économique) dans l'exécution des tâches[23].

16 Cf. message relatif à la LOP, 1261: «La délégation de nombreuses compétences aux entreprises elles-mêmes leur permettra d'améliorer leur compétitivité et de s'imposer sur les marchés.». Cf. également message relatif à la loi sur les entreprises d'armement, 711 s.: «Leur forme juridique et leur organisation étaient suffisantes pour les diriger au regard de leur marché traditionnel, partiellement fondé sur un système de monopole. Elles se révèlent cependant lourdes lorsque les entreprises du Groupement de l'armement doivent réagir rapidement sur le marché et affronter la concurrence privée.»

17 Cf. message relatif à la LOP, 1261: «La séparation des entreprises et le choix de leur statut juridique se fondent sur l'analyse de la situation à l'étranger ainsi que sur les caractéristiques distinguant le marché postal de celui des télécommunications, en particulier leur degré d'ouverture différent.»

18 Cf. message relatif à l'IPI, 952: L'IPI devra «orienter davantage son activité en fonction des besoins de l'économie. Il sera doté à cet effet de la personnalité juridique, ainsi que d'une comptabilité séparée.»

19 Cf. message sur la réforme des CFF, 881: «La Confédération se limitera aux objectifs politiques et financiers et laissera à l'entreprise la responsabilité de la gestion.»

20 Cf. message concernant une LPTh, 1: Swissmedic «sera constitué de l'actuelle Unité principale agents thérapeutiques de l'OFSP, et de l'OICM. Les procédures de contrôle y gagneront ainsi en efficacité et les problèmes de délimitation existant entre ces deux institutions seront éliminés. En outre, les partenaires internationaux n'auront plus qu'une seule autorité compétente comme interlocutrice. La création d'un institut était recommandée dans le «Rapport à l'intention du Conseil fédéral sur la future législation applicable aux médicaments» du 4 août 1994, cela compte tenu des expériences faites à l'étranger et d'une collaboration optimale possible des cantons à cette nouvelle tâche de la Confédération.»

21 Cf. note 20

22 Cf. message relatif à la LOP, 1271 s.: «En choisissant au contraire pour l'entreprise de télécommunications la forme d'une société anonyme dite de droit public, on crée les conditions qui permettront à des tiers de prendre des participations dans l'entreprise. La conclusion d'alliances s'en trouvera ainsi facilitée, de même qu'elle le sera par la faculté d'opérer sur le marché des capitaux, étant donné que dans le secteur des télécommunications – en pleine mondialisation – les accords de coopération stratégiques sont souvent conclus sous la forme de prises de participation croisées. Ces dernières sont d'ailleurs plus aisées à réaliser lorsque les partenaires concernés sont des sociétés anonymes cotées en bourse; il leur suffit alors d'échanger un paquet d'actions sans devoir mobiliser de nouvelles ressources financières.»

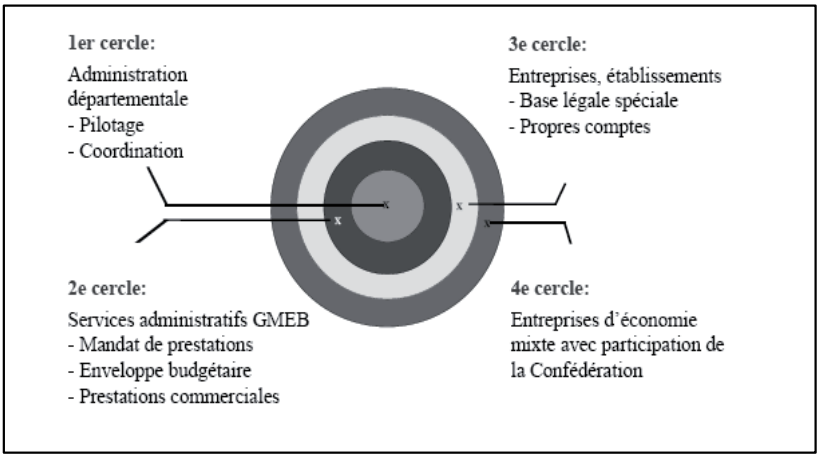
23 Le mot-clé «efficacité» renvoie au rapport entre le but visé et son degré de réalisation, alors que l'«efficience» se réfère au rapport entre résultat «*output*» et intrant «*input*» (cf. LIENHARD et al., 9).

2.3 Modèle des quatre cercles

Le Conseil fédéral s'est référé, lors des externalisations opérées ces dernières années, au modèle dit des quatre cercles. Ce modèle a été introduit dans le cadre du projet GMEB (gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire). Les entités chargées de l'exécution des tâches y ont été réparties en quatre cercles, dans le but de rapprocher la gestion de l'administration fédérale de celle des holdings et des groupes[24]: plus une entité est à l'extérieur dans le modèle des quatre cercles, plus elle sera régie par le marché. Inversement, plus elle se situe au centre, plus les aspects politiques seront déterminants pour l'exécution des tâches.

Fig. 2

Modèle des quatre cercles



Source: Rapport d'évaluation GMEB du 19 décembre 2001 (FF *2002* 3324).

Le premier cercle, situé le plus à l'intérieur, comprend les unités organisationnelles qui fournissent des prestations de gestion et de coordination politiques, à usage interne et externe (secrétariats généraux, offices assumant des tâches interdépartementales, offices versant des subventions). Ces unités font l'objet d'un pilotage politique très étroit.

Le *deuxième cercle* se compose des offices gérés par mandat de prestations et enveloppe budgétaire (p. ex. MétéoSuisse, Swisstopo, Swissmint). Par rapport aux offices du premier cercle, ils possèdent une plus grande autonomie d'exploitation; néanmoins ils restent intégrés dans les structures départementales comme entités de l'administration fédérale centrale, ne sont pas dotés de la personnalité juridique et ne tiennent pas leurs propres comptes. La politique fixe en détail, avant le commencement d'un mandat, les prestations que doit fournir un office GMEB.

Le *troisième cercle* est constitué d'entreprises et d'établissements qui appartiennent à 100 % à la Confédération (p. ex. Swissmedic, IPI). Dans la majorité des cas, ils sont autonomes sur le plan juridique, ont leurs propres organes de conduite et tien-

24 Rapport: gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire, avril 1996, consultable sous http://www.flag.admin.ch/d/archiv_d/konzeptbericht1996.doc (en allemand).

nent leurs propres comptes. L'autonomie et l'étendue des responsabilités des entreprises et des établissements du troisième cercle sont définies dans une loi d'organisation.

Le *quatrième cercle* englobe les entreprises d'économie mixte qui accomplissent des tâches fédérales et dont la Confédération détient une part du capital (Swisscom ou RUAG p. ex.). Les entreprises du quatrième cercle possèdent toutes la personnalité juridique, sont essentiellement pilotées pour l'exécution de leurs tâches selon le principe de la concurrence (régulée) et se prêtent à une prise de participation privée, du fait de leur statut de société anonyme.

2.4 Mesures nécessaires

Le modèle des quatre cercles fournit un bon aperçu du degré d'indépendance des entités de la Confédération. Il a également trouvé un large écho dans les publications consacrées à la nouvelle gestion publique et à la conduite moderne de l'administration.

Il s'agit toutefois d'un modèle purement descriptif. Son importance tient en particulier à ce qu'il:

- sensibilise aux possibilités d'ouverture de l'administration fédérale aux mécanismes du marché, et
- contribue à la classification de formes d'organisation et de degrés d'autonomie différents[25].

Il définit toutefois les divers cercles selon des critères différents. Ainsi, dans le premier cercle la nature des tâches figure au premier plan (préparation des dossiers politiques). Quant au deuxième cercle, il comprend les unités administratives GMEB, et le concept de gestion constitue le critère de sélection. Enfin, le troisième et le quatrième cercles regroupent les unités organisationnelles selon leur forme juridique: l'établissement dans le troisième cercle, la société anonyme de droit public ou privé dans le quatrième.

Premièrement, une telle définition reposant sur des critères hétérogènes ne permet pas d'attribuer toutes les unités organisationnelles de la Confédération à un cercle. A titre d'exemple, La Poste devrait être attribuée, en tant qu'établissement, au troisième cercle. Or, vu la nature des tâches accomplies, elle est plus proche des entreprises du quatrième cercle, comme Swisscom ou les CFF.

Deuxièmement, la forme juridique sert de critère de délimitation dans le troisième et le quatrième cercles. Or la forme juridique ne permet pas de déduire automatiquement le degré d'indépendance. A titre d'exemple la CNA, qui constitue un établissement, est aujourd'hui encore gérée nettement moins étroitement par la Confédération que les CFF, en leur qualité de société anonyme de droit public.

Troisièmement, le modèle des quatre cercles ne fournit, en raison de son caractère purement descriptif, ni critères matériels pour les décisions d'externalisation, ni règles détaillées sur la manière de gérer les entités externalisées[26]. Les externalisations n'avaient donc pas de caractère systématique dans le passé, et ont plutôt fait

25 Cf. aussi le message sur la LFC, 42.
26 Cf. PriceWaterhouse Coopers, 4 ss.

l'objet de décisions ad hoc. La critique adressée à ce propos par l'OCDE à ses Etats membres, qui comparait à un «zoo» administratif le résultat des externalisations, s'applique donc également à la Suisse[27].

Il est vrai que des instruments de gestion homogènes sont utilisés dans les unités administratives GMEB du deuxième cercle. De même, la gestion des entreprises proches du marché faisant partie du quatrième cercle est relativement homogène. En revanche, le troisième cercle s'avère profondément hétérogène et regroupe des entités administratives s'acquittant de tâches très différentes. *L'hétérogénéité* des entreprises concernées exclut à ce jour une gestion uniforme. Cette situation est d'autant plus gênante que le troisième cercle comprend des unités organisationnelles qui assument des tâches de monopole ou relevant de la puissance publique souvent importantes dans une perspective étatique. Le Parlement a donc exigé, à travers plusieurs interventions, que la question soit clarifiée[28].

Le modèle des quatre cercles présente d'autres points faibles, à savoir une séparation assez nette entre le premier et le deuxième cercle et une séparation quelque peu imprécise entre les deuxième et troisième cercles – soit la frontière entre l'administration fédérale centrale et décentralisée[29]. En effet, les entités des premier et deuxième cercles font partie de l'administration fédérale centrale et se distinguent moins les unes des autres du point de vue du degré d'autonomie que les entités des deuxième et troisième cercles: il n'existe cependant pas de critères normatifs de distinction entre les deuxième et troisième cercles permettant de décider si un organisme responsable de tâches fédérales appartient encore à l'administration fédérale centrale ou non.

Dans ces conditions, il est urgent d'affiner le modèle des quatre cercles. Il s'agit de mettre au point un modèle qui, premièrement, apporte un soutien normatif lorsqu'il y a lieu de décider si une tâche doit être externalisée ou maintenue dans l'administration fédérale centrale. Deuxièmement, si une externalisation s'impose, le modèle devra indiquer la manière de gérer l'exécution des tâches externalisées.

3 Typologie des tâches

3.1 Introduction

L'administration fédérale et les entités de la Confédération devenues autonomes exécutent des tâches d'une très grande diversité. Il ne s'agit pas seulement des tâches étatiques classiques dans les domaines de la défense nationale, des relations extérieures, de la prévoyance sociale, de la sécurité intérieure et de la garantie des

27 Cf. OECD, *Public Sector Modernisation*, 7: «Most OECD countries have been creating non-commercial bodies outside the core public service on an ad hoc basis, resulting in an administrative 'zoo'. This reduces transparency of government for the citizen, and may compromise oversight and accountability within government.»

28 La motion 05.3003 «Modèle dit des quatre cercles» de la Commission des finances CN du 15 février 2005 exige par exemple que le Conseil fédéral définisse les critères propres à chaque cercle et les modalités de passage d'un cercle à l'autre. A travers le postulat 04.3441 «Gestion administrative dans le troisième cercle» du 13 septembre 2004, la Commission de gestion CE charge le Conseil fédéral de lui soumettre dans un rapport, à l'aide de modèles, les critères de création ou de transfert d'établissements de droit public et d'autorités de surveillance.

29 Price Waterhouse Coopers, 4 ss.

ressources financières de l'Etat nécessaires à l'exécution des tâches (perception d'impôts et de taxes), mais aussi de tâches telles que la préparation et les conseils en matière de dossiers politiques, les prestations dans les domaines de la formation et de la culture et la garantie du service universel au moyen de prestations d'infrastructure. Certaines de ces tâches requièrent un étroit suivi politique, tandis que d'autres peuvent être mieux exécutées à une certaine distance de l'administration fédérale. Répertorier les tâches de la Confédération sous la forme d'une typologie des tâches fournit une base pour déterminer quelles tâches incombent à l'administration fédérale et lesquelles se prêtent plutôt au transfert vers des entités de la Confédération devenues autonomes pour des raisons d'efficacité et d'efficience. En classant des tâches très diversifiées selon des critères spécifiques à l'externalisation et à la gestion, la typologie des tâches doit servir d'indicateur permettant de déterminer quelles sont les tâches qui se prêtent à l'externalisation et de référence au moment du choix du mode de gestion des entités autonomes chargées de l'exécution de ces tâches.

La typologie des tâches tient aussi compte de l'évolution dynamique de celles-ci. Les priorités du catalogue des tâches peuvent donc se déplacer au fil du temps, par exemple si certaines activités s'avéraient davantage exposées à la concurrence en raison de facteurs exogènes (évolution à l'étranger, nouvelles technologies, etc.) ou d'une nouvelle conception de l'Etat. Ainsi, il pourrait arriver au fil du temps que des tâches soient attribuées à un autre type de tâches ou carrément supprimées de la typologie en cas de perte de leur caractère public.

La typologie des tâches est une classification de celles-ci fondée sur une *grille idéale*, sorte de «boîte à outils» servant à vérifier systématiquement si une tâche donnée se prête à une externalisation. Ce n'est toutefois pas une approche mécaniste ou un mode d'emploi permettant de distinguer automatiquement les tâches externalisables de celles devant rester dans l'administration centrale; la typologie des tâches ne dispense pas d'examiner chaque externalisation au cas par cas. Une appréciation politique reste nécessaire, en particulier pour deux raisons.

Premièrement, toutes les tâches ne peuvent pas être attribuées de manière indiscutable à l'un des grands types définis. Les tâches se distinguent au contraire très souvent par des caractéristiques diverses. Il incombe donc aux acteurs politiques d'accorder l'importance requise à chaque particularité et d'attribuer ensuite les tâches à un type en fonction de leurs priorités.

Deuxièmement, ce ne sont pas des tâches spécifiques qui sont externalisées dans la pratique, mais des entités entières qui deviennent autonomes. Or, une entité assume généralement plusieurs tâches, qui fréquemment n'appartiennent pas au même type. Outre les critères spécifiques aux tâches, des critères organisationnels peuvent aussi intervenir dans la décision d'externalisation. La taille d'une entité peut notamment compter. L'octroi de l'autonomie implique en effet la création d'une certaine forme d'organisation, ce qui n'aurait guère de sens pour une entité de très petite taille. La composition du catalogue de tâches des unités organisationnelles doit faire appel au principe des priorités dans le cadre de la prise de décision politique, et le regroupement de petites unités organisationnelles afin d'atteindre une taille critique en vue d'une éventuelle externalisation doit être examiné.

La décision d'externalisation incombe donc au monde politique et ne doit pas être prise mécaniquement. Le but de la typologie des tâches est cependant de fournir un instrument utile pour l'évaluation systématique des externalisations futures selon des

critères uniformes. Les divergences par rapport aux solutions idéales seront toujours possibles, mais elles devront être justifiées et ne pas être simplement le fruit du hasard.

3.2 Elaboration de la typologie des tâches

3.2.1 Classification selon trois fonctions

La classification idéale des tâches se fonde sur les considérations fonctionnelles de la politologie, qui distingue les tâches de régulation, la préparation des dossiers politiques et les prestations de services[30]. Les tâches de régulation comprennent la régulation du marché telle qu'exercée par le régulateur postal ou la ComCom, et la surveillance dont le caractère prudentiel est prioritaire, comme dans le cas de la surveillance des marchés financiers. La préparation des dossiers politiques englobe pour l'essentiel les activités de préparation de la législation et de gestion administrative, à l'instar de celles qui incombent aux secrétariats généraux ou à l'Administration des finances. Pour terminer, les prestations de services regroupent des activités comme le service universel au moyen d'infrastructures, mais aussi des prestations dans les domaines de la formation et de la culture ainsi que toutes les prestations préalables dont l'Etat a besoin pour accomplir ses propres activités (mise à disposition d'un réseau informatique, locaux administratifs, etc.).

Ces considérations fonctionnelles fournissent une grille de base pour élaborer la typologie des tâches. Elle n'est toutefois pas suffisamment différenciée pour aider à prendre des décisions en matière d'externalisation et de gestion, car chaque fonction fondamentale regroupe tantôt des tâches qui sont exécutées avec davantage d'efficacité et d'efficience par l'administration centrale et tantôt d'autres qui se prêtent en principe à une externalisation. L'élaboration d'une typologie des tâches axée sur l'externalisation doit donc se fonder sur d'autres critères encore.

3.2.2 Critères de décision concernant l'adéquation à l'externalisation

Les auteurs fournissent une multitude de critères concrets de décision pour vérifier si des tâches se prêtent à l'externalisation[31]. En règle générale, ils sont regroupés selon leur nature juridique, politique et économique (macro-économie et économie d'entreprise). En référence à ces perspectives, les critères de décision permettent de déterminer si une tâche est exécutée de manière plus efficiente et efficace par l'administration ou par une entité devenue autonome. Pour chaque critère, la rentabilité et l'efficacité de l'exécution des tâches représentent des facteurs d'évaluation décisifs. Dans les chapitres suivants, ces quatre perspectives seront illustrées au moyen de divers critères de décision.

30 Cf. Finger/Lienhard, 11.
31 Cf. notamment Lienhard et al., 9 ss, et Poledna, 15 ss.

3.2.2.1 Perspective juridique: question de la puissance publique

Dans une *perspective juridique*, il importe de savoir dans quelle mesure l'externalisation de certaines tâches est conciliable avec les principes de l'Etat de droit. Dans cette optique, il faut en premier lieu examiner si les tâches relèvent de la *puissance publique*.

