

Loi-type concernant des établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique

Remarques concernant les dispositions de la loi-type du 1^{er} juillet 2016

Office fédéral de la justice

*<http://www.bj.admin.ch>>État & Citoyen>Légistique>Instruments de légistique
(Divers)*

Administration fédérale des finances

*<http://www.efv.admin.ch>>Thèmes>Politique budgétaire, bases>Gouvernement
d'entreprise>Bases (Instruments)*

Table des matières

| | | |
|----------|---|----------|
| 1 | Remarques préliminaires | 4 |
| 2 | Commentaire des dispositions | 6 |
| | <i>Préambule</i> | 6 |
| | Section 1 Établissement et buts | 6 |
| | <i>Art. 1</i> Établissement | 6 |
| | <i>Art. 2</i> Buts | 9 |
| | Section 2 Tâches et collaboration | 10 |
| | <i>Art. 3</i> Tâches | 10 |
| | <i>Art. 4</i> Coopération, création d'entités juridiques et participations | 12 |
| | Section 3 Organisation | 14 |
| | <i>Art. 5</i> Organes | 14 |
| | <i>Art. 6</i> Conseil d'administration: composition, nomination et organisation | 15 |
| | <i>Art. 7</i> Conseil d'administration: tâches | 22 |
| | <i>Art. 8</i> Direction | 31 |
| | <i>Art. 9</i> Organe de révision | 32 |
| | Section 4 Personnel | 34 |
| | <i>Art. 10</i> Conditions d'engagement | 34 |
| | <i>Art. 11</i> Caisse de pensions | 37 |
| | Section 5 Financement et budget | 40 |
| | <i>Art. 12</i> Financement | 40 |
| | <i>Art. 13</i> Émoluments | 40 |
| | <i>Art. 14</i> Indemnités octroyées par la Confédération | 42 |
| | <i>Art. 15</i> Fonds de tiers | 43 |
| | <i>Art. 16</i> Rapport de gestion | 43 |
| | <i>Art. 17</i> Comptabilité | 44 |
| | <i>Art. 18</i> Réserves | 45 |
| | <i>Art. 19</i> Trésorerie | 47 |
| | <i>Art. 20</i> Imposition | 48 |
| | <i>Art. 21</i> Biens-fonds | 49 |
| | Section 6 Sauvegarde des intérêts de la Confédération | 50 |
| | <i>Art. 22</i> Objectifs stratégiques | 50 |
| | <i>Art. 23</i> Surveillance | 51 |
| | Section 7 Prestations commerciales | 53 |
| | <i>Art. 24</i> | 53 |
| | Section 8 Dispositions finales | 54 |

| | | |
|----------------|---|-----------|
| <i>Art. 25</i> | Institution de l'établissement | 54 |
| <i>Art. 26</i> | Transfert des rapports de travail | 57 |
| <i>Art. 27</i> | Employeur compétent | 60 |
| <i>Art. 28</i> | Inscriptions aux registres | 61 |
| <i>Art. 29</i> | Abrogation d'autres actes | 61 |
| <i>Art. 30</i> | Modification d'autres actes | 62 |
| <i>Art. 31</i> | Référendum et entrée en vigueur | 62 |
| 3 | Annexe: Autres objets réglementaires éventuels | 64 |

1 Remarques préliminaires

Le Parlement avait exigé un pilotage uniforme des entités devenues autonomes. Le Conseil fédéral a répondu à cette requête en publiant un rapport sur le gouvernement d'entreprise¹. À cet effet, il s'est référé aux principes tant nationaux qu'internationaux du gouvernement d'entreprise (corporate governance) et au droit de la société anonyme (voir les art. 620 ss du code des obligations, CO), qui contient déjà divers postulats typiques du gouvernement d'entreprise (rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 4.1). La loi-type propose en tant que modèles des exemples de réglementation au niveau d'une loi fédérale qui correspondent aux principes directeurs de ce rapport. Certaines dispositions comprennent des règles analogues au CO ou y renvoient directement.

Les dispositions de la loi-type ne doivent pas être appliquées impérativement et au sens strict dans tous les cas, mais uniquement lorsque cela est adéquat dans une situation concrète. Conformément au principe «appliquer ou expliquer» (comply or explain) du rapport sur le gouvernement d'entreprise (fin du ch. 3.1), les divergences de fond doivent pouvoir être dûment justifiées. Cela vaut également pour les divergences de forme: dans la mesure du possible, les éléments similaires seront formulés de la même manière, toute variation dans la formulation laissant supposer une différence matérielle.

Adaptées à un cas concret, les remarques sur chaque article peuvent constituer la base du commentaire correspondant. Les messages concernant les dispositions mentionnées («exemples») issues d'autres lois d'organisation, telles que des lois fédérales en vigueur relatives à des établissements, ainsi que les commentaires figurant dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise, le rapport complémentaire² et le rapport de l'AFF³ constituent également des aides.

Les «exemples» cités pour les différentes dispositions sont très hétéroclites et ne correspondent souvent pas (encore), ou que partiellement, aux directives du rapport sur le gouvernement d'entreprise. Plusieurs actes étant en cours de révision, des modifications peuvent intervenir par rapport aux dispositions mentionnées.

Les renvois aux principes directeurs s'appuient sur la version figurant en annexe du rapport complémentaire (FF 2009 2355 ss.).

L'annexe de cette loi-type donne un aperçu des autres réglementations éventuelles.

L'annexe 2 de la loi-type concernant des établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité présente les

¹ Rapport du Conseil fédéral du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (**rapport sur le gouvernement d'entreprise**, FF 2006 7799)

² Rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009 complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national (**rapport complémentaire**, FF 2009 2299)

³ Rapport explicatif de l'Administration fédérale des finances du 13 septembre 2006 concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise (**rapport de l'AFF**); disponible à l'adresse: www.efv.admin.ch/Thèmes>Politique budgétaire, Bases>Gouvernement d'entreprise>Bases

principales différences entre ces établissements et ceux qui fournissent des prestations à caractère monopolistique.

Eu égard à l'affectation organisationnelle des établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique, il est également renvoyé au rapport sur l'annexe de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁴ et au rapport de la Chancellerie fédérale relatif à la modification de l'annexe de l'OLOGA, révision partielle de l'OLOGA (organisation de l'administration fédérale)⁵.

Des informations générales sur le gouvernement d'entreprise de la Confédération et des liens concernant les domaines thématiques «Bases», «Entreprises et établissements», «Organes de direction», «Rapports du Conseil fédéral», «Directives pour l'administration», etc. figurent sur les sites Internet de l'Administration fédérale des finances et de l'Office fédéral de la justice.

4 **JAAC 2009.6** (p. 57 à 89) Rapport de la Chancellerie fédérale, section du droit, du 12 décembre 2008 sur l'annexe de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration; disponible à l'adresse:
[https://www.bk.admin.ch>Documentation>Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération \(JAAC\)](https://www.bk.admin.ch>Documentation>Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC)

5 [https://www.bk.admin.ch>Thèmes>Législation>Gouvernement et administration \(LOGA\)>Révision OLOGA Annexes](https://www.bk.admin.ch>Thèmes>Législation>Gouvernement et administration (LOGA)>Révision OLOGA Annexes)

2 Commentaire des dispositions

Préambule

Il convient d'indiquer ici la compétence de la Confédération pour régler le domaine dans lequel opère l'établissement. Exemples: art. 125 Cst. pour l'Institut fédéral de métrologie ou art. 100, al. 1, et 101, al. 1, Cst. pour l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation.

Section 1 Établissement et buts

Art. 1 Établissement

Dans le texte de loi, on utilisera en lieu et place du terme «établissement» mentionné ici le nom de l'établissement ou, si elle a déjà été définie, la raison sociale ou la désignation qui sera enregistrée au registre du commerce.

Al. 1: l'externalisation de tâches de l'administration fédérale suppose une base légale suffisante (art. 178, al. 3, Cst.). De plus, elle doit répondre à un intérêt public (art. 5, al. 2, Cst.) et requiert la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.) et de l'exécution des tâches (voir à ce sujet la surveillance et la responsabilité du Conseil fédéral au sens de l'art. 8, al. 4, LOGA⁶).

Les principales dispositions concernant l'organisation et le financement de l'établissement doivent être définies au niveau de la loi, en vertu de l'art. 164 Cst. En outre, les divergences par rapport aux actes ayant une portée horizontale (tels que la LOGA, la LPers⁷, la LCF⁸ et la LFC⁹) figureront également dans la loi d'organisation.

La forme juridique d'un établissement fédéral de droit public correspond à la nature des tâches: les prestations à caractère monopolistique sont fournies par des entités fédérales souveraines. Le but lucratif est encadré. Ces prestations sont financées par des émoluments et, souvent aussi, par des recettes fiscales générales. En revanche, lorsque les entités devenues autonomes se financent dans une large mesure grâce aux prix du marché (qui est éventuellement réglementé) et jouissent donc d'une indépendance économique, le recours à une forme juridique de droit privé sera prévu.

Lorsque plusieurs petites entités effectuent des tâches similaires, il convient d'examiner leur regroupement éventuel au sein d'un même établissement.

Al. 2: la loi d'organisation comprend plusieurs prescriptions sur l'organisation de l'établissement (par ex. type et nombre d'organes formels, délimitation des

⁶ Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (**LOGA; RS 172.010**)

⁷ Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; **RS 172.220.1**)

⁸ Loi fédérale du 28 juin 1967 sur le Contrôle fédéral des finances (loi sur le Contrôle des finances, LCF; **RS 614.0**)

⁹ Loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (loi sur les finances, LFC); **RS 611.0**)

compétences entre les organes). L'établissement règle lui-même son organisation dans le cadre ou sous réserve de ces directives (par ex. élaboration du règlement d'organisation par le conseil d'administration en vertu de l'art. 7, let. b, de la loi-type) et tient sa propre comptabilité. Comme il fait partie de l'administration fédérale décentralisée, ses comptes sont regroupés selon le principe de la consolidation globale pour l'examen du compte d'État (art. 55, al. 1, let. c, LFC).

Al. 3: par analogie avec l'art. 1, al. 2, let. b, LFC) l'établissement est géré selon les principes de l'économie d'entreprise. En exécutant ses tâches, il doit veiller à utiliser ses ressources d'une manière économe et axée sur les résultats et la performance. Le rapport coûts/avantages doit être raisonnable. Des réglementations correspondantes et l'utilisation d'instruments appropriés favorisent la prise de conscience des coûts et renforcent l'orientation sur les résultats.

Al. 4: selon l'importance politique, la désignation et le siège peuvent être définis directement dans la loi d'organisation (exemples: art. 31, al. 1 et 3, LEC¹⁰ [Pro Helvetia, dont le siège est à Berne]). En général, la marge de manœuvre du Conseil fédéral, en particulier concernant le choix du siège, ne devrait pas être restreinte par des dispositions légales.

Al. 5: les instituts de droit public (au sens de l'art. 2, let. d, LFus¹¹) doivent être inscrits au registre du commerce uniquement s'ils exploitent, comme la Banque nationale suisse, «une entreprise en la forme commerciale» (ATF 115 Ib 233, consid. 3). À l'avenir, ils seront tenus de requérir leur inscription au registre du commerce du siège s'ils «exercent principalement une activité économique lucrative privée ou que le droit fédéral, cantonal ou communal le prévoit». Le texte de loi devant figurer dans le code des obligations (CO) s'appuie sur l'art. 27, al. 2, Cst. (liberté économique) et se réfère à toute activité économique privée exercée dans le but de réaliser un revenu ou un bénéfice, et dans le cadre de laquelle l'institut de droit public est en concurrence avec des acteurs privés¹². Les instituts de droit public qui ne sont pas soumis à l'obligation de s'inscrire au registre du commerce peuvent requérir leur inscription¹³. Si cette décision ne relève pas du conseil d'administration, l'obligation de s'inscrire doit être prévue dans la loi d'organisation. Concernant les particularités de cette dernière, voir les art. 106 à 108 ORC¹⁴.

¹⁰ Loi fédérale du 11 décembre 2009 sur l'encouragement de la culture (loi sur l'encouragement de la culture, LEC; RS 442.1)

¹¹ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus; RS 221.301). Voir également le message du 13 juin 2000 concernant la LFus (FF 2000 3995, 4044)

¹² Voir également l'ATF 115 Ib 233, consid. 3, p. 237, Banque cantonale de Zoug.

¹³ Une modification correspondante de l'art. 932 CO est en préparation (<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>). Le message concernant la modification du code des obligations (droit du registre du commerce) a été approuvé par le Conseil fédéral le 15 avril (FF 2015 3255 [message], FF 2015 3299 [projet]). Voir également Zihler, SHK-HRegV, art. 106 ss N 1 ss, dans: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Berne, 2013.

¹⁴ Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC; RS 221.411)

D'après le Tribunal fédéral, l'inscription d'un institut de droit public au registre du commerce n'a, en général, aucun effet constitutif. Le droit public peut cependant prévoir qu'un institut est constitué uniquement lorsqu'il a été inscrit au registre du commerce. Cette inscription ne saurait lui conférer la personnalité juridique si le droit public ne l'envisage pas¹⁵. En vertu de l'art. 25, al. 2, de la loi-type, le Conseil fédéral fixe la date à laquelle l'établissement acquiert la personnalité juridique.

Cette inscription présente l'avantage de garantir la transparence et de conférer une présomption de connaissance, notamment en ce qui concerne les personnes autorisées à signer (art. 932 s. CO) dans le cadre de relations juridiques de droit privé¹⁶. Les tiers auxquels une inscription au registre du commerce est applicable ne peuvent pas faire valoir le fait qu'ils l'ignoraient.

Par analogie avec les personnes morales, la réquisition d'inscription de l'établissement au registre du commerce incombe à l'organe supérieur de gestion ou d'administration (art. 931a CO en relation avec l'art. 17, al. 1, let. c. ORC), si la loi d'organisation ne prévoit (comme en l'espèce) aucune autre disposition (art. 17, al. 1, let. e. ORC).

L'ORC¹⁷ utilise le terme «désignation» en relation avec un institut de droit public au lieu de «raison sociale». Le terme «désignation» sera donc également employé ici.

La désignation n'est définie qu'à titre exceptionnel dans la loi (par ex.: «Elle porte le nom d'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)» ou «L'agence est inscrite au registre du commerce sous la désignation d'Agence suisse pour l'encouragement de l'innovation (Innosuisse)»).

Des dispositions sur l'indépendance vis-à-vis de la Confédération ou de tiers intéressés peuvent également figurer ici (voir l'art. 1, al. 3, P-LASEI et l'art. 9c, al. 2, AP-LCdF).

Exemples¹⁸:

Art. 21 P-LPrév¹⁹, art. 5 LMC²⁰, art. 3 LASRE²¹, art. 2 de l'ordonnance sur l'IFFP²², art. 1 de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé²³, art. 1 et 5

¹⁵ Claire Huguenin, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Artikel 1–456 ZGB, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), 4^e édition, Bâle, 2010, art. 52 N 9 s.

¹⁶ Les compétences dans les relations juridiques de droit public (en particulier la prise de décision) sont régies par la loi d'organisation et le règlement d'organisation.

¹⁷ Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC; RS 221.411)

¹⁸ La (future) loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (loi sur les fonds de compensation) constitue un cas particulier à plusieurs égards. L'établissement «compenswiss (fonds de compensation AVS/AI/APG)» ne figure donc pas parmi les exemples cités dans cette loi-type.

¹⁹ Projet de loi fédérale sur la prévention et la promotion de la santé (loi sur la prévention; en l'espèce: P-LPrév), dans: FF 2009 6507, message du 30 septembre 2009 dans: FF 2009 6389). Le projet a été rejeté par le Parlement.

²⁰ Loi fédérale du 12 juin 2009 sur les musées et les collections de la Confédération (loi sur les musées et les collections, LMC; RS 432.30)

de la loi sur les EPF²⁴²⁵, art. 1 LIPI²⁶, art. 1 LIFM²⁷, art. 2 de l'avant-projet de loi fédérale (en l'espèce: AP-LF) sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins²⁸, art. 1 P-LASEI²⁹.

Art. 2 Buts

Les dispositions sur les buts découlent des objectifs supérieurs de la Confédération. Les buts devraient être fixés pour une durée indéterminée. Ils constituent le cadre inhérent aux tâches des établissements.

Si les objectifs sont supprimés (lors de la disparition d'un monopole; par ex. Régie fédérale des alcools), le maintien de l'établissement doit être examiné.

Les buts ne constituent pas une base suffisante pour délimiter clairement l'activité de l'établissement. Ils ne dispensent donc pas d'édicter des dispositions détaillées sur les tâches (art. 3 de la loi-type), les prestations commerciales (art. 24 de la loi-type) et les coopérations (art. 4 de la loi-type; y c. les participations).

La formulation des objectifs stratégiques par le Conseil fédéral s'appuie sur les buts poursuivis, l'énumération des tâches et les autres prescriptions légales.

²¹ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (LASRE; [RS 946.10](#))

²² Ordonnance du 14 septembre 2005 sur l'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle (ordonnance sur l'IFFP; [RS 412.106.1](#))

²³ Loi fédérale du 6 octobre 1978 sur l'Institut suisse de droit comparé ([RS 425.1](#))

²⁴ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les écoles polytechniques fédérales (loi sur les EPF; [RS 414.110](#))

²⁵ Dans le message du 24 février 2016 relatif à l'encouragement de la formation, de la recherche et de l'innovation pendant les années 2017 à 2020 ([FF 2016 2917](#)), le Conseil fédéral propose une modification de la loi sur les EPF (projet dans [FF 2016 3203](#)). Cette modification prévoit notamment l'adaptation de certains principes de la Confédération en matière de gouvernement d'entreprise. En l'espèce, le projet est cité en tant que [projet de loi sur les EPF](#).

²⁶ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (LIPI; [RS 172.010.31](#))

²⁷ Loi du 17 juin 2011 sur l'Institut fédéral de métrologie (LIFM; [RS 941.27](#))

²⁸ Disponible à l'adresse: <https://www.admin.ch>>Droit fédéral>Procédures de consultation>Procédures de consultation terminées (avant-projet de loi fédérale [[AP-LF](#)] sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins).

Après la consultation, la poursuite du projet sous cette forme a été abandonnée. À la place, le Conseil fédéral a approuvé le 4 décembre 2015 un [message](#) concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal; renforcement de la qualité et de l'économicité; [FF 2016 217](#); [FF 2016 265](#) [projet de loi]). Il y propose de développer les activités au sein d'un réseau plutôt que d'un centre de qualité. Pour ce faire, la Confédération entend collaborer avec les acteurs existants et mettre en place une *commission extra-parlementaire pour la qualité dans l'assurance-maladie* (art. 58c P-LAMal) ainsi qu'un service spécialisé au niveau de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP). On renonce à une loi distincte. La Confédération assume le pilotage stratégique et opérationnel pour garantir une utilisation adéquate des ressources de l'assurance obligatoire des soins.

²⁹ Projet de loi fédérale sur l'Agence suisse pour l'encouragement de l'innovation (loi sur Innosuisse; en l'espèce: P-LASEI) dans: [FF 2015 8709](#), message du 25 novembre 2015 dans: [FF 2015 8661](#)). Innosuisse est l'agence de la Confédération chargée d'encourager l'innovation fondée sur la science.

Les buts poursuivis peuvent également influencer sur l'application du droit et sur la jurisprudence (par ex. dans le cadre du droit de la responsabilité de l'État en vertu de la loi sur la responsabilité [art. 19 en relation avec l'art. 3 LRCF]³⁰, en cas de dommages pécuniaires ou d'examen de l'illicéité [question des normes de protection]).

Exemples:

Art. 2 et 6 de la loi sur les EPF, art. 2 de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé, art. 5 LASRE, art. 2 LIFM, art. 3 LEC (Pro Helvetia), art. 2 LMC, art. 2 P-LPrév, art. 3 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 2 P-LASEI.

Section 2 Tâches et collaboration

Art. 3 Tâches

Un transfert précis des tâches est nécessaire pour bien délimiter les activités de l'établissement et attribuer clairement les responsabilités. Il sert ensuite de point d'ancrage pour réglementer en interne les compétences (conseil d'administration et direction), définir le financement de l'établissement en fonction des tâches (art. 12 ss de la loi-type), fixer les objectifs stratégiques et contrôler leur respect.

Al. 1: l'établissement accomplit les tâches qui lui sont confiées par l'acte régissant son organisation et ces dernières et, le cas échéant, par d'autres lois fédérales. Le cas échéant, la loi d'organisation doit renvoyer aux lois fédérales correspondantes. Elle peut également prévoir, par exemple, des tâches obligatoires telles que la participation de l'établissement à la coopération technique dans son domaine de tâches (art. 3, al. 2, let. f, LIFM) ou le fait de siéger dans des organismes spécialisés internationaux ou de collaborer avec eux (à la différence de la disposition potestative de l'art. 3, al. 3, de la loi-type).

Si l'établissement est inscrit au registre du commerce, la description des tâches à l'al. 1 correspond à celle de ses buts. Une extension de cette disposition légale sur les buts n'est pas permise dans le cadre de l'inscription.

Al. 2 et 3: le Conseil fédéral n'a aucun droit direct d'instruction voire d'évocation (voir l'art. 47, al. 4, LOGA) dans la mesure où cela est contraire à l'autonomisation et où il deviendrait un organe de fait de l'établissement (aucune surveillance hiérarchique comme dans l'administration fédérale centrale). En revanche, le Conseil fédéral peut lui confier d'autres tâches, que l'établissement doit accomplir contre indemnité (al. 3). En général, le transfert des tâches par le Conseil fédéral est réalisé par le biais d'une ordonnance. Ces tâches et leur éventuelle indemnisation seront toutefois définies sur le principe dans la loi d'organisation (obligation de prestation sans indemnité ou nécessité d'une base légale en matière de subventions

³⁰ Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité, LRCF; **RS 170.32**).

pour verser des indemnités). La participation à l'élaboration des actes normatifs ne donne droit à aucune indemnité (al. 2).

Al. 3: en vertu de l'art. 184, al. 1, Cst., le Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale; il représente la Suisse à l'étranger. Si les tâches de l'établissement présentent une dimension internationale, il peut être judicieux de l'autoriser à collaborer avec les instances internationales concernées. La compétence de l'établissement en matière de participation à des organisations et instances internationales sera ancrée dans la loi d'organisation. Il faut examiner au cas par cas s'il est judicieux de la lui accorder directement dans la loi (éventuellement sous la forme d'une tâche permanente) ou s'il est plus opportun de prévoir que le Conseil fédéral puisse octroyer une autorisation correspondante à l'établissement (dans une ordonnance ou un arrêté, au cas par cas). Le cas échéant, il est recommandé de désigner l'organe compétent directement dans la loi d'organisation, en particulier lorsque cette compétence est déléguée de manière générale à la direction. Exemples: art. 6, al. 2, LFINMA³¹, art. 31, al. 2, let. g, LSR³². Pour pouvoir tenir compte des évolutions futures, la loi ne mentionne pas les différentes organisations ou associations internationales. Les tâches légales de l'établissement constituent la base et le cadre de l'autorisation d'une telle coopération internationale.

La représentation de la Suisse dans les instances internationales dépasse la simple collaboration. Le pouvoir de représentation peut soumettre la Suisse à certaines obligations, par exemple lors d'un accord signifiant la fin des négociations contractuelles et le lancement du processus décisionnel national sur la conclusion du contrat tel qu'il a été négocié. Il faut évaluer au cas par cas dans quelle mesure tant la collaboration que la représentation de la Suisse par l'établissement sont judicieuses. Si un pouvoir de représentation est en principe possible, il doit être prévu dans la loi (formulation proposée: «Le Conseil fédéral autorise l'établissement à représenter la Suisse dans des organisations et associations internationales dans le cadre des tâches définies par la présente loi» ou «Il représente la Confédération auprès des organisations internationales dans le domaine [...], pour autant que le Conseil fédéral [ou le département compétent] l'y autorise»). Le Conseil fédéral accorde un mandat concret au cas par cas. Exemples: art. 3, al. 4, LIFM, art. 3, al. 3, P-LASEI.

