Rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national

du 25 mars 2009

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous présentons le rapport complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise (rapport complémentaire) en vous demandant d'en prendre acte.

Simultanément, nous vous proposons de classer les interventions parlementaires suivantes:

07.3772	P	Postulat de la Commission de gestion CN du 23 novembre 2007: Rapport complémentaire concernant la représentation des intérêts de la Confédération dans les sociétés anonymes de droit privé
07.3773	P	Postulat de la Commission de gestion CN du 23 novembre 2007: Représentation équilibrée des sexes et des régions linguistiques dans le profil d'exigences des conseils d'administration ou d'institut
07.3774	P	Postulat de la Commission de gestion CN du 23 novembre 2007: Principes complémentaires concernant la politique du personnel et la réglementation des caisses de pension
07.3775	P	Postulat de la Commission des finances du 23 novembre 2007 sur les principes directeurs du Conseil fédéral dans le rapport concernant le gouvernement d'entreprise

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

25 mars 2009

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Hans-Rudolf Merz
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le 13 septembre 2006, le Conseil fédéral a adopté le rapport sur le gouvernement d'entreprise, dont le Conseil national a pris acte lors de la session de printemps 2008. Simultanément, le Conseil national a exigé, dans quatre postulats, un rapport complémentaire concernant l'envoi de représentants de la Confédération recevant des instructions dans des organismes et entreprises de la Confédérationet quelques compléments des principes figurant dans le rapport initial. Le présent rapport complémentaireexpose au Parlement comment le Conseil fédéral entend mettre en œuvre les postulats et propose leur classement.

Le postulat 07.3772 charge le Conseil fédéral de mettre en évidence les éventuels conflits pouvant survenir lors de l'envoi de représentants de la Confédération recevant des instructions dans des conseils d'administration de sociétés anonymes: lorsque la Confédération envoie un représentant dans une société anonyme, elle attend, afin de préserver ses intérêts, que ce représentant lui transmette des informations sur ladite société. En l'occurrence, il convient de tenir compte des limites fixées en matière d'information par le droit de la société anonyme et le droit du marché des capitaux. En vertu de l'art. 717, al. 2, du code des obligations (CO), la société anonyme doit traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation. Dans le cas des sociétés cotées en bourse, ce principe cède devant celui plus strict de l'égalité de traitement selon le droit du marché des capitaux, inscrit à l'art. 1 LBVM, qui, conformément à une partie de la doctrine, interdit aux gros actionnaires la détention d'informations privilégiées. Toujours dans le cas d'une société cotée en bourse, il convient par ailleurs de tenir compte du devoir d'information en ce qui concerne les informations susceptibles d'influencer les cours, selon lequel des connaissances préalables susceptibles d'influencer les cours ne doivent pas être exploitées. Si ces principes sont pris en compte, le législateur peut, afin de garantir le privilège en matière d'informations souhaité par la Confédération, créer, pour une entreprise cotée en bourse, une base légale spécifique dans une loi spéciale. En ce qui concerne les entreprises non cotées en bourse, une telle approche n'est pas requise si les informations privilégiées sont utilisées exclusivement pour vérifier le respect des objectifs assignés à l'entreprise qui sont en rapport avec l'intérêt public de la Confédération dans l'entreprise.

Un représentant de la Confédération envoyé par celle-ci est, de même que les membres du conseil d'administration nommés par l'assemblée générale, tenu de préserver les intérêts de la société. Il doit également défendre les intérêts de propriétaire de la Confédération au sein du conseil d'administration. Pour le cas d'un conflit d'intérêts qui en résulterait, nous défendons ici le principe de la primauté de l'intérêt de la société. Il convient de préciser que le droit de nomination de la Confédération s'explique par un intérêt public dans la société. Cet intérêt public doit se refléter dans le but statutaire de la société. Ainsi, l'intérêt de la société et l'intérêt public convergent, et il n'y a pas de situations conflictuelles.

Le postulat 07.3774 charge le Conseil fédéral d'établir des principes supplémentaires concernant le personnel, la politique du personnel et les caisses de pensions. En l'occurrence, le choix du statut du personnel constitue le fondement de la réglementation du droit du personnel des entités devenues autonomes. Un statut de droit public sera choisi pour les entités accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, étant donné qu'à travers la surveillance ces entités assument une tâche classique de la Confédération, dans le cadre du droit public, et qu'elles agissent de manière souveraine. Les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique engageront également leur personnel selon le droit public. En règle générale, leurs prestations ne sont pas ou guère commercialisables et elles agissent dans le cadre du droit public, parfois souverainement. En revanche, les entités devenues autonomes qui fournissent des prestations sur le marché engagent leur personnel dans le cadre d'un statut de droit privé, selon le CO. Un règlement du personnel tient compte de la situation spécifique de l'entité. Dans le cas d'un statut du personnel de droit privé, les dispositions d'exécution doivent être approuvées par le Conseil fédéral. Il n'est pas prévu de réévaluer à la lumière de la classification présentée les statuts du personnel des entités déjà autonomes.

Pour gérer les entités devenues autonomes, il est possible, en plus du choix du statut du personnel, de fixer des objectifs en matière de politique du personnel. Ce faisant, le Conseil fédéral doit pouvoir formuler des consignes compréhensibles, spécifiques à l'entreprise et respectant les conditions-cadres politiques, sociales et économiques. Des normes minimales relatives au droit du travail et l'obligation de négocier une CCT sont fixées dans le cadre de la régulation du marché.

Le statut du personnel et celui de la caisse de pensions devront désormais être attribués à la même famille juridique – droit public ou droit privé. C'est pourquoi, compte tenu du rapport entre le droit du personnel et le droit en matière de prévoyance, le statut de la caisse de pensions sera lié à celui du personnel. Pour les entités devenues autonomes qui assument des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ou qui fournissent des prestations à caractère monopolistique, il faut ainsi prévoir un statut de caisse de pensions de droit public, avec affiliation à PUBLICA. Les contrats d'affiliation ne doivent différer de ceux conclus pour le personnel de l'administration fédérale que si les tâches ou la structure du personnel de l'employeur concerné l'exigent. Les contrats d'affiliation doivent être approuvés par le Conseil fédéral. Les entités devenues autonomes fournissant des prestations sur le marché utilisent un statut de caisse de pensions de droit privé. Le Conseil fédéral édicte des directives en matière de prévoyance dans le cadre des objectifs stratégiques. Lors de la création de nouvelles entités ou de la sortie de PUBLICA d'entités devenues autonomes fournissant des prestations sur le marché, l'employeur doit transférer ses bénéficiaires de rentes dans la nouvelle institution de prévoyance ou au minimum continuer d'assumer ses responsabilités financières à leur égard.

Le statut du personnel et le statut de la caisse de pensions sont définis dans la loi d'organisation.

Le postulat demandant une représentation équilibrée des sexes et des régions linguistiques dans les conseils d'administration d'entreprises de la Confédération (Po 07.3773) est compatible avec l'exigence d'un organe de surveillance svelte et professionnel. Les deux critères supplémentaires seront désormais pris en compte dans le profil des exigences requises pour devenir membre du conseil d'administration et définis dans le principe no 5.

En réponse au postulat 07.3775, le rapport propose d'ajouter aux principes directeurs énoncés dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise des principes relatifs au contrôle de gestion exercé par le Conseil fédéral. Un nouveau principe directeur précise qu'une base légale relative au contrôle de gestion des objectifs stratégiques opéré par le Conseil fédéral figure dans la loi d'organisation de sociétés instituées par une loi spéciale et des établissements de droit public. Les mesures pouvant être prises par le Conseil fédéral en cas de dérives sont également décrites dans un nouveau principe directeur. Le rôle de la Confédération en sa qualité de garante de l'exécution des tâches et des critères supplémentaires relatifs à la mesure des objectifs stratégiques du Conseil fédéral seront définis dans les principes directeurs.

Pour terminer, le présent rapport donne des explications supplémentaires concernant le type de tâches «Prestations à caractère monopolistique», qui a fait l'objet de discussions lors de l'examen parlementaire. Ce type de tâches englobe une palette hétérogène de prestations dont le point commun est d'être destinées à des clients. D'autre part, leur utilité ne peut être que partiellement rémunérée par le marché. Le fait que les défauts d'approvisionnement qui en résultent ne peuvent souvent être corrigés que par une offre publique semblable à un monopole justifie la désignation utilisée pour ce groupe de tâches.

Table des matières

Condensé **2300**

1 Contexte **2305**

2 Contenu du rapport **2306**

3 Postulat de la Commission de gestion (07.3772) concernant les représentants de la Confédération qui siègent dans des conseils d'administration et reçoivent des instructions **2307**

3.1 Mandat 2307

3.2 Délégation d'un représentant de la Confédération 2308

3.2.1 Contexte 2308

3.2.2 Accès privilégié aux informations par l'intermédiaire d'un représentant de la Confédération – Possibilités et limites selon le droit de la société anonyme et le droit du marché des capitaux 2310

3.2.2.1 De l'information en général dans le droit de la société anonyme et dans le droit du marché des capitaux 2310

3.2.2.2 Admissibilité des informations données en primeur aux grands actionnaires 2312

3.2.3 Solutions visant à aménager un statut privilégié de la Confédération en matière d'information 2315

3.2.3.1 Sociétés cotées 2316

3.2.3.2 Société dont les actions ne sont pas cotées en Bourse 2318

3.2.4 Compatibilité entre le cadre légal actuel en matière d'information et le droit de délégation des corporations de droit public au sens de l'art. 762 CO 2319

3.3 Conflits entre les intérêts de la Confédération et ceux de la société 2320

3.3.1 Prépondérance des intérêts de la société 2320

3.3.2 Comportement de la Confédération et de son représentant 2320

4 Postulat de la Commission de gestion (07.3774) sur les principes complémentaires concernant la politique du personnel et la réglementation des caisses de pensions **2321**

4.1 Introduction 2321

4.2 Statut du personnel dans le droit en vigueur 2322

4.3 Prescriptions sur les salaires des cadres 2323

4.4 Nouvelles réglementations du statut du personnel dans le cadre d'externalisations 2324

4.5 Mesures requises 2327

4.6 Gestion de la politique du personnel des entités de la Confédération devenues autonomes 2330

4.7 Statut du personnel comme élément de gestion 2330

4.8 Objectifs en matière de politique du personnel comme élément de gestion 2333

4.9 Statut de la caisse de pensions 2336

4.9.1 Statut de la caisse de pensions dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise 2336

4.9.2 Statut de la caisse de pensions dans le droit en vigueur 2337
4.9.3 Catégories d'employeurs selon le droit en vigueur 2337
4.9.4 Mesures requises 2341
4.9.5 Statut de la caisse de pensions comme élément de gestion 2342
4.9.6 Catégories d'employeurs selon les principes du gouvernement d'entreprise 2343
4.9.7 Objectifs stratégiques en matière de prévoyance comme élément de gestion 2345

5 Postulat de la Commission de gestion (07.3773) concernant une représentation équilibrée des sexes et des régions linguistiques 2347

6 07.3775 Postulat de la Commission des finances sur le contrôle exercé par le Conseil fédéral 2348

6.1 Principe directeur relatif au contrôle de gestion exercé par le Conseil fédéral 2349
6.2 Principe directeur relatif au contenu des objectifs stratégiques 2350
6.3 Principe directeur relatif aux mesures à la disposition du Conseil fédéral 2351

7 Explications complémentaires relatives au type de tâche «prestations à caractère monopolistique» 2352

Annexe

**Gouvernement d'entreprise de la Confédération
Aperçu des principes directeurs après prise en compte des postulats du Conseil national 2355**

Rapport

1 Contexte

Le 13 septembre 2006, le Conseil fédéral a adopté le rapport sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (rapport sur le gouvernement d'entreprise)[1].

Le Conseil national a pris acte du rapport lors de la session de printemps 2008. Il a également transmis les quatre postulats suivants:

– 07.3772 Postulat de la Commission de gestion:

  Le Conseil fédéral est chargé de présenter un rapport complémentaire détaillé relevant les problèmes d'ordre juridique que peut entraîner l'envoi de représentants de la Confédération recevant des instructions dans les conseils d'administration des sociétés anonymes (notamment de droit privé). Ce rapport mettra en évidence les éventuels conflits:

  (a) qui peuvent survenir entre les intérêts publics de la Confédération et les intérêts des entreprises;

  (b) qui peuvent naître du devoir qu'ont les représentants de la Confédération d'informer la Confédération.

– 07.3773 Postulat de la Commission de gestion:

  Le Conseil fédéral est chargé de vérifier si le cinquième principe directeur doit être complété par des critères de représentation équilibrée des sexes et des régions linguistiques.

– 07.3774 Postulat de la Commission de gestion:

  Le Conseil fédéral est chargé d'examiner s'il y a lieu d'établir des principes concernant le personnel, la politique du personnel et les caisses de pension, en complément des 28 principes directeurs du rapport sur le gouvernement d'entreprise qui visent à gérer de manière cohérente les entités de la Confédération devenues autonomes. Les résultats seront présentés dans un rapport complémentaire au Parlement.

– 07.3775 Postulat de la Commission des finances:

  Le Conseil fédéral est chargé d'examiner les principes directeurs énumérés ci-après concernant le rapport du Conseil fédéral du 13 septembre 2006 concernant l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (rapport sur le gouvernement d'entreprise) et de les approuver comme lignes directrices pour la gestion des entités devenues autonomes.

  Principe n° 29: Compétence de contrôle du Conseil fédéral

  Pour les sociétés anonymes de droit privé, le contrôle exercé par le Conseil fédéral utilise les moyens de pilotage dont la Confédération

[1] Rapport du Conseil fédéral du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération, FF **2006** 7799.

dispose en sa qualité d'actionnaire conformément au Code des obligations. Pour les sociétés anonymes de droit public et les établissements de droit public, la loi d'organisation prévoit une base légale pour le système de contrôle des objectifs stratégiques fixés par le Conseil fédéral.

Principe nº 30: Pilotage au moyen d'objectifs stratégiques

Lorsqu'il fixe les objectifs stratégiques (selon le principe nº 16), le Conseil fédéral veille à assurer son rôle de garant de l'exécution de la tâche publique ainsi que son rôle de propriétaire de l'entité devenue autonome. Il mesure la réalisation des objectifs sur la base de critères préalablement définis pendant et au terme de la période de prestation.

Ce système de contrôle du Conseil fédéral est soumis au contrôle de l'Assemblée fédérale.

Principe nº 31: Mesures

En cas d'évolutions erronées, le Conseil fédéral peut prendre les mesures suivantes:
- complément ou modification des objectifs;
- refus d'approbation du rapport de gestion;
- refus d'accorder la décharge;
- révocation ou remplacement de personnes;
- prétentions en matière de responsabilité;
- demandes concernant des mesures législatives.

2 Contenu du rapport

Par le présent rapport au Parlement, le Conseil fédéral répond aux postulats relatifs au rapport sur le gouvernement d'entreprise transmis par le Conseil national et propose leur classement.

Le présent rapport comprend le rapport détaillé demandé dans le postulat concernant les représentants de la Confédération recevant des instructions dans les conseils d'administration des sociétés anonymes (voir ch. 3) et le complément au rapport sur le gouvernement d'entreprise contenant neuf principes directeurs sur la politique du personnel et la réglementation des caisses de pensions (ch. 4). Le ch. 5 démontre que la représentation équilibrée des sexes et des régions linguistiques dans le profil d'exigences des conseils d'administration est prise en compte par un complément à l'actuel principe nº 5 du rapport sur le gouvernement d'entreprise. Le ch. 6 traite de la mise en œuvre des trois principes formulés par les commissions de surveillance du Conseil national: les principes directeurs proposés sur la compétence de contrôle du Conseil fédéral et la prise de mesures par le Conseil fédéral sont intégralement ajoutés à la liste actuelle (principes nº 22a et nº 22b). Quant au principe directeur sur les objectifs stratégiques demandé dans le postulat, il porte également sur la compétence du Conseil fédéral de contrôler la gestion des entités devenues autonomes et sur la haute surveillance exercée par le Parlement. C'est pourquoi son contenu vient en partie compléter l'actuel principe nº 16 sur les objectifs stratégiques et en partie former le nouveau principe nº 22a sur la compétence du Conseil fédéral en matière de contrôle de gestion.

Lors de l'examen préalable du rapport sur le gouvernement d'entreprise, la dénomination d'un type de tâches par le terme «Prestations à caractère monopolistique» a engendré plusieurs malentendus et a donc été critiquée. Le Conseil fédéral saisit l'occasion d'expliciter ce terme dans le présent rapport (ch. 7).

3 Postulat de la Commission de gestion (07.3772) concernant les représentants de la Confédération qui siègent dans des conseils d'administration et reçoivent des instructions

3.1 Mandat

Par le postulat 07.3772, la Commission de gestion du Conseil national charge le Conseil fédéral de présenter un rapport complémentaire détaillé relevant les problèmes d'ordre juridique que peut entraîner l'envoi de représentants de la Confédération recevant des instructions dans des conseils d'administration de sociétés anonymes (notamment de droit privé). Elle lui demande en particulier de mettre en évidence les éventuels conflits a) qui peuvent surgir entre les intérêts publics de la Confédération et les intérêts de ces entreprises ou b) qui peuvent naître du devoir d'information qu'ont ces représentants envers la Confédération.

Le délégué de la Confédération, dont le rôle est de représenter les intérêts de la Confédération au sein du conseil d'administration, risque d'être confronté à des conflits d'intérêts, car sa fonction de membre du conseil d'administration lui impose aussi de défendre les intérêts de la société anonyme. Comment doit-il par exemple voter lorsque la direction veut acquérir une participation à l'étranger, que cette opération est intéressante pour l'entreprise, mais que la Confédération l'estime déplacée pour une entreprise à laquelle on a confié des tâches publiques, en raison de certaines implications politiques propres au pays visé? C'est la problématique abordée par la let. a) du postulat. Par ailleurs, lorsqu'elle délègue un représentant au sein d'un conseil d'administration, la Confédération en attend un retour d'informations de première main, qui doit lui permettre de défendre ses intérêts de propriétaire. On peut toutefois se demander dans quelle mesure la loi autorise ce traitement privilégié de la Confédération vis-à-vis des autres actionnaires de la société. C'est le problème qui est visé à la let. b) du postulat.