Dans le cas de tâches relevant de la puissance publique (souvent désignées par les auteurs comme des tâches de l'administration de police[32]), les bénéficiaires de prestations sont «soumis au droit», l'Etat pouvant intervenir dans les droits de particuliers[33]. Les prestations étatiques sur le plan de la formation et de la culture notamment ne relèvent pas de la puissance publique (tâches de l'administration de prestation), pas plus que les prestations internes (tâches de l'administration auxiliaire) dont l'administration a besoin pour effectuer son travail (p. ex. informatique, gestion de l'immobilier, etc.).

En raison de leur caractère contraignant, les mesures relevant de la puissance publique impliquent une forte légitimité démocratique. Par conséquent, elles ne se prêtent en principe guère à une externalisation. En revanche, il n'existe aucun rapport de subordination entre l'Etat et les bénéficiaires de prestations lorsque les activités ne relèvent pas de la puissance publique. En principe, les particuliers sont libres de recourir à ces prestations. L'externalisation de telles tâches est plus envisageable.

L'intensité des mesures relevant de la puissance publique diffère en fonction des droits privés concernés. Une autorité de surveillance des marchés financiers qui refuse par exemple de délivrer à une banque une autorisation d'exercer une activité bancaire agit sur mandat de la puissance publique. La Poste exerce aussi la puissance publique lorsqu'elle prescrit à des particuliers où installer leur boîte aux lettres et l'aspect extérieur de celle-ci. Pour évaluer si une tâche relève de la puissance publique dans le cadre d'une décision portant sur l'externalisation, il est donc essentiel de déterminer le degré d'intervention des mesures relevant de la puissance publique dans les droits des personnes ou entreprises concernées (interdiction à l'entreprise d'exercer son activité? ou simple restriction dans le choix d'une boîte aux lettres?).

3.2.2.2 Perspective politique: question du pilotage politique

La *perspective politique* place au centre la question du degré d'influence politique sur l'exécution des tâches. La politique définit sommairement toutes les tâches de la Confédération dans la Constitution et la législation. La marge de manœuvre politique dans l'exécution des tâches et le besoin d'un pilotage en complément de la loi peuvent cependant différer en fonction de la situation.

32 On parle d'administration de police à propos des restrictions imposées aux droits et libertés des individus. En revanche, l'administration de prestation procure des avantages aux individus. Quant à l'administration auxiliaire, elle regroupe toutes les activités directement liées au bon fonctionnement de l'administration de police ou de l'administration de prestation («services internes»); cf. rudin.

33 Une définition plus vaste inclut souvent, parmi les tâches relevant de la puissance publique, la politique étrangère ou la préparation des dossiers politiques (cf. Proeller, 30 s.).

Les critères suivants permettent d'appréhender le pilotage politique:

- *Densité normative légale*: bien souvent, la législation ne règle l'exécution des tâches que sur le principe et laisse une certaine marge de manœuvre politique en ce qui concerne leur mise en oeuvre. Pour d'autres tâches en revanche, la liberté d'action politique au niveau de leur exécution est limitée. Ainsi des buts supérieurs, comme garantir la sécurité du droit, exigent des réglementations détaillées au niveau légal (p. ex. prescriptions étendues concernant l'octroi des droits de brevet et de protection des marques). Il ne reste donc que peu de place pour l'influence politique sur l'exécution des tâches.
- *Dépendance envers les normes techniques ou internationales*: il n'y a pas que des dispositions légales détaillées qui influent sur le pilotage politique – des conditions-cadres exogènes peuvent aussi imposer des restrictions. C'est particulièrement le cas pour les prestations qui présentent un degré de technicité élevé ou qui sont soumises aux critères de scientificité, comme par exemple dans le domaine de la sécurité aérienne ou de la recherche.
- *Régulation par le marché*: la présence d'un marché qui fonctionne peut influer sur des aspects fondamentaux de l'exécution des tâches. Lorsque l'offre et la demande décident des modalités d'une prestation sur le marché de la concurrence, un pilotage supplémentaire de l'exécution des tâches n'est pratiquement pas nécessaire. Par contre, lorsque l'Etat détient le monopole d'une prestation et qu'il n'existe aucun autre fournisseur, la régulation par le marché fait défaut et c'est aux milieux politiques qu'il incombe de déterminer dans quelle mesure et avec quelle qualité un bien ou une prestation doivent être fournis.
- *Dépendance envers les recettes fiscales générales*: si une tâche est financée en grande partie par des recettes fiscales générales, la nécessité de sa légitimité démocratique augmente; l'exécution des tâches doit donc être suivie de près par la politique.
- *Sécurité de l'approvisionnement*: pour certaines prestations, une grande importance est accordée à la disponibilité d'un vaste service universel, pour lequel le marché ne parvient cependant pas toujours à garantir le niveau de qualité souhaité. Cela concerne notamment les prestations de mise à disposition de réseaux (p. ex. circulation routière, courant électrique). Le service universel requis doit être défini par les milieux politiques.
- *Nécessité d'indépendance*: le législateur a la possibilité d'exclure délibérément l'influence politique sur l'exécution de certaines tâches pour renforcer la crédibilité et la neutralité de l'institut chargé des tâches en question. Il s'agit notamment des autorités de surveillance qui prennent des décisions au cas par cas en toute impartialité et indépendamment de toute influence politique.

En résumé, le pilotage politique est particulièrement nécessaire lorsque l'accomplissement des tâches n'est pas déjà réglementé dans le détail par la loi ou par des dispositions techniques et des normes internationales. L'absence d'une régulation par le marché, la dépendance envers les recettes fiscales générales et l'importance de la sécurité de l'approvisionnement augmentent la nécessité du pilotage politique. Par

contre, le pilotage politique des tâches requérant une grande indépendance doit être volontairement restreint.

Par l'externalisation, la Confédération renonce à un pilotage détaillé et confère à l'entité devenue autonome un certain degré d'autonomie dans l'exécution des tâches. La démarche n'est donc justifiée que lorsque la liberté d'entreprise concédée n'est pas ensuite annulée par des influences politiques. Les tâches présentant un besoin élevé de pilotage devraient donc être exécutées de manière centralisée.

Inversement, les tâches pour lesquelles l'indépendance politique joue un rôle important ou qui offrent une marge de manœuvre limitée en raison de facteurs exogènes (pilotage légal ou régulation par le marché) se prêtent à une externalisation. Une externalisation souligne l'indépendance et facilite l'adaptation en souplesse aux modifications des conditions-cadres (gain d'efficacité). En même temps, elle rend superflue la mise en place de dispositifs visant à garantir l'indépendance (p. ex. pare-feu) qui seraient nécessaires si la tâche était accomplie dans l'administration fédérale (gain d'efficience).

3.2.2.3 Perspective macro-économique: question de l'adéquation au marché

La *perspective macro-économique* pose la question de l'adéquation d'un bien ou d'une prestation au marché. Les critères suivants sont décisifs:

– *Nature des biens/prestations*: les prestations étatiques peuvent être fournies en faveur de l'économie générale ou avoir un caractère commercial. Dans le premier cas, elles sont considérées comme importantes par rapport à la réalisation d'objectifs environnementaux, sociaux ou d'ordre politique, mais faute d'être rentables pour des prestataires privés elles ne sont pas fournies, ou du moins pas en quantité suffisante ou avec la qualité souhaitée. Ces prestations sont donc (co-)financées par l'Etat. Cette définition large inclut notamment les biens publics au sens strict, comme la défense nationale, et les biens méritoires, comme les prestations étatiques dans les domaines de la formation ou de la culture[34]. De tels biens ne sont pas commercialisables, ou seulement avec de très fortes restrictions.

– On appelle en revanche «commerciales» les prestations pouvant être définies de façon à réaliser un bénéfice, pour lesquelles il existe un marché et dont le prix du marché détermine l'offre et la demande. De tels biens et prestations sont commercialisables. Tandis que la qualité et la quantité des biens et prestations commerciaux sont déterminées par l'offre et la demande, il incombe

34 Les biens publics purs présentent deux caractéristiques: d'une part, la consommation du bien par un usager n'entraîne aucune réduction de la consommation des autres usagers (non-rivalité), et il est d'autre part impossible d'exclure quiconque de la consommation de ce bien ou l'exclusion aurait un coût prohibitif (principe de non-exclusion). La défense nationale est un exemple typique de bien public. La non-rivalité de la consommation et le principe de non-exclusion ne s'appliquent pas aux biens méritoires. Il s'agit en effet de biens dont l'utilité sociale dépasse l'utilité individuelle (externalité positive). Par conséquent l'Etat fournit un encouragement en matière de biens méritoires, qui ne seraient pas consommés sinon dans les quantités souhaitées. Ils sont souvent qualifiés de «biens publics impurs». On peut citer comme exemples la formation ou les mesures de prévention dans le domaine de la santé. Cf. aussi Frey, Service public, 3 ss ou Jaeger, 59.

à l'échelon politique de déterminer le degré d'approvisionnement des biens en faveur de l'économie générale (p. ex. prescriptions concernant la qualité, la quantité ou le prix de la prestation concernée). Les biens commerciaux se prêtent donc mieux à l'externalisation que les biens en faveur de l'économie générale.

– *Environnement concurrentiel*: la question de l'environnement concurrentiel est étroitement liée à celle de la nature des biens et prestations. Alors que la concurrence est en principe inexistante ou restreinte pour les biens en faveur de l'économie générale, les prestations commerciales obéissent aux lois de la concurrence. Une certaine souplesse entrepreneuriale est donc requise pour les tâches exécutées dans un environnement concurrentiel. Elle peut être renforcée par une externalisation. En outre, le risque de distorsions concurrentielles entre les responsables de tâches étatiques et privés est patent lors de tâches exécutées dans un environnement concurrentiel. L'externalisation de telles tâches, en réduisant l'influence politique, diminue le risque que des unités organisationnelles étatiques bénéficient de conditions préférentielles par rapport aux acteurs privés du marché.

– *Financement des prestations*: les prestations peuvent être financées par des recettes fiscales générales, par des émoluments ou par des recettes qui sont fonction des prix du marché. Les biens et prestations commercialisables sont en principe financés par des recettes qui sont fonction des prix du marché, tandis que les biens et prestations non commercialisables sont financés par des recettes fiscales générales et des émoluments. Des considérations démocratiques font pencher pour un pilotage politique là où les tâches sont financées dans une large mesure par des recettes fiscales générales ou des émoluments. Selon le principe du «Qui paie commande», il appartient aux milieux politiques de déterminer dans les grandes lignes et en complément de la législation à quelles fins les recettes fiscales générales et les émoluments doivent être affectés lors de la réalisation de tâches concrètes. Dans cette perspective, les biens financés par des recettes qui sont fonction des prix du marché se prêtent mieux à une externalisation que ceux qui peuvent être financés par des recettes fiscales générales.

Les tâches commercialisables sont donc des tâches de nature commerciale, soumises à la concurrence et financées par des recettes qui sont fonction des prix du marché. De telles tâches se prêtent généralement bien à une externalisation. Moins une tâche présente de disposition à la commercialisation et moins elle se prête à une externalisation.

3.2.2.4 Perspective d'économie d'entreprise: question du potentiel de synergies et des besoins de coordination

La *perspective d'économie d'entreprise* porte sur les coûts et l'utilité de la fourniture interne de prestations par rapport à une externalisation. Elle dépend en premier lieu du milieu dans lequel les tâches sont exécutées et des critères suivants:

– *Besoins de coordination*: certaines tâches exigent une coordination et une harmonisation étroites entre diverses unités administratives. Tel est le cas de la préparation et de la coordination des dossiers politiques, mais aussi des

«prestations préalables» comme la garantie de la compatibilité des solutions informatiques utilisées dans la comptabilité centrale de la Confédération. La centralisation de telles prestations facilite la coordination entre unités administratives. De même, la standardisation des procédures de coordination dans l'administration fédérale (consultations des offices, procédures de co-rapport) contribue à un processus de décision politique cohérent. En outre, une unité organisationnelle de l'administration centrale qui connaît précisément les besoins des unités administratives impliquées et les processus internes à l'administration sera à même de fournir plus efficacement des prestations préalables qu'une entité devenue autonome. Par contre, les procédures de coordination internes à l'administration qui prennent parfois beaucoup de temps et concernent des prestations ne devant que peu être coordonnées avec d'autres tâches publiques constituent un frein. Si de surcroît les prestations sont fournies dans un environnement de marché dynamique, de constantes adaptations à un contexte en rapide mutation devront être faites en souplesse. En de tels cas, une externalisation permettrait d'accroître l'efficacité et l'efficience de l'exécution des tâches.

– *Potentiel de synergies pour l'acquisition de prestations préalables:* l'exécution de certaines tâches de la Confédération exige des ressources et des prestations préalables très spécifiques, qui doivent être acquises et gérées de façon ciblée. Par contre, d'autres tâches fédérales font appel à des ressources présentant une très grande analogie, dont l'acquisition et la gestion peuvent être centralisées sans entraîner de perte qualitative ou quantitative[35]. L'administration fédérale bénéficie d'avantages quantitatifs pour l'acquisition ou la production des prestations préalables en vue de l'exécution des tâches (p. ex. achat de matériel informatique et de logiciels, installations de bureaux, gestion du personnel, etc.). Tant que les tâches reposent sur des prestations préalables similaires, leur exécution au sein de l'administration centrale permet de tirer le meilleur parti de ces avantages quantitatifs. Il en va différemment dans un secteur comme la recherche. Cette activité nécessite souvent des locaux et des laboratoires spécifiques, qui doivent satisfaire à toutes sortes de paramètres de sécurité. En outre, les solutions informatiques nécessaires pour les calculs complexes diffèrent sensiblement des normes usuelles en matière de bureautique. La recherche offre ainsi un faible potentiel de synergies avec les ressources nécessaires à l'administration centrale. La tendance sera dès lors d'externaliser de telles tâches, qui requièrent des ressources spécifiques. Comme il n'y a de toute façon aucune synergie à attendre de l'achat et de la gestion de prestations préalables spécifiques, une externalisation n'entraînera aucune perte d'efficience. Au contraire, elle accroîtra dans certains cas la souplesse de l'organisation, et facilitera ainsi l'accès aux ressources et leur gestion (gain d'efficacité et d'efficience). Par la même occasion, elle dispensera l'administration fédérale de fournir des prestations préalables spécifiques.

– *Visibilité*: la nécessité d'une identité autonome constitue un cas particulier du besoin de coordination – une sorte d'effet «négatif» de synergie. Dans certains domaines comme la recherche, la formation, la culture et la santé, la

35 Une question parfois traitée en doctrine mais qui ne sera pas examinée ici est de savoir si certaines ressources sont exclusives au point de constituer une barrière à l'accès au marché. Cette question serait l'objet du critère de l'«adéquation de la prestation au marché».

Confédération fournit des prestations dont le crédit et la reconnaissance dépendent directement du prestige et de la renommée du prestataire. A ce propos, l'accession à l'autonomie offre aux entités de la Confédération davantage de possibilités de se profiler et d'acquérir une réputation que si elles continuaient d'appartenir à l'administration centrale; leur externalisation contribue donc à une exécution plus efficace des tâches. L'argument vaut également pour le financement privé des prestations. Certaines tâches sont attrayantes pour des mécènes, comme les tâches culturelles ou celles relevant du domaine de la recherche. Le mécène ne fera toutefois des dons que s'il obtient toutes les garanties que son argent sera utilisé conformément à l'affectation prévue. L'accès de ces entités à l'autonomie juridique leur confère le droit de disposer du patrimoine et rehausse leur attrait aux yeux des mécènes. Pour les tâches relevant de la surveillance enfin, l'octroi de l'autonomie à l'organisme responsable souligne son indépendance politique et renforce sa crédibilité, augmentant du même coup l'efficacité de l'exécution des tâches. La visibilité ne joue pas toujours un rôle si important pour d'autres tâches, qui tirent parfois même parti de leur appartenance à l'administration fédérale. C'est par exemple le cas de l'aide au développement à l'étranger, où l'appartenance officielle à l'administration renforce sensiblement la position dans les négociations.

De manière générale, il n'est pas judicieux d'externaliser des tâches présentant un besoin élevé de coordination et un fort potentiel de synergies pour des considérations d'économie d'entreprise liées aux coûts et à l'utilité. En revanche, les tâches ayant un fort besoin de visibilité devraient être externalisées au nom de l'efficience dans l'exécution des tâches.

3.3 Elaboration des types de tâches

Sur la base des fonctions fondamentales de l'administration et des entités de la Confédération devenues autonomes esquissées au ch. 3.2.1 (préparation des dossiers politiques, régulation et prestations de services) et à l'aide des critères de décision concernant les externalisations énumérés au ch. 3.2.2 (puissance publique, pilotage politique, adéquation au marché, potentiel de synergies et besoins de coordination), quatre types de tâches présentant des dispositions comparables à l'externalisation vont faire l'objet des développements suivants.

Une situation assez homogène se dégage dans le domaine de la régulation. Cette fonction fondamentale peut donc constituer un type de tâches autonome («tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité»).

Une différenciation s'impose par contre au niveau des prestations. Les tâches attribuées à cette fonction fondamentale présentent des dispositions à l'externalisation tellement différentes qu'elles requièrent la création de sous-types.

Les «prestations fournies sur le marché» regroupent des tâches commerciales dont l'adéquation au marché est très élevée et pour lesquelles il existe un véritable marché. La nécessité d'un pilotage politique est donc plutôt restreinte et peut se limiter à la fixation d'un cadre. En ce qui concerne la garantie de l'efficience et de l'efficacité, les besoins de coordination avec d'autres tâches sont également peu marqués.

Les tâches constituant clairement des prestations mais pour lesquelles il n'existe pas de marché à proprement parler sont attribuées au type de tâches «prestations à caractère monopolistique». Elles requièrent un pilotage politique élevé.