Exemples:

Art. 3 de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé, art. 2 LIPI, art. 7 LMC, art. 3 LIFM, art. 3 et 7 LASRE, art. 3 et 4 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 22 P-LPrév, art. 7 ss de la loi sur les EPF, art. 4 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 3 P-LASEI.

³¹ Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; **RS 956.1**)

³² Selon la version modifiée du 20 juin 2014 de la loi sur la surveillance de la révision (LSR) et de la LFC concernant la «concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit». Voir le message correspondant: **FF 2013 6147**.

Art. 4 Coopération, création d'entités juridiques et participations

La nécessité d'une nouvelle réglementation en la matière doit être examinée au cas par cas.

Les coopérations ou les participations se caractérisent par leur caractère bénéfique sur la réalisation du but de l'établissement. Cependant, ce dernier n'en a pas forcément besoin pour atteindre son but légal. Le transfert de tâches souveraines ou subventionnées à des tiers peut être délicat sur le plan politique et compliquer le contrôle ou le pilotage par la Confédération. Étant donné que les sociétés anonymes contrôlées par celle-ci fournissent pour l'essentiel des prestations sur le marché et n'accomplissent aucune tâche souveraine, elles peuvent conclure des coopérations et prendre des participations (rapport sur le gouvernement d'entreprise: FF 2006 7851 s.; rapport de l'AFF, p. 10 et 46; principe directeur n° 14). En revanche, les entités qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité n'ont pas le droit d'établir des coopérations (commerciales, notamment) ou de prendre des participations en raison de la sensibilité de leurs tâches.

Al. 1: les entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique peuvent engager des coopérations et acquérir des participations uniquement à titre exceptionnel et conformément à leur but social, à leurs tâches et aux objectifs stratégiques fixés par le Conseil fédéral.

Il faut faire la distinction entre cette possibilité et l'obligation de coopérer avec des tiers, qui représente une tâche impérative. Lorsqu'il existe un intérêt public, les établissements sont tenus de collaborer avec d'autres services devant être définis plus précisément dans la loi.

L'art. 14 OLOGA contraint les unités administratives de la Confédération à collaborer entre elles. Pour préserver le secret de fonction, celles-ci donnent aux autres unités administratives (uniquement) les renseignements nécessaires à l'exécution de leurs tâches légales. Dans la mesure du possible, l'objet et le bénéficiaire de la collaboration de l'établissement sont définis plus précisément (par ex. expertises pour la Confédération, coopération avec les services cantonaux dans le domaine spécialisé, etc.). Autres exemples: conseils dispensés par la COMCO aux services de l'administration et aux entreprises (voir l'[art. 24a, al. 1, P-LCart](#)³³); collaboration entre l'Institut suisse pour la prévention et la promotion de la santé³⁴ et les services fédéraux compétents, les cantons, les organes de recherche et les tiers (voir l'[art. 23, al. 1, P-LPrév](#)).

Al. 2: la possibilité de créer des entités juridiques ou d'y prendre des participations doit être utilisée avec beaucoup de retenue. À cet égard, il faut garder à l'esprit que toute externalisation supplémentaire complique le contrôle et le pilotage tant formels

³³ Modification du (...) de la loi sur les cartels, [FF 2012 3713](#); en l'espèce: P-LCart. Le 17 septembre 2014, le Conseil national n'est pas entré en matière sur le projet, pour la seconde fois, malgré la décision d'entrée en matière du Conseil des États (6 juin 2015). La réforme a donc échoué. Les dispositions de droit organisationnel n'ont toutefois pas été remises en question en tant que telles.

³⁴ L'Institut n'a pas été créé en raison du refus du Parlement.

que factuels par la Confédération. Cette possibilité doit donc être justifiable objectivement (il ne s'agit pas d'une réglementation définie d'emblée).

Contrairement au cas des entités de droit privé, qui opèrent majoritairement sur le marché, la proximité des établissements fournissant des prestations à caractère monopolistique avec la Confédération (principalement exécution [soveraine] de tâches fédérales) fait que les créations d'entités et les participations dans ces entités ne devraient pas relever de la seule décision du Conseil fédéral et des organes suprêmes de direction des établissements concernés. La décision devrait plutôt être prise par le législateur. Exemples: l'art. 4, al. 2, P-LASEI prévoit qu'Innosuisse peut participer uniquement à des entités juridiques de droit public ou de droit privé à but non lucratif dans le cadre des objectifs stratégiques du Conseil fédéral. Les EPF et les établissements de recherche peuvent créer des sociétés, participer à des sociétés ou collaborer d'autres façons avec des tiers pour accomplir leurs tâches, conformément au mandat de prestations³⁵ et aux directives du Conseil des EPF (art. 3a de la loi sur les EPF).

Les éventuelles participations et créations d'entités doivent contribuer à l'exécution des tâches de l'établissement (art. 2 et 3 de la loi-type) et correspondre aux principes de l'économie d'entreprise (art. 1, al. 3, de la loi-type). De plus, le financement, le pilotage et le contrôle doivent être garantis. Les objectifs stratégiques doivent impérativement comprendre des directives sur les créations ou les participations autorisées. Exemple: art. 4, al. 3, LIFM.

Le transfert de tâches à des tiers au sens de l'art. 178, al. 3, Cst. et de l'art. 2, al. 4, LOGA dépasse le cadre de l'art. 4. Des bases légales spécifiques devraient être créées en vue du transfert de tâches de droit public à des tiers et des procédures applicables en la matière. Exemple: art. 4, al. 2, LIFM.

Al. 3: en vertu de l'art. 184, al. 1, Cst., le Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale; il représente la Suisse à l'étranger. Si les tâches de l'établissement présentent une dimension internationale, il peut être judicieux de l'autoriser à collaborer avec les instances internationales concernées. La compétence de l'établissement en matière de participation à des organisations et instances internationales sera ancrée dans la loi d'organisation. Il faut examiner au cas par cas s'il est judicieux de la lui accorder directement dans la loi (éventuellement sous la forme d'une tâche permanente) ou s'il est plus opportun de prévoir que le Conseil fédéral puisse octroyer une autorisation correspondante à l'établissement (dans une ordonnance ou un arrêté, au cas par cas). Le cas échéant, il est recommandé de désigner l'organe compétent directement dans la loi d'organisation, en particulier lorsque cette compétence est déléguée de manière générale à la direction. Exemples: art. 6, al. 2, LFINMA³⁶,

³⁵ Le projet de loi sur les EPF prévoit désormais une gestion à l'aide d'objectifs stratégiques. Le calendrier et le contenu de ces derniers sont coordonnés avec le plafond de dépenses du domaine des EPF. Pour la mise en œuvre, le Conseil des EPF passe des conventions d'objectifs avec les EPF et les établissements de recherche et alloue les subventions fédérales.

³⁶ Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1)

art. 31, al. 2, let. g, LSR³⁷. Pour pouvoir tenir compte des évolutions futures, la loi ne mentionne pas les différentes organisations ou associations internationales. Les tâches légales de l'établissement constituent la base et le cadre de l'autorisation d'une telle coopération internationale.

La représentation de la Suisse dans les instances internationales dépasse la simple collaboration. Le pouvoir de représentation peut soumettre la Suisse à certaines obligations, par exemple lors d'un accord signifiant la fin des négociations contractuelles et le lancement du processus décisionnel national sur la conclusion du contrat tel qu'il a été négocié. Il faut évaluer au cas par cas dans quelle mesure tant la collaboration que la représentation de la Suisse par l'établissement sont judicieuses. Si un pouvoir de représentation est en principe possible, il doit être prévu dans la loi (formulation proposée: «Le Conseil fédéral autorise l'établissement à représenter la Suisse dans des organisations et associations internationales dans le cadre des tâches définies par la présente loi» ou «Il représente la Confédération auprès des organisations internationales dans le domaine [...], pour autant que le Conseil fédéral [ou le département compétent] l'y autorise»). Le Conseil fédéral accorde un mandat concret au cas par cas. Exemples: art. 3, al. 4, LIFM, art. 3, al. 3, P-LASEI.

Exemples:

Art. 4 LIFM et 8 LASRE (en incluant la réglementation sur la participation de tiers), art. 23 P-LPrév, art. 4 de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé, art. 3 et 3a de la loi sur les EPF (art. 3a du projet de loi sur les EPF), art. 4 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 5 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 4 P-LASEI.

Section 3 Organisation

Art. 5 Organes

Le nombre d'organes, leur composition et leur collaboration doivent garantir une conduite et une surveillance efficaces et efficientes sur le plan de l'exploitation (voir le rapport sur le gouvernement d'entreprise: FF 2006 7835). La loi d'organisation cite les organes de l'établissement de manière exhaustive. On évitera les organes de fait. La plupart des établissements disposent chacun de trois organes, à savoir un organe suprême de direction, une direction et un organe de révision. Ce nombre ne devrait pas être dépassé, sauf cas exceptionnels justifiés. Le principe des structures légères vaut également pour la composition des organes.

Let. a: la loi d'organisation peut également comporter une autre désignation (par ex. conseil de l'institut). On s'abstiendra autant que possible d'utiliser des termes différents pour ne pas nuire à l'harmonisation recherchée.

³⁷ Selon la version modifiée du 20 juin 2014 de la loi sur la surveillance de la révision (LSR) et de la LFC concernant la «concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit». Voir le message correspondant: FF 2013 6147.

Let. b: la direction des établissements fédéraux occupe une position particulière par rapport au droit de la société anonyme. Elle dispose, par exemple, de compétences opérationnelles étendues qui sont clairement définies dans la loi d'organisation, ce qui souligne son statut d'organe formel (et pas uniquement d'organe de fait) (voir l'art. 8 de la loi-type). Ce statut vise à délimiter les compétences vis-à-vis du conseil d'administration, qui est l'organe stratégique. La séparation claire et impérative de l'activité stratégique et de l'activité opérationnelle tend à assurer la collaboration entre le conseil d'administration et la direction selon le principe du contrôle et de l'équilibre des pouvoirs (*checks and balances*; voir le rapport sur le gouvernement d'entreprise: [FF 2006 7835](#)).

En règle générale, personne ne peut être membre simultanément de plusieurs organes d'entités devenues autonomes (principe directeur n° 3). Le Conseil fédéral se réserve cependant le droit de déroger à ce principe (rapport sur le gouvernement d'entreprise: [FF 2006 7850 et 7852](#); dans des situations particulières telles que la création d'un établissement, son assainissement ou sa liquidation).

Concernant la responsabilité de l'établissement ou de ses organes, voir les commentaires de l'art. 10 de la loi-type.

La mise en place d'un conseil consultatif en tant qu'organe supplémentaire doté de pouvoirs de décision ne se justifie que dans des cas très exceptionnels, car des structures légères sont recherchées (principe directeur n° 2). Voir, par exemple, le conseil de l'innovation dans le [P-LASEI](#): art. 5, let. c [conseil de l'innovation], art. 9 [statut, nomination, organisation et liens d'intérêt], art. 10 [tâches, dont décision sur les demandes d'encouragement], art. 7, al. 1, let. b, j, k et l [tâches du conseil d'administration concernant le conseil de l'innovation: nomination, indemnisation, surveillance] et art. 8, al. 2, let. c, d et f [tâches de la direction concernant le conseil de l'innovation]: préparation des bases de décision et assistance dans la préparation de ses affaires, édition de décisions et conclusion de contrats en se fondant sur les décisions du conseil de l'innovation]).

Exemples:

Art. 10 LMC, art. 5 LIFM, art. 22 LASRE, art. 25 P-LPrév, art. 3 LIPI, art. 5 de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé (le directeur est toutefois mentionné séparément et l'organe de révision manque [aucune comptabilité propre]), art. 6 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 5 P-LASEI.

Art. 6 Conseil d'administration: composition, nomination et organisation

Al. 1: le principe selon lequel le nombre d'organes, leur composition et leur collaboration doivent garantir une conduite et une surveillance efficaces et efficaces sur le plan de l'exploitation s'applique. Il faut donc définir le nombre de membres du conseil d'administration. Ce nombre devrait toujours être impair pour permettre de dégager une majorité. Les qualifications, les connaissances du secteur et l'indépendance sont les conditions requises pour être nommé au conseil

d'administration. La diversité (en particulier en termes d'âge, de sexe, d'origine et de langue maternelle) garantit une valeur ajoutée. Les exigences ne devraient toutefois pas être élevées au point de mettre en péril l'éligibilité des candidats disposant des connaissances et des compétences requises. La représentation des cantons, des associations et d'autres institutions doit être considérée d'un œil critique (conseil d'administration disproportionné, conflits d'intérêts). En général, aucun représentant recevant des instructions de la Confédération n'est prévu, car cette situation ne devrait se produire que dans des cas exceptionnels dûment justifiés (principe directeur n° 9).

Les art. 6a, al. 1, let. c. LPers et 2a de l'ordonnance sur les salaires des cadres³⁸ concernent la représentation équilibrée des langues nationales. Les valeurs de référence fixées le 6 novembre 2013 par le Conseil fédéral pour la représentation des communautés linguistiques³⁹ et le quota-cible pour la représentation des sexes⁴⁰ sont en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014. Ils s'appliquent aux organes de direction suprêmes visés à l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance sur les salaires des cadres. La représentation des communautés linguistiques et des sexes est exposée et traitée dans le rapport sur le salaire des cadres⁴¹ que le Conseil fédéral établit chaque année à l'intention de la Délégation des finances des Chambres fédérales. Lorsqu'ils soumettent une proposition de nomination dans les organes de direction suprêmes, les départements doivent commenter les écarts existants par rapport aux valeurs de référence et au quota-cible.

La sélection des membres du conseil d'administration s'appuie sur le profil d'exigences du Conseil fédéral pour les membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut des entités de la Confédération devenues autonomes (voir l'art. 8j OLOGA et le modèle de profil d'exigences⁴²; principe directeur n° 5). En vertu de l'arrêté du Conseil fédéral du 6 novembre 2013, les départements sont tenus d'intégrer les valeurs de référence pour la représentation des communautés linguistiques et le quota-cible pour la représentation des sexes dans les profils d'exigences relatifs aux entreprises et aux établissements relevant de leur domaine de compétence.

Le profil d'exigences et le résultat du contrôle de sécurité doivent être soumis au Conseil fédéral avec la proposition de nomination (concernant le contrôle de sécurité

³⁸ Ordonnance du 19 décembre 2003 sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres au plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération (ordonnance sur les salaires des cadres; **RS 172.220.12**)

³⁹ Allemand: 65,5 %; français: 22,8 %; italien: 8,4 %; romanche: 0,6 % (état: 6 novembre 2013)

⁴⁰ 30 % pour la représentation des deux sexes (état: 6 novembre 2013)

⁴¹ [https://www.epa.admin.ch/Documentation/Faits et chiffres/Rapports](https://www.epa.admin.ch/Documentation/Faits%20et%20chiffres/Rapports)

⁴² [https://www.efv.admin.ch/Thèmes/Politique budgétaire, Bases/Gouvernement d'entreprise>Bases; modèle de profil d'exigences pour conseils d'administration et d'institut](https://www.efv.admin.ch/Thèmes/Politique%20budg%C3%A9taire,%20Bases/Gouvernement%20d'entreprise/Bases;mod%C3%A8le%20de%20profil%20d'exigences%20pour%20conseils%20d'administration%20et%20d'institut)

relatif aux personnes, voir notamment les art. 4, al. 1, et 12, al. 2, let. a ainsi que l'annexe 1 OCSP⁴³).

S'appuyant sur une recommandation de la Commission de gestion (CdG) du Conseil national⁴⁴, le Conseil fédéral a édicté le 28 novembre 2014 des «directives sur la nomination des cadres supérieurs»⁴⁵ et y a défini les éléments clés nécessaires à la préparation par les départements et la Chancellerie fédérale des procédures de nomination qui relèvent de sa compétence. Ces directives sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Au même moment, l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) a été adaptée sur recommandation de la CdG. Les unités administratives décentralisées n'entrent cependant pas dans le champ d'application de ces directives du Conseil fédéral. Celui-ci étudie l'opportunité d'une réglementation similaire pour les procédures de nomination des organes de direction de ces unités. Il a chargé le Département fédéral des finances (DFF) [Office fédéral du personnel (OPPER), Administration fédérale des finances (AFF)] d'examiner la question⁴⁶.

Al. 2: dans tous les cas, les candidats sont tenus de signaler leurs liens d'intérêts au Conseil fédéral avant la nomination. Toute personne qui s'y refuse n'est pas éligible en qualité de membre du conseil d'administration.

Al. 3: le Conseil fédéral nomme les membres de l'organe de direction stratégique et régleme la fixation des honoraires (y compris les prestations annexes) et les autres conditions contractuelles (art. 6a LPers, art. 8j, al. 1, let. a, OLOGA, art. 4 et 6 de l'ordonnance sur les salaires des cadres). Il n'existe aucun droit à une reconduction du mandat. En la matière, le Conseil fédéral a toute liberté de décision. Les obstacles à une non-reconduction sont plus bas que pour une révocation, car la première ne requiert aucun juste motif; une raison valable ou objective suffit⁴⁷. Il existe notamment des raisons objectives lorsque l'adéquation pour le mandat (par ex. au vu de certains liens d'intérêts), les prestations ou le comportement ne justifient plus la reconduction dans la fonction concernée. Par exemple, s'il n'y a plus de relation de confiance en vue d'une collaboration fructueuse ou si la composition du conseil d'administration n'est plus équilibrée, des raisons objectives pourront également être invoquées.

Afin de garantir l'indépendance, l'objectivité ainsi que la gestion et la surveillance adéquates de l'entreprise, la durée du mandat est limitée à quatre ans (voir également la limitation du mandat des membres des commissions

⁴³ Ordonnance du 4 mars 2011 sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes (OCSP; **RS 120.4**)

⁴⁴ Rapport de la CdG-N du 15 novembre 2013 sur la «nomination des cadres supérieurs par le Conseil fédéral» (**FF 2014 2697**). Voir également l'avis du Conseil fédéral du 19 février 2014 (**FF 2014 2751**).

⁴⁵ **FF 2014 9511**

⁴⁶ Rapport de la CdG-E du 6 octobre 2015 sur la «garantie de l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation de l'administration fédérale décentralisée» (**FF 2016 1549**). Voir également le ch. 2.3 de l'avis du Conseil fédéral du 18 décembre 2015 (**FF 2016 1603**).

⁴⁷ ATF 119 Ib 99, consid. 2.a

extraparlimentaires qui est énoncée à l'art. 8j, al. 1 et 2, OLOGA). En raison de ce plafonnement, le Conseil fédéral peut réduire la durée du mandat, par exemple si une réorganisation entraînant une privatisation ou une réintégration dans l'administration fédérale centrale est prévue, au lieu de devoir émettre une réserve sur le mandat de quatre ans (par ex. abrogation du mandat à la suite de la suppression de l'établissement). La durée du mandat (quatre ans au plus) peut correspondre à une législature du Conseil fédéral (art. 175 Cst.) et à la durée du mandat des membres des commissions extraparlimentaires (art. 8g, al. 1, OLOGA). Le mandat est limité à un an pour les sociétés anonymes cotées en bourse (art. 95, al. 3, Cst. et art. 3, al. 2, et 4, al. 2, ORAb⁴⁸). Contrairement aux sociétés ouvertes au public qui ont un vaste actionnariat, la Confédération est l'unique propriétaire de l'établissement. Elle peut donc intervenir à tout moment et révoquer si nécessaire un membre du conseil d'administration (voir le principe directeur n° 7). Un renouvellement progressif des membres du conseil d'administration présente l'avantage d'assurer un certain équilibre entre stabilité et renouveau. Cela implique toutefois une planification par le département compétent.

Révocation pour de justes motifs (principe directeur n° 7): le Conseil fédéral nomme les membres du conseil d'administration pour un mandat d'une durée maximale de quatre ans. Cette nomination et la possibilité d'une révocation pour de justes motifs à tout moment pendant le mandat dérogent aux principes du droit privé concernant la fin du mandat⁴⁹. L'art. 404 CO, selon lequel le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps sans que de justes motifs ne soient nécessaires, n'est pas applicable. Il y a justes motifs lorsque la poursuite des rapports de travail ne peut plus être raisonnablement exigée en vertu de la bonne foi, par exemple lorsqu'un membre du conseil d'administration ne remplit plus les conditions d'exercice du mandat ou viole gravement ses obligations, ou lorsqu'un conflit d'intérêts durable de ce membre ne peut être résolu autrement (voir également la pratique relative à l'art. 337, al. 2, CO). Eu égard à la garantie de l'accès au juge, la révocation doit pouvoir être examinée par les instances juridiques administratives fédérales. Pour ce faire, il faut compléter l'art. 33, let. b, de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf)⁵⁰, du moins tant que cette norme énumérera des cas individuels au lieu d'englober tous les établissements dans une clause générale. En vertu du principe de proportionnalité en vigueur dans le droit public, il n'est pas exclu, selon la situation, que le président du conseil d'administration soit révoqué de ses fonctions présidentielles, mais puisse continuer à siéger dans cet organe.

⁴⁸ Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb; RS 221.331). Dans le cadre des valeurs de référence définies par le Conseil fédéral en décembre 2015, celui-ci devrait présenter un message d'ici à fin 2016. La révision correspondante du droit de la société anonyme mettra en œuvre les directives qui ont été inscrites dans la Constitution fédérale après l'acceptation de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» en mars 2013. De plus, le Conseil fédéral souhaite mettre en place des valeurs de référence pour la représentation des sexes dans les grandes sociétés anonymes cotées en bourse et des prescriptions sur la transparence des entreprises qui extraient des matières premières; il entend également assouplir les dispositions en matière de création d'entreprise et de capitalisation.

⁴⁹ ATF 2A.312/2004 du 22 avril 2005, consid. 2.1.2

⁵⁰ Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf; RS 173.32)

Concernant les possibilités de destitution, il convient de faire la distinction au Conseil des EPF entre les personnes nommées pour une durée de fonction, qui sont soumises à des rapports de travail (art. 14, al. 2 et 3, LPers), et les autres membres qui sont liés par un mandat de droit public (art. 17, al. 1^{bis}, du projet de loi sur les EPF). Lorsque le contrat de travail et le siège au Conseil des EPF sont indépendants l'un de l'autre, la possibilité de révoquer un membre du Conseil des EPF doit être réglementée dans la loi (art. 24, al. 4, du projet de loi sur les EPF).

Al. 4: selon le droit de la société anonyme, le mandat des membres du conseil d'administration est conclu avec la société anonyme même si ceux-ci sont élus par l'assemblée générale. De manière comparable, les membres du conseil d'administration de l'établissement sont nommés par le Conseil fédéral, mais sont liés à l'établissement par un contrat de droit public. Le Conseil fédéral fixe les honoraires que l'établissement verse aux membres du conseil d'administration et les autres conditions contractuelles. Les dispositions du CO concernant le mandat s'appliquent à titre supplétif en tant que droit public, dans la mesure où ce dernier (dans la loi d'organisation, à l'art. 6a LPers ou dans l'ordonnance sur les salaires des cadres, qui s'appuie sur la LPers) ne prévoit rien ou aucune prescription contraire. Cette réglementation correspond à l'interprétation et à la pratique juridique actuelles.

