

CH_VB 150000197 vom 10. Juni 2009

Bundesverwaltung, 2009-06-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_150000197

FR: CH_VB 150000197 du 10 juin 2009

IT: CH_VB 150000197 del 10 giugno 2009

Erwägungen

E. 1

Introduction 102

E. 1.1

Etat de la question et objectifs du rapport Le 24 mai 2006, à l'occasion de l'approbation des mandats de prestations confiés à neuf unités administratives, le Conseil fédéral a décidé que les nouveaux candidats GMEB, au sens de l'art. 44 OLOGA, allaient dorénavant devoir lui être soumis pour approbation par les départements compétents, avant l'élaboration des mandats de prestations. Il a confié au DFF, en collaboration avec la Chancellerie fédérale, le mandat de préparer l'adaptation correspondante de l'OLOGA et de la lui soumettre ensuite.

Les travaux relatifs à cette adaptation ont montré que la liste des unités administratives figurant dans l'annexe de l'OLOGA devait être entièrement revue et que des éclaircissements assez importants étaient nécessaires. En particulier, la question de la délimitation entre, d'une part, l'administration fédérale décentralisée et, d'autre part, les organisations et les personnes de droit public ou privé extérieures à l'administration fédérale et chargées d'exécuter des tâches de l'administration en vertu de l'art. 2, al. 4, LOGA (ci-après : les exécutants externes) n'est pas complètement réglée. Le problème concerne essentiellement le statut des établissements de droit public juridiquement « autonomes ». Il n'existe pas de critères unifiés permettant de rattacher les unités administratives à l'administration fédérale décentralisée. La réglementation de l'OLOGA est donc imprécise et entraîne un risque d'incertitude juridique.

C'est pourquoi le Conseil fédéral, lors de sa séance du 16 janvier 2008, a chargé la ChF de procéder, en collaboration avec les départements, à un examen général de l'annexe de l'OLOGA et de lui présenter un rapport pour la fin de 2008.

Le présent rapport vise donc à pallier l'absence de critères unifiés permettant le classement univoque des unités administratives à rattacher à l'administration fédérale décentralisée et, par conséquent, à introduire des critères de démarcation permettant de tracer la limite entre les exécutants décentralisés et les exécutants externes de tâches de l'administration. Pour ce faire, le rapport élabore des critères univoques qui permettront de répertorier de manière juridiquement pertinente les unités de l'administration fédérale décentralisée qui devront figurer dans l'annexe de l'OLOGA.

E. 1.2

Aperçu du contenu L'historique de l'annexe de l'OLOGA, son importance juridique et les motifs justifiant sa révision sont présentés tout d'abord (ch. 1.3). Les principes du droit organisationnel sont ensuite exposés au ch. 2. Les conséquences du rattachement à

l'administration fédérale décentralisée ou au domaine externe occupent le ch. 3 et le ch. 4 est consacré au modèle de gestion d'entreprise dit « des 4 cercles ». Un certain nombre de critères formels et typologiques pour une nouvelle délimitation entre unités rattachées et unités externes sont examinés et définis au ch. 5 et évalués au ch. 6. Enfin, les conclusions occupent le ch. 7.

E. 1.3

Historique de l'annexe de l'OLOGA Les unités administratives de l'administration fédérale présentent une grande diversité de formes. Une description juridique abstraite des diverses catégories se heurte à de grandes difficultés, raison pour laquelle les unités administratives (offices et services, offices et services administrativement rattachés, établissements et entreprises de la Confédération, commandements militaires) avaient déjà été énumérées dans une liste figurant à l'art. 58 de l'ancienne LOA¹.

A l'échelon de la loi, aucune liste de ce type n'a été reprise dans la LOGA. Seule y figure encore l'organisation de base de l'administration fédérale : départements, offices et, le cas échéant, groupements d'offices, ainsi que les unités de l'administration fédérale décentralisée, à teneur des dispositions régissant l'organisation de l'administration fédérale (art. 2, al. 1 à 3, LOGA). La loi ne précise pas quels sont les départements, offices ou groupements existants. Elle n'en fixe pas non plus le nombre. Cette solution a été retenue en raison de la flexibilité qu'elle permet². Dans le cadre des travaux préparatoires concernant l'OLOGA, qui est l'ordonnance d'exécution de la LOGA, il a été décidé de dresser une liste complète des unités de l'administration fédérale dans l'annexe de l'OLOGA et ce, en distinguant l'administration fédérale centrale de l'administration fédérale décentralisée. Les départements ont reçu le mandat de communiquer à la ChF les unités administratives à inscrire dans l'annexe de l'OLOGA, en précisant si celles-ci étaient rattachées à l'administration fédérale centrale ou décen-

1 RO 1979 114, 127 à 134. 2 Message du 20 octobre 1993 concernant la LOGA ; FF 1993 III 949.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 103

tralisée. On a ainsi renoncé d'emblée à établir des critères précis, tant pour la distinction entre unités rattachées à l'administration et unités externes que pour le rattachement à l'administration fédérale centrale ou décentralisée, avec pour conséquence que l'introduction dans l'annexe et le rattachement à l'administration fédérale décentralisée ou centrale ont été laissés plus ou moins à l'appréciation des départements.

L'annexe de l'OLOGA a pris une grande importance dans la pratique car les actes du droit fédéral y font souvent référence. Peu de temps après l'entrée en vigueur de l'OLOGA le 1er janvier 1993, il a toutefois fallu constater que les unités de l'administration fédérale décentralisée ne figuraient pas toutes dans l'annexe. Outre les commissions à pouvoir décisionnel, la question concernait d'autres unités dont le statut (rattachement ou non à l'administration fédérale décentralisée) était peu clair, voire litigieux. A l'occasion des travaux de révision de l'OLOGA entrepris en 2001, on a donc tenté de développer des critères permettant de statuer sur le rattachement d'unités administratives à l'administration fédérale décentralisée. En raison de l'extraordinaire diversité organisationnelle que présente l'administration fédérale décentralisée, la tâche s'est toutefois révélée très difficile à

réaliser. De ce fait, il a même été question d'abroger purement et simplement l'annexe de l'OLOGA ou de la réduire à une simple liste des unités administratives de l'administration fédérale centrale. Conformément à la volonté du Conseil fédéral, l'annexe devait pourtant continuer à jouer son rôle de moyen d'information et de guide dans le domaine de l'administration fédérale décentralisée. Le 21 août 2002, à la demande de la ChF, le Conseil fédéral a donc décidé de modifier l'art. 6, al. 3 et 4, OLOGA et d'y arrêter que l'annexe de l'OLOGA ne comprendrait plus, à côté des unités de l'administration centrale, que les principales unités de l'administration fédérale décentralisée. Le rattachement des unités administratives à l'administration fédérale décentralisée n'a de ce fait plus qu'une valeur déclarative⁴ ; par contre, ce même rattachement fixé dans les ordonnances organisationnelles du Conseil fédéral a gardé son caractère constitutif pour les départements et pour la Chancellerie fédérale. Le Conseil fédéral a en outre chargé la ChF et les départements de veiller à ce que les projets d'actes législatifs ne contiennent plus désormais de renvois à l'annexe de l'OLOGA. La modification est entrée en vigueur le 1er octobre 2002.

E. 1.4

Nécessité d'une révision Seules les « principales » unités de l'administration fédérale décentralisée figurent dans l'annexe de l'OLOGA. L'art. 6, al. 1, let. f, et 3, OLOGA rattache explicitement les établissements « autonomes » à l'administration fédérale décentralisée. L'annexe contient entre autres des établissements autonomes comme le domaine des EPF (et le LFEM qui lui est rattaché) ou comme la RFA. D'autres établissements « autonomes », comme la poste et la CNA, sont par contre absents de la liste. Faut-il en conclure que, d'après le droit en vigueur, ces deux entités ne comptent pas parmi les principales unités de l'administration fédérale décentralisée ou qu'elles sont extérieures à l'administration fédérale, contrairement à ce que laisse entendre la teneur de l'art. 6, al. 1, let. f, et 3, OLOGA ? Cet exemple montre que l'annexe ne peut pas jouer son rôle de guide pour la composition de l'administration fédérale décentralisée. La modification de l'art. 6, al. 3 et 4, OLOGA en 2002 ne s'est donc pas révélée concluante.

Pour que l'annexe puisse fournir des informations sur la composition de la totalité de l'administration fédérale et sur sa division en administration fédérale centrale et décentralisée, il faut élaborer des critères de délimitation clairs – au regard de la Constitution et des lois – entre personnes juridiques exécutant des tâches de l'administration. Ces critères doivent être fixés à l'échelon de l'ordonnance, avec les modifications correspondantes de l'annexe de l'OLOGA. L'OLOGA et son annexe doivent être conçues de manière à permettre de déterminer de façon univoque si une unité administrative juridiquement autonome fait partie ou non de l'administration fédérale. Le cas échéant, les ordonnances organisationnelles du Conseil fédéral applicables aux départements et à la Chancellerie fédérale devront elles aussi être adaptées.

³ RO 1999 1258 ⁴ L'annexe de l'OLOGA devait à l'origine être constitutive pour l'administration centrale et décentralisée. Conformément à la demande de la ChF du 17 juillet 2002, la modification de l'art. 6 OLOGA limite la valeur constitutive de l'annexe de l'OLOGA à la composition de l'administration fédérale. ⁵ RO 2002 2827

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 104

2. Principes de droit organisationnel La Constitution fédérale n'arrête que peu de principes de droit organisationnel. Elle se limite à désigner l'administration fédérale comme administration exécutive (art. 178, al. 1, Cst.) et à indiquer les organes qui la composent au plus haut niveau (art. 178, al. 2, et 179 Cst.). Elle règle en outre les conditions auxquelles des tâches de l'administration peuvent être confiées à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale (art. 178, al. 3, Cst.). Les dispositions énoncées à l'art. 178 Cst. sont précisées à l'échelon de la loi (art. 2 LOGA) et de l'ordonnance (art. 6 à 8 OLOGA). La loi opère la distinction entre administration fédérale (art. 2, al. 1 à 3, LOGA) et exécutants externes de tâches de l'administration (art. 2, al. 4, LOGA). Le droit organisationnel établit ainsi les principes qui régissent la structure de l'administration fédérale. Cette dernière se compose de l'administration fédérale centrale et de l'administration fédérale décentralisée (art. 2, al. 2 et 3, LOGA). Ces données sont concrétisées à l'échelon de l'ordonnance (art. 6 OLOGA) et établissent les principes d'après lesquels est dressée la liste des unités administratives figurant dans l'annexe de l'OLOGA et dans les ordonnances organisationnelles correspondantes de la Chancellerie fédérale et des départements.

Les principes auxquels obéit le droit organisationnel sont analysés ci-après, dans le but de montrer quels sont les domaines réglés en toute clarté et quelles sont les zones d'ombre.

E. 2

Principes de droit organisationnel 104

E. 2.1

L'administration fédérale L'ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst.) laissait la question de la composition de l'administration fédérale ouverte. La réponse était laissée au législateur⁶. La LOA⁷ partait du principe que les « tâches de l'administration fédérale » dont l'exécution ne pouvait pas être assurée par le Conseil fédéral ou la Chancellerie fédérale devaient être réparties entre les départements (art. 42, al. 1, aCst.). L'attribution par la loi de tâches administratives spéciales à des établissements ou à des entreprises de la Confédération, à des institutions d'économie mixte ou à des organismes privés était réservée (art. 42, al. 2, aCst.). Cette réserve visait le transfert de compétences relevant de la puissance publique à une entité extérieure à l'administration fédérale⁸.