La Confédération peut, en vertu de l'art. 762 du code des obligations (CO; RS *220*), déléguer un représentant dans une société anonyme lorsque les statuts de la société ou une loi spéciale lui confèrent explicitement ce droit. Un représentant de la Confédération peut donc être désigné sur cette base, mais il peut aussi être élu par l'assemblée générale, comme tout autre membre du conseil d'administration[2]. Une représentation par le biais d'une élection ne peut toutefois être garantie que si la

[2] Les deux types de représentants peuvent être des employés de la Confédération. Dans ce cas, le mandat de représentation et le contrat de travail définissent les rapports en matière d'instructions. Le contrat de travail comprend le respect des instructions et les obligations de fidélité. Les représentants de la Confédération peuvent aussi être des spécialistes externes, pour lesquels les rapports en matière d'instructions découlent du mandat de représentation et du droit du mandat. En cas de conflits d'intérêts, les mêmes principes s'appliquent tant pour les employés de la Confédération que pour les spécialistes externes (cf. ch. 3.3)

Confédération dispose d'une participation, donc d'un nombre de voix suffisant[3]. Les problèmes visés aux let. a) et b) du postulat et les solutions proposées ci-après sont valables autant pour les représentants de la Confédération délégués que pour ceux qui sont élus. Mais dans la suite du rapport, il sera surtout question des représentants *délégués* par la Confédération[4].

L'examen juridique montre que l'accès privilégié aux informations concernant l'entreprise, dont la Confédération peut bénéficier par le biais de son représentant au sein du conseil d'administration, pose principalement problème s'il s'agit d'une société cotée en bourse en raison de la réglementation boursière. Une solution serait de créer une base légale spéciale garantissant spécifiquement l'accès aux informations souhaitées (ch. 3.2.3.1). Cette proposition est formulée en tenant compte de la doctrine actuelle, en notant tout de même que, jusqu'ici, le débat s'est focalisé sur les actionnaires privés, sans s'attarder réellement sur la situation particulière des corporations de droit public auxquelles a été conféré un droit de déléguer un représentant au sein d'un conseil d'administration (cf. ch. 3.2.4).

La seule société cotée dans laquelle la Confédération a actuellement un représentant est Swisscom. Vu les informations disponibles au moment de la constitution de la société, le statu quo peut être maintenu sans (nouvelle) base légale spéciale (cf. ch. 3.2.3.1, let. b). A cet égard, on rappellera cependant qu'en application du principe nº 9 du rapport sur le gouvernement d'entreprise[5], à l'avenir le Conseil fédéral n'usera de son droit de déléguer des représentants au sens de l'art. 762 CO que de manière restrictive.

En ce qui concerne les sociétés non cotées, la création d'une base légale spéciale pour régler le problème spécifique de l'accès privilégié aux informations ne s'impose pas, pour autant que certaines conditions soient remplies (cf. ch. 3.2.3.2). La réflexion menée au ch. 3.3 montre en effet que, dans ce cas, les conflits d'intérêts entre la Confédération et l'entreprise qui sont évoqués par le postulat peuvent être résolus ou évités.

3.2 Délégation d'un représentant de la Confédération

3.2.1 Contexte

Lorsque la Confédération délègue un représentant au sein du conseil d'administration d'une société anonyme, son intention est d'assurer la défense de ses intérêts de propriétaire en établissant une relation d'ordre personnel avec les organes de la société. Ce délégué a pour tâche d'informer la Confédération de la situation de l'entreprise et de représenter son point de vue sur certaines questions au sein du conseil d'administration, conformément aux instructions qu'il a reçues. Le mandat

3 On peut également envisager de garantir la nomination de représentants de la Confédération par le biais d'une convention d'actionnaires.

4 La nomination d'un représentant de la Confédération par l'assemblée générale est traitée seulement dans la note 8.

5 Rapport 13 septembre 2006 sur le gouvernement d'entreprise, FF **2006** 7799. Concernant le principe nº 9, cf. les ch. 5.3 et 7.4.1 du rapport sur le gouvernement d'entreprise; cf. aussi la lettre du Conseil fédéral du 3 mai 2000 à la Délégation des finances du Conseil national sur la question des représentants de la Confédération dans les organes de direction.

du représentant de la Confédération est consigné dans un document dont la teneur pourrait par exemple être la suivante[6]:

«Le présent mandat a pour but de garantir un contrôle efficace de la défense des intérêts de la Confédération en sa qualité de propriétaire de [la S.A.] ainsi que la possibilité, pour la Confédération, de faire valoir son point de vue sur des questions importantes, directement au sein du conseil d'administration de la société.

Le représentant de l'Etat est l'interlocuteur privilégié de la Confédération pour les sujets qui sont du ressort du conseil d'administration de [la S.A.]. Avant chaque séance du conseil d'administration, le représentant de l'Etat a un entretien avec [les personnes compétentes au sein de l'administration fédérale]. Ces derniers informent le représentant de l'Etat en primeur des interventions politiques ou des questions administratives qui ont des implications pour [la S.A.].

Pour certaines questions d'importance, le représentant de l'Etat reçoit, à sa demande, des instructions écrites de la part [des personnes compétentes au sein de l'administration fédérale].»

Selon l'art. 762 CO, la Confédération peut déléguer un représentant dans les sociétés dont les statuts lui confèrent ce droit[7]. Ce droit de nomination exclut toute intervention de l'assemblée générale dans la désignation du représentant. La condition posée à l'art. 762, al. 1, CO est l'existence d'un intérêt public de la Confédération dans la société anonyme visée; mais cela ne veut pas dire que la Confédération doit obligatoirement avoir le statut d'actionnaire. La contrepartie du droit de nomination est un droit discrétionnaire de la Confédération de révoquer le représentant qu'elle a nommé (art. 762, al. 2, CO)[8]. Au-delà des prérogatives prévues à l'art. 762 CO[9], le droit privé ne prévoit aucun aménagement particulier pour la Confédération vis-à-vis des sociétés anonymes de droit privé[10]. Pour le reste, les représentants de la Confédération ont donc les mêmes droits et obligations[11] qu'un membre du conseil d'administration ordinaire (art. 762, al. 3, CO). Comme lui, ils sont astreints notamment aux devoirs de diligence et de fidélité et doivent traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation (art. 717, al. 2, CO).

6 La citation se réfère à un mandat actuel.

7 Si la Confédération est actionnaire majoritaire, elle peut décider sans l'approbation des autres actionnaires d'intégrer dans les statuts une disposition à cet effet au cours de l'assemblée générale. Si la Confédération dispose d'une minorité de blocage, la disposition est garantie pour autant que les statuts prévoient un quorum correspondant à deux tiers des voix attribuées aux actions représentées pour supprimer la disposition en question. Si l'activité de la SA est liée à une concession ou à une autorisation de droit public, la Confédération peut attacher leur octroi à un droit de nomination (qui doit être inscrit dans la loi).

8 Le représentant de la Confédération nommé dans le conseil d'administration par l'assemblée générale occupe une position plus faible par rapport au représentant délégué par la Confédération, car cette dernière ne peut pas décider seule de sa nomination, qui relève de la compétence de l'assemblée générale. Par analogie, le droit de révocation incombe à l'assemblée générale et non à la Confédération.

9 L'art. 762 CO est une disposition de droit spécial, car elle provient du droit public et a été intégrée dans le droit civil; cf. BSK OR II-Wernli, art. 762 n. 4, 18.

10 Concernant la possibilité d'une réglementation dans une loi spéciale, cf. ch. 3.2.3.1.

11 Concernant la réglementation particulière en matière de responsabilité (art. 752, al. 4, CO), cf. note 54.

Dans ce contexte, la question qui intéresse la Confédération est de savoir quelles sont les limites qui lui sont posées par le droit de la société anonyme et le droit du marché des capitaux notamment en ce qui concerne les (grands) actionnaires, en matière d'accès aux informations via un représentant au sein du conseil d'administration d'une société[12].

3.2.2 Accès privilégié aux informations par l'intermédiaire d'un représentant de la Confédération – Possibilités et limites selon le droit de la société anonyme et le droit du marché des capitaux

Le droit de la société anonyme et le droit du marché des capitaux forment un système complexe qui offre des possibilités mais fixe aussi des limites en matière d'information des actionnaires et du marché[13]. La doctrine est particulièrement abondante sur la question de savoir s'il est légal de divulguer des informations en primeur aux grands actionnaires.

3.2.2.1 De l'information en général dans le droit de la société anonyme et dans le droit du marché des capitaux

a. Droit de la société anonyme

Le droit de la société anonyme fixe des règles claires au sujet des informations qui doivent être fournies aux actionnaires. L'art. 696 CO oblige par exemple la société anonyme à consigner les principales données de l'entreprise relatives à l'exercice écoulé dans un rapport de gestion, qui doit être mis à la disposition des actionnaires avant l'assemblée générale. Selon l'art. 697 CO, lors de l'assemblée générale tout actionnaire peut demander des renseignements sur les affaires de la société au conseil d'administration et à l'organe de révision, dans la mesure où ces informations sont nécessaires à l'exercice de ses droits. Enfin, les art. 697*a* ss CO énoncent les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial afin d'élucider des faits déterminés[14].

12 Dans ce contexte, il importe de souligner que la doctrine concernant le droit en matière d'information s'est jusqu'ici penchée seulement sur les actionnaires privés et n'a guère tenu compte de la situation particulière des corporations de droit public disposant d'un droit de déléguer des représentants (plus de détails sous ch. 3.2.4).

13 Pour un aperçu, cf. Böckli Peter/Bühler Christoph, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 77 (2005), p. 101 ss.

14 Le projet du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant une révision du droit de la société anonyme et du droit comptable prévoit que chaque actionnaire d'une société dont les actions ne sont pas cotées en bourse peut demander à tout moment des renseignements sur les affaires de la société, dans la mesure où ils sont nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire et ne compromettent pas le secret des affaires ni d'autres intérêts sociaux prépondérants (art. 697, al. 2 et 3, projet de CO). En outre, le projet prévoit que dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, tout actionnaire peut demander au conseil d'administration de fournir des renseignements au sujet des indemnités (art. 697^{quinquies}, projet de CO); FF **2008** 1407.

b. Droit du marché des capitaux

En plus des devoirs d'information prévus par le CO, le droit du marché des capitaux fixe aussi un certain nombre de règles visant à améliorer l'information des actionnaires des sociétés ouvertes au public. Contrairement au droit de la société anonyme, le droit du marché des capitaux mise plutôt sur une publication immédiate et généralisée des informations, par la presse ou Internet. L'art. 64 du règlement de cotation (RC) prévoit que l'émetteur publie son rapport de gestion et le rapport des organes de révision annuellement. L'art. 65 RC exige en outre que l'émetteur publie un rapport semestriel (non vérifié). Ce rapport intermédiaire double le rythme d'information prévu par le droit de la société anonyme. L'art. 72 RC règle quant à lui la question de la publicité dite événementielle. Selon cette disposition, dès son entrée en bourse l'émetteur doit informer le marché de tous les faits susceptibles d'avoir une influence sur les cours qui sont survenus dans sa sphère d'activité et ne sont pas connus du public[15]. Le but de l'art. 72 RC est de limiter les délits d'initiés au sens de l'art. 161 du code pénal (CP; RS *311.0*), de garantir l'égalité de traitement des investisseurs et d'améliorer l'efficacité du marché des capitaux. Enfin, l'art. 74*a* crée une obligation de publicité pour les transactions du management portant sur des droits de participation de l'émetteur. Les actionnaires obtiennent encore d'autres informations essentielles sur la gouvernance de l'émetteur en vertu de la directive de la SIX du 17 avril 2002, révisée le 29 mars 2006, concernant les informations relatives à la Corporate Governance (DCG).

Par ailleurs, les prescriptions du CO en matière de publicité des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction des sociétés dont les actions sont cotées en bourse (art. 663*b*^{bis} CO) sont entrées en vigueur le 1er janvier 2007[16]. Et enfin, l'art. 20 de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM; RS *954.1*) oblige les actionnaires importants et les groupes d'actionnaires à déclarer quand ils franchissent certains seuils de participation – dans les deux sens[17].

c. Protection du secret des affaires

Le droit à l'information de l'actionnaire s'oppose au droit de la société à la protection du secret des affaires. Selon l'art. 697, al. 2, CO, la société peut ainsi refuser de donner des renseignements à l'actionnaire s'ils peuvent compromettre le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection. Ces dernières années, la sphère secrète de la société s'est toutefois sensiblement rétrécie. C'est particulièrement vrai pour les sociétés cotées, qui ne peuvent désormais plus invoquer le secret des affaires que si la publicité des informations est source de désavantages concurrentiels, notamment si la demande de renseignements porte sur la clientèle, les marges des produits ou des processus de production.

15 A des conditions limitées, l'émetteur peut repousser le moment de communiquer une information susceptible d'avoir une influence sur les cours, mais il est ensuite tenu d'en garantir la pleine confidentialité.

16 Conformément au message additionnel du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et à la révision du code des obligations (droit de la société anonyme), FF **2009** 265, le projet du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant une révision du droit de la société anonyme et du droit comptable doit être complété en faveur des actionnaires par des prescriptions supplémentaires concernant les indemnités dans les sociétés cotées en bourse (art. 731*c* ss, projet de CO).

17 Depuis le 1er décembre 2007, les seuils de déclaration applicables s'élèvent à 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33⅓, 50 ou 66⅔ % des droits de vote.

3.2.2.2 Admissibilité des informations données en primeur aux grands actionnaires

La doctrine s'est penchée à plusieurs reprises sur la question de savoir s'il était juste de privilégier les grands actionnaires et les actionnaires majoritaires[18] en matière d'informations sur la société. La réponse à cette question doit être cherchée dans les limites des systèmes d'information prévus par le droit de la société anonyme et le droit du marché des capitaux.

a. Principe de l'égalité de traitement des actionnaires dans le droit de la société anonyme et dans le droit du marché des capitaux

L'art. 717, al. 2, CO oblige le conseil d'administration à traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation. Cela signifie qu'un traitement différencié des diverses catégories d'actionnaires qui se fonde sur des raisons objectives est admissible. Böckli/Bühler[19] estiment ainsi que le conseil d'administration doit se fonder sur des critères de différenciation appropriés pour donner des renseignements supplémentaires à certains actionnaires entre les assemblées générales. Selon le droit de la société anonyme – seul applicable si la société n'est pas cotée en bourse – ce type de différenciation est en principe autorisé (a) si les intérêts de la société l'exigent, (b) si la différenciation se fonde sur des raisons objectives et qu'elle remplit les critères de la nécessité et de l'interdiction de prendre des mesures excessives et (c) si elle ne débouche pas sur une discrimination positive ou négative d'un groupe d'actionnaires. Pour ces auteurs, le traitement privilégié des grands actionnaires trouve sa justification juridique non dans l'intérêt particulier de l'actionnaire important mais dans l'intérêt de la société[20].

Pour les sociétés ouvertes au public, le principe de l'égalité de traitement du droit de la société anonyme inscrit à l'art. 717, al. 2, CO est renforcé par le principe de l'égalité de traitement prévu dans le droit du marché des capitaux, précisément à l'art. 1 LBVM, et qui, de l'avis unanime de la doctrine, est plus strict[21]. Il s'agit ici de garantir des conditions d'accès homogènes à tous les intervenants qui opèrent sur

18 Les grands actionnaires et les actionnaires majoritaires peuvent exercer une grande influence le plus souvent à long terme sur la société. Selon l'art. 663*c*, al. 2, CO, une participation équivalant à 5 % des droits de vote constitue la valeur de référence pour une telle influence (cf. Böckli/Bühler [note 13], p. 106).

19 Böckli/Bühler (note 13), pp 109 et 111. Hofstetter Karl, Die Gleichbehandlung der Aktionäre in börsenkotierten Gesellschaften, SZW 68 (1996), p. 229 ss, donne une autre interprétation de la possibilité d'un statut privilégié en matière d'informations.

20 Dans la littérature, la politique en matière d'informations vis-à-vis des actionnaires fait l'objet de controverses. Tandis qu'une partie de la doctrine est pour une égalite de traitement relative, l'autre est pour une égalité de traitement absolue. Forstmoser Peter, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, dans: Jean Nicolas Druey (éd.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zurich 1997, p. 106 s.; BSK OR II-Weber, art. 697 n. 6, Hofstetter [note 19], p. 230, et Watter Rolf, Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht, AJP 2 (1993), p. 121 sont les partisans d'un traitement privilégié en matière d'informations. Quant à Kunz Peter V., Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 10 (2001), p. 897 s., et Huguenin Jacobs Claire, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zurich 1994, p. 244, ils se prononcent pour une égalité de traitement absolue.

21 Cf. Böckli/Bühler (note 13), p. 109; et Kunz Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Berne 2001, § 8 n. 78.

le marché des capitaux[22]. Selon Böckli/Bühler[23], ce régime ne tolère pas un statut privilégié des actionnaires principaux ou majoritaires en matière d'information. Pour NOBEL[24] aussi, toutes les informations doivent être mises à disposition dans les mêmes conditions pour tous. Böckli/Bühler admettent une seule exception, rare de surcroît: dans la phase de préparation finale d'une transaction sur le capital de grande envergure, qui ne pourrait pratiquement pas être menée à terme sans le concours de l'actionnaire principal. En tout état de cause, lorsque le conseil d'administration divulgue des informations substantielles à un ou à plusieurs actionnaires sous le sceau de la confidentialité, il doit respecter la norme pénale sur le délit d'initié[25]. En l'espèce, cela implique de savoir établir la différence entre les informations qui ne sont pas susceptibles d'avoir une influence sur les cours et celles qui le sont. Dans le 2e cas, la règle applicable est alors de dire à tous les actionnaires ce qui a été porté à la connaissance de l'un d'entre eux seulement[26].

b. Droit pénal

Délit d'initié

Le code pénal punit l'exploitation d'informations confidentielles susceptibles d'avoir une influence sur les cours: celui qui obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire, soit en exploitant la connaissance qu'il a d'un fait confidentiel dont il est prévisible que la divulgation exerce une influence notable sur le cours d'actions, d'autres titres ou effets comptables correspondants de la société ou sur le cours d'options sur de tels titres, négociés en bourse ou avant bourse en Suisse, soit en portant un tel fait à la connaissance d'un tiers, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 161, ch. 1, CP).