Le 25 novembre 2015, le Conseil fédéral a créé une base légale dans l'ordonnance sur le délai de carence⁵¹ pour pouvoir fixer, dans sa décision de nomination, un délai de carence pour les membres des conseils d'administration ou d'institut des établissements de la Confédération qui assument des fonctions de surveillance ou de réglementation s'il faut s'attendre, après leur départ du conseil, à ce que la reprise immédiate d'une activité auprès d'un employeur ou d'un mandant du domaine surveillé ou réglementé mène à un conflit d'intérêts (art. 8^{bis}, al. 1, OLOGA). La FINMA⁵², l'IFSN⁵³ et Swissmedic⁵⁴ disposent déjà de réglementations spécifiques sur le délai de carence. L'art. 6a du règlement du personnel de l'IFSN comprend une disposition analogue sur le délai de carence pour le directeur et le reste du personnel. Une telle réglementation est inutile pour les établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique.

En principe, les membres du conseil d'administration ne sont pas soumis à la LPers, et en particulier à son art. 14 (personnes nommées pour une durée de fonction). Seul l'art. 6a LPers s'applique directement, et pas uniquement par analogie, en raison de son champ d'application spécifique. Le message comprendra une remarque correspondante. Lorsque la loi d'organisation précise que l'art. 6a LPers est applicable «par analogie» aux membres du conseil d'administration et de la direction, le personnel bénéficie alors d'un statut légal spécial qui diffère de la LPers

⁵¹ Ordonnance du 25 novembre 2015 sur le délai de carence applicable aux cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale, aux membres des organes de direction des établissements de la Confédération et aux membres des commissions extraparlimentaires (ordonnance sur le délai de carence), RO 2015 5019

⁵² Art. 38a de l'ordonnance du 11 août 2008 sur le personnel FINMA (RS 956.121)

⁵³ Art. 6a du règlement du 17 octobre 2008 du personnel de l'IFSN (RS 732.221)

⁵⁴ Art. 34a de l'ordonnance du 28 septembre 2001 sur le personnel de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (RS 812.215.4)

(par ex. CO ou statut du personnel relevant du droit public en vertu d'une loi spéciale).

La mise en œuvre de l'art. 6a LPers influe sur les principes à définir ou à appliquer par le Conseil fédéral et sur le reporting du conseil d'administration concernant ses honoraires à l'intention du Conseil fédéral (voir les art. 1 ss de l'ordonnance sur les salaires des cadres et le rapport complémentaire, FF 2009 2323 ss.). En revanche, l'ordonnance sur le personnel, qui vaut pour les employés, y compris les membres de la direction, s'appuie sur la LPers ou doit en respecter les limites et est soumise à l'approbation du Conseil fédéral (voir les art. 7, let. e, 10 et 23, al. 2, let. c, ch. 2 de la loi-type).

L'ordonnance sur les salaires des cadres comprend des prescriptions sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des établissements (et des entreprises) de la Confédération. Alors que dans les sociétés anonymes cotées en bourse, l'assemblée générale vote chaque année le montant global des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 2, ch. 4, et art. 18 ORAb), le Conseil fédéral fixe les honoraires et les autres conditions contractuelles des membres du conseil d'administration de l'établissement en vertu de l'art. 5, al. 4, de la loi-type. L'OFPER effectue un examen préliminaire du montant proposé des honoraires et des autres conditions contractuelles en réalisant une comparaison croisée avec d'autres mandats d'administrateur. En général, les honoraires fixés par le Conseil fédéral pour les membres du conseil d'administration et les autres conditions contractuelles sont indiqués dans le mandat de droit public (sous la forme d'un contrat ou d'une confirmation). Le rapport sur le salaire des cadres constitue un reporting a posteriori. Toute modification exécutée sur cette base ne déploie donc ses effets qu'ultérieurement⁵⁵.

Les art. 394 ss CO sur le mandat⁵⁶ s'appliquent à titre supplétif, en tant que droit public, au contrat entre les membres du conseil d'administration et l'établissement. En revanche, l'art. 404 CO n'est pas applicable. En l'espèce, la différence de fond par rapport au droit privé des mandats est la suivante: en raison du principe de proportionnalité inhérent au droit public (art. 5, al. 2, Cst.) les relations de mandat de droit public ne sont pas révocables à tout moment sans condition, mais uniquement pour de justes motifs (voir également le commentaire de l'al. 3).

Al. 5 (principe directeur n° 6): de manière générale, le conseil d'administration est tenu de défendre les intérêts de l'établissement, ce qui englobe ceux de la Confédération et les objectifs qu'elle poursuit avec l'établissement (voir l'art. 2 de la loi-type). Le devoir de loyauté comprend notamment le devoir de diligence,

⁵⁵ L'organe de révision vérifie si le rapport de rémunération prescrit aux art. 13 et 14 ORAb pour les sociétés anonymes cotées en bourse est conforme aux prescriptions légales (loi, ordonnances, statuts, etc.). S'il constate des irrégularités et que le conseil d'administration ne réagit pas, le propriétaire, c'est-à-dire l'assemblée générale, peut intervenir en refusant d'approuver le rapport de gestion et de donner décharge au conseil d'administration.

⁵⁶ ATF 130 III 213: la doctrine estime en majorité que les membres du conseil d'administration d'une société anonyme bénéficient d'un contrat similaire à un mandat.

l'obligation de garder le secret, l'interdiction de concurrence, l'interdiction des opérations d'initiés et le devoir de loyauté en cas de conflits d'intérêts. Par exemple, le devoir de diligence implique de considérer la charge temporelle liée aux activités annexes (voir en particulier l'[art. 11 de l'ordonnance sur les salaires des cadres](#) et les remarques correspondantes sur l'art. 7, let. c, de la loi-type). Le conseil d'administration doit régler de manière générale le traitement des conflits d'intérêts et prendre les mesures requises dans des cas concrets. Le droit et l'obligation de dénoncer pour les membres de la direction et le personnel sont régis par l'[art. 22a LPers \(whistleblowing\)](#); cette disposition (du droit du travail) ne s'applique pas aux membres du conseil d'administration. Dans le cadre du devoir de loyauté, il faut déterminer quand et comment un membre du conseil d'administration doit agir en pareil cas (par ex. annonce à l'ensemble du conseil d'administration, information de l'organe de révision ou des autorités de surveillance ou de poursuite pénale par le conseil d'administration, etc.). Les dispositions correspondantes devraient figurer dans le règlement d'organisation, mais peuvent également faire partie du mandat. En l'absence de rapport de subordination comparable à un contrat de travail, les membres du conseil d'administration n'ont pas besoin d'une protection contre le licenciement analogue à celle prévue à l'[art. 22a LPers](#) (voir également le commentaire de l'art. 7, let. c, de la loi-type).

Al. 6: vis-à-vis du Conseil fédéral, le conseil d'administration doit veiller à ce que les liens d'intérêts conclus par ses membres après leur nomination soient compatibles avec leur fonction dans l'établissement. Il doit surveiller et évaluer ces liens en permanence: si un lien avec un groupe d'intérêts est incompatible avec le mandat et si le membre concerné refuse de s'en défaire, le conseil d'administration doit proposer au Conseil fédéral la révocation de ce membre. Cela découle en premier lieu de sa fonction ou de ses tâches, et en particulier de son obligation générale de défendre les intérêts de l'établissement. Un membre du conseil d'administration peut également être révoqué s'il s'avère qu'il n'a pas divulgué tous ses liens d'intérêts lors de sa nomination ou n'a pas communiqué les changements intervenus en la matière pendant son mandat. En vertu du pouvoir de surveillance que le Conseil fédéral exerce sur l'établissement (voir l'art. 23 de la loi-type), le département compétent peut ou doit agir en cas d'incompatibilités présumées s'il en a connaissance et demander des informations, voire proposer en dernier recours au Conseil fédéral la révocation du membre concerné. Les liens d'intérêts existants doivent être publiés dans le rapport de gestion à l'intention du Conseil fédéral et commentés par le conseil d'administration, dont les membres sont soumis à une obligation de renseigner⁵⁷. Exemple: [art. 7, al. 4, AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins](#). Pour les membres des commissions extraparlimentaires (par ex. commissions décisionnelles), l'obligation de divulguer les liens d'intérêts s'applique avant la nomination ([art. 57f LOGA](#) et [art. 8f OLOGA](#); concernant la publication, voir l'[art. 8k, al. 3, OLOGA](#)). Par ailleurs, le Conseil fédéral a proposé le 12 février 2014 d'accepter la motion Gilli de décembre 2013

⁵⁷ Voir l'art. 6, al. 7, du projet de loi fédérale sur l'Agence suisse pour l'encouragement de l'innovation (loi sur Innosuisse, LASEI; [FF 2015 8709](#)) et l'art. 7, al. 8, du projet de loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (loi sur les fonds de compensation; [FF 2016 313](#))

(13.4040), qui demande que tous les liens d'intérêts des membres des organes de direction des établissements de la Confédération soient rendus publics. En outre, l'[art. 71a P-LPTh](#)⁵⁸ sur la déclaration des liens d'intérêts des membres du conseil de l'institut prescrit à présent que ces derniers doivent communiquer au département compétent tout changement de leurs liens d'intérêts. Le conseil d'administration est également contraint de tenir un registre à jour et de publier les liens d'intérêts, sous réserve du respect du secret professionnel au sens du code pénal. L'[art. 20 LPers](#) (défense des intérêts de l'employeur) s'applique aux membres du Conseil des EPF qui bénéficient d'un contrat de travail avec le domaine des EPF. Pour les autres membres du Conseil des EPF, l'[art. 24b du projet de loi sur les EPF](#) ancre également dans la loi le devoir de fidélité. L'[art. 24c du projet de loi sur les EPF](#) porte désormais explicitement sur la divulgation des liens d'intérêts avant la nomination et pendant l'exercice de la fonction ainsi que sur le reporting dans le rapport de gestion.

Al. 7: selon le destinataire et la situation, les obligations de garder le secret de fonction, le secret professionnel et le secret des affaires ainsi que les règles sur l'information du public seront définies dans la loi d'organisation ou dans la loi régissant les tâches et précisées le cas échéant dans le règlement d'organisation ou le mandat. Les membres du conseil d'administration ne faisant pas partie du personnel de l'établissement, ils ne sont pas soumis aux dispositions de la LPers sur l'obligation de garder le secret (art. 22). C'est la raison pour laquelle une prescription comparable est insérée dans la loi d'organisation.

Exemples:

Art. 11 LMC, art. 26 P-LPrév, art. 24 LASRE, art. 11 et 32 (bénéfice et réserves) de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 4 LIPI, art. 24 ss et 27 ss de la loi sur les EPF (art. 17, al. 1^{bis} [mandat de droit public], 24, al. 4 [révocation], 24a [commissions], 24b [devoir de fidélité] et 24c [obligation de signaler les intérêts] du projet de loi sur les EPF), art. 6 ss de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé, art. 6 ss LIFM, art. 7 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 6 P-LASEI. La plupart des exemples n'ont pas encore été harmonisés avec la loi-type.

Art. 7 Conseil d'administration: tâches

Let. a: les établissements fournissant des prestations à caractère monopolistique font partie des entités de la Confédération qui sont gérées à l'aide d'objectifs stratégiques en vertu de l'[art. 8, al. 5, LOGA](#). Le conseil d'administration de l'établissement est responsable de la mise en œuvre, au sein de l'entreprise, des objectifs stratégiques

⁵⁸ Modification du 18 mars 2016 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, LPTh; [RS 812.21](#); voir [FF 2016 1781](#)). Le renvoi correspond déjà à la version approuvée par le Parlement. La loi révisée devrait entrer en vigueur vers la mi-2017.

fixés par le Conseil fédéral (art. 22 de la loi-type)⁵⁹. Le conseil d'administration doit définir au préalable les méthodes et les critères qu'il entend utiliser pour évaluer la mise en œuvre interne des objectifs stratégiques. Pour ce faire, il s'appuie sur des critères d'évaluation et des indicateurs préalablement fixés. Le Conseil fédéral dispose ainsi des informations requises pour examiner avec les mêmes critères la réalisation de ces objectifs (voir les art. 22 et 23 de la loi-type). Voir le «Modèle⁶⁰ pour établir les objectifs stratégiques des entités de la Confédération devenues autonomes, destiné aux fournisseurs de prestations de service ayant un caractère de monopole et recommandé aux établissements chargés de la surveillance de l'économie ou de la sécurité».

Let. b: en vertu de l'art. 5 de la loi-type, le conseil d'administration, la direction et l'organe de révision sont les organes de l'établissement. La distinction entre le conseil d'administration et la direction au niveau de la loi marque une différence par rapport à l'art. 716b CO, dont l'al. 3 précise que la gestion des sociétés anonymes est exercée conjointement par tous les membres du conseil d'administration lorsqu'elle n'a pas été déléguée⁶¹. Dans les établissements, en revanche, les niveaux stratégique (conseil d'administration) et opérationnel (direction) sont déjà séparés dans la loi (organisation dualiste). La direction de l'établissement dispose de compétences plus étendues qui sont clairement définies dans la loi d'organisation. Le conseil d'administration fixe dans le règlement d'organisation les conditions pour que la direction puisse exercer la compétence décisionnelle conférée à l'établissement (voir également l'art. 8, al. 2, let. b, de la loi-type). Par exemple, sous réserve de l'art. 8, al. 2, let. e, de la loi-type, le conseil d'administration peut également indiquer dans le règlement d'organisation comment est assurée la communication et par qui (représentation de l'établissement vis-à-vis de l'extérieur).

Concernant les tâches intransmissibles, le conseil d'administration peut également confier la préparation et l'exécution de ses décisions ainsi que la surveillance de certaines affaires à des comités ou à certains de ses membres (par analogie avec

⁵⁹ Cela vaut également pour les sociétés anonymes de droit privé ou relevant d'une loi spéciale dans lesquelles la Confédération détient une participation majoritaire, indépendamment de leur structure (maison-mère, holding ou groupe). Le conseil d'administration est donc responsable de la mise en œuvre et de la réalisation des objectifs stratégiques par les filiales. Il doit veiller à leur intégration au niveau personnel (représentants dans les conseils d'administration des filiales), juridique (statut, règlements d'organisation, conventions d'actionnaire, etc.) et contractuel (transfert contractuel – dans des contrats de direction ou de gestion d'entreprise, etc.). Le conseil d'administration doit garantir le pilotage et le contrôle (accès aux informations et système de sanctions).

⁶⁰ https://www.efv.admin.ch/efv/fr/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/grundlagen.html

⁶¹ L'art. 716b, al. 1, CO prévoit une forme moniste (à un niveau) pour les sociétés anonymes, mais autorise une forme dualiste (avec un partage des pouvoirs). En pratique, cette dernière se retrouve principalement dans les plus grandes sociétés anonymes: s'appuyant sur une autorisation formulée dans les statuts, les membres du conseil d'administration délèguent la gestion de l'entreprise à la direction dans le règlement d'organisation, dans le cadre des limites légales (tâches pouvant effectivement être transmises). En la matière, la délégation des principaux pouvoirs de décision à certains membres du conseil d'administration ou comités relève également de l'art. 716b, al. 1, CO.

l'art. 716a, al. 2, CO). La constitution de comités spécialisés est judicieuse car elle permet aux membres dotés d'une expérience et de connaissances étendues de traiter des affaires précises. Elle peut également contribuer à éviter les conflits d'intérêts et à maintenir l'équilibre des pouvoirs au sein du conseil d'administration. Celui-ci et ses comités peuvent faire appel à des tiers (spécialistes) à titre de conseil, qui seront contractuellement tenus de garder le secret. Dans tous les cas, le conseil d'administration doit veiller à ce que ses membres soient convenablement informés (par analogie avec l'art. 716a, al. 2, CO). Le transfert de tâches ne restreint aucunement la responsabilité. Le degré de diligence lors de l'examen des travaux préparatoires et de la surveillance de l'exécution des affaires est élevé. Si le pouvoir décisionnel inhérent à certaines tâches intransmissibles est délégué à des comités, le conseil d'administration demeure responsable des erreurs comme s'il les avait lui-même commises.

Let. b^{bis}: la nécessité d'une telle norme sera examinée au cas par cas; elle est davantage envisageable pour les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité que pour ceux qui fournissent des prestations à caractère monopolistique. Il s'agit de dispositions d'exécution que le conseil d'administration peut élaborer lui-même. Une délégation légale pour édicter des normes abstraites de portée générale ayant un effet externe n'est autorisée que dans des cas exceptionnels. Elle repose sur une compétence correspondante figurant dans la loi d'organisation ou dans celle régissant les tâches ou sur une sous-délégation par le Conseil fédéral (principe directeur n° 13). L'admissibilité et les conditions-cadres d'une sous-délégation doivent impérativement être respectées. Exemples: art. 36, al. 4, de la loi sur les EPF en relation avec l'ordonnance sur les biens immatériels et les participations dans le domaine des EPF⁶²; ordonnance du Conseil des EPF sur les écoles polytechniques fédérales de Zurich et de Lausanne⁶³.

Let. c: pour le bien de l'établissement (c'est-à-dire du conseil d'administration et de ses membres, de ses comités, de la direction et du reste du personnel), le conseil d'administration doit prendre toutes les mesures organisationnelles et réglementaires qui s'imposent afin d'éviter les conflits d'intérêts (par ex. dispositions dans le règlement d'organisation, définition de règles comportementales dans l'ordonnance sur le personnel, code de conduite, directives comportementales, etc.). Exemples concernant la direction et le reste du personnel: art. 15 ss OPers-METAS⁶⁴ (principes régissant le comportement des collaborateurs, activité accessoire, revenus provenant d'activités exécutées pour des tiers, acceptation de dons et d'autres avantages, invitations, obligation de garder le secret, opérations pour compte propre). L'ordonnance s'applique à tous les collaborateurs de METAS, y compris les membres de la direction. Pour concrétiser l'art. 34 de l'ordonnance sur le personnel

⁶² Ordonnance du 24 mars 2004 du Conseil des EPF sur les biens immatériels et les participations dans le domaine des EPF (OBIP-EPF; RS 414.172). Cette ordonnance est cependant soumise à l'approbation du Conseil fédéral (voir la décision d'approbation du 23 juin 2004).

⁶³ Ordonnance du 13 novembre 2003 du Conseil des EPF sur les écoles polytechniques fédérales de Zurich et de Lausanne (ordonnance sur l'EPFZ; RS 414.110.37)

⁶⁴ Ordonnance de METAS du 24 octobre 2012 relative à son personnel (RS 941.273)

de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (devoirs de diligence et de fidélité)⁶⁵, Swissmedic a édicté un code de conduite à l'intention de ses collaborateurs. L'art. 34a de cette ordonnance régit le départ des employés de Swissmedic pour une entreprise titulaire d'une autorisation d'exploitation en vertu de la loi sur les produits thérapeutiques.

Dans les domaines particulièrement sensibles sur le plan politique, une ordonnance peut réglementer la prévention des conflits d'intérêts pour les membres du conseil d'administration (par ex. art. 4 à 4b OIFSN)⁶⁶⁶⁷.

En réponse au postulat Recordon 12.3114 du 8 mars 2012 («Droit fédéral. Conflits d'intérêts et solutions»), le Conseil fédéral a conclu dans son rapport du 28 novembre 2014⁶⁸ au bon niveau du droit fédéral en vigueur dans le domaine de la prévention des conflits d'intérêts. Il a confirmé la politique mise en place dans les «rapports sur le gouvernement d'entreprise», qui consiste à accorder une attention particulière aux dispositions du droit d'organisation et du droit du personnel visant à empêcher les conflits d'intérêts. De même, il a préconisé de maintenir l'approche pragmatique selon laquelle les adaptations du droit en vigueur à la pratique en matière de gouvernement d'entreprise (principes directeurs notamment) ne sont pas examinées ou réalisées tout de suite, mais uniquement dans le cadre d'une révision totale des bases légales régissant l'organisation des entités concernées. De plus, le Conseil fédéral entend, sur la base de mandats ou de nouveaux actes législatifs, vérifier ponctuellement les réglementations existantes et proposer au besoin des adaptations au législateur. Le quatrième cycle d'évaluation lancé par le «Groupe d'États contre la Corruption» (GRECO) fournira l'occasion d'examiner en 2016 les réglementations suisses dans le domaine des conflits d'intérêts et de la prévention de la corruption. Si des enquêtes devaient révéler des lacunes juridiques ou des points faibles liés à des cas problématiques, le Conseil fédéral prendra les mesures nécessaires. L'information, la formation et la sensibilisation continues du personnel jouent un rôle tout aussi important que la promulgation de réglementations juridiques. Ces mesures renforcent le sens des responsabilités de tout un chacun et contribuent ainsi sensiblement à la culture souhaitée dans l'administration.

Dans le droit en vigueur de la société anonyme, la récusation porte uniquement sur les décisions du conseil d'administration concernant des mesures destinées à défendre les intérêts de la société. Une formulation plus ouverte a été retenue ici: il est judicieux que la récusation ne soit requise, selon les circonstances, que lors de la

⁶⁵ Ordonnance du 28 septembre 2001 sur le personnel de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (**RS 812.215.4**)

⁶⁶ Ordonnance du 12 novembre 2008 sur l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (OIFSN; **RS 732.21**)

⁶⁷ OECD Multilingual Summaries, Government at a Glance 2013 (panorama des administrations publiques 2013): la divulgation des relations patrimoniales et des intérêts privés des décideurs reste un instrument important dans la prévention des conflits d'intérêts. Dans presque tous les pays, les décideurs sont tenus de communiquer leurs valeurs patrimoniales et leurs sources de revenus. La publication des rapports de travail et des engagements précédents n'est donc nécessaire que dans quelques pays. Concernant les établissements de la Confédération, il faut prévoir des règles de conduite, notamment sur les activités accessoires, les fonctions publiques et la détention de valeurs mobilières.

⁶⁸ **FF 2015 1193**

prise de décision sur un point de l'ordre du jour, mais que la participation aux discussions puisse être souhaitée pour pouvoir par exemple bénéficier des connaissances des personnes concernées.

Le devoir d'information des membres du conseil d'administration et de la direction en cas de conflit d'intérêts concret fait impérativement partie intégrante de la réglementation dans ce domaine. Ainsi, les membres du conseil d'administration doivent informer sans délai et de manière complète le président de tout conflit d'intérêts. Si le président se trouve lui-même dans une situation de conflit d'intérêts, il doit en informer le vice-président. Le règlement d'organisation précise si l'information est transmise à l'ensemble du conseil d'administration dans tous les cas ou uniquement dans des cas précis. La personne qui y est désignée comme recevant l'information doit prendre les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de l'établissement (voir la réglementation proposée à l'[art. 717a AP-CO](#)⁶⁹).

S'appuyant sur l'[art. 6a, al. 3, LPers](#), le Conseil fédéral a réglementé à l'[art. 11 de l'ordonnance sur les salaires des cadres](#) les activités accessoires des cadres du plus haut niveau hiérarchique des entreprises et des établissements de la Confédération, y compris l'obligation de remettre les revenus en découlant. Tout cadre du plus haut niveau hiérarchique est tenu d'annoncer à l'instance supérieure qu'il a accepté d'exercer une activité accessoire rétribuée. Lorsque cette dernière risque de compromettre les prestations du cadre ou de conduire à des conflits d'intérêts, il faut examiner si le Conseil fédéral doit donner son accord. De plus, conformément à la décision du 19 décembre 2003 du Conseil fédéral, les membres des plus hauts organes dirigeants doivent faire part de manière exhaustive dans le rapport de gestion ou dans un même organe d'information de leur appartenance à des organes analogues dans d'autres entreprises ou d'autres établissements de droit public ou privé⁷⁰. Voir expressément l'[art. 6, al. 6](#), de la loi-type.