Les prestations préalables internes représentent une forme particulière de prestations nécessaires à l'exécution des tâches (informatique, biens mobiliers et immobiliers, etc.). La question de l'externalisation de ces «prestations internes» se pose moins que celle du «make or buy» (faire ou acheter). Elles seront traitées séparément par la suite.

Les tâches relevant sensiblement de la puissance publique font aussi partie des prestations. Elles sont caractérisées en partie par d'importantes interventions dans les droits fondamentaux et ne se prêtent guère à l'externalisation.

Il en va de même pour la préparation des dossiers politiques. Les prestations relevant sensiblement de la puissance publique et la préparation des dossiers politiques sont donc regroupées sous le type «tâches ministérielles».

Le présent rapport repose donc sur quatre grands types à prendre en compte au moment d'externaliser des tâches et d'octroyer l'autonomie à des unités organisationnelles de la Confédération ainsi que pour les gérer:

- les tâches ministérielles (ch. 3.3.1)
- les prestations à caractère monopolistique (ch. 3.3.2)
- les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité (ch. 3.3.3)
- les prestations fournies sur le marché (ch. 3.3.4).

Les tâches du type «prestations internes» seront traitées séparément de la typologie des tâches pour les raisons susmentionnées (ch. 3.3.5).

3.3.1 Tâches ministérielles

Entités exécutant des tâches ministérielles[36]	Secrétariats généraux, OFJ, OFT, OFAS, AFF, DDC, domaine de la Défense (défense nationale), OFP, ODM, offices fédéraux, etc.
Objet	Préparation des dossiers politiques, prestations relevant sensiblement de la puissance publique
Puissance publique	Prestations relevant ou non de la puissance publique
Pilotage politique	Besoin marqué de légitimité démocratique et de pilotage détaillé, parce que les tâches sont financées en majorité par des recettes fiscales générales et que le domaine de la préparation des dossiers politiques ne peut être défini par la législation que dans les grandes lignes.
Adéquation au marché	Faible; prestations fournies en faveur de l'économie générale; financées en majeure partie par des recettes fiscales générales.

36 Attribution selon le principe des priorités.

Entités exécutant des tâches ministérielles[36]	Secrétariats généraux, OFJ, OFT, OFAS, AFF, DDC, domaine de la Défense (défense nationale), OFP, ODM, offices fédéraux, etc.
Potentiel de synergies et besoins de coordination	Besoins élevés de coordination; l'exécution des tâches doit souvent être coordonnée avec le champ d'action d'autres tâches et services de la Confédération, des cantons et des communes ainsi qu'avec l'étranger; les tâches dépendent de prestations préalables similaires, ce qui crée un potentiel de synergies pour leur acquisition; visibilité de moindre importance; il n'est pas nécessaire que les entités chargées de ces tâches adopte leur propre identité visuelle.
Particularités	La démarcation par rapport aux prestations à caractère monopolistique réside avant tout dans la nécessité d'un pilotage détaillé ainsi que dans le potentiel de synergies et les besoins de coordination ou la nécessité d'une propre identité visuelle.

Les tâches ministérielles regroupent des tâches requérant un suivi politique étroit et présentant un potentiel élevé de synergies ainsi qu'un besoin marqué de coordination. Il s'agit d'une part de la préparation des dossiers politiques, en relation par exemple avec la législation. Les tâches ministérielles comptent aussi d'autre part des prestations intervenant fortement dans les droits fondamentaux ou nécessitant un étroit suivi politique pour d'autres raisons. La défense nationale et les tâches de police en font partie.

Dans le cas des tâches ministérielles, tous les critères indiquent qu'elles doivent être fournies dans l'administration centrale. En particulier les tâches liées à la préparation des dossiers politiques ne peuvent être définies par la législation que dans les grandes lignes. Une coordination rigoureuse et un financement par des recettes fiscales générales s'imposent dès lors pour parvenir à une politique cohérente. Aucune exigence particulière, comme le besoin de visibilité, ne suggère une externalisation.

3.3.2 Prestations à caractère monopolistique

Entités fournissant des prestations à caractère monopolistique	Musée national suisse, écoles polytechniques fédérales et instituts de recherche, Institut fédéral de la propriété intellectuelle, OFS, Skyguide, etc.
Objet	Prestations pour lesquelles la concurrence ne s'exerce pas ou que de manière restreinte en raison d'une défaillance du marché ou en raison de la législation.
Puissance publique	Prestations ne relevant généralement pas de la puissance publique.
Pilotage politique	Variable; relativement élevé d'ordinaire, parfois limité par la loi ou des conditions-cadres exogènes.
Adéquation au marché	Modérée à faible; en majorité des prestations fournies en faveur de l'économie générale; financement par des recettes fiscales générales, des émoluments ainsi que des fonds de tiers en partie.

Entités fournissant des prestations à caractère monopolistique	Musée national suisse, écoles polytechniques fédérales et instituts de recherche, Institut fédéral de la propriété intellectuelle, OFS, Skyguide, etc.
Potentiel de synergies et besoins de coordination	Faible potentiel de synergies, les tâches nécessitant souvent des ressources et des processus de support spécifiques; l'exécution des tâches ne nécessite guère de coordination interne à l'administration; la bonne exécution des tâches exige plutôt que les entités qui en sont chargées parviennent à se positionner et à se profiler comme des organismes autonomes.
Particularités	Dans la majorité des cas, forte nécessité d'une propre identité visuelle (visibilité) et d'autonomie juridique.

Les prestations à caractère monopolistique comprennent des prestations très hétérogènes et forment une large palette de tâches. Pour ces prestations, la concurrence libre est limitée par une défaillance du marché ou par des dispositions légales37. Pourtant, les prestations fournies dans les domaines de la formation, la recherche et la culture entretiennent un certain rapport de concurrence avec les prestations similaires d'autres fournisseurs et peuvent être attribuées directement à des types de clients particuliers. D'où l'importance, pour les entités chargées de ces tâches, d'acquérir une renommée comme entité autonome, et d'être perçus ainsi par les milieux spécialisés et les clients potentiels (visibilité). L'autonomie les habilite enfin à disposer de leur patrimoine, ce qui les rend plus attrayantes pour les mécènes.

Mais il est vrai que de toutes les tâches se prêtant à l'externalisation, celles de ce type exigent le pilotage politique le plus étroit. En premier lieu, le législateur a en principe volontairement prévu une marge de manœuvre, et l'exécution de la majorité des tâches en question continue de dépendre des deniers publics. En outre, les prestations relèvent en partie de la puissance publique, et ne sont pilotées par le marché que de manière limitée.

La distinction entre les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique et les entités chargées de tâches ministérielles doit se faire en fonction de la tâche principale. Lorsqu'on ne voit pas au premier coup d'œil si une entité effectue principalement des tâches ministérielles ou fournit des prestations à caractère monopolistique, il convient d'examiner si elle présente sur le plan des tâches des particularités qui justifient une externalisation. A titre d'exemple, les musées devraient être externalisés en raison du savoir spécifique requis et des exigences particulières concernant la gestion immobilière et le personnel (p. ex. exigences en matière de sécurité des bâtiments ou horaires spéciaux du personnel). Le besoin de visibilité, notamment pour attirer les dons de mécènes, plaide également en faveur d'une externalisation.

37 Il s'agit soit de prestations avec des monopoles naturels qui sont fournies de manière plus efficiente et efficace par un seul fournisseur (p. ex. l'enregistrement des marques et brevets en un seul et même endroit), soit de biens dits méritoires – essentiellement dans les domaines de la formation et de la culture – qui ne sont pas fournis dans la quantité souhaitée du point de vue macro-économique étant donné que leur utilité économique est moindre pour les particuliers que pour la collectivité.

3.3.3 Tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité

Entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité	Surveillance de l'économie: ComCom, PostReg, COMCO, surveillant des prix, etc. Surveillance de la sécurité: AUFIN, CFMJ, Swissmedic, DSN, Bureau d'enquête sur les accidents d'avions, Service d'enquête sur les accidents des transports publics, etc.
Objet	a. surveillance de l'économie (surveillance du fonctionnement des marchés et régulation des marchés émergents) b. surveillance de la sécurité (protection de la population ou des acteurs du marché contre des dangers liés à des prestations spécifiques fournies sur le marché).
Puissance publique	Prestations relevant de la puissance publique.
Pilotage politique	Faible; la marge de manœuvre politique est intentionnellement limitée pour garantir que les tâches soient effectuées indépendamment de toute influence politique.
Adéquation au marché	Faible; prestations à caractère monopolistique.
Potentiel de synergies et besoins de coordination	Faible; le besoin de ressources spécifiques limite les synergies potentielles; l'exécution des tâches ne nécessite guère de coordination ou de réseaux internes à l'administration.
Particularités	Le caractère monopolistique et relevant de la puissance publique des tâches de ce type plaide sur le fond en faveur d'une fourniture centralisée des prestations. Le critère décisif pour l'externalisation de ces tâches n'est donc pas leur affinité avec le marché mais bien leur nécessité particulière d'indépendance ou le besoin de distanciation vis-à-vis du monde politique. Comme les tâches relevant de la surveillance de l'économie ou de la sécurité sont souvent exécutées par de très petites entités, la question se pose de savoir s'il faut regrouper diverses entités en cas d'externalisation afin d'améliorer l'efficience ou s'il convient plutôt de garantir leur indépendance par des délimitations organisationnelles au sein de l'administration centrale (p. ex. des commissions décisionnelles).

Ce type de tâches englobe deux catégories de tâches de régulation[38], à savoir les tâches dans le domaine de la surveillance de l'économie ainsi que de la surveillance de la sécurité:

Les *tâches de surveillance de l'économie* comprennent toutes les activités de surveillance intervenant de manière correctrice sur le fonctionnement des marchés et leurs défaillances dans le cadre de l'affectation des biens et des prestations ainsi que sur la fixation des prix. La régulation et la surveillance de l'évolution globale du marché qui incombent à la COMCO et au surveillant des prix sont un exemple de ces tâches.

38 Le terme de régulation est utilisé ici dans le sens de l'application et de la mise en œuvre des lois, notamment dans le domaine de la surveillance. Une acception plus large du terme porterait aussi sur la préparation des actes législatifs. Cette activité relève cependant des tâches ministérielles conformément à la typologie des tâches développée dans le rapport.

La surveillance de l'économie a pour but d'éviter des comportements nuisibles à l'économie des marchés libéralisés, comme les cartels et les ententes sur les prix. La régulation et la surveillance de secteurs de marché spécifiques comme le font le régulateur postal pour le marché postal, la ComCom dans le domaine des télécommunications ou le service indépendant d'attribution des sillons pour le trafic ferroviaire, relèvent aussi de la surveillance de l'économie. Cette surveillance spécifique est souvent nécessaire pour les marchés émergents; elle peut être progressivement réduite en fonction de l'ouverture et de la libéralisation des marchés en question et remplacée par l'activité de surveillance de l'évolution du marché dans sa globalité.

L'aspect prudentiel est prioritaire dans les *tâches de surveillance de la sécurité*. Elles servent à protéger la population ou certains acteurs du marché de dangers très divers en relation avec la fourniture de prestations spécifiques sur le marché. Il s'agit par exemple de risques économiques dans le cas de l'AUFIN, de risques plutôt techniques avec l'IFSN et de risques sanitaires dans le cas de Swissmedic.

Bien que les tâches relevant de la surveillance de l'économie ou de la sécurité diffèrent, elles sont comparables quant à la pertinence d'une externalisation. Les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité portent sur la régulation des activités économiques des particuliers. La prévention des effets négatifs des défaillances du marché (tâches de la surveillance de l'économie) ainsi que la protection de la santé et de la bonne foi dans les relations d'affaires (tâches de la surveillance de la sécurité) jouent un rôle en faveur de l'économie générale. Le fait que ces prestations relèvent de la puissance publique et que leur nature est monopolistique plaiderait en principe aussi en faveur d'une fourniture des prestations au sein de l'administration fédérale centrale. Afin d'accroître la crédibilité et donc l'efficacité de l'exécution, la législation accorde un degré élevé d'indépendance aux entités chargées des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. Il importe en particulier que les décisions soient prises dans chaque cas indépendamment de toute influence politique, pour en garantir l'objectivité et la neutralité. La préservation de cette indépendance importante dicte d'externaliser les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, ainsi que de limiter fortement la marge de manœuvre politique qui outrepasserait la loi.

Dans la pratique, il n'est pas toujours aisé de distinguer les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique de celles chargées de tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité (p. ex. pour Skyguide, Swissmedic et l'IPI). Cette distinction n'a en soi aucune influence sur la décision d'externalisation, compte tenu du fait que ces deux types de tâches doivent être exécutées en dehors de l'administration centrale. Le type de tâches est toutefois important pour le pilotage, étant donné que les prestations à caractère monopolistique doivent faire l'objet d'un pilotage plus étroit (portant sur les tâches et l'aspect entrepreneurial) que les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, pour lesquelles l'indépendance politique joue un rôle essentiel lors des prises de décisions. Cette indépendance poussée ne sera toutefois accordée qu'avec retenue et uniquement aux entités dont les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité sont clairement prioritaires. Dans cette perspective, Swissmedic appartient donc plutôt aux entités qui exécutent des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, tandis que l'IPI et Skyguide s'apparentent aux entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique.

3.3.4 Prestations fournies sur le marché

Entités fournissant des prestations sur le marché	La Poste, Swisscom, CFF, RUAG, etc.
Objet	Prestations soumises à la concurrence (partiellement régulée).
Puissance publique	Prestations ne relevant pas de la puissance publique.
Pilotage politique	Faible; la loi garantit un service minimal (mandat pour assurer le service universel, concessions, etc.); les prestations sont en outre fonction du marché.
Adéquation au marché	Prestations majoritairement commercialisables et financées par des recettes qui sont fonction des prix du marché.
Potentiel de synergies et besoins de coordination	Faible; l'exécution des tâches exige, en partie au moins, des ressources spécifiques (personnel, informatique, immeubles, infrastructure) et guère de coordination ou de réseaux internes à l'administration; par contre, une propre identité visuelle (visibilité) du responsable des tâches constitue un avantage sur le plan marketing.
Particularités	La création de conditions identiques à celles des autres concurrents est importante.

Avec des prestations fournies sur le marché, la proximité avec la Confédération peut conduire à des distorsions du marché et pénaliser les autres concurrents. Ce risque est diminué par l'octroi de l'autonomie à des entités qui fournissent de telles prestations. Les autres critères plaident aussi en faveur d'une externalisation: étant donné que la qualité et la quantité de l'offre sont essentiellement déterminées par le marché, le besoin d'un pilotage politique est peu marqué. Ces prestations ne relèvent pas de la puissance publique et sont fournies essentiellement dans un régime concurrentiel, au prix du marché. Dans ces conditions, la création d'une entité autonome permet de s'imposer plus facilement face à la concurrence (visibilité). Ajoutons qu'un certain pilotage politique est nécessaire dans le domaine du service universel. Les prestations fournies dans ce cadre sont donc réglées au niveau légal, la concrétisation se réalisant souvent au niveau des ordonnances d'exécution ou au moyen des accords spécifiques sur les prestations.

3.3.5 Prestations internes

Les «*prestations internes*» regroupent des tâches telles que l'acquisition et la gestion de biens meubles et immeubles, des ressources informatiques, du personnel et des finances, exécutées entre autres par l'OFCL, l'OFPER et aussi l'AFF. Les prestations internes sont des tâches à caractère principalement commercial. Leur statut de prestations purement préalables à l'exécution étatique de tâches empêche de les attribuer à un type particulier de la typologie des tâches. La question de l'externalisation – combinée à l'octroi de l'autonomie à une entité de la Confédération – ne s'applique pas à ces prestations. Il s'agit plutôt de décider si elles continuent d'être fournies à l'interne ou si elles doivent être achetées à l'externe, auprès de particuliers («make or buy»). Dans le cas de la Confédération comme dans celui des gran-

des entreprises privées, le besoin de solutions sur mesure et la sécurité de l'approvisionnement (p. ex. intervention prioritaire en cas de panne informatique) plaident en faveur d'une fourniture interne des prestations.

3.4 Conclusion

Compte tenu des explications précédentes, il est possible d'émettre les recommandations suivantes en vue de futures externalisations:

1. Les prestations à caractère monopolistique, les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ainsi que les prestations fournies sur le marché se prêtent à l'externalisation. Par contre, l'externalisation n'est pas recommandée pour les tâches ministérielles. Elles doivent être exécutées au sein de l'administration fédérale centrale, mais peuvent être gérées selon le modèle de la GMEB, si l'efficience et l'efficacité de leur exécution l'exigent.
2. Pour distinguer les entités exerçant des fonctions ministérielles de celles fournissant des prestations à caractère monopolistique, il faut se baser sur leurs spécificités au niveau des tâches. Une entité ne pourra être qualifiée d'entité fournissant des «prestations à caractère monopolistique» que si, compte tenu de ses besoins spécifiques (p. ex. ressources ou visibilité), on attend d'une externalisation une exécution plus efficace et plus efficiente des tâches. Il s'agit sinon de tâches ministérielles dont l'exécution relève de l'administration fédérale centrale.
3. Les entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité jouissent d'un degré poussé d'indépendance. Bien que leur activité relève de la puissance publique et qu'elles soient financées par des émoluments, les modalités d'exécution ne sauraient faire l'objet d'un pilotage politique. D'où l'importance d'être prudent et de ne confier les «tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité» qu'aux entités dont le législateur souhaite expressément l'indépendance politique.

4 Gestion des entités de la Confédération devenues autonomes

4.1 Introduction

La Confédération gère l'exécution de ses tâches en priorité par des lois et des ordonnances matérielles, complétées au besoin par des directives (s'appliquant notamment à l'administration fédérale) ainsi que par des conditions contractuelles ou ordonnées par décision (s'appliquant notamment aux concessionnaires).

