

Mustererlass für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht

Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses vom 1. Juli 2016

Bundesamt für Justiz

*<http://www.bj.admin.ch>>Staat & Bürger>Legistik>Legistische Hauptinstrumente
(Einzelfragen)*

Eidgenössische Finanzverwaltung

<http://www.efv.admin.ch>>Themen>Finanzpolitik, Grundlagen>Corporate Governance>Grundlagen (Instrumente)

Inhaltsverzeichnis

1	Vorbemerkungen	4
2	Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	6
	<i>Ingress</i>	6
1.	Abschnitt: Anstalt und Ziele	6
<i>Art. 1</i>	Anstalt	6
<i>Art. 2</i>	Ziele	9
2.	Abschnitt: Aufgaben	10
<i>Art. 3</i>		10
3.	Abschnitt: Organisation	12
<i>Art. 4</i>	Organe	12
<i>Art. 5</i>	Verwaltungsrat: Zusammensetzung, Wahl und Organisation	13
<i>Art. 6</i>	Verwaltungsrat: Aufgaben	21
<i>Art. 7</i>	Geschäftsleitung	30
<i>Art. 8</i>	Revisionsstelle	31
4.	Abschnitt: Personal	34
<i>Art. 9</i>	Anstellungsverhältnisse	34
<i>Art. 10</i>	Pensionskasse	36
5.	Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt	39
<i>Art. 11</i>	Finanzierung	39
<i>Art. 12</i>	Gebühren	40
<i>Art. 13</i>	Abgeltungen des Bundes	42
<i>Art. 14</i>	Geschäftsbericht	42
<i>Art. 15</i>	Rechnungslegung	43
<i>Art. 16</i>	Reserven	44
<i>Art. 17</i>	Tresorerie	46
<i>Art. 18</i>	Verantwortlichkeit	46
<i>Art. 19</i>	Steuern	48
<i>Art. 20</i>	Liegenschaften	49
6.	Abschnitt: Fachliche Unabhängigkeit und Aufsicht	50
<i>Art. 21</i>	Fachliche Unabhängigkeit	50
<i>Art. 22</i>	Aufsicht über die Aufsichtsbehörde	50
7.	Abschnitt: Schlussbestimmungen	52
<i>Art. 23</i>	Errichtung der Anstalt	52
<i>Art. 24</i>	Übergang der Arbeitsverhältnisse	54
<i>Art. 25</i>	Zuständige Arbeitgeberin	57

<i>Art. 26</i>	Registereintragungen [Weitere Übergangsbestimmungen]	57
<i>Art. 27</i>	Aufhebung anderer Erlasse	58
<i>Art. 28</i>	Änderung anderer Erlasse	58
<i>Art. 29</i>	Referendum und Inkrafttreten	59
3	Anhang 1: Weitere mögliche Regelungsgegenstände	60
4	Anhang 2: Die wesentlichsten Unterschiede gegenüber Anstalten, die Aufgaben mit Monopolcharakter erfüllen	65

1 Vorbemerkungen

Das Parlament hatte eine einheitliche Steuerung ausgelagerter Einheiten verlangt. Der Bundesrat kam diesem Anliegen mit dem CG-Bericht¹ nach. Abgestellt wird dabei auf nationale und internationale Grundsätze zur Unternehmensführung (Corporate Governance) und auf das Aktienrecht (vgl. Art. 620 ff. OR), das verschiedene typische Corporate-Governance-Postulate bereits berücksichtigt (CG-Bericht, Ziff. 4.1). Der Mustererlass bietet im Sinne einer Vorlage Regelungsbeispiele auf der Stufe eines Bundesgesetzes, die den Leitsätzen (LS) des CG-Berichts entsprechen. Einige Bestimmungen enthalten analoge Regelungen zum OR, oder es wird direkt auf das OR verwiesen.

Die einzelnen Bestimmungen des Mustererlasses sind nicht in jedem Fall zwingend und wortgetreu zu verwenden, sondern nur soweit sie im konkreten Fall sach- und situationsgerecht sind. Nach dem «Comply or explain»-Prinzip des CG-Berichts (Ziff. 3.1 am Ende) müssen jedoch inhaltliche Abweichungen überzeugend begründet werden. Dasselbe gilt für Abweichungen in den Formulierungen: Gleiches soll nach Möglichkeit gleich formuliert werden; jede Variation in der Formulierung lässt eine materielle Differenz vermuten.

Die Bemerkungen zu jedem Artikel können – angepasst an den konkreten Einzelfall – eine Grundlage für die entsprechende Kommentierung bilden. Hilfestellung bieten auch die Botschaftstexte zu den jeweils zitierten Bestimmungen («Beispiele») aus anderen Organisationserlassen, d.h. geltenden Bundesgesetzen über Anstalten, sowie die Erläuterungen im CG-Bericht, im Zusatzbericht² und im EFV-Bericht³.

Die «Beispiele», die zu den einzelnen Bestimmungen zitiert werden, sind sehr unterschiedlich und entsprechen oft (noch) nicht oder erst teilweise den Vorgaben des CG-Berichts. Laufend werden Erlasse revidiert, so dass sich Veränderungen gegenüber den zitierten Bestimmungen ergeben können.

Wo auf die Leitsätze (LS) verwiesen wird, handelt es sich um die Fassung gemäss Anhang zum Zusatzbericht (BBl 2009 2713 ff.).

Einen Überblick über allfällige weitere Regelungen und über die wesentlichsten Unterschiede gegenüber Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolaufgaben bieten die Anhänge 1 und 2 dieses Mustererlasses.

Hinsichtlich der organisationsrechtlichen Zuordnung von Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sei auch auf den Bericht zum Anhang zur

¹ Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht, **CG-Bericht**, BBl 2006 8233)

² Zusatzbericht des Bundesrates vom 25. März 2009 zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats (**Zusatzbericht**, BBl 2009 2659)

³ Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 13. September 2006 zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates (EFV-Bericht); Fundstelle: www.efv.admin.ch/Themen>Finanzpolitik, Grundlagen>Corporate Governance>Grundlagen; Muster Anforderungsprofil für VR/IR

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung⁴ sowie auf die Erläuterungen der Bundeskanzlei zur Revision «Anhang RVOV», Teilrevision RVOV (Gliederung der Bundesverwaltung)⁵ verwiesen.

Generelle Informationen zur Corporate Governance des Bundes und weiterführende Links zu den Themenbereichen «Grundlagen», «Unternehmungen und Anstalten», «Leitungsorgane», «Berichterstattung des Bundesrates» und «Vorgaben an die Verwaltung» finden Sie auf der Homepage der Eidgenössischen Finanzverwaltung und auf der Homepage des Bundesamtes für Justiz.

⁴ **VPB 2009.6** (S. 57-89) Bericht der Bundeskanzlei (BK), Sektion Recht, vom 12. Dezember 2008 zum Anhang zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung; Fundstelle: [https://www.bk.admin.ch/dokumentation/Verwaltungspraxis der Bundesbehörden](https://www.bk.admin.ch/dokumentation/Verwaltungspraxis%20der%20Bundesbehörden)
VPB

⁵ [https://www.bk.admin.ch/themen/gesetzgebung/Regierung und Verwaltung \(RVOG\)>Revision RVOV Anhänge](https://www.bk.admin.ch/themen/gesetzgebung/Regierung%20und%20Verwaltung%20(RVOG)/Revision%20RVOV%20Anhänge)

2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

Ingress

Hier ist die Kompetenz des Bundes für die Regelung des Sachbereichs, in dem die Anstalt tätig sein soll, aufzuführen. Beispiele: für die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) vgl. Artikel 95 und 98 BV (Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, Banken und Versicherungen) für das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) vgl. Artikel 90 BV (Kernenergie).

1. Abschnitt: Anstalt und Ziele

Art. 1 Anstalt

Im Gesetzestext ist anstelle des hier verwendeten Begriffs «Anstalt» deren Name zu verwenden, oder die zur Eintragung im Handelsregister vorgesehene Firma bzw. Bezeichnung zu nennen, falls sie bereits feststeht.