Let. d: le conseil d'administration est tenu d'édicter des directives sur les possibilités d'accepter des fonds de tiers et sur la gestion de ces fonds (voir les [art. 15 et 24](#) de la loi-type). Ces directives peuvent porter, par exemple, sur l'acquisition de fonds de tiers (par ex. dons, parrainages), les conditions préalables et les conditions-cadres des projets et postes financés grâce à des fonds de tiers, la planification financière, y compris des estimations des coûts subséquents, et, point important, les compétences (par ex. obligations d'annonce, acceptation de donations, conclusion de contrats). Les dispositions correspondantes engloberont non seulement l'établissement en tant qu'organisme à part entière, mais également ses sous-domaines et ses représentants. L'acceptation de fonds de tiers est admise dans la mesure où elle influe positivement sur l'exécution des tâches (par ex. promotion des compétences techniques, création de synergies). Il y a toutefois une limite à ne pas franchir, à savoir lorsque cette acceptation comporterait un risque de violation des prescriptions légales ou lorsque l'indépendance, la crédibilité, la réputation, la

⁶⁹ Avant-projet de [modification du code des obligations \(droit de la société anonyme\)](#) et [rapport explicatif](#) (projet du 28 novembre 2014 mis en consultation)

⁷⁰ Décision du 19 décembre 2003 du Conseil fédéral (à l'annexe 3 du rapport sur le salaire des cadres; transparence des affiliations; <http://www.epa.admin.ch>>Documentation>Faits et chiffres>Rapports, Rémunération, Rapport sur le salaire des cadres)

réalisation des objectifs ou l'exécution des tâches de l'établissement ou de personnes individuelles (par ex. en cas de conflits d'intérêts) pourraient être compromises (voir également l'art. 24, al. 1, let. b, de la loi-type)⁷¹. Exemple: art. 34c de la loi sur les EPF, selon lequel les EPF et les établissements de recherche disposent des fonds qui leur viennent de tiers pour autant que cela soit compatible avec leurs tâches. Le Conseil des EPF édicte des dispositions sur la gestion de ces fonds.

Let. e à g (personnel et caisse de pensions): avant l'adoption du rapport complémentaire sur le gouvernement d'entreprise par le Conseil fédéral, les entités de la Confédération devenues autonomes présentaient des solutions particulières extrêmement diverses en matière de droit du personnel, qui conduisaient à un fractionnement de la législation sur le personnel de la Confédération. Les principes directeurs supplémentaires clarifient la situation, car ils créent des critères permettant de déterminer quand la LPers s'applique et quand une solution basée sur le CO est possible. Le personnel des entités devenues autonomes qui fournissent de façon prépondérante des prestations sur le marché a un statut de droit privé. Le personnel des entités devenues autonomes qui assument des tâches de surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité ou qui fournissent des prestations à caractère monopolistique a un statut de droit public dans le cadre de la LPers (principe directeur n° 29 et art. 10 de la loi-type)⁷². À l'avenir, le statut du personnel et celui de la caisse de pensions relèveront du même domaine juridique (droit public ou droit privé). Le statut de la caisse de pensions des entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique dépend donc du droit public dans le cadre de la LPers (voir l'art. 11 de la loi-type).

Les dispositions d'exécution de la LPers qui sont spécifiques à l'entreprise (ordonnance sur le personnel) doivent être approuvées par le Conseil fédéral (principe directeur n° 30). Cela vaut également pour les contrats d'affiliation de ces entités à PUBLICA (principe directeur n° 36 et art. 32c, al. 3, 2^e phrase, LPers).

Le personnel et les bénéficiaires de rentes correspondants sont assurés auprès de PUBLICA dans une caisse de prévoyance propre, dans la Caisse de prévoyance (commune) de la Confédération ou dans une caisse de prévoyance commune constituée avec une ou plusieurs autres unités administratives décentralisées. Dans tous les cas, un établissement doté de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre⁷³ est considéré comme un employeur au sens du droit de la prévoyance (art. 32b, al. 2, LPers). Si l'établissement est affilié à la Caisse de prévoyance de la

⁷¹ Concernant le champ d'application de la LFC (qui n'englobe pas les établissements disposant de leur propre comptabilité), voir également l'art. 54 LFC ainsi que les art. 63 et 64 OFC (fonds de tiers et cofinancements; libéralités).

⁷² Cette classification souhaitée par le Conseil fédéral sera mise en œuvre de manière pragmatique dans les entités existantes. Le statut du personnel et sa modification éventuelle ne seront examinés que dans le cadre d'une révision totale des bases légales portant sur l'organisation.

⁷³ Voir Institut suisse de droit comparé (ISDC), projet mis en consultation de révision totale de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé (LISDC): l'ISDC conserve certes le statut d'établissement, mais il n'a toujours pas de comptabilité propre. Il ne sera donc pas considéré comme un employeur au sens de la LPers (art. 32d, al. 2, LPers a contrario).

Confédération, le conseil d'administration le représente en tant que partie au contrat (art. 32d, al. 2, 2^e phrase, LPers).

Conformément à l'art. 32e, al. 3, LPers, le Conseil fédéral règle dans une ordonnance le mode de nomination des organes paritaires des caisses de prévoyance. Il peut déléguer cette compétence aux employeurs ne faisant pas partie de la Caisse de prévoyance de la Confédération. Concernant les écoles polytechniques fédérales (EPF), PUBLICA et le Musée national suisse (MNS), le Conseil fédéral avait chargé dans l'ordonnance-cadre LPers⁷⁴ l'organe de direction suprême de ces entités de définir la compétence, la composition et la procédure d'élection de l'organe paritaire de leur caisse de prévoyance (art. 2, 2a et 2b de l'ordonnance-cadre LPers). Dans d'autres cas, l'ordonnance sur le personnel comprend une réglementation mandatant l'établissement (par ex. art. 10a de l'ordonnance sur le statut du personnel de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle [OPer-IPi]). Depuis l'adoption de l'art. 32e, al. 3, LPers la compétence de réglementation a toujours été déléguée. L'art. 7, let. g, de la loi-type transmet désormais dans la loi d'organisation la responsabilité de la réglementation au conseil d'administration de l'établissement. La promulgation de cette réglementation n'est pas nécessaire en cas d'affiliation à une caisse de prévoyance existante, car celle-ci dispose déjà d'un organe paritaire, dont la composition doit cependant représenter équitablement le personnel des différents employeurs (art. 51, al. 2, let. b, et al. 3, LPP⁷⁵).

Le conseil d'administration conclut le contrat d'affiliation à PUBLICA sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral. Cette exigence ne s'applique pas en cas d'affiliation à la Caisse de prévoyance de la Confédération, car une telle affiliation n'est possible qu'avec l'aval du Conseil fédéral.

Les commentaires figurant dans le message devraient préciser que l'organe paritaire doit approuver le contrat d'affiliation (voir l'art. 32c, al. 3, LPers et l'art. 9, al. 2, LPUBLICA⁷⁶). Est réservé un éventuel ordre de regroupement du Conseil fédéral qui relèverait d'une loi spéciale dérogeant à l'art. 11, al. 2, LPP (modification prévue de l'art. 32d LPers⁷⁷).

Concernant les conditions d'engagement et l'approbation de l'ordonnance sur le personnel par le Conseil fédéral, il est renvoyé au commentaire de l'art. 10 de la loi-type. Pour ce qui est de la réglementation de la prévoyance professionnelle ainsi que de l'approbation du contrat d'affiliation (art. 32c, al. 3, 2^e phrase, LPers) et de toutes ses modifications ayant des répercussions financières (art. 32c, al. 4, LPers), par le Conseil fédéral, voir également le commentaire de l'art. 11 de la loi-type.

Let. e (émoluments): les dispositions sur les émoluments (voir l'art. 13 de la loi-type) sont soumises à l'approbation du Conseil fédéral. Lors de la fixation des

⁷⁴ Ordonnance-cadre du 20 décembre 2000 relative à la loi sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.11)

⁷⁵ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40)

⁷⁶ Loi fédérale du 20 décembre 2006 régissant la Caisse fédérale de pensions (LPUBLICA; RS 172.222.1)

⁷⁷ FF 2016 271 (message) et FF 2016 313 323 s. (projet de loi)

émoluments, un excédent de recettes peut être prévu s'il sert à constituer d'éventuelles réserves (voir l'art. 7, let. 1, et l'art. 18 de la loi-type). En plus des émoluments, des prescriptions sur les indemnités (voir l'art. 14 de la loi-type) sont à prévoir.

Let. h et i: d'après le principe directeur n° 4, la nomination et la révocation de la direction des entités fournissant des prestations à caractère monopolistique nécessiteraient l'approbation du Conseil fédéral. Cette dernière ne serait en revanche pas requise pour les entités accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. Les lois d'organisation les plus récentes appliquent cependant dans les deux cas la solution suivante, qui diverge de ce principe directeur: la conclusion et la résiliation des rapports de travail du directeur sont soumises à l'approbation du Conseil fédéral⁷⁸. Le rôle central et la responsabilité de cette fonction (en particulier, prise de décision et représentation de l'établissement vis-à-vis de l'extérieur, voir l'art. 8, al. 2, let. b et e) justifie que le Conseil fédéral dispose également d'un instrument de surveillance pour les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité. La révocation d'un directeur qui ne convient pas au conseil d'administration et la nomination d'un nouveau directeur par le seul conseil d'administration n'est dès lors pas possible. En revanche, les modifications contractuelles relèvent de la compétence exclusive du conseil d'administration. On peut renoncer en l'espèce à la réserve d'approbation du Conseil fédéral, car l'ordonnance sur le personnel, qui est approuvée par le Conseil fédéral (art. 7, let. e, et art. 10 de la loi-type), et l'ordonnance sur les salaires des cadres, qui est édictée par le Conseil fédéral, fixent un cadre suffisant pour les modifications contractuelles, notamment en définissant le salaire maximum du directeur dans l'ordonnance sur le personnel.

Let. j: la surveillance de la direction comprend également un droit d'instruction et d'évocation, qui porte aussi sur la promulgation des décisions: dans le règlement d'organisation, le conseil d'administration définit les compétences qu'il entend assumer lui-même en matière de décisions et les cas ou compétences qu'il délègue à la direction (art. 8, al. 2, let. b, de la loi-type).

Let. k: le Conseil fédéral a fixé les bases de la politique de gestion des risques de la Confédération dans son arrêté du 19 janvier 2005. Depuis, toutes les entreprises de la Confédération sont tenues de veiller à une gestion adéquate des risques. Cela implique non seulement d'évaluer ces derniers, mais également d'en définir la gestion. Les autres directives à ce sujet doivent figurer dans les objectifs stratégiques. Concernant le système de contrôle interne (SCI), voir l'art. 728a, al. 1, ch. 3, CO (toutefois, uniquement pour la réglementation de l'examen du SCI par l'organe de révision). L'objet du SCI est précisé dans le Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise 2016 (ch. 20). Vis-à-vis des entités devenues autonomes, la Confédération ne doit assumer des responsabilités et accorder des garanties, cautionnements et engagements conditionnels spécifiques

⁷⁸ L'art. 9 LIFM (RS 941.27) comprend une réglementation divergente, puisque le Conseil fédéral décide à la place du conseil de l'institut de la conclusion, de la modification et de la résiliation des rapports de travail du directeur. Cette différence tient principalement au fait que l'Institut assume des fonctions de surveillance vis-à-vis des cantons.

aux entreprises que dans des cas exceptionnels. Elle définira alors des exigences strictes quant à la gestion des risques et recensera, évaluera et signalera systématiquement les risques en matière de responsabilité (principe directeur n° 12).

Les indications du rapport sur la gestion des risques sont contrôlées par l'organe de révision (voir le commentaire de l'art. 9, al. 3, de la loi-type).

Pour autant que les objectifs stratégiques ne comprennent aucune directive particulière en la matière, l'examen de la gestion des risques se borne à vérifier que cette dernière a été mise en place et qu'elle est adéquate. On contrôle si le conseil d'administration a étudié les risques sur le fond et procédé à leur évaluation. Le contenu n'est en principe pas vérifié. L'adéquation doit donc être précisée dans les objectifs stratégiques. Par exemple, les exigences minimales peuvent prévoir que le système de gestion des risques de l'entreprise s'appuie sur la norme ISO 31000, que l'établissement dispose d'un système de gestion destiné à assurer la continuité de l'exploitation qui décrive ses principaux risques (par ex. les cinq risques les plus importants), et qu'il informe le propriétaire de ces (cinq) risques les plus importants. L'établissement doit identifier ses risques entrepreneuriaux et en tirer les conséquences qui s'imposent. Il doit également fournir les informations requises au propriétaire afin que celui-ci puisse adapter si nécessaire ses directives vis-à-vis de l'établissement et modifier en conséquence sa propre gestion des risques. Il convient de s'assurer que les risques pouvant se répercuter sur la Confédération, notamment, sont identifiés à temps, recensés et déclarés au propriétaire. Les mesures requises pour prévenir ou atténuer les risques doivent être prises au niveau tant de l'entreprise que de la Confédération ou du propriétaire.

Let. l: les directives que le conseil d'administration doit respecter pour constituer et utiliser les réserves découlent des normes comptables reconnues et applicables, des dispositions de la loi d'organisation concernant la constitution de réserves (voir l'art. 18 de la loi-type) et des décisions du Conseil fédéral. L'établissement des comptes n'étant pas assujéti aux règles du CO, la constitution de réserves latentes n'est pas admise. Les réserves (apparentes) ne peuvent être constituées que dans la mesure où la norme comptable reconnue le prévoit. Sinon, la possibilité d'en constituer requiert une base légale (art. 18 de la loi-type). La décision du conseil d'administration de constituer et d'utiliser des réserves nécessite l'autorisation du Conseil fédéral. Celui-ci prend sa décision dans le cadre de l'approbation des comptes et de l'affectation du bénéfice ou de l'approbation du rapport de gestion de l'établissement et de l'éventuelle décharge au conseil d'administration (voir la let. n).

Let. m: les indemnités éventuelles sont réglementées à l'art. 14 de la loi-type.

Let. n: l'approbation du rapport de gestion et la décharge au conseil d'administration incombent au Conseil fédéral, sur la base des compétences accordées à l'assemblée générale des sociétés anonymes (voir à ce sujet [l'art. 698, al. 2, ch. 3 à 5, CO](#)).

Concernant le rapport de gestion, voir l'art. 16 de la loi-type.

Dès que le rapport de gestion a été approuvé par le Conseil fédéral (let. n), le conseil d'administration doit le publier de manière à ce qu'il soit accessible à tous. Le site Internet de l'établissement convient parfaitement à une telle publication.

Exemples:

Art. 11 LMC, art. 26 P-LPrév, art. 24 LASRE, art. 11 et 32 (bénéfice et réserves) de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 4 LIPI, art. 24 ss et 27 ss de la loi sur les EPF (art. 25, al. 1, let. a, et 33a [mise en œuvre], 34 [rapport], 35, al. 3 et 4 [décharge, excédent de recettes, rapport de gestion], 35a^{bis} [système interne de contrôle et gestion des risques], 35a^{ter}, al. 1 [audit interne] du projet de loi sur les EPF), art. 6 ss de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé, art. 6 ss LIFM, art. 7 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 6 P-LASEI. La plupart des exemples n'ont pas encore été harmonisés avec la loi-type.

Art. 8 Direction

Al. 1: la direction est un organe formel qui dispose des fonctions correspondantes (pas uniquement le directeur). Les organes des entités devenues autonomes doivent être indépendants les uns des autres en matière de personnel. Par conséquent, un membre du conseil d'administration ne peut pas faire partie de la direction. Sont réservés les cas particuliers dans lesquels une dérogation semble temporairement impérative sur le plan matériel (fondation, assainissement, transformation, etc.).

Le conseil d'administration est chargé de la mise en œuvre interne des objectifs stratégiques (art. 7, let. a, de la loi-type). La direction doit axer la gestion sur ces objectifs.

Le devoir de loyauté des membres de la direction, leur obligation de défendre les intérêts de l'établissement ainsi que les droits et obligations de dénoncer (*whistleblowing*) sont régis par la LPers, l'ordonnance sur le personnel, les règles internes à l'entreprise (par ex. règlement du personnel ou règlement d'organisation) et le contrat de travail. De plus, l'art. 11 de l'ordonnance sur les salaires des cadres comprend une réglementation concernant les activités accessoires des membres de la direction. Par ailleurs, l'art. 23 LPers prévoit également pour le reste du personnel que les dispositions d'exécution relatives aux activités accessoires peuvent subordonner à une autorisation l'exercice d'activités et de charges publiques déterminées dans la mesure où elles risquent de compromettre l'exécution des tâches publiques.

Al. 2, let. b: dans la mesure où la direction a des compétences décisionnelles. Sont réservés le cas échéant les droits de décision et de participation du conseil d'administration. Les dispositions correspondantes doivent faire partie du règlement d'organisation (voir le commentaire de l'art. 7, let. b, de la loi-type). Le conseil d'administration peut ainsi prévoir que la direction lui soumette certaines décisions pour approbation finale (notamment celles qui ont une portée particulière).

Al. 2, let. g: contrairement à ce que prévoit le droit de la société anonyme (voir l'art. 716, al. 1, CO), la compétence générale subsidiaire est accordée à la direction. Cette réglementation vise à éviter tout conflit de compétences entre le conseil d'administration et la direction. Elle reflète également la forte position de la direction par rapport au conseil d'administration (qui est parfois un «conseil de

milice»), la direction étant une représentation permanente directement responsable de l'exécution des tâches.

Les réglementations organisationnelles internes, comme la participation des membres de la direction aux séances du conseil d'administration, ne relèvent pas de la loi d'organisation, mais du règlement d'organisation dudit conseil.

Exemples:

Art. 28 P-LPrév, art. 9 et 10 LIFM, art. 12 LMC, art. 25 LASRE, art. 8 de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé, art. 5 et 7 LIPI, art. 12 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 8 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 8 P-LASEI.

Art. 9 Organe de révision

Al. 1: par analogie avec l'assemblée générale des sociétés anonymes, le Conseil fédéral est compétent pour nommer et révoquer l'organe de révision externe des établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique. Une révocation avec effet immédiat est possible à tout moment sans que de justes motifs ne doivent être invoqués, car on part du principe qu'il existe un mandat de droit privé (voir le principe directeur n° 7 et l'[art. 730a](#), al. 4, CO).

En général, la nomination s'appuie sur une proposition du conseil d'administration de l'établissement, qui doit tenir compte, dès la procédure d'appel d'offres, des exigences légales (al. 2 et 3) et des directives éventuelles fixées par le Conseil fédéral dans l'ordonnance ou au cas par cas (al. 5). En revanche, le Contrôle fédéral des finances (CDF) est parfois impérativement l'organe de révision (externe) compétent des entités exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité. Cette réglementation s'applique, par exemple, à la FINMA et à l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR), car ces établissements surveillent notamment des sociétés de révision privées.

Il ne faut pas confondre la fonction et les tâches de l'organe de révision externe avec les compétences du CDF en qualité d'organe suprême de surveillance financière de la Confédération. Il s'agit, dans le premier cas, de la révision des comptes annuels selon les principes du droit de la société anonyme et, dans le second cas, de la surveillance financière (incluant le contrôle de rentabilité) selon la [loi sur le Contrôle des finances](#) (art. 5 et 6 LCF).

Al. 2: le renvoi explicite aux dispositions du droit de la société anonyme permet de tenir compte automatiquement de l'évolution du droit privé.

Concernant la révision, les dispositions sur la révision ordinaire ([art. 728b ss CO](#)) sont applicables par analogie. La relation juridique entre l'organe de révision et l'établissement relève du droit privé. Les prescriptions du droit de la société anonyme valent «par analogie», car l'établissement n'est pas une société anonyme de droit privé. L'organe de révision est tenu de garder le secret (voir l'[art. 730b](#), al. 2, CO).

Étant donné les relations parfois complexes des établissements, notamment vis-à-vis de la Confédération en tant que propriétaire (comptes consolidés, alignement des bases comptables sur celles de la Confédération, flux de trésorerie complexes), et la responsabilité politique globale du Conseil fédéral, les exigences relatives au choix de l'organe de révision et à l'exécution de la révision doivent être aussi élevées que dans le droit privé (agrément de l'expert-réviseur par l'ASR; voir l'[art. 727b, al. 2, CO](#)). Cela garantit également le respect des normes professionnelles correspondantes lorsque celles-ci s'appliquent.

Le Conseil fédéral peut exercer au mieux son obligation de surveillance lorsqu'une révision ordinaire, et non une révision restreinte, est effectuée. Dans le cadre d'une révision ordinaire selon le CO, l'organe de révision vérifie le SCI, émet une recommandation sur l'approbation ou le refus des comptes annuels et établit un rapport détaillé pour le conseil d'administration.

Al. 3: le conseil d'administration est chargé de confirmer le mandat d'audit (selon les dispositions légales et, le cas échéant, les directives du Conseil fédéral) à l'organe de révision choisi par le Conseil fédéral.

En dérogation au droit de la société anonyme, non seulement les comptes annuels des établissements sont révisés, mais également une partie du rapport annuel (concernant ce dernier, voir l'[art. 961c CO](#)). L'organe de révision contrôle les trois points suivants dans le rapport annuel, à savoir les contradictions éventuelles avec les comptes annuels, l'exécution d'une gestion des risques appropriée et les contradictions éventuelles concernant le reporting sur le personnel, et rédige un compte rendu. La loi confère donc une tâche supplémentaire à cet organe (voir la possibilité analogue énoncée à l'[art. 627, ch. 13, CO](#) dans le cas des sociétés anonymes).

L'organe de révision doit informer le conseil d'administration et le Conseil fédéral des éventuelles contradictions entre les comptes annuels et le rapport annuel (voir le message concernant la révision du code des obligations, dans: [FF 2008 1407, p. 1537](#), avec un renvoi vers l'[art. 728b, al. 1, CO](#)). Lorsqu'il effectue une révision ordinaire, il est déjà tenu, selon les dispositions correspondantes du CO, de vérifier si le rapport annuel de l'établissement et la situation économique présentée dans ses comptes annuels coïncident ([art. 961c, al. 3, CO](#)).

D'après le nouveau droit comptable, le reporting sur la réalisation d'une évaluation des risques ne figure plus systématiquement dans l'annexe révisée des comptes annuels comme dans l'ancien droit ([art. 663b, ch. 12, ancien CO⁷⁹](#)), mais dans le rapport annuel qui n'est plus révisé ([art. 961c, al. 2, ch. 2, CO](#)). Les services propriétaires de la Confédération ne sont pas en mesure de procéder aux vérifications correspondantes. En dérogation aux dispositions du code des obligations, il faut donc indiquer explicitement que l'organe de révision doit contrôler l'exécution d'une gestion des risques appropriée à l'établissement (voir l'[art. 7, let. k, de la loi-type](#)) et en rendre compte. La vérification par l'organe de révision des déclarations figurant dans le rapport annuel permet de s'assurer que l'établissement a respecté les prescriptions légales à ce sujet, les normes comptables

reconnues et les objectifs stratégiques. Conformément à l'ancienne pratique d'audit concernant l'évaluation des risques, l'organe de révision vérifie également si le conseil d'administration a étudié les risques sur le fond et les a appréciés. Il ne contrôle pas lui-même le contenu des risques.

Des dispositions analogues s'appliquent au nombre d'emplois à plein temps figurant dans le rapport annuel (art. 961c, al. 2, ch. 1, CO); là non plus, le contenu n'est pas vérifié. La révision de cette partie du rapport annuel vise simplement à identifier et à éviter d'éventuelles divergences entre ces indications du rapport annuel et le reporting du Conseil fédéral sur le personnel (DFP / OFPER), d'une part, ainsi que le rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques en matière de personnel, d'autre part.