Afin d'en augmenter l'efficacité ou l'efficience, la Confédération renonce à faire exécuter certaines tâches par l'administration fédérale centrale et les confie à un organisme ou une entreprise dont elle est propriétaire ou actionnaire principal ou majoritaire. Nous utiliserons ci-après l'expression «entités de la Confédération 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 position de propriétaire ou d'actionnaire principal ou majoritaire de la Confédération (désignée ci-après par le terme de propriétaire) lui permet

d'exercer une emprise sur l'évolution des entités devenues autonomes et sur les tâches fédérales qui leur incombent.

La propriété ou la participation de la Confédération dans ces entités dépend directement des tâches fédérales qui leur sont confiées. La forme organisationnelle doit:

a. conférer les compétences et la marge de manœuvre nécessaires aux entités devenues autonomes pour une exécution optimale des tâches et

b. assurer à la Confédération *en tant que propriétaire* une emprise et un contrôle conformes au but d'intérêt public de sa propriété ou de sa participation.

Lors de l'élaboration du présent rapport, diverses entités devenues autonomes ont été analysées du point de vue de leur forme organisationnelle, notamment en ce qui concerne les droits en matière de gestion et de contrôle dont dispose la Confédération. Il apparaît nécessaire d'agir dans deux domaines en particulier:

a. Certains éléments de gestion des établissements ne sont pas suffisamment harmonisés, ce qui entrave le bon fonctionnement du circuit de gestion au sein de l'établissement (collaboration entre organes p. ex.) ainsi qu'entre l'établissement et la Confédération (activité de contrôle de la Confédération p. ex.). Par contre, la réglementation de la gestion des sociétés anonymes se révèle dans l'ensemble adéquate en raison de l'application obligatoire du cadre de droit privé.

   La gestion des établissements doit être améliorée. Il convient de préciser et de mieux coordonner certains éléments de gestion, de même que de combler les éventuelles lacunes réglementaires. A cet effet, la Confédération se référera aux principes tant nationaux qu'internationaux du gouvernement d'entreprise («Corporate Governance») et au droit suisse de la société anonyme, qui contient déjà divers postulats typiques du gouvernement d'entreprise[39].

b. Certains établissements ou sociétés anonymes sont par ailleurs exposés à des tiraillements entre d'un côté leur organisation, qui implique de l'autonomie, et de l'autre la Confédération, avec sa volonté d'être informée et d'avoir une emprise directe sur l'exécution des tâches.

   D'où l'importance d'aménager à l'avenir les divers éléments de gestion en tenant mieux compte des particularités de chaque type de tâches. Cette approche doit garantir que la Confédération exerce toute l'influence nécessaire, en respectant autant que possible l'autonomie d'exploitation des entités devenues autonomes.

Un ensemble de 28 principes directeurs forment la quintessence de cette analyse. Ils constitueront à l'avenir la base pour une optimisation et une harmonisation de la forme organisationnelle ainsi que pour une gestion cohérente des entités de la Confédération devenues autonomes. Ces principes sont exposés sommairement ci-après; ils seront enfin appliqués aux divers types de tâches et condensés dans un modèle de gestion spécifique à chaque type de tâches.

39 Les références principales sont le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise et la Directive de SWX concernant les informations relatives à la Corporate Governance, ainsi que les Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques (cf. le rapport explicatif de l'AFF, partie II).

Le rapport n'aborde pas certains thèmes, tels que la politique du personnel et la réglementation des caisses de pensions des entités devenues autonomes, compte tenu des projets de réforme en cours.

4.2 Eléments de gestion

4.2.1 Forme juridique

Le choix de la forme juridique ou organisationnelle[40] *est crucial pour la définition des autres éléments de gestion. Elle doit correspondre aux particularités de la tâche confiée à l'entité devenue autonome.*

La gestion des entités devenues autonomes s'appuie sur leur forme juridique ou organisationnelle. Avec une forme organisationnelle relevant du droit public, la Confédération peut élaborer le droit organisationnel de l'entité devenue autonome, et notamment définir ses propres droit à l'information et droit d'intervention en tant que propriétaire, en fonction de ses besoins. Dans le cas des formes juridiques de droit privé, en particulier la société anonyme de droit privé, le droit organisationnel et les droits de la Confédération en tant que propriétaire sont largement prédéfinis par le droit privé.

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. Il existe aussi des formes mixtes à mi-chemin entre le droit public et le droit privé: la société anonyme de droit public en constitue le meilleur exemple. Cette forme organisationnelle relevant du droit public est très proche de la société anonyme de droit privé. La Confédération peut se réserver des droits à l'information et des droits d'intervention en sa qualité de propriétaire grâce à une loi spéciale, ce qui serait impossible en cas d'application exclusive du droit privé. Des formes mixtes sont en principe aussi envisageables pour les autres formes juridiques de droit privé que sont la SARL ou la coopérative. Ce chevauchement de sphères juridiques peut toutefois soulever des difficultés de délimitation. Une forme organisationnelle privilégiant la Confédération en matière de droit à l'information et de droit d'intervention par rapport aux autres actionnaires devient surtout problématique en cas de cotation en bourse: les sociétés cotées en bourse sont tenues de respecter le principe de l'égalité de traitement au sens du droit des marchés de capitaux, qui entend garantir aux investisseurs le même accès aux informations susceptibles d'influencer les cours, et qui est ainsi plus strict que ne l'est le principe de l'égalité de traitement au sens du droit de la société anonyme[41].

40 Le droit privé règle dans le détail les formes organisationnelles autorisées, indépendamment des cas particuliers; il établit une *typologie exhaustive des formes juridiques* (p. ex. SA, SARL, etc.). Le droit public de la Confédération ne contient aucune réglementation abstraite sur la structure organisationnelle des établissements par exemple. Les établissements ne disposent donc pas de leur propre forme juridique.

41 Cf. Böckli/Bühler, 105. Le message concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs immobilières (loi sur les bourses, LBVM), FF **1993** I 1282, contient le passage suivant: «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.»

Les besoins de la Confédération en droit à l'information et droit d'intervention particuliers diffèrent en fonction des tâches. Les tâches exécutées de manière monopolistique et financées par des recettes fiscales générales ou des émoluments donnent à la Confédération davantage de droit en matière d'information et d'intervention que les tâches fournies sur le marché et financées par des recettes qui sont fonction des prix du marché.

Pour que la Confédération puisse s'assurer des droits à l'information et des droits d'intervention particuliers, il faut assigner la forme organisationnelle de droit public qu'est l'établissement aux entités devenues autonomes chargées de tâches relevant de la puissance publique ou fournissant des prestations à caractère monopolistique et qui sont financées par des recettes fiscales générales ou des émoluments. La forme juridique de la société anonyme de droit privé est prévue pour les entités dont le financement est principalement assuré par des recettes qui sont fonction des prix des prestations qu'elles fournissent sur le marché (régulé le cas échéant), dont les prestations ne relèvent pas de la puissance publique, qui remplissent la condition de l'autonomie économique et sont dès lors ouvertes à la participation de tiers. D'autres formes juridiques ou organisationnelles, notamment les formes mixtes de droit public, sont envisageables à titre d'exception et en tenant compte de la diversité des tâches de la Confédération. Il faut toutefois que les exceptions soient justifiées.

La restriction des formes juridiques et organisationnelles autorisées pour les entités de la Confédération devenues autonomes contribue à l'harmonisation du droit organisationnel.

La Confédération a délégué certaines tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité aux commissions décisionnelles (p. ex. CFMJ, COMCO, ComCom). Ces dernières appartiennent à l'administration décentralisée, ne sont rattachées à leurs départements respectifs qu'à titre administratif et jouissent donc d'une certaine autonomie. Mais contrairement aux entités de la Confédération devenues autonomes, elles ne sont pas dotées de la personnalité juridique et ne jouissent d'aucune capacité d'action. Elles ne sont pas non plus des organismes ou des entreprises au sens du présent rapport. La forme organisationnelle de la commission décisionnelle doit être réservée aux entités nécessitant une certaine indépendance politique pour l'exécution de leurs tâches, mais pour lesquelles l'octroi de l'autonomie juridique n'est pas conseillé au niveau de l'entité (p. ex. en raison d'une taille insuffisante) ni au niveau du regroupement de plusieurs entités (p. ex. en raison d'interdépendances indésirables ou d'absence de potentiel de synergies).

Principe directeur sur la forme juridique comme élément de gestion

Principe nº 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.

4.2.2 Organes

Le nombre d'organes, leur composition et leur collaboration doivent garantir une conduite et une surveillance efficaces et efficientes sur le plan de l'exploitation.

Une entité devenue autonome doit disposer d'une gestion et d'une surveillance internes fiables. Il ne faut donc pas prévoir d'organes plus nombreux ou plus étendus qu'une conduite d'entreprise efficace et efficiente ne l'exige. Les organes doivent disposer des connaissances nécessaires sur le plan technique et sur le plan de l'exploitation pour exercer leur fonction conformément à leurs responsabilités. Dans cette perspective, les membres du conseil d'administration ou d'institut doivent être nommés sur la base d'un profil d'exigences établi au préalable, qui énumère les connaissances techniques, spécifiques à la branche et relevant de la gestion d'entreprise dont l'organe de direction doit impérativement disposer. Ces exigences seules ne suffisent pas à garantir la défense des intérêts de la Confédération au sein du conseil d'institut ou du conseil d'administration[42]. Dans l'exercice de son droit de nomination, le Conseil fédéral doit donc veiller à ce que les membres des organes s'identifient aux objectifs stratégiques du Conseil fédéral et s'engagent ainsi en faveur des intérêts de la Confédération au sein du conseil d'administration ou d'institut[43].

Les organes des entités de la Confédération devenues autonomes doivent aussi être délimités au niveau du personnel et des compétences, afin d'assurer leur collaboration en vertu du principe de contrôle et d'équilibrage («checks and balances»). Le devoir de fidélité inscrit dans la loi incombant aux membres du conseil d'administration ou d'institut ainsi qu'à la direction et des règles claires sur la procédure à adopter en cas de conflits d'intérêts doivent en outre renforcer l'intégrité de l'entité devenue autonome et de ses organes, et éviter d'éventuels dommages.

Il s'agit d'aménager le droit de nomination et le devoir de surveillance de façon à les faire coïncider. Le droit de la société anonyme s'y prête, dans la mesure où il est du ressort de l'assemblée générale de désigner et de surveiller le conseil d'administration, celui-ci nommant et surveillant à son tour la direction. Dans le cas des établissements en revanche, le Conseil fédéral nomme en principe tous les organes – y compris l'organe dirigeant, qu'il ne surveille pas lui-même. Désormais, c'est le conseil d'administration ou d'institut des établissements qui nommera en principe

42 Les objectifs stratégiques du Conseil fédéral n'ont pas d'effet juridique contraignant pour le conseil d'administration d'une société anonyme de droit privé.

43 A propos de l'aspect *juridique* de la représentation des intérêts de la Confédération par des représentants de la Confédération *engagés en vertu d'un contrat ou de la loi*, cf. ch. 4.2.3.

l'organe dirigeant, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral. Le conseil d'administration ou d'institut est compétent en dernier ressort pour nommer la direction des entités accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. La renonciation à l'approbation par le Conseil fédéral découle de l'indépendance dont ces entités doivent jouir dans l'exécution de leurs tâches concrètes. Les membres des organes des établissements seront à l'avenir également révocables pendant la durée de leur mandat, comme le prévoit la réglementation actuelle applicable aux sociétés anonymes.

En ce qui concerne les établissements, le statut de l'organe externe de révision d'un établissement, sa compétence en matière d'examen ainsi que l'établissement des rapports doivent être uniformisés et déterminés par analogie avec le droit de la société anonyme. Le fonctionnement interne de cet organe en sera nettement amélioré, tandis que les doublons disparaîtront entre l'organe externe de révision et le Contrôle fédéral des finances (CDF) compétent pour la surveillance financière.

En outre, le CDF se verra obligatoirement confier le mandat d'organe externe de révision lorsque les sociétés d'audit privées relèvent de la surveillance de l'entité devenue autonome.

Ces mesures optimiseront avant tout la conduite et la surveillance des établissements. Peu d'optimisation n'est en revanche requise dans le cas des sociétés anonymes, puisque leur droit définit explicitement la structure organisationnelle, la répartition des compétences entre organes ainsi que les procédures de nomination et de révocation.

Sept principes directeurs sur les organes comme élément de gestion

Principe nº 2

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

Principe nº 3

En règle générale, personne ne peut être membre simultanément de plusieurs organes d'entités devenues autonomes.

Principe nº 4

Le Conseil fédéral nomme le conseil d'administration ou le conseil d'institut ainsi que l'organe externe de révision des établissements. La direction des établissements, composée d'un ou plusieurs membres, est nommée par leur conseil d'administration ou d'institut, 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.

Principe nº 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 Confé-

dération dans le conseil d'administration ou le conseil d'institut des entités devenues autonomes.

Principe nº 6

Les membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut, ainsi que de 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.

Principe nº 7

Pendant la durée de leur mandat, les membres des organes d'un établissement peuvent être révoqués pour de justes motifs.

Principe nº 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.

4.2.3 Représentants de la Confédération

La Confédération ne devrait plus être représentée dans des conseils d'administration ou d'institut par des personnes recevant des instructions que si le profil d'exigences de l'organe dirigeant ou le pilotage politique de la Confédération le requièrent.

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 strict, sont des membres tenus par contrat ou par la loi de représenter les intérêts de la Confédération dans l'organe où ils siègent, et le Conseil fédéral peut leur donner des instructions précises. En nommant ou en déléguant ses représentants, le Conseil fédéral fait valoir ses intérêts au coeur même de l'organe de direction des entités devenues autonomes et obtient des informations directes du conseil d'administration ou du conseil d'institut en vertu de leur devoir d'informer. Les représentants de la Confédération peuvent être des membres du personnel fédéral ou des tiers. La loi ou un contrat les oblige à défendre les intérêts de la Confédération (représentants de l'administration: cf. art. 20 de la loi sur le personnel de la Confédération). Une instruction ciblée du représentant de la Confédération sur un domaine en particulier est aussi envisageable.

Les intérêts de l'entité devenue autonome peuvent être en contradiction avec ceux de la Confédération. Les représentants de la Confédération sont alors confrontés à un dilemme: leur fonction de représentants de la Confédération leur dicte de défendre les intérêts de cette dernière, tandis que leur mandat au conseil d'administration ou d'institut implique la sauvegarde des intérêts de l'entité devenue autonome. C'est pourquoi la Confédération ne devrait plus être représentée par des personnes rece-

vant des instructions que dans les conseils d'administration ou d'institut où cela s'impose. Deux cas de figure se dégagent: soit le conseil d'administration ou le conseil d'institut requiert la présence de représentants de la Confédération en raison de leurs connaissances exclusives (profil d'exigences), soit la Confédération n'a pas d'autres moyens (p. ex. lois matérielles ou objectifs stratégiques contraignants sur le plan juridique) de défendre ses intérêts.

Principe directeur sur les représentants de la Confédération comme élément de gestion

Principe nº 9

La Confédération ne doit 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.

4.2.4 Responsabilités

Les responsabilités de la Confédération ainsi que celles de ses entités doivent se réduire à l'essentiel.

A l'heure actuelle, la loi sur la responsabilité (LRCF) s'applique si un dommage survient dans le cadre de l'exécution d'une tâche publique. L'entité devenue autonome chargée de l'exécution de ladite tâche répond envers le lésé, qu'il y ait eu faute ou non (responsabilité causale). Si l'entité ne peut assumer sa responsabilité, la Confédération répond envers le lésé (responsabilité subsidiaire). La Confédération et l'entité peuvent toutefois faire assumer leurs responsabilités aux organes et aux collaborateurs (en faisant recours), s'ils ont enfreint leurs devoirs intentionnellement ou par négligence et causé ainsi le dommage.

En revanche, si un dommage survient dans le cadre d'une activité privée, le régime de la responsabilité applicable est celui du droit privé. Ainsi l'entité devenue autonome ne répondra du dommage que si la personne lésée peut prouver qu'elle a commis une faute, soit intentionnellement, soit par négligence grave ou légère (responsabilité dérivant de la faute)[44]. Quant aux organes et aux collaborateurs, ils répondront, en cas de recours, même d'une négligence légère.

L'application de la loi sur la responsabilité est positive à double titre pour la personne lésée. L'obtention de dommages-intérêts est *plus aisée* grâce à la responsabilité causale, et *plus sûre* grâce à la responsabilité subsidiaire.

Inversement, le régime de la responsabilité du droit privé, ne prévoyant aucune responsabilité causale ou subsidiaire en l'absence d'une réglementation particulière, est plus avantageux pour la Confédération. En outre, comme les organes ou les

44 Le droit privé prévoit ponctuellement la responsabilité causale, comme par exemple la responsabilité de l'employeur (art. 55 CO) ou celle du propriétaire du bâtiment ou autre ouvrage (art. 58 CO).

collaborateurs répondent déjà en cas de négligence légère, les recours sont plus simples.

Les entités devenues autonomes assument des tâches publiques. En cas de dommage, la loi sur la responsabilité s'appliquerait donc en principe. Si les entités devenues autonomes sont essentiellement actives sur le marché et exercent leurs activités dans le cadre du droit privé, il s'avère difficile d'appliquer la loi sur la responsabilité. Dans de tels cas, la responsabilité de l'entité devenue autonome doit par conséquent être régie exclusivement par le droit privé. Il s'agit aussi de soumettre ses organes et ses collaborateurs au droit privé de la responsabilité. Pour ce faire, il faut inscrire l'application des règles du droit privé en matière de responsabilité dans la loi d'organisation[45]. La Confédération n'assumerait ainsi plus aucune responsabilité[46].

Dans le cadre de la surveillance de l'économie ou de la sécurité, la Confédération surveille diverses activités *privées* (l'exploitation de centrales nucléaires, la fabrication, la distribution et la vente de médicaments p. ex.), bien qu'elle externalise de plus en plus ces tâches vers des entités devenues autonomes dont elle est propriétaire (Swissmedic, AUFIN, IFSN p. ex.).