Die Auslagerung von Bundesaufgaben setzt eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage voraus (Art. 178 Abs. 3 BV). Sie muss zudem durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Art. 5 Abs. 2 BV) und erfordert die Sicherstellung des Rechtsschutzes (Art. 29a BV) sowie der Aufgabenerfüllung (vgl. in diesem Zusammenhang die Aufsicht bzw. Verantwortung des Bundesrates nach Art. 8 Abs. 4 RVOG⁶).

Die grundlegenden Bestimmungen über die Organisation und die Finanzierung der Anstalt sind nach Artikel 164 BV auf Gesetzesstufe zu regeln. Zudem sind die Abweichungen von Erlassen mit horizontaler Wirkung (wie RVOG, BPG⁷, FKG⁸ und FHG⁹) ebenfalls im Organisationserlass vorzusehen.

Absatz 1: Die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt des Bundes entspricht dem Charakter der Aufgaben: Die Wahrnehmung von Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht durch Einheiten des Bundes ist hoheitlicher Natur. Dies und der Monopolcharakter der Aufgaben würden eher für eine Leistungserbringung innerhalb der zentralen Bundesverwaltung sprechen. Mit der Auslagerung kann jedoch das spezielle Unabhängigkeitserfordernis bzw. der Bedarf an Distanz zum politischen Tagesgeschäft gewährleistet, die politische Einflussnahme auf Aufsichtsentscheide im Einzelfall verhindert und damit auch die Glaubwürdigkeit der Aufgabenerfüllung erhöht werden.

Bei kleinen Einheiten mit ähnlichen Aufgaben ist zu prüfen, ob allenfalls mehrere Einheiten zu einer gemeinsamen Anstalt zusammengefasst werden könnten.

⁶ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010)

⁷ Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1)

⁸ Bundesgesetz vom 28. Juni 1967 über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz, FKG, SR 614.0)

⁹ Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG, SR 611.0)

Als Alternative zur rechtlichen Verselbständigung ist auch denkbar, für kleinere Einheiten die Organisationsform der ausserparlamentarischen Kommission in Form der Behördenkommission vorzusehen (vgl. Art. 57a Abs. 2 RVOG i.V.m. Art. 7a Abs. 1 Bst. a und Art. 8a RVOV¹⁰). Die Vorteile einer Behördenkommission liegen in der Einfachheit der Regelung und in der Entlastung bei diversen administrativen Aufgaben (Personal, Informatik, Rechnungslegung), da sie einem Departement administrativ zugeordnet ist. Gleichzeitig besteht nach Artikel 7a Absatz 2 RVOV die Vermutung, dass die Behördenkommissionen weisungsunabhängig sind, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (CG-Bericht, BBl 2006 8262). Beispiele: Schweizerische Unfalluntersuchungsstelle SUST¹¹; Spielbankenkommission; Com-Com, RailCom (Art. 40a ff. VE-EBG)¹².

Absatz 2: Der Organisationserlass enthält verschiedene Vorschriften über die Organisation der Anstalt (Bsp: Art und Anzahl der formellen Organe, Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen). Im Rahmen bzw. unter Vorbehalt dieser Vorgaben organisiert sich die Anstalt selber (Bsp: Erlass des Organisationsreglements durch den Verwaltungsrat nach Art. 6 Bst. b Mustererlass). Die Anstalt führt eine eigene Rechnung. Als Teil der dezentralen Bundesverwaltung wird ihre Rechnung nach dem Grundsatz der Vollkonsolidierung in die Beratung der Staatsrechnung einbezogen (Art. 55 Abs. 1 Bst. c FHG).

Absatz 3: Die Anstalt muss (analog zu Art. 1 Abs. 2 Bst. b FHG) nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt werden. Die Anstalt soll beim Vollzug ihrer Aufgaben für einen wirtschaftlichen, ergebnis- und leistungsorientierten Einsatz ihrer Mittel sorgen. Kosten und Nutzen müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Entsprechende Regelungen und der Einsatz geeigneter Instrumente fördern das Kostenbewusstsein und stärken die Wirkungsorientierung.

Absatz 4: Je nach politischer Relevanz können Bezeichnung und Sitz direkt im Organisationserlass festgelegt werden (Beispiel: Art. 4 Abs. 1 und 2 FINMAG). In der Regel sollte aber der Spielraum des Bundesrates, insbesondere bei der Standortwahl, nicht durch gesetzliche Vorgaben eingeschränkt werden.

Absatz 5: Institute des öffentlichen Rechts (im Sinne der Definition nach Art. 2 Bst. d FusG¹³) müssen sich nur ins Handelsregister eintragen lassen, wenn sie – wie die Schweizerische Nationalbank – ein «nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe» betreiben (BGE 115 Ib 233 E. 3). Künftig sollen sie sich am Sitz ins Handelsregister eintragen lassen müssen, wenn sie «überwiegend eine privatwirtschaftliche

¹⁰ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1)

¹¹ Vgl. z.B. auch die Organisationsverordnung SUST vom 23. März 2011 (OV-SUST, SR 172.217.3)

¹² Fassung gemäss Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Organisation der Bahninfrastruktur, Ziff. 1.1 Änderung des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957, SR 742.101 (hier: VE-EBG). Fundstelle: <https://www.admin.ch>Startseite>Bundesrecht>Vernehmlassungen>abgeschlossene> Vernehmlassungen 2015 UVEK

¹³ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301); vgl. ferner die Botschaft zum FusG vom 13. Juni 2000, in: BBl 2000 4337, 4389)

Erwerbstätigkeit aufweisen oder wenn das Recht des Bundes, des Kantons oder der Gemeinde eine Eintragung vorsieht». Der im OR geplante Gesetzestext orientiert sich an Artikel 27 Absatz 2 BV (Wirtschaftsfreiheit) und bezieht sich auf jede privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns oder dem Erwerb dient und bei der das Institut des öffentlichen Rechts in Konkurrenz zu Privaten steht¹⁴. Institute des öffentlichen Rechts, die nicht zur Eintragung verpflichtet sind, haben das Recht, sich eintragen zu lassen¹⁵. Zu den Einzelheiten des Handelsregistereintrags vgl. Art. 106 – 108 HRegV¹⁶.

Laut Bundesgericht wirkt der Eintrag eines Instituts des öffentlichen Rechts ins Handelsregister im Allgemeinen nicht konstitutiv. Das öffentliche Recht kann jedoch vorsehen, dass das Institut erst entsteht, wenn seine Eintragung im Handelsregister erfolgt ist. Der Eintrag kann dem Institut keine Rechtspersönlichkeit verschaffen, wenn ihm diese gemäss öffentlichem Recht nicht zukommt¹⁷. Nach Artikel 23 Absatz 2 des Mustererlasses bestimmt der Bundesrat den Zeitpunkt, in dem die Anstalt die Rechtspersönlichkeit erlangt.

Anstalten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht erfüllen, dürfen keine gewerblichen Tätigkeiten ausüben. Sie dürfen sich jedoch freiwillig ins Handelsregister eintragen lassen. Soll dieser Entscheid nicht dem Verwaltungsrat überlassen bleiben, so muss die Pflicht zur Eintragung im Organisationserlass vorgesehen werden. Nicht im Handelsregister eingetragen sind die FINMA und das ENSI. Eingetragen sind das Institut für geistiges Eigentum (IGE) und das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic). Der Vorteil der Eintragung besteht in der Gewährleistung der Transparenz und in der Kenntnisvermutung, insbesondere in Bezug auf die zeichnungsberechtigten Personen (Art. 932 f. OR) im Rahmen des privatrechtlichen Verkehrs¹⁸. Dritte, gegenüber denen ein Eintrag des Handelsregisters wirksam geworden ist, können sich nicht darauf berufen, sie hätten diesen nicht gekannt.

Wie bei juristischen Personen üblich obliegt die Anmeldung zur Eintragung der Anstalt ins Handelsregister dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan (Art. 931a OR i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Bst. c HRegV), wenn der Organisationserlass (wie hier) nichts anderes vorsieht (Art. 17 Abs. 1 Bst. e HRegV).

In der HRegV wird im Zusammenhang mit Instituten des öffentlichen Rechts der Begriff «Bezeichnung» und nicht derjenige der «Firma» verwendet. Entsprechend ist auch hier der Begriff «Bezeichnung» zu verwenden.