Al. 4: l'établissement n'ayant pas d'assemblée générale, les violations (des prescriptions du droit de la société anonyme, de la loi d'organisation, du règlement d'organisation, etc.) sont signalées au Conseil fédéral (voir à ce sujet l'obligation de dénoncer à l'art. 728c CO). Le rapport au Conseil fédéral et au conseil d'administration doit être exhaustif (notamment rapport détaillé – art. 728b, al. 1, CO; voir également le principe directeur n° 18). En l'espèce, l'al. 4 diffère du CO, car l'art. 728b, al. 2, CO ne prescrit qu'un rapport écrit résumant le résultat de la révision à l'intention de l'assemblée générale.

Al. 5: par analogie avec l'art. 697a, al. 1, CO, le Conseil fédéral a, comme les actionnaires d'une société anonyme, le droit d'instituer un contrôle spécial, sans toutefois devoir respecter les conditions du droit de la société anonyme ou les dispositions de procédure connexes. Le Conseil fédéral détermine le contenu et l'étendue du contrôle. L'établissement doit coopérer pleinement en la matière. Il supporte les frais de cette mesure prudentielle (analogie avec l'art. 697g, al. 2, CO, selon lequel la société supporte les frais du contrôle spécial si l'assemblée générale a consenti à ce dernier). Il faut le préciser dans le message.

Exemples (la plupart des exemples sont incomplets sur le fond ou ne correspondent pas au droit modifié de la révision):

Art. 13 LMC, art. 31 P-LPrév, art. 11 LIFM, art. 26 LASRE, art. 13 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 35a de la loi sur les EPF, art. 6 LIPI, art. 9 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 11 P-LASEI.

Section 4 Personnel

Art. 10 Conditions d'engagement

Al. 1: les entités devenues autonomes qui fournissent des prestations à caractère monopolistique doivent prévoir dans la loi d'organisation un statut du personnel de droit public dans le cadre de la LPers (rapport complémentaire: FF 2009 2331; principe directeur n° 29). Compte tenu de l'assujettissement des membres de la direction et du reste du personnel à la LPers, ses prescriptions concernant notamment l'obligation de garder le secret (art. 22 LPers) et de dénoncer (art. 22a LPers) sont valables. Dans la mesure où le CO s'applique par analogie en

vertu de l'art. 6, al. 2, LPers, les employeurs peuvent déroger aux dispositions non impératives et impératives du CO, mais dans ce dernier cas uniquement en faveur du personnel (art. 361 et 362 CO; art. 37, al. 4, LPers).

Al. 2 et 3: l'établissement a le même statut que tout employeur auquel le Conseil fédéral a délégué les compétences d'employeur visées à l'art. 3, al. 2, LPers et qui, en vertu de l'art. 37, al. 3^{bis}, LPers, peut édicter des dispositions d'exécution sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral (voir l'art. 7, let. e, de la loi-type). Cet élément doit être indiqué dans le message.

Si le législateur (art. 3 al. 2, art. 37, al. 3 et 3^{bis}, LPers) ou le Conseil fédéral en sa qualité d'employeur (art. 3, al. 1, let. a, LPers) ont délégué des compétences de réglementation (art. 2, al. 4 et 5, OPers), les départements, les offices ou les entités décentralisées peuvent édicter des dispositions d'exécution de la LPers. Les employeurs élaborent ces dernières dans la mesure où la LPers n'accorde pas cette compétence exclusivement au Conseil fédéral (art. 37, al. 3, LPers). Sinon, celui-ci doit l'exercer lui-même: cela concerne, par exemple, l'art. 6, al. 5, LPers (application possible du CO à certaines catégories de personnel). Toutefois, lorsque la LPers renvoie aux dispositions d'exécution, celles-ci sont édictées par les employeurs (voir également le commentaire de l'art. 37 LPers dans: FF 2011 6171 6193). En plus de la rémunération et des prestations accessoires, les règles de comportement (par ex. devoir de loyauté, activité accessoire, charges publiques, interdiction d'accepter des avantages, opérations pour compte propre) constituent désormais une thématique importante dans l'ordonnance sur le personnel.

Le Conseil fédéral a exercé les compétences de réglementation que lui a conférées la LPers en dehors de sa qualité d'employeur en édictant l'ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération (ordonnance-cadre LPers). La LPers et l'ordonnance-cadre LPers sont contraignantes pour les établissements. Dans le cadre fixé par ces deux actes législatifs, le conseil d'administration a le droit d'édicter ses propres dispositions d'exécution pour son personnel (art. 37, al. 3^{bis}, LPers). Dans l'ordonnance sur le personnel, il peut également se contenter de définir la réglementation minimale requise et, au demeurant, de déclarer que les dispositions d'exécution du droit sur le personnel de la Confédération (par ex. dispositions de l'OPers, de l'O-OPers⁸⁰ et de l'OPDC⁸¹) sont applicables par analogie. Fait partie de la réglementation minimale une prescription concernant les cas dans lesquels les dispositions d'exécution du droit sur le personnel de la Confédération justifient les compétences du DFF ou du département.

Le conseil d'administration doit soumettre à l'approbation du Conseil fédéral l'ordonnance sur le personnel qu'il a édictée (art. 7, let. e, de la loi-type; art. 37, al. 3^{bis}, LPers). Le Conseil fédéral ne peut pas la modifier pendant la procédure d'approbation, mais uniquement la refuser en bloc et la renvoyer au conseil

⁸⁰ Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers; RS 172.220.111.31)

⁸¹ Ordonnance du 26 octobre 2011 concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération (OPDC; RS 172.220.111.4)

d'administration pour modification. L'approbation a donc un caractère constitutif. Grâce à cette compétence, le Conseil fédéral peut influencer sur la politique de l'établissement en matière de personnel et de finances. Les charges de personnel de l'établissement constituent l'un de ses principaux postes de dépenses (voir également le rapport complémentaire: [FF 2009 2334](#) s.; principe directeur n° 30). Exemple: [ordonnance de METAS relative à son personnel \(OPers-METAS⁸²\)](#). Voir au demeurant le commentaire de l'art. 7, let. e, et de l'art. 26 de la loi-type concernant le droit transitoire.

Les objectifs stratégiques englobent également des directives en matière de politique du personnel (principe directeur n° 32).

Responsabilité: la responsabilité de l'établissement, de ses organes et de son personnel est régie par la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité⁸³. L'annexe 1 comprend des exemples de réglementations spéciales qui excluent l'application de cette loi.

En vertu de l'[art. 1, al. 1, let. f, LRCF](#), cette loi s'applique à toutes les personnes auxquelles la Confédération confie directement des tâches de droit public. La LRCF est donc également applicable si un organe ou un employé d'un établissement chargé d'exécuter des tâches de droit public par la Confédération cause sans droit, dans l'exercice de cette activité, un dommage à un tiers ou à la Confédération ([art. 19 LRCF](#) en relation avec l'[art. 3 LRCF](#)). Si des tâches de droit public de l'établissement peuvent également être transférées à des tiers en vertu de la loi d'organisation, la responsabilité de ces derniers est régie elle aussi par la LRCF.

L'établissement est responsable en cas de dommage causé à un tiers. En clair, le tiers lésé ne saurait émettre des prétentions envers les organes ou les employés fautifs. Il s'agit d'une responsabilité causale de l'établissement sans limite de montant. Lorsque l'établissement agit comme sujet du droit privé, sa responsabilité est régie par les dispositions de ce droit ([art. 11 LRCF](#)). S'il ne peut pas financer lui-même l'indemnité due, la Confédération prend en charge à titre subsidiaire le montant non couvert (responsabilité subsidiaire). La LRCF régit également le recours de l'établissement et de la Confédération contre les organes ou les employés fautifs. Ceux-ci sont directement responsables lorsqu'ils ont causé un dommage direct à l'établissement ou à la Confédération. Dans ce cas, l'établissement répond envers la Confédération du montant qui ne serait pas couvert ([art. 19, al. 1, let. b, LRCF](#)).

Exemples:

Art. 29 P-LPrév, art. 12 LIFM, art. 14, al. 1, LMC, art. 17 ss de la loi sur les EPF, art. 16 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 10 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 12 P-LASEI.

⁸² Ordonnance de METAS du 24 octobre 2012 relative à son personnel (OPers-METAS; [RS 941.273](#))

⁸³ Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité; LRCF; [RS 170.23](#))

Art. 11 Caisse de pensions

Les membres de la direction et le reste du personnel sont assurés auprès de PUBLICA selon les dispositions de la LPers sur la prévoyance professionnelle (art. 32a à 32m). L'établissement est réputé employeur au sens de l'art. 32b, al. 2, LPers. Le conseil d'administration conclut le contrat d'affiliation sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral (art. 32c, al. 3, LPers). Voir également à ce sujet le commentaire de l'art. 6, let. f et g, de la loi-type.

Le statut du personnel et celui de la caisse de pensions relèvent du même domaine juridique, à savoir le droit public pour les entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique. Ces deux statuts doivent donc être liés pour ce motif et en raison des interconnexions existantes entre le droit du personnel et celui de la prévoyance. Cela garantit également de manière indirecte l'application de la typologie des tâches exposée dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise (ch. 3 du rapport) et la prise en considération des directives pertinentes du droit de la prévoyance sur le statut du personnel ainsi que des réglementations relatives au contrat de travail (structure et composantes du salaire, réglementation des congés, occupation à temps partiel, rachat, compensation du renchérissement, prestations en cas de licenciement sans faute, rente transitoire, invalidité professionnelle, etc.).

La prévoyance professionnelle est organisée conformément aux dispositions correspondantes de la LPers (art. 32a ss LPers). En tant qu'unité administrative décentralisée de la Confédération dotée de sa propre personnalité juridique et de sa propre comptabilité au sens de l'art. 32b, al. 2, LPers, l'établissement est réputé être son propre employeur au regard du droit de la prévoyance. Il bénéficie dès lors en vertu de l'art. 32d LPers de sa propre caisse de prévoyance et de son propre contrat d'affiliation à PUBLICA, qui est soumis à approbation. Il est également envisageable que l'établissement se regroupe avec une autre unité de l'administration décentralisée ou, nouvelle option prévue, avec la Caisse de prévoyance de la Confédération au sein d'une caisse de prévoyance commune. Ces regroupements volontaires seraient souvent très judicieux (voir les commentaires ci-après).

En vertu du droit en vigueur, PUBLICA peut également, avec l'assentiment du Conseil fédéral, ordonner le regroupement d'unités administratives décentralisées au sein d'une caisse de prévoyance commune (art. 7 et 11, al. 2, let. g, LPUBLICA; art. 32d, al. 1, LPers). Adopté par le Conseil fédéral le 18 décembre 2015, le message relatif à la loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (loi sur les fonds de compensation) propose une modification de la LPers (FF 2016 271 [message] et FF 2016 313 323 s. [projet de loi]). Désormais, le Conseil fédéral doit pouvoir lui aussi prescrire le regroupement de plusieurs employeurs dans une caisse de prévoyance commune ou approuver une demande d'affiliation à la Caisse de prévoyance de la Confédération, notamment si la taille, la structure ou les tâches d'un employeur l'exigent en vertu de considérations actuarielles ou dans l'optique de la prévoyance (art. 32d, al. 1, 3^e phrase, al. 2, 2^e et 3^e phrases, et al. 2^{bis}, de la modification proposée de la LPers). Par exemple, les petites caisses de prévoyance ont une capacité de risque moindre, des frais administratifs peu avantageux et

davantage de difficultés à respecter la fourchette des cotisations patronales au sens de l'art. 32g LPers. En plus de la taille, il faut prendre en considération dans les critères la proximité de l'unité administrative décentralisée avec l'exercice de fonctions ministérielles et l'intensité de ces dernières.

Selon le droit en vigueur, un employeur peut donc se regrouper volontairement avec une autre unité administrative décentralisée au sein d'une caisse de prévoyance commune avec l'accord du Conseil fédéral. Ce regroupement pourrait être imposé par la commission de la caisse (uniquement). *Aujourd'hui*, l'affiliation à la Caisse de prévoyance de la Confédération n'est possible que si le droit du personnel est identique à celui de la Confédération; sinon, elle contrevient à la LPers. *Jusqu'à l'entrée en vigueur de la modification prévue de la LPers* (probablement début 2018), une affiliation ordonnée par le Conseil fédéral à la caisse de prévoyance d'une autre unité administrative décentralisée ou, si le droit du personnel diverge de celui de la Confédération, une affiliation volontaire ou imposée à la Caisse de prévoyance de la Confédération doivent être prescrites dans la loi d'organisation (en tant qu'art. 10, al. 2: «L'établissement est affilié à la caisse de prévoyance ... [*nom de la caisse de prévoyance*].»). *Après cette modification*, la compétence relative à une telle décision incombera au Conseil fédéral en vertu de la LPers, de sorte que l'art. 10, al. 2, de la loi-type sera supprimé. Le Conseil fédéral peut annoncer dans le message qu'il ordonnera une telle affiliation, si cela est déjà prévisible. Ainsi, les employeurs ayant un statut du personnel différent de celui de la Confédération pourront eux aussi être affiliés à la Caisse de prévoyance de la Confédération.

L'employeur doit transférer ses bénéficiaires de rentes dans la nouvelle caisse de prévoyance. Même s'ils restent dans la Caisse de prévoyance de la Confédération, ses bénéficiaires de rentes existants sont pris en compte. PUBLICA envoie une facture distincte aux employeurs affiliés à la caisse de prévoyance commune. On évite ainsi que le nouvel établissement ne fasse peser sur la Confédération et les autres assurés maintenus dans la Caisse de prévoyance de la Confédération ses engagements de prévoyance professionnelle envers les bénéficiaires de rentes imputables à son organisation précédente. Ce principe déjà défini dans la LPers (voir l'art. 32f LPers) doit être concrétisé dans les dispositions transitoires de la loi d'organisation concernant l'entité (voir l'art. 27 de la loi-type).

En qualité d'unités administratives décentralisées, les établissements sont impérativement affiliés à PUBLICA (voir les art. 32a et 32b LPers, art. 4, al. 1, LPUBLICA). Contrairement à ce que prévoient les réglementations précédentes, ils ne peuvent pas quitter PUBLICA. La possibilité pour un établissement de s'affilier à une autre institution de prévoyance avec l'accord du Conseil fédéral a été supprimée dans le cadre de la révision de la LPers du 14 décembre 2012⁸⁴ (voir l'art. 32a, al. 2, LPers).

En raison de leurs tâches, les établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique relèvent d'une institution de prévoyance propre à la Confédération. Ces employeurs sont pilotés par le Conseil fédéral non seulement en matière de politique du personnel, mais également en ce qui concerne leurs

⁸⁴ RO 2011 1493; FF 2013 6171

engagements de prévoyance (art. 7, let. f, de la loi-type). En approuvant le contrat d'affiliation (art. 32e, al. 3, LPers, principe directeur n° 36), le Conseil fédéral peut piloter directement l'entité en tant qu'employeur⁸⁵ dans le domaine de la prévoyance professionnelle. On garantit ainsi, notamment, que les engagements financiers inhérents à un changement ne sont pas supportés directement ou indirectement par la Confédération. De plus, il convient d'éviter que les personnes tenues de verser des émoluments ne doivent cofinancer des solutions de prévoyance inappropriées de l'établissement.

L'employeur ne jouit pas d'une marge de manœuvre illimitée dans l'élaboration des contrats d'affiliation. Leurs modifications requièrent l'approbation du Conseil fédéral si elles ont des répercussions financières pour l'employeur, pour les employés, pour les bénéficiaires de rentes ou pour la caisse de prévoyance (art. 32c, al. 4, LPers). Dans son message, le Conseil fédéral écrit à ce sujet: «Malgré l'assouplissement proposé, le Conseil fédéral continuera donc de veiller, avant de donner son approbation, à ce que les dérogations au principe de la parité ne conduisent pas à une augmentation considérable des coûts et s'assurera que les unités administratives décentralisées suivent une ligne semblable à celle du Conseil fédéral dans la définition de leur prévoyance professionnelle» (FF 2011 6190). Outil central, la réserve d'approbation constitue la pierre angulaire du pilotage des établissements en tant qu'employeurs⁸⁶ par le Conseil fédéral en matière de prévoyance professionnelle. Lors de l'application concrète, il convient d'évaluer si la fourchette des cotisations définie à l'art. 32g LPers est respectée. De plus, le Conseil fédéral examine si la modification du règlement de prévoyance et les ressources prévues à cet effet suivent la ligne qu'il s'est fixée pour son personnel en matière de ressources humaines et de prévoyance professionnelle. À cet égard, chaque caisse de prévoyance bénéficie d'une certaine marge d'appréciation. Si la tâche ou la structure du personnel le requièrent, les contrats d'affiliation et, partant, les règlements de prévoyance peuvent diverger de ceux du personnel de l'administration fédérale (voir également le message concernant la Caisse fédérale de pensions [FF 2005 5514] et le rapport complémentaire sur le gouvernement d'entreprise [FF 2009 2361]). L'examen vise à s'assurer que les unités administratives décentralisées suivent, grâce à ces conditions-cadres, une ligne appropriée dans leur régime de prévoyance professionnelle. Les critères ne peuvent pas être définis de manière générale, car ils dépendent du type de modification et de la structure de l'employeur ou de la caisse de prévoyance. Par exemple, des critères différents sont requis selon l'employeur pour évaluer l'équité intergénérationnelle ou la répartition de la charge liée aux cotisations entre l'employeur et les collaborateurs. Si, face à un événement précis (par ex. la baisse du taux d'intérêt technique), le Conseil fédéral envisage d'édictier des recommandations de mise en œuvre valables pour tous les employeurs afin que leurs politiques de prévoyance suivent une ligne identique, il les formulera concrètement.

⁸⁵ N.B.: PUBLICA n'est pas pilotée par le Conseil fédéral en tant que caisse de pensions.

⁸⁶ Id.

Exemples:

Art. 14, al. 2, LMC, art. 13 LIFM, art. 30 P-LPrév, art. 18 et 18a de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 17, al. 1, de la loi sur les EPF, art. 11 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 13 P-LASEI.

Section 5 Financement et budget

Art. 12 Financement

Remarques générales sur les art. 12 à 15: la plupart des lois d'organisation des entités devenues autonomes indiquent aujourd'hui que celles-ci se financent dans l'ensemble grâce à des émoluments et à des indemnités, voire grâce à des fonds de tiers ou, dans le cas de prestations commerciales (par analogie avec l'art. 41a, al. 3, LFC), à des prix permettant au moins de couvrir les coûts⁸⁷. La question du financement d'une tâche précise après son externalisation reste donc entière: cette tâche doit-elle être financée exclusivement par des émoluments ou des fonds de tiers ou peut-elle également bénéficier d'indemnités de la Confédération? C'est la raison pour laquelle la loi d'organisation ne réglementera plus à l'avenir le financement général de l'entité proprement dite, mais celui des différentes tâches (ou des domaines de tâches). Cette définition des tâches et de leur financement contribue à améliorer la réalité des coûts, tout en augmentant la transparence sur les principaux flux de trésorerie. Cela permet d'éviter les subventions croisées, les financements croisés entre plusieurs domaines de tâches et les doubles financements (qui sont interdits). Lors du financement de l'établissement, l'utilisation des ressources en fonction des tâches (ressources différenciées selon leur provenance) est définie dans le cadre des objectifs stratégiques.

La comptabilité doit être organisée de manière à garantir effectivement la transparence recherchée (voir l'art. 17 de la loi-type).

Exemples:

Art. 14 LIFM, art. 32 P-LPrév, art. 17 LMC, art. 29 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 34b ss de la loi sur les EPF, art. 12 LIPI, art. 12 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 14 P-LASEI.

Art. 13 Émoluments

Al. 1: les entités devenues autonomes ne reçoivent qu'exceptionnellement la compétence d'édicter des normes abstraites de portée générale et ayant un effet externe (principe directeur n° 13). C'est la raison pour laquelle, en cas de délégation, l'ordonnance sur les émoluments rédigée par le conseil d'administration est soumise à l'approbation du Conseil fédéral (voir l'art. 7, let. e, de la loi-type, le principe directeur n° 13 et le rapport sur le gouvernement d'entreprise: FF 2006 7841 et 7850 ss).

⁸⁷ Le cas échéant, directement grâce à une taxe, comme dans le cas de la Régie fédérale des alcools

Al. 2: les compétences du Conseil fédéral en matière d'émoluments font partie du pilotage de l'établissement (au niveau des recettes). L'autonomie de ce dernier ne doit être restreinte que dans la mesure requise. Le pilotage des établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique implique généralement l'approbation de l'ordonnance sur les émoluments par le Conseil fédéral (droit de veto). Une restriction peut se révéler nécessaire si les cantons sont tenus de payer des émoluments. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur les émoluments de l'Institut fédéral de métrologie OEm-METAS⁸⁸, qui s'appuie sur la loi fédérale sur la métrologie.

Certes, l'art. 46a LOGA peut également servir de base légale afin que les entités de l'administration fédérale décentralisée au sens de l'art. 2, al. 3, LOGA puissent prélever des émoluments (voir le message sur l'art. 46a LOGA, FF 2003 5241). Le Conseil fédéral serait alors compétent pour édicter l'ordonnance sur les émoluments. Or les établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique devraient pouvoir édicter eux-mêmes leur ordonnance sur les émoluments, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral. C'est la raison pour laquelle une base légale formelle spécifique est requise dans la loi d'organisation.

Al. 2, let. a et b: les spécificités concernant la compétence de légiférer dans les domaines énumérés sont reprises de l'art. 46a LOGA, mais la formulation de la let. b a été modifiée («modalités de perception des émoluments» au lieu de «procédure»). Cette divergence découle du fait que le conseil d'administration a la possibilité d'émettre une facture avant d'édicter une décision sur les émoluments, c'est-à-dire de prévoir une décision uniquement dans les cas litigieux.

Al. 2, let. c et d: édictée par le Conseil fédéral, l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEmol)⁸⁹ régit notamment la responsabilité lorsque plusieurs personnes sont tenues de verser des émoluments ainsi que la prescription des créances en la matière. Comme l'édition de l'ordonnance sur les émoluments est déléguée en l'espèce à l'établissement ou à son conseil d'administration, l'OGEmol ne s'applique pas automatiquement. La loi d'organisation crée les bases nécessaires à la normalisation par le conseil d'administration, qui peut s'appuyer en premier lieu sur les dispositions et la pratique de l'OGEmol pour élaborer concrètement l'ordonnance sur les émoluments.

Al. 3: la réglementation proposée laisse à l'établissement une grande marge de manœuvre pour fixer le montant des émoluments, pour autant qu'il respecte le principe d'équivalence et le principe de couverture des coûts. Cela se justifie en particulier lorsque l'établissement dispose de sa propre autonomie financière tout en devant être rentable ou atteindre un certain degré d'autofinancement dans des domaines précis (notamment selon les objectifs stratégiques fixés par le Conseil fédéral). La réglementation sur les éventuelles indemnités octroyées par la

⁸⁸ Ordonnance du 5 juillet 2006 sur les émoluments de l'Institut fédéral de métrologie (OEm-METAS, RS 941.298.2)

⁸⁹ Ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OGEmol; RS 172.041.1)

Confédération (art. 14 de la loi-type) pose une limite supplémentaire, car celles-ci influent sur le degré d'autofinancement de l'établissement.

Al. 4: chaque établissement doit examiner individuellement les dérogations possibles à la perception des émoluments pour des décisions et des prestations. La réglementation éventuelle peut également s'appuyer sur l'OGEmol.

Exemples d'ordonnances sur les émoluments: règlement sur les taxes de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle⁹⁰; ordonnance sur les émoluments de l'Institut fédéral de métrologie⁹¹. Particularité: pour exécuter leurs tâches, les cantons et les tiers chargés de tâches d'exécution (art. 18, al. 3, de la loi sur la métrologie⁹²) sollicitent les prestations de l'Institut fédéral de métrologie. Étant donné que les émoluments fixés englobent également ces prestations, les cantons et les tiers mandatés sont tenus de rétrocéder à l'Institut une part forfaitaire des émoluments perçus (art. 19, al. 5, LMétr en relation avec l'art. 3, al. 2, let. b, OEm-METAS).