Compte tenu du fait que les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité sont d'ordre public, la personne lésée est libre en cas de dommage de poursuivre la Confédération ou l'entité devenue autonome chargée de cette surveillance à la place de l'entreprise soumise à sa surveillance et de ses organes. Cette solution est intéressante pour le lésé, étant donné qu'il ne doit pas prouver de faute (responsabilité causale), que la procédure est ainsi relativement simple et que l'entité devenue autonome ou la Confédération est solvable.

Le risque de responsabilité qui en découle pour la Confédération peut s'avérer très lourd de conséquences au niveau du contenu et de l'ampleur[47]. Juridiquement et matériellement, il est inapproprié que, si l'entreprise faisant l'objet de la surveillance commet une faute grave, alors que seule une légère violation du devoir de fonction peut être reprochée à la Confédération ou à l'entité devenue autonome, la Confédération puisse être amenée à en endosser l'entière responsabilité[48].

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

46 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, cf. le rapport explicatif de l'AFF, ch. 3.1.

47 A titre d'exemple, les cantons de Genève et de Vaud exigent respectivement 3,5 milliards et 2 milliards de francs de la Confédération. Ils justifient ces exigences notamment par l'insuffisance de la surveillance exercée par la Commission fédérale des banques sur leurs banques cantonales. Dans le cas du crash d'Überlingen, des dommages de plusieurs dizaines de 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. Au sujet du risque de responsabilité dans les marchés financiers: cf. message du 1er février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF **2006** 2756, ch. 1.2.9.

48 JAAC 66.51.

Au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral[49], les entités devenues autonomes exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ne peuvent être tenues pour responsables qu'en cas de violation de leurs devoirs essentiels de fonction. Elles ne répondent toutefois pas des dommages résultant de violations des obligations des organismes soumis à la surveillance.

Le Conseil fédéral propose pour la première fois, dans le cadre du projet de surveillance des marchés financiers (AUFIN), d'inscrire expressément dans une loi cette réglementation en matière de responsabilité[50]. Il s'aligne ainsi sur la jurisprudence du Tribunal fédéral et l'évolution internationale[51].

La Confédération a consenti à assumer des responsabilités, garanties, cautions et engagements conditionnels *spécifiques* envers certaines entités devenues autonomes. De tels engagements supplémentaires ne devront à l'avenir être pris par la Confédération que dans des cas exceptionnels dûment justifiés et moyennant des directives renforcées sur la politique des risques (p. ex. contrôle régulier des directives stratégiques, obligation éventuelle de s'assurer, etc.).

Trois principes directeurs sur les responsabilités comme élément de gestion

Principe nº 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.

Principe nº 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.

Principe nº 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.

49 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. Cf. aussi Schwarzenbach, 61 s.

50 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 1er 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 assujetti. Ainsi, la responsabilité de l'entité devenue autonome et en conséquence une éventuelle responsabilité subsidiaire de la Confédération sont limitées.

51 Werlen/Wood, 616.

4.2.5 Compétences particulières

Les compétences législatives, la compétence de prendre des participations et de nouer des coopérations, ainsi que la compétence de fournir des prestations commerciales – en référence à une base légale idoine – ne seront accordées aux entités devenues autonomes que si ces compétences servent les intérêts supérieurs de la Confédération.

Les entités devenues autonomes ne peuvent être dotées de propres compétences législatives non soumises à approbation, à titre exceptionnel et en vertu d'une norme de délégation, que lorsqu'il s'agit de régler des questions techniques d'importance secondaire. La délégation de compétences législatives est exclue dans les domaines où la concurrence s'exerce, en raison des distorsions qui pourraient en découler.

Le règlement sur les émoluments n'est pas de nature technique ni d'importance secondaire; il ne doit donc être adopté par le conseil d'administration ou le conseil d'institut que sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral. Les entités dont les prestations sont financées par des émoluments ou des indemnités de la Confédération doivent aussi soumettre leur règlement du personnel au Conseil fédéral pour approbation. Les frais de personnel constituent en effet le poste de charges le plus lourd, surtout dans le secteur des services. Ils déterminent ainsi le coût des prestations fournies par les entités devenues autonomes.

Les coopérations et les participations sont importantes pour les entités qui fournissent en majeure partie des prestations commerciales. Il importe donc qu'elles aient la compétence de conclure des coopérations et de prendre des participations, à condition toutefois que ces dernières contribuent à garantir ou à accroître durablement la valeur de l'entreprise, qu'elles puissent être gérées efficacement et tenir suffisamment compte des risques. Quant aux autres entités devenues autonomes, elles s'acquittent en principe elles-mêmes des tâches qui leur sont confiées.

Par ailleurs, les entités n'intervenant pas principalement sur le marché ne sont autorisées à fournir des prestations commerciales que si elles sont étroitement liées à leur tâche principale et ne portent à celle-ci aucun préjudice financier ou matériel. En outre, les prestations commerciales ne doivent pas fausser la concurrence. Elles requièrent une base légale.

Trois principes directeurs sur les compétences particulières comme élément de gestion

Principe n° 13

Les entités devenues autonomes ne reçoivent qu'exceptionnellement, en vertu d'une norme légale de 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.

Principe nº 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, si elles peuvent être gérées convenablement et si elles tiennent suffisamment compte des risques.

Principe nº 15

A condition qu'il existe une base légale à cet effet, les établissements sont autorisés à fournir des prestations commerciales 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.

4.2.6 Objectifs stratégiques

Le Conseil fédéral en tant que propriétaire doit gérer toutes les entités devenues autonomes en établissant des objectifs à moyen terme et en préservant une vue d'ensemble.

La loi d'organisation sert de base à la gestion d'une entité devenue autonome et distingue les compétences et les responsabilités de l'entité par rapport à celles de la Confédération. Cette dernière définit le contenu et l'ampleur des tâches dans des lois matérielles.

La Confédération ne peut toutefois pas gérer l'évolution de ses entités devenues autonomes au moyen de la seule législation, qui réglemente les points principaux à longue échéance. Elle a besoin d'un instrument lui permettant d'influencer à moyen terme l'entité devenue autonome et l'exécution des tâches, dans le but de préserver ses intérêts supérieurs.

Le Conseil fédéral, dans sa fonction de propriétaire, devra désormais gérer toutes les entités devenues autonomes par l'instrument des objectifs stratégiques. Uniquement dans le cas des entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, ce n'est pas le Conseil fédéral, mais le conseil d'administration ou le conseil d'institut qui définit les objectifs stratégiques. Ce règlement spécial tient ainsi compte de l'indépendance accrue dont jouissent ces entités par rapport aux autres, dans l'exécution de leurs tâches.

Les objectifs stratégiques doivent porter sur

- le développement de l'entité au moyen de directives *relatives à l'entreprise, et*
- les tâches à externaliser au moyen de directives *relatives aux tâches*.

Les directives relatives à l'entreprise définissent notamment des priorités en matière de politique commerciale et visent à consolider ou à augmenter la valeur de l'entreprise. Les directives relatives aux tâches fixent quant à elles des priorités pour l'exécution des tâches ou l'utilisation des éventuelles indemnités versées. De par ces directives, la Confédération tend à préserver les intérêts publics liés aux tâches (sécurité de l'approvisionnement p. ex.). Plus une entité devenue autonome accomplit ses tâches en fonction du marché, plus il importe que la Confédération inscrive la marque de sa gestion dans les directives relatives à l'entreprise. En revanche, la Confédération soumettra les entités devenues autonomes à une gestion axée prioritairement sur les tâches si l'exécution de celles-ci n'est réglée ni par le marché ni par une législation détaillée, si elle est soutenue par des contributions au financement ou si elle expose la Confédération à des risques considérables.

La Confédération commande des prestations à plusieurs de ses entités devenues autonomes, qu'elle rétribue avec des recettes fiscales générales[52]. De telles commandes de prestations financées par des fonds publics peuvent d'une part comprendre des domaines entiers d'activités confiés à l'entité devenue autonome (p. ex commande de prestations en matière de formation auprès des EPF ou d'infrastructure auprès des CFF). Ces commandes peuvent d'autre part comprendre des prestations achetées par la Confédération auprès de ses unités (p. ex. participation à l'élaboration de la législation). En principe, ces commandes de prestations devront aussi être définies dans les objectifs stratégiques, qui ne devront contenir, le cas échéant, que les principes de base de ces futures commandes. La transparence qui en résulte au niveau des interdépendances financières et matérielles les plus importantes entre la Confédération et les entités devenues autonomes permet au Conseil fédéral de gérer et contrôler ces entités d'un point de vue global. La commande de prestations ne doit cependant pas être incluse dans les objectifs stratégiques quand elle s'effectue dans un environnement concurrentiel. Dans un tel contexte, la Confédération doit décider, diriger et contrôler en faisant abstraction des intérêts liés au statut de propriétaire. C'est pourquoi, par exemple dans le domaine du trafic régional des personnes, où d'autres entreprises ferroviaires que les CFF peuvent faire des offres et où les commandes de prestations se font en collaboration avec les cantons, les commandes doivent être décidées, gérées et contrôlées en dehors du cadre des objectifs stratégiques. Dans tous les autres cas, les commandes de prestations devront être passées à l'avenir dans le cadre des objectifs stratégiques.

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 fédéral[53]. Lorsque les entités devenues autonomes dépendent en grande partie des indemnités, comme les EPF par exemple, le Parlement peut

52 La LSu distingue les aides financières et les indemnités. Dans le cas des entités devenues autonomes, les indemnités sont particulièrement 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.

53 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.

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 LFC[54]. Le Conseil fédéral doit en tenir compte dans ses objectifs stratégiques. 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.

Les objectifs stratégiques sont globalement contraignants pour le conseil d'administration ou le conseil d'institut des établissements et sociétés anonymes de droit public dans la mesure où la loi d'organisation le prévoit expressément. Ils exercent aussi un effet contraignant dans les faits, mais pas juridiquement, sur le conseil d'administration d'une entité devenue autonome sous la forme juridique de la société anonyme de droit privé: le conseil d'administration ne peut pas se permettre d'ignorer les intentions de l'actionnaire principal ou de l'actionnaire majoritaire, sinon il risque d'être révoqué ou de ne pas être nommé une nouvelle fois.

Deux principes directeurs sur les objectifs stratégiques comme élément de gestion

Principe nº 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 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.

Principe nº 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 des objectifs stratégiques.

54 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 décidée 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 1er mai 2006.

4.2.7 Contrôle du Conseil fédéral

Le contrôle du Conseil fédéral dans sa fonction de propriétaire doit être renforcé au niveau des établissements. Le Conseil fédéral devra assumer lui-même le contrôle des entités qui ont de l'importance au niveau politique et stratégique et dont le financement dépend largement d'indemnités.

Les bases sur lesquelles s'appuie actuellement le contrôle du Conseil fédéral sur les établissements sont encore très hétérogènes, et parfois insuffisantes. S'il constate de mauvaises évolutions lors du contrôle, le Conseil fédéral doit pouvoir prendre les mesures qui s'imposent. Le droit organisationnel des établissements présente, ici aussi, des lacunes. A l'avenir, les lois d'organisation des établissements devront prévoir uniformément les bases suivantes permettant au Conseil fédéral d'exercer son contrôle: rapport du conseil d'administration ou du conseil d'institut sur l'atteinte des objectifs stratégiques, rapport de gestion de l'établissement destiné à la publication, rapport de l'organe externe de révision et rapport du Contrôle fédéral des finances sur les examens éventuels menés pendant l'année sous revue. A l'avenir, le Conseil fédéral devra avoir, pour tous les établissements, la possibilité de révoquer pour des motifs impérieux et pendant la durée de leur mandat les membres des organes nommés par lui[55]. En cas de doute sur le bon exercice des compétences, le Conseil fédéral doit pouvoir refuser la décharge. Ce faisant, il se réserve le droit d'intenter des actions en dommages et intérêts contre les organes concernés. La possibilité de refuser la décharge existe en principe déjà aujourd'hui, mais le droit expressément conféré au Conseil fédéral d'approuver le rapport de gestion des établissements souligne encore ce fait.

A l'avenir, le Conseil fédéral devra pouvoir prendre les mesures suivantes à l'encontre des établissements qui présentent de mauvaises évolutions effectives ou prévisibles constatées dans le cadre du contrôle:

- modification des objectifs stratégiques;
- refus d'approuver le rapport de gestion;
- refus d'accorder la décharge au conseil d'administration ou au conseil d'institut;
- révocation des membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut pendant la durée de leur mandat;
- prétentions en matière de responsabilité contre les organes.

En principe, le Conseil fédéral assume seul cette fonction de contrôle. Dans le cas d'établissements d'importance politique et stratégique moindre et peu tributaires d'indemnités de la Confédération, il peut laisser les départements concernés assurer totalement ou partiellement cette fonction de contrôle.

Dans la société anonyme de droit privé, les possibilités de contrôle des actionnaires et donc de la Confédération sont nécessairement régis par le droit de la société anonyme. Ce dernier détermine quelles informations (ou rapports) le conseil d'administration et l'organe externe de révision doivent remettre à l'assemblée générale ou à l'actionnariat, dans le cadre de la présentation des comptes notamment. Des informations détaillées, surtout lorsqu'elles sont exclusivement destinées

55 Voir ci-devant, ch. 4.2.2, principe directeur n° 7.

à l'actionnaire principal ou majoritaire, peuvent violer les droits des actionnaires minoritaires protégés par le droit de la société anonyme ou encore des dispositions importantes du droit du marché des capitaux, en cas de cotation en bourse de la société anonyme. Les mesures à prendre lors de mauvaises évolutions sont aussi régies par le droit de la société anonyme: l'assemblée générale peut par exemple révoquer les membres du conseil d'administration à tout moment et sans motif (art. 705 CO) ou exiger un contrôle spécial (art. 697a CO).

Cinq principes directeurs sur le contrôle du Conseil fédéral comme élément de gestion

Principe nº 18

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

– le rapport ou le rapport intermédiaire 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.

Principe nº 19

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

Principe nº 20

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

Principe nº 21

Le Conseil fédéral (ou les départements compétents) statue chaque année sur la décharge du conseil d'administration ou du conseil d'institut des établissements.

Principe nº 22

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

4.2.8 Haute surveillance du Parlement

La haute surveillance du Parlement se caractérise par une certaine distance par rapport aux fonctions de décision et de contrôle du Conseil fédéral; elle se concentre sur l'essentiel[56]. En matière de surveillance financière du Parlement, la distinction prévue par la Constitution entre haute surveillance et contrôle du Conseil fédéral passe par contre 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 à approuver le compte d'Etat. Il bénéficie en l'occurrence du soutien du Contrôle fédéral des finances[57].

Dans le cadre de sa haute surveillance sur les entités devenues autonomes, le Parlement surveille la manière dont le Conseil fédéral défend les intérêts de la Confédération58. La haute surveillance rejoint ainsi le contrôle du Conseil fédéral (ch. 4.2.7) et, en le renforçant, s'en trouve aussi améliorée.

Le contrôle du Conseil fédéral de même que la haute surveillance du Parlement trouvent leurs limites là où commencent l'autonomie et la responsabilité des entités devenues autonomes. La règle vaut pour les établissements et a fortiori pour les sociétés anonymes. Pour ces dernières, le droit privé et, le cas échéant, le droit du marché des capitaux fixent des limites claires au droit à l'information et au droit d'intervention de la Confédération.

La définition de la haute surveillance incombe au Parlement. Pour des raisons de séparation des pouvoirs, le Conseil fédéral renonce à fixer des principes directeurs, et s'en tient donc à une discussion de principe. Plus de détails sont fournis dans le rapport explicatif de l'AFF[59].

4.2.9 Finances et impôts

Il importe d'améliorer la gestion financière des entités devenues autonomes. Les dispositions particulières d'ordre financier ou fiscal qui entravent la concurrence sont à abolir dans la mesure du possible.

A l'avenir, toutes les entités devenues autonomes tiendront leur comptabilité propre.

Il n'est pas possible d'indiquer dans l'absolu la quantité de capital dont les entités devenues autonomes doivent être dotées. En principe, elles ne disposeront que du capital absolument nécessaire pour accomplir leurs tâches (notamment comme couverture de responsabilité) et conforme à l'usage dans la branche pour les entités fournissant des prestations sur le marché. Il conviendra également de tenir compte d'éventuelles garanties de l'Etat.

Une consolidation des comptes de la Confédération procure une vue d'ensemble de l'état de sa fortune, ses finances et ses revenus, abstraction faite des transferts internes. Les établissements relevant de l'administration décentralisée doivent en principe présenter des comptes consolidés. En vertu de la nouvelle loi sur les finances, le

56 Cf. rapport du Conseil fédéral 1997, 7.
57 Cf. rapport du Conseil fédéral 1997, 10.
58 Cf. Initiative parlementaire Loi sur le Parlement (LParl), Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1er mars **2001**, FF 2001 3372.
59 Rapport explicatif de l'AFF, ch. 8.3 (http://www.efv.admin.ch/f/news/index.php).

Conseil fédéral pourra d'ailleurs inclure d'autres entités devenues autonomes dans le cercle des entités ayant obligation de présenter des comptes consolidés ou exclure de ce cercle des entités appartenant à l'administration décentralisée. Pour garantir une consolidation globale, le Conseil fédéral doit édicter à l'intention des entités ayant cette obligation des prescriptions relatives à la présentation des comptes.

Dans le cas des établissements, la plupart des lois d'organisation se limitent actuellement à constater que leur financement est assuré dans l'ensemble par des recettes qui sont fonction des prix du marché, des émoluments et des indemnités. Autrement dit, la loi ne tranche pas la question du mode de financement d'une tâche après son externalisation. Sera-t-elle financée exclusivement par les émoluments et les prix payés, ou la Confédération accordera-t-elle en plus des indemnités? La loi d'organisation ne réglera donc plus globalement le financement de l'entité dans son ensemble, mais celui de chaque tâche ou groupe de tâches. Cette démarcation des diverses tâches et de leur financement contribuera à améliorer la vérité des coûts. Elle augmentera aussi la transparence des principaux flux financiers entre la Confédération et l'entité. On évitera ainsi les comptes mixtes dans lesquels les indemnités servent à financer des domaines où les tâches sont déjà indemnisées par des émoluments, ou dans lesquels des émoluments sont perçus pour financer les prestations acquises par la Confédération.