On ne trouvera pas non plus de définition de la notion d'« administration fédérale » dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 en vigueur. L'art. 178, al. 2, Cst. dispose bien que « l'administration fédérale est divisée en départements ». On pourrait en déduire qu'au regard de la Constitution seule l'administration centrale organisée en départements constituerait l'« administration fédérale ». Cette déduction ne correspond toutefois pas à la volonté du constituant⁹. En ce qui concerne l'exécution des tâches confiées à l'administration fédérale, la Constitution ne prévoit qu'une alternative sommaire : soit c'est l'« administration fédérale » qui exécute une tâche (art. 178, al. 1 et 2), soit l'exécution est transférée à un exécutant externe (art. 178, al. 3, Cst.). La distinction vise manifestement à établir quelle « entité » exécute effectivement une tâche fédérale (exécutant interne ou externe à l'administration fédérale) et non à définir les formes organisationnelles de l'administration (pour les unités placées au-dessous de l'échelon départemental). C'est pour cette raison d'ailleurs qu'elle n'entre pas en contradiction avec le droit organisationnel de la Confédération, fondé sur un schéma tripartite un peu plus différencié (cf. ch. 2.2.4) d'après lequel l'exécution des tâches de la Confédération est attribuée à l'administration fédérale

centrale, à l'administration fédérale décentralisée ou au domaine extérieur à l'administration (cf. art. 2 LOGA et 6 à 8 OLOGA). Dans ce schéma, les unités centrales et décentralisées font partie de l'administration fédérale au sens de l'art. 178, al. 1, Cst., dirigée par le Conseil fédéral.

E. 2.1.1

L'administration fédérale centrale L'administration fédérale centrale se compose de la Chancellerie fédérale et des départements avec leurs unités subordonnées : les secrétariats généraux, les offices et les offices GMEB, ainsi que les groupements d'offices (art. 2, al. 1 et 2, LOGA). Ce n'est qu'à l'échelon de l'ordonnance que cette structure administrative est explicitement définie comme administration fédérale centrale (art. 6, al. 1, let. a à d, et 3, OLOGA). Les unités administratives subordonnées constituant l'administration fédérale centrale sont énumérées individuellement dans l'annexe de l'OLOGA, département par département jusqu'à l'échelon des offices (art. 6, al. 4, OLOGA). Dans ce contexte, la désignation des unités administratives (bureau, direction ou secrétariat d'Etat, p. ex.) ne joue aucun rôle. Les unités situées à un

6 Cf. Eichenberger, art. 102, ch. marg. 181 ss.

E. 2.1.2

L'administration fédérale décentralisée L'organisation et les tâches de l'administration fédérale sont réglées dans la LOGA, sous réserve de dispositions de droit spécial. Ce principe s'applique notamment à l'administration fédérale décentralisée (art. 2, al. 3, LOGA). Il s'agit là d'unités administratives qui sont certes rattachées « administrativement » aux départements¹⁰ mais dont la position, différente d'une unité à l'autre, est fixée par les actes organisationnels qui les régissent¹¹.

A l'art. 6, al. 3, OLOGA, le Conseil fédéral a arrêté que l'administration fédérale décentralisée comprend, premièrement, les commissions à pouvoir décisionnel ainsi que d'autres unités rattachées administrativement, deuxièmement, les établissements et les entreprises autonomes. Les unités organisationnelles rattachées à l'administration fédérale décentralisée à l'échelon de l'ordonnance sont donc de nature très diverse, comme le montre d'ailleurs leur liste (non exhaustive) formant l'annexe de l'OLOGA (art. 6, al. 4, OLOGA). Elles ont en commun le fait qu'elles sont administrativement subordonnées à la Chancellerie fédérale ou à un département mais qu'elles disposent d'une plus grande autonomie que les unités de l'administration fédérale centrale pour l'exécution de leurs tâches.

- Les unités décentralisées exécutent leurs tâches sans être liées par des instructions (art. 8, al. 2, OLOGA). Quant aux commissions extraparlimentaires, elles peuvent en outre être pourvues d'un pouvoir décisionnel ; cette délégation de pouvoir présuppose une base légale (cf. le nouvel art. 57a, al. 2, LOGA)¹². - La surveillance exercée sur les unités décentralisées est limitée ; son objet, son ampleur et les principes qui la régissent sont réglés dans la législation spéciale et elle dépend du degré d'autonomie de chaque unité (art. 8, al. 4 LOGA et 24, al. 3, OLOGA). L'exécution des tâches n'étant pas liée à des instructions, la surveillance exercée par l'autorité compétente est limitée d'autant. Un contrôle portant sur le fond est matériellement exclu mais la gestion des affaires est soumise à contrôle, par quoi il faut également comprendre un contrôle du taux de succès des procédures et de leur efficacité. L'examen de l'exécution des tâches ne comprend donc pas seulement un volet quantitatif, mais également un volet qualitatif¹³.

L'annexe de l'OLOGA rattache notamment les unités suivantes à l'administration fédérale décentralisée :

- Présence Suisse¹⁴ - Commission fédérale des banques - Commission de la concurrence - Commission fédérale de la communication (ComCom)¹⁵

E. 2.1.3

Délimitations du droit organisationnel en vigueur Comme exposé au ch. 2.1.2, les exécutants décentralisés de tâches de l'administration font partie de l'administration fédérale conformément à l'art. 2, al. 3, LOGA, sous réserve de dispositions contraires des actes organisationnels qui leur sont applicables. Au niveau de l'ordonnance, les établissements juridiquement autonomes sont rattachés à l'administration fédérale décentralisée (art. 6, al. 1, let. f, OLOGA). Dans l'annexe de l'OLOGA, seule une partie des établissements sont rattachés à l'administration fédérale décentralisée²², alors que d'autres ne le sont pas (poste, CNA). L'art. 6, al. 4, OLOGA, dispose bien que seules les principales unités de l'administration fédérale décentralisée figurent en annexe. Or, en raison de leur importance, la poste et la CNA devraient indubitablement y figurer. Vu qu'en plus ni les dispositions de droit organisationnel de la LAA applicables à la CNA, ni la LOP ne rattachent ces établissements à l'administration fédérale décentralisée, leur absence de l'annexe de l'OLOGA peut être interprétée comme suit : la poste et la CNA ne font pas partie de l'administration fédérale décentralisée. Selon cette interprétation, le Conseil fédéral détermine de facto, par voie d'ordonnance, quels sont les établissements juridiquement autonomes qui font partie de l'administration fédérale (décentralisée) et quels sont ceux qui sont entièrement extérieurs à l'administration fédérale.

E. 2.1.4

Les commissions extraparlamentaires Les commissions extraparlamentaires n'ont pas la personnalité juridique, bien qu'il soit envisageable qu'elles en aient une. L'exécution de tâches peut être confiée à une commission extraparlamentaire (commission à pouvoir décisionnel ou commission consultative) lorsque des savoirs spécialisés dont l'administration fédérale ne dispose pas sont requis, que la participation précoce des cantons ou

soumise à aucune directive du Conseil fédéral ou du département en ce qui concerne ses décisions. Elle est indépendante des autorités administratives et dispose de son propre secrétariat.

E. 2.1.5

Les autres unités administratives rattachées à l'administration En doctrine, outre les commissions extraparlamentaires, d'autres unités administrativement rattachées ne disposant pas de la personnalité juridique, comme le PFPDT, le Ministère public de la Confédéra-

E. 2.1.6

Les établissements et les entreprises autonomes

a) Définition Conformément à l'art. 6, al. 3, OLOGA, l'administration fédérale décentralisée se compose notamment des établissements et des entreprises autonomes.

La notion d'« entreprise » n'est pas définie dans l'OLOGA, alors que le terme apparaît fréquemment dans le droit public fédéral, p. ex. dans la loi sur le travail³⁸ ou dans la loi

fédérale sur l'assurance-accidents³⁹, sans toutefois qu'il y soit fait référence à une forme juridique ou organisationnelle particulière. Historiquement, la notion en question découle des anciennes entreprises d'armement et des régies de la Confédération (CFF, PTT, p. ex.). Le terme n'a plus de signification univoque aujourd'hui⁴⁰.

En doctrine, un « établissement » se définit comme une organisation créée par une loi et pourvue d'un champ d'activité clairement délimité dans lequel elle jouit d'une large autonomie⁴¹. Les établissements sont des unités organisationnelles de droit public instituées par le législateur et séparées de l'administration fédérale (centrale) au point de vue organisationnel⁴². Contrairement aux commissions à pouvoir décisionnel (ch. 2.1.4), les établissements disposent en règle générale de ressources financières et humaines propres. Leur degré d'autonomie dépend de leur base légale concrète. Le fait qu'un établissement dispose ou non de la personnalité juridique n'est par contre pas essentiel⁴³. En pratique, notamment en ce qui concerne la relation que les clients entretiennent avec l'établissement, ce facteur n'a qu'une importance secondaire dans la mesure où la Confédération est également garante, à titre subsidiaire, des engagements pris par les exécutants administratifs juridiquement autonomes⁴⁴.

Les établissements pourvus de la personnalité juridique peuvent agir en leur nom propre et disposer de leur propre capital. Les établissements dépourvus de la personnalité juridique agissent au nom de la collectivité chargée de l'exécution et disposent de valeurs en capital appartenant à cette collectivité⁴⁵.

Dans le langage courant, les établissements disposant de la personnalité juridique sont désignés comme établissements autonomes. La notion d'« établissement autonome », au sens juridique, doit être clairement séparée de l'usage courant du terme. Dans la législation, l'autonomie ne désigne pas l'autonomie juridique au sens de la possession d'une personnalité juridique propre, mais l'autonomie organisationnelle⁴⁶.

Au point de vue du droit organisationnel, l'établissement pourvu de la personnalité juridique est une organisation de la Confédération séparée de l'administration fédérale centrale. Il ne peut toutefois pas être décrit abstraitement sur la base de ses activités. Comme entité de droit organisationnel, il se prête à l'exécution de toutes sortes de tâches relevant de l'Etat. La personnalité juridique de

E. 2.2

Les exécutants externes de tâches de l'administration

E. 2.2.1

Interprétation littérale Conformément à l'art. 178, al. 3, Cst., la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale. Cette disposition a manifestement fait passer la teneur presque identique de l'art. 2, al. 4, LOGA à l'échelon constitutionnel. La formulation de la Constitution se distingue toutefois sur un point capital de celle de la LOGA : là où cette dernière porte que le transfert de tâches se fait par le biais de la « législation fédérale », donc potentiellement aussi par voie d'ordonnance, la Constitution porte « la loi ». Par cette disposition, la Constitution statue que le transfert de tâches à des organismes et à des personnes extérieurs à l'administration s'effectue sous réserve d'une loi : si on veut confier des tâches de l'administration à des organismes ou à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale, alors il faut que

le législateur le prévoie.

E. 2.2.2

Historique L'interprétation littérale est confirmée par l'historique de la disposition analysée ici. L'étude de sa genèse montre en effet que l'art. 178, al. 3, Cst. a suscité un vif débat, alors que les deux alinéas précédents du projet présenté par le Conseil fédéral (art. 166 p-Cst.57) avaient été adoptés sans problème par les deux chambres. La solution proposée par les commissions compétentes, mais finalement rejetée, aurait permis de définir globalement, dans une loi générale comme la LOGA, les conditions permettant d'effectuer un transfert de tâches. La version en vigueur, conforme au projet du Conseil fédéral, exige au contraire une délégation de pouvoirs sous la forme d'une loi spécifique58. Par conséquent, les transferts de tâches s'effectuent exclusivement par le biais d'une loi spéciale taillée sur mesure.

E. 2.2.3

La notion de « tâches de l'administration » La notion de « tâches de l'administration » n'est pas clairement définie dans la Constitution. Dans un sens restreint, une tâche de l'administration peut être définie comme une tâche d'intérêt public, inscrite dans la Constitution ou dans la législation, et devant être exécutée par l'administration. En ce sens, il s'agit d'une tâche exécutive59. L'expression « tâches de l'administration » est toutefois deve-

57 FF 1997 I 597, 636 58 Biaggini, ch. marg. 1, 32, avec renvois ; BO 1998 N. 112, 366 s.

59 Cf. Biaggini, ch. marg. 29 s. ; Sägerser, Autorités fédérales, ad art. 178 Cst, ch. marg. 813 à 816 ; Sägerser, LOGA, ad art. 2, ch. marg. 130.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 111

nue d'usage courant pour désigner les activités administratives des exécutants de tâches de l'administration60. Ces tâches peuvent relever ou non de la puissance publique. On peut p. ex. les répartir entre les catégories suivantes61 :

a) tâches relevant de l'ordre public, comme la police de sécurité et des transports, l'inspection du travail, la police du commerce, l'inspection des bâtiments et la lutte contre les dangers naturels de toute nature ; b) tâches sociopolitiques, comme la protection des travailleurs, la protection des locataires et des consommateurs, ou encore la gestion du logement social, des bourses d'études, des assurances sociales et de la prévoyance publique ; c) tâches de pilotage, comme l'aménagement du territoire, le règlement des droits de propriété dans le droit foncier rural, l'application de la politique de l'énergie et des transports, l'application des politiques économiques (politique de l'emploi, politiques conjoncturelle, monétaire, régionale et agricole), et d) tâches d'infrastructure, comme la construction et la gestion de réseaux de transport (rail, route, transport aérien) ou d'installations de distribution (eau, électricité, gaz) et d'élimination (déchets).