¹⁴ Vgl. auch BGE 115 Ib 233 E. 3, S. 237, Zuger Kantonalbank.

¹⁵ Eine entsprechende Änderung von Artikel 932 OR ist in Vorbereitung (<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>). Die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) wurde am 15. April vom Bundesrat verabschiedet (**BBl 2015 3617** [Botschaft], **BBl 2015 3661** [Entwurf]). Vgl. ferner Zihler, SHK-HRegV, Art. 106 ff. N 1 ff., in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013.

¹⁶ Handelsregisterverordnung vom 14. Oktober 2007 (HRegV, **SR 221.411**)

¹⁷ CLAIRE HUGUENIN, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Artikel 1–456 ZGB, Heinrich Dörsch/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), 4. Aufl., Basel 2010, Artikel 52 N 9 f.

¹⁸ Die Zuständigkeiten im öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr (insb. Erlass von Verfügungen) richten sich nach dem Organisationserlass und dem Organisationsreglement.

Die Bezeichnung wird nur ausnahmsweise im Gesetz festgelegt (Bsp: Sie trägt den Namen «Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)». Die Agentur wird im Handelsregister unter der Bezeichnung «Schweizerische Agentur für Innovationsförderung (Innosuisse)» eingetragen).

Beispiele:

Artikel 1 ENSIG¹⁹, Artikel 4 FINMAG²⁰, Artikel 68 HMG²¹, Artikel 1 E-WBBG²², Artikel 9c VE-EBG²³.

Art. 2 Ziele

Die Zielbestimmungen sind aus den höherrangigen Zielen des Bundes hergeleitet. Die Ziele sollten auf unbestimmte Zeit angelegt sein.

Sie bieten keine genügende Grundlage, um die Tätigkeit der Anstalt klar einzugrenzen. Sie entbinden daher nicht vom Erlass von detaillierteren Bestimmungen über die Aufgaben (Art. 3 Mustererlass).

Die Zielvorgaben bilden – zusammen mit der Auflistung der Aufgaben und den weiteren gesetzlichen Vorgaben – die Grundlage für die Formulierung der strategischen Ziele.

Zielvorgaben können sich auch auf die Rechtsanwendung und die Rechtsprechung auswirken. Beispiele: Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 2011 {T 0/2}

¹⁹ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIG, [SR 732.2](#))

²⁰ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, [SR 956.1](#))

²¹ Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, [SR 812.21](#))

²² Entwurf Bundesgesetz vom (...) über die Wettbewerbsbehörde (Wettbewerbsbehörden-gesetz, hier: E-WBBG, [BBl 2012 4007](#)) und Änderung vom (...) des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, [SR 251](#); hier: E-KG, [BBl 2012 3989](#)).

Diese vom Bundesrat vorgelegte Revision des Kartellgesetzes zielte auf eine Reform der Wettbewerbsbehörde. Um deren Unabhängigkeit zu stärken, sollte laut Botschaft das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) zu einer Wettbewerbsbehörde aufgewertet werden. Als erste Beschwerdeinstanz hätte die bisherige WEKO fungiert, die zu einer eigenen Kammer des Bundesverwaltungsgerichts umgebaut worden wäre. Dieser Teil der Reform wurde jedoch bereits bei der ersten Beratung im Ständerat abgelehnt. Die kleine Kammer wollte die WEKO stattdessen verkleinern und professionalisieren. Am 17. September 2014 trat der Nationalrat – trotz Eintretensentscheid des Ständerats (06.06.2015) – auf die Vorlage zum zweiten Mal nicht ein. Damit war die Reform gescheitert. Die organisationsrechtlichen Bestimmungen als solche waren aber nicht in Frage gestellt worden.

²³ Fassung gemäss Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Organisation der Bahninfrastruktur, Ziff. 1.1 Änderung des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957, [SR 742.101](#) (hier: VE-EBG). Die heutige, privatrechtliche Trasse Schweiz AG gehört zu je 25 Prozent den SBB, der BLS, der SOB und dem Verband öffentlicher Verkehr. Die neu zu schaffende, unabhängige Anstalt des Bundes (TVS) bekommt mehr Rechte und Pflichten, was ihre Position stärken und das Diskriminierungspotenzial verringern soll.

2C_898/2010²⁴; Urteil des Bundesgerichts vom 13. April 2011 {T 0/2}
2C_929/2010²⁵.

Beispiele:

Artikel 5 FINMAG

2. Abschnitt: Aufgaben

Art. 3

Eine klare Aufgabenübertragung ist notwendig im Hinblick auf eine klare Eingrenzung der Tätigkeiten der Anstalt, die klare Zuweisung von Verantwortlichkeiten, sodann als Anknüpfungspunkt für die interne Kompetenzregelung (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung), für die aufgabenspezifische Regelung zur Finanzierung der Anstalt (Art. 11 ff. Mustererlass) sowie für die Setzung der strategischen Ziele und für die Kontrolle ihrer Einhaltung.

Absatz 1: Die Anstalt erfüllt die Aufgaben, die ihr durch den Organisations- und den Aufgabenerlass sowie allenfalls weitere Bundesgesetze zugewiesen werden. Im Organisationserlass ist auf die entsprechenden Bundesgesetze hinzuweisen (vgl. Art. 2 E-WBBG).

Zu den Aufgaben können Verpflichtungen zur Zusammenarbeit oder zum Informationsaustausch mit Amtsstellen, Behörden oder Institutionen gehören. In Frage kommen aber auch bloss Ermächtigungen zur Mitwirkung oder Zusammenarbeit, wie bei der Kann-Bestimmung nach Artikel 3 Absatz 4 des Mustererlasses. Zu prüfen ist ferner, ob die Anstalt ermächtigt werden soll, zur Erfüllung einzelner Aufgaben Dritte beizuziehen. Eine Gesetzesgrundlage dafür braucht es aber nur, wenn es sich effektiv um die Übertragung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe handelt und nicht um eine Nebendienstleistung, die sich im Rahmen administrativer Hilfstätigkeiten hält. In solchen Fällen («Bedarfsverwaltung» und «administrative Hilfstätigkeit») hat der private Rechtsträger keine eigenen Entscheidungskompetenzen, sondern handelt lediglich als Unterakkordant der Behörde und erbringt ihr gegenüber gewisse Dienstleistungen.

Die Umschreibung der Aufgaben nach Absatz 1 entspricht bei einer Eintragung der Anstalt im Handelsregister der Umschreibung ihres Zwecks. Es ist nicht zulässig, im Rahmen der Eintragung diese gesetzliche «Zweckbestimmung» zu erweitern.

²⁴ E. 2.2: «Der Schutz des Marktes, des Finanzsystems und der Anleger rechtfertigt in solchen Fällen trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise.»

²⁵ E. 5.2.1: «Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes - die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) müssen die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen.»

Absätze 2 und 3: Ein direktes Weisungs- oder gar Evokationsrecht (vgl. Art. 47 Abs. 4 RVOG) des Bundesrates entfällt, soweit es im Widerspruch zur Autonomisierung steht und den Bundesrat zum faktischen Organ machen würde (keine Dienstaufsicht, wie in der zentralen Bundesverwaltung). Hingegen kann der Bundesrat der Anstalt weitere Aufgaben übertragen, die sie gegen eine Abgeltung (Abs. 3) erfüllen muss. Diese Aufgaben und deren allfällige Abgeltung sind im Organisationserlass dem Grundsatz nach zu definieren (Leistungspflicht ohne Abgeltung bzw. Notwendigkeit einer subventionsrechtlichen Grundlage zur Ausrichtung von Abgeltungen). Die Aufgabenübertragung muss in engem Bezug zu den gesetzlich übertragenen Aufgaben stehen und darf die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde nicht beeinträchtigen (vgl. Art. 69 Abs. 1^{bis} E-HMG). Die Aufgabenübertragung erfolgt in der Regel mittels Verordnung. Nicht abgeltungsberechtigt ist die Mitwirkung bei der Rechtsetzung (Abs. 2).