D'autres nouveautés ne concernent que les établissements: à l'avenir, la législation ne fixera plus la manière dont un établissement doit utiliser son bénéfice éventuel. Comme pour l'assemblée générale des sociétés anonymes, il incombera plutôt au Conseil fédéral d'en décider au moment de l'approbation des comptes[60]. Cela lui permettra de mieux prendre en compte les intérêts de la Confédération et les besoins de l'entité devenue autonome.

Sur le plan fiscal, les établissements disposent aujourd'hui d'un statut spécial lié à leur seule forme juridique: ils sont dispensés de verser des impôts directs à la Confédération, aux cantons et aux communes, indépendamment de tout but public ou d'utilité publique. A l'avenir, tous les établissements seront assujettis pour leurs prestations commerciales, au même titre que le secteur privé. La loi d'organisation devra le prévoir explicitement. Un éventuel effet de distorsion de la concurrence de la part des établissements ne peut toutefois pas totalement être exclu: il convient d'obliger les établissements partiellement assujettis aux impôts à tenir également un compte spécial révélant et, par là même, empêchant tout subventionnement croisé.

60 Les réserves absolument nécessaires à l'exploitation doivent être prévues dans la loi d'organisation. Elles sont constituées déjà dans le cadre de la *détermination* du bénéfice. En statuant sur *l'utilisation* du bénéfice, le Conseil fédéral peut décider de constituer d'autres réserves.

Six principes directeurs sur les finances et les impôts comme élément de gestion

Principe nº 23

Les entités devenues autonomes tiennent leur comptabilité propre.

Principe nº 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.

Principe nº 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).

Principe nº 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.

Principe nº 27

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

Principe nº 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.

5 Modèle de gestion spécifique à chaque type de tâches

5.1 Entités fournissant des prestations à caractère monopolistique

Les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique revêtent la forme organisationnelle de l'établissement autonome. La Confédération en tant que propriétaire peut ainsi s'assurer les droits à l'information et les droits d'intervention qu'impliquent son soutien financier en partie substantiel, l'absence de régulation par le marché et le fait que certaines tâches relèvent de la puissance publique.

Ces entités disposent en principe des organes suivants: conseil d'administration ou conseil d'institut, direction et organe externe de révision. Le Conseil fédéral nomme l'organe de révision et le conseil d'administration ou d'institut. Il peut révoquer les membres de ces deux organes pendant la durée de leur mandat pour des motifs impérieux. La direction est nommée ou révoquée par le conseil d'administration ou d'institut sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral.

Dans l'exercice de son droit de nomination, le Conseil fédéral veille à ce que le conseil d'administration ou le conseil d'institut dispose des connaissances formulées dans le profil d'exigences requises pour assumer les responsabilités incombant à un organe de direction, et qu'il s'engage en faveur des intérêts de la Confédération au sein de l'organe de direction.

La taille des organes des entités fournissant des prestations à caractère monopolistique ne dépasse pas celle requise pour l'exercice de leurs responsabilités.

Les organes disposent de compétences clairement délimitées et sont indépendants entre eux sur le plan du personnel. La participation de membres de la direction dans le conseil d'administration ou le conseil d'institut n'est autorisée que dans des cas exceptionnels dûment justifiés.

Tant les membres du conseil d'administration ou d'institut que les membres de la direction défendent les intérêts de l'entité devenue autonome et se récusent en cas de conflit d'intérêts ponctuels. Des conflits d'intérêts permanents entraînent l'exclusion de l'organe.

Le mandat de vérification de l'organe externe de révision ainsi que le destinataire de son rapport sont définis par analogie avec le droit de la société anonyme.

Le Conseil fédéral ne nomme des représentants de la Confédération tenus *juridiquement* de défendre les intérêts de la Confédération que dans les conseils d'administration ou d'institut où il n'est pas possible de satisfaire autrement au profil des exigences requises[61].

Les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique relèvent majoritairement du droit public et répondent donc en vertu de la loi sur la responsabilité. Des entités relevant essentiellement du droit privé sont cependant envisageables. Elles devront donc à l'avenir répondre uniformément en vertu du droit privé.

Les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique ont le droit, exceptionnellement et en vertu d'une norme de délégation, d'édicter des dispositions générales et abstraites de contenu technique et d'importance secondaire. Le règlement sur les émoluments et le règlement du personnel requièrent l'approbation du Conseil fédéral. Ces entités ne concluront de coopérations et ne prendront de participations qu'à titre exceptionnel et conformément à leur but social ainsi qu'aux objectifs à moyen terme du Conseil fédéral. Elles peuvent fournir des prestations commerciales en vertu d'une base légale pour autant que ces prestations soient étroitement liées à leur tâche principale, qu'elles ne nuisent pas à l'accomplissement de cette dernière, qu'elles ne faussent pas la concurrence et qu'elles couvrent tous les coûts générés par elles.

Le Conseil fédéral pilote ces entités en sa qualité de propriétaire au moyen d'objectifs stratégiques, contenant principalement des directives relatives aux tâches mais aussi des directives relatives à l'entreprise. Les éventuelles commandes de prestations sont aussi gérées dans le cadre des objectifs stratégiques. Lorsque les entités dépendent en grande partie des recettes fiscales générales de la Confédération, le Parlement peut exercer son influence sur l'utilisation des ressources dans le cadre des arrêtés de financement.

61 Il s'agit notamment de représentants de l'administration dont le savoir-faire propre à l'administration est utile au conseil d'administration ou au conseil d'institut.

Le Conseil fédéral exerce son contrôle sur ces entités par le biais des documents suivants: rapport ou rapport intermédiaire sur l'atteinte des objectifs stratégiques et rapport de gestion du conseil d'administration ou du conseil d'institut, rapport d'examen de l'organe externe de révision, rapport du Contrôle fédéral des finances sur un éventuel examen de l'établissement. La teneur minimale du rapport de gestion et du rapport de l'organe externe de révision est régie par analogie par le droit de la société anonyme. Le rapport de gestion est soumis au Conseil fédéral pour approbation avant sa publication. S'il constate de mauvaises évolutions dans l'exercice de son contrôle en tant que propriétaire, le Conseil fédéral doit pouvoir prendre les mesures qui s'imposent. Il peut modifier les objectifs stratégiques, refuser l'approbation du rapport de gestion et la décharge au conseil d'administration ou d'institut ainsi qu'à l'organe de révision, révoquer les membres des deux organes ou faire valoir des prétentions en matière de responsabilité contre les organes.

Ces entités tiennent leur comptabilité propre. Si elles font partie de l'administration décentralisée, elles sont regroupées sur le plan comptable, selon le principe de l'intégration globale, dans le cadre du compte d'Etat. Le Conseil fédéral peut toutefois prévoir des exceptions. Autrement, il définit les principes de présentation des comptes.

Le montant de la dotation en capital de ces entités dépend des besoins effectifs[62] et des garanties fournies par la Confédération[63]. La Confédération définit dans la loi d'organisation le mode de financement de chacune des tâches transférées aux entités. Si une entité fournissant des prestations à caractère monopolistique exerce des activités commerciales, elle est assujettie à l'impôt. L'obligation de tenir un compte spécial empêche tout subventionnement croisé qui fausserait la concurrence. Si l'entité devenue autonome réalise un bénéfice, le Conseil fédéral décide de son utilisation. Il veille aussi à ce que l'entité dispose des réserves requises.

5.2 Entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité

Les entités chargées de la surveillance de l'économie ou de la sécurité exécutent des tâches relevant de la puissance publique. Il convient de leur attribuer la forme organisationnelle de l'établissement autonome afin de souligner le caractère public de leur mandat. Lorsque la création d'une entité autonome sur le plan juridique n'est pas conseillée, les tâches peuvent être transférées à une commission décisionnelle[64].

Les entités assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité s'alignent sur les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique en ce qui concerne les organes et leur organisation, à deux exceptions près: le conseil d'administration ou d'institut est compétent en dernier ressort pour nommer la direction, et la renonciation à l'approbation par le Conseil fédéral souligne l'indépendance particulière dont jouissent les entités accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. La seconde exception porte sur l'organe externe de révision. Ce mandat doit être obligatoirement confié au Contrôle fédéral

62 Le capital sert par exemple de couverture de responsabilité.
63 La garantie de liquidités de la Confédération par exemple.
64 Les commissions décisionnelles ne sont pas autonomes sur le plan juridique. Les principes du modèle de gestion peuvent toutefois s'appliquer à elles par analogie.

des finances lorsque les sociétés privées de révision sont surveillées par une de ces entités.

L'indépendance particulière que la Confédération doit accorder aux entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité impose qu'elle renonce à faire siéger dans le conseil d'administration ou le conseil d'institut des représentants chargés juridiquement de la défense de ses intérêts.

Comme les entités chargées de la surveillance de l'économie ou de la sécurité exécutent des tâches relevant de la puissance publique, elles répondent en principe en vertu de la loi sur la responsabilité. Leur responsabilité n'est engagée, en vertu d'une réglementation spéciale, qu'en cas de violation de leurs devoirs essentiels de fonction et que si le dommage ne résulte pas d'une violation des obligations des organismes soumis à leur surveillance.

Les entités exécutant ces tâches ont le droit, exceptionnellement et en vertu d'une norme de délégation, d'édicter des dispositions générales et abstraites de contenu technique et d'importance secondaire. Le règlement sur les émoluments et le règlement du personnel requièrent l'approbation du Conseil fédéral. Etant donné le caractère sensible de leurs tâches, les entités en question ne prendront des participations ni ne concluront des coopérations, et renonceront à toute activité commerciale.

Ces entités doivent elles aussi être gérées par des objectifs stratégiques à moyen terme. Comme elles doivent exécuter leurs tâches dans une indépendance comparable à celle de la justice, le conseil d'administration ou le conseil d'institut approuve en dernier ressort les objectifs stratégiques. Dans le cas de tâches importantes de surveillance de l'économie ou de la sécurité, le Conseil fédéral peut mener des discussions avec le conseil d'administration ou le conseil d'institut, sur le modèle de ce que prévoit l'art. 7 de la loi sur la Banque nationale.

Les entités assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité s'alignent largement sur les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique en ce qui concerne les finances (cf. ch. 5). Seule la question de l'assujettissement à l'impôt ne se pose pas puisqu'elles ne fournissent aucune prestation commerciale.

5.3 Entités fournissant des prestations sur le marché

Les entités fournissant des prestations sur le marché recevront la forme juridique de la société anonyme de droit privé et, mais seulement dans des cas exceptionnels dûment justifiés, comme par exemple celui des CFF, dont le financement dépend d'une contribution de la Confédération, la forme organisationnelle de la société anonyme de droit public soumise à une législation particulière.

Les sociétés anonymes de droit privé et de droit public disposent en principe des organes suivants: assemblée générale, conseil d'administration, direction, organe externe de révision.

Les organes sont indépendants entre eux sur le plan du personnel, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés. La nomination et la révocation ainsi que les compétences des organes sont régies par le droit de la société anonyme. Le Conseil fédéral exerce son droit de nomination dans le cadre de l'assemblée générale sur la base d'un profil d'exigences auquel le conseil d'administration doit répondre et veille à

ce que celui-ci dispose des connaissances nécessaires sur les plans de la technique et de l'exploitation; il s'assure aussi que les intérêts de la Confédération sont représentés de manière adéquate.

Lors de l'établissement des statuts, le Conseil fédéral veille à ce que les conflits d'intérêts dans le conseil d'administration et la direction soient clairement réglementés. Des directives en la matière peuvent être prévues dans la loi d'organisation des entités ayant la forme juridique de la société anonyme de droit public.

Des représentants de la Confédération recevant des instructions peuvent être délégués ou nommés dans le conseil d'administration des sociétés anonymes de droit privé lorsque c'est le seul moyen de défendre les intérêts de la Confédération ou si le profil d'exigences à l'intention du conseil d'administration l'exige. Le profil d'exigences des sociétés anonymes de droit public peut aussi exiger qu'un représentant de la Confédération recevant des instructions siège dans le conseil d'administration; une telle représentation pour défendre les intérêts de la Confédération représente cependant de moins en moins la voie choisie: des objectifs stratégiques juridiquement contraignants peuvent être imposés au conseil d'administration des sociétés anonymes de droit public en vertu de la loi d'organisation.

Les entités fournissant des prestations sur le marché agissent en vertu du droit privé et sont donc soumises à la responsabilité régie par le droit privé.

Ces entités ont en principe elles aussi le droit, si une norme de délégation le prévoit, d'édicter des dispositions générales et abstraites de contenu technique et d'importance secondaire. Elles ne disposent toutefois pas de compétences législatives dans les domaines où la concurrence s'exerce en raison des risques de distorsion qui pourraient en découler. Si les entités fournissant des prestations sur le marché perçoivent des émoluments, le règlement sur les émoluments doit être approuvé par le Conseil fédéral[65]. Les sociétés anonymes de droit privé édictent leur propre règlement du personnel; pour celles de droit public soumises à une législation particulière, il est possible de prévoir des directives générales concernant l'organisation du droit du personnel dans le cadre des objectifs stratégiques.

Pour leur réussite commerciale, il importe que les entités fournissant des prestations sur le marché puissent conclure des coopérations et prendre des participations dans le cadre du but qui leur a été assigné. Les participations doivent toutefois contribuer à garantir ou à accroître durablement la valeur de l'entreprise, pouvoir être gérées efficacement et tenir suffisamment compte des risques.

Le droit de la société anonyme définit les possibilités de gestion et de contrôle d'un actionnaire, et donc du Conseil fédéral, au niveau de la société anonyme de droit privé. C'est aussi le cas pour les mesures que les actionnaires peuvent prendre en cas de mauvaises évolutions. Les objectifs stratégiques de la Confédération exercent une emprise contraignante, bien que non juridique, sur le conseil d'administration d'une société anonyme de droit privé. Ce dernier doit rendre des comptes au Conseil fédéral sous réserve des dispositions relevant du droit de la société anonyme sur la protection des minorités et éventuellement des dispositions relevant du droit du marché des capitaux. La poursuite d'intérêts particuliers en tant que propriétaire lors de la commande de prestations peut fausser la concurrence. Les commandes de

65 L'approbation par le Conseil fédéral du règlement sur les émoluments ou des tarifs doit être prévue dans les règlements techniques des sociétés anonymes de droit privé, et dans la loi d'organisation des sociétés anonymes de droit public.

prestations ne doivent donc pas figurer dans les objectifs stratégiques des entités fournissant des prestations sur le marché.

La loi d'organisation relative à ces entités ayant la forme juridique de la société anonyme de droit public soumise à une législation particulière doit définir de manière juridique et contraignante les objectifs stratégiques du Conseil fédéral à l'intention du conseil d'administration ainsi que prévoir l'obligation de rendre compte. Si les sociétés anonymes de droit public dépendent d'une large mesure des contributions financières de la Confédération, le Parlement peut statuer sur l'utilisation de ces moyens dans ses arrêtés de financement. Le Conseil fédéral doit en tenir compte dans la formulation de ses objectifs stratégiques. Du reste, le droit de la société anonyme régit aussi les possibilités de gestion et de contrôle de la Confédération; une cotation en bourse doit tenir compte des dispositions relevant du droit du marché des capitaux.

Les entités fournissant des prestations sur le marché tiennent leur comptabilité propre et observent au moins les directives du droit de la société anonyme pour la présentation des comptes. Le montant de la dotation en capital de ces entités dépend des besoins effectifs – couverture de responsabilité p. ex. – et de l'usage dans la branche, tout en tenant compte des éventuelles garanties fournies par la Confédération; le montant minimal est prescrit par le droit de la société anonyme. Les entités fournissant des prestations sur le marché sont assujetties à l'impôt. L'utilisation du bénéfice est régie par le droit de la société anonyme.

6 Répartition des rôles

6.1 Introduction

Différents acteurs sont impliqués dans la gestion et le contrôle des entités de la Confédération devenues autonomes: le Parlement, le Conseil fédéral, l'administration fédérale centrale et le Contrôle fédéral des finances, auxquels divers rôles incombent. Pour qu'elle soit efficace, une bonne coordination des compétences et des responsabilités s'impose. D'où la nécessité de délimiter clairement les domaines de compétences de ces divers acteurs.

Lors de l'application de ce principe du droit d'organisation au niveau administratif notamment, il faut tenir compte du fait que la Confédération exerce vis-à-vis de ses entités devenues autonomes non seulement le rôle de propriétaire, mais également d'autres rôles potentiellement conflictuels. Le tableau qui suit donne un aperçu de ces rôles, de leur objet, de leur finalité et de leurs responsables respectifs dans l'administration:

Tableau 1

Les divers rôles de la Confédération

Rôles de la Confédération	Objet	Finalité	Préparation/ Coordination (situation actuelle)
Propriétaire	*Entité devenue autonome* qui appartient à la Confédération (la Poste p. ex.) ou dans laquelle elle détient une participation principale ou majoritaire (Swisscom p. ex.) et qui exécute des tâches fédérales externalisées (service universel de la Poste p. ex.).	Développer durablement l'entité devenue autonome et donc garantir que la tâche transférée soit dûment accomplie.	Varie de cas en cas; secrétariats généraux ou offices spécialisés, parfois d'entente avec l'AFF.
Responsable de la surveillance technique	*Tâches fédérales* accomplies par des tiers en dehors de l'administration fédérale centrale (octroi des patentes p. ex.).	Garantir que les tâches soient exécutées de manière techniquement (y compris juridiquement) correcte et économique.	Office spécialisé (p. ex. OFSP).
Responsable de la surveillance de l'économie ou de la sécurité	Régulation et surveillance du *marché et de certains secteurs de marché (partiellement libéralisés)* (commercialisation de médicaments ou exploitation de centrales nucléaires p. ex.)	Garantir le bon fonctionnement des marchés émergents (marché postal p. ex.); protéger la population (dans le domaine de l'énergie nucléaire p. ex.) et/ou les acteurs du marché (marchés financiers p. ex.).	Service spécifique / commission décisionnelle, parfois office spécialisé.
Acquéreur de prestations fournies sur le marché	*Prestations commercialisables, y c. les prestations préalables ou partielles*, que la Confédération commande et rétribue à des tiers ne faisant pas partie de l'administration fédérale centrale (trafic régional p. ex.).	Utiliser le savoir spécifique et les infrastructures existantes de tiers	Office spécialisé.