L'incertitude demeure toutefois quant à savoir si la notion de « tâches de l'administration » figurant à l'art. 178, al. 3, Cst. ne devrait pas également être interprétée dans un sens plus large, jusqu'à y inclure la compétence d'édicter des réglementations purement secondaires, pour autant que la Constitution elle-même ne l'exclue pas formellement (art. 164, al. 2, Cst.). D'après cette interprétation, une tâche de l'administration ne serait pas

forcément une tâche purement exécutive.

Par contre, les activités des pouvoirs publics qualifiées d'« activités administratives auxiliaires » ne font pas partie des tâches de l'administration⁶².

E. 2.2.4

Transfert de tâches à des exécutants externes L'art. 178, al. 3, Cst. traite du transfert de tâches de l'administration. La disposition constitutionnelle ne contient que des indications très générales quant aux formes organisationnelles et juridiques possibles pour des exécutants de tâches de l'administration situés à l'extérieur de l'administration fédérale⁶³. La Constitution porte que les organismes et les personnes auxquels des tâches de l'administration sont confiées « sont extérieurs à l'administration fédérale », c'est-à-dire qu'il s'agit d'exécutants externes. Le rapport à l'administration fédérale n'existe que dans la mesure où ces organismes et ces personnes exécutent des tâches de l'administration⁶⁴. La doctrine dominante n'en rat- tache pas moins à l'administration fédérale décentralisée certains organismes ou certains exécutants auxquels des tâches de l'administration ont été confiées. Selon Häfelin/Haller, il s'agit là avant tout des établissements de droit public de la Confédération. Ces exécutants de tâches de l'administration, rendus autonomes matériellement et en termes de personnel, prennent en charge un certain nombre de tâches fédérales dans les limites de leur autonomie. Les établissements publics qualifiés d'autonomes disposent de la personnalité juridique. Les CFF, autrefois établissement de droit public non autonome de la Confédération, sont aujourd'hui une société anonyme de droit spécial (art. 2 LCFF). Il est également possible de transférer des tâches de l'administration à une fondation de droit public de la Confédération (exemple : la fondation Parc national suisse)⁶⁵. Biaggini lui-même, qui ne

60 Tschannen/Zimmerli, § 1, ch. marg. 18. 61 Tschannen/Zimmerli, § 3. 62 JAAC 60.1, ch. 4. Dans ce domaine, la doctrine ne connaît ni définitions ni délimitations claires. Les expres- sions « administration auxiliaire » et « activités administratives annexes » sont fréquemment prises l'une pour l'autre. Parfois on leur reconnaît un sens différent, parfois les contenus notionnels proposés se recourent. Par « activités administratives annexes » la doctrine dominante entend aujourd'hui les activités de droit privé exer- cées par l'Etat pour se procurer les biens et les prestations nécessaires à l'exécution des tâches officielles. Ces activités des pouvoirs publics ne font partie ni de leurs tâches administratives ni de leurs tâches exécutives. Ces activités n'exigent pas de base légale. Il s'agit par exemple de l'acquisition de prestations de tiers et de biens matériels dont l'administration, les ateliers et les entreprises ont besoin (matériel de bureau, énergie, véhicules, p. ex.), de prestations internes à l'administration pour construire ou entretenir des infrastructures (travaux de net- toyage, de construction ou de rénovation de bureaux, p. ex.), de l'attitude de la Confédération, à titre d'employeur, à l'égard des employés travaillant dans l'administration auxiliaire, dans la mesure où cela ne con- cerne pas les rapports de travail relevant de la puissance publique dans le cadre des rapports de service, ou encore de la création ou du financement par la Confédération d'une crèche pour les enfants de ses employés. 63 Cf. Biaggini, ch. marg. 30 s. ; pour la notion d'« exécutant externe », cf. Müller, p. 114, ch. II/A. 64 Sägger, Autorités fédérales, ad art. 178 Cst., ch. marg. 829. 65 Häfelin/Haller, p. 487, ch. marg. 1700.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 112

rapporte l'art. 178, al. 3, Cst. qu'aux « véritables » transferts de tâches (dont il excepte nommément le transfert de tâches à un établissement⁶⁶) concède que l'art. 178, al. 3, Cst. n'exclut nullement des formes moins radicales d'externalisation des tâches⁶⁷. L'art. 178, al. 3, Cst. ne contient sur ce point aucune indication permettant de savoir quels sont les exécutants de tâches de l'administration qui sont rattachés à l'administration fédérale décentralisée et lesquels ne le sont pas.

Le simple fait qu'une organisation dispose d'une très large autonomie n'est pas une raison suffisante pour faire douter de son appartenance à l'administration. Ce qui est déterminant, c'est bien plutôt de savoir si oui ou non l'Etat a transféré les objectifs finaux à l'organisation de manière directe et juridiquement contraignante⁶⁸.

Le droit administratif fédéral connaît un grand nombre d'unités administratives séparées de l'administration fédérale centrale au point de vue organisationnel. Plus précisément, on peut les ré-partir en deux groupes :

a) pour ce qui est du premier groupe, la Confédération transfère une tâche à une organisation existante qu'elle n'a pas créée et dans laquelle elle n'a aucune participation en capital ; c'est notamment le cas avec l'AEnEC, la base légale pour le transfert de tâches étant l'art. 17 LEnE ; l'Inspection fédérale des pipelines selon l'art. 17, al. 1, LITC et l'Inspection fédérale des installations à courant fort selon l'art. 22 LIE présentent une situation analogue (toutes deux sont gérées par des associations professionnelles privées) ; dans tous ces cas, on a affaire à un transfert « réel » ou « complet » de tâches à un exécutant externe, caractérisé par le fait que la Confédération ne participe en aucune manière à l'exécution des tâches par les exécutants externes ;

b) pour ce qui est du second groupe, la Confédération transfère une tâche à une unité organisationnelle qu'elle a créée et rendue autonome. On en prendra pour exemple les établissements, déjà souvent évoqués, mais aussi les sociétés anonymes de droit spécial Swisscom et CFF⁶⁹, de même que Skyguide SA70, conçue comme entité de droit privé. Dans ces cas-là, il n'y a pas de transfert de tâches à un tiers déjà existant : la Confédération continue à prendre part à l'exécution des tâches, soit comme seule propriétaire de l'organisation (ce qui est le cas de tous les établissements et de Skyguide ou des CFF, p. ex., dont la Confédération détient respectivement 99,94 et 100 % du capital-actions), soit comme copropriétaire de l'organisation, avec un risque financier correspondant (Swisscom, p. ex., dont la Confédération détient 52 % du capital-actions).

Par contre il n'y a pas de transfert à un exécutant externe lorsque la Confédération ne fait que participer à une entreprise qui exécute des tâches d'intérêt public ne faisant pas partie des tâches de l'administration réglées par la loi. L'Association PPP Suisse⁷¹ et l'hôtel Bellevue Palace⁷², à Berne, en sont des exemples.

3. Conséquences du rattachement à l'administration fédérale décentralisée ou au domaine externe Différents actes législatifs prévoient des conséquences juridiques concrètes liées à l'appartenance d'une organisation à l'administration fédérale décentralisée (cf. tableau détaillé ci-dessous). Ainsi, il se peut que le champ d'application d'un acte dépende de cette appartenance ou que d'importantes dispositions matérielles fassent appel à la notion d'administration fédérale ou d'administration fédérale décentralisée. D'éventuelles réattributions d'organisations du domaine externe à l'administration à

66 Biaggini, ch. marg 27. 67 Biaggini, ch. marg 35. 68 Vogel, § 6, 1.4, p. 188. 69 Art. 1 à 3 LET et 1 à 4 et 8 LCFF. 70 Formellement, Skyguide est une société anonyme de droit privé qui tient chaque année une assemblée générale, lors de laquelle les droits d'actionnaire de la Confédération sont exercés par un représentant muni des instructions du chef du DETEC et de celui du DDPS. La Confédération détient 99,94 % des actions, les 0,06% restants appartenant entre autres aux cantons aéroportuaires, aux associations de transport aérien et aux associations de personnel (cf. art. 2, al. 2, 5 et 6, OSNA, RS 748.132.1 ; <http://www.skyguide.ch>). 71 Dans le cas du « Private Public Partnership », les tâches sont exécutées par des unités de l'administration associées à des partenaires privés, dans le cadre d'une collaboration réglée par un contrat à plus ou moins long terme (<http://pppschweiz.ch>). 72 Le BELLEVUE PALACE, qui est l'unique hôtel à cinq étoiles de la ville fédérale, appartient pour 99,7% à la Confédération ; à ce sujet : http://www.victoria-jungfrau-collection.ch/desktopdefault.aspx/tabid-121/305_read-444

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 113

celui de l'administration décentralisée ou vice-versa peuvent donc entraîner des conséquences considérables. Les exemples ci-après en témoignent :

a) Loi sur les finances (LFC ; RS 611.0) Art. 2, let. f La présente loi s'applique : f. aux unités de l'administration fédérale décentralisée qui n'ont pas de comptabilité propre.

Art. 5, let. b Le compte d'Etat de la Confédération comprend : b. les comptes annuels des unités de l'administration fédérale décentralisée et des fonds de la Confédération qui tiennent une comptabilité propre soumise à l'approbation de l'Assemblée fédérale (comptes spéciaux).

Art. 55, al. 1, let. c, et 2, let. a 73 1 Sont regroupés sur le plan comptable, selon le principe de la consolidation globale, pour l'examen du compte d'Etat : c. les unités de l'administration fédérale décentralisée qui tiennent leur propre comptabilité. 2 Le Conseil fédéral peut, par une ordonnance : a. exclure de la consolidation globale des unités de l'administration fédérale décentralisée qui tiennent leur propre comptabilité ou leur prescrire des principes pour l'établissement de leurs comptes ; Art. 61, al. 1 1 L'AFF peut, sauf dispositions contraires d'autres lois fédérales, rattacher des unités de l'administration fédérale décentralisée qui tiennent leur propre comptabilité à la trésorerie centrale pour la gestion de leurs liquidités.

Si p. ex. la fondation Pro Helvetia, qui fait partie aujourd'hui du domaine externe à l'administration, était rattachée aux unités administratives décentralisées de l'administration fédérale, cela aurait les conséquences suivantes en vertu de la LFC : - Comme la fondation est dotée d'une comptabilité propre, elle ne tomberait pas sous le coup de la LFC, même si elle était considérée comme une unité décentralisée (art. 2, let. f). - Par contre, elle devrait être incluse dans la consolidation globale (art. 55, al. 1, let. c), à moins qu'elle en soit expressément exclue par le Conseil fédéral (art. 55, al. 2, let. a). - L'AFF pourrait rattacher la fondation à la trésorerie centrale pour la gestion de ses liquidités (art. 61, al. 1).

b) Loi sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1) Art. 2, al. 1, let. c et e 1 La présente loi s'applique au personnel : c. de la Poste Suisse régie par la loi du 30 avril 1997 sur l'organisation de la Poste⁷⁴; e. des unités administratives décentralisées visées à l'art. 2, al. 3, LOGA, si les lois spéciales n'en disposent pas autrement ;

Art. 3, al. 2 2 Les départements, la Chancellerie fédérale, les groupements, les offices et les unités administratives décentralisées sont considérés comme employeurs dans la mesure où le Conseil fédéral leur délègue les compétences nécessaires à cet effet.