Absatz 4: Nach Artikel 184 Absatz 1 BV besorgt der Bundesrat die auswärtigen Angelegenheiten unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung. Er vertritt die Schweiz nach aussen. Soweit die Aufgaben der Anstalt internationale Bezüge aufweisen, kann es sinnvoll sein, die Anstalt zu ermächtigen, mit einschlägigen internationalen Gremien zusammenzuarbeiten. Die Kompetenz zur fachlichen Mitwirkung der Anstalt in internationalen Organisationen und Gremien ist im Organisationserlass zu verankern. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob es angebracht ist, der Anstalt (absehbar als Daueraufgabe) diese Kompetenz direkt im Gesetz zu übertragen oder ob es sinnvoller ist vorzusehen, dass der Bundesrat die Anstalt (durch Verordnung oder Beschluss im Einzelfall) entsprechend ermächtigen kann. Allenfalls empfiehlt es sich, das zuständige Organ direkt im Organisationserlass zu bezeichnen, namentlich wenn diese Kompetenz generell an die Geschäftsleitung delegiert werden soll. Beispiele: Artikel 6 Absatz 2 FINMAG, Artikel 31 Absatz 2 Buchstabe g RAG²⁶. Um künftigen Entwicklungen Rechnung tragen zu können, sollen im Gesetz nicht einzelne internationale Organisationen oder Vereinigungen genannt werden. Den Anknüpfungspunkt und den Rahmen für die Ermächtigung zu einer solchen internationalen Zusammenarbeit bilden die gesetzlichen Aufgaben der Anstalt.

Über die blossе Zusammenarbeit hinaus geht die Vertretung der Schweiz in internationalen Gremien. Die Vertretungsbefugnis kann eine gewisse Verpflichtung der Schweiz einschliessen, beispielsweise hinsichtlich des Einverständnisses damit, dass Vertragsverhandlungen als beendet erklärt werden und dass auf der Basis des Verhandlungsergebnisses die innerstaatlichen Entscheidungsverfahren über den Abschluss des Vertrags in der ausgehandelten Version eingeleitet werden. Wieweit nicht nur die Zusammenarbeit, sondern auch die Vertretung der Schweiz durch die Anstalt sinnvoll ist, muss im einzelnen Fall beurteilt werden. Soll eine Vertretungsbefugnis grundsätzlich möglich sein, muss sie im Gesetz vorgesehen werden (möglicher Wortlaut: «Der Bundesrat kann die Anstalt ermächtigen, die Schweiz im Rah-

²⁶ In der Fassung gemäss der Änderung des Revisionsaufsichtsgesetzes und des Finanzhaushaltsgesetzes vom 20. Juni 2014 betr. «Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften». Vgl. dazu die entsprechende Botschaft, in: BB1 2013 6857.

men der Aufgaben nach diesem Gesetz in internationalen Organisationen und Vereinigungen zu vertreten» oder «Sie vertritt den Bund in internationalen Organisationen im Bereich [...], soweit sie vom Bundesrat [oder vom zuständigen Departement] dazu ermächtigt wird»). Das konkrete Mandat wird jeweils im Einzelfall vom Bundesrat erteilt. Beispiel: Artikel 3 Absatz 4 EIMG.

Für Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht sind mit Rücksicht auf die Sensibilität ihrer Tätigkeit sowohl Kooperationen mit Privatrechtssubjekten als auch Beteiligungen ausgeschlossen. Vgl. LS 14 (CG-Bericht: BBl 2006 8285 f.).

Beispiele:

Artikel 2 ENSIG, Artikel 6 FINMAG, Artikel 69 E-HMG²⁷, Artikel 2 E-WBBG, Artikel 24a E-KG²⁸, Artikel 28 RAG²⁹, Artikel 9d (Aufgaben und Zuständigkeiten) und Artikel 9q (Führen eines Infrastrukturregisters) VE-EBG³⁰.

3. Abschnitt: Organisation

Art. 4 Organe

Zahl, Zusammensetzung und Zusammenwirken der Organe müssen eine effiziente und effektive betriebliche Führung und Aufsicht sicherstellen (vgl. CG-Bericht: BBl 2006 8269). Der Organisationserlass soll die Organe der Anstalt abschliessend nennen. Faktische Organschaften sind zu vermeiden. Die meisten Anstalten verfügen mit je einem obersten Leitungsorgan, einer Geschäftsleitung und einer Revisionsstelle über drei Organe. Ausser in begründeten Ausnahmefällen soll diese Zahl nicht überschritten werden. Das Prinzip der schlanken Strukturen gilt auch für die Zusammensetzung der Organe.

²⁷ Änderung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, SR **812.21**) vom 18. März 2016 (vgl. BBl 2016 1953). Vgl. auch die Botschaft des Bundesrates dazu vom 7. Dezember 2012, in: BBl 2013 131. Die Gesetzesänderung wird voraussichtlich Mitte 2017 in Kraft treten. Die Verweisung auf die Bestimmungen des HMG entspricht bereits dem Stand nach der vom Parlament verabschiedeten Rechtsänderung, obwohl sie hier noch mit der «Bezeichnung» E-HMG kenntlich gemacht wird.

²⁸ Änderung vom (...) des Kartellgesetzes, BBl 2012 3989, hier: E-KG.

²⁹ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG, SR **221.302**)

³⁰ Die Trassenvergabestelle (TVS) erhält einen direkten gesetzlichen Auftrag. Die Anstalt darf nicht gewinnorientiert sein. Dadurch unterscheidet sie sich von anderen bundesnahen Betrieben. Zu ihren Kernaufgaben gehören die Trassenplanung, die Trassenvergabe sowie die Lösung von Trassenkonflikten. Die TVS organisiert insbesondere den diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur der Eisenbahnen. Sie überwacht aber nicht die Infrastrukturbetreiberinnen oder die Eisenbahnunternehmen. Mangels entsprechender Aufsichtskompetenzen ist die TVS gegenüber den typischen Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht ein Sonderfall. Dadurch erklären sich auch gewisse Abweichungen vom Mustererlass (insb. bezüglich der Haftung nach Verantwortlichkeitsgesetz gemäss Art. 9n VE-EBG, die abweichend zu Art. 18 Abs. 2 dieses Mustererlasses nicht eingeschränkt wird).

Buchstabe a: Der Organisationserlass kann auch eine andere Bezeichnung vorsehen (z.B. Institutsrat). Bei der Verwendung unterschiedlicher Begriffe ist mit Blick auf die angestrebte Harmonisierung jedoch Zurückhaltung geboten.

Buchstabe b: Die Geschäftsleitung der Anstalten des Bundes hat bereits in den geltenden Organisationserlassen – im Vergleich zum Aktienrecht – eine besondere Stellung. So verfügt sie über weitergehende, bereits im Organisationserlass klar zugewiesene, operative Kompetenzen; damit ist auch offensichtlich, dass sie formelle (und nicht nur faktische) Organstellung hat (vgl. Art. 7 Mustererlass). Dieser Status bezweckt die kompetenzmässige Abgrenzung gegenüber dem Verwaltungsrat als strategisches Organ. Die klare und verbindliche Trennung von strategischer und operativer Tätigkeit soll das Zusammenwirken zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung nach dem Prinzip von Checks and Balances ermöglichen (vgl. CG-Bericht: BBl 2006 8270).

Die Organe verselbständigter Einheiten sind grundsätzlich voneinander personell unabhängig (LS 3). Der Bundesrat hat sich aber die Abweichung von diesem Grundsatz vorbehalten (CG-Bericht: BBl 2006 8283 u. 8285 – für besondere Situationen, wie bei der Schaffung der Anstalt, ihrer Sanierung oder Liquidation).

Beispiele:

Artikel 5 ENSIG, Artikel 8 FINMAG, Artikel 71 E-HMG, Artikel 3 E-WBBG, Artikel 29 RAG, Artikel 9c VE-EBG.