Le cercle des personnes visées par l'art. 161, ch. 1, CP s'étend uniquement aux initiés dits primaires, à savoir les membres des organes et les mandataires de la société, les membres d'une autorité ou les fonctionnaires qui, de par leurs fonctions officielles, ont accès aux informations internes visées par la norme, et enfin les collaborateurs directs de ces personnes[27].

22 Situation équitable (level playing field)

23 Böckli/Bühler (note 13), p. 111.

24 Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2e édition, 2004, § 11 n. 56.

25 Voir let. b Droit pénal.

26 Cf. Vgl. Watter Rolf, Informationsversorgung des Aktionärs, insbesondere die SWX-Richtlinie betr. Information zur Corporate Governance, dans: Bühler Christoph B. (éd.), Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Berne 2003, p. 44; également BSK OR II-Watter, art. 717 n. 30. En ce qui concerne les faits susceptibles d'influencer les cours, il convient de prendre en considération la directive de SIX Swiss Exchange concernant la publicité événementielle (DPE). Selon les ch. 7 ss de cette directive, l'émetteur doit installer sur son site Internet un système permettant aux personnes intéressées de recevoir gratuitement et à temps des informations sur les faits susceptibles d'influencer les cours. Parallèlement à sa diffusion conformément à la DPE, l'annonce événementielle doit également être publiée sur le site Internet de l'émetteur et y rester disponible pendant deux ans.

27 Cf. Donatsch Andreas (éd.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 17e éd., Zurich 2006, p. 224. La loi octroie le statut d'initié tant au représentant de la Confédération qu'aux employés de la Confédération qui travaillent avec les informations qu'il leur transmet. Selon l'art. 161, ch. 2, CP, celui à qui un tel fait est communiqué directement ou indirectement par l'une des personnes mentionnées au ch. 1 et qui, par l'exploitation de cette information, obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire, peut également être puni d'une peine, bien que moins élevée.

Dans ce contexte, il convient également de s'arrêter sur la pratique de la SIX Swiss Exchange (SIX) relative à l'art. 72 RC. Elle considère notamment comme des faits susceptibles d'avoir une influence sur les cours, donc au sujet desquels l'émetteur doit informer le marché: les chiffres financiers, les fusions, les rachats, les scissions, les restructurations, les variations du capital, les offres d'achat, les fluctuations importantes des bénéfices, les reculs des bénéfices, les alertes sur les bénéfices et les assainissements. Mais selon la SIX, d'une manière générale tous les faits qui sont de nature à exercer une influence notable sur les cours sont visés par les dispositions relatives à la publicité événementielle. Il faut donc ajouter à la liste précédente le lancement de nouveaux produits, les produits importants, les retraits et les rappels de produits importants, les nouveaux partenaires de distribution et les changements importants au niveau du personnel, notamment au sein du conseil d'administration et de la direction ainsi qu'aux postes clés de l'entreprise[28].

Violation du secret de fabrication ou du secret commercial

Outre les délits d'initiés, la divulgation d'informations privilégiées sur l'entreprise peut aussi tomber sous le coup de l'art. 162 CP. Cette disposition prévoit que celui qui révèle un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle sera puni, mais sur plainte seulement.

c. Conclusions

Si le représentant de la Confédération est considéré comme un administrateur ordinaire, le droit de la société anonyme et le droit du marché des capitaux actuels fixent, comme nous l'avons vu ci-dessus, les limites suivantes en matière de transferts d'informations à la Confédération:

- S'il s'agit d'une société ouverte au public, en application du principe de l'égalité de traitement entre tous les opérateurs du marché, toute information divulguée doit être mise à la disposition de tous les actionnaires aux mêmes conditions. Par conséquent, le représentant de la Confédération ne peut pas transmettre d'informations privilégiées à sa mandante. La doctrine tolère toutefois une exception à ce principe dans le cadre des transactions de grande envergure qui ne pourraient pratiquement pas être réalisées sans le concours de l'actionnaire principal.
- Les sociétés ouvertes au public sont aussi soumises aux règles sur la publicité événementielle qui sont prévues à l'art. 72 RC et aux dispositions de l'art. 161 CP, selon lesquelles l'exploitation de la connaissance de faits susceptibles d'exercer une influence notable sur les cours est interdite. Si le représentant de la Confédération transmet des informations de cette nature à sa mandante, et à elle seulement, lui et les employés de la Confédération qui

28 Cf. message du 8 décembre 2006 concernant la modification du code pénal suisse (suppression de l'art. 161, ch. 3, CP); FF **2007** 419. L'art. 161, ch. 3, CP, qui limitait la notion de faits (confidentiels) susceptibles d'influencer les cours à l'émission imminente de nouveaux droits de participation, au regroupement d'entreprises ou à tout fait analogue d'importance comparable, a été abrogé au 1er octobre 2008.

travaillent avec ces informations risquent des sanctions pénales en cas d'exploitation de ces informations[29].

– S'il s'agit d'une société qui n'est pas cotée en bourse, un courant de doctrine reconnaît au conseil d'administration le droit de transmettre des informations privilégiées aux grands actionnaires s'il en va de l'intérêt prépondérant de la société et qu'il existe une raison objective.

– Lorsque le représentant transmet à la Confédération des informations confidentielles sur la société – ouverte au public ou non cotée –, il risque de violer le secret de fabrication ou le secret commercial au sens de l'art. 162 CP, si la transmission de cette information n'était pas nécessaire pour la défense des intérêts de la Confédération.

– Mais lorsque le représentant de la Confédération au sein d'une société anonyme – ouverte au public ou non cotée – ne transmet aucune information nouvelle à la Confédération, mais qu'il se contente de commenter, d'approfondir ou de condenser des informations publiques, donc sous le seuil critique, il ne commet aucune infraction, ni au sens du droit de la société anonyme, ni au sens du droit du marché des capitaux[30].

On relève parfois, en se référant à la réalité juridique, qu'il existe en Suisse un usage selon lequel le conseil d'administration, y compris celui d'une société cotée en bourse, peut mettre à la disposition de l'actionnaire principal ou majoritaire des informations plus détaillées et de meilleure qualité, en priorité[31]. Au vu des critères énoncés précédemment, cet usage ne résiste cependant pas très longtemps à un examen juridique approfondi[32].

3.2.3 Solutions visant à aménager un statut privilégié de la Confédération en matière d'information

Comme cela a été expliqué précédemment, le droit de la société anonyme – et le droit du marché financier plus encore – ne tolère guère les inégalités de traitement face à l'information entre les différentes catégories d'actionnaires[33]. Compte tenu de ce cadre restrictif, si la Confédération veut continuer à obtenir des informations privilégiées pour défendre ses intérêts en tant que propriétaire de certaines entreprises, elle doit faire en sorte que les conditions ci-dessous soient remplies.

29 Il convient de noter que l'abrogation de l'art. 161, ch. 3, CP au 1er octobre 2008 (cf. note 28) a considérablement étendu la notion d'informations susceptibles d'influencer les cours. Le représentant de la Confédération et les employés de la Confédération risquent donc davantage d'enfreindre la norme pénale concernant le délit d'initié.
30 Cf. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2e édition, Zurich 2004, § 13 n. 701
31 Cf. Watter (note 20), 121.
32 Cf. Böckli (note 30), § 13 n. 703.
33 Cf. conclusions sous ch. 3.2.2.2, let. c.

3.2.3.1 Sociétés cotées

a. Principe

En tout premier lieu, on rappellera qu'en application du principe nº 9 du rapport sur le gouvernement d'entreprise[34], à l'avenir le Conseil fédéral n'usera de son droit de déléguer des représentants au sens de l'art. 762 CO que de manière restrictive. Dès lors qu'il juge nécessaire de déléguer un représentant au sein du conseil d'administration d'une société cotée en bourse, la solution la plus convaincante est que le législateur crée une loi spéciale spécifiquement pour cette société[35]. A cet égard, il peut déroger aux différents régimes légaux des sociétés prévus par le code des obligations. Toutefois, les dispositions du droit spécial doivent cibler les tâches publiques que la société doit réaliser et ne doivent pas déroger inutilement aux règles du droit privé[36]. La Confédération a besoin des informations supplémentaires que lui livre son représentant pour vérifier si l'entreprise a atteint les objectifs fixés. La réglementation spéciale doit donc se limiter à garantir la possibilité d'effectuer cette vérification. Les dispositions en question peuvent par exemple être libellées comme suit:

«Le Conseil fédéral[37] fixe tous les quatre ans les objectifs poursuivis par la Confédération par sa prise de participation dans l'entreprise. Le conseil d'administration veille à la mise en œuvre de ces objectifs au sein de l'entreprise. Il rend compte au Conseil fédéral de leur réalisation et met à sa disposition toutes les informations nécessaires à la vérification des objectifs fixés.»

Cette norme spéciale garantit un accès privilégié à l'information par le biais du conseil d'administration. Elle ne mentionne cependant pas explicitement le représentant de la Confédération dans la mesure où il n'est pas obligatoire de nommer un délégué pour obtenir les informations visées[38].

L'adoption d'une réglementation spéciale ne doit pas forcément entraîner la création d'une S.A. de statut juridique particulier[39], qui impliquerait aussi des dispositions d'organisation complètes. Il faut au contraire chercher à se limiter à des règles spécifiques, indispensables, et à renvoyer au droit privé pour tout le reste[40]. A cette fin, on indiquera explicitement dans l'acte que le droit privé est applicable pour tous

34 Cf. note 5.
35 Cf. également BSK OR II-Wernli, art. 762 n. 18.
36 Cf. Vogel Stefan, Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, ZBl 8/2003, p. 419 s.
37 Conformément au principe nº 17 du rapport sur le gouvernement d'entreprise (note 5), selon les tâches que l'entité devenue autonome assume, c'est le Conseil fédéral, le conseil d'administration ou d'institut qui définit les objectifs stratégiques de l'entité.
38 Il faudrait également créer une norme spéciale visant à garantir un accès privilégié à l'information si le représentant n'est pas délégué par la Confédération, mais nommé par l'assemblée générale.
39 Contrairement aux sociétés définies par les art. 620 ss CO, la S.A. de statut juridique particulier ne se fonde pas sur un contrat, mais sur une loi. La loi spéciale est complétée par les prescriptions du CO relatives à la société anonyme. Le cas dans lequel une réglementation légale ayant des effets directs sur l'organisation d'une société vient s'ajouter à l'acte de fondation de droit civil et ne fait qu'intervenir ponctuellement sur les dispositions du CO (Vogel [note 36], p. 419) est différent. La réglementation spéciale proposée représente une telle intervention ponctuelle.
40 Lorsque, pour des raisons particulières (cf. principe nº 9 du rapport sur le gouvernement d'entreprise [note 34]), la transmission d'informations doit passer par un représentant de la Confédération, la loi spéciale peut prévoir en sus une représentation de la Confédération. En outre, les statuts de la société doivent prévoir, pour la Confédération, le droit de déléguer un représentant.

les aspects qui ne sont pas réglés dans la loi spéciale. Une autre possibilité, toujours dans le cadre de la loi spéciale, consisterait par exemple à inscrire le droit d'exiger des informations dans une concession[41]. Une solution de ce genre n'affecterait en rien les règles du droit privé[42]. Toutefois, ces deux solutions présentent les mêmes incertitudes concernant les voies de recours. Il n'existe en effet aucune jurisprudence indiquant si les litiges portant sur ce type de réglementation doivent être portés devant une juridiction administrative ou civile.

On notera pour terminer que les normes instituées par une loi spéciale peuvent déroger au droit privé, mais pas au droit pénal. Cela signifie notamment que l'interdiction des délits d'initiés visée à l'art. 161 CP continue de s'appliquer à la Confédération et à ses représentants, même lorsqu'ils sont soumis à une réglementation spéciale. Mais si la Confédération utilise les informations mises à sa disposition par son représentant uniquement aux fins de vérification des objectifs fixés à l'entreprise – c'est-à-dire le but même du transfert d'informations – il devrait être possible d'exclure tout conflit avec le droit pénal[43].

b. Swisscom

Swisscom est la seule société cotée en bourse au sein de laquelle la Confédération a délégué un représentant. Par ailleurs, il s'agit là d'un cas particulier qui ne justifie pas une intervention du législateur a posteriori pour légitimer le droit de la Confédération à accéder à des informations privilégiées.

L'art. 1 LBVM, qui énonce le principe de l'égalité de traitement au sens du droit du marché des capitaux[44], est entré en vigueur le 1er février 1997. Ce n'est que quelques années plus tard que la doctrine a réellement pris conscience du problème de l'égalité de traitement absolue des actionnaires inscrite dans le droit du marché des capitaux[45]. Ce n'était donc pas le cas au moment de la rédaction du message de 1996 relatif à l'institution de la société anonyme de droit public qui allait devenir Swiss-

41 Une concession dans le cadre du droit du marché applicable est réglée de manière générale et n'est pas spécifique à l'entreprise.

42 Les règles du droit privé exigent que la S.A. ait un but lucratif, sauf si les statuts la définissent expressément comme une société à but non lucratif (art. 620, al. 3, CO). Cela implique qu'elle doit préserver ses intérêts de propriétaire et les intérêts de ses actionnaires dans les limites légales. Le même principe est applicable lorsque l'Etat possède des participations dans une société. Par ailleurs, l'actionnaire a pour seule obligation celle de libérer le capital-action (art. 620, al. 2, CO). Il en résulte qu'on ne peut lui imposer une obligation de vente, par ex. en octroyant un droit d'emption à la Confédération sur les parts du capital, pour le cas où l'Etat s'intéresserait à la société. Au contraire, les intérêts publics doivent être pris en compte par le biais du droit public. Il convient d'éviter une utilisation inappropriée des droits des actionnaires par les pouvoirs publics, notamment si la S.A. a fait appel à des investisseurs privés pour financer son capital-propre (à ce propos, Forstmoser Peter, Wer «A» sagt, muss auch «B» sagen, SJZ 98 [2002], p. 219 ss). Les deux modèles de réglementation présentés dans le texte principal relèvent du droit public et ne touchent pas les règles du droit privé.

43 L'OCDE élabore actuellement un guide d'application sur la transparence et la reddition de compte de l'Etat actionnaire (Accountability and Transparency Guide for State Ownership). Il comprend un principe selon lequel l'Etat ne doit pas abuser aux dépens des autres actionnaires des informations dont il dispose en tant qu'actionnaire majoritaire ou en raison des autres rôles qu'il assume vis-à-vis de l'entité publique (projet, référence 179). S'il existe une base légale spéciale telle que celle qui est proposée et si la Confédéraiton utilise les informations dans les limites consenties, elle ne risque pas d'aller à l'encontre du principe énoncé dans le guide de l'OCDE.

44 Cf. ch. 3.2.4, let. A.

45 Cf. notes 19 et 20.

com (message du 10 juin 1996 relatif à la loi sur l'organisation da la Poste et à la loi sur l'entreprise des télécommunications; FF *1996* III 1260). Dans ce message, le Conseil fédéral indiquait d'ailleurs clairement que la Confédération assumerait ses tâches de conduite vis-à-vis de l'entreprise par l'envoi d'un représentant au sein du conseil d'administration, notamment dans le but d'obtenir un accès privilégié aux informations émanant de cet organe[46]. De plus, avant son entrée en bourse, en 1998, Swisscom avait expressément attiré l'attention des investisseurs sur la présence d'un représentant de la Confédération au sein de son conseil d'administration et par-là sur le statut privilégié de la Confédération en matière d'accès à l'information. Les actionnaires minoritaires ont donc été mis au courant de la situation dès le début.

L'évocation, dans le message, de l'existence d'un représentant de la Confédération n'est pas équivalente à une norme spéciale, spécifique, du genre de celle envisagée au ch. 3.2.3.1 ci-dessus. Il apparaît néanmoins que le statu quo peut être maintenu sans besoin de légitimation a posteriori, notamment pour les raisons suivantes: les actionnaires minoritaires ont été informés de la représentation de la Confédération au moment de l'entrée en bourse de Swisscom, à cette époque le débat reposait sur des bases différentes, la Confédération était déjà représentée au sein du conseil d'administration de Swisscom depuis de nombreuses années et la pratique de l'entreprise en matière d'information était connue de tous. Ce constat ne doit cependant pas relativiser le bien-fondé de la solution présentée ci-dessus pour l'envoi, dans le futur, de représentants de la Confédération au sein du conseil d'administration de sociétés cotées en bourse.

3.2.3.2 Société dont les actions ne sont pas cotées en bourse

Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, le privilège de la Confédération en matière d'information peut se justifier de la manière suivante:

Lorsque la Confédération prend une participation dans une entreprise, c'est dans le but de réaliser une tâche de l'Etat. Si, en sa qualité de grand actionnaire, elle demande et obtient des informations supplémentaires sur l'entreprise afin de vérifier si les objectifs fixés dans le but de réaliser cette tâche publique sont remplis[47], alors cette demande est aussi dans l'intérêt de l'entreprise dont le but est justement de réaliser cette tâche publique. Dans le même temps, il existe une raison objective au privilège en matière d'information et l'on peut dire que ce privilège n'est pas disproportionné, dans la mesure où il sert à obtenir des informations permettant de vérifier si l'entreprise atteint les objectifs stratégiques. Il en découle aussi que la Confédération, en tant que grand actionnaire, n'est pas avantagée de manière disproportionnée par rapport aux actionnaires minoritaires. Les conditions cumulatives qui, selon les courants de doctrine présentés au ch. 3.2.2.2, let. a, doivent être réunies pour justifier un privilège de la Confédération en matière d'information dans les sociétés non cotées, sont donc remplies. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de créer des bases légales

46 FF **1996** III 1275: «La Confédération disposera de représentants au sein de ces conseils; ainsi, la fonction de gestion des entreprises qui lui incombe sera aussi assurée par le biais de ces personnes.»