Art. 6a, al. 1, let. a, ch. 2 1 Le Conseil fédéral édicte les principes applicables : a. au salaire (prestations annexes comprises) des cadres du plus haut niveau hiérarchique et des autres membres du personnel rémunérés de manière comparable :

73 LFC en vigueur depuis le 1er mai 2006 sous réserve de ce qui suit : l'art. 55 entrera en vigueur le 1er janvier 2009 et l'art. 41 à une date ultérieure (RO 2008 321). Les art. 37a et 37b dans la version du 7 octobre 2005 sont en vigueur depuis le 1er janvier 2008 (RO 2008 321). 74 RS 783.1

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 114

2. des autres entreprises et établissements de la Confédération soumis à la présente loi en leur qualité d'unités administratives décentralisées ;

Art. 32a, al. 2 2 Les unités administratives de l'administration fédérale décentralisée dotées de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre dont le personnel est régi par un statut dérogeant à la présente loi en vertu d'une loi spéciale, ou qui ont les compétences d'un employeur en vertu des art. 3, al. 2, et 37, al. 3, assurent également leurs employés auprès de PUBLICA. Elles peuvent assurer leur personnel auprès d'une autre institution de prévoyance si le Conseil fédéral les y autorise et qu'aucune loi spéciale ne prévoit d'autre solution.

Art. 32b, al. 2 2 Les unités administratives de l'administration fédérale décentralisée dotées de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre sont considérées comme employeur pour leur personnel.

Art. 32d, al. 2 2 Les unités administratives de l'administration fédérale décentralisée dotées de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre qui sont soumises à la présente loi sans dérogation prévue par une loi spéciale et sans compétences d'employeur au sens des art. 3, al. 2, et 37, al. 3, créent avec le Conseil fédéral en sa qualité d'employeur une caisse de prévoyance commune (Caisse de prévoyance de la Confédération), à moins qu'une loi spéciale ne prévoit une autre solution. Tout employeur faisant partie de la Caisse de prévoyance de la Confédération est partie au contrat commun d'affiliation.

La notion d'« employeur » revêt une importance primordiale dans la LPers. Par conséquent, un transfert vers l'administration fédérale décentralisée ou, vice-versa, de cette dernière vers le domaine externe aurait des conséquences majeures pour les conditions d'engagement du personnel de l'unité organisationnelle concernée (soumission à la LPers ou non).

Si Pro Helvetia était rattachée aux unités administratives décentralisées, la LPers s'appliquerait intégralement. Il faudrait donc en outre, afin que le statut juridique du personnel soit maintenu, qu'une loi spéciale exclue toute soumission à la LPers (partie relative au droit du personnel). Au niveau de la prévoyance, un rattachement aux unités administratives décentralisées entraînerait avant tout une certaine perte d'autonomie, notamment en ce qui concerne l'élaboration d'un règlement de prévoyance distinct⁷⁵, la compétence de négocier librement avec PUBLICA concernant le maintien ou la résiliation

du contrat d'affiliation à la Caisse fédérale de pensions⁷⁶, la fixation du montant de la cotisation indépendamment de la fourchette de financement de la prévoyance prévue à l'art. 32g et la compétence de négocier librement avec PUBLICA concernant les modalités de sortie en cas de résiliation du contrat d'affiliation⁷⁷. Face à cette perte d'autonomie de Pro Helvetia, on constaterait un renforcement de l'influence de la Confédération.

Par ailleurs, si RUAG Holding SA - entreprise externe, à laquelle s'applique le CO - était soumise à la LPers, cela aurait des conséquences dans divers domaines : pour résilier le contrat de l'employé, l'employeur ne pourrait plus invoquer que les motifs prévus à l'art. 12, al. 6, LPers, ce qui correspondrait à une restriction considérable, étant donné qu'en vertu du CO il n'est en règle générale pas nécessaire d'indiquer des motifs de résiliation (sous réserve de la résiliation abusive et de la résiliation en temps inopportun). S'agissant du montant de la rémunération, RUAG n'aurait plus toute latitude. Elle devrait au moins faire approuver par le Conseil fédéral un règlement indiquant les principes et les valeurs indicatives de la rémunération du personnel. Il en irait de même des valeurs indicatives concernant les horaires de travail et les prestations annexes, qui devraient aussi être définies dans un règlement approuvé par le gouvernement.

A l'inverse, une unité décentralisée, dont le personnel est doté d'un statut de droit public et relève de la LPers, gagnerait considérablement en liberté si elle était rattachée au domaine externe et dotée d'un statut de droit privé par une modification de la loi (c'est notamment le cas de la poste). A la différence d'une unité décentralisée, elle ne devrait alors respecter que les conditions-cadres du CO et ne serait même pas obligée de conclure une convention collective de travail. Le Conseil fédéral ne pourrait fixer que certains jalons en matière de politique du personnel dans le cadre de la fixation des objectifs spécifiques à l'entreprise.

75 Art. 32c, al. 2, LPers. 76 Art. 4, al. 2, LPUBLICA et 32a, al. 2, LPers). 77 Art. 32f LPers.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 115

4. Le modèle des quatre cercles : un modèle d'économie d'entreprise

Le modèle des quatre cercles est un principe directeur d'organisation et de gestion du Conseil fédéral applicable à la gestion de l'administration. Le Conseil fédéral décrit la fonction et la signification de son modèle dans son rapport d'évaluation GMEB du 19 décembre 2001⁷⁸ en tant qu'approche pragmatique adéquate pour systématiser les principes fondamentaux de la gestion de l'administration.

Le modèle des quatre cercles donne un bon aperçu des différents degrés d'indépendance des unités de la Confédération. Il s'agit toutefois d'un modèle purement descriptif, qui définit les différents cercles en fonction de divers critères. Le premier cercle regroupe principalement les tâches liées à l'élaboration et à la formulation de la politique. Le deuxième cercle, qui fait aussi partie intégrante de l'administration centrale, réunit les unités administratives GMEB. Enfin, dans les troisième et quatrième cercles, on trouve les unités organisationnelles classées en fonction de leur forme juridique : les établissements de droit public de la Confédération juridiquement autonomes, qui assument pour l'essentiel des tâches relevant du monopole de l'Etat, appartiennent au troisième cercle, alors que les sociétés anonymes de droit privé relevant d'une législation spéciale font partie du quatrième cercle⁷⁹.

Dans son rapport du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération (rapport sur le gouvernement d'entreprise)⁸⁰, le Conseil fédéral se montre critique : « Il est vrai que des instruments de gestion homogènes sont utilisés dans les unités administratives GMEB du deuxième cercle. De même, la gestion des entreprises proches du marché faisant partie du quatrième cercle est relativement homogène. En revanche, le troisième cercle s'avère profondément hétérogène et regroupe des entités administratives s'acquittant de tâches très différentes. » Toujours selon ce rapport, « le modèle des quatre cercles présente d'autres points faibles, à savoir une séparation assez nette entre le premier et le deuxième cercle et une séparation quelque peu imprécise entre les deuxième et troisième cercles – soit la frontière entre l'administration fédérale centrale et décentralisée. » Le rapport sur le gouvernement d'entreprise a donc été élaboré dans le but de mettre au point un « modèle qui, premièrement, apporte un soutien normatif lorsqu'il y a lieu de décider si une tâche doit être externalisée ou maintenue dans l'administration fédérale centrale. Deuxièmement, si une externalisation s'impose, le modèle devra indiquer la manière de gérer l'exécution des tâches externalisées. » Pour déterminer l'opportunité d'externaliser une unité organisationnelle, le rapport précité a remplacé le modèle des quatre cercles par une typologie des tâches⁸¹ (cf. 5.2.2).

La classification selon le modèle des quatre cercles ne concorde ni avec les différents types de base des formes juridiques organisationnelles ni avec les termes de la LOGA. Le modèle ne comprend ni les commissions à pouvoir décisionnel ni les autres unités rattachées administrativement (art. 6, al. 1, let. e, OLOGA), qui ne font pas partie de l'administration fédérale centrale étant donné l'autonomie requise, mais qui, de par leurs tâches, ne peuvent pas non plus être externalisées vers le quatrième cercle (p. ex. CDF, PFPDT, AIEP). En résumé, on peut dire que le modèle des quatre cercles n'est pas un moyen idoine pour délimiter, à l'aide de normes, l'administration fédérale décentralisée et les exécutants externes de tâches administratives⁸².

5. Critères envisageables pour une nouvelle délimitation

78 FF 2002 3320. 79 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les finances de la Confédération, FF 2005 5, 42. 80 FF 2006 7799 ; 7816 s. 81 Le rapport expose 28 principes directeurs portant sur les huit aspects suivants de la gestion des entités dev- nues autonomes : forme juridique, organes, représentants de la Confédération, responsabilités, compétences particulières, objectifs stratégiques, contrôle et haute surveillance, finances et impôts. Un rapport explicatif de l'Administration fédérale des finances (AFF) concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise examine dans le détail l'importance des différents éléments de gestion et leurs répercussions ac- tuelles, établit les différents principes directeurs et les justifie, FF 2006 7799 s., 7833. Le rapport de l'AFF peut être consulté sous <http://www.efv.admin.ch/f/news/index.php>. 82 Dans son message du 24 novembre 2004 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les finances de la Confédération, le Conseil fédéral précise (FF 2005 5, 44) concernant l'orientation que doit prendre le développement du troisième cercle : « Une décentralisation peut aussi s'avérer appropriée lorsqu'une tâche est accomplie dans une grande mesure sans devoir respecter des directives (p. ex. la surveillance des marchés financiers).

Contrairement aux entreprises du quatrième cercle, celles du troisième cercle assument surtout des tâches relevant du monopole de l'Etat. Ainsi, elles ne peuvent pas réaliser de bénéfices, mais tout au plus couvrir les coûts, de très grandes différences s'observant à ce niveau. Le domaine des EPF finance aujourd'hui environ 10 % de ses besoins à l'aide de

recettes alors que d'autres entreprises du troisième cercle couvrent pratiquement tous leurs coûts (comme l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle). Le degré de couverture des coûts peut, entre autres, être pris en compte pour aménager le modèle de gestion. »

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 116

E. 3

Conséquences du rattachement à l'administration fédérale décentralisée ou au domaine externe 112

E. 4

Le modèle des quatre cercles : un modèle d'économie d'entreprise 115

E. 5

Critères envisageables pour une nouvelle délimitation 115

E. 5.1

La personnalité juridique La doctrine s'intéresse peu à la question de savoir quelle forme doit revêtir une organisation afin que des tâches puissent lui être confiées. Seul Sägerser fixe un critère de délimitation précis : selon lui, le transfert de tâches de l'administration au sens de l'art. 178, al. 3, Cst. présuppose que l'exécutant des tâches jouisse des droits civils et en ait l'exercice, qu'il puisse intervenir comme sujet de droits et d'obligations indépendant dans les rapports juridiques et qu'il soit habilité à ester en justice. Toujours selon Sägerser, si l'organisation n'a pas de personnalité juridique, il ne saurait y avoir transfert de tâches à des personnes ou à des organismes de droit privé ou public. La tâche continue alors à être assumée par l'administration fédérale⁸³. Biaggini, quant à lui, refuse qu'on se fonde sur la personnalité juridique comme critère de délimitation ; il estime que c'est un critère matériel (le fait que l'organisme ne relève plus de la responsabilité du Conseil fédéral en tant qu'organe directeur) qui est déterminant⁸⁴.

Comme il a déjà été évoqué (ch. 2.1.6), les établissements de la Confédération qui sont juridiquement autonomes sont des entreprises fédérales séparées de l'administration fédérale centrale du point de vue du droit organisationnel. C'est cependant aussi le cas de toutes les personnes morales et des organisations soumises à des lois spéciales et dotées d'une personnalité juridique propre ainsi que des organisations et personnes externes à qui une tâche a été confiée. Etant donné ce parallélisme, Sägerser⁸⁵ fixe la limite entre l'administration fédérale et les exécutants externes de tâches de l'administration de la manière suivante : toutes les unités dépourvues de la personnalité juridique font partie de l'administration fédérale ; par contre, dès que les unités ont la personnalité juridique, on peut considérer que les tâches sont confiées à des organisations externes à l'administration fédérale.