Art. 5 Verwaltungsrat: Zusammensetzung, Wahl und Organisation

Absatz 1: Es gilt der Grundsatz, dass Zahl, Zusammensetzung und Zusammenwirken der Organe eine effiziente und effektive betriebliche Führung und Aufsicht sicherstellen sollen. Entsprechend muss die Zahl der Verwaltungsräte festgelegt werden. Um Mehrheitsentscheide zu ermöglichen, sollte der Verwaltungsrat immer eine ungerade Zahl an Mitgliedern aufweisen. Vorausgesetzt für die Wahl werden Fachkunde, Branchenkenntnisse und Unabhängigkeit (Art. 4 Abs. 2 E-WBBG). Die Vielfalt (insbesondere Alter, Geschlecht, Herkunft, Muttersprache) verspricht einen Mehrwert. Die Anforderungen dürfen aber nicht so weit gehen, dass die erforderliche Auswahlmöglichkeit unter Kandidatinnen und Kandidaten mit den erforderlichen Kenntnissen und Fähigkeiten gefährdet wird. Die Vertretung von Kantonen, Verbänden und anderen Institutionen ist kritisch zu beurteilen (Aufblähung des Verwaltungsrates, Interessenkonflikte).

Zur ausgewogenen Vertretung der Landessprachen vgl. Artikel 6a Absatz 1 Buchstabe c BPG und Artikel 2a Kaderlohnverordnung (hier: KadLV)³¹. Die vom Bundesrat am 6. November 2013 beschlossenen Richtwerte für die Vertretung der

³¹ Verordnung vom 19. Dezember 2003 über die Entlöhnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes (Kaderlohnverordnung, hier: KadLV, SR 172.220.12)

Sprachgemeinschaften³² und die Zielquote für die Geschlechtervertretung³³ sind seit 1. Januar 2014 in Kraft. Die Vorgaben gelten für die obersten Leitungsorgane nach Artikel 2 Absatz 2 KadLV. Im jährlichen Kaderlohnreporting³⁴ des Bundesrates an die Finanzdelegation der eidgenössischen Räte werden die Anteile der Landessprachen und der Geschlechter in den obersten Leitungsorganen der Unternehmen und Anstalten ausgewiesen und überprüft. Bei Anträgen auf Wahl eines neuen Mitglieds in oberste Leitungsorgane müssen die Departemente Abweichungen von den Richtwerten und von der Zielquote kommentieren.

Die Auswahl der Verwaltungsratsmitglieder richtet sich nach dem Anforderungsprofil des Bundesrates für Mitglieder des Verwaltungs- bzw. des Institutsrates von selbstständigen Organisationen des Bundes (vgl. Art. 8j RVOV sowie das Musteranforderungsprofil³⁵; LS 5). Gemäss Bundesratsbeschluss vom 6. November 2013 müssen die Departemente die Anforderungsprofile für die in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Unternehmen und Anstalten mit den Richtwerten für die Verteilung der Landessprachen und die Zielquote für den Geschlechteranteil ergänzen.

Mit dem Wahlantrag sind dem Bundesrat das Anforderungsprofil und das Ergebnis der Sicherheitsprüfung vorzulegen (vgl. zur Personensicherheitsprüfung insbesondere Art. 4 Abs. 1 und 12 Abs. 2 Bst. a sowie den Anhang 1 PSPV³⁶).

Am 28. November 2014 hat der Bundesrat gestützt auf eine Empfehlung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates³⁷ eine «Weisung über die Wahl des obersten Kaders durch den Bundesrat (Grundelemente für die Vorbereitung von Wahlgeschäften durch die Departemente und die Bundeskanzlei)»³⁸ erlassen und darin die Grundelemente für die Vorbereitung von Wahlgeschäften definiert, die in seine Wahlzuständigkeit fallen. Diese Weisung ist am 1. Januar 2015 in Kraft getreten. Auf denselben Zeitpunkt wurde die BPV im Sinne der GPK-Empfehlungen angepasst. Die dezentralen Verwaltungseinheiten werden aber vom Geltungsbereich dieser Weisung des Bundesrates nicht erfasst. Ob für die Wahlverfahren von Leitungsorganen von dezentralen Verwaltungseinheiten ähnliche Regelungen erlassen werden sollen, wird vom Bundesrat geprüft. Er hat dem EFD (EPA, EFV) einen entsprechenden Prüfauftrag erteilt.³⁹

Die besondere Unabhängigkeit, die der Bund bei Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht zu beachten hat, legt nahe, dass er auf eine

³² Deutsch: 65,5 Prozent; Französisch: 22,8 Prozent; Italienisch: 8,4 Prozent und Rätoromanisch: 0,6 Prozent (Stand: 6. November 2013)

³³ 30 Prozent für die Vertretung der beiden Geschlechter (Stand: 6. November 2013)

³⁴ <https://www.epa.admin.ch>>Dokumentation>Zahlen und Fakten>Berichte

³⁵ <https://www.efv.admin.ch>>Themen>Finanzpolitik>Corporate Governance>Grundlagen; Muster Anforderungsprofil für VR/IR

³⁶ Verordnung vom 4. März 2011 über die Personensicherheitsprüfungen (PSPV), SR **120.4**
³⁷ Bericht der GPK-N vom 15. November 2013 betr. «Wahl des obersten Kaders durch den Bundesrat» (BBl **2014** 2787). Ferner dazu die Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Februar 2014 (BBl **2014** 2841).

³⁸ BBl **2014** 9737.

³⁹ Bericht der GPK-S vom 6. Oktober 2015 betreffend «die Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung» (BBl **2016** 1711). Ferner Ziffer 2.3 der Stellungnahme des Bundesrates vom 18. Dezember 2015 (BBl **2016** 1763).

rechtlich zur Interessenwahrung verpflichtete Vertretung im Verwaltungs- oder Institutsrat verzichtet (LS 9).

Absatz 2: Die Wahlfreiheit des Bundesrates sollte nur in begründeten Fällen gesetzlich eingeschränkt werden. Zur Vermeidung von Interessenkonflikten oder des Anscheins solcher Konflikte wurden in diversen Organisationserlassen Unvereinbarkeitsvorschriften für alle Mitglieder und insbesondere für die Präsidentin oder den Präsidenten statuiert, beispielsweise die Unabhängigkeit von der beaufsichtigten Branche oder das Verbot, bestimmte öffentliche Ämter oder eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben (Art. 9 Abs. 4 FINMAG). Beispiele: Die Mitglieder des ENSI-Rates dürfen weder eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben noch ein eidgenössisches oder kantonales Amt bekleiden, welche geeignet sind, ihre Unabhängigkeit zu beeinträchtigen (Art. 6 Abs. 3 ENSIG). Der Bundesrat hat dazu auf Verordnungsstufe (Art. 4–4b ENSIV⁴⁰) eine ausführliche Unvereinbarkeitsregelung erlassen. Die Trassenvergabeestelle (TVS) muss von den Eisenbahnunternehmen und interessierten Dritten unabhängig sein (Art. 9c Abs. 2 VE-EBG).

In jedem Fall sind die Bewerberinnen und Bewerber verpflichtet, sämtliche Interessenbindungen dem Bundesrat vor der Wahl offenzulegen. Wer sich weigert, seine Interessenbindungen offenzulegen, ist als Mitglied nicht wählbar.

Absatz 3: Der Bundesrat wählt die Mitglieder des strategischen Leitungsorgans und regelt die Honorarfestsetzung (einschliesslich Nebenleistungen) und weitere Vertragsbedingungen (Art. 6a BPG, Art. 8j Abs. 1 Bst. a RVOV, Art. 4 und 6 KadLV). Ein Anspruch auf Wiederwahl besteht nicht. Vielmehr entscheidet der Bundesrat darüber nach Ermessen. Die Hürde für eine Nichtwiederwahl ist tiefer als für eine Abberufung. Die Nichtwiederwahl setzt keinen wichtigen Grund voraus. Vielmehr genügt ein triftiger bzw. sachlicher Grund.⁴¹ Sachliche Gründe sind insbesondere gegeben, wenn die Tauglichkeit für das Amt (z.B. aufgrund von bestimmten Interessenbindungen), die Leistungen oder das Verhalten die Wiederwahl nicht mehr rechtfertigen. Besteht beispielsweise kein Vertrauensverhältnis mehr für eine sinnvolle Zusammenarbeit oder ist die Zusammensetzung des Verwaltungsrates nicht mehr ausgewogen, so sind ebenfalls sachliche Gründe anzunehmen.