Le rôle de propriétaire de la Confédération s'inscrit dans un champ de conflits potentiels avec ses rôles d'acquéreur de prestations et de responsable de la surveillance technique ainsi que de la surveillance de l'économie ou de la sécurité:

– Rôle de propriétaire vs. responsable de la surveillance technique: tant sur le plan de la surveillance technique que dans le cadre de sa politique de propriétaire, la Confédération a pour but l'exécution techniquement correcte des tâches. Alors que la surveillance technique se concentre sur l'intérêt public dans l'exécution des tâches, des considérations relatives à l'économie d'entreprise et donc de type coût/bénéfice interviennent également dans le rôle de propriétaire[66].

66 La Confédération doit-elle par exemple imposer des mesures relevant de la surveillance technique à ses entités devenues autonomes si leur réalisation implique de grands investissements et qu'elles ne sont donc pas intéressantes pour la Confédération en sa qualité de propriétaire?

– Rôle de propriétaire vs. responsable de la surveillance de l'économie ou de la sécurité: en tant que responsable de la surveillance de l'économie ou de la sécurité, la Confédération est tenue d'édicter des prescriptions qui soient objectives et visent au seul intérêt public, afin de corriger une défaillance éventuelle du marché et d'éviter de faire courir des risques à la population. En revanche, comme propriétaire d'une entité devenue autonome active sur le marché régulé, elle veille en premier lieu aux intérêts économiques en tant que propriétaire et donc aux intérêts d'un seul participant au marché[67], intéressé par une production la moins régulée possible et donc moins chère.

– Rôle de propriétaire vs. acquéreur de prestations: en tant qu'acquéreur, la Confédération a intérêt à s'approvisionner en prestations auprès de l'entreprise qui lui fera l'offre la plus avantageuse. En tant que propriétaire, elle aurait tendance à s'approvisionner auprès de ses entités devenues autonomes[68].

La préparation et la coordination des affaires concernant la politique de propriétaire doivent être organisées au niveau administratif de manière à garantir une prise en compte de ces différents intérêts par les décideurs politiques, et donc à permettre une prise de décision en toute connaissance des intérêts en jeu ainsi qu'une fixation délibérée des priorités. Les priorités ne peuvent pas être fixées au niveau inférieur, compte tenu de l'entière responsabilité du Conseil fédéral dans l'exercice de ces divers rôles; il lui incombe en principe de les fixer.

Les principales variantes de répartition des rôles au sein de l'administration en vue de défendre les intérêts liés à la politique de propriétaire sont les suivantes:

a. Un seul service central prépare et coordonne, à l'intention du Conseil fédéral, les questions relevant de la politique de propriétaire (variante dite moniste). Ce service est séparé, sur le plan organisationnel, des départements concernés et des services qui assument des fonctions de surveillance technique, de surveillance de l'économie ou de la sécurité, et qui commandent des prestations. L'OCDE recommande ce type de solution centrale[69].

67 La Confédération doit-elle par exemple ordonner une mesure de régulation si celle-ci pénalise une de ses entités devenues autonomes?

68 La Confédération ne doit-elle par exemple commander les prestations dont elle a besoin qu'auprès de ses entités devenues autonomes (pour favoriser leur exploitation) même quand leurs concurrents proposent les mêmes prestations à des conditions au moins aussi intéressantes sur le plan économique? Les conflits d'intérêts entre commande de prestations et intérêts au sens de la politique de propriétaire n'existent que lorsque ces prestations obéissent aux lois de la concurrence. Les conflits d'intérêts sont le plus marqués au moment de l'appel d'offres et l'adjudication des mandats.

69 Voir à ce propos les Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques, chapitre I, let. A: la fonction de propriétaire doit être clairement séparée des autres fonctions étatiques qui influent sur les conditions relatives aux entités devenues autonomes, notamment en ce qui concerne la régulation du marché. Afin d'éviter tout conflit d'intérêts, il faut donc notamment séparer la fonction de propriétaire pour toutes les entités de l'administration fédérale ayant un statut de client ou de fournisseur principal vis-à-vis d'entités devenues autonomes. Dans le chapitre II, let. D, les Lignes directrices de l'OCDE précisent que la défense des intérêts de propriétaire peut être assumée au sein de l'administration à travers la création d'un service de coordination ou – ce qui est préférable – à travers le regroupement des fonctions de propriétaire dans une seule unité administrative.

b. Le département concerné et l'AFF se répartissent les tâches de préparation et de coordination des questions relevant de la politique de propriétaire (variante dite duale). Dans le cadre de cette collaboration, le département concerné est notamment responsable de la préparation des questions de nomination, de l'élaboration des objectifs stratégiques et des travaux préparatoires en rapport avec le contrôle du Conseil fédéral. L'AFF est quant à elle responsable notamment des questions ayant trait aux caisses de pensions, aux ventes et achats d'actions, à la recapitalisation, aux directives financières et à la distribution des bénéfices. Le service non responsable collabore avec le service responsable. Cette variante est appliquée à l'heure actuelle par le DETEC et l'AFF pour les CFF, La Poste, Swisscom et Skyguide.

c. Le département concerné est le seul responsable de la préparation et de la coordination des questions relevant de la politique de propriétaire (variante dite décentralisée). Cette variante est appliquée aujourd'hui à l'IPI et au domaine des EPF par exemple. Le secrétariat général (IPI) ou l'office spécialisé (domaine des EPF) prépare et coordonne les affaires relevant de la politique de propriétaire.

La variante moniste garantit la meilleure transparence tient le mieux compte des conflits d'intérêts résultant éventuellement des divers rôles de la Confédération. Les intérêts liés à la surveillance technique, et à la surveillance de l'économie ou de la sécurité sont traités séparément de la politique de propriétaire et sont par conséquent directement pris en considération dans le processus de décision politique.

Cependant, les conflits d'intérêts sont aussi réduits au minimum lorsque les départements concernés sont chargés de préparer et de coordonner les affaires relevant de la politique de propriétaire par le biais d'une unité du département qui n'exerce aucune fonction en matière de surveillance technique ou de surveillance de l'économie ou de la sécurité et qui ne commande pas de prestations fournies sur le marché. Dans la majorité des cas, un service chargé de la politique de propriétaire au sein du secrétariat général du département concerné est requis[70]. Cela est en principe envisageable tant pour la variante duale que pour la variante décentralisée.

Comme la Confédération poursuit des objectifs liés aux tâches en étant propriétaire ou en possédant des participations dans ses entités devenues autonomes, l'unité chargée de la préparation et de la coordination des affaires relevant de la politique de propriétaire doit disposer de connaissances spécifiques dans chaque domaine de tâches. La variante moniste présente la plus grande distance, sur le plan organisationnel, entre le service chargé de la politique de propriétaire et les offices fédéraux possédant les connaissances liées aux tâches. Le service central devrait donc construire son propre savoir spécifique aux tâches ou assurer une bonne circulation de l'information avec l'office spécialisé, ce qui entraîne des dépenses. Par contre, dans le cas des deux autres variantes, le service chargé de la politique de propriétaire a accès aux connaissances spécifiques aux tâches sans grosses dépenses. La variante moniste implique donc davantage de charges de personnel.

70 Cette tâche peut aussi être confiée à un autre service. Par exemple, le SECO peut aussi préparer et coordonner les questions relevant de la politique de propriétaire pour l'ASRE sans risque de conflits d'intérêts, car il n'exerce pas de surveillance technique, de surveillance de l'économie ou de sécurité dans le domaine de l'ASRE et ne commande pas de prestations dans son domaine de compétences.

Dans le domaine des entités devenues autonomes, les intérêts dits de groupe de la Confédération s'expriment principalement dans la politique budgétaire. Ils sont plus facilement défendables dans le cas de la variante moniste, car un seul service est responsable de la préparation et de la coordination des affaires relevant de la politique de propriétaire – pour autant qu'il possède les connaissances requises. Les intérêts liés à la politique budgétaire du groupe peuvent aussi être représentés dans le cas de la variante duale, grâce à la participation de l'AFF. En conséquence, la variante moniste garantit la plus grande transparence par rapport à d'éventuels conflits d'intérêts pour les décideurs politiques ainsi que la poursuite d'une optique de groupe, mais elle constitue la variante la moins efficace en terme de ressources nécessaires. Les conflits d'intérêts peuvent aussi être réduits au minimum avec la variante duale et la variante décentralisée, pour autant que le département concerné comprenne un service spécifique chargé de la préparation et de la coordination des questions relevant de la politique de propriétaire. En outre, ces deux variantes présentent une meilleure efficience et efficacité que la variante moniste. La collaboration de l'AFF concernant les questions cruciales de politique budgétaire prévue dans la variante duale permet de mieux défendre les intérêts de groupe poursuivis par la Confédération qu'avec la variante décentralisée.

6.2 Situation actuelle

Les acteurs suivants sont impliqués à l'heure actuelle dans la gestion et le contrôle des entités devenues autonomes:

L'*Assemblée fédérale* fixe les éléments-clés, notamment:

- en inscrivant dans les lois les tâches relevant de la responsabilité d'une entité devenue autonome, et
- en distinguant dans la loi d'organisation les compétences et les responsabilités de l'entité devenue autonome par rapport à celles de la Confédération.

Dans le cadre de sa haute surveillance, l'Assemblée fédérale s'assure que le Conseil fédéral met en oeuvre ces directives légales, et donc qu'il contrôle les entités devenues autonomes. Cette forme indirecte de surveillance connaît une exception, lorsque les entités devenues autonomes bénéficient d'*indemnités* de la Confédération, comme les CFF. Dans un tel cas, l'Assemblée fédérale vote les moyens correspondants et statue sur leur *utilisation*, en complément des lois matérielles. Elle possède dès lors une «compétence de surveillance immédiate» sur l'utilisation des moyens par les entités devenues autonomes[71].

Le *Conseil fédéral* exécute le mandat fixé dans la loi d'organisation et assume le rôle de propriétaire des entités devenues autonomes. D'où en particulier les tâches suivantes: il nomme les organes en général[72], il édicte entre autres, par le biais d'objectifs stratégiques, les directives relatives à l'entreprise et celles relatives aux tâches; il surveille les entités devenues autonomes, notamment en se faisant informer, dans le cadre des rapports et de la reddition de comptes périodiques, sur

71 Voir le rapport du Conseil fédéral 1997, 21 ch. 71.
72 Dans le cas des sociétés anonymes, il exerce ce droit dans le cadre de l'assemblée générale (cf. art. 698, al. 2, ch. 2, CO).

l'atteinte des objectifs fixés[73]. Il contrôle lui-même les sociétés anonymes comme Swisscom, les CFF ou Skyguide, ainsi que l'établissement de la Poste, avec le soutien du département compétent et du DFF. Sur mandat du Conseil fédéral, les départements assurent le contrôle de gestion et livrent les analyses des documents remis par les entités devenues autonomes dans le cadre de la présentation du rapport et des comptes. Le Conseil fédéral a délégué les droits qui lui reviennent en tant qu'actionnaire au DDPS vis-à-vis de la RUAG, qui bénéficie aussi du soutien du DFF[74].

Le Conseil fédéral a largement délégué le contrôle spécifique au propriétaire des établissements (à l'exception de La Poste) aux *départements spécialisés*[75]. Ces travaux sont en partie accomplis par les secrétariats généraux et en partie délégués à l'office compétent, qui réunissent alors des fonctions de la Confédération potentiellement opposées (cf. le ch. 6.1)[76].

Le *Contrôle fédéral des finances* est l'organe suprême de la Confédération en matière de surveillance financière. Il assiste tout à la fois l'Assemblée fédérale dans l'exercice de sa haute surveillance, et le Conseil fédéral dans l'exercice de sa fonction de contrôle[77].

Le CDF exerce la surveillance financière des établissements. Son rapport est destiné à la Délégation des finances, et le Conseil fédéral n'est informé que des conclusions essentielles de cet examen, dans le cadre du rapport annuel du CDF[78]. Le CDF

73 La Confédération, en sa qualité de propriétaire, est tenue d'appliquer une gestion liée aux tâches, étant donné que cette propriété a précisément pour justification le devoir du propriétaire d'assurer l'exécution des tâches fédérales qui lui sont confiées. En outre il est difficile de séparer, au niveau stratégique en particulier, la gestion relative à l'entreprise de celle relative aux tâches.
Les directives de la politique de propriétaire ne coïncident pas obligatoirement sur le plan matériel avec celles de la surveillance technique: les directives de la politique de propriétaire sont principalement de nature politico-stratégique, tandis que la surveillance technique requiert aussi des directives d'ordre technico-opérationnel. En outre, seules les tâches qui demeurent des tâches fédérales après l'externalisation en dehors de l'administration centrale sont soumises à la surveillance technique. Par contre, la gestion relative aux tâches exercée par le Conseil en tant que propriétaire ne s'applique pas seulement aux tâches fédérales transférées, mais aussi aux tâches privées exécutées par des entités devenues autonomes. Les intérêts de la surveillance technique relèvent aussi du contrôle exercé par le Conseil fédéral lorsqu'il s'agit de l'exécution des tâches fédérales.

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

75 Cf. le rapport de la CdG-E concernant Swissmedic, 323.

76 Cf. le rapport de la CdG-E concernant Swissmedic, 325: La CdG-E a constaté entre Swissmedic et l'OFSP, soit l'office compétent, «un potentiel élevé de tensions, d'autant plus que l'OFSP agit pratiquement dans le même secteur d'activité que Swissmedic». D'où sa conclusion: «Les processus actuels ont également tendance à nuire à l'autorité de fait du conseil de l'institut, qui se trouve en quelque sorte juxtaposé à l'OFSP. (…) Le SG DFI pourrait effectuer ce contrôle avec l'appui spécialisé de l'OFSP, tout en conduisant le processus et en étant ainsi l'interlocuteur principal de l'institut.» Cet avis est partagé par Lienhard/Ritz, 28 ss. Cf. aussi le rapport de la CdG-E concernant Swissmedic, 323. «Le département compétent assume alors une fonction de conduite, qui se déroule en étroite collaboration avec l'entité du 3e cercle concernée. S'il existe un mandat de prestations, le département peut assumer sa tâche de conduite par l'élaboration d'un contrat de prestations annuel, qui traduit les objectifs stratégiques du mandat de prestations en buts concrets. (…) Le département compétent assume également une fonction de surveillance (…).» Au sujet de la notion de contrôle, cf. art. 25 OLOGA.

77 Cf. art. 1, al. 1, LCF.

78 Ce rapport, publié, porte sur l'étendue et les priorités de l'activité de révision du CDF, sur ses constatations et ses avis les plus importants, ainsi que sur les révisions en suspens et les motifs d'éventuels retards. Cf. art. 14, al. 3, LCF.

examine aussi, au titre de sa surveillance financière, les entreprises au capital social desquelles la Confédération participe à hauteur de 50 % ou davantage[79]. Dans ce cas, il n'effectue son examen que d'entente avec le conseil d'administration et en faisant appel à la révision tant interne qu'externe. Le destinataire de son rapport est le conseil d'administration, à l'intention de l'assemblée générale. Le Conseil fédéral et la Délégation des finances sont informés de cet examen[80].

En outre, le Contrôle fédéral des finances exerce pour quelques entités devenues autonomes, en plus de sa fonction de surveillance financière, le mandat d'organe externe de révision, comme pour Swissmedic et l'IPI.

6.3 Redéfinition des rôles

6.3.1 Compétences pour la gestion et le contrôle des entités devenues autonomes

Le Conseil fédéral exerce le rôle de propriétaire et détient en principe seul face à toutes les entités devenues autonomes le droit à l'information, le droit d'intervention et le droit de contrôle qui en découlent. Les compétences légales de l'Assemblée fédérale demeurent réservées.

A la différence de la privatisation totale, une tâche ne perd pas son besoin de légitimation politique suite à son externalisation vers une entité devenue autonome. Ce besoin sera ensuite d'autant plus grand que la Confédération doit davantage soutenir financièrement l'exécution de la tâche ou qu'elle s'engage, par des garanties, envers l'entité devenue autonome accomplissant cette tâche et donc qu'elle en répond.

A l'heure actuelle, les entités de la Confédération devenues autonomes sont souvent des mandants et des employeurs de taille moyenne ou grande. Leur pilotage et leur contrôle nécessitent une approche globale que seul le Conseil fédéral est en mesure d'offrir. En revanche, le contrôle des entités d'importance politique et stratégique moindre et peu tributaires d'indemnités de la Confédération ne doit pas complètement incomber au Conseil fédéral (IPI p. ex.). Le Conseil fédéral peut en l'occurrence déléguer totalement ou partiellement sa fonction de contrôle aux départements compétents.

La pesée des intérêts qui sont concentrés entre les mains de la Confédération doit en principe aussi – compte tenu de leur potentiel de tensions – incomber au Conseil fédéral.

La tâche de l'administration consiste à préparer les bases décisionnelles qui permettront ensuite au Conseil fédéral de fixer des priorités dans l'exercice des diverses fonctions réunies entre ses mains.

79 Cf. art. 8, al. 1, LCF.
80 Cf. art. 8, al. 1bis, LCF.

6.3.2 Répartition des rôles au sein de l'administration fédérale centrale

Le département concerné et l'AFF se répartissent les tâches de préparation et de coordination des questions relevant de la politique de propriétaire des entités fournissant des prestations sur le marché et des entités fournissant des prestations à caractère monopolistique, qui jouent un rôle important dans le budget fédéral.

Le département concerné est le seul responsable de la préparation et de la coordination des questions relevant de la politique de propriétaire des entités fournissant des prestations à caractère monopolistique d'importance budgétaire modeste, ainsi que des entités accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité.