A cet égard, il convient de relever que la notion prétendument univoque de « personne morale de droit public » n'est pas incontestée dans la doctrine, bien qu'elle soit omniprésente dans la littérature⁸⁶. Une personne morale a ceci de caractéristique qu'elle est créée directement ou indirectement par une règle de droit et qu'elle est sujet de droits et d'obligations. Mais comme les dispositions pertinentes du droit privé ne s'appliquent pas directement aux personnes morales de droit public, il faut, pour que soit créée une personne morale de droit public, une base sous la forme d'un acte de droit public. Or, le droit public

prévoit que l'attribution de droits et d'obligations soit décidée en toute autonomie, raison pour laquelle l'art. 53 CC, selon lequel les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, ne s'applique pas directement (c'est-à-dire sans qu'il y ait un renvoi explicite, p. ex. dans l'acte de fondation de la personne morale concernée) au droit organisationnel de l'Etat.⁸⁷ Le fait même qu'une unité d'organisation soit conçue comme une personne morale ne permet donc pas de faire des déductions quant à ses droits et ses obligations ; le champ d'activité, le degré d'autonomie et l'organisation d'une personne morale de droit public doivent être déterminés dans son acte de fondation. Le seul principe incontesté est qu'une personne morale de droit public peut participer en son propre nom aux rapports de droit privé.⁸⁸

E. 5.2

Critères de délimitation typologiques

E. 5.2.1

Choix de la forme juridique et de la forme d'organisation

⁸³ Sägerser, LOGA, ad art. 2, ch. marg. 100s. ⁸⁴ Biaggini, ch. marg. 10, ne relève - en renvoyant aux unités administratives GMEB fixées à l'art. 44 OLOGA, qui sont gérées par le Conseil fédéral au moyen d'un mandat de prestations et d'une enveloppe budgétaire - que le degré accru d'autonomie comme critère matériel. Il estime toutefois qu'il faut remarquer (ch. marg. 11) que la limite entre la flexibilisation de l'administration et l'externalisation de tâches est floue ce qu'une disposition constitutionnelle formulée de manière inutilement succincte et « à l'emporte-pièce », telle que l'art. 178, al. 3, Cst., ne peut, par nature, pas exprimer de façon adéquate. Toujours selon lui, il faut exiger que certaines conditions juridiques soient remplies, non seulement pour le transfert de tâches au sens de l'art. 178, al. 3, Cst., mais aussi pour un « simple » accroissement du degré d'autonomie (au sein de l'administration fédérale). Dans ses autres commentaires, Biaggini n'entre pas en matière sur la question de savoir, parmi tous les organismes dotés de la personnalité juridique et chargés d'exécuter des tâches administratives, lesquels sont internes et lesquels sont externes à l'administration. ⁸⁵ Sägerser, LOGA, ad art. 2, ch. marg. 60 à 63. ⁸⁶ Vogel, p. 185. ⁸⁷ Vogel (p. 191) va encore plus loin lorsqu'il dit que la disposition en question du CC ne se réfère qu'au droit privé. ⁸⁸ Cf. Vogel, pp. 192 et 202.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 117

La doctrine dominante attribue à l'Etat une grande « liberté » en matière de choix des formes d'action et d'organisation.⁸⁹ On applique le principe de la liberté de choix de la forme, ce qui signifie que la collectivité n'est pas limitée à une forme d'organisation déterminée lors de l'exécution de ses tâches.⁹⁰

Selon le rapport sur le gouvernement d'entreprise, le choix de la forme juridique et de la forme d'organisation est crucial pour la gestion d'entités de la Confédération devenues autonomes. Lorsqu'il s'agit d'une personnalité juridique de droit public, la Confédération peut fixer le droit organisationnel de l'unité rendue autonome en fonction de ses besoins spécifiques, notamment des droits à l'information et à l'influence dont elle jouit en tant que propriétaire, ce qui est nettement plus difficile lorsqu'il s'agit d'une forme juridique relevant uniquement du droit privé, telle qu'une société anonyme de droit privé.

Selon les conclusions du rapport sur le gouvernement d'entreprise, « il convient d'assigner aux entités devenues autonomes qui accomplissent des tâches fédérales la forme d'organisation de droit public de l'établissement autonome. La forme juridique de la société anonyme de droit privé ne doit être prévue que pour les entités qui fournissent la majorité de leurs prestations sur le marché (régulé le cas échéant), qui remplissent les conditions nécessaires à leur autonomie économique, dont l'activité ne relève pas de la puissance publique et auxquelles des tiers doivent pouvoir participer. Il ne faut opter pour d'autres formes juridiques de droit privé ou d'autres formes organisationnelles de droit public s'inspirant largement du droit privé que dans des cas exceptionnels dûment justifiés »⁹¹.

La forme juridique à choisir est donc importante pour la gestion dans l'optique politico-stratégique du propriétaire⁹² et peut tout à fait - comme le montre l'exemple des établissements - entrer en considération comme critère formel de rattachement à l'administration fédérale ou aux exécutants externes de tâches de l'administration. Relèvent cependant du champ d'application du modèle de gestion toutes les unités juridiquement autonomes qui assument des tâches de la Confédération et dont le propriétaire (comme pour les établissements) ou l'actionnaire principal ou majoritaire est la Confédération.⁹³ Le rapport sur le gouvernement d'entreprise ne précise donc pas quelles formes d'organisation ou formes juridiques doivent être considérées comme faisant partie de l'administration décentralisée au sens de l'art. 2, al. 3, LOGA. Pour répondre à cette question, on peut toutefois se référer à la typologie des tâches de la Confédération prévue par le rapport sur le gouvernement d'entreprise (cf. ch. 5.2.2). Mais, d'une manière générale, on peut dire qu'étant donné leur conception de droit public spécifique les établissements et les fondations de droit public sont plus proches de l'administration fédérale centrale que des sociétés anonymes et des fondations de droit privé soumises à des lois spéciales ou relevant du droit privé.

E. 5.2.2

Caractère de la tâche administrative Les tâches et les activités de l'administration peuvent se définir selon différents critères. Dans la doctrine, il n'y a pas de consensus sur la subdivision des tâches administratives et des activités de l'administration.⁹⁴ Ci-après nous nous référerons donc à la typologie des tâches du rapport sur le gouvernement d'entreprise, qui se fonde sur des critères uniformes et qui sert de base de décision pour le transfert de tâches à des unités de la Confédération rendues autonomes.⁹⁵ Le rapport distingue quatre types de tâches de la Confédération :

a) Les tâches ministérielles

⁸⁹ Vogel, § 3, 3.3.2, p. 78 ss avec renvois. ⁹⁰ Vogel, op. cit., ch. 3.4. ⁹¹ FF 2006 7799, 7835. ⁹² Depuis le rapport du Conseil fédéral du 23 juin 2004 intitulé « Le service public dans le domaine des infrastructures », on applique le principe de la séparation entre la responsabilité politique et la responsabilité d'entreprise. « En tant que propriétaire, la Confédération se borne à assigner des objectifs stratégiques alors que la réalisation de ceux-ci incombe aux organes de l'entreprise. Les entreprises disposent ainsi d'une marge de manœuvre considérablement plus étendue qu'auparavant et la Confédération assume pour l'essentiel le rôle d'un propriétaire et d'un régulateur. La législation accorde trois instruments à la Confédération en tant que propriétaire : la définition des objectifs stratégiques, l'élection et le renvoi des membres du conseil d'administration, l'approbation du rapport de gestion et des comptes et, partant, la décision d'octroyer ou non la décharge

au conseil d'administration. » (FF 2004 4309, 4323). 93 Cf. à ce propos l'inventaire des entités et entreprises de la Confédération juridiquement autonomes à l'annexe 1 du rapport sur le gouvernement d'entreprise (FF 2006 7799, 7866s.) 94 Tschannen/Zimmerli, p. 21. 95 Rapport sur le gouvernement d'entreprise (FF 2006 7799 s., 7816 ss).

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 118

Ces tâches relèvent clairement de la souveraineté publique (p. ex. élaboration de la législation). En raison de leur contenu essentiellement politique, elles ne se prêtent pas à l'externalisation et doivent donc être exécutées par l'administration fédérale centrale.

b) Les prestations à caractère monopolistique Ces tâches ont très nettement le caractère de prestations de services, mais elles ne sont pas fournies sur un marché à proprement parler. Elles concernent notamment les domaines de la formation, de la recherche et de la culture, mais aussi de la statistique et de l'assurance contre les risques à l'exportation. Elles ont ceci de commun que les prestations liées à l'exécution des tâches sont orientées vers la clientèle et que, en raison d'une défaillance du marché, elles ne peuvent pas être fournies dans les proportions souhaitées du point de vue de l'économie générale⁹⁶. A cause de l'absence de régulation par le marché et du soutien financier parfois considérable de la Confédération, il convient de maintenir une influence politique adéquate sur ces tâches même en cas de transfert. Cette dépendance fait que tous les liens ne peuvent pas être rompus avec l'administration fédérale.

c) Les tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité Il s'agit ici de tâches de régulation, à l'instar de celles qu'exécutent la Commission fédérale des banques, la ComCom, l'ElCom, Swissmedic, la COMCO ou encore PostReg. L'accomplissement de ces tâches exige une large indépendance. La Confédération est toutefois responsable de l'exécution correcte de ces tâches relevant de la puissance publique.

d) Les prestations fournies sur le marché Les prestations fournies sur le marché comprennent des prestations d'infrastructure, comme celles que fournissent la poste, RUAG et les CFF. Elles portent sur la création et l'exploitation d'installations que le public considère comme indispensables (service public), notamment la création et l'exploitation de réseaux de transport (rail, route et voies aériennes)⁹⁷. Ces tâches ont ceci de typique qu'elles sont parfois aussi exécutées par des personnes privées (qui peuvent être titulaires d'une concession).

Cette typologie permet de conclure que le fait que l'organisation remplisse des tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité et de fourniture de prestations ayant un caractère monopolistique incite à la rattacher à l'administration fédérale décentralisée plutôt qu'aux exécutants externes de tâches de l'administration). En effet, si ces tâches n'étaient pas exécutées par des unités rendues autonomes, elles le seraient plutôt par des organes de l'administration centrale que par des exécutants externes. Ce raisonnement s'applique a fortiori aux tâches ministérielles, qui sont exceptionnellement confiées à des unités rendues autonomes.

Par opposition, les prestations fournies sur le marché sont avant tout régies par l'offre et la demande. L'influence de la Confédération y est plus faible. Il est donc logique de rattacher de manière générale les organisations qui fournissent des prestations sur le marché (indépendamment de leur forme juridique et d'autres critères) aux exécutants externes de

tâches de l'administration et non à l'administration fédérale décentralisée.

E. 5.2.3

Pilotage (responsabilité financière et organisationnelle ; liens avec le pouvoir exécutif)

Outre la forme juridique ou la forme d'organisation choisie et le caractère d'une tâche, la classification de l'exécutant d'une tâche dépend aussi du degré de participation financière de la Confédération à l'accomplissement de ladite tâche. Dans le cas des sociétés anonymes, la responsabilité financière se traduit notamment par une participation au capital-actions. Ainsi, la Confédération ne détient que 52 % du capital de Swisscom alors que ce pourcentage est de 99,94 % dans le cas de Skyguide. La participation financière de la Confédération dans les établissements varie également. La RFA, par exemple, est entièrement financée par la Confédération (et la Confédération encaisse aussi son excédent comptable), alors que Swissmedic est financée conjointement par la Confédération et les cantons.

Indépendamment de la responsabilité financière, il faut aussi prendre en considération la responsabilité organisationnelle, en vertu de laquelle un établissement peut par exemple être organisé et géré par les partenaires sociaux. C'est notamment le cas de la CNA et de PUBLICA. La possibilité d'influence de la Confédération en tant qu'autorité fédérale exécutive suprême est alors réduite d'autant.