47 Concernant les limites dans lesquelles la Confédération est tenue d'utiliser les informations supplémentaires dans le but de vérifier si l'entreprise atteint les objectifs qui lui ont été fixés, cf. ch. 3.2.3.1.

spéciales dans le cas spécifique des sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse[48].

Cette argumentation est d'autant plus fondée que la problématique des minorités au sein des entreprises fédérales qui ne sont pas cotées en bourse est en constante régression. Actuellement, ce type d'entreprises se trouve soit en pleine propriété de la Confédération soit dans une proportion tellement élevée qu'il est difficile d'imaginer que les actionnaires minoritaires ne soient pas conscients du statut particulier dont jouit la Confédération du fait de sa participation majoritaire très marquée.

3.2.4 Compatibilité entre le cadre légal actuel en matière d'information et le droit de délégation des corporations de droit public au sens de l'art. 762 CO

L'art. 762 CO a été inscrit dans le code des obligations en 1936[49]. Il permet aux corporations de droit public de défendre un intérêt public en siégeant au sein des organes des sociétés d'intérêt public. Le droit du marché des capitaux, avec ses exigences très strictes en matière d'égalité de traitement des actionnaires, n'est apparu que bien plus tard, de même que la discussion relative à la légalité d'une information privilégiée des grands actionnaires.

Les solutions présentées ci-dessus tiennent compte de l'état actuel de la doctrine. Mais il faut tout de même relever que, jusqu'ici, la discussion a surtout porté sur le statut des actionnaires privés, tandis que la situation particulière des corporations, et notamment de leur droit de déléguer un représentant, n'a été évoquée que de façon marginale[50]. Il serait d'ailleurs souhaitable que cette lacune soit comblée afin de pouvoir déterminer dans quelles conditions ce droit de délégation peut être maintenu nonobstant les restrictions posées par le droit du marché des capitaux et quel type d'informations privilégiées les corporations sont en droit d'exiger pour vérifier la mise en œuvre des tâches publiques confiées à la société concernée. Un aspect particulier de cette discussion serait notamment le cadre dans lequel une corporation de droit public est autorisée à utiliser les informations privilégiées mises à sa disposition par une société.

48 Ces explications excluent également le risque de contrevenir au principe énoncé dans le guide d'application sur la transparence et la reddition de compte de l'État actionnaire (projet) élaboré par l'OCDE, selon lequel l'Etat actionnaire majoritaire ne doit pas abuser des informations dont il dispose aux dépens des autres actionnaires (cf. note 43).

49 Cf. BSK OR II-Wernli, art. 762 n. 3.

50 En ce qui concerne l'opinion selon laquelle les restrictions en matière d'information posées par le droit de la société anonyme devraient être allégées en ce qui concerne les représentants de corporations de droit public en raison de leur droit d'instruire le représentant, cf Buob Franziska, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, PJA,2/2009, p. 148, avec renvois.

3.3 Conflits entre les intérêts de la Confédération et ceux de la société

3.3.1 Prépondérance des intérêts de la société

Fondamentalement, le représentant délégué par la Confédération a les mêmes droits et les mêmes obligations que les administrateurs élus par l'assemblée générale (art. 762, al. 3, CO; cf. ch. 3.2.1 ci-dessus). Comme eux, il doit notamment veiller aux intérêts de la société (art. 717, al. 1, CO).

Des conflits d'intérêts sont toutefois possibles du fait qu'au sein du conseil d'administration, le représentant de la Confédération doit défendre à la fois les intérêts du propriétaire qu'il représente, soit la Confédération, et les intérêts de la société, en sa qualité de membre du conseil d'administration. La question se pose donc de savoir lequel de ces intérêts est prépondérant.

En vertu de l'art. 762, al. 4, CO, la responsabilité des représentants délégués au sein du conseil d'administration est entièrement assumée par la corporation. Une partie de la doctrine y voit un droit de donner des instructions au représentant et donc la prépondérance de l'intérêt public. Une autre partie de la doctrine s'appuie sur l'art. 762, al. 3, CO pour décréter la prépondérance de l'intérêt de la société et l'absence d'un droit de donner des instructions allant au-delà de ce qui est généralement admissible. Il convient donc de considérer que la théorie dominante est celle de la «double obligation», selon laquelle les obligations de l'administrateur envers la société sont prépondérantes, mais ne l'empêchent pas de défendre les intérêts de la corporation et de suivre ses instructions dans le cadre de la marge d'appréciation, souvent assez large, d'un membre du conseil d'administration[51].

3.3.2 Comportement de la Confédération et de son représentant

Comme nous l'avons vu, le principe de la prépondérance des intérêts de la société est donc aussi valable pour le représentant de la Confédération[52]. Il faut cependant reconnaître que le droit de nomination qui est conféré à la Confédération est l'expression de l'intérêt public de la société et que cet intérêt public est normalement inscrit dans les buts statutaires de la société. Si tel est le cas, il y a convergence entre les intérêts de la société et l'intérêt public. Ainsi, dans la mesure où les instructions que la Confédération donne[53] à son représentant sont compatibles avec l'intérêt public visé par les buts de la société et où le mandat de l'administrateur est aussi

51 Cf. Forstmoser Peter/Jaag Tobias, Der Staat als Aktionär, Zurich 2000, réf. 71.

52 Le guide d'application sur la transparence et la reddition de compte de l'Etat actionnaire (projet, cf. note 43) élaboré par l'OCDE exige un dispositif législatif qui impose aux administrateurs, lorsqu'ils sont nommés par l'Etat, un devoir de loyauté envers l'entreprise publique elle-même et envers tous ses actionnaires et non envers l'Etat (réf. 173, «Affirmer le devoir de loyauté des administrateurs des entreprises publiques»). La doctrine dominante en Suisse, qui s'appuie sur l'art. 762, al. 3, CO, selon laquelle l'intérêt de la société prime l'intérêt public, satisfait à cette exigence.

53 Si, comme le ferait un organe de la société, la Confédération influence la direction de la société par le biais des instructions qu'elle donne à son représentant, et restreint ainsi la liberté de ce dernier de remplir son mandat, elle pourrait être qualifiée d'organe de fait et, par conséquent, devoir assumer la responsabilité des organes selon les art. 754 ss CO (cf. Forstmoser/Jaag [note 51], réf. 106 ss).

défini dans ce cadre-là, il ne devrait pas y avoir de conflit[54]. Et il en va de même lorsque la Confédération ne donne pas d'instructions concrètes et que son représentant s'acquitte de sa tâche en tenant compte de l'intérêt public qui fonde l'intérêt de la société, et qu'il exerce son pouvoir d'appréciation dans ce sens[55].

4 Postulat de la Commission de gestion (07.3774) sur les principes complémentaires concernant la politique du personnel et la réglementation des caisses de pensions

4.1 Introduction

Compte tenu des réformes imminentes, le rapport du 13 septembre 2006 sur le gouvernement d'entreprise[56] n'a pas traité les questions relatives au personnel.

En revanche, il a défini les compétences législatives des entités du domaine du personnel devenues autonomes: les entités dont les prestations sont financées par des émoluments ou des indemnités de la Confédération doivent soumettre à l'approbation du Conseil fédéral les dispositions d'exécution en matière de droit du personnel, étant donné que les frais de personnel représentent le poste de charges le plus lourd, surtout dans le secteur des services[57]. S'agissant des entités fournissant des prestations sur le marché, il est prévu de conférer aux sociétés anonymes de droit privé la compétence d'édicter leur propre règlement en matière de personnel. La gestion s'effectue ici par des directives dans le cadre des objectifs stratégiques ayant, pour les entités devenues autonomes sous la forme juridique de la société anonyme de droit privé, un effet contraignant non pas sur le plan juridique mais dans les faits[58]. Pour les sociétés anonymes de droit public, il est possible de prévoir des directives fondamentales contraignantes concernant le droit du personnel dans le cadre des objectifs stratégiques[59].

54 Selon l'art. 762 CO, la Confédération assume directement et en priorité la responsabilité des représentants qu'elle délègue au sens de l'art. 762 CO à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers. Les conditions de la responsabilité sont régies par les dispositions générales du droit de la société anonyme (art. 754 ss CO). Le recours de la Confédération contre son représentant est régi par la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité (LRCF; RS **170.32**). Si le représentant de la Confédération agit sur instructions expresses de cette dernière, on ne peut pas lui reprocher d'avoir manqué à ses obligations, et aucun recours n'est donc possible (cf. BSK OR II-Wernli, art. 762 n. 20; Forstmoser/Jaag [note 51], réf. 135).

55 Cf. BSK OR II-Wernli, art. 762 n. 24.

56 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 1.2, 4.1 et 7.5.

57 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 4.2.5. Pour les entités fournissant des prestations à caractère monopolistique: rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 5.1. Pour les entités exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité: rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 5.2.

58 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 4.2.6 et 5.3.

59 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 5.3.

4.2 Statut du personnel dans le droit en vigueur

Les rapports de travail avec le personnel travaillant dans l'administration fédérale centrale (offices GMEB inclus) sont régis par la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS *172.220.1*). C'est notamment dans l'optique des offices GMEB que cette dernière a été structurée comme une loi-cadre souple, prévoyant une marge de manœuvre réglementaire et décisionnelle[60].

Les rapports de travail dans le domaine de l'administration décentralisée[61] sont régis par la LPers sous réserve de dispositions inscrites dans une loi spéciale. Cette possibilité est relativement souvent utilisée[62]. La LPers s'applique également à la Poste suisse et aux Chemins de fer fédéraux. Elle constitue donc le cadre légal pour tous ces employeurs, pour autant que le Conseil fédéral ne leur ait conféré aucun statut spécial; mais les possibilités concrètes d'agencement du droit du travail sont multiples.

En cas de transfert contractuel de tâches publiques à des particuliers, les rapports de travail sont régis par le code des obligations. La Confédération peut confier durablement l'exécution de certaines tâches à des tiers en se fondant sur une loi spéciale. Les rapports de travail dans le «domaine de l'organisation privatisée»[63] sont régis par le CO. Mais les lois spéciales contiennent des dispositions concernant l'exécution des tâches et l'aménagement des rapports de travail. L'art. 5, al. 3, LPers, habilite le Conseil fédéral à coordonner les questions relatives au personnel des entités privatisées chargées de tâches administratives.

Les externalisations réalisées jusqu'à présent ont largement fait usage de la liberté de choix donnée par la loi lors de la définition du statut du personnel. Les décisions concernant le choix du statut et son agencement ont généralement été prises au cas par cas et plutôt en fonction de considérations politiques que juridiques[64]. Il n'y a pas de systématique proposant des critères de sélection et de décision.

60 Communiqué de presse, Mise en consultation d'un projet de loi sur le personnel de la Confédération du 6 mai 1998: «Le Conseil fédéral dispose désormais de la flexibilité requise pour pouvoir réagir rapidement et efficacement aux modifications du marché du travail.» http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/00029/index.html?lang=fr; Documentation de presse, Projet pour une «Loi sur le personnel de la Confédération», en particulier: «Le système des salaires détaillé et rigide prévu par le StF évolue progressivement vers un système de salaires liés aux prestations dans la LPers. Il se situera plus près du marché, afin de permettre une plus grande flexibilité: la Confédération doit pouvoir adapter davantage ses salaires au jeu de l'offre et de la demande. Pour atteindre cet objectif, elle a besoin d'une loi plus souple quant à la fixation des salaires.» http://www.admin.ch/cp/f/355046AF.5F7@gs-efd.admin.ch.html

61 Entreprises dotées ou pas de la personnalité juridique: CDF, RFA, ISDC, IPI et Swissmedic.

62 Cf. p. ex. ci-dessous «Aperçu des statuts du personnel», p. 9 ss. Réglementation de principe à l'art. 2, al. 1, let. e, LPers.

63 «Dans le cas d'une organisation privatisée – ou d'une privatisation formelle –, l'Etat fonde une personne morale de droit privé, p. ex. une société anonyme, et délègue l'accomplissement de la tâche étatique à cette dernière. Le terme «organisation privatisée» ne désigne donc pas le responsable primaire de l'accomplissement de la tâche, mais concerne uniquement la forme de l'organisation lors de l'accomplissement de la tâche.» Tiré de: Isabelle Häner, Privatisierung der öffentlichen Dienste: parlamentarische Einflussnahme und Oberaufsicht (traduction libre). http://www.sgp-ssp.net/cont/fileadmin/pdf/bulletin_sgp-ssp/2001_11/haenerprivat.pdf

64 Voir l'exemple au ch. 4.3.

4.3 Prescriptions sur les salaires des cadres

Dans le cadre des dispositions sur les salaires des cadres[65], le Conseil fédéral contrôle en particulier les salaires et les autres conditions de travail financièrement importantes des entités devenues autonomes.

L'ordonnance sur les salaires des cadres englobe toutes les unités administratives, entreprises et établissements décentralisés soumis au droit du personnel de la Confédération ainsi que la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA), l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI) et Swissmedic, tous trois régis par une loi spéciale. Elle comprend:

- les principes relatifs aux prestations de l'employeur;
- les principes relatifs au calcul des prestations et à la fourniture de prestations annexes;
- des dispositions concernant les rapports et la publication d'informations.

Les entreprises et établissements concernés sont notamment tenus de présenter un rapport sur le montant total des honoraires et des prestations annexes versés à l'organe de direction, la somme totale des rémunérations, les autres conditions contractuelles et les activités accessoires autorisées par le Conseil fédéral. En outre, ils ont l'obligation de publier les informations relatives aux salaires des cadres dans leur rapport annuel ou dans un organe d'information comparable.

Par ailleurs, un accord conclu en 2002 entre la Délégation des finances des Chambres fédérales et le Conseil fédéral[66] porte sur la surveillance et les rapports en matière de salaires des cadres supérieurs de la Confédération et des entreprises proches de la Confédération. Cet accord fixe le champ d'application et les modalités de la surveillance financière concomitante et de la haute surveillance ultérieure, ainsi que, en particulier, les obligations d'informer et de rendre compte des mesures prises en matière de personnel auprès des cadres supérieurs de l'administration fédérale centrale et de l'administration fédérale décentralisée.

L'accord du 13 septembre 2006 entre le Conseil fédéral et les commissions de surveillance parlementaires définit de manière contraignante les exigences auxquelles doivent satisfaire les rapports aux plans de la forme et du contenu. Le rapport concernant le personnel doit fournir au Parlement une vue d'ensemble de la politique du personnel et lui permettre de porter un jugement sur la situation et le degré de réalisation dans ce domaine[67].

65 Art. 6*a* LPers. et ordonnance du 19 décembre 2003 sur les salaires des cadres; RS **172.220.12**.
66 En vigueur depuis le 26 novembre 2002.
67 Les rapports contiennent des informations détaillées sur des thèmes tels que les charges de personnel, les effectifs et le nombre de postes, les mesures salariales, la composition du personnel, la satisfaction au travail, la conduite.

Concernant le champ d'application et l'objet (information et rapports sur les mesures en matière de personnel), les accords cités, la législation sur les salaires des cadres et le présent rapport complémentaire sur le gouvernement d'entreprise se recoupent en partie. Les accords devront donc être modifiés en fonction des résultats des délibérations parlementaires relatives au présent rapport.

4.4 Nouvelles réglementations du statut du personnel dans le cadre d'externalisations

Ces deux dernières années, les projets d'externalisation ont accordé une place toujours plus large à la question d'un statut du personnel «approprié». En l'absence de critères de sélection et de prescriptions en matière de politique du personnel, les décisions ont continué d'être prises au cas par cas, comme par le passé, en fonction du contexte et de la situation politique[68]:

68 Cf. aperçu à l'annexe 2.

Aperçu des statuts du personnel[69]

Entité devenue autonome	Statut du personnel	Loi applicable	Dispositions d'exécution	Compétence d'édicter des dispositions d'exécution	CCT/Particularité
Régie fédérale des alcools	droit public	LPers	dispositions d'exécution de la LPers	Conseil fédéral	
Domaine des EPF (EAWAG, WSL, EMPA, EPFL, EPFZ, PSI)	droit public	LPers, sauf dispositions contraires dans la loi sur les EPF	ordonnance-cadre LPers et ordonnance sur le personnel du domaine des EPF	conseil des EPF avec approbation du Conseil fédéral	
Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle (IFFP)	droit public	LPers	ordonnance-cadre LPers et ordonnance sur l'IFFP	Conseil fédéral	le Conseil de l'IFFP peut, avec l'approbation du Conseil fédéral, édicter des dispositions d'exécution complémentaires.
Pro Helvetia	droit privé	CO			
Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA)	droit privé	CO	règlement du personnel	conseil d'administration	
Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI)	droit public	LIPI (statut spécial en dehors de la LPers)	ordonnance d'ex. de la LIPI	Conseil fédéral	
Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic)	droit public	LPTh (statut spécial en dehors de la LPers)	ordonnance d'ex. de la LPTh	Conseil fédéral	dans certains cas, engagement selon CO possible; prescriptions en matière de politique du personnel dans le cadre du mandat de prestations
Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR)	droit privé	CO	prescriptions édictées uniquement en vue d'éviter les conflits d'intérêts	conseil d'administration	

69 Cette liste n'est pas exhaustive.

Entité devenue autonome	Statut du personnel	Loi applicable	Dispositions d'exécution	Compétence d'édicter des dispositions d'exécution	CCT/Particularité
Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN)	droit public	LIFSN (statut spécial en dehors de la LPers)	règlement du personnel (statut spécial)	conseil de l'IFSN et approbation du Conseil fédéral	
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)	droit public	LFINMA (statut spécial en dehors de la LPers)	ordonnance	conseil d'administration et approbation du Conseil fédéral	
Identitas[70]	droit privé	CO			
SAPOMP Wohnbau SA	droit privé	CO			
Skyguide SA	droit privé	CO			directives relatives à la politique du personnel dans le cadre des objectifs stratégiques; conclut dans la mesure du possible une CCT
Chemins de fer fédéraux (CFF)	droit public	LPers	ordonnance-cadre	Conseil fédéral	CCT obligatoire; autorisation du Conseil fédéral pour conclure une CCT. Dans certains cas, engagement selon CO possible; directives relatives à la politique du personnel dans le cadre des objectifs stratégiques.
Assurance suisse contre les risques à l'exportation (ASRE)	droit privé	CO	règlement du personnel	conseil d'administration avec approbation du Conseil fédéral	directives relatives à la politique du personnel dans le cadre des objectifs stratégiques
Institut suisse de droit comparé (ISDC)	droit public	LPers	dispositions d'exécution de la LPers	Conseil fédéral	