Exemples:

Art. 15 LIFM, art. 13 LIPI, art. 33 de l'ordonnance de l'IFFP, art. 34d de la loi sur les EPF (art. 34d, al. 3, du projet de loi sur les EPF [émoluments]).

Art. 14 Indemnités octroyées par la Confédération

Al. 1: si, en vertu de la loi d'organisation, le *Conseil fédéral* confie des tâches à un établissement fournissant des prestations à caractère monopolistique (voir l'art. 3, al. 3, de la loi-type), cet établissement est indemnisé par la Confédération. Les coûts d'exploitation nécessaires à l'accomplissement de ces tâches donnent également droit à une indemnisation au prorata.

En revanche, la participation de l'établissement aux travaux législatifs de la Confédération concernant son organisation et son domaine de tâches ne donne pas lieu à une indemnisation (voir l'art. 3, al. 2, de la loi-type). L'établissement a d'ailleurs tout intérêt à y prendre part.

Al. 2: au demeurant, la Confédération peut, dans certains cas, indemniser partiellement ou entièrement l'établissement pour l'exécution de tâches précises prévues par la *loi d'organisation*. Une éventuelle contribution financière de la Confédération permet à l'établissement de fournir les prestations à caractère monopolistique correspondant à son mandat légal. Les possibilités d'autofinancement de l'établissement (recettes issues des émoluments et fonds de tiers) sont cependant prises en compte dans le calcul de la contribution. Cela évite un double financement et renforce la rentabilité propre de l'établissement.

⁹⁰ Règlement du 28 avril 1997 sur les taxes de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, approuvé par le Conseil fédéral le 17 septembre 1997 (IPI-RT; **RS 232.148**)

⁹¹ Ordonnance du 5 juillet 2006 sur les émoluments de l'Institut fédéral de métrologie (OEm-METAS; **RS 941.298.2**)

⁹² Loi fédérale du 17 juin 2011 sur la métrologie (LMétr; **RS 941.20**)

Les indemnités sont des subventions au sens de la loi sur les subventions (LSu)⁹³. Il faut donc tenir compte des conditions-cadres matérielles et formelles de la LSu si la loi d'organisation ne comprend aucune réglementation divergente.

Les indemnités devraient être payées au plus tôt lorsque des dépenses sont imminentes. Avant la fixation du montant définitif, 80 % au plus de l'indemnité peuvent en principe être versés (art. 23 LSu). Les établissements doivent donc effectuer une planification appropriée des finances et des liquidités pour pouvoir demander au Conseil fédéral les indemnités correspondantes (art. 7, let. m, de la loi-type) et déclencher les versements (par tranches) auprès du département compétent. Les modalités de ces versements font l'objet d'un accord de trésorerie au sens de l'art. 19, al. 3, de la loi-type ou de contrats de subventionnement (art. 19 s. LSu).

Exemples:

Art. 32, al. 1 et 2, P-LPrév, art. 29, al. 2, de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 34b de la loi sur les EPF, art. 16 LIFM, art. 14 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 15 P-LASEI.

Art. 15 Fonds de tiers

Al. 1 et 2: outre les recettes issues de prestations commerciales (voir l'art. 24 de la loi-type), on entend par fonds de tiers les contributions et les rémunérations versées par des tiers pour des prestations non commerciales ainsi que les éventuelles libéralités de tiers (notamment les fonds de tiers obtenus en raison de mandats de recherche et développement ou de contrats de coopération).

Concernant la responsabilité du conseil d'administration en matière de réception, de gestion et de réglementation des fonds de tiers, voir également le commentaire de l'art. 7, let. d, de la loi-type.

Exemples:

Art. 17 LIFM, art. 32, al. 3, P-LPrév, art. 34c de la loi sur les EPF, art. 29 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 15 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 16 P-LASEI.

Art. 16 Rapport de gestion

Concernant la comptabilité commerciale et la présentation des comptes, voir les art. 957 ss CO.

Al. 1: en vertu du principe directeur n° 19, la teneur minimale du rapport de gestion des établissements est régie par le droit de la société anonyme. Comme les entités devenues autonomes sont généralement soumises à la révision ordinaire, elles

⁹³ Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions, LSu; RS 616.1)

doivent de toute façon rédiger un rapport annuel (art. 961, ch. 3, CO). Celui-ci présente la marche des affaires et la situation économique de l'entreprise à la fin de l'exercice et souligne les aspects qui n'apparaissent pas dans les comptes annuels (art. 961c, al. 1, CO). Cela englobe, par exemple, les indications sur la moyenne annuelle des emplois à plein temps, la réalisation d'une évaluation des risques, les événements exceptionnels et les perspectives de l'entreprise.

Les comptes annuels et (seule) une partie des informations du rapport annuel (celles sur la gestion des risques et l'évolution du personnel) sont vérifiés par l'organe de révision de l'établissement (voir à ce sujet l'art. 9, al. 3, de la loi-type).

Al. 2: cette norme reproduit l'art. 958, al. 2, CO.

Concernant la publication du rapport de gestion, voir l'art. 7, let. n, de la loi-type.

Exemples:

Art. 8, let. g, LIFM, art. 26 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 17 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 17 P-LASEI.

Art. 17 Comptabilité

Concernant la comptabilité commerciale et la présentation des comptes, voir les art. 957 ss CO. Eu égard à l'obligation de l'établissement de se soumettre à une révision ordinaire, il faut notamment tenir compte des art. 961 ss CO.

Al. 1 et 2: la consolidation globale prévue à l'art. 55 LFC doit être possible sans une charge disproportionnée. C'est pourquoi les principes essentiels de l'établissement des comptes selon la LFC sont repris et énoncés dans ces alinéas (voir l'art. 47 LFC ainsi que les art. 31 et 38 LFC; rapport sur le gouvernement d'entreprise: FF 2006 7847 s.). Concernant les principes de l'établissement régulier des comptes, voir également l'art. 958c CO (en particulier: clarté, intelligibilité, intégralité, fiabilité, importance relative, prudence, permanence de la présentation et des méthodes d'évaluation, principe du produit brut).

L'*al. 3* correspond à l'art. 48, al. 1, LFC. En l'espèce, on entend des normes comptables reconnues telles que les IPSAS, les IFRS, les US GAAP et les Swiss GAAP RPC⁹⁴. Sous réserve de l'al. 6, le conseil d'administration choisit la norme comptable reconnue. Il doit en informer le Conseil fédéral au préalable, y compris en cas de changement éventuel de la norme utilisée. Le Conseil fédéral peut ainsi intervenir en temps opportun (al. 6) si le choix d'une norme est susceptible d'avoir des effets indésirables sur le financement de l'établissement. Cela vaut notamment lorsqu'une augmentation des émoluments ou des indemnités s'avère nécessaire.

⁹⁴ Voir l'art. 1, al. 1, de l'ordonnance du 21 novembre 2012 sur les normes comptables reconnues (ONCR; RS 221.432)

Al. 4: les règles d'inscription au bilan et d'évaluation qui découlent des normes comptables reconnues (al. 3) et d'éventuelles prescriptions comptables du Conseil fédéral (al. 6) doivent être présentées dans l'annexe du bilan.

Al. 5: le principe de la réalité des coûts et l'exigence de transparence concernant les différents flux de trésorerie, différenciés selon le type de recettes de l'établissement, supposent une comptabilité organisée en conséquence (voir à ce sujet les remarques introductives sur l'art. 12 de la loi-type).

Al. 6: le Conseil fédéral peut édicter des dispositions sur la comptabilité et contraindre l'établissement à appliquer une certaine norme comptable reconnue. De plus, il est envisageable que le Conseil fédéral limite les droits de vote conférés par la norme en question dans l'intérêt de la Confédération ou de tiers ou qu'il décide à la place du conseil d'administration (par ex. en indiquant à l'établissement laquelle des deux méthodes d'évaluation disponibles il doit utiliser ou si ses biens immobiliers à usage propre doivent être présentés comme des placements de capitaux ou des immobilisations corporelles). Contrairement à ce que prévoit le droit privé, le Conseil fédéral peut également prescrire à l'établissement de déroger à une norme reconnue ou d'appliquer des critères supplémentaires. Il prend de telles mesures notamment si l'application de la norme comptable correspondante est susceptible d'avoir des effets négatifs sur la Confédération (consolidation plus difficile avec la Confédération, hausse des engagements envers la caisse de pensions [IAS 19] avec une obligation de financement complémentaire, autres engagements liés à une recapitalisation) ou sur d'autres personnes concernées (par ex. coûts plus élevés non justifiés par l'intérêt public). Dans de tels cas ou, par exemple, lors de la constitution de réserves, le Conseil fédéral se réserve le droit d'édicter des dispositions dérogeant à ces normes comptables reconnues.

Exemples:

Art. 34 P-LPrév, art. 19 LMC, art. 19 LIFM, art. 35 de la loi sur les EPF (art. 35a, al. 5, du projet de loi sur les EPF), art. 31 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 29 LASRE, art. 16 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 18 P-LASEI.

Art. 18 Réserves

La constitution de réserves et la définition de leur but requièrent une base légale dans la loi d'organisation. Cette réglementation n'est cependant pas toujours judicieuse. Il convient plutôt d'examiner au cas par cas si une disposition légale devrait autoriser ou obliger un établissement fournissant des prestations à caractère monopolistique à constituer des réserves.

Les réserves sont créées dans le cadre des comptes annuels à partir des bénéfices réalisés. Elles ne peuvent donc pas découler d'une réévaluation des actifs, par exemple. Les bénéfices peuvent provenir des parts non versées des contributions annuelles de la Confédération (indemnités) et des libéralités de tiers, voire d'autres fonds de tiers.

Les établissements financés essentiellement par des indemnités ne doivent prévoir aucune réserve pour couvrir les risques de rendement. La création de réserves n'est pas non plus justifiée par une éventuelle réduction des indemnités de la Confédération: en général, cette baisse découle de l'abandon de certaines tâches par l'établissement, de sorte que ses besoins financiers diminuent en conséquence. L'établissement ne doit pas accumuler du capital propre dissimulé grâce aux indemnités de la Confédération ni détourner ces ressources de leur but initial.

Si la constitution de réserves est opportune, celles-ci ne doivent pas dépasser un montant adéquat pour les besoins de l'établissement. Il faut éviter de fixer forfaitairement le niveau des réserves (par ex. un budget annuel au maximum). Accumulées dans la mesure requise, les réserves permettent, d'une part, de financer certains investissements. En effet, ceux qui sont nécessaires et effectivement prévus ne devraient pas être reportés en raison d'un manque de moyens. D'autre part, les réserves atténuent les risques de responsabilité qui ne peuvent pas être couverts par une assurance, car le risque n'est pas assurable ou l'est uniquement à un tarif beaucoup trop élevé. L'établissement doit organiser sa gestion des risques et des assurances de telle sorte qu'il puisse justifier et prouver objectivement au Conseil fédéral la nécessité de constituer des réserves pour couvrir les risques de responsabilité non assurables. Ce faisant, il faut généralement tenir compte des garanties de liquidités existantes (art. 19, al. 2, de la loi-type) et des autres garanties éventuelles de la Confédération. La planification des investissements et des finances doit pouvoir justifier la constitution de réserves destinées à financer de futurs investissements.

L'application de normes comptables présentant une image fidèle de la situation (art. 17, al. 1, de la loi-type) exclut la constitution de réserves latentes arbitraires.

Le conseil d'administration décide de la constitution des réserves, du montant requis et, aspect important, de leur but concret, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral. Celle-ci s'inscrit dans le cadre de l'approbation du rapport de gestion (art. 7, let. n, de la loi-type). Le conseil d'administration doit tenir compte non seulement des prescriptions figurant dans la loi d'organisation et dans les dispositions d'exécution (droit ou obligation de constituer des réserves), mais aussi des directives des normes comptables reconnues.

Le conseil d'administration doit veiller à ce que les réserves soient utilisées conformément à leur but et à ce que l'établissement dispose encore des réserves nécessaires ou les reconstitue en cas de besoin (voir l'art. 7, let. l et n, de la loi-type et le commentaire correspondant). Enfin, comme indiqué précédemment, la constitution et l'utilisation des réserves sont soumises à la surveillance administrative du Conseil fédéral. Celui-ci peut intervenir en cas d'évolution inopportune et, le cas échéant, refuser d'approuver le rapport de gestion et donc les propositions d'utilisation du bénéfice ou de constitution de réserves.

Pour ce qui est des prestations commerciales, aucune réserve ne doit être constituée à partir des indemnités ou des émoluments, car cela contreviendrait à l'interdiction légale du financement croisé (voir l'art. 24, al. 3, de la loi-type). Si des réserves sont accumulées pour ces prestations, elles doivent provenir exclusivement du produit desdites prestations.

Exemples:

Art. 20 LIFM, art. 16 LIPI, art. 32 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 19 P-LASEI.

Art. 19 Trésorerie

Al. 1: l’AFF gère la trésorerie centrale de la Confédération (art. 60, al. 1, LFC). L’établissement est rattaché à la trésorerie centrale pour la gestion de ses liquidités (art. 61, al. 2, LFC), qui sont rémunérées par la Confédération à un taux d’intérêt conforme au marché. Les indemnités de la Confédération ne bénéficient d’aucune rémunération. Exemple: les réserves du domaine des EPF qui proviennent des contributions directes ou indirectes de la Confédération doivent être placées auprès de l’AFF. Les fonds qui ne sont pas versés directement ou indirectement par la Confédération peuvent être gérés par le domaine des EPF ou être placés auprès de l’AFF (art. 35a^{quater}, al. 1, du projet de loi sur les EPF).

Al. 2: des prêts peuvent être accordés à l’établissement au taux du marché pour assurer sa solvabilité. La remise éventuelle d’une garantie de liquidités sera examinée au cas par cas (principe directeur n° 12) en tenant compte des besoins, de la taille de l’établissement, du type de financement, des tâches à accomplir et des conditions-cadres internationales.

Al. 3: l’AFF et le conseil d’administration conviennent dans un contrat de droit public des modalités du rattachement à la Trésorerie fédérale. Si le versement des indemnités (voir le commentaire de l’art. 14 de la loi-type) est réglementé dans cet accord et non dans un contrat de subventionnement distinct, le département compétent doit participer à l’élaboration des dispositions correspondantes. Les versements sont exécutés sur la base d’une planification des liquidités de l’établissement. À cet égard, il faut noter que les indemnités peuvent être payées au plus tôt lorsque des dépenses sont imminentes. Avant la fixation du montant définitif, 80 % au plus de l’indemnité peuvent en principe être versés (art. 23 LSu).

En général, aucun capital de dotation n’est requis (voir cependant le capital de dotation lié à l’histoire de Swissmedic à l’art. 77 LPTh⁹⁵). Un prêt de trésorerie peut être accordé à l’établissement si un capital de départ est exigé. Cela doit alors être réglementé dans les dispositions transitoires (voir l’art. 25, al. 6, de la loi-type). Par exemple, l’ASR a été mise en place grâce à un prêt de trésorerie (art. 36, al. 2, LSR⁹⁶). Si un vaste portefeuille de biens immobiliers ou de biens meubles est transféré à l’établissement, il peut être nécessaire d’inscrire au bilan un capital de dotation en tant que contrepartie.

Exemples:

⁹⁵ Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, LPTh; RS 812.21)

⁹⁶ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l’agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la révision, LSR; RS 221.302)

Art. 33 P-LPrév, art. 18 LMC, art. 18 LIFM, art. 28 LASRE, art. 30 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 11 LIPI, art. 35a^{quater} du projet de loi sur les EPF, art. 24 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 20 P-LASEI.

Art. 20 Imposition

Al. 1: en vertu de l'art. 62d LOGA, la Confédération ainsi que ses établissements, entreprises et fondations non autonomes sont exempts de tout impôt cantonal ou communal, à l'exception des immeubles qui ne sont pas directement affectés à des fins publiques, c'est-à-dire qui constituent un patrimoine financier.

Au demeurant, l'assujettissement des établissements à l'impôt se fonde sur l'activité et non sur la forme d'organisation. Les prestations commerciales de l'établissement sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Lors de l'examen et de la formulation d'éventuelles exceptions justifiées à cet assujettissement, il faut tenir compte du fait que l'activité souveraine est définie différemment dans le droit régissant la TVA et dans les autres domaines juridiques. Le législateur a renoncé à exempter la Confédération et ses entreprises devenues autonomes de l'assujettissement subjectif à l'impôt anticipé. Une loi spéciale serait cependant envisageable, pour autant qu'elle soit justifiable objectivement.

Lors d'un assujettissement partiel à l'impôt, l'établissement doit être contraint de tenir une comptabilité par secteur (voir l'art. 17, al. 5, de la loi-type). Pour qu'il y ait exemption fiscale partielle, il faut que les ressources pour lesquelles cette exemption est requise soient comptabilisées séparément du reste du patrimoine (bilan) et des produits (compte de résultats).

Al. 2: dans chaque cas, l'assujettissement à l'impôt sera clarifié en détail en collaboration avec l'Administration fédérale des contributions (AFC). Exemples: la question de l'assujettissement à la TVA se pose en cas de rémunération de prestations éventuelles. La soumission au droit de timbre devrait, quant à elle, concerner des cas plus rares, tels que le capital de dotation de Swissmedic, qui est cofinancé par des tiers, l'émission d'assurances (ASRE) ou le négoce de droits de participation, d'obligations et de parts de placements collectifs de capitaux suisses (taxe sur le chiffre d'affaires à partir d'un certain volume). L'obligation de payer l'impôt anticipé peut s'appliquer si l'établissement a un compte bancaire.

Voir également le droit transitoire concernant l'exemption de l'impôt, des taxes et des émoluments dans le cadre d'un transfert (art. 25, al. 5, de la loi-type).

Exemples:

Art. 20 LMC, art. 35 P-LPrév, art. 30 LASRE, art. 17 LIPI, art. 21 LIFM, art. 24 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 21 P-LASEI.

Art. 21 Biens-fonds

Al. 1 et 2: une réglementation est nécessaire uniquement si des immeubles de la Confédération sont effectivement mis à la disposition de l'établissement. Normalement, la propriété des immeubles ne lui est pas transférée. Dans l'ensemble, il est généralement plus économique de gérer et d'entretenir les immeubles par l'intermédiaire du service spécialisé de la Confédération plutôt que de confier ces tâches et leur financement à l'établissement. Lors d'un transfert de propriété, les établissements sont en principe libres de disposer des immeubles (vente ou nantissement) et d'obtenir ainsi des fonds non soumis à leur but ni affectés à l'accomplissement des tâches. Ce faisant, ils pourraient constituer du capital propre de manière indésirable.

Concernant la cession de l'usage des immeubles de la Confédération loués à des tiers par l'établissement, voir l'art. 34b^{bis} du projet de loi sur les EPF⁹⁷.

Al. 3: la facturation répond à des motifs de transparence, même s'il n'y a en général aucun flux financier. Normalement, les coûts totaux (modifiés) sont facturés (uniquement) pour les immeubles ou parties d'immeubles effectivement utilisés, et non les prix du marché, car les établissements exécutent des tâches publiques et sont (co)financés par la Confédération (indemnités). Voir l'art. 41 OFC⁹⁸ sur les paiements entre unités administratives.

Al. 4: concernant les immeubles, la relation juridique entre la Confédération et l'établissement doit relever du droit public. Étant donné que la Confédération (co)finance les immeubles (entretien) et en a la propriété, il est impensable que cette relation dépende du droit privé ou puisse être examinée le cas échéant par des tribunaux civils. Le code civil (CC) et le CO ne doivent donc pas s'appliquer directement.

Exemples:

Art. 35b de la loi sur les EPF (art. 34b^{bis} du projet de loi sur les EPF [cessions de l'usage]), art. 16 LMC, art. 28 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 22 LIFM, art. 22 P-LASEI.

⁹⁷ Le Conseil des EPF verse un produit immobilier pour les immeubles de la Confédération qui sont utilisés par le domaine des EPF (amortissement annuel des bâtiments et rémunération du capital qui y est lié) et reçoit de la Confédération une contribution aux loyers. Cette procédure a un effet sur le financement, mais pas sur les dépenses. La faible cession provisoire de l'usage des locaux non utilisés à des tiers (cession des droits de construction et sous-location) conduit à une double indemnisation (par la Confédération et par les tiers). Le produit devrait donc être remis à la Confédération ou être déduit de sa contribution aux loyers. La Confédération peut toutefois renoncer à percevoir le produit issu de la cession de l'usage à des tiers si son montant est modeste et si cette cession va dans son intérêt. On conserve ainsi l'incitation relative à une utilisation judicieuse par des tiers des surfaces qui sont provisoirement inoccupées.

⁹⁸ Ordonnance du 5 avril 2006 sur les finances de la Confédération (OFC; RS 611.01)

Section 6 Sauvegarde des intérêts de la Confédération

Art. 22 Objectifs stratégiques

Al. 1 et 2: le Conseil fédéral gère l'établissement à l'aide d'objectifs stratégiques (art. 8, al. 5, LOGA), qui sont fixés pour quatre ans. Le cas échéant, ces objectifs doivent être adaptés pendant leur durée de validité sur la base de l'examen annuel et du reporting. Voir le «Modèle⁹⁹ pour établir les objectifs stratégiques des entités de la Confédération devenues autonomes, destiné aux fournisseurs de prestations de service ayant un caractère de monopole et recommandé aux établissements chargés de la surveillance de l'économie ou de la sécurité».

En plus des objectifs stratégiques, le Conseil fédéral formule à l'intention de l'établissement des directives concernant l'entreprise et les tâches en s'appuyant sur les dispositions relatives aux buts et aux tâches. Une audition du conseil d'administration est réalisée au préalable.

Les objectifs stratégiques concrétisent à moyen terme la loi supérieure (qui fixe les objectifs et les tâches de l'établissement) et s'appliquent en tenant compte de la situation spécifique de l'entité devenue autonome (environnement, situation d'exploitation). Les objectifs programmatiques permettent d'exiger des positionnements précis de la politique commerciale (par ex. développement durable ou politique de base en matière de conduite et de personnel), tandis que les objectifs spécifiques sont axés sur des situations définies. Dans la mesure du possible, les objectifs stratégiques s'accompagneront d'indicateurs ou de critères d'évaluation en vue d'une appréciation transparente et objective (mesurabilité).

Le conseil d'administration est chargé de la mise en œuvre interne des objectifs stratégiques. Ceux-ci l'engagent, contrairement aux objectifs stratégiques des sociétés anonymes de droit privé de la Confédération, qui sont certes contraignants pour cet organe dans les faits, mais pas sur le plan juridique (rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 4.2.6).

Le Conseil fédéral publie les objectifs stratégiques des établissements dans la Feuille fédérale s'ils «déploient des effets externes considérables ou revêtent une importance générale considérable» (art. 18, let. b, OPubl¹⁰⁰). La publication de ces objectifs par les établissements (par ex. sur leur site Internet¹⁰¹) requiert l'approbation préalable du Conseil fédéral. Les méthodes et les critères d'évaluation (indicateurs) de la mise en œuvre des objectifs stratégiques ne sont pas publiés, car ils comprennent des informations et des chiffres-clés confidentiels. Chaque année, l'AFF édicte des directives qui concernent les exigences du reporting au Conseil fédéral sur la réalisation de ces objectifs.