Die Dauer der Amtszeit wird im Interesse der Unabhängigkeit, Objektivität und Sicherstellung von guter Unternehmensführung und -überwachung auf längstens vier Jahre begrenzt (vgl. ebenso die Amtszeitbeschränkung für Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen in Art. 8i Abs. 1 und 2 RVOV). Aufgrund dieser Höchstbegrenzung kann der Bundesrat – beispielsweise bei einer geplanten Reorganisation, die zur Privatisierung oder Rückführung in die Zentralverwaltung führt – die Amtsdauer verkürzen, statt dass er die Wahl auf vier Jahre mit einem Vorbehalt (wie Aufhebung des Amtes zufolge Aufhebung der Anstalt) versehen muss. Die Amtsdauer (von längstens vier Jahren) kann sich mit einer Legislaturperiode des Bundesrates (Art. 175 BV) und der Amtsdauer der Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen (Art. 8g Abs. 1 RVOV) decken. Eine Beschränkung der Amts-

⁴⁰ Verordnung vom 12. November 2008 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIV), SR 732.21

⁴¹ BGE 119 Ib 99 E. 2.a.

dauer auf ein Jahr gilt für börsennotierte Aktiengesellschaften (Art. 95 Abs. 3 BV und Art. 3 und 4, je Abs. 2, VegüV⁴²). Im Gegensatz zu Publikumsgesellschaften mit einem breit gestreuten Aktionariat ist der Bund Alleineigner der Anstalt. Somit kann er jederzeit eingreifen und ein Verwaltungsratsmitglied nötigenfalls abberufen (vgl. LS 7). Eine gestaffelte Erneuerung der Verwaltungsmitglieder hat den Vorzug, dass ein Gleichgewicht zwischen Stabilität und Erneuerung entsteht. Die Staffellung bedarf jedoch einer entsprechenden Planung durch das zuständige Departement.

Abberufung aus wichtigen Gründen (LS 7): Die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder erfolgt durch den Bundesrat auf eine «Amtsdauer» von längstens vier Jahren. Dies, wie auch die jederzeitige Abberufung während der Amtsdauer aus wichtigem Grund, weichen von der Beendigung nach privatrechtlichen Grundsätzen ab⁴³. Artikel 404 OR, wonach der Auftrag – ohne dass wichtige Gründe erforderlich sind – jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann, ist nicht anwendbar. Wichtige Gründe liegen vor, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist, beispielsweise wenn ein Mitglied die Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes nicht mehr erfüllt, eine schwere Pflichtverletzung begangen hat oder ein dauernder Interessenkonflikt des Mitglieds nicht anders gelöst werden kann (vgl. auch die Praxis zu Art. 337 Abs. 2 OR). Die Abberufung muss aufgrund der Rechtsweggarantie von eidgenössischen Verwaltungsrechtspflegeinstanzen gerichtlich überprüft werden können. Dazu muss Artikel 33 Buchstabe b Verwaltungsverfahrensgesetz (VGG)⁴⁴ ergänzt werden (jedenfalls solange diese Norm noch einzelne Fälle aufzählt und nicht mit einer Generalklausel alle Anstalten erfasst). Nach dem im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist, je nach Sachlage, nicht ausgeschlossen, dass die Präsidentin oder der Präsident zwar aus der Präsidialfunktion abberufen wird, aber als Mitglied im Verwaltungsrat verbleiben kann.

Absatz 4: Nach Aktienrecht besteht das Mandat der Verwaltungsmitglieder mit der Aktiengesellschaft, trotz ihrer Wahl durch die Generalversammlung. Vergleichbar dazu erfolgt die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder der Anstalt durch den Bundesrat. Der Vertrag der Mitglieder des Verwaltungsrates besteht jedoch mit der Anstalt. Er ist öffentlich-rechtlicher Natur. Der Bundesrat legt das von der Anstalt an die Verwaltungsratsmitglieder auszurichtende Honorar und die weiteren Vertragsbedingungen fest. In diesem Zusammenhang hat er insbesondere die Möglichkeit, eine Cooling-off-Period (vgl. dazu nachstehende Bemerkungen zur Karenzfristverordnung) sowie die Entschädigung einer solchen zu regeln. Die obligationenrechtlichen

⁴² Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsennotierten Aktiengesellschaften (VegüV), SR 221.331. Im Rahmen der vom Bundesrat im Dezember 2015 beschlossenen Eckwerte wird dieser dem Parlament voraussichtlich gegen Ende 2016 eine Botschaft vorlegen. Im Rahmen der betreffenden Aktienrechtsrevision sollen die Vorgaben umgesetzt werden, die aufgrund der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» im März 2013 in die Bundesverfassung gelangten. Zudem will der Bundesrat Geschlechter-Richtwerte für grosse börsennotierte Aktiengesellschaften und Transparenzvorschriften für rohstofffördernde Unternehmen einführen sowie die Gründungs- und Kapitalvorschriften flexibilisieren.

⁴³ BGE 2A.312/2004 vom 22. April 2005 E.2.1.2

⁴⁴ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32).

Bestimmungen über den Auftrag kommen als ergänzendes öffentliches Recht zur Anwendung, soweit öffentlich-rechtlich (im Organisationserlass und in Art. 6a BPG bzw. in der darauf basierenden KadLV) nichts bzw. nichts anderes geregelt ist. Diese Regelung entspricht bisheriger Anschauung und Rechtspraxis.

Sofern Mitglieder des Verwaltungsrates aufgrund ihrer Unabhängigkeit weder eine andere wirtschaftliche Tätigkeit ausüben noch ein anderes Amt bekleiden dürfen, beziehen sie vollberuflich ein Honorar, das der Beitragspflicht nach AHVG und demnach den Bestimmungen über die berufliche Vorsorge unterliegt. Die Ratsmitglieder sind daher in den Versichertenkreis bei PUBLICA einzuschliessen (Beispiele: Dies gilt für Verwaltungsratsmitglieder des ENSI und teils der FINMA sowie, vergleichbar, für Mitglieder des ETH-Rates).

Bei einer sog. Cooling-off-Period handelt es sich um eine Karenzfrist, während der es Führungspersonen nach ihrem Austritt aus der Anstalt aufgrund möglicher Interessenkonflikte verboten ist, eine bestimmte (bezahlte oder unbezahlte) Tätigkeit auszuüben. Ein zeitlich befristetes Berufsverbot stellt einen – allerdings in Falle einer Entschädigung gemilderten – Eingriff in das verfassungsmässige Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit dar (Art. 27 BV) und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 6a Abs. 2 BPG; Abschnitt 1b RVOV; Art. 6 KadLV). Für die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten der FINMA hat der Bundesrat bereits am 6. Dezember 2013 eine Karenzzeit vorgeschrieben.⁴⁵

Am 25. November 2015 hat der Bundesrat die Karenzfristverordnung⁴⁶ verabschiedet. Demnach kann er für Mitglieder von Verwaltungs- und Institutsräten von Anstalten des Bundes, die mit Aufsichts- und Regulierungsaufgaben betraut sind, im Wahlbeschluss eine Karenzfrist ansetzen, wenn zu erwarten ist, dass der unmittelbare Wechsel eines Mitgliedes nach dem Ausscheiden aus dem Verwaltungs- und dem Institutsrat in eine Tätigkeit bei Arbeits- oder Auftraggebern des beaufsichtigten oder regulierten Bereichs zu einem Interessenkonflikt führt (Art. 8j^{bis} Abs. 1 RVOV). Im Einzelfall ist zu prüfen, ob eine Cooling-off-Period tatsächlich angebracht ist. Eine Cooling-off-Period für Verwaltungsratsmitglieder von Anstalten mit Aufsichtsaufgaben kann vorgesehen werden, wenn ihr unmittelbarer Wechsel in den beaufsichtigten Bereich aufgrund eines möglichen Interessenkonflikts die Glaubwürdigkeit und damit die Reputation der Aufsichtsbehörde beeinträchtigen könnte. Weiter liegt ein Interessenkonflikt insbesondere vor, wenn ein Ratsmitglied in einer Weise Einfluss auf Einzelentscheide oder Zugang zu Informationen hat, der es bei einem Wechsel zu einem Arbeit- oder Auftraggeber des beaufsichtigten oder regulierten Bereichs nicht mehr als unabhängig erscheinen lässt (Art. 8j^{bis} Abs. 2

⁴⁵ Die «Bedingungen zur Ausübung des Amtes als Verwaltungsratsmitglied der FINMA» regeln in Ziffer 8 die Cooling-off-Period der Verwaltungsratspräsidentin bzw. des Verwaltungsratspräsidenten. Diese vom Bundesrat am 6. Dezember 2013 und 26. März 2014 beschlossenen Bedingungen enthalten zudem Regelungen zur Entschädigung der Verwaltungsratsmitglieder, zur Vereinbarkeit des Mandats mit Tätigkeiten im Aufsichtsbereich der FINMA und zum Halten von Effekten.