70 Anciennement Banque de données sur le trafic des animaux SA.

Entité devenue autonome	Statut du personnel	Loi applicable	Dispositions d'exécution	Compétence d'édicter des dispositions d'exécution	CCT/Particularité
La Poste suisse	Droit public	LPers	Ordonnance-cadre	Conseil fédéral	CCT obligatoire; dans certains cas, engagement selon CO possible; directives relatives à la politique du personnel dans le cadre des objectifs stratégiques
Swisscom	Droit privé	CO			obligation de négocier une CCT; Directives relatives à la politique du personnel dans le cadre des objectifs stratégiques
RUAG	Droit privé	CO			affiliation à la CCT de la branche

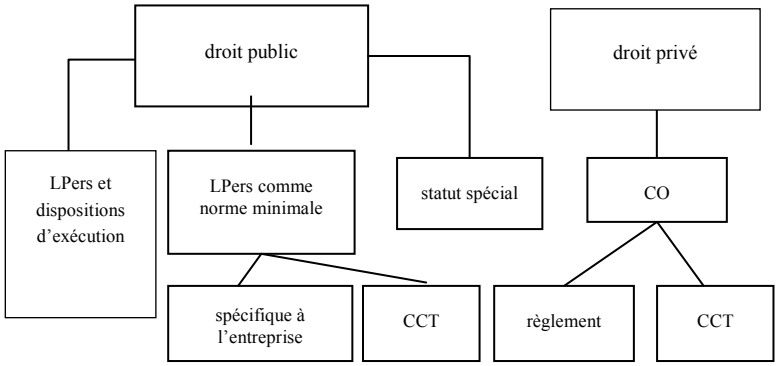
4.5 Mesures requises

En cas d'externalisation, il convient de résoudre d'abord et systématiquement la question du statut du personnel applicable aux rapports de travail. Les modèles suivants sont envisageables:

- application de la LPers et de ses dispositions d'exécution[71];
- application de la LPers comme cadre légal (norme minimale), mais accompagnée de dispositions d'exécution en matière de droit du personnel spécifiques à l'entreprise, requérant ou non l'approbation du Conseil fédéral[72];
- statut spécial de droit public en matière de droit du personnel sortant du cadre de la LPers et de ses dispositions d'exécution, requérant ou non l'approbation du Conseil fédéral[73];
- rapports de travail soumis au CO, avec ou sans l'approbation des dispositions d'exécution en matière de droit du personnel par le Conseil fédéral[74].

71 ISDC, RFA.
72 Etablissements dans le domaine des EPF, CFF, la Poste, IFFP.
73 IPI, Swissmedic, IFSN, FINMA.
74 Pro Helvetia, CNA, Autorité de surveillance en matière de révision, ASRE, Identitas SA, SAPOMP Wohnbau SA, Skyguide SA, RUAG.

Aperçu des statuts du personnel possibles et de leur classification



Pour certains modèles et selon la taille de l'entreprise, la question se pose de savoir s'il existe une éventuelle obligation de conclure une CCT[75] ou d'en négocier une[76] [77].

Les externalisations anciennes ou plus récentes sont hétérogènes: tantôt c'est un statut du personnel de droit public – entrant ou non dans le champ d'application de la LPers – qui est choisi, tantôt un statut de droit privé, complété à la rigueur par des dispositions d'exécution en matière de droit du personnel requérant l'approbation du Conseil fédéral[78]. Le choix du statut du personnel repose généralement sur des considérations spécifiques au cas, faute de critères d'appréciation et de décision uniformes. Ponctuellement, les activités à accomplir, la proximité de la Confédération en tant que propriétaire et la fonction de contrôle exercée par la Confédération font l'objet d'une appréciation ou un rapport est établi avec la fixation des émoluments[79]. En revanche, bien que la LPers visait précisément à accorder une certaine marge de manœuvre aux entités devenues autonomes[80], la LPers et ses dispositions d'exécution ne peuvent leur offrir la souplesse nécessaire que consentent toutes ces solutions.

75 CFF, la Poste: cf. art. 38 LPers.
76 Swisscom
77 Au sujet de cette réglementation, cf. ch. 4.7 in fine.
78 La nature juridique de ces dispositions d'exécution n'est pas claire et il revient aux tribunaux civils de décider comment l'apprécier en cas d'évaluation du litige.
79 Cf. ch. 4.3 IFSN et FINMA.
80 «Avec la LPers, le Conseil fédéral entend en premier lieu assouplir les conditions d'engagement et mieux les adapter aux particularités spécifiques des entreprises et des personnes. Dans ce sens, la LPers est un texte concis qui accorde à tous les employeurs fédéraux (administration, tribunaux fédéraux, Poste et CFF) la marge de manœuvre nécessaire. Recouvrant l'ensemble du personnel de la Confédération, la LPers prévient l'atomisation du droit du travail.» Communiqué de presse du 15 décembre 1998 sur la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération, http://www.admin.ch/cp/f/36766CF1.B8AF12DD@gs-efd.admin.ch.html.

S'agissant des externalisations en général, les formes et compétences les plus diverses cohabitent[81]. Cette situation est notamment due au fait qu'il n'existe encore aucune directive en matière de politique du personnel concernant la réglementation du statut du personnel en cas d'externalisation.

Il est nécessaire d'intervenir en particulier pour les raisons suivantes:

- La tendance claires à créer des règlements spéciaux en matière de droit du personnel pour chaque projet d'externalisation est nette. Il en résulte une dispersion considérable du droit, qui n'est pas favorable à la sécurité juridique, empêche l'application d'une politique du personnel[82] cohérente et coordonnée et complique sensiblement l'uniformité de la gestion et du contrôle.
- Si la politique du personnel des entités devenues autonomes, et notamment le système salarial, ne sont pas coordonnés avec ceux de la Confédération, cette dernière sera inévitablement concurrencée sur le marché du travail par ses propres entités devenues autonomes. S'agissant des structures salariales à appliquer, il apparaît que la question du statut du personnel revêt une importance considérable autant pour la Confédération que pour les entreprises et institutions concernées, les employés et les organismes de financement (des émoluments en particulier). Comme l'ont montré les discussions sur les salaires des cadres, un pilotage politique est donc indispensable.
- Il faut clairement opter soit pour un statut du personnel de droit public soit pour un statut du personnel de droit privé. Les solutions intermédiaires posent des problèmes d'application et de compétence[83].
- Il convient de définir des critères précis et uniformes sur lesquels reposera la décision relative au statut du personnel à adopter dans un cas concret. La relation entre le statut du personnel, le type de tâche à accomplir[84], y compris la forme de l'action[85] et la responsabilité[86] ainsi que le financement de l'entité[87] doivent être pris en compte[88].

81 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 2.4.
82 Art. 5, al. 3, LPers.
83 Voir l'exemple dans ATF **118** II 213 et VPB 68.9.
84 Prestations à caractère monopolistique, tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité ou prestations sur le marché.
85 De droit public, év. même de nature souveraine, ou de droit privé.
86 De droit public ou de droit privé.
87 Indemnités de la Confédération, financement des émoluments ou des prix.
88 Actuellement et compte tenu des principes introduits ci-après, un établissement de droit public qui assume uniquement des tâches de surveillance, dont les collaborateurs agissent et répondent de leurs actes essentiellement dans le cadre du droit public (le cas échéant même souverainement), et qui, par ailleurs, est financé surtout par des fonds publics ou des émoluments, ne devrait plus être autorisé à appliquer un statut du personnel de droit privé, car il pose des problèmes de recoupement entre le droit du travail, le droit de procédure et le droit en matière de responsabilité ne peuvent guère être résolus de manière satisfaisante.

4.6 Gestion de la politique du personnel des entités de la Confédération devenues autonomes

Comme le mentionne le rapport sur le gouvernement d'entreprise[89], la Confédération gère l'accomplissement de ses tâches principalement par des lois et ordonnances matérielles. Elle renonce à faire exécuter certaines tâches par l'administration fédérale centrale et les délègue à une organisation ou une entreprise dont elle est propriétaire ou actionnaire principal ou majoritaire. La position de propriétaire ou d'actionnaire principal ou majoritaire de la Confédération p lui permet d'exercer une influence 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. Le droit en matière d'organisation doit être conçu de façon à:

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

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

Dans ce sens, la Confédération en tant que propriétaire doit aussi pouvoir influencer la politique du personnel des entités devenues autonomes. Elle doit gérer et contrôler activement la politique du personnel de ces entités, conformément à l'art. 6*a* LPers. Les principes de la politique du personnel doivent s'orienter en fonction des types de tâches définis dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise, s'intégrer dans une forme organisationnelle optimisée et harmonisée telle qu'elle est conçue dans le rapport en question, et la compléter.

4.7 Statut du personnel comme élément de gestion

Le choix du statut du personnel constitue le fondement de la réglementation du droit du personnel des entités devenues autonomes, notamment en ce qui concerne la délimitation des compétences et des responsabilités entre le Conseil fédéral et les organes des entités. Le statut du personnel sert à gérer la politique du personnel des entités devenues autonomes, respecte la particularité de leurs tâches et leur permet d'accomplir ces dernières de manière optimale.

Les statuts du personnel des entités devenues autonomes démontrent que, souvent, une forme de droit public sortant du cadre de la LPers[90] a été choisie. Ces solutions sont adaptées aux besoins des entités concernées. Ce type de statuts entraîne cependant une dispersion croissant du droit public du travail. La fonction de coordination de la LPers est donc de plus en plus remise en question par la présence des diverses lois spéciales. Seules les privatisations[91], dans lesquelles la Confédération délègue l'exécution des tâches à des organisations de droit privé, n'ont pas contribué à

89 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 4.2.6.
90 IPI, Swissmedic, FINMA, IFSN.
91 Cf. note 63.

morceler le droit public du travail puisque le personnel est généralement engagé conformément au CO.

Afin d'enrayer cette dispersion, il convient d'opérer une répartition claire des types de statuts du personnel en fonction des tâches à accomplir par les entités devenues autonomes. Plus exactement, la classification suivante doit s'appliquer:

A. Statut du personnel de droit public

Un statut du personnel de droit public sera choisi pour les entités devenues autonomes suivantes:

- entités chargées de la surveillance de l'économie et de la sécurité, étant donné que l'activité de surveillance est une tâche classique de la Confédération et que ces entités agissent de manière souveraine, dans le cadre du droit public;
- entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique; leurs prestations ne sont pas ou guère commercialisables; ces entités aussi agissent dans le cadre du droit public et parfois souverainement.

A ces deux catégories d'entités devenues autonomes devra désormais s'appliquer la LPers assortie de dispositions d'exécution spécifiques à l'entreprise[92]. Ce faisant, la Confédération peut adapter le droit du personnel de ces entités – et ses droits d'influence et d'information en qualité de propriétaire – à leurs besoins spécifiques tout en garantissant la coordination nécessaire[93].

B. Statut du personnel de droit privé

Les entités devenues autonomes qui fournissent des prestations sur le marché ont un statut du personnel de droit privé. Leur personnel est employé conformément au CO. Un règlement du personnel tient compte de la situation spécifique de l'entité.

Cette catégorie est soumise au droit privé du travail – en tant que droit privé et non pas comme droit complémentaire au droit public. La Confédération doit respecter les limites fixées par les réglementations du droit privé. Ses possibilités d'influence en tant que propriétaire s'arrêtent aux limites du droit privé.

Cette classification claire du statut du personnel en fonction de l'entité devenue autonome permet de garantir dans une large mesure l'attribution au même domaine juridique des trois domaines suivants:

92 La LPers et l'ordonnance-cadre LPers (RS **172.220.11**) s'appliquent dans ces cas. L'ordonnance-cadre LPers définit le cadre dans lequel les employeurs et les services spécialisés peuvent édicter des dispositions d'exécution (art. 37 LPers) ou conclure des conventions collectives de travail (art. 38 LPers). Conformément à la réglementation en vigueur, les dispositions d'exécution peuvent prévoir – si des raisons objectives l'exigent – des réglementations différentes pour le personnel de certains employeurs ou pour certaines catégories de personnel (art. 37, al. 4, LPers). Par contre, l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers; RS **172.220.111.3**) n'est pas applicable. Pour l'approbation des dispositions d'exécution, voir le ch. 4.7.

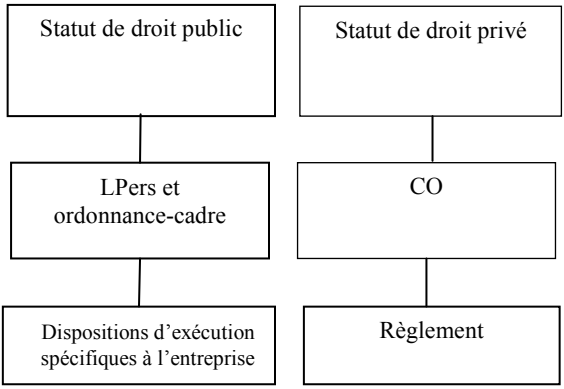
93 Art. 5, al. 3, LPers.

– réglementation des rapports de droit vis-à-vis de l'extérieur[94];
– réglementation des rapports de droit vis-à-vis de l'intérieur[95], et
– normes concernant la responsabilité[96].

Ce regroupement est nécessaire étant donné que ces domaines sont intimement liés sur le plan du droit de procédure. En outre, la classification cohérente des statuts du personnel peut empêcher une nouvelle dispersion du droit du personnel de la Confédération. La révision actuelle de la LPers, qui accorde davantage de souplesse aux employeurs dans l'agencement des rapports de travail, permettra aussi de mieux prendre en compte la situation particulière des entités devenues autonomes soumises à la LPers.

Il n'est pas prévu de réévaluer les statuts du personnel des entités déjà autonomes pour les adapter à la classification présentée. Un passage du droit public au droit privé ou l'inverse entraînerait une charge et des problèmes considérables pour les entités concernées. En revanche, il conviendra d'examiner, lors d'une éventuelle révision totale de la loi d'organisation des entités administratives dotées d'un statut du personnel de droit public, si leur classification dans le droit public est encore pertinente. Ainsi les entités administratives dotées d'un statut du personnel de droit public sortant du cadre de la LPers pourraient-elles par exemple être soumises à la LPers ou, si les conditions nécessaires sont données, au CO.

Aperçu des statuts du personnel possibles à l'avenir et de leur classification
Surveillance de l'économie et de la sécurité
Prestations fournies sur le marché
Prestations à caractère monopolistique



94 Rapports avec les clients et les établissements assujettis à la surveillance.
95 Collaborateurs – droit du travail.
96 Cf. aussi le principe nº 10.

Principe directeur sur le statut du personnel comme élément de gestion

Principe nº 29

Les entités devenues autonomes qui assument des tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité ou qui fournissent des prestations à caractère monopolistique appliquent un statut du personnel de droit public régi par la LPers.

Les entités devenues autonomes qui fournissent de façon prépondérante des prestations sur le marché appliquent un statut du personnel de droit privé.

La loi d'organisation doit définier le type des statut du personnel.

4.8 Objectifs en matière de politique du personnel comme élément de gestion

Pour gérer les entités devenues autonomes, il est possible, en plus du choix du statut du personnel, de fixer des objectifs en matière de politique du personnel. Dans ce cas, le Conseil fédéral doit formuler des consignes applicables, spécifiques à l'entreprise et respectant les conditions-cadres sociales, politiques et économiques. Il dispose pour ce faire de trois instruments de gestion:

- une réglementation inscrite dans la loi d'organisation de l'entité en question, qui donne au Conseil fédéral des possibilités d'influencer la politique du personnel;
- la définition des objectifs stratégiques spécifiques à l'entreprise, et
- l'approbation des dispositions d'exécution en matière de droit du personnel édictées par le conseil d'administration ou d'institut.

Ces instruments sont importants pour le Conseil fédéral, qui assume une coresponsabilité (politique) considérable dans les entités devenues autonomes dans le cadre de sa responsabilité globale en matière de politique du personnel, et doit pouvoir faire face à d'éventuelles dérives. Les frais de personnel représentent généralement un poste de charges important. Ils sont déterminants pour les coûts des prestations fournies par les entités devenues autonomes et peuvent prendre des proportions injustifiées sans le contrôle du Conseil fédéral.

Les différents instruments de gestion sont détaillés ci-après:

A. Réglementation dans la loi d'organisation

Pour que le Conseil fédéral soit en mesure d'assumer sa responsabilité, les questions suivantes, en particulier, doivent être réglées dans la loi d'organisation des entités devenues autonomes[97]:

- le droit du travail applicable au personnel et à la direction[98] (LPers ou CO);
- pour les entités dotées d'un statut du personnel de droit privé: l'application des dispositions relatives aux salaires des cadres (art. 6*a* LPers) au conseil d'administration ou d'institut, à la direction et à certaines catégories de collaborateurs.

B. Définition des objectifs stratégiques spécifiques à l'entreprise

La définition des objectifs stratégiques est un instrument qui permet au Conseil fédéral d'exercer à moyen terme une influence visant à préserver ses intérêts supérieurs. En formulant des directives en matière de politique du personnel, il peut mettre en œuvre, à l'échelle de l'entreprise, les prescriptions générales relatives aux salaires des cadres et d'autres objectifs en matière de politique du personnel.

Comme le mentionne le rapport sur le gouvernement d'entreprise[99], les objectifs stratégiques sont contraignants pour le conseil d'administration ou d'institut des établissements et des sociétés anonymes soumises à une loi spéciale. Pour le conseil d'administration d'une entité devenue autonome sous la forme juridique d'une société anonyme de droit privé, les objectifs stratégiques ne sont pas contraignants sur le plan juridique, mais ils le sont dans les faits[100].