⁹⁹ https://www.efv.admin.ch/efv/fr/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/grundlagen.html

¹⁰⁰ Ordonnance du 17 novembre 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (ordonnance sur les publications officielles, OPubl; **RS 170.512.11**)

¹⁰¹ Exemple: Objectifs stratégiques 2013 – 2016 du Conseil fédéral pour l'Institut fédéral de métrologie (www.metas.ch)

Les objectifs stratégiques au sens de l'art. 8, al. 5, LOGA constituent la base de la haute surveillance parlementaire¹⁰². Grâce à ses rapports succincts, librement accessibles, sur la réalisation des objectifs stratégiques des entités de la Confédération devenues autonomes¹⁰³ et aux rapports détaillés destinés aux Commissions de surveillance, le Conseil fédéral crée les conditions permettant aux Chambres fédérales d'exercer de manière ciblée leur haute surveillance de la politique de propriétaire de la Confédération. Le cas échéant, celles-ci sont en mesure d'influer sur le pilotage et le contrôle dans le cadre des instruments parlementaires définis par la loi (art. 28 et 148, al. 3^{bis}, LParl¹⁰⁴; voir le rapport explicatif du 29 mars 2010 de la Commission des finances du Conseil national sur l'instrument parlementaire concernant les buts stratégiques des unités indépendantes [initiative parlementaire], dans FF 2010 3062 s.)¹⁰⁵.

Exemples:

Art. 5, al. 1, let. a, P-LPrév, art. 22 LMC, art. 23 LIFM, art. 33 LASRE, art. 45 LEC, art. 33 du projet de loi sur les EPF, art. 20 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 24 P-LASEI.

Art. 23 Surveillance

Al. 1: l'établissement est soumis à la surveillance du Conseil fédéral. Cette surveillance n'est ni hiérarchique ni technique, mais porte plutôt sur la gestion de l'entreprise.

¹⁰² Graf/Theler/von Wyss, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung (voir notamment le commentaire de l'art. 28 LParl).

¹⁰³ Concernant le reporting sur la réalisation des objectifs stratégiques, voir https://www.efv.admin.ch/efv/fr/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/berichterstattung_bundesrat.html

¹⁰⁴ Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement, LParl; **RS 171.10**)

¹⁰⁵ Le Parlement peut exiger la fixation de nouveaux objectifs ou leur modification. Il existe trois formes de participation de l'Assemblée fédérale: la prise de connaissance des rapports du Conseil fédéral, les mandats à ce dernier (en général, sous la forme d'une motion, pas d'un postulat) et les décisions de principe et de planification (sous la forme d'un [simple] arrêté fédéral). Ces dernières conviennent aux mandats plus volumineux et plus complexes qui sont réalisés avec une procédure plus contraignante. La participation peut se traduire par des recommandations ou des avis émis par une commission, par exemple, lors de l'examen du rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques, de sorte que le Conseil fédéral puisse tirer des conclusions ou, le cas échéant, modifier ces objectifs. On peut également envisager des consultations (pour lesquelles il n'existe aucune base légale explicite) au cours desquelles une commission émet un avis et participe ainsi à la prise de décision du Conseil fédéral. «Participation» ne signifie pas pour autant que ce dernier doit soumettre les objectifs stratégiques à l'approbation préalable de l'Assemblée fédérale. Si le Conseil fédéral refuse des mandats ou des décisions de principe et de planification ou s'en écarte, il doit le justifier (concernant la relation entre l'art. 28, al. 4, LParl et l'art. 122, al. 3, LParl, voir les commentaires de Graf/Theler/von Wyss sur la LParl, art. 28, Cm 23).

Les principaux instruments permettant au Conseil fédéral d'exercer sa surveillance sur ces entités sont énumérés. L'obligation du Conseil fédéral, en tant qu'autorité de surveillance désignée par la loi (art. 8, al. 4, LOGA), de veiller au bon fonctionnement des autorités administratives de la Confédération «conformément aux dispositions particulières» implique le droit de disposer de tous les instruments prudents nécessaires pour qu'il puisse effectivement assumer cette responsabilité¹⁰⁶. L'énumération des différents instruments prudents n'est donc pas exhaustive.

Al. 2: le Conseil fédéral a le droit de demander à tout moment à l'établissement et, en particulier, au conseil d'administration des informations et rapports écrits si cela est nécessaire à l'exécution de sa surveillance. Pour vérifier, par exemple, si les objectifs stratégiques ont été atteints, le Conseil fédéral ou, le cas échéant, le département compétent peut donc consulter tous les documents opérationnels de l'établissement et, à cet effet, exiger à tout moment des informations sur son activité. Pour des questions de sécurité juridique et de transparence, on privilégiera une disposition dans la loi d'organisation à une simple remarque dans le message.

De plus, le Conseil fédéral peut demander des éclaircissements sur certains points à l'organe de révision (art. 9, al. 5, de la loi-type) et consulter les rapports d'audit existants de l'organe de révision (art. 9, al. 4, de la loi-type) et du CDF (voir l'art. 14, al. 1^{bis}, LCF).

Les pouvoirs légaux conférés au CDF par la LCF (voir l'art. 8, al. 2, LCF sur la surveillance financière) et la haute surveillance du Parlement sont réservés. Par souci de transparence, cela doit apparaître dans le message, même si la remarque est purement déclarative. Conformément à la lettre du 27 janvier 2011 de la Commission de gestion (CdG), on pourra renoncer à l'avenir à une réglementation légale correspondante.

La compétence du Conseil fédéral concernant la nomination et la révocation de l'organe de révision est supprimée lorsque le CDF assume impérativement la fonction d'organe de révision externe, comme dans le cas de la FINMA et de l'ASR par exemple (art. 12 LFINMA, art. 32 LSR). Cette solution est motivée par le fait que les sociétés de révision privées font partie des assujettis de la FINMA ou de l'ASR.

Exemples:

Art. 36 P-LPrév, art. 24 LIFM, art. 21 LMC, art. 26 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 21 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 25 P-LASEI.

¹⁰⁶ Concernant l'étendue et les limites de la surveillance exercée par le Conseil fédéral et de la haute surveillance du Parlement, en particulier sur les établissements exerçant des tâches de surveillance, voir l'expertise juridique du 26 août 2013 du professeur Giovanni Biaggini, «Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Oberaufsicht im Bereich des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI)», mandatée par les Commissions de gestion (CdG) du Conseil des États et du Conseil national (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-ensi-2013-08-28.pdf>).

Section 7 Prestations commerciales

Art. 24

Par prestations commerciales, on entend des prestations de nature économique qui sont normalement fournies sur le marché ou sur concours par des prestataires privés à un large cercle d'acquéreurs. Elles se caractérisent par leur viabilité commerciale.

Lorsque des entités devenues autonomes étendent leurs activités commerciales au détriment des concurrents privés, elles sont en contradiction avec la liberté économique (art. 27 et 94 Cst.). Les prestations commerciales ne sont dès lors possibles que si un intérêt public suffisant peut être démontré et si le principe de proportionnalité est respecté. Pour s'en assurer, l'art. 41 LFC exige une base légale claire pour toutes les prestations commerciales de l'État, y compris les prestations économiques annexes et les utilisations connexes¹⁰⁷. Les prestations économiques annexes désignent généralement des prestations fournies par une entité devenue autonome en plus de sa tâche principale. Elles doivent cependant toujours être étroitement liées à cette dernière, qu'elles soient proposées en amont ou en aval (par ex. conseils et expertises). Cela reflète le principe de la légalité et de la spécialité, selon lequel une entité publique doit agir uniquement dans son domaine de tâches défini par la loi. On parle d'utilisation connexe¹⁰⁸ lorsqu'une entité publique utilise son patrimoine administratif au-delà du but primaire en le valorisant économiquement sans affecter ses propres objectifs. Ainsi, selon les circonstances, la valorisation d'un potentiel qui, autrement, resterait inexploité permet de mieux utiliser des infrastructures existantes nécessaires à l'exécution des tâches (par ex. possibilités pour des tiers d'utiliser une partie des bâtiments; mise à disposition des instruments de mesure de METAS).

Il convient de faire la distinction entre les prestations commerciales et les activités administratives auxiliaires (gestion des besoins)¹⁰⁹. L'acquisition ou la maintenance des ressources et infrastructures nécessaires sont liées à l'exécution de tâches publiques spécifiques et permettent aux employés de réaliser leur travail de manière efficace et ciblée (par ex. mise à disposition de services informatiques ou de locaux). Ces activités opérationnelles ou administratives internes qui n'ont aucun effet extérieur «direct» ne requièrent aucune base légale. Le sujet de droit privé n'a aucune compétence décisionnelle propre, mais opère uniquement en qualité de sous-traitant de l'autorité et lui fournit certaines prestations.

Al. 1: cette disposition correspond à la formulation de l'art. 41a, al. 2, LFC (FF 2009 6559). La réglementation concernant les entités devenues autonomes doit être précisée en détail (voir le motif ci-après).

¹⁰⁷ Voir l'ATF 138 I 378 («Glarnersach»): l'art. 94 Cst. englobe le principe de la liberté économique («principe de l'économie privée»), mais n'interdit pas les activités entrepreneuriales de l'État si les conditions suivantes sont remplies: l'activité repose sur une *base légale*, répond à un *intérêt public*, est *proportionnée* et respecte le principe de la *neutralité concurrentielle*.

¹⁰⁸ René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^e édition, Bâle, 2011, § 18, Cm 20

¹⁰⁹ Expertise du 29 mars 1995 de l'Office fédéral de la justice, JAAC 60.1, ch. 4

Al. 2: l'énumération non exhaustive constitue un cadre légal supplémentaire, car il n'existe ni contrôle concomitant ni surveillance du service avec un droit d'injonction correspondant (contrairement à l'administration fédérale centrale). En outre, par principe, les droits et obligations des entités devenues autonomes doivent être définis dans la loi. Enfin, cette énumération représente une base en vue de la formulation des objectifs stratégiques relatifs aux prestations commerciales.

Al. 2, let. b: l'exercice d'activités accessoires est soumis aux mêmes restrictions que la fourniture des autres prestations commerciales. De plus, il doit répondre à un besoin manifeste de la clientèle et permettre une meilleure utilisation de l'infrastructure existante. Exemple: exploitation d'un café, d'un restaurant ou d'une entreprise de photocopies, activité de conseil dans le domaine spécialisé.

Al. 2, let. c: cette disposition revêt une certaine importance dans les domaines de la formation (brevets) et de la culture (droits d'auteur). Exemples: droits de jouissance particuliers d'un bien public (stationnement sur la voie publique) et droits privés tels que loyer, fermage, droits de propriété intellectuelle, etc. (voir l'[art. 8, al. 1, LMC](#)).

Al. 3: selon l'art. 17, al. 5, de la loi-type, les charges et les produits relevant de chaque activité ou branche doivent ressortir de la comptabilité de l'établissement.

Le calcul des prix couvrant les coûts doit se baser sur les facteurs de coûts relatifs à l'infrastructure effectivement utilisée et non sur les coûts totaux de tout l'établissement (comptabilité modifiée des coûts complets). Mentionner l'interdiction du financement croisé évite le subventionnement de prestations commerciales avec des fonds obtenus grâce à l'exécution de tâches publiques (émoluments, rémunérations, etc.). En revanche, un flux de trésorerie inverse ne pose aucun problème. Ni le Conseil fédéral ni le département compétent ne peuvent prévoir des dérogations à l'obligation de fixer des prix couvrant (au moins) les coûts ou à l'interdiction du financement croisé.

Al. 4: il ne doit y avoir aucune distorsion de la concurrence en matière de prestations commerciales. Par exemple, l'établissement est soumis aux mêmes prescriptions que les prestataires privés dans le domaine de la fiscalité, des transports (par ex. interdiction du transport nocturne), de la protection des travailleurs, des horaires d'ouverture, de la sécurité et de la responsabilité.

Exemples:

Art. 24 P-LPrév, art. 8 LMC, art. 25 LIFM, art. 5 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 14 LIPI, art. 22 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins.

Section 8 Dispositions finales

Art. 25 Institution de l'établissement

La disposition comprend une série de règles en vue de la création de l'établissement. Ainsi, le Conseil fédéral fixe la date à laquelle l'établissement acquiert la

personnalité juridique (al. 2) (voir l'art. 1, al. 1, de la loi-type). Cette date ne doit pas être identique à celle de l'entrée en vigueur (partielle) de la loi d'organisation. Le Conseil fédéral définit les droits, les obligations et les valeurs qui sont transférés à l'établissement par la loi et dans un acte (al. 1 et 3). La propriété de biens meubles et de droits immatériels précis (par ex. droits des marques et brevets) qui sont utilisés par l'organisation précédente est transférée à l'établissement. Ces biens et ces droits seront évalués et inscrits au bilan d'ouverture.

Al. 1: le principe de la continuité (matérielle) s'applique. Une réorganisation (formelle) est possible si elle est nécessaire ou judicieuse pour clarifier les relations juridiques et si elle est directement liée à la création de l'établissement (changements de désignations, partenaires contractuels, etc.). La structure de l'entreprise doit être définie dès que possible. Si le transfert des relations juridiques aux filiales doit être possible, une base légale correspondante devrait être créée.

Al. 2 à 4: en règle générale, il faut créer les conditions pour que les futurs organes compétents puissent accomplir les actes préparatoires de manière juridiquement valable avant la transformation. La société fondatrice énoncée dans le droit de la société anonyme (voir notamment l'[art. 645 CO](#)) n'existe pas de manière analogue dans le droit public. Pour permettre aux organes d'agir dans la mesure requise au nom de l'établissement, il faut prendre une décision de nomination et, le cas échéant, octroyer par anticipation la personnalité juridique à l'établissement. On évitera cependant de lui transférer trop tôt tous les droits et toutes les obligations. Si une organisation précédente existe, elle demeure opérationnelle jusqu'à la transformation. Pour assurer la flexibilité requise, le Conseil fédéral doit pouvoir accorder la personnalité juridique, procéder à la transformation et transférer les droits et les obligations à des dates différentes. De plus, il peut décider d'une entrée en vigueur progressive de la loi d'organisation (voir l'art. 31 de la loi-type). L'expérience a montré que la phrase de création effective des unités administratives décentralisées nécessitait un besoin imprévisible de réglementation. L'al. 4 autorise donc le Conseil fédéral à prendre toute autre mesure nécessaire au transfert et à édicter les dispositions correspondantes. En général, ces mesures suffisent pour réaliser le transfert ou pour mettre en place le nouvel établissement (voir l'ordonnance du 16 janvier 2008 sur la mise en vigueur anticipée de dispositions organisationnelles de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers [[RO 2008 269](#)], qui fixait les conditions-cadres pour établir la FINMA).

Exemple de procédure: parallèlement à la décision d'entrée en vigueur anticipée de certaines dispositions de la loi d'organisation, le Conseil fédéral désigne les organes de l'établissement dans le cadre de ses compétences (notamment nomination des membres du conseil d'administration et, éventuellement, de l'organe de révision). Les conditions sont alors réunies pour que ces organes préparent la mise en place de l'établissement. Le Conseil fédéral fixe les objectifs stratégiques de l'établissement en vue de l'entrée en vigueur intégrale de la loi d'organisation ou de la mise en activité de l'établissement. Il édicte ou approuve les dispositions nécessaires de l'ordonnance et, si cela n'a pas encore été réalisé, confère à l'établissement la personnalité juridique. Au cours d'une étape intermédiaire, le Conseil fédéral approuve en général le bilan des opérations établi d'après les derniers comptes

annuels ou semestriels, le bilan d'ouverture provisoire et la procédure prévue pour la transformation ou le transfert de patrimoine. Le bilan des opérations présente les réévaluations et les transferts de patrimoine éventuels, tandis que le bilan d'ouverture provisoire expose la situation patrimoniale et le capital de l'établissement après le transfert. Enfin, à la date de la transformation, le Conseil fédéral doit statuer sur l'inventaire, le bilan d'ouverture élaboré sur cette base ainsi que sur la transformation ou le transfert de patrimoine. Les valeurs reprises par l'établissement sont définies en collaboration avec le département compétent et l'AFF. Ce faisant, on distingue les opérations qui concernent le compte d'État de la Confédération et celles qui figureront dans la future comptabilité de l'établissement. Le choix, par le conseil d'administration, d'une norme comptable reconnue (voir l'art. 17, al. 3 et 6, de la loi-type) doit également être coordonné avec l'organe de révision.

Al. 4, let. b: si des avoirs de tiers sont concernés par la création de l'établissement ou s'ils doivent également lui être transférés, il est possible d'accorder au Conseil fédéral la compétence de conclure une convention correspondante pour la reprise d'éventuels avoirs. En l'espèce, il s'agit principalement de la reprise complète ou partielle d'activités et d'avoirs appartenant aux organisations précédentes. Exemple: art. 42, al. 3, P-LPrév, qui prévoyait la conclusion, par le Conseil fédéral, d'un accord sur la reprise de l'actif de la fondation de droit privé «Promotion Santé Suisse», créée en vertu de l'art. 19 LAMal¹¹⁰.

Al. 4, let. c: le financement transitoire prévu vise à garantir que l'établissement disposera des ressources nécessaires au maintien de l'activité même pendant la phase transitoire. Cette disposition est inutile si les futures charges sont inscrites au budget en temps opportun et si les moyens requis sont mis à disposition (en particulier les indemnités de la Confédération). Une éventuelle aide financière au démarrage peut être accordée dans le cadre d'un prêt (voir l'al. 6).

Al. 4^{bis}: le transfert des ressources d'un fonds à l'établissement requiert une base légale explicite. Exemples: art. 28, al. 3, let. a, LMC (transfert des ressources du fonds spécial du Groupe MUSÉE SUISSE au MNS); art. 42, al. 2, P-LPrév (qui prévoyait le transfert à l'Institut, par le Conseil fédéral, de l'actif et du passif du «fonds de prévention du tabagisme» établi conformément à l'art. 28 LTab¹¹¹).

Al. 5: conformément à la pratique actuelle, cette disposition prévoit l'exonération de tout impôt direct ou indirect (y compris la TVA, les droits de timbre et les droits de mutation) ainsi que des émoluments pour le transfert des droits, des obligations et des valeurs (transfert des actifs et des passifs) et pour les inscriptions dans des registres publics. Exemple: art. 76c, al. 4, P-Lalc¹¹². Après la création de

¹¹⁰ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10)

¹¹¹ Loi fédérale du 21 mars 1969 sur l'imposition du tabac (LTab, RS 641.31)

¹¹² Projet de modification de la loi fédérale du 21 juin 1932 sur l'alcool (RS 680), P-Lalc dans: FF 2016 3533; message du Conseil fédéral du 6 avril 2016 dans: FF 2016 3493

l'établissement, l'assujettissement à l'impôt est régi par l'art. 20 de la loi-type. Si une réévaluation des valeurs patrimoniales est effectuée après la mise en place de l'établissement, mais est en relation avec celle-ci, les conséquences au niveau fiscal doivent être prises en compte (voir l'art. 28 de la loi-type).

Al. 6: si l'établissement a besoin à court terme de fonds supplémentaires pour sa mise en place, il peut conclure un contrat de prêt correspondant avec l'AFF.

Al. 7: l'applicabilité de la loi sur la fusion doit être vérifiée au cas par cas, car cette loi comprend également des prescriptions spécifiques sur la fusion, la transformation et le transfert de patrimoine auxquels participent des instituts de droit public (art. 99 ss LFus; art. 145 ORC¹¹³). La formulation proposée ici pour la loi d'organisation exclut totalement l'applicabilité de la LFus. Selon la pratique actuelle, cela concerne également, en général, le transfert de valeurs patrimoniales de tiers à l'établissement en vertu de l'art. 25, al. 4, let. b, de la loi-type. À la place, il est prévu que le Conseil fédéral décide des actifs et des passifs transférés par un acte à l'établissement ainsi que de la date du transfert (voir les al. 3 et 4). La LFus peut cependant constituer une aide précieuse pour réaliser en pratique la création de l'établissement. Dans le cadre de l'al. 4 notamment, le Conseil fédéral peut, lui aussi, s'appuyer sur la LFus, par exemple en appliquant les dispositions sur le transfert de patrimoine (art. 69 ss, art. 99 ss LFus) à certains aspects de cette création. Dans ce cas, l'al. 7 ne devrait pas exclure totalement l'applicabilité de la LFus.

Exemples:

Art. 28 LMC, art. 42 P-LPrév, art. 27 LIFM, art. 39 LASRE, art. 23 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 27 P-LASEI.

Art. 26 Transfert des rapports de travail

La mise en place de l'établissement impliquant une nouvelle structure organisationnelle, les rapports de travail peuvent subir des changements relatifs aux différents domaines de travail, aux fonctions, à l'affectation dans l'organisation ou au lieu de travail. De plus, l'ordonnance sur le personnel de l'établissement modifie les dispositions relevant du droit du travail. Des normes de droit transitoire réglementant notamment les droits des travailleurs sont donc nécessaires. Elles portent, entre autres, sur les garanties salariales, la procédure de candidature (exemple: art. 28 LIFM, art. 59, al. 3, LFINMA), le déroulement de la restructuration et la prise en compte des années de service.

En vertu de cette disposition, le Conseil fédéral est habilité à reprendre, sur la fortune de la RFA (qui a sa propre comptabilité), le financement des obligations patronales pour les bénéficiaires de rentes du centre de profit qui ont droit à des prestations de la Caisse de prévoyance de la Confédération si l'institution de prévoyance d'«Alcosuisse SA» ne reprend pas les bénéficiaires de rentes ou si leur maintien dans la Caisse de prévoyance de la Confédération est dans l'intérêt financier de la Confédération.

¹¹³ Champeaux, SHK-HRegV, art. 106 ss, n° 1 ss, dans: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpflis Handkommentar, Berne, 2013.

Al. 1: la loi transfère à l'établissement les rapports de travail de l'ancienne unité administrative, tout comme les autres relations juridiques (art. 25 de la loi-type). Comme l'art. 333 CO (transfert des rapports de travail) n'est pas directement applicable lorsque les rapports de travail sont transférés entre deux employeurs de droit public¹¹⁴, le transfert doit être réglementé spécialement dans la loi d'organisation. Dès le moment où les anciens rapports de travail avec l'unité administrative précédente prennent fin, la loi en établit de nouveaux avec l'établissement; ils ne doivent donc être ni résiliés, ni conclus à nouveau par l'établissement. Comme pour les autres relations juridiques (art. 25, al. 3, de la loi-type), le Conseil fédéral fixe la date du transfert.

Le transfert englobe en principe tous les droits et toutes les obligations. En vertu de l'al. 1, seuls les rapports de travail résiliés et les éventuelles créances liées au droit du travail qui en découleraient font exception. Les litiges correspondants sont régis par l'ancien droit et doivent être traités par l'employeur précédent.

La création d'un nouvel établissement qui est décrite ici constitue une restructuration au sens de l'art. 104 OPers. Si une personne concernée par la restructuration ne souhaite pas rejoindre l'établissement, la procédure exposée aux art. 104 ss OPers s'applique. La proposition de transfert dans l'établissement que l'ancienne unité administrative fait à cette personne est considérée comme un autre travail réputé raisonnablement exigible au sens de l'art. 104a OPers. La mauvaise volonté d'un employé à être transféré ou à accomplir un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui est un motif de licenciement (art. 10, al. 3, let. d, LPers). Même si le délai de résiliation n'est pas échu au moment du transfert, l'employé n'intègre pas l'établissement. Si l'offre rejetée par l'employé n'est pas raisonnable selon les critères de l'art. 104a OPers et si l'ancien employeur ne peut lui soumettre aucune autre offre réputée raisonnable, ce dernier doit résilier les rapports de travail en raison d'impératifs économiques ou d'impératifs d'exploitation majeurs, dans la mesure où l'employé ne change pas d'avis concernant l'offre (art. 10, al. 3, let. e, LPers).