96 Rapport du Conseil fédéral relatif au gouvernement d'entreprise de la Confédération – Mise en œuvre des résultats des délibérations au Conseil national, chap. 7 (projet provisoire de l'AFF). 97 Tschannen/Zimmerli, § 3, ch. marg. 8.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 119

La question de savoir si le pouvoir exécutif (le Conseil fédéral ou un département) pilote une organisation en nommant et en révoquant ses organes de direction suprêmes constitue un autre critère déterminant. Sont notamment concernés les organes de direction stratégiques (conseil d'administration ou conseillers de l'institut) et les organes de direction opérationnels (directions et directeurs), que le pouvoir exécutif nomme en particulier, dans le cas des établissements, en vertu des actes législatifs déterminants ou de son rôle d'assemblée générale d'une société anonyme. Cette situation se retrouve à l'ISDC, à l'ASRE, dans les domaines des EPF, à la RFA, à l'IFSN, à la FINMA, à Swissmedic, chez Skyguide, Identitas SA et Sapomp SA, ainsi qu'à Pro Helvetia (cf. tableau au ch. 5.2.4). Dans certains cas, le pouvoir exécutif dispose en outre de certains droits de codécision dans le cadre de l'exécution des tâches. Ainsi, le Conseil fédéral peut p. ex. donner à l'ASRE des directives quant à l'assurance d'une opération d'exportation particulièrement importante⁹⁸ ; ce droit d'ingérence est manifestement motivé par le fait que la Confédération assume le risque d'assurance de l'ASRE.

Si l'on considère ces différences frappantes au niveau de la responsabilité financière et organisationnelle et des liens qui unissent le pouvoir exécutif aux organisations proches de la Confédération, on est amené à tirer la conclusion suivante : plus la Confédération participe à une organisation sur les plans financier et organisationnel et plus les organes de direction suprêmes d'une organisation sont liés à l'exécutif, plus il est logique de rattacher cette organisation à l'administration fédérale décentralisée (et non aux exécutants externes de tâches de l'administration).

Avec la question de la responsabilité financière et organisationnelle de la Confédération se pose en même temps celle de l'autonomie de l'organisation. Le degré d'autonomie de l'organisation n'est pas seulement déterminé par le rôle joué par la Confédération (comme responsable ou comme propriétaire) sur les plans organisationnel ou financier, mais aussi par son pouvoir concret de codécision dans l'exécution des tâches - que ce soit en légiférant ou par des actes individuels (p. ex. droits d'approbation du Conseil fédéral) -, mais aussi par le degré de contrôle qu'elle exerce sur l'accomplissement des tâches. Les critères permettant de cerner les compétences de la Confédération en matière de pilotage sont :

- le degré de (co)participation financière ;
- le degré de codécision au niveau organisationnel ;
- le degré de codécision dans le cadre de l'exécution des tâches ;
- le degré de contrôle de l'exécution des tâches.

E. 5.2.4

Combinaison des critères typologiques et classification Le tableau ci-après distingue différents types d'organisations sur la base d'une combinaison de critères formels et matériels et les classe ainsi au sein de l'administration décentralisée ou du domaine externe à l'administration. Seules sont prises en compte les organisations que la Confédération a créées par des actes de droit fédéral ou dans lesquelles elle détient une participation majoritaire (en termes de capital et de voix). Les organisations que la Confédération ne soutient qu'à l'aide de subventions ou dans lesquelles elle ne détient qu'une participation minoritaire sont classées parmi les exécutants externes de tâches de l'administration. Car, dans ces cas, la Confédération n'a que peu de compétences de pilotage alors que les exécutants de tâches administratives disposent d'une grande autonomie en matière d'organisation et dans l'accomplissement des tâches. On peut citer à cet égard l'OSEC99 ou le Fonds national suisse de la recherche scientifique¹⁰⁰.

Dans la mesure où une organisation que la Confédération crée ou dont elle détient la majeure partie du capital et des voix fournit des prestations sur le marché, les autres critères ne jouent plus aucun rôle (cf. ch. 5.2.2 in fine). Il en va de même des organisations composées de manière paritaire (cf. ch. 5.2.3, deuxième paragraphe). Pour le reste, la classification des entités est essentiellement fonction du critère formel de la forme juridique et de la forme d'organisation (première colonne). Ensuite, on combine les différents types de tâches (deuxième colonne) avec les compétences de la Confédération en matière de pilotage (troisième colonne, elle-même subdivisée). Dans le tableau ne figurent que des exemples qui existent dans la pratique.

98 Art. 34 LASRE. 99 OSEC Business Network Switzerland (anciennement office suisse d'expansion commerciale) : les subventions avoisinent 17 millions de francs suisses par an, ce qui constitue plus des deux tiers du budget de l'organisation ; l'OSEC est géré par mandat de prestations (cf. art. 3 à 5 de la loi sur la promotion des exportations). 100 Cf. art. 5 et 8 LR.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 120

Forme juridique et forme d'organisation	Type de tâches	Pilotage	Classification	Exemple
---	----------------	----------	----------------	---------

Participation financière/organisationnelle	Nomination des organes de direction	suprêmes		
--	-------------------------------------	----------	--	--

Etablissement marché

externe Poste Société anonyme appartenant majoritairement à la Confédération marché

externe Swisscom RUAG Holding CFF Corporation de droit public marché

externe Suisse Tourisme Coopérative de droit public marché

externe SCH Etablissement marché paritaire

externe CNA101 Etablissement marché paritaire

externe PUBLICA102

Etablissement Prestation à caractère monopolistique Confédération Conseil fédéral décentralisé ISDC103, IPI104 ASRE105, EPF106

Etablissement ministérielles Confédération Conseil fédéral décentralisé RFA107

101 Le conseil d'administration nommé par le Conseil fédéral se compose de 40 membres : seize représentants des travailleurs assurés auprès de la CNA, seize représentants des employeurs qui occupent des travailleurs assurés auprès de la CNA ainsi que huit représentants de la Confédération (art. 63, al. 2 et 3, LAA). 102 Les partenaires sociaux sont représentés de manière paritaire au sein de la Commission de la caisse ; le Conseil fédéral fixe la composition de cette dernière et la répartition des sièges (cf. art. 12 à 14 LPUBLICA). 103 Influence de la Confédération sur les organes de direction suprêmes : nomination des membres du Conseil de l'institut et du directeur par le Conseil fédéral. L'institut est placé sous la surveillance du Conseil fédéral (cf. art. 1, 5, 6, 8, 10 et 14 L-IDC). 104 Influence de la Confédération sur les organes de direction suprêmes : nomination des membres du Conseil de l'institut, du directeur et de l'organe de révision par le Conseil fédéral. Le directeur est lié par des directives. L'institut est soumis à la surveillance du Conseil fédéral (cf. art. 3, al. 2, art. 5 et 8, al. 1, ainsi que 9, al. 1, LIPI). 105 Assurance suisse contre les risques à l'exportation. Influence de la Confédération sur les organes de direction suprêmes : nomination des membres du Conseil d'administration et de l'organe de révision par le Conseil fédéral. Le Conseil fédéral nomme en outre le président du Conseil d'administration. Pilotage à l'aide d'objectifs stratégiques fixés par le Conseil fédéral (art. 22 à 24 LASRE). 106 Le Conseil des EPF est l'organe stratégique de direction du domaine des EPF. Organe de surveillance, il dispose de pouvoirs décisionnels et législatifs (cf. art. 4, al. 2, 25, 27, al. 2, 33a, 34c, al. 2, 34d, al. 3, 35, 35a, al. 1 et 2, 35b, al. 2, 36, al. 4, 37a, al. 5, et 39, al.1, de la loi sur les EPF). Le Conseil fédéral nomme les membres suivants du Conseil des EPF : président, vice-président, un directeur d'un établissement de recherche, un membre proposé et cinq membres supplémentaires (art. 24, al. 1, de la loi sur les EPF.) Le 3 décembre 2007, les Chambres fédérales ont décidé que, conformément à la loi sur les EPF, ces dernières ne devaient pas être considérées comme des unités administratives décentralisées au sens de l'art. 14 LParl. Les rapports des bureaux chargés de l'examen préalable étaient fondés sur une expertise de la Chancellerie fédérale considérant avant tout que les EPF sont dotées d'une personnalité juridique propre. La question des incidences du maintien du rattachement actuel des EPF à l'administration fédérale décentralisée conformément au droit de l'organisation du gouvernement et de l'administration devrait, le cas échéant, être revue dans la perspective de l'interprétation des règles d'incompatibilité visées à l'art. 14 LParl lors du réexamen des incompatibilités au cours de la législature à venir. A cette occasion, il faudrait éventuellement aussi clarifier dans quelle mesure un poste de formation doit être considéré comme un poste fixe. 107 Les tâches ministérielles de la RAF se réfèrent à sa fonction en tant qu'autorité fiscale ainsi qu'à

sa tâche relative à l'application des dispositions régissant le marché de l'alcool et la publicité pour les boissons alcoolisées (tâches de prévention). La RFA n'a pas de conseil d'administration ; elle n'a qu'une direction (<http://www.efd.admin.ch/org/org/00582/00805/index.html?lang=fr>) ; s'agissant de son organisation, cf. art. 70, al. 2, et 71, al. 1 et 3, de la loi fédérale sur l'alcool. Alcosuisse, centre de profit de la RFA devenu largement autonome du point de vue économique, est quant à lui axé sur le marché : il est responsable du commerce de l'éthanol, à savoir de l'alcool éthylique à haut degré. Alcosuisse est géré par convention sur les objectifs, mandat de prestations et enveloppe budgétaire.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 121

Forme juridique et forme d'organisation	Type de tâches	Pilotage	Classification	Exemple
Participation financière/organisationnelle	Nomination des organes de direction	suprêmes		

Etablissement surveillance	Confédération	Conseil fédéral décentralisé	IFSN108	
FINMA109	Etablissement surveillance	Confédération et cantons	Conseil fédéral décentralisé	Swissmedic110
Société anonyme appartenant majoritairement à la Confédération	surveillance	Confédération et personnes privées	Assemblée générale décentralisée	Identitas SA111
Fondation de droit public ministérielles	Confédération	Conseil fédéral décentralisé	Pro Helvetia112	

6. Evaluation des deux modèles

E. 6

Evaluation des deux modèles 121

E. 6.1

Le critère de la personnalité juridique Le critère de la personnalité juridique permet de créer une séparation simple entre les unités de l'administration fédérale décentralisée et les exécutants externes de tâches de l'administration. Si on l'appliquait, l'annexe de l'OLOGA comprendrait, outre l'énumération actuelle de toutes les unités administratives faisant partie de l'administration centrale, une liste aussi complète que possible de toutes les commissions à pouvoir décisionnel. Elle devrait par ailleurs comprendre les établissements juridiquement non autonomes. En seraient par contre biffés tous les établissements dotés de la personnalité juridique ainsi que toutes les corporations et les fondations de droit public. Mais il faudrait alors aussi modifier l'OLOGA (art. 6, al. 1, let. f, 3 et 4, et 8, al. 3).

Pour : La simplicité milite en faveur de cette solution. On est ici face à un critère de délimitation absent, qui est clair et univoque.

Contre : Cette solution érige en critère déterminant une caractéristique du droit organisationnel, à savoir la personnalité juridique, qui revêt une importance secondaire pour l'autonomie effective d'une organisation de droit public¹¹³. Comme les dispositions pertinentes du droit privé régissant les personnes morales de droit public ne sont en outre pas directement applicables, seule la loi spéciale concernée fixe les droits et les obligations d'une organisation de droit public. Enfin, des considérations d'ordre pratique militent contre le choix de la personnalité juridique comme critère de délimitation : en ce qui concerne le rattachement à l'administration fédérale décentralisée, la RFA - qui est gérée de

facto comme un office fédéral - ou l'ASRE devraient être traitées de la même façon que l'Agence de l'énergie pour l'économie, l'Inspection fédérale à courant fort, RUAG Holding SA ou Swisscom SA.