⁴⁶ Verordnung vom 25. November 2015 über eine Karenzfrist für Leitungsfunktionen der Bundesverwaltung, für Mitglieder von Leitungsorganen von Anstalten des Bundes sowie für Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen (Karenzfristverordnung), AS 2015 5019.

RVOV). Die Karenzzeit ist, unter angemessener Berücksichtigung von Kündigungs- und Freistellungsfristen auf minimal sechs und maximal zwölf Monate zu beschränken (Art. 8j^{bis} Abs. 3 i.V.m. Art. 8e^{ter} Abs. 3 RVOV). Für die Karenzfrist kann eine Entschädigung festgelegt werden. Sie entspricht nach Massgabe der im Einzelfall zu erwartenden wirtschaftlichen Beeinträchtigung maximal der bisherigen Entschädigung. Sämtliche in dieser Zeit erzielten Einkünfte, Entschädigungen und Vorsorgeleistungen sind auf das Honorar anrechenbar. Zu Unrecht bezogene Karenzfristentschädigungen müssen zurückerstattet werden (Art. 8e^{ter} Abs. 4–6 RVOV). Spezifische Regelungen zur Karenzfristproblematik bestehen mittlerweile bereits bei der FINMA⁴⁷, beim ENSI⁴⁸ und bei Swissmedic⁴⁹.

Grundsätzlich ist das BPG auf die Verwaltungsräte nicht anwendbar, insbesondere nicht Artikel 14 BPG (auf Amtsdauer gewählte Personen). Nur Artikel 6a BPG gilt, gemäss dessen speziell definiertem Anwendungsbereich, direkt – und nicht nur sinngemäss. Die Botschaft soll einen entsprechenden Hinweis enthalten. Wo für die Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder Artikel 6a BPG im Organisationserlass als «sinngemäss» anwendbar erklärt wurde, handelt es sich um Fälle, bei denen ein vom BPG abweichendes, spezialgesetzliches Personalstatut gilt (z. B. OR oder ein spezialgesetzliches, öffentlich-rechtliches Personalstatut).

Die Anwendung von Artikel 6a BPG wirkt sich auf die vom Bundesrat anzuwendenden Grundsätze sowie auf die Berichterstattung des Verwaltungsrates gegenüber dem Bundesrat über seine Honorierung aus (vgl. Art. 1 ff. KadLV sowie Zusatzbericht, BBl 2009 2682 ff.). Die Personalverordnung für die Angestellten, einschliesslich der Geschäftsleitungsmitglieder, stützt sich demgegenüber auf das BPG bzw. muss sich an dessen Rahmen halten, und unterliegt der Genehmigung durch den Bundesrat (vgl. Art. 6 Bst. e, Art. 9 und Art. 22 Abs. 2 Bst. c Ziff. 3 Mustererlass).

Die KadLV enthält Vorschriften zur Entlöhnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Anstalten (und Unternehmen) des Bund. Während bei den börsenkotierten Aktiengesellschaften die Generalversammlung jährlich über den Gesamtbetrag der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates abstimmt (Art. 2 Ziff. 4 und Art. 18 VegüV), werden gestützt auf Absatz 4 die Honorierung und die weiteren Vertragsbedingungen der Verwaltungsratsmitglieder der Anstalt durch den Bundesrat festgelegt. Das Eidgenössische Personalamt (EPA) unterzieht die beantragte Höhe des Honorars und die weiteren Vertragsbedingungen im Quervergleich mit anderen Verwaltungsratsmandaten einer Vorprüfung. Die vom Bundesrat beschlossenen Honorare der Mitglieder des Verwaltungsrates und die weiteren Vertragsbedingungen werden in der Regel im öffentlich-rechtlichen Mandat (in der Form eines Vertrags bzw. einer Bestätigung) festgeschrieben. Im Kaderlohnreporting erfolgt eine ex-post-Berichterstattung.

⁴⁷ Art. 38a FINMA-Personalverordnung 11. August 2008 (SR **956.121**)

⁴⁸ Art. 6a ENSI Personalreglement vom 17. Oktober 2008 (SR **732.221**)

⁴⁹ Art. 34a Verordnung vom 28. September 2001 über das Personal des Schweizerischen Heilmittelinstituts (SR **812.215.4**)

Allfällige gestützt auf das Kaderlohnreporting erfolgte Änderungen wirken somit erst zukunftsgerichtet.⁵⁰

Die Artikel 394 ff. OR über den Auftrag⁵¹ kommen auf den Vertrag zwischen den Verwaltungsratsmitgliedern und der Anstalt als ergänzendes öffentliches Recht zur Anwendung. Nicht anwendbar ist hingegen Artikel 404 OR. Die entsprechende, inhaltliche Abweichung vom privatrechtlichen Auftragsrecht besteht darin, dass aufgrund des im öffentlichen Recht geltenden Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) öffentlich-rechtliche Mandatsverhältnisse nicht jederzeit voraussetzungslos widerrufen sind, sondern dass sie nur aus wichtigen Gründen aufgelöst werden können (vgl. auch die Ausführungen zu Absatz 3).

Absatz 5 (LS 6): Der Verwaltungsrat wird generell verpflichtet, die Interessen der Anstalt zu wahren, was die Interessen und Ziele des Bundes einschliesst, die dieser mit der Anstalt erreichen will (vgl. Art. 2 Mustererlass). Die Treuepflicht umfasst u.a. die Sorgfaltspflicht, die Geheimhaltungspflicht, das Konkurrenzverbot, das Verbot des Insiderhandels und die Treuepflicht im Umgang mit Interessenkonflikten. Beispielsweise gehört es zur Sorgfaltspflicht, der zeitlichen Belastung durch Nebenbeschäftigungen Rechnung zu tragen (vgl. insb. Art. 11 KadLV; vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Art. 6 Bst. d Mustererlass). Der Verwaltungsrat soll sowohl generell den Umgang mit Interessenkonflikten regeln, als auch in einzelnen konkreten Fällen die nötigen Massnahmen ergreifen. Während sich die Melderechte und Meldepflichten für die Mitglieder der Geschäftsleitung und für das übrige Personal nach Artikel 22a BPG (Whistleblowing) richten, gilt diese (arbeitsrechtliche) Bestimmung nicht für die Verwaltungsratsmitglieder. Im Rahmen ihrer Treuepflicht entscheidet sich, wann und wie ein Verwaltungsratsmitglied in solchen Fällen handeln muss (z.B. Meldung an den gesamten Verwaltungsrat, Einschalten der Revisionsstelle oder der Aufsichts- oder Strafverfolgungsbehörden durch den Verwaltungsrat etc.). Regelungen dazu sollten im Organisationsreglement oder können allenfalls auch im Mandat enthalten sein. Mangels einem dem Arbeitsvertrag vergleichbaren Subordinationsverhältnis bedürfen die Verwaltungsratsmitglieder keines Kündigungsschutzes analog zum Whistleblowing nach Artikel 22a BPG.

Absatz 6: Der Verwaltungsrat ist gegenüber dem Bundesrat mitverantwortlich dafür, dass die Interessenbindungen, welche seine Mitglieder nach ihrer Wahl eingegangen sind, mit ihrer Funktion in der Anstalt vereinbar sind. Der Verwaltungsrat muss die Interessenbindungen seiner Mitglieder laufend überwachen und beurteilen: Ist eine Interessenbindung nicht vereinbar mit dem Mandat und hält das Mitglied trotzdem daran fest, so muss der Verwaltungsrat dem Bundesrat die Abberufung des betreffenden Mitglieds beantragen. Dies ergibt sich bereits aus seiner Funktion bzw. Aufgabenstellung und insbesondere seiner allgemeinen Pflicht zur Wahrung der

⁵⁰ Der Vergütungsbericht, wie ihn Artikel 13 und 14 VegüV für börsennotierte Aktiengesellschaften vorschreibt, wird demgegenüber durch die Revisionsstelle auf Übereinstimmung mit den rechtlichen Vorgaben (Gesetz, Verordnungen, Statuten etc.) geprüft. Stellt die Revisionsstelle Probleme fest, ohne dass der Verwaltungsrat darauf reagiert, kann der Eigner (die Generalversammlung) eingreifen, namentlich indem er die Genehmigung des Geschäftsberichts und die Entlastung des Verwaltungsrates verweigert.