S'agissant du transfert d'office des rapports de travail, la nomination des membres de la direction est réservée: ceux-ci doivent être nommés à nouveau afin de mettre en place l'établissement. Dans un premier temps, le Conseil fédéral désigne le conseil d'administration (art. 6, al. 3, de la loi-type) qui, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral, nomme alors le directeur ou la directrice de l'établissement et, en compétence propre, les autres membres de la direction (art. 7, let. h et i, de la loi-type). L'entrée en vigueur progressive de la loi d'organisation permet de nommer au préalable les organes, qui peuvent ainsi prendre les mesures préparatoires requises en vue de l'ouverture de l'établissement.

Al. 2: sur la base de l'art. 25, al. 3, OPers, un employé n'a aucun droit au maintien de sa fonction, de son domaine de travail, de son affectation et de son lieu de travail en cas de transfert des rapports de travail.

¹¹⁴ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e édition, Cm 3 et 8 sur l'art. 333

Conformément à la pratique actuelle lors de la création d'établissements, une garantie du salaire limitée dans le temps est prévue en cas de transfert des contrats de travail. Les employés de l'administration fédérale qui doivent être affectés à un nouveau poste en raison d'une réorganisation ou d'une restructuration au sein de l'administration fédérale bénéficient d'une garantie du salaire pendant au moins deux ans, en fonction de leur âge (art. 25, al. 3, en relation avec l'art. 52a OPers). L'établissement étant un employeur autonome doté de la personnalité juridique, sa liberté en matière de politique du personnel ne doit pas être restreinte durant une période excessivement longue; aussi le droit provisoire fixe-t-il la garantie du salaire à un an dans la loi d'organisation. Cette garantie d'un an s'applique également lorsqu'une baisse de salaire serait opportune au vu de l'évaluation du personnel réalisée par l'ancien ou le nouvel employeur. Le nombre de cas devrait être très faible, de sorte que l'on peut renoncer à déroger à la garantie du salaire¹¹⁵. Si, comme c'est souvent le cas au début, les structures organisationnelles de l'établissement ou les contrats de travail subissent de nouvelles modifications au cours de la première année d'engagement, la garantie du salaire au sens de l'al. 2 continue de s'appliquer.

Le droit transitoire n'a pas besoin d'accorder une protection supplémentaire contre le licenciement lorsque les rapports de travail restent soumis à la LPers et donc au statut de la fonction publique. En revanche, une protection d'un an contre un licenciement par le nouvel employeur a été prévue lors du transfert des rapports de travail de droit public de la Régie fédérale des alcools (RFA) à «Alcosuisse SA», car cette dernière et son droit du personnel sont assujettis au CO (art. 76d, al. 2, P-Lalc¹¹⁶).

Dès leur transfert, les rapports de travail sont soumis au droit du personnel ou à l'ordonnance sur le personnel de l'établissement (par ex. concernant les modalités de la poursuite du versement du salaire en cas de maladie ou d'accident). Le transfert juridique au sens de l'al. 1 signifie cependant que l'établissement doit prendre en compte dans les prétentions relevant du nouveau droit du personnel les années de service effectuées par l'employé auprès de l'ancienne unité administrative. Les prétentions liées au nombre d'années de service (par ex. montant et forme de la prime de fidélité) et dont la réalisation n'interviendrait qu'après le transfert des contrats ne peuvent pas être obtenues automatiquement auprès de l'établissement. Leur existence effective doit être réévaluée à l'aune des prescriptions sur le personnel de l'établissement (al. 1).

Al. 3: sous réserve de la garantie du salaire pendant un an selon l'al. 2, les rapports de travail sont assujettis dès leur transfert au nouveau droit du personnel de l'établissement. Ce dernier doit donc soumettre à ses employés de nouveaux contrats de travail. Pour des raisons de sécurité juridique, un bref délai sera prévu à cet effet, les employés ne devant pas disposer d'un contrat de travail au nom de l'ancien employeur durant une période trop longue.

¹¹⁵ Selon l'OPers (art. 39, al. 5), des baisses de salaire de 2 % au plus sont possibles uniquement lorsque l'employé n'atteint pas les objectifs d'après l'évaluation du personnel.

¹¹⁶ FF 2016 7435

Étant donné que le personnel n'est pas à l'origine du transfert des rapports de travail à l'établissement et qu'une période d'essai est généralement assortie de conditions de résiliation facilitées, voire n'offre aucune protection en la matière, les nouveaux contrats de travail ne peuvent pas fixer de période d'essai.

Al. 4: les recours du personnel qui sont pendants au moment du transfert des rapports de travail sont évalués selon l'ancien droit. Dans la mesure du possible, l'unité administrative précédente sera maintenue sur le plan formel jusqu'à ce qu'elle ait résolu tous les litiges relevant de ce droit.

Les besoins réglementaires complémentaires ou divergents doivent être examinés au cas par cas avec l'OPFER.

Lors du transfert du personnel à l'établissement, on tiendra compte non seulement des réglementations juridiques nécessaires, mais également des engagements comptables. En particulier, les crédits d'heures du personnel seront réduits autant que possible avant le transfert des rapports de travail. Des provisions peuvent être inscrites au bilan des opérations pour les soldes résiduels de compensation, de vacances et d'heures supplémentaires.

Exemples:

Art. 43 P-LPrév, art. 29 LMC, art. 40 LASRE (transfert des rapports de travail), art. 28 LIFM, art. 38, al. 1, 39 (qualification complémentaire du personnel) et 40 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 28 P-LASEI.

Art. 27 Employeur compétent

En qualité d'employeur, l'établissement est désormais responsable des tâches que ses organisations précédentes accomplissaient dans l'administration fédérale centrale. Comme pour les collaborateurs actifs (art. 26 de la loi-type), la loi d'organisation doit également clarifier la situation juridique des bénéficiaires de rentes du point de vue du droit transitoire.

L'établissement est l'employeur compétent pour tous ses bénéficiaires de rentes précédents et, dans le cadre fixé, pour tous ses futurs bénéficiaires de rentes (rentes de vieillesse, de survivants et d'invalidité). Il doit donc assumer les obligations correspondantes (par ex. financement des frais administratifs ou d'une adaptation exceptionnelle au renchérissement, éventuelle cotisation patronale en cas d'assainissement).

En vertu de l'art. 32f, al. 1, LPers, le nouvel employeur est également chargé des bénéficiaires de rentes précédents de l'unité administrative en cas de changement de statut juridique. Les bénéficiaires de rentes relevant de l'établissement sont donc transférés dans la nouvelle caisse de prévoyance avec le personnel actif. La

dérogation énoncée à l'art. 32f, al. 2, LPers doit être utilisée de manière *restrictive* (par ex. art. 76e P-Lalc¹¹⁷).

Exemples:

Art. 30 LMC, art. 29 LIFM, art. 29 P-LASEI.

Art. 28 Inscriptions aux registres

Al. 1: pendant un délai transitoire, le département compétent peut mettre à jour, par voie de décision, sans impôt ni émoluments, les inscriptions aux registres (registre du commerce, registre foncier, etc.) qui doivent être modifiées en raison de la création de l'établissement. La décision sert de base à l'inscription.

Al. 2: la loi d'organisation prévoira une réévaluation ultérieure sans incidence fiscale uniquement s'il existe des motifs objectifs correspondants (incertitudes lors de l'évaluation, modification des normes comptables, etc.). En général, ces actualisations seront réalisées, également sans incidence fiscale (art. 25, al. 5, de la loi-type), dans le cadre du transfert des actifs et des passifs.

Il faut examiner au cas par cas si d'autres réglementations transitoires sont nécessaires dans la loi d'organisation ou si elles peuvent figurer, le cas échéant, dans celle régissant les tâches. Le droit transitoire définira, par exemple, la compétence de statuer sur les recours concernant l'ancienne unité administrative ainsi que le droit applicable. Dans la mesure du possible, l'unité administrative précédente sera maintenue sur le plan formel jusqu'à ce qu'elle ait résolu tous les litiges relevant de l'ancien droit. Exemples: droit applicable aux procédures en cours (art. 58, al. 3, LFINMA); droit applicable aux promesses ou garanties accordées selon l'ancien droit (art. 38 LASRE). Voir également l'annexe 1, notamment le commentaire sur les «procédures et voies de droit».

Exemples:

*Art. 15, al. 1, let. b, et al. 4, LOP*¹¹⁸, *art. 30 P-LASEI.*

Art. 29 Abrogation d'autres actes

Voir le commentaire de l'art. 30 de la loi-type.

Exemples:

Art. 26 LMC.

¹¹⁷ Modification du 30 septembre 2016 de la loi fédérale du 21 juin 1932 sur l'alcool (RS 680); P-Lalc dans: FF 2016 7435

¹¹⁸ Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur l'organisation de La Poste Suisse (loi sur l'organisation de la Poste, LOP; RS 783.1)

Art. 30 Modification d'autres actes

Art. 29 et 30: si les dispositions abrogeant ou modifiant d'autres actes font ensemble plus d'une page imprimée, elles sont mentionnées dans une annexe (voir les Directives de la Confédération sur la technique législative [DTL] de 2013, Cm 48 ss.)¹¹⁹.

Exemples:

Art. 27 LMC, annexe du P-LPrév, annexe de l'art. 26 P-LASEI (notamment la modification de la LERI¹²⁰).

Autres objets éventuels réglementés par les art. 29 et 30:

- abrogation de bases concernant des tâches externalisées, des unités d'organisation ou du patrimoine transféré (par ex. fonds spécial);
- modifications des dispositions concernant l'administration de la justice (par ex. art. 33, let. b, ch. 5, LTAF sur la révocation d'un membre du conseil d'administration). De plus, l'art. 14 PA¹²¹ (compétence pour l'audition de témoins) devra être complété le cas échéant.
- complément du champ d'application de l'art. 2 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP).
- modifications concernant les nouvelles désignations.

Art. 31 Référendum et entrée en vigueur

Une entrée en vigueur progressive est possible et généralement opportune. Exemple (bien qu'il s'agisse d'un cas plutôt atypique): en vertu de l'art. 31, al. 2, LMC (RS 432.301), les art. 9 à 14, 15, al. 5, 16, al. 3, 18, al. 3, 19 à 22 et 28 de cette loi sont entrés en vigueur le 19 octobre 2009¹²² et les autres dispositions, le 1^{er} janvier 2010¹²³. De plus, la création de l'établissement requiert plusieurs décisions du Conseil fédéral (voir l'art. 25, al. 2 à 4, de la loi-type). Concernant l'entrée en vigueur progressive, voir également les DTL, Cm 176 ss.

Il convient d'examiner soigneusement, au cas par cas, les dispositions devant entrer en vigueur par anticipation. Les prescriptions suivantes de la loi-type seront considérées: art. 1 (établissement/forme et personnalité juridiques), art. 5 à 11

¹¹⁹ [www.bk.admin.ch/Thèmes/Législation/Technique législative](http://www.bk.admin.ch/Thèmes/Législation/Technique_législative)

¹²⁰ Loi fédérale du 14 décembre 2012 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation, LERI; RS **420.1**

¹²¹ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS **172.021**)

¹²² Ordonnance du 30 septembre 2009 concernant l'entrée en vigueur partielle de la loi sur les musées et les collections et la phase initiale d'exploitation du Musée national suisse (RS **432.301**)

¹²³ Ordonnance du 4 décembre 2009 sur l'entrée en vigueur complète de la loi sur les musées et les collections (RO **2009 6427**)

(organisation et personnel), art. 17 (comptabilité), art. 19, al. 3 (accord de trésorerie), art. 21, al. 4 (contrat concernant la location ou l'usufruit des immeubles de la Confédération), art. 22 (objectifs stratégiques), art. 23 (surveillance) et art. 25 (institution de l'établissement).

On veillera en particulier à coordonner l'entrée en vigueur complète de la loi d'organisation, celle des dispositions (modifiées) concernant les tâches et l'abrogation ou la modification du droit en vigueur. Il faut savoir clairement, à tout moment, qui agit et en vertu de quelles dispositions. La loi d'organisation entrera entièrement en vigueur à la date à laquelle l'établissement sera opérationnel, c'est-à-dire assumera ses tâches, soit à la même date que la loi régissant les tâches. Le cas échéant, deux organisations fonctionneront provisoirement en parallèle: d'un côté, l'unité administrative centrale qui assume ses tâches selon l'ancien droit; de l'autre, les organes de l'établissement qui, en s'appuyant sur l'entrée en vigueur partielle de la loi d'organisation, prennent les mesures préparatoires requises afin que l'activité de l'unité administrative centrale puisse être reprise par l'établissement conformément à la loi modifiée régissant les tâches.

Exemples:

*Art. 31, al. 2, LMC, art. 42 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 30, al. 2, LIFM,
art. 31 P-LASEI.*

3 Annexe: Autres objets réglementaires éventuels

Compétence de conclure des accords internationaux: s'il existe un besoin en la matière et si les règles énoncées à l'art. 3, al. 4, de la loi-type (participation ou représentation de la Confédération dans le cadre des accords existants) ne suffisent pas, la loi d'organisation peut créer des bases légales élargies en vue d'une collaboration dans un contexte international. Cela implique de donner au Conseil fédéral la compétence de conclure des accords. Le cas échéant, on peut également créer ici une base légale pour les contributions de la Confédération, qui est nécessaire au regard du droit sur les subventions. Exemples: art. 4, al. 3 et 4, LIFM; art. 37, al. 3, P-LPrév.

Application du droit privé: si, à titre exceptionnel, les relations juridiques sont régies par le droit privé (par ex. relations juridiques avec les bénéficiaires d'un droit d'usage ou avec les clients). Cette réglementation relève en principe de la loi régissant les tâches, mais en l'absence de cette dernière, les prescriptions doivent figurer dans la loi d'organisation. Le commentaire de cette réglementation devrait également aborder la question de la *responsabilité* et préciser en particulier que la LRCF n'est pas applicable. Si possible, on indiquera concrètement quel droit s'applique (droit des mandats, etc.). Exemples de réglementations particulières: exclusion de l'application de la LRCF pour la responsabilité des membres des organes ou renvoi aux dispositions du droit sur la société anonyme à l'art. 23 LASRE (les rapports de travail du personnel sont régis par le CO, c'est-à-dire par le droit civil). En vertu de l'art. 9 LMC, les relations juridiques du MNS avec ses partenaires contractuels et ses clients et, partant, la responsabilité de l'établissement sont assujetties au droit privé. Sont réservées les relations juridiques pour lesquelles la LMC prévoit expressément le droit public, telles que le contrat de droit public entre la Confédération et le MNS concernant l'utilisation des biens-fonds (voir l'art. 16, al. 3, LMC).

Capital de dotation: il s'agit du capital social que la Confédération met à la disposition d'un établissement lui appartenant. Le capital de dotation versé est pris en compte dans le capital propre. Si la Confédération met exceptionnellement un capital de dotation à la disposition de l'établissement (voir également le commentaire de l'art. 19, al. 3, de la loi-type), il faut réglementer en particulier son montant (et, le cas échéant, la délégation de compétences), son type (immobilisations corporelles, telles que le transfert de biens-fonds, ou apport en espèces) et le moment du dépôt. Principe directeur applicable: 24.

Garanties particulières et prise en charge de risques: si, en plus de garantir la solvabilité (voir l'art. 19, al. 2, de la loi-type), la Confédération accorde exceptionnellement d'autres garanties, celles-ci doivent figurer de manière explicite dans la loi. Exemples: art. 3, al. 2 et 4, LASRE. Principe directeur applicable: 12.

Biens mobiliers: si la Confédération transfère la propriété ou l'utilisation de biens meubles à l'établissement, cela doit être réglementé dans la loi (dans le cadre du droit public). Exemples: art. 40c de la loi sur les EPF, art. 15 LMC.

Droits de propriété intellectuelle: si des biens immatériels (par ex. brevets, droits d'auteur) sont produits dans le cadre de l'établissement, il faut réglementer en particulier la propriété (elle revient en général à l'établissement), l'utilisation et une éventuelle participation aux bénéfices des personnes ayant créé ces biens. Exemples: art. 19 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 36 de la loi sur les EPF.

Obligation d'assurance: si une exonération des obligations d'assurance ou la création d'une telle obligation sont prévues, la loi doit les réglementer. Exemple: art. 15, al. 5, LMC (délégation de compétences).

Procédures et voies de droit: les dispositions générales de la loi fédérale sur la procédure administrative, de la loi sur le Tribunal administratif fédéral et de la loi sur le Tribunal fédéral s'appliquent aux procédures et aux voies de droit. Des réglementations spéciales sont possibles pour apporter des précisions et, dans des cas dûment justifiés, pour définir des dérogations. Elles figurent généralement dans la loi régissant les tâches (voir également à ce sujet le commentaire de l'art. 26, al. 4, de la loi-type). Parallèlement à la nouvelle loi d'organisation, il est possible de modifier des lois existantes régissant les tâches ou de fixer des règles particulières pour les procédures et les voies de droit (voir les art. 28 et 30 de la loi-type). Il convient d'examiner si des dispositions juridiques transitoires sont requises (par ex. compétence de statuer sur les recours liés à l'ancienne unité administrative et droit applicable). Si l'établissement a qualité pour recourir, cela doit être réglementé de manière spécifique. Exemples: art. 37 et 37a de la loi sur les EPF. De plus, l'art. 14 PA (compétence pour l'audition de témoins) devra être complété le cas échéant.

Droit des marchés publics: les entités de droit public qui accomplissent des tâches publiques devraient passer leurs marchés publics conformément à la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1; concernant l'IPI, voir JAAC 67.4). La LMP s'applique formellement aux entités devenues autonomes, mais uniquement si elles y sont expressément mentionnées, car cette loi suit le principe de l'énumération. Il faut donc examiner avec l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) si l'assujettissement de l'établissement à la LMP doit être prévu dans cette loi. Exemples: art. 27 LMC en relation avec l'art. 2, al. 1, let. f, LMP; art. 26 LIFM en relation avec l'art. 2, al. 1, let. g, LMP. Dans tous les cas, le chapitre 3 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) est applicable aux établissements qui ne fournissent pas de manière prépondérante des prestations sur le marché (art. 32, let. a, OMP en relation avec l'art. 7a, al. 1, let. c, OLOGA)¹²⁴.

¹²⁴ Outre l'adjudication des marchés publics conformément à la loi, l'OMP réglemente au chapitre 3 les «autres marchés» de la Confédération (voir également l'art. 1, let. b, OMP).

Évaluation: s'il existe un intérêt concret, une clause d'évaluation peut être prévue. Voir également à ce sujet l'[art. 170 Cst.](#), l'[art. 141 LParl](#) et l'[art. 5 LSu](#). Exemples: [art. 38 P-LPrév](#), [art. 35 LASRE](#).

Sous-délégation des dispositions d'exécution: s'il existe un besoin manifeste, une disposition de sous-délégation peut être définie comme dans la LOGA (concernant les offices et les groupes d'offices, voir l'[art. 48, al. 2, LOGA](#)). Elle permet au Conseil fédéral d'autoriser l'établissement à édicter des dispositions d'exécution relatives à la loi d'organisation dans des domaines de portée restreinte. Une sous-délégation entre en ligne de compte pour les questions essentiellement techniques et s'adresse au conseil d'administration (art. 7, let. c, de la loi-type). L'admissibilité et les conditions-cadres d'une sous-délégation doivent impérativement être respectées.

Assurance-qualité: [art. 10a](#) de la loi sur les EPF.

Organisation de l'entreprise: ancrage régional, structures de groupe/structures de holding/succursales. Exemples: composition du Musée national suisse ([art. 6 LMC](#)), instituts régionaux de l'IFFP ([art. 3, al. 2, de l'ordonnance sur l'IFFP](#)), agences de la Suva ([art. 65 LAA](#)¹²⁵), description du domaine des EPF ([art. 1 de la loi sur les EPF](#)).

Questions de coordination: d'autres réglementations d'une durée limitée peuvent être nécessaires en raison de l'externalisation de tâches ou de la création de l'établissement, notamment en rapport avec la coordination. Exemple: [art. 38 LASRE](#) (droit transitoire pour les garanties existantes).

Mise à disposition d'immeubles pour une durée limitée: si les immeubles sont mis à disposition pour une durée limitée, une réglementation transitoire sera établie sur la base de l'[art. 21](#) de la loi-type. Exemple: [art. 41 de l'ordonnance sur l'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle](#).

Système informatique de gestion du personnel (protection des données¹²⁶): une base légale formelle doit être créée dans la loi d'organisation pour les employeurs soumis à la LPers dont les données du personnel ne sont pas gérées par le DFF dans le système BV Plus, du moins tant que la LPers ne comprend aucune réglementation distincte pour ces employeurs. Exemples: [art. 36a](#) et [36b](#) de la loi sur les EPF (systèmes d'information concernant le personnel, systèmes de gestion des études); [art. 53 ss OPers-METAS](#) sur le traitement des données (concernant le système informatique de gestion du personnel, voir notamment les [art. 59 s.](#)). Adopté par le Conseil fédéral le 18 décembre 2015, le message relatif à la loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (loi sur les fonds de compensation) propose une modification de la LPers visant à abroger les [art. 27a](#) à [27c](#) LPers et à les remplacer par un nouvel [art. 27](#) intitulé «Administration du personnel» ([FF 2016 271](#) [message] et [FF 2016 313 322](#) [projet de loi]). La modification proposée serait applicable au traitement des données du personnel de tous les employeurs dont le

¹²⁵ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA; [RS 832.20](#))

¹²⁶ En général, d'autres dispositions sur la protection des données figurent dans la loi régissant les tâches. Voir, par exemple, le traitement des données personnelles dans les projets de recherche aux [art. 36c ss](#) du projet de loi sur les EPF.

droit du personnel est assujéti à la LPers. Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette modification de la LPers, la disposition proposée¹²⁷ doit figurer dans la loi d'organisation. Voir à ce sujet les commentaires correspondants dans le message (FF 2016 302 ss.).

¹²⁷ [En l'espèce: art. 10a] Administration du personnel

¹ L'employeur traite [en l'espèce: X traite], sous forme papier et dans un ou plusieurs systèmes d'information, les données relatives au personnel dont il a besoin pour exécuter les tâches qui lui sont assignées par la présente loi, notamment pour:

- a. déterminer les effectifs nécessaires;
- b. recruter du personnel afin de garantir les effectifs nécessaires;
- c. gérer les salaires et les rémunérations, établir les dossiers du personnel et gérer les communications adressées aux assurances sociales;
- d. promouvoir les mesures de développement et de fidélisation des employés;
- e. maintenir et augmenter le niveau de qualification des employés;
- f. assurer une planification, un pilotage et un contrôle au moyen d'analyses de données, de comparaisons, de rapports et de plans de mesures.

² Il peut traiter les données personnelles ci-après relatives au personnel qui sont nécessaires à l'exécution des tâches mentionnées à l'al. 1, y compris les données sensibles et les profils de la personnalité:

- a. données relatives à la personne;
- b. données relatives à l'état de santé en rapport avec la capacité de travail;
- c. données relatives aux prestations, au potentiel et au développement personnel et professionnel;
- d. données requises dans le cadre de la collaboration à la mise en œuvre du droit des assurances sociales;
- e. actes de procédure et décisions des autorités ayant trait au travail.

³ Il est responsable de la protection et de la sécurité des données.

⁴ Il ne peut transmettre des données personnelles à des tiers que s'il existe une base légale ou que la personne à laquelle ces données se rapportent a donné son consentement écrit.

⁵ Il édicte des dispositions d'exécution concernant:

- a. l'architecture, l'organisation et l'exploitation du système d'information;
- b. le traitement des données, notamment leur collecte, leur conservation, leur archivage et leur destruction;
- c. les autorisations de traitement des données;
- d. les catégories de données visées à l'al. 2;
- e. la protection et la sécurité des données.

⁶ Il peut prévoir la communication de données non sensibles à des tiers par consultation en ligne. Il édicte les dispositions d'exécution nécessaires.