Un service du département concerné prépare et coordonne les questions relevant de la politique de propriétaire. Ce service est séparé, sur le plan organisationnel, des services qui accomplissent des activités en relation avec la surveillance de l'économie ou de la sécurité, et il n'exerce si possible pas d'activité en rapport avec la surveillance technique ou la commande de prestations.

Pour des raisons d'efficience notamment, le Conseil fédéral renonce à réorganiser d'après la variante moniste exposée au ch. 6.1 les compétences de préparation et de coordination des affaires relevant de la politique de propriétaire au niveau administratif. La préparation et la coordination de ces questions continue d'incomber aux départements spécialisés; ces tâches sont assumées par un service séparé, sur le plan organisationnel, des services qui assument des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, et qui n'exerce si possible pas d'activité en rapport avec la surveillance technique ou la commande de prestations.

La collaboration de l'AFF dépend de l'importance de l'entité devenue autonome dans le budget fédéral: l'importance est en général moindre lorsque l'entité devenue autonome est largement financée par des émoluments, comme c'est le cas des entités chargées de la surveillance de l'économie ou de la sécurité, et dans le cas des entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique sans dépendre en grande partie des indemnités de la Confédération (l'IPI p. ex.). La préparation et la coordination des affaires relevant de la politique de propriétaire incombent dès lors au département spécialisé; l'AFF est uniquement consultée pour les questions concernant la dotation en capital, la caisse de pensions, la responsabilité et la présentation des comptes.

L'importance est plus marquée pour les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique qui dépendent largement du soutien de la Confédération (les EPF p. ex.) ou dans lesquelles celle-ci détient d'importants droits de participation, comme dans le cas des entités fournissant des prestations sur le marché[81]. Compte tenu des intérêts de groupe justifiés sur le plan de la politique budgétaire, une collaboration plus intense de l'AFF s'impose. L'AFF est notamment responsable des questions ayant trait aux caisses de pensions, aux ventes et achats d'actions, à la recapitalisation, aux directives financières et à la distribution des bénéfices. Les

81 Actuellement, seule une «entité» fournissant des prestations à caractère monopolistique reçoit des indemnités en quantité notable. C'est le cas du domaine des EPF, qui ne constitue pourtant pas une entité ayant sa propre personnalité juridique, mais regroupe de telles entités. Toutefois, en matière de subventions, le domaine des EPF est piloté comme une entité devenue juridiquement autonome.

départements concernés sont par contre notamment responsables de la préparation des questions de nomination, de l'élaboration des objectifs stratégiques et des travaux préparatoires en rapport avec le contrôle du Conseil fédéral. Le service non responsable collabore avec le service responsable.

7 Perspectives

7.1 Introduction

De par l'approbation du présent rapport par le Conseil fédéral, les principes de la typologie des tâches et les principes directeurs en matière de gestion qui y sont exposés feront office de directives. Ils devront être observés pour préparer et coordonner les dossiers relatifs aux entités devenues autonomes, à moins que des motifs dûment justifiés exigent que l'on s'en écarte. Les chapitres suivants présentent brièvement les étapes de mise en œuvre prioritaires pour le Conseil fédéral.

7.2 Futures décisions d'externalisation

La typologie des tâches indique quelles tâches doivent dans l'idéal être exécutées au sein ou en dehors de l'administration fédérale centrale et comment déterminer les besoins de gestion et d'autonomie pour l'exécution des tâches externalisées. Elle constitue une base importante pour évaluer les futures externalisations en fournissant des critères uniformes servant à la prise de décision politique.

Le présent rapport détermine le besoin d'externalisation, notamment dans le domaine des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité: la nécessité d'indépendance des entités assumant de telles tâches requiert un examen systématique de leur accession à l'autonomie. Dans cette perspective et en référence au rapport de régulation de l'OCDE, le DETEC examinera d'ici à fin 2006 comment créer dans le domaine de la régulation un cadre réglementaire cohérent pour les divers secteurs d'infrastructure et comment renforcer l'indépendance des autorités de régulation spécifiques aux secteurs (ComCom, régulateur postal, éventuel régulateur du marché de l'électricité p. ex.). Il conviendra de peser en particulier les avantages et les inconvénients d'une externalisation et de la création d'un propre établissement de régulation de l'infrastructure par rapport à des commissions décisionnelles séparées. Le résultat de cette analyse déterminera aussi la procédure liée aux tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité dans d'autres domaines.

En principe, il est aussi possible d'examiner à titre rétrospectif si les externalisations effectuées jusqu'à présent répondent aux recommandations de la typologie idéale et si ce sont des tâches adéquates qui ont été externalisées. Le Conseil fédéral privilégie cependant clairement une perspective d'avenir. Un rattachement rétroactif de tâches et d'entités à l'administration centrale ne devrait être envisagé qu'à titre exceptionnel.

7.3 Exécution de tâches par l'administration fédérale centrale

Le présent rapport porte essentiellement sur l'exécution des tâches en dehors de l'administration fédérale centrale. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que la majeure partie des tâches fédérales continuera d'être exécutée au sein de l'administration fédérale. Dans l'idée d'exécuter avec encore davantage d'efficience et d'efficacité les tâches fédérales, il convient de prendre deux points en considération:

Premièrement, le Conseil fédéral dispose depuis 1997 d'une nouvelle forme de gestion administrative avec la gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire (GMEB). Cette forme de conduite de l'administration vise à orienter davantage l'action de l'Etat sur des prestations et des résultats mesurables, à déléguer les tâches et les responsabilités aux unités administratives appropriées, à améliorer l'efficience de la gestion administrative et à utiliser des instruments de gestion qui ont fait leurs preuves dans l'économie privée. Suite aux expériences positives et au résultat de l'évaluation de décembre 2001, le Conseil fédéral a décidé de poursuivre la réforme GMEB, de la simplifier et de l'étendre progressivement. Dans la perspective de renforcer le processus de réforme au niveau fédéral, il a élaboré une stratégie globale et l'a inscrite dans le message du 24 novembre 2004 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les finances de la Confédération. Dès 2007, 23 unités administratives de l'administration fédérale centrale seront gérées par la GMEB. Le Conseil fédéral a ainsi atteint ses objectifs stratégiques pour la législature en cours. Des possibilités d'augmentation de l'efficience et de l'efficacité existent surtout dans les unités administratives qui

- fournissent des prestations interdépartementales présentant un potentiel de rationalisation;
- accomplissent une part élevée de tâches d'exploitation, plutôt répétitives;
- peuvent clairement attribuer leurs prestations à des bénéficiaires internes ou externes;
- peuvent clairement définir et mesurer leurs prestations.

En outre, le Conseil fédéral présentera à fin 2008 dans son prochain rapport aux commissions de surveillance des deux Chambres l'extension de la GMEB au sein de l'administration fédérale dans un contexte national et international.

Deuxièmement, le nouveau modèle comptable avec l'introduction généralisée et systématique de l'imputation des prestations, avec incidence sur les crédits, procure davantage de transparence entre les unités administratives et établit un régime concurrentiel entre des prestataires de services internes semblables. Dans le cadre du développement de l'imputation des prestations, il conviendra d'examiner précisément les questions stratégiques d'assouplissement de l'obligation d'acquisition des unités administratives de la Confédération et d'internalisation ou d'externalisation (décisions «make or buy») de prestations spécifiques. Outre la transparence des coûts entraînée par l'imputation des prestations, il importe aussi de favoriser une fourniture efficiente et concurrentielle des prestations au sein de l'administration fédérale centrale.

7.4 Optimisation de la gestion des entités devenues autonomes

A l'avenir, l'octroi de l'autonomie à des entités devra tenir compte des principes de gestion des entités devenues autonomes exposés dans le présent rapport et servant désormais de référence pour le choix de la forme organisationnelle.

Ces principes directeurs doivent aussi être pris en compte lors de révisions en cours ou prévues de dispositions relevant du droit organisationnel – par exemple dans le cas de l'examen de la forme organisationnelle de la SUVA en lien avec la révision de la loi sur l'assurance-accidents, ou de celle de l'Institut suisse du droit comparé (ISDC) dans le cadre de la réforme de l'administration.

Indépendamment des révisions en cours, la forme juridique des entités devenues autonomes devra être adaptée là où des réglementations claires en matière de gestion et de contrôle font défaut. La plupart des écarts les plus importants par rapport aux principes du modèle de gestion sont constatés dans les établissements (IPI, Swissmedic, etc.). Le Conseil fédéral leur accorde donc la priorité dans la mise en œuvre du modèle de gestion.

Les trois démarches suivantes sont envisageables en fonction des adaptations requises:

7.4.1 Réalisation de mesures sans adaptations légales requises

Dans l'exercice de son rôle de propriétaire, le Conseil fédéral procédera immédiatement aux adaptations requises, lorsque les principes peuvent être mis en œuvre *sans modifications légales* – sous réserve de l'adaptation des ordonnances régissant l'organisation des départements. Si ce n'est pas déjà le cas, il se basera à l'avenir sur un profil d'exigences pour nommer les conseils d'administration ou d'institut et veillera à ce que les intérêts de la Confédération soient équitablement représentés; il ne déléguera ou ne nommera des représentants de la Confédération qu'avec retenue et dans des cas exceptionnels dûment justifiés[82], les ordonnances pouvant être modifiées au besoin[83]. Les principes de répartition des rôles quant à la préparation des affaires relevant de la politique de propriétaire peuvent en principe aussi être mis en œuvre au sein de l'administration fédérale sans modifications légales.

7.4.2 Modifications ponctuelles de lois

D'autres principes, comme ceux portant sur le nombre et la taille des organes ainsi que sur la gestion et le contrôle, peuvent être mis en œuvre par le biais de *modifications ponctuelles* des lois d'organisation. Le Conseil fédéral ne déterminera le moment et le cadre de telles adaptations qu'après avoir pris connaissance des résultats

82 Il faut donc modifier la loi d'organisation lorsqu'elle prévoit le nombre de représentants de la Confédération. Exemple: art. 6 de la loi fédérale du 6 octobre 1978 sur l'Institut suisse de droit comparé (RS **425.1**).

83 Comme 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**).

de la consultation parlementaire sur le présent rapport. Actuellement, de telles modifications sont à l'ordre du jour notamment dans le domaine de l'IPI (optimisation de la gestion et du contrôle, examen de la structure organisationnelle et de la nécessité d'un représentant de la Confédération entre autres), de Swissmedic (optimisation des instruments de gestion et de contrôle, approbation du règlement sur les émoluments par le Conseil fédéral) ou encore des CFF (inscription dans la loi des objectifs stratégiques).

7.4.3 Révision totale de lois d'organisation

Lorsque le nombre de modifications ou leur importance (changement de forme juridique p. ex.) requièrent une *révision totale de la loi d'organisation ou de la structure organisationnelle d'une entité*, les modifications seront examinées dans le cadre de révisions séparées.

Compte tenu de la libéralisation croissante des marchés postaux en Suisse et à l'étranger, il importe notamment de déterminer si le changement de la forme juridique de La Poste, un établissement étatique, en une société anonyme s'impose. Le DETEC se penche actuellement sur cette question en lien avec l'examen d'une plus grande ouverture du marché postal. La consultation relative à la révision totale de la loi sur la poste et de la loi sur l'organisation de La Poste est prévue pour 2007.

7.5 Autres travaux

Le présent rapport s'est basé sur un inventaire d'entités de la Confédération devenues autonomes sélectionnées et se focalise sur un nombre particulier d'éléments de gestion importants. D'autres éléments de gestion, dans les domaines du personnel, des caisses de pensions, des rapports et de la protection juridiques (réglementation de la relation juridique entre les entités devenues autonomes et leur clientèle ou les utilisateurs) n'ont pas été pris en compte. La prise en compte de tous les éléments de gestion envisageables aurait dépassé le cadre du présent rapport. En outre, nombre de ces domaines connaissent actuellement des réformes. Le Conseil fédéral décidera des travaux ultérieurs après avoir pris connaissance des résultats des débats parlementaires.

Inventaire des entités devenues autonomes auxquelles le modèle de gestion peut s'appliquer[84]:

Le modèle de gestion s'applique en principe à des entités juridiquement autonomes:

- qui accomplissent des tâches de la Confédération et
- dont la Confédération est propriétaire ou dans lesquelles elle est l'actionnaire principal ou majoritaire.

Nom de l'entité devenue autonome	Type de tâches*	Forme juridique ou organisationnelle	Statut de la Confédération
Assurance suisse contre les risques à l'exportation (ASRE)**	Prestations à caractère monopolistique	Etablissement	Propriétaire
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)**	Tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité	Etablissement	Propriétaire
Autorité fédérale de surveillance en matière de révision**	Tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité	Etablissement	Propriétaire
Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA)**	Prestations fournies sur le marché	Etablissement	Propriétaire
Chemins de fer fédéraux (CFF)	Prestations fournies sur le marché	SA de droit public	Actionnaire unique
Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne (EPFL)	Prestations à caractère monopolistique	Etablissement	Propriétaire
Ecole polytechnique fédérale de Zurich (EPFZ)	Prestations à caractère monopolistique	Etablissement	Propriétaire
Identitas[85]	Prestations à caractère monopolistique	SA	Actionnaire majoritaire
Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN)**	Tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité	Etablissement	Propriétaire
Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI)	Prestations à caractère monopolistique	Etablissement	Propriétaire
Institut fédéral de recherches sur la forêt, la neige et le paysage (FNP)	Prestations à caractère monopolistique	Etablissement	Propriétaire

84 Cette liste n'est pas exhaustive.
85 Auparavant la Banque de données sur le trafic des animaux SA.

Nom de l'entité devenue autonome	Type de tâches*	Forme juridique ou organisationnelle	Statut de la Confédération
Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle (IFFP)**	Prestations à caractère monopolistique	Etablissement	Propriétaire
Institut fédéral pour l'aménagement, l'épuration et la protection des eaux (IFAEPE)	Prestations à caractère monopolistique	Etablissement	Propriétaire
Institut Paul Scherrer (PSI)	Prestations à caractère monopolistique	Etablissement	Propriétaire
Institut suisse de droit comparé (ISDC)	Prestations fournies sur le marché	Etablissement	Propriétaire
La Poste Suisse**	Prestations fournies sur le marché	Etablissement	Propriétaire
Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche (LFEM)	Prestations à caractère monopolistique	Etablissement	Propriétaire
Pro Helvetia	Prestations à caractère monopolistique	Fondation de droit public	Fondateur
Régie fédérale des alcools	Tâches ministérielles	Etablissement	Propriétaire
RUAG Holding SA	Prestations fournies sur le marché	SA	Actionnaire unique
SAPOMP Wohnbau AG	Prestations à caractère monopolistique	SA	Actionnaire unique
Skyguide	Prestations à caractère monopolistique	SA	Actionnaire principal
Swisscom	Prestations fournies sur le marché	SA de droit public	Actionnaire majoritaire
Swissmedic	Tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité	Etablissement	Copropriétaire (avec les cantons)

* L'attribution à un type de tâches est fait en regard de la tâche principale.
** Fondation ou octroi de l'autonomie juridique en préparation.

Bibliographie

Biaggini Giovanni, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: Schaffhauser René/Poledna Tomas (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/Bühler Christoph B., Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 2005 101 ss.

Finger Matthias/Lienhard Andreas, Eignerpolitik des Bundes; Bericht des Bundesrats (Entwurf vom 15. Dezember 2005); Stellungnahme im Auftrag der Eidgenössischen Finanzverwaltung

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)

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

Holoubek Michael, Alte und neue Rechtsprinzipien und Rechtsinstrumente bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ECSA Austria Konferenz «Daseinsvorsorge – Weniger Staat, mehr Markt?», Vienne 2003 (téléchargeable sous http://fgr.wu-wien.ac.at/ecsa/dvholoub.pdf)

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)

Jaeger Franz, Vom Missbrauch des «Service Public»-Arguments in der Liberalisierungsdebatte, in: Franz Jaeger (Hrsg.), Staatsmonopole als Wachstumskiller, Zurich/Coire 2004, 57 ss.

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 Jürg/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 legistischer Sicht, ZSR 2004/II 3 ff.

OECD, Public Sector Modernisation: Changing Organisational Structures, Policy Brief, September 2004 (cit.: OECD, Public Sector Modernisation)

Ökonomenteam EFV, Ökonomische Überlegungen zur Privatisierung, Eidgenössische Finanzverwaltung, décembre 2000

Poledna Tomas, Öffentliche Aufgaben und Kriterien für die Wahl der Organisationsform, 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, 9 ss.

Pollitt Christopher/Talbot Colin/Caulfield Janice/Smullen Amanda, Agencies. How Governments Do Things Through Semi-Autonomous Organisations, Houndmills UK 2004 (cit. Pollitt et al.)

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

Proeller Isabella, Auslagerung in der hoheitlichen Verwaltung, Schriftenreihe des Instituts für öffentliche Dienstleistungen und Tourismus Band 6, Berne etc. 2002

Rudin Beat, Universität Basel, Öffentliches Recht II für Studierende anderer Fakultäten (téléchargeable sous http://www.ius.unibas.ch/rudin/br-oer2-f1i-s5.pdf)

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

Schuppert Gunnar Folke/Budaeus Dietrich, Privatisierung: Konzepte und Erfahrungen, in: Andreas Bergmann/Albert Hofmeister (Hrsg.), Privatisierung – Schlägt das Pendel zurück?, Schweizerische Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften, Schriftenreihe Band 45/2004, 15 ss.

Schwarzenbach-Hanhart Hans Rudolf, Staatshaftung bei verfügungsfreiem Verwaltungshandeln, Berne 2006

Werlen Thomas/Wood Philip R., Liability of Stock Exchange Authorities and Regulators, ZSR, 2005/II 615 ss.

Messages et rapports

Message concernant une LPTH: message du 1er mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, FF *1999* 3151 ss.

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

Message concernant l'IPI: message du 30 mai 1994 concernant la loi fédérale sur le statut et les tâches de l'Office fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), FF *1994* III 951 ss.

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

Message sur les entreprises d'armement: message du 16 avril 1997 concernant la loi fédérale sur les entreprises d'armement de la Confédération, FF *1997* III 769 ss. (en allemand seulement)

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 CdG-E 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.