⁵¹ BGE 130 III 213: Wohl die Mehrheit der Lehre nimmt für Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft einen mandatsähnlichen Vertrag an.

Interessen der Anstalt. Ein Mitglied kann allenfalls auch abberufen werden, wenn sich herausstellt, dass es seine Interessenbindungen anlässlich der Wahl nicht vollständig offengelegt oder Änderungen der Interessenbindungen während der Amtsdauer nicht gemeldet hat. Kraft der Aufsichtsbefugnis des Bundesrates über die Anstalt (vgl. Art. 22 Mustererlass) kann bzw. muss auch das zuständige Departement bei mutmasslichen Unvereinbarkeiten aktiv werden, sofern es davon erfährt und Informationen verlangen bzw. nötigenfalls in letzter Konsequenz dem Bundesrat die Abberufung des Mitglieds beantragen. Im Rahmen des Geschäftsberichts an den Bundesrat müssen bestehende Interessenbindungen publiziert und durch den Verwaltungsrat, dessen Mitglieder eine entsprechende Auskunftspflicht trifft, kommentiert werden⁵². Für Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen (z.B. Behördenkommissionen) gilt die Pflicht zur Offenlegung von Interessenbindungen schon bisher als Wahlvoraussetzung (Art. 57f RVOG und Art. 8f RVOV; zur Veröffentlichung vgl. Art. 8k Abs. 3 RVOV). Am 12. Februar 2014 hat der Bundesrat zudem die Motion Gilli vom Dezember 2013 (13.4040) zur Annahme beantragt, welche die Veröffentlichung sämtlicher Interessenbindungen von Mitgliedern der Leitungsorgane von Anstalten des Bundes fordert. Vgl. ferner Artikel 71a E-HMG⁵³ zur Offenlegung der Interessenbindungen der Mitglieder des Institutsrats. Hier wird vorgeschrieben, dass die Mitglieder jede Änderung ihrer Interessenbindungen dem zuständigen Departement melden müssen. Ferner ist der Verwaltungsrat verpflichtet, ein Verzeichnis zu führen, das er aktualisieren und (vorbehältlich der Wahrung von Berufsgeheimnissen nach Strafgesetzbuch) publizieren muss.

Absatz 7: Die Pflichten zur Wahrung von Amts-, Berufs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Regeln zur Information der Öffentlichkeit sind, je nach Adressat und Umständen, im Organisations- oder im Aufgabenerlass zu regeln und allenfalls im Organisationsreglement oder im Mandat zu konkretisieren (vgl. auch Anhang 1). Da die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht zum Personal der Anstalt gehören, sind sie den Bestimmungen des BPG zur Schweigepflicht (Art. 22) nicht unterstellt. Deshalb wird hier eine vergleichbare Bestimmung in den Organisationserlass aufgenommen

Beispiele:

Artikel 6 ENSIG, Artikel 9 FINMAG, Artikel 70, 71a, 72 und 72a E-HMG, Artikel 4 und 5 E-WBBG, Artikel 30, 30a und 34a RAG, Artikel 9f VE-EBG.

⁵² Vgl. Artikel 6 Absatz 7 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Agentur für Innovationsförderung (Innosuisse-Gesetz, SAFIG, BBl 2015 9535) und Artikel 7 Absatz 8 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz, BBl 2016 353)

⁵³ Änderung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21) vom 18. März 2016 (vgl. BBl 2016 1953). Die Verweisung entspricht bereits der vom Parlament verabschiedeten Fassung. Die Gesetzesänderung wird voraussichtlich Mitte 2017 in Kraft treten

Art. 6 Verwaltungsrat: Aufgaben

Buchstabe a: Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht gehören zu den Einheiten des Bundes, die nach Artikel 8 Absatz 5 RVOG über strategische Ziele geführt werden. Die strategischen Ziele, die Berichterstattung der Anstalt an den Bundesrat, die Würdigung der Ergebnisse durch den Bundesrat und seine Berichterstattung an das Parlament sowie die Mitwirkungsrechte des Parlaments im Rahmen der Oberaufsicht sind eng miteinander verflochten. Der Verwaltungsrat muss die Methoden und Kriterien im Voraus festlegen, nach denen er die innerbetriebliche Umsetzung der strategischen Ziele beurteilen will. Er stützt sich dabei ab auf die im Voraus festgelegten Beurteilungskriterien und -indikatoren. Damit verfügt der Bundesrat über die nötigen Informationen, um nach den gleichen Kriterien die Erreichung der strategischen Ziele überprüfen zu können (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. d Mustererlass). Die vom Verwaltungsrat vorgeschlagenen strategischen Ziele müssen somit entsprechend unterlegt sein, damit sie durch den Bundesrat genehmigt werden können. Vgl. die «Mustervorlage⁵⁴ für den Erlass der strategischen Ziele von verselbständigten Einheiten des Bundes; Fassung für Dienstleister mit Monopolcharakter und als Empfehlung für Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht».

Ursprünglich war vorgesehen (LS 17), dass bei Einheiten, die schwergewichtig Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, der Verwaltungsrat die strategischen Ziele erlässt und nicht der Bundesrat, wie es bei anderen Anstalten vorgesehen ist. In der Zwischenzeit hat sich gezeigt, dass der Bundesrat zur Steuerung solcher Einheiten ebenfalls auf eine vorausschauenden (ex ante) Einflussmöglichkeit angewiesen ist. Die vom Verwaltungsrat beschlossenen strategischen Ziele bedürfen daher zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch den Bundesrat (Art. 9 Abs. 1 Bst. a FINMAG; Art. 70 Abs. 1 E-HMG; Art. 5 Abs. 1 Bst. i E-WBBG; Art. 30a Bst. b RAG). Das Genehmigungsrecht ermöglicht es dem Bundesrat, eine aktive Rolle zu spielen und seine politische Verantwortung wahrzunehmen. Die Unabhängigkeit der Anstalt gegenüber politischen Einflüssen wird durch den Genehmigungsvorbehalt nicht gefährdet. Der Einfluss des Bundesrates bezieht sich auf die strategische und nicht auf die operative Ebene. Der Bundesrat kann die Genehmigung verweigern, er kann aber die strategischen Ziele nicht selber abändern. Verweigert er die Genehmigung, so wird das Geschäft an den Verwaltungsrat zurückgewiesen, und es ist nach einer einvernehmlichen Lösung zu suchen. Die Eigengespräche dienen unter anderem dazu, geplante oder erwünschte Anpassungen der strategischen Ziele gemeinsam zu besprechen, bevor Beschlüsse gefällt werden. Zu den Anforderungen an die Berichterstattung des Bundesrates über die Erreichung der strategischen Ziele erlässt die EFV jährlich Weisungen.

Die strategischen Ziele nach Artikel 8 Absatz 5 RVOG bilden den Anknüpfungspunkt für die parlamentarische Oberaufsicht⁵⁵. Mit der öffentlich zugänglichen Kurzberichterstattung des Bundesrates über die Erfüllung der strategischen Ziele der

⁵⁴ http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov.php

⁵⁵ Graf/Theler/von Wyss, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung (vgl. insb. den Kommentar zu Art. 28 ParlG).

verselbständigten Einheiten des Bundes⁵⁶ und mit der ausführlichen Berichterstattung an die Aufsichtskommissionen schafft der Bundesrat die Voraussetzung dafür, dass die eidgenössischen Räte ihre Oberaufsicht über die Eigenerpolitik des Bundes gezielt ausüben können. Bei Bedarf sollen sie in der Lage sein, im Rahmen des gesetzlich verankerten parlamentarischen Instrumentariums auf die Steuerung und