108 Influence de la Confédération sur les organes de direction suprêmes : nomination des membres du conseil de l'IFSN ainsi que nomination du président et du vice-président et de l'organe de révision par le Conseil fédéral. Le directeur et les autres membres de la direction sont nommés par le conseil de l'IFSN (art. 1, 5, 6 et 8 LIFSN). 109 Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers : influence de la Confédération sur l'organe de direction suprême : nomination du conseil d'administration par le Conseil fédéral ; ce dernier approuve aussi la nomination du directeur par le conseil d'administration (art. 8, 9, al. 1, let. a à e et g à j, et 2 à 5, de l'ordonnance sur la mise en vigueur anticipée de dispositions organisationnelles de la loi sur la surveillance des marchés financiers).

110 Gestion par la Confédération et les cantons ; participation des cantons au capital de dotation. Influence de la Confédération sur l'organe de direction suprême : le Conseil fédéral nomme les membres du conseil de l'institut (en partie sur proposition des cantons), le président et le directeur, et il désigne l'organe de révision (art. 68 à 71 et 77 LPTh ; art. 4 et 9 Org Swissmedic). 111 Identitas SA est une entreprise qui s'occupe principalement de gérer, sur mandat de la Confédération, une banque de données sur le trafic des animaux et une banque de données sur le contrôle de la viande. Il s'agit en l'occurrence d'activités administratives annexes, raison pour laquelle aucune base légale n'est requise pour la participation de la Confédération. Les actionnaires sont la Confédération (actionnaire majoritaire) ainsi que 16 organisations et entreprises appartenant aux domaines suivants : production animale, médecine vétérinaire, valorisation de la viande et négoce des animaux vivants. Influence de la Confédération sur les organes de direction suprêmes dans le cadre de l'assemblée générale (cf. www.identitas.ch). 112 Influence de la Confédération sur l'organe de direction suprême : nomination du conseil de fondation et de son président par le Conseil fédéral (art. 5, 6 et 8 de la loi concernant la fondation Pro Helvetia). 113 Cf. Vogel, §5, ch. 2.1.2

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 122

Les différences manifestes qui distinguent ces établissements et entreprises pour ce qui est de l'autonomie et de la proximité de l'administration ne se répercuteraient pas sur leur classification, ce qui ne serait guère compatible avec l'art. 2, al. 3, LOGA.

E. 6.2

Evaluation des critères typologiques Comme il a été exposé au ch. 5.2.4, on peut clairement rattacher les organisations actuelles proches de la Confédération à l'administration fédérale décentralisée ou aux exécutants extérieurs à l'administration fédérale, non seulement en fonction de leur forme juridique et de leur forme d'organisation, mais aussi en fonction des critères typologiques précités. Il faudrait adapter en conséquence l'annexe de l'OLOGA et les ordonnances pertinentes sur l'organisation de l'administration.

Pour : Ce qui milite en faveur de cette solution, c'est qu'elle se base sur l'autonomie effective dont bénéficient les organisations décentralisées à teneur des dispositions régissant l'organisation de l'administration fédérale (art. 2, al. 3, LOGA). En ce sens, il faut la considérer comme une application juridiquement correcte de cette disposition légale. Du fait qu'elle se base sur l'autonomie effective, les critères de délimitation typologiques

reflètent en outre bien mieux la pratique que le seul critère de la personnalité juridique.

Contre : Ce qui milite contre cette solution, c'est que, lorsqu'on applique les critères typologiques, diverses conceptions peuvent être défendues.

7. Conclusions

Les avantages de la délimitation en fonction des critères typologiques l'emportent largement sur les inconvénients. Par contre, les inconvénients du critère de la personnalité juridique priment son avantage, à savoir la simplicité. C'est pourquoi il faut donner la préférence à la délimitation selon les critères typologiques.

Il serait envisageable, après un premier examen, d'adapter l'OLOGA de la manière suivante : on pourrait y fixer directement, sur la base des critères de délimitation typologiques (ch. 5.2), certains types d'organisations faisant partie de « l'administration fédérale décentralisée » visée à l'art. 6, al. 3, OLOGA. On énumérerait alors dans l'annexe les différentes organisations correspondant aux types précités. Les types ne faisant pas partie de l'administration fédérale décentralisée ne devraient pas figurer dans l'OLOGA, ni les organisations correspondantes dans l'annexe.

L'art. 6 OLOGA pourrait être adapté de la manière suivante (al. 1 et 1a) :

1 L'administration fédérale centrale se compose des unités administratives suivantes : a. les départements et la Chancellerie fédérale ; b. les secrétariats généraux ; c. les groupements ; d. les offices et leurs subdivisions.

1a L'administration fédérale décentralisée se compose des unités administratives suivantes : a. les commissions à pouvoir décisionnel (art. 57a, al. 2, LOGA)¹¹⁴ ; b. les corporations, établissements et fondations autonomes créés par le droit fédéral, à condition qu'ils ne fournissent pas de prestations sur le marché et qu'ils ne soient pas gérés par les partenaires sociaux ; c. les sociétés anonymes dans lesquelles la Confédération détient la majorité du capital et la majorité des voix, à condition qu'elles ne fournissent pas de prestations sur le marché.

En conclusion, une telle description de l'administration fédérale décentralisée refléterait clairement que toutes les unités qui fournissent des prestations sur le marché n'en font pas partie, mais que toutes les autres unités (indépendamment de leur forme juridique et de leur forme d'organisation) qui fournissent des « prestations à caractère monopolistique », qui remplissent des « tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité », voire des « tâches ministérielles », appartiennent à l'administration fédérale décentralisée, à moins qu'elles soient gérées par les partenaires sociaux. Le critère de délimitation « pilotage par la Confédération » dépend à chaque fois du type de tâches incombant aux unités : lorsqu'il s'agit de « Prestations fournies sur le marché », la Confédération dispose de possibilités de pilotage restreintes. En revanche, dans le cas des « Tâches ministérielles », des

¹¹⁴ À propos des commissions consultatives, cf. ch. 2.1.4, let. b.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 123

« Prestations à caractère monopolistique » ou des « Tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité », les pouvoirs en matière de pilotage et de contrôle sont plus importants, notamment à la lumière de la législation applicable.

En raison de la nouvelle conception de la délimitation entre les unités administratives décentralisées et les exécutants externes de tâches de l'administration, il convient de revoir entièrement l'annexe de l'OLOGA dans le domaine de l'administration décentralisée. Il serait par ailleurs judicieux d'examiner en parallèle si les ordonnances du Conseil fédéral sur l'organisation des départements et de la Chancellerie fédérale concordent avec l'annexe révisée de l'OLOGA et, si nécessaire, de les adapter en conséquence.

* * *

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2009.7 - Annexe de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA), rapport du 12 décembre 2008 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2009 Année Anno Band - Volume Volume Seite 90-123 Page Pagina Ref. No 150 000 197 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

E. 7

RO 1979 114, 123

E. 8

Furrer, art. 42 et renvois.

E. 9

Cf. Biaggini, ch. marg. 9 in fine.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 105

échelon inférieur à celui des offices, comme les représentations suisses à l'étranger ou les unités GMEB subordonnées à des offices, ne figurent pas sur la liste.

Font également partie de l'administration fédérale centrale d'autres organes permanents d'état-major, de planification et de coordination (art. 55 LOGA), ainsi que des groupes de travail interdépartementaux (art. 56 LOGA).

E. 10

La terminologie employée dans le présent rapport doit être soigneusement distinguée de la notion de « Décentralisation », telle qu'elle apparaît dans l'ouvrage de Tschannen/Zimmerli (§ 5, ch. marg. 11 et 15). Dans cet ouvrage, la décentralisation se réfère au transfert de tâches de l'administration à des exécutants administratifs extérieurs à l'administration centrale. Que ces exécutants soient spécialement créés ou que l'Etat s'appuie sur des organisations déjà existantes ne joue aucun rôle en la matière. Peu importe également que l'exécutant soit une entité de droit public ou de droit privé. Conformément à l'acception de Tschannen/Zimmerli, la totalité des exécutants administratifs extérieurs à l'administration centrale sont considérés comme relevant de l'administration décentralisée ou de l'administration d'Etat indirecte.

E. 11

Message du 20 octobre 1993 concernant la LOGA ; FF 1993 III 949, 1011.

E. 12

FF 2008 2087. L'entrée en vigueur de la révision de la LOGA portant sur les commissions extraparlimentaires est prévue pour le 1er janvier 2009.

E. 13

Sägesser, LOGA, ad art. 8, ch. marg. 49 s.

E. 14

Présence Suisse est rattachée au DFAE comme unité de l'administration fédérale décentralisée et figure à ce titre dans l'annexe de l'OLOGA. Entre-temps, le Conseil fédéral, par décision du 28 mars 2007, a dissout la Commission Présence Suisse et l'a intégrée au DFAE. La modification correspondante de la LOGA a été adoptée par le Parlement (FF 2008 2087). Le délai référendaire est échu le 10 juillet 2008 sans que le référendum ait été demandé. L'entrée en vigueur est prévue pour le 1er janvier 2009.

E. 15

La ComCom, créée par la LTC, est l'autorité indépendante chargée des concessions et de la régulation dans le domaine des télécommunications. Elle se compose de sept membres nommés par le Conseil fédéral et n'est

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 106

- Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) - Ministère public de la Confédération - Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) - Institut suisse de droit comparé (ISDC) - Ecoles polytechniques fédérales et instituts de recherche rattachés (EPF) - Swissmedic - Contrôle fédéral des finances (CDF) - Régie fédérale des alcools (RFA) - Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) - Service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication¹⁶ - Bureau d'enquête sur les accidents d'aviation et Bureau d'enquête sur les accidents ferroviaires¹⁷

Exemples d'unités qui ne sont pas énumérées dans l'annexe de l'OLOGA tout en étant rattachées à un département à titre d'unités de l'administration fédérale décentralisée en vertu de dispositions de droit organisationnel :

- Autorité de régulation postale (PostReg)¹⁸ - Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle (IFFP)¹⁹ - Assurance suisse contre les risques à l'exportation (ASRE)²⁰ - Commission fédérale de l'électricité (ElCom)²¹

E. 16

Conformément à l'Org DFJP, le Service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication est rattaché administrativement au SG DFJP (art. 4, al. 3, Org DFJP). Ce service figure dans l'annexe de l'OLOGA à titre d'unité de l'administration fédérale décentralisée.

E. 17

Actuellement : Service d'enquête sur les accidents des transports publics.

E. 18

Administrativement rattaché au SG DETEC, art. 40 OPO ; art. 13a Org DETEC.

E. 19

Art. 15a Org DFE.

E. 20

Art. 15b Org DFE.

E. 21

L'ElCom est l'autorité fédérale indépendante de régulation dans le domaine de l'électricité. Elle surveille le respect de la loi sur l'approvisionnement en électricité et de la loi sur l'énergie, prenant les mesures et rendant les décisions nécessaires à cet effet.

E. 22

Domaine des écoles polytechniques fédérales, EPFZ, EPFL, IPS, FNP, LFEM, IFAEPE, Swissmedic, ISDC, IPI, ASR, RFA, PUBLICA.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 107

d'autres cercles intéressés l'exige ou encore que la tâche doit être exécutée par une unité de l'administration fédérale décentralisée non liée à des instructions²³.

a) Les commissions à pouvoir décisionnel Contrairement aux commissions consultatives, les commissions à pouvoir décisionnel, comme la Commission de la concurrence²⁴, la Commission fédérale de la communication²⁵ et la Commission fédérale de l'électricité²⁶, p. ex., sont des organes habilités à rendre des décisions (nouvel art. 57a, al. 2, LOGA²⁷). Les tâches transférées peuvent relever de l'administration restrictive²⁸. Le principal moyen d'action des commissions à pouvoir décisionnel consiste à prendre des décisions au sens de l'art. 5 PA mais elles peuvent également recourir à des moyens d'action informels (activités de conseil, p. ex.).