C. Gestion au moyen de dispositions d'exécution en matière de droit du personnel

Selon la révision de la LPers (version mise en consultation), le Conseil fédéral octroie des compétences d'employeur aux nouvelles entités administratives devenues autonomes dotées d'un statut du personnel de droit public. Par ailleurs, le Conseil fédéral dispose du droit d'approuver les dispositions d'exécution arrêtées par le conseil d'administration ou d'institut. Il est ainsi en mesure d'enrayer les dérives en matière de politique du personnel, en particulier dans le domaine des coûts de personnel. Les dispositions d'exécution doivent donc régler au moins les aspects suivants du droit du personnel:

97 Vu l'absence de statuts spéciaux et, partant, l'application de la LPers ou du CO, une réglementation spéciale du droit de procédure et du droit disciplinaire n'est pas nécessaire.

98 Notamment, la question de savoir s'ils doivent être soumis au CO ou au statut du personnel de droit public dans le cadre de la LPers.

99 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 4.2.6.

100 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 4.2.6 et 5.3. Exemple d'objectifs stratégiques en matière de politique du personnel: Objectifs stratégiques assignés à la Poste par le Conseil fédéral de 2006 à 2009, ch. 3 (http://www.uvek.admin.ch/themen/00681/00988/00992/00993/index.html?lang=de&download=M3wBUQCu/8ulmKDu36WenojQ1NTTjaXZnqWfVpzLhmfhnapmmc7Zi6rZnqCkkIN0gH18bKbXrZ2lhtTN34al3p6YrY7P1oah162apo3X1cjYh2+hoJVn6w==.pdf), en allemand.

– la rémunération[101];

– les prestations annexes prévues[102].

L'approbation des dispositions d'exécution par le Conseil fédéral en tant qu'instrument de gestion de la politique du personnel n'est possible que pour les entités devenues autonomes dotées d'un statut du personnel de droit public. Les entités dotées d'un statut du personnel de droit privé édictent elles-mêmes leur règlement du personnel, sans l'approbation du Conseil fédéral. C'est pourquoi, pour ces entreprises, il n'est pas envisageable d'édicter des prescriptions dans ce domaine en dehors de la définition des objectifs stratégiques spécifiques[103]. Pour éviter un décalage salarial trop important entre la Confédération et les entités dotées d'un statut du personnel de droit privé, il est essentiel que le Conseil fédéral contrôle minutieusement le respect des prescriptions concernant les salaires des cadres et intervienne si nécessaire.

Pour le Conseil fédéral, la gestion des entités devenues autonomes dotées d'un statut de droit privé doit se concentrer sur des normes minimales en matière de droit du travail. L'obligation éventuelle de négocier une CCT ne doit pas être mentionnée dans la loi d'organisation mais fixée dans le cadre de la régulation du marché[104]. Ce faisant, il est possible de garantir des conditions de travail adéquates dans un secteur[105] et d'empêcher en particulier la sous-enchère sociale ou salariale. En cas de libéralisation du marché, ces engagements doivent concerner tous les prestataires dans la même mesure afin de créer des conditions de concurrence identiques si possible et d'assurer l'égalité de traitement. La conclusion d'une CCT n'est pas obligatoire, car cette mesure empiéteraitsur la liberté économique.

101 Elle comprend les aspects suivants: système salarial prévu (salaire de base maximal, niveaux de fonction, classifications ou groupes de collaborateurs et critères d'attribution correspondants, parts de salaire variable possibles pour les différents niveaux de fonction, prestation ou succès déterminant pour le calcul de la part de salaire variable), versement du salaire.

102 Autres conditions contractuelles essentielles telles que la prévoyance professionnelle et les indemnités de départ.

103 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 5.3.

104 P. ex. dans le cadre d'une obligation légale ou des conditions d'octroi d'une concession. Le même résultat peut être obtenu en élargissant le champ d'application de la CCT à tous les employés et employeurs de la branche concernée à la demande des associations contractantes.

105 Cf. art. 5, al. 2, let. b, de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste (LPO; RS **783.0**): art. 6, al. 1, let. c, de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS **784.10**): documentation de l'OFCOM du 13 mars 2007 sur les conditions de travail usuelles dans la branche des fournisseurs de services de télécommunication: Principes juridiques de base et principes d'aide à la décision quant à la pratique des autorités: http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00926/index.html?lang=de&download=M3wBUQCu/8ulmKDu36WenojQ1NTTjaXZnqWfVpzLhmfhnapmmc7Zi6rZnqCkkIN2f317bKbXrZ2lhtTN34al3p6YrY7P1oah162apo3X1cjYh2+hoJVn6w==.pdf (en allemand).

Quatre principes directeurs sur les objectifs en matière de politique du personnel comme élément de gestion

Principe nº 30

Dans le cas d'un statut du personnel de droit public entrant dans le cadre de la LPers, les dispositions d'exécution comprennent au moins des principes et paramètres concernant:

– la rémunération;

– les prestations annexes.

Ils doivent être approuvés par le Conseil fédéral.

Principe nº 31

Dans le cas d'un statut du personnel de droit privé, l'application de la législation sur les salaires des cadres au conseil d'administration ou d'institut, à la direction et à certaines catégories de collaborateurs doit être réglée dans la loi d'organisation.

Principe nº 32

La Confédération édicte des directives en matière de politique du personnel dans le cadre des objectifs stratégiques fixés pour les entités devenues autonomes.

Principe nº 33

Des normes minimales relatives au droit du travail et l'obligation de négocier une CCT sont prévues dans le cadre de la régulation du marché.

4.9 Statut de la caisse de pensions

4.9.1 Statut de la caisse de pensions dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise

Compte tenu des réformes alors à venir, le rapport sur le gouvernement d'entreprise n'a abordé ni les questions relatives au statut du personnel, ni celles relatives à la caisse de pensions[106]. L'état d'avancement de ces réformes permet à présent de formuler des principes à ce sujet.

106 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 1.2, 4.1 et 7.5.

4.9.2 Statut de la caisse de pensions dans le droit en vigueur

La loi du 20 septembre 2006 relative à PUBLICA (LPUBLICA; RS *172.222.1*) distingue entre les unités administratives de la Confédération – affiliées *légalement* à PUBLICA[107] et dont la prévoyance professionnelle est réglée en détail dans la LPers[108] – et d'autres employeurs qui *souhaitent* s'affilier à PUBLICA[109]. Si une entité administrative est détachée de l'administration fédérale[110], elle n'est plus obligée de s'assurer auprès de PUBLICA, mais une affiliation de plein gré sous réserve de l'approbation par PUBLICA reste possible.

Peuvent s'affilier à PUBLICA les employeurs *qui sont proches de la Confédération ou qui remplissent une tâche publique pour le compte de la Confédération, d'un canton ou d'une commune.* PUBLICA statue sur l'affiliation. Le contrat d'affiliation est passé entre l'employeur et PUBLICA et requiert l'approbation de l'organe paritaire[111]. Il est soumis aux prescriptions de la LPUBLICA.

4.9.3 Catégories d'employeurs selon le droit en vigueur

La dernière révision de la LPers, qui régit la prévoyance professionnelle des employés de l'administration fédérale[112], a tenu compte de la situation individuelle des différents employeurs aux plans de l'organisation et du droit du personnel dans le cadre de l'agencement de la réglementation des caisses de pensions. La notion d'employeur n'est donc pas identique dans le droit du personnel et dans le droit relatif aux caisses de pensions.

107 Art. 32*b* LPers.
108 Art. 4, al. 1, LPUBLICA.
109 Anciennement: organisations affiliées. Art. 4, al. 2, LPUBLICA.
110 Externalisation sur le plan organisationnel dans un organisme de droit public ou de droit privé extérieur à l'administration fédérale.
111 Art. 9, al. 2, LPUBLICA.
112 Art. 32*a*, al.1, LPers.

Aperçu des catégories d'employeurs selon le droit en vigueur[113]

Employeurs au sein de l'administration fédérale centrale et de l'administration fédérale décentralisée[114]		Employeurs hors de l'administration fédérale centrale et de l'administration fédérale décentralisée
Employeurs de la caisse de prévoyance de la Confédération	Employeurs ayant droit à leur propre caisse de prévoyance	
Employeurs soumis intégralement à la LPers et à ses dispositions d'exécution et, par conséquent, aux prescriptions de la LPers sur la prévoyance professionnelle: Le *Conseil fédéral* pour les[115]: – départements, offices fédéraux, tribunaux fédéraux (Tribunal fédéral, Tribunal administratif fédéral et Tribunal pénal fédéral), Services du Parlement; – unités administratives décentralisées, non dotées d'une personnalité juridique ou d'une comptabilité propre[116]. Les *unités administratives décentralisées* dotées de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre mais *pas d'un statut du personnel régi par une loi spéciale ni de leurs propres dispositions d'exécution de la LPers*[117] ⇩ Affiliés obligatoirement à PUBLICA. ⇩ Forment ensemble la caisse de prévoyance commune de la Confédération[118].	Les employeurs sont les entités administratives autonomes soumises aux prescriptions de la LPers sur la prévoyance professionnelle: Les *unités administratives décentralisées* dotées d'une personnalité juridique et d'une comptabilité propre *et d'un statut du personnel régi par une loi spéciale ou de leurs propres dispositions d'exécution de la LPers*[119]. ⇩ Affiliées à PUBLICA. ⇩ Forment leur *propre caisse de prévoyance*[120]. ⇩ Les contrats d'affiliation requièrent l'approbation du Conseil fédéral[121].	Employeurs soumis uniquement à la LPUBLICA mais pas aux prescriptions de la LPers sur la prévoyance professionnelle: *Entités administratives devenues autonomes et organisations* de droit public ou privé *non rattachées à l'administration fédérale, accomplissant des tâches administratives* conférées par la législation fédérale[122] ⇩ Peuvent s'affilier à PUBLICA. ⇩ Forment leur *propre caisse de prévoyance*[123]. ⇩ Les contrats d'affiliation ne requièrent pas l'approbation du Conseil fédéral[124].

113 Cf. aussi le message du 23.9.2005 concernant la Caisse fédérale de pensions (Loi relative à PUBLICA et modification de la loi sur la CFP), FF **2005** 5510.
114 Les employeurs présentés ici sont tous soumis aux mêmes obligations générales, telles que: paiement des cotisations (art. 32*g* LPers), frais d'administration (art. 32*d*, al. 3, LPers), participation aux assainissements (LPP), financement de l'adaptation extraordinaire des rentes au renchérissement (art. 32*m* LPers).
115 Art. 32*b*, al. 1, LPers.
116 P. ex. ISDC.
117 Art. 32*b*, al. 2, en relation avec l'art.32*a*, al. 1, LPers. P. ex. RFA; PUBLICA.
118 Art. 32*d*, al. 2, LPers.
119 Art. 3, al. 2, et art. 37, al. 3, LPers ou (art. 32*b*, al. 2, en relation avec l'art. 32*a*, al. 2, LPers). P. ex. EPF; IFFP; IPI; Swissmedic; ASR.
120 Art. 32*d*, al. 1, LPers.
121 Art. 32*c*, al. 3, LPers.
122 Art. 4, al. 2, LPUBLICA; p. ex. ASRE.
123 Art. 7, al. 1, LPUBLICA. La création d'une caisse de prévoyance commune est possible (art. 7, al. 2, LPUBLICA).
124 Art. 32*c*, al. 3, LPers.

a. Employeurs de la caisse de prévoyance de la Confédération

Tous les employeurs de la caisse de prévoyance de la Confédération sont parties au contrat commun d'affiliation[125] et répondent individuellement de leurs obligations en tant qu'employeur[126].

L'organe paritaire de la caisse de prévoyance fixe l'adaptation (ordinaire) des rentes au renchérissement en fonction des revenus de la fortune disponibles à cet effet. Cette décision s'applique à tous les employeurs et bénéficiaires de rentes de la caisse de prévoyance de la Confédération[127]. Si les revenus de la fortune de la caisse de prévoyance de la Confédération ne permettent pas d'adapter, ou ne permettent pas d'adapter suffisamment, les rentes au renchérissement, le Conseil fédéral peut décider d'accorder une adaptation extraordinaire. Sa décision s'applique à tous les employeurs et bénéficiaires de rentes de la caisse de prévoyance de la Confédération, mais le financement s'effectue séparément par employeur[128].

La résiliation de contrats d'affiliation, la sortie d'unités administratives de la caisse de prévoyance de la Confédération et le changement de statut sont soumis au principe suivant: les bénéficiaires de rentes attribués à l'entité administrative ou à l'employeur sont transférés avec les assurés actifs dans la nouvelle caisse ou institution de prévoyance[129]. En outre, la règle suivante s'applique: après sa sortie ou son changement de statut, l'employeur dont relèvent les assurés actifs continue à répondre du financement envers les anciens bénéficiaires de rentes. Un règlement fondé sur la LPP détermine quand, dans un tel cas, la situation de liquidation partielle de la caisse de prévoyance de la Confédération est remplie.

Le Conseil fédéral a réglé la nomination de l'organe paritaire de la caisse de prévoyance de la Confédération dans une ordonnance[130].

b. Employeurs au sein de l'administration fédérale décentralisée ayant droit à leur propre caisse de prévoyance

Chaque employeur conclut son propre contrat d'affiliation avec PUBLICA, lequel requiert à la fois l'*approbation* de l'organe paritaire et du Conseil fédéral[131]. La compétence du Conseil fédéral d'approuver la conclusion et la modification du contrat d'affiliation[132] a été réglée par analogie au droit du personnel.

L'organe paritaire de la caisse de prévoyance fixe l'adaptation (ordinaire) des rentes au renchérissement en fonction des revenus de la fortune disponibles à cet effet. En cas de caisse de prévoyance commune, cette décision s'applique à tous les employeurs et bénéficiaires de rentes[133]. Chaque employeur décide pour lui-même de procéder éventuellement à une adaptation extraordinaire au renchérissement, dont l'effet se limitera donc à ses propres bénéficiaires de rentes. S'agissant des adapta-

125 Y compris ses éléments, dont fait notamment partie le règlement de la prévoyance.
126 Comptabilité séparée pour les frais administratifs, etc. Cf. art. 32*d*, al. 2, 2e phrase, et 3 LPers.
127 Art. 32*l* LPers.
128 Art. 32*m*, al. 1 et al. 3, LPers.
129 Art. 32*f* LPers.
130 Art. 32*e*, al. 3, LPers; ordonnance du 2 mai 2007 sur l'organe paritaire de la caisse de prévoyance de la Confédération (OOPC; RS **172.220.141**).
131 Art. 32*c*, al. 3, LPers.
132 Y compris ses éléments, dont fait notamment partie le règlement de la prévoyance.
133 Art. 32*l* LPers.

tions ordinaires et extraordinaires au renchérissement, il n'y a pas d'égalité de traitement non plus avec les anciens employés de la Confédération[134].

Le Conseil fédéral peut déléguer à l'employeur la compétence de régler lui-même la composition, la procédure de nomination et l'organisation de l'organe paritaire de sa caisse de prévoyance[135]. Le Conseil fédéral a utilisé cette possibilité[136]. Si plusieurs employeurs s'affilient à une caisse de prévoyance commune, ils doivent définir conjointement la réglementation correspondante.

Les employeurs ayant droit à leur propre caisse de prévoyance peuvent sortir de PUBLICA si le Conseil fédéral les y autorise[137] et qu'aucune loi spéciale ne prévoit d'autre solution[138]. En cas de sortie, l'employeur doit retirer ses bénéficiaires de rentes[139]. Exceptionnellement, c'est-à-dire seulement lorsque l'intérêt de la Confédération à la sortie de l'employeur l'exige, l'assurance des bénéficiaires de rentes peut être maintenue auprès de PUBLICA[140]. Mais dans ce cas aussi, l'employeur continue à répondre du financement des obligations patronales et assume les pertes éventuelles non couvertes par la fortune et découlant du maintien des bénéficiaires de rentes dans PUBLICA[141]. La dérogation prévoyant que la Confédération peut assurer le financement des obligations patronales si le Conseil fédéral était auparavant l'employeur et qu'aucune loi ne prévoit d'autre solution doit être appliquée de manière très restrictive[142].

c. Employeurs hors de l'administration fédérale centrale et de l'administration fédérale décentralisée

Conformément à la LPUBLICA[143], les employeurs affiliés sont uniquement soumis à ladite loi et non pas en plus – contrairement aux unités administratives fédérales décentralisées – aux prescriptions de la LPers concernant la prévoyance professionnelle. Cette distinction entre les employeurs soumis à la LPUBLICA et ceux qui sont soumis à la LPers est importante, car dans le cas des premiers, le Conseil fédéral n'a pas de droit de codécision dans l'agencement des contrats d'affiliation, tandis qu'il doit approuver les contrats des unités administratives décentralisées non rattachées à

134 Art. 32*l*, al. 2, et art.32*m*, al. 2, LPers.
135 Art. 32*e*, al. 3, 2e phr., LPers.
136 Art. 2, al. 4 à 6 de l'ordonnance-cadre du 20.12.2000 relative à la LPers pour le domaine des EPF, art. 10*a* de l'ordonnance du 30.9.1996 sur le statut du personnel de l'IPI (RS **172.010.321**), art. 24*a* de l'ordonnance du 28 septembre 2001 sur le personnel de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic; RS **812.215.4**), art. 11, al. 4 et art. 18*a* de l'ordonnance sur l'IFFP (RS **412.106.1**); les membres de ces organes paritaires, dont les indemnités sont fixées par la commission de la caisse, doivent être expérimentés et qualifiés pour accomplir leur tâche de direction; la représentation des sexes et des langues officielles doit être équilibrée si possible. ASR: art. 36 de l'ordonnance du 22.8.2007 sur la surveillance de la révision (RS **221.302.3**). IFSN et FINMA: art. 88*k* de l'ordonnance du 3.7.2001sur le personnel de la Confédération (RS **172.220.111.3**).
137 Art.32*a*, al. 2, 2e phrase., LPers.
138 P. ex. art. 117, al. 5, loi sur les EPF; message sur la loi relative à PUBLICA, FF **2005** 5509.
139 Art. 32*f* , al. 1, LPers.
140 Message sur la loi relative à PUBLICA, FF **2005** 5517 et art. 32*f*, al. 2, LPers.
141 Contributions aux assainissements, frais administratifs, financement d'une éventuelle adaptation extraordinaire au renchérissement, etc. Art. 32*f*, al. 3, LPers.
142 Art. 32*f*, al. 4, LPers. En cas de sortie d'un employeur, cette disposition n'est pas applicable, rien qu'en raison de sa teneur.
143 Art. 4, al. 2, LPUBLICA.

la caisse de prévoyance de la Confédération[144]. Les employeurs selon la LPUBLICA reçoivent pour certains dessubventions fédérales. L'octroi de subventions par la Confédération permet tout au plus à cette dernière d'exercer une influence limitée et indirecte sur l'agencement de la prévoyance professionnelle, pour autant que les subventions servent à couvrir les frais de personnel.