La création d'une commission à pouvoir décisionnel exige une base légale formelle²⁹. La compétence de créer des commissions à pouvoir décisionnel, et donc de les modifier ou de les dissoudre, appartient donc au législateur. Ce dernier ne subordonne pas directement les commissions à pouvoir décisionnel au Conseil fédéral et ne les place pas non plus en dehors des structures départementales. En règle générale, il les rattache administrativement à une unité administrative (secrétariat général ou office fédéral, p. ex.). Ces commissions font donc à juste titre partie de l'administration fédérale décentralisée³⁰ (art. 6, al. 1, let. e, et 3, OLOGA), raison pour laquelle la question de leur rattachement ne sera pas approfondie ci-après.

b) Les commissions consultatives Les commissions consultatives conseillent en permanence le Conseil fédéral et l'administration fédérale dans l'accomplissement de leurs tâches ; contrairement aux commissions à pouvoir décisionnel, elles ne disposent d'aucune compétence décisionnelle directe (nouvel art. 57a, al. 1, LOGA)³¹. A l'occasion des travaux visant à préparer une nouvelle réglementation de l'indemnisation des commissions extraparlimentaires, il est apparu que la délimitation des compétences et la définition du champ d'activité économique et social des commissions à pouvoir décisionnel et des commissions consultatives étaient souvent floues, malgré les distinctions formelles établies

par ce nouvel art. 57a. Des commissions à pouvoir décisionnel à la compétence strictement délimitée coexistent avec des commissions consultatives qui, en raison de la qualité de leurs savoirs spécialisés dans des domaines extrêmement sensibles (éthique³², génétique³³ et protection contre les rayonnements ionisants³⁴, p. ex.) exercent une très forte influence sur les prises de décision. La réglementation des indemnités qu'il s'agit d'élaborer devra prendre en compte ces particularités. Ce n'est qu'à la lumière des dispositions d'exécution du nouvel art. 57g LOGA³⁵, relatif à l'indemnisation des membres des commissions extraparlimentaires, qu'une décision définitive pourra être prise quant au rattachement des commissions consultatives à l'administration fédérale décentralisée ou à l'administration fédérale centralisée.

E. 23

Nouvel art. 57b LOGA (FF 2008 2087). L'entrée en vigueur de cette disposition est prévue pour le 1er janvier 2009. Cf. également le message du 12 septembre 2007 concernant la réorganisation des commissions extraparlimentaires, FF 2007 6273, 6284.

E. 24

Art. 19, al. 1, LCart.

E. 25

Art. 56, al. 2, LTC.

E. 26

Art. 8, al. 3, et 21 à 23, LApEl.

E. 27

Cf. n.b.p. 12.

E. 28

Tschannen/Zimmerli, § 4, ch. marg. 3 : il y a administration restrictive lorsque l'exécutant des tâches de l'administration restreint des droits ou des libertés individuels ; des devoirs et des charges sont imposés au citoyen par le biais de l'administration restrictive, qui donne des ordres et recourt en règle générale à des procédures relevant de la puissance publique

E. 29

Et non plusieurs : Sägesser, LOGA, art. 157, ch. marg. 26, 30.

E. 30

Cf. également le Rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2006 7799, 7834.

E. 31

Cf. n.b.p. 12.

E. 32

Art. 23 LGG.

E. 33

Art. 35 LAGH ; RS 810.12 ; art. 30 ss. OAGH ; RS 810.122.1.

E. 34

Art. 9 ORaP.

E. 35

Cf. n.b.p. 12.

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 108

tion, l'AIEP³⁶, le Service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, le Bureau d'enquête sur les accidents d'aviation et le Bureau d'enquête sur les accidents ferroviaires (actuellement « Service d'enquête sur les accidents des transports publics »), sont considérées comme faisant partie de l'administration fédérale décentralisée³⁷. Ces unités administratives ne sont pas juridiquement autonomes et doivent donc être inscrites dans l'annexe de l'OLOGA.

E. 36

L'AIEP est organisée sur le modèle d'un tribunal et exerce également des fonctions correspondantes (art. 86, al. 1, LTF).

E. 37

Sägesser, LOGA, art. 2, ch. marg. 72 s.

E. 38

LTr.

E. 39

LAA.

E. 40

Sägesser, LOGA, art. 2, ch. marg. 117 s.

E. 41

Vogel, § 12, ch. 2.1, p. 281.

E. 42

Pour cette définition, cf. Tschannen/Zimmerli, § 7.

E. 43

Conformément à l'art. 8, al. 3, OLOGA, les établissements et les entreprises autonomes sont « en règle générale » dotés d'une personnalité juridique propre. Cette disposition est manifestement de nature purement déclaratoire. Récemment, les établissements de droit publics ont de plus en plus fréquemment été dotés de la personnalité juridique, en conformité avec leur autonomie (Tschannen/Zimmerli, § 7, ch. marg. 6, 7, 9).

E. 44

Cf. art. 19, al. 1, let. a, LRFCF.

E. 45

Häfelin/Müller, ch. marg. 1320, 1323.

E. 46

De même aux art. 2 LOP et 1, al. 1, de la loi fédérale sur l'ISDC, p. ex.

Rapport ChF/Section du droit

l'établissement permet l'autonomisation juridique d'un secteur administratif⁴⁷. Malgré cette autonomisation, l'établissement fait encore partie d'un tout (de rang supérieur) et ne peut pas être considéré comme une unité isolée dans la structure administrative de l'Etat. Contrairement à une personne juridique de droit privé, l'établissement ne dépend pas de lui-même, il dépend d'un organisme externe⁴⁸. Sans appartenir directement à la structure hiérarchique de l'administration centrale, il dépend néanmoins juridiquement et financièrement de l'entité-mère, c'est-à-dire de la Confédération⁴⁹. Comme le dit Vogel, il faut donc constater que l'établissement, de par sa nature, se prête particulièrement bien à l'autonomisation, sans aller jusqu'à la séparation à laquelle il faut mettre des limites pour des raisons systémiques. Bien qu'il jouisse des droits civils et qu'il en ait l'exercice, l'établissement (de même que ses organes) est dépourvu de certaines compétences décisionnelles essentielles. Les buts sont fixés par une entité externe et sont relativement rigides. Enfin, le rattachement contraignant de l'établissement à une entité responsable exprime précisément le principe fondamental de l'unité de l'administration. L'influence concrète exercée par l'entité-mère peut toutefois varier considérablement d'un établissement à l'autre⁵⁰.

Entité juridique constituée au fil de l'histoire, l'établissement n'est pas soumis aux dispositions du droit privé ; seul le droit public lui est applicable. C'est ainsi que, dans le code civil, le droit public demeure réservé pour les corporations⁵¹ et les établissements de droit public de la Confédération et des cantons (art. 59, al. 1 et 3, CC).

En règle générale, l'établissement pourvu de la personnalité juridique a ses propres organes et constitue une entité comptable distincte (cf. art. 8, al. 3, OLOGA). L'établissement ne se présente pas seulement comme entité de droit public, mais encore comme un patrimoine juridique autonome affecté à un but⁵², forme analogue à celle de la fondation de droit privé que connaît le droit privé suisse⁵³. Cette définition ne s'applique d'ailleurs ni inconditionnellement ni exclusivement. Certains établissements, comme les écoles polytechniques fédérales de Lausanne et de Zurich ou les instituts fédéraux de recherche, sont inconcevables sans dotation en personnel (par opposition à une dotation exclusivement en capital)⁵⁴.

Dans les lois qui les instaurent, les établissements sont parfois désignés par le terme d'« institut » ou par un terme analogue. C'est le cas par exemple de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle ou de l'Institut suisse des produits thérapeutiques « Swissmedic ». Les bases légales correspondantes⁵⁵ montrent toutefois clairement qu'il s'agit chaque fois d'établissements qui disposent de la personnalité juridique⁵⁶. En d'autres termes, l'expression « institut » ne renvoie pas à une forme juridique mais fait partie du nom de l'unité concernée.

b) Rattachement des établissements et entreprises à l'administration fédérale décentralisée
Au vu de l'art. 2, al. 3, LOGA, conformément auquel les unités administratives décentralisées font partie de l'administration fédérale à teneur des dispositions régissant son organisation, on peut se

E. 47

Vogel, § 12, ch. 2.2.

E. 48

Vogel, § 12, ch. 2.3, avec notes bibliographiques.

E. 49

Cf. ATF 105 Ib 348, 357.

E. 50

Vogel, §12, ch. 2.2, p. 283. 51 La forme juridique de la corporation est celle d'une personne juridique dont le « corps » est constitué de différentes personnes physiques ou morales. La corporation de droit public est définie comme unité organisationnelle à structure affiliative créée par un acte étatique ou par un contrat de droit public, dotée de la personnalité juridique, chargée d'une tâche officielle à l'exécution de laquelle ses affiliés participent. Contrairement à celle de l'établissement, sa structure est caractérisée par sa nature démocratique-associative. Dans ce sens, on peut parler de corps autogéré. Les communes corporatives et les communes alpestres de droit ancien en sont des exemples (cf. Vogel, § 13, ch. 1.2, p. 3007). 52 Avec deux postes à temps complet, le Fonds de sécurité routière est le plus petit établissement de la Confédération doté de sa propre personnalité juridique ; cf. l'art. 3 de la loi sur une contribution à la prévention des accidents. 53 Vogel, p. 282. 54 Cf. Gutzwiller, § 51. 55 Art. 1 LIPI et 68 LPT. 56 Vogel, p. 74, critique les « formes hybrides » des établissements situés à la limite de l'administration centrale et décentralisée. Pour lui, la désignation d'une unité par les termes d'établissement, de fondation, d'institut ou d'entreprise ne fournit presque aucune indication quant à son degré d'autonomie. Lorsque l'Etat fonde une société anonyme de droit spécial sans y adjoindre une quelconque participation externe, les structures de la société anonyme restent de facto gelées – faute de sociétaires – et l'unité peut matériellement être assimilée à un établissement de droit public. A titre d'exemple, Vogel cite les CFF, entreprise dans laquelle aucune participation privée n'existe à ce jour (art. 10, al. 2, LCFF).

Rapport ChF/Section du droit

VPB/JAAC/GAAC 2009, édition du 10 juin 2009 110

demander si le rattachement des établissements et des entreprises à l'administration fédérale décentralisée (art. 6, al. 3, OLOGA) est bien conforme à la loi. La réponse dépend de ce que le législateur a voulu dire par « à teneur des dispositions régissant son organisation ». Si l'on comprend par là que le législateur est tenu de disposer explicitement qu'un établissement ou une entreprise (voire une autre unité administrative) est rattachée à l'administration fédérale décentralisée, force sera de constater que le législateur n'a prévu de rattachement de cet ordre pour ses établissements dans aucun des actes organisationnels formels entrés en vigueur avant la LOGA. Il est donc hautement invraisemblable que le législateur ait voulu comprendre ainsi la formule en question au moment d'édicter la LOGA. Le message relatif à la LOGA ne contient d'ailleurs aucune indication en ce sens. Il est toutefois possible de comprendre autrement l'expression « à teneur des dispositions régissant son organisation », à savoir comme une délimitation négative. Il faudrait alors comprendre quelque chose comme « les unités administratives décentralisées font partie de l'administration fédérale pour autant que les actes organisationnels qui les régissent n'en disposent pas autrement. » Cette interprétation paraît bien plus plausible si l'on considère encore l'al. 4 : en vertu de cet alinéa, la Confédération peut confier des tâches administratives à des organisations et à des personnes de droit public ou privé qui sont extérieures à l'administration fédérale. Dans le premier cas, il s'agit de transférer des tâches à des unités rattachées à l'administration fédérale (dont fondamentalement les

établissements créés et gérés par la Confédération), dans le second cas, il s'agit de transférer des tâches à des exécutants administratifs externes (que la Confédération ne crée ni ne gère).

Entre ces deux cas de figure en quelque sorte idéaux, il existe cependant des types intermédiaires dont le rattachement à l'administration fédérale est problématique parce qu'il arrive que la Confédération ne se contente pas de transférer des tâches de l'administration à un exécutant externe mais qu'elle participe en même temps à son capital social. Cette question est développée ci-dessous au ch.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.