4.9.4 Mesures requises

En cas d'externalisations, il s'agit d'abord, dans le domaine de la prévoyance professionnelle, de résoudre la question du statut de la caisse de pensions. Sur la base du droit en vigueur, les modèles suivants sont possibles. Ils se définissent d'abord selon les critères de l'appartenance à l'administration fédérale centrale ou décentralisée et selon le statut du personnel:

- entités administratives décentralisées affiliées à la caisse de prévoyance de la Confédération, car elles sont intégralement soumises à la LPers et à ses dispositions d'exécution;
- entités administratives décentralisées affiliées à PUBLICA mais ayant droit à leur propre caisse de prévoyance, car elles disposent d'un statut du personnel réglé dans une loi spéciale ou de leurs propres dispositions d'exécution de la LPers;
- employeurs hors de l'administration fédérale, affiliés de plein gré à PUBLICA et disposant de leur propre caisse de prévoyance.

L'appartenance à l'administration fédérale centrale ou décentralisée est liée à un critère dont la définition fait l'objet de discussions depuis longtemps. Par ailleurs, le fait que la notion d'employeur soit différente dans le droit du travail et dans le droit en matière de prévoyance ne facilite pas la classification. Comme le démontrent le débat concernant les externalisations sur le plan organisationnel, la question du traitement des effectifs de bénéficiaires de rentes est souvent abordée aussi, bien qu'elle ait été résolue dans la LPers[145]. Les principes exposés dans le présent rapport doivent clarifier la question.

144 Les bases spéciales (loi, message, ordonnance du département sur l'organisation et éventuellement adaptation de l'annexe à l'OLOGA) devront donc déjà établir s'il s'agit d'une entité de l'administration fédérale décentralisée ou d'un organisme ou personne de droit public ou de droit privé extérieur à l'administration fédérale auxquels la loi confie des tâches de l'administration (art. 178, al. 3, de la Constitution; RS **101**).

145 Art. 32*f* LPers.

4.9.5 Statut de la caisse de pensions comme élément de gestion

Le statut du personnel et celui de la caisse de pensions devront désormais être attribués à la même famille juridique – droit public ou droit privé. En vertu du rapport existant entre le droit du personnel et le droit en matière de prévoyance, le statut de la caisse de pensions devra être lié à celui du personnel, ce qui garantira aussi, indirectement, l'application de la typologie des tâches définie dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise[146] et la prise en compte des prescriptions importantes sur le plan du droit de la prévoyance dans le statut du personnel et la réglementation des contrats de travail[147]. Les classifications correspondantes doivent être prévues – comme pour le statut du personnel – dans les lois d'organisation[148]. La nouvelle classification proposée ci-après n'entraîne pas un traitement foncièrement différent des entités devenues autonomes sur le plan du droit de la prévoyance.

146 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 3

147 La structure et les éléments du salaire, la réglementation des congés, l'emploi à temps partiel, le rachat, l'adaptation au renchérissement, les prestations en cas de licenciement sans faute, la rente transitoire, l'invalidité professionnelle, etc.

148 La définition du champ d'application dans le cadre de la LPers n'est donc plus applicable étant donné la réglementation spéciale fixée dans la loi d'organisation.

4.9.6 Catégories d'employeurs selon les principes du gouvernement d'entreprise

Aperçu des catégories d'employeurs selon les principes du gouvernement d'entreprise

Tâches ministérielles	Tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité	Prestations à caractère monopolistique	Prestations fournies sur le marché
Statut du personnel de droit public	Statut du personnel de droit public	Statut du personnel de droit public	Statut du personnel de droit privé
Employeurs intégralement soumis à la LPers et, par conséquent, aux dispositions de la LPers sur la prévoyance professionnelle: Le Conseil fédéral pour les[149]: – départements, offices fédéraux, tribunaux fédéraux (Tribunal fédéral, Tribunal administratif fédéral et Tribunal pénal fédéral), Services du Parlement; – unités administratives non dotées d'une personnalité juridique ou d'une comptabilité propre[150]. ⇩ Affilié obligatoirement à PUBLICA.	Employeurs dont le statut du personnel est régi dans le cadre de la LPers: *Entités devenues autonomes* dont la loi d'organisation prévoit un statut du personnel et de la caisse de pensions de droit public entrant dans le cadre de la LPers et dotées de dispositions d'exécution propres à l'entreprise. ⇩ Affiliées obligatoirement à PUBLICA. ⇩ Forment leur propre caisse de prévoyance[151]. ⇩ Les contrats d'affiliation requièrent l'approbation du Conseil fédéral[152].		Employeurs dont les rapports de travail sont soumis au CO et qui ne sont soumis à LPUBLICA que s'ils s'affilient à PUBLICA: *Entités devenues autonomes de droit privé* proches de la Confédération ou accomplissant des tâches publiques de la Confédération[153]. ⇩ Affiliées de plein gré à PUBLICA. ⇩ Forment leur propre caisse de prévoyance [154]. ⇩ Les contrats d'affiliation ne requièrent *pas* l'approbation du Conseil fédéral.

a. Employeurs exerçant des tâches ministérielles

Cette catégorie d'employeurs concorde largement avec la catégorie actuelle des employeurs de la caisse de prévoyance de la Confédération; on peut donc se référer aux dispositions correspondantes[155].

149 Art. 32*b*, al. 1, LPers.
150 P. ex. encore actuellement: ISDC.
151 Actuellement régi par l'art. 32*d*, al. 1, LPers.
152 Actuellement régi par l'art. 32*c*, al. 3, 2e phrase, LPers.
153 Art. 4, al. 2, LPUBLICA; p. ex. Pro Helvetia.
154 Art. 7, al. 1, LPUBLICA. La création d'une caisse de prévoyance commune est possible (art. 7, al. 2, LPUBLICA).
155 Ch. 4.8.3, let. b.

b. Employeurs accomplissant des tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité et employeurs fournissant des prestations à caractère monopolistique

Les employeurs accomplissant des tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité et les employeurs fournissant des prestations à caractère monopolistique sont affiliés à PUBLICA et disposent de leur propre caisse de prévoyance. Contrairement à aujourd'hui[156], ils ne doivent plus pouvoir sortir de PUBLICA. Cette mesure est cohérente puisque ces employeurs doivent être soumis au pilotage du Conseil fédéral non pas uniquement dans le domaine des dispositions concernant le personnel mais également dans celui de la prévoyance. Cela permet entre autres de garantir que la Confédération ne devra plus participer directement ni indirectement au financement des engagements liés à un changement. En outre, le Conseil fédéral peut ainsi, lors de l'approbation des contrats d'affiliation, exercer un pilotage direct de la politique du personnel et de la politique en matière de prévoyance.

Lors de la création d'entités accomplissant des tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité ou fournissant des prestations à caractère monopolistique, le droit transitoire doit tenir compte des adaptations à effectuer sur le plan du statut de la caisse de pensions[157]. Les principes suivants doivent être respectés[158]: l'employeur doit transférer ses bénéficiaires de rentes dans la nouvelle caisse de prévoyance. Exceptionnellement – c'est-à-dire uniquement si l'intérêt de la Confédération à l'externalisation organisationnelle l'exige – ces derniers peuvent rester assurés auprès de la caisse de prévoyance de la Confédération. Mais dans ce cas aussi, la nouvelle entité continue à répondre du financement des obligations patronales et assume les pertes éventuelles non couvertes par la fortune et découlant du maintien des bénéficiaires de rentes dans la caisse de prévoyance de la Confédération.

c. Employeurs fournissant des prestations sur le marché

Selon le rapport sur le gouvernement d'entreprise, les entités fournissant des prestations sur le marché devront à l'avenir adopter la forme juridique d'une société anonyme de droit privé et agir non pas à titre de puissance publique mais dans le cadre du droit privé. Elles disposeront de ce fait elles aussi d'un statut du personnel et d'un statut de caisse de pensions de droit privé[159] et ne seront pas tenues de faire approuver leur règlement de prévoyance. Dans le cas des sociétés anonymes de droit privé, on ne pourra envisager d'éventuelles directives en matière de personnel ou de prévoyance que dans le cadre des objectifs stratégiques.

Tout comme pour la création d'entités assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ou fournissant des prestations à caractère monopolistique, on suivra les principes suivants pour la création d'entités fournissant des prestations sur le marché[160] et pour l'adaptation en conséquence du statut de la casse de pensions: l'employeur emmène avec lui ses bénéficiaires de rentes. Ces derniers ne peuvent rester affiliés à PUBLICA que dans certains cas exceptionnels, soit lorsque l'intérêt de la Confédération à l'externalisation organisationnelle l'exige. Dans ce cas également, l'employeur finance les obligations patronales et assume les pertes

156 Actuellement régi par l'art. 32*a*, al. 2, 2e phrase, LPers.
157 Propre caisse de prévoyance au sein de PUBLICA.
158 Art. 32*f* LPers: l'obligation de transfert devrait aussi être inscrite dans la loi d'organisation.
159 Statut de caisse de pensions exclusivement dans le cadre de la LPP, sans application de la LPUBLICA.
160 Externalisation au plan organisationnel et transformation en organisme de droit privé.

éventuelles non couvertes par la fortune découlant du maintien des bénéficiaires de rentes auprès de PUBLICA. Les dispositions transitoires correspondantes doivent être réglées dans la loi d'organisation.

Deux principes directeurs sur le statut de la caisse de pensions comme élément de gestion

Principe nº 34

Pour les entités devenues autonomes qui assument des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ou qui fournissent des prestations à caractère monopolistique, il faut prévoir un statut de caisse de pensions de droit public, avec affiliation à PUBLICA.

Pour les entités devenues autonomes fournissant des prestations sur le marché, on prévoira un statut de caisse de pensions de droit privé.

La loi d'organisation détermine le type de statut de caisse de pensions.

Principe nº 35

Lors de la création de nouvelles entités comme lors de la sortie de PUBLICA d'entités devenues autonomes fournissant des prestations sur le marché, l'employeur doit transférer ses bénéficiaires de rentes dans la nouvelle institution de prévoyance ou au minimum continuer d'assumer ses responsabilités financières à leur égard.

4.9.7 Objectifs stratégiques en matière de prévoyance comme élément de gestion

Le Conseil fédéral élabore à l'intention des entités devenues autonomes des objectifs stratégiques en matière de personnel tenant compte de leurs conditions entrepreneuriales spécifiques. Les objectifs stratégiques en matière de prévoyance doivent en principe viser les mêmes buts que les objectifs stratégiques en matière de personnel[161]. Le Conseil fédéral dispose de deux instruments de gestion pour ce qui touche à la prévoyance: les objectifs stratégiques spécifiques à l'entreprise et l'approbation des contrats d'affiliation.

a. Employeurs accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ou fournissant des prestations à caractère monopolistique

Tous les employeurs affiliés à PUBLICA ont l'obligation de faire approuver leurs contrats d'affiliation. Cette obligation découle des compétences décisionnelles du Conseil fédéral en matière de personnel et de finances, telles qu'exposées précédemment à propos de l'approbation des statuts du personnel. Les arguments plaidant pour une telle approbation sont les mêmes. Il faut considérer par ailleurs que les coûts relatifs à la prévoyance personnelle font partie intégrante des coûts de personnel. Les employeurs assumant des tâches de surveillance de l'économie ou de la

161 Voir plus haut, ch. 4.7. Par ex. directives concernant les dérogations au financement paritaire des prestations de risque et des prestations vieillesse.

sécurité ou fournissant des prestations à caractère monopolistique financent en grande partie leurs activités par le biais de taxes et de redevances, ou via les contributions de la Confédération. Du fait du principe de la couverture des coûts, une augmentation des dépenses au titre du personnel a une incidence négative sur le montant des taxes et des redevances. Le pilotage par le Conseil fédéral des règlements de prévoyance des unités externalisées est dès lors aussi dans l'intérêt des clients. Il est par ailleurs important que les directives en matière de personnel couvrent la prévoyance professionnelle, d'où la nécessité de coordonner les outils de gestion en matière de personnel et de prévoyance. Le Conseil fédéral doit donc approuver non seulement les directives du personnel de droit public, édictées par le conseil d'administration ou le conseil d'institut de ce type d'employeurs, mais également leurs contrats d'affiliation à PUBLICA, y compris leurs règlements de prévoyance en faveur du personnel.

La marge de manœuvre dont jouissent les employeurs pour l'élaboration de leurs contrats d'affiliation est limitée. Les principes applicables jusqu'ici à l'approbation des contrats resteront valables: ainsi, en particulier pour les employeurs dotés de statuts du personnel et de la caisse de pensions de droit public qui sont affiliés à PUBLICA, les dispositions en matière de prévoyance ne pourront différer de celles applicables au personnel de l'administration fédérale que dans la mesure où les tâches ou la structure du personnel de l'employeur concerné l'exigent. La compétence octroyée au Conseil fédéral d'approuver les contrats d'affiliation a pour objet d'assurer que ces employeurs suivent une orientation stratégique similaire en matière de prévoyance[162].

Ainsi, le respect de la fourchette des contributions doit demeurer un critère décisif d'approbation. A l'avenir non plus, on ne pourra se contenter du fait que la limite supérieure des contributions de l'employeur ne soit pas dépassée: le montant des contributions de l'employeur devra se situer dans cette fourchette, en fonction de la structure des risques et des groupes d'âges au sein des assurés de l'institution de prévoyance, des perspectives de rendement à long terme, de l'évolution du taux technique et de la situation économique de l'employeur.

Etant donné que les contrats d'affiliation sont individuels et concrets et qu'ils n'ont force obligatoire qu'une fois approuvés par le Conseil fédéral, les directives en matière de prévoyance définies en aval dans le cadre des objectifs stratégiques pour chaque entreprise accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité ou fournissant des prestations à caractère monopolistique perdent de leur importance.

b. Employeurs fournissant des prestations sur le marché

Les entités qui fournissent des prestations sur le marché et qui disposent de ce fait de statuts du personnel et d'une caisse de pensions de droit privé[163] ne sont pas tenues de faire approuver leurs règlements de prévoyance. Dans le cas des sociétés anonymes de droit privé, il n'est possible de donner de directives en matière de personnel et de prévoyance que dans le cadre des objectifs stratégiques. La Confédération peut

162 Voir Message sur la loi relative à PUBLICA, FF **2005** 5514.
163 Statut de caisse de pensions exclusivement dans le cadre de la LPers, sans application de la LPUBLICA.

toutefois faire usage pour mettre en œuvre ces objectifs des prérogatives que lui confère le droit de la société anonyme[164].

Principes directeurs sur les objectifs stratégiques en matière de prévoyance comme élément de gestion

Principe nº 36

Le Conseil fédéral approuve les contrats d'affiliation à PUBLICA des entités devenues autonomes qui fournissent des prestations à caractère monopolistique ou qui exécutent des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité.

Les contrats d'affiliation ne doivent différer de ceux conclus pour le personnel de l'administration fédérale que dans la mesure où les tâches ou la structure du personnel de l'employeur concerné l'exigent.

Principe nº 37

Dans le cadre des objectifs stratégiques, la Confédération édicte des directives en matière de prévoyance à l'intention des entités devenues autonomes fournissant des prestations sur le marché.

5 Postulat de la Commission de gestion (07.3773) concernant une représentation équilibrée des sexes et des régions linguistiques

Ce postulat vise à assurer une représentation équilibrée des sexes et des régions linguistiques dans les conseils d'administration des organismes et des entreprises de la Confédération.

Jusqu'à ce jour, les membres des conseils d'administration des établissements ont été élus selon les dispositions de l'ordonnance du 3 juin 1996 sur les commissions, qui prévoit en particulier une représentation équilibrée des groupes d'intérêts, des sexes, des langues et des régions. Ces exigences en matière de composition, jointes à celles qui concernent la qualification technique et économique des membres de conseils, ont fréquemment conduit à une sur-dotation de ces conseils d'administration, avec les conséquences négatives qui s'ensuivent en termes de fonctionnalité.

Dans son principe directeur nº 5, le rapport sur le gouvernement d'entreprise prévoit l'établissement d'un profil d'exigences pour chaque organisme ou entreprise de la Confédération, en vue de la nomination des membres du conseil d'administration. Ce profil définit les exigences d'ordre personnel et professionnel auxquelles chaque membre du conseil d'administration doit répondre afin de pouvoir assumer pleinement sa fonction de direction et de contrôle à la tête de l'organisme ou de l'entreprise:

164 Voir rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 4.2.7, vers la fin.

– sur la base d'une formation d'opinion autonome, de connaissances adéquates et d'une juste appréciation de la situation;
– dans le cadre d'un échange de vues critique avec la direction [165].

Le Conseil fédéral considère ces critères comme essentiels et, étant donnée l'importance économique que revêtent certaines entreprises de la Confédération, qui peuvent employer des milliers de collaborateurs, comme absolument indispensables.

Du point de vue du Conseil fédéral, une représentation équilibrée des sexes et des régions linguistiques n'est pas incompatible avec l'exigence de structures légères et professionnelles. Les organismes et les entreprises de la Confédération déploient en règle générale leurs activités dans toute la Suisse. Une répartition géographique équilibrée au sein d'un conseil d'administration est non seulement dans l'intérêt général, mais également dans celui de l'organisme ou de l'entreprise. Les deux critères supplémentaires, qui tiennent compte de la sensibilité particulière des régions linguistiques et des sexes, permettent de compléter judicieusement la composition de l'organe de direction. C'est pourquoi il convient de compléter le principe nº 5 dans le sens proposé par le postulat.

Principe nº 5 (complété)

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. Il exerce son droit de nomination sur la base de ce profil d'exigences et, *en défendant les intérêts de la Confédération en tant que propriétaire, il veille à une représentation appropriée*

– *des sexes et*
– *des régions linguistiques de la Suisse.*

6 Postulat de la Commission des finances (07.3775) sur le contrôle exercé par le Conseil fédéral

Par le biais du postulat, la Commission des finances charge le Conseil fédéral de compléter les principes directeurs du rapport sur le gouvernement d'entreprise par trois principes se référant au contrôle de gestion exercé par le Conseil fédéral, aux contenus des objectifs stratégiques et aux mesures prises par le Conseil fédéral en cas de dérives.

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

6.1 Principe directeur relatif au contrôle de gestion exercé par le Conseil fédéral

Conformément au principe directeur proposé dans le postulat, les lois d'organisation des établissements et des sociétés anonymes de droit public doivent contenir une disposition attribuant explicitement au Conseil fédéral la compétence de contrôler la réalisation des objectifs stratégiques.

Ce contrôle de gestion doit soutenir la surveillance des organismes et des entreprises de la Confédération par le Conseil fédéral, dont les fonctions de pilotage et de contrôle forment ainsi un système.

Les lois d'organisation contiennent déjà des dispositions relatives au pilotage par le Conseil fédéral (par des objectifs stratégiques ou des mandats de prestations) et règlent la présentation de rapports par les organismes et les entreprises ainsi que leur contrôle par le Conseil fédéral. Il manque toutefois une disposition légale qui érige la corrélation entre pilotage et contrôle de gestion en un système, alors même qu'un tel système existe déjà dans les grandes entreprises telles que la Poste Suisse, Swisscom, les CFF et Skyguide et qu'il sert efficacement les besoins de la Confédération en sa qualité de propriétaire. Dans l'idée de permettre la mise en œuvre d'un tel système pour les autres organismes et entreprises de la Confédération et d'en assurer la transparence dans le cadre de la législation, le Conseil fédéral intègre dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise le principe directeur relatif au contrôle de gestion exercé par le Conseil fédéral, principe qu'il mettra lui-même en œuvre.

Selon la Commission des finances, le Parlement ne doit pas mettre sur pied son propre groupe de pilotage pour les entités devenues autonomes, mais se contenter de vérifier le bon fonctionnement du système de contrôle de gestion du Conseil fédéral auprès des entités devenues autonomes. Le contrôle de gestion exercé par le Conseil fédéral est ainsi à la fois le point d'attache et l'objet de la haute surveillance du Parlement. Cette précision, que le Conseil national a reprise sous la forme d'un principe directeur relatif au contenu des objectifs stratégiques, doit faire l'objet d'un nouveau principe directeur nº 22a.

Principe nº 22a (nouveau)

Pour le contrôle de gestion des sociétés anonymes de droit privé, le Conseil fédéral recourt aux instruments de gestion relevant du droit des obligations dont dispose la Confédération en tant qu'actionnaire. Pour les sociétés anonymes soumises à une loi spéciale et les établissements de droit public, la loi d'organisation doit prévoir une base légale pour le contrôle de gestion relatif aux objectifs stratégiques exercé par le Conseil fédéral.

Le contrôle de gestion exercé par le Conseil fédéral est placé sous la haute surveillance de l'Assemblée fédérale.

6.2 Principe directeur relatif au contenu des objectifs stratégiques

Le principe directeur proposé dans le postulat établit clairement qu'outre les aspects relatifs aux droits du propriétaire, les objectifs stratégiques doivent également couvrir les aspects essentiels à la garantie de l'exécution des tâches de l'Etat. Le principe directeur exige en outre que les critères destinés à mesurer la réalisation des objectifs soient définis à l'avance et que celle-ci soit évaluée non pas seulement après, mais aussi pendant la période de prestations.

La Confédération fonde des organismes et des entreprises ou participe à de telles entités pour qu'elles l'aident à assumer les multiples tâches qui lui incombent. Elle leur confie la responsabilité de certaines tâches lors qu'elles peuvent les remplir de façon plus rationnelle et plus efficaces que l'administration fédérale. Il en résulte que le Conseil fédéral doit toujours assumer son rôle de propriétaire en tenant compte de l'aspect de l'exécution des tâches: il doit en effet garantir que les organismes et les entreprises concernés restent à même de remplir dans la mesure requise les mandats qui leur sont confiés. Il s'assure de pouvoir influer sur la bonne exécution des tâches en se réservant la possibilité de se prononcer non seulement sur les aspects organisationnels, mais aussi sur les aspects spécifiques aux tâches à accomplir, comme le prévoit l'actuel principe directeur n° 16 du rapport sur le gouvernement d'entreprise. Le Conseil fédéral est néanmoins disposé à accéder à la demande des postulants, qui souhaitent voir mentionné explicitement le rôle de garant de l'exécution des tâches publiques.

L'exigence selon laquelle les critères destinés à évaluer la réalisation des tâches doivent être définis au préalable correspond dans ses grandes lignes à la pratique adoptée depuis des années par le Conseil fédéral à l'égard de différentes entreprises. Des systèmes d'indicateurs permettant de mesurer le degré de réalisation des objectifs ont été mis aou point pour la Poste Suisse, Swisscom, les CFF et Skyguide. Le nouveau principe directeur étend cette pratique et les systèmes d'indicateurs à l'ensemble des organismes et entreprises de la Confédération.

La mesure périodique du degré de réalisation des objectifs fait déjà partie intégrante des objectifs stratégiques. Elle permet en particulier d'adapter la fréquence des rapports intermédiaires à la situation spécifique de l'organisme ou de l'entreprise concerné. La mesure de l'atteinte des objectifs à l'issue de la période de prestations découle du principe n° 18, qui prévoit notamment que le conseil d'administration soumet annuellement au Conseil fédéral un rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques.

En résumé, le Conseil fédéral répond à la demande d'un 30e principe directeur formulée dans le postulat en complétant le principe n° 16 relatif aux objectifs stratégiques. Comme nous le mentionnions précédemment, le contrôle parlementaire, également demandé sous la forme de ce 30e principe, sera quant à lui défini dans le (nouveau) principe n° 22a, relatif au contrôle de gestion effectué par le Conseil fédéral.

Principe nº 16 (complété)

En sa qualité de propriétaire et de *garante de l'exécution des tâches,* 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.

Les critères et la périodicité définis dans le cadre des objectifs stratégiques permettent de mesurer si les objectifs visés ont été atteints.

6.3 Principe directeur relatif aux mesures à la disposition du Conseil fédéral

Le rapport sur le gouvernement d'entreprise définit les mesures auxquelles le Conseil fédéral peut recourir en cas de dérives au sein des organismes et entreprises de la Confédération. Les moyens dont dispose le Conseil fédéral agissent à différents niveaux et produisent des effets différents. Une adaptation de l'objectif stratégique est plutôt prospective. En cas de risques de dérive, le Conseil fédéral peut redresser la barre à temps. Il peut aussi sanctionner après coup en refusant d'approuver le rapport de gestion ou d'accorder la décharge. Il en va de même pour les révocations. Par ailleurs, si le comportement erroné d'organes a causé des dommages à la Confédération, le Conseil fédéral peut faire valoir des prétentions en matière de responsabilité. Enfin, en dernier recours, il a la possibilité de demander au Parlement d'inscrire dans la loi des directives concrètes pour les entités devenues autonomes.

Les commissions de surveillance du Conseil national exigent dans leur postulat que ces mesures soient définies dans un principe directeur et qu'elles servent de base à la haute surveillance du Parlement.

Le Conseil fédéral approuve ce principe et l'intègre dans les principes existants.

Principe nº 22b (nouveau)

En cas de dérive, le Conseil fédéral peut prendre les mesures suivantes:

– compléter ou modifier les objectifs;
– refuser d'approuver le rapport de gestion;
– refuser d'accorder la décharge;
– révoquer ou remplacer des personnes;
– faire valoir des prétentions en matière de responsabilité;
– demander des mesures législatives.

7 Explications complémentaires relatives au type de tâche «prestations à caractère monopolistique»

Dans son rapport sur le gouvernement d'entreprise, le Conseil fédéral distingue entre trois types de tâches adaptées à l'externalisation. Alors que les tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité ainsi que la fourniture de prestations sur le marché recouvrent des prestations assez clairement définies, les prestations à caractère monopolistique ont quant à elles nourri le débat lors de l'examen préliminaire au Parlement. Ce type de tâches recouvre d'une part un ensemble très hétérogène de prestations. D'autre part, le terme de «caractère monopolistique» a suscité bien des malentendus, étant donné notamment que les prestations concernées peuvent être fournies par plusieurs prestataires en situation de concurrence. C'est pourquoi le présent chapitre revient une fois encore sur la notion de «prestations à caractère monopolistique».

Les prestations à caractère monopolistique comprennent notamment les tâches accomplies dans le domaine de la formation et de la culture, mais aussi dans celui des services météorologiques, de la statistique ou des assurances à l'exportation. Ces différents types de prestations ont en commun:

(a) l'*orientation clientèle* des prestations liées à l'accomplissement de la mission,

(b) la *défaillance du marché,* qui fait qu'elles ne sont pas fournies à une échelle suffisante d'un point de vue macro-économique.

L'orientation clientèle

Les prestations à caractère monopolistique peuvent être directement attribuées à un client. Elles sont souvent fournies en concurrence avec d'autres prestataires et sont financées au moins en partie par leur prix de vente ou par des émoluments.

La défaillance du marché

La notion de prestations à caractère monopolistique recouvre des prestations qui, au vu de leurs effets externes positifs, ne sont pas disponibles en quantité suffisante sur le marché ou pas dans une qualité suffisante (cf. les biens dits méritoires). Dans le

cas des prestations en matière de formation, l'utilité pour l'économie dans son ensemble dépasse le gain individuel pour le consommateur. Le consommateur profite de la prestation en question, mais également des cercles plus larges, qui ne contribuent pas à couvrir son «coût de production». Si un étudiant tire un bénéfice direct de son diplôme universitaire, car il lui ouvre des perspectives professionnelles, l'économie bénéficie elle aussi de la présence d'un grand nombre d'individus bien formés, sans que les entreprises prises individuellement ne doivent participer directement au financement de leur formation.

L'intervention de l'Etat a pour but de garantir que les prestations à caractère monopolistique soient disponibles en quantité suffisante et dans la qualité voulue. L'Etat peut pour cela subventionner les prestataires privés ou les bénéficiaires (bons de formation, par ex.) ou alors, et c'est le cas de figure qui visé dans le présent rapport, faire intervenir ses propres organismes en tant que prestataires en les soutenant financièrement, du moins en partie (EPF, Musée national suisse, etc.).

L'intervention d'un organisme étatique sur le marché ne contribue pas seulement à mettre à disposition des prestations en quantités idéales du point de vue macroéconomique; elle peut également amener une situation de monopole. C'est le cas notamment lorsque l'organisme dispose d'un avantage concurrentiel du fait de son financement (partiel) par les deniers publics ou de son statut «officiel». Dans certains cas, sa position est encore renforcée par une situation de monopole légal, la loi prévoyant que certaines prestations ne peuvent être fournies que par cet organisme public (IPI, par ex.). Ces aspects ont été déterminants dans le choix de la dénomination «prestations à caractère monopolistique».

Délimitation par rapport à la fourniture de prestations sur le marché et aux tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité

La fourniture de prestations sur le marché implique une orientation clientèle, alors que l'intervention de l'Etat se justifie du fait d'une défaillance du marché. C'est dans la nature de la défaillance qu'il faut chercher la principale différence entre ces types de prestations: les prestations fournies sur le marché comprennent notamment les tâches nécessitant des infrastructures de réseau. Leur mise à disposition est liée à une finance d'inscription, raison la plus fréquente pour laquelle la concurrence ne peut jouer pleinement. La réglementation de l'Etat peut dans ce cas instituer une situation concurrentielle proche des conditions de marché. S'ajoute à cela le fait que pour certaines prestations commerciales, l'évolution de la technique peut faire baisser les coûts et permettre de déléguer entièrement la tâche aux intervenants privés. Ce sont ces aspects qui ont conduit au choix de la dénomination «prestations fournies sur le marché».

Une autre catégorie, à ne pas confondre avec les prestations à caractère monopolistique, est celle des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, telles qu'assurées par une autorité de régulation postale ou une autorité de surveillance des marchés financiers. Ce type de prestations est typiquement confiée exclusivement à un seul prestataire et relève à ce titre d'un monopole. Malgré cette similarité conceptuelle, les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité se distinguent des tâches à caractère monopolistique précédemment décrites par le fait qu'il s'agit clairement de tâches relevant de la puissance publique assumées par des entités qui interviennent au moyen de réglementations dans les activités économiques de particuliers. Afin d'accroître la crédibilité et donc l'efficacité de l'exécution, la législa-

tion accorde un degré élevé d'indépendance à ces entités. 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. L'importance de cette indépendance est telle qu'il convient d'externaliser les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, et de limiter les possibilités de pilotage politique dépassant les normes fixées par la législation.

Gouvernement d'entreprise de la Confédération Aperçu des principes directeurs après prise en compte des postulats du Conseil national

Principe n° 1

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

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

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

Principe n° 2

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

Principe n° 3

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

Principe n° 4

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

Principe n° 5 *(complété)*

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. Il exerce son droit de nomination sur la base de ce profil d'exigences et, *en tenant compte des intérêts de la Confédération en tant que propriétaire, il veille à assurer une représentation appropriée:*

– *des sexes, et*
– *des régions linguistiques de la Suisse.*

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 des établissements 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.

Principe nº 9

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

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 assumer des responsabilités et accorder des garanties, cautionnements et engagements conditionnels spécifiques aux entreprises que dans des cas exceptionnels. 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.

Principe nº 13

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

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 annexes à but lucratif pour autant qu'elles aient un lien étroit avec la tâche principale, qu'elles ne nuisent pas à l'accomplissement de cette dernière, qu'elles ne faussent pas la concurrence et qu'elles couvrent tous les coûts qu'elles génèrent.

Principe nº 16 *(complété)*

En sa qualité de propriétaire et de *garante de l'exécution des tâches,* 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.

Les critères et la périodicité définis dans le cadre des objectifs stratégiques permettent de mesurer si les objectifs visés ont été atteints.

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.

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 pour approbation:

- 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 au département compétent) pour approbation avant sa publication.

Principe nº 21

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

Principe nº 22

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

Principe nº 22a *(nouveau)*

Pour le contrôle de gestion des sociétés anonymes de droit privé, le Conseil fédéral recourt aux instruments de gestion relevant du droit des obligations dont dispose la Confédération en tant qu'actionnaire. Pour les sociétés anonymes soumises à une loi spéciale et les établissements de droit public, la loi d'organisation doit prévoir une base légale pour le contrôle de gestion relatif aux objectifs stratégiques exercé par le Conseil fédéral.

Le contrôle de gestion exercé par le Conseil fédéral est placé sous la haute surveillance de l'Assemblée fédérale.

Principe nº 22b *(nouveau)*

En cas de dérive, le Conseil fédéral peut prendre les mesures suivantes:

- compléter ou modifier les objectifs;
- refuser d'approuver le rapport de gestion;
- refuser d'accorder la décharge;
- révoquer ou remplacer des personnes;
- faire valoir des prétentions en matière de responsabilité;
- demander des mesures législatives.

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 capitale 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.

Principe nº 29 *(nouveau)*

Les entités devenues autonomes qui sont chargéesassument des tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité ou qui fournissent des prestations à caractère monopolistique ont appliquent un statut du personnel de droit public entrant dans le cadre derégi par la LPers.

Les entités devenues autonomes qui fournissent de façon prépondérante essentiellement des prestations sur le marché ont appliquent un statut du personnel de droit privé.

Le type de statut du personnel est défini dans lLa loi d'organisation doit définier le type des statut du personnel.

Principe nº 30 *(nouveau)*

Dans le cas d'un statut du personnel de droit public entrant dans le cadre de la LPers, les dispositions d'exécution comprennent au moins des principes et paramètres concernant:

- la rémunération;
- les prestations annexes

Ils doivent être approuvés par le Conseil fédéral.

Principe nº 31 *(nouveau)*

Dans le cas d'un statut du personnel de droit privé, l'application de la législation sur les salaires des cadres au conseil d'administration ou d'institut, à la direction et à certaines catégories de collaborateurs doit être réglée dans la loi d'organisation.

Principe nº 32 *(nouveau)*

La Confédération édicte des directives en matière de politique du personnel dans le cadre des objectifs stratégiques fixés pour les entités devenues autonomes.

Principe nº 33 *(nouveau)*

Des normes minimales relatives au droit du travail et l'obligation de négocier une CCT sont fixées dans le cadre de la régulation du marché.

Principe nº 34 *(nouveau)*

Pour les entités devenues autonomes qui assument des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, ou qui fournissent des prestations à caractère monopolistique, il faut prévoir un statut de caisse de pensions de droit public, avec affiliation à PUBLICA.

Pour les entités devenues autonomes fournissant des prestations sur le marché, on prévoira un statut de caisse de pensions de droit privé.

La loi d'organisation définit le type de statut de caisse de pensions.

Principe nº 35 *(nouveau)*

Lors de la création de nouvelles entités comme lors de la sortie de PUBLICA d'entités devenues autonomes fournissant des prestations sur le marché, l'employeur doit transférer ses bénéficiaires de rentes dans la nouvelle institution de prévoyance ou au minimum continuer d'assumer ses responsabilités financières à leur égard.

Principe nº 36 *(nouveau)*

Le Conseil fédéral approuve les contrats d'affiliation à PUBLICA des entités devenues autonomes qui fournissent des prestations à caractère monopolistique ou qui exécutent des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité.

Les contrats d'affiliation ne doivent différer de ceux conclus pour le personnel de l'administration fédérale que dans la mesure où les tâches ou la structure du personnel de l'employeur concerné l'exigent.

Principe nº 37 *(nouveau)*

Dans le cadre des objectifs stratégiques, la Confédération édicte des directives en matière de prévoyance à l'intention des entités devenues autonomes fournissant des prestations sur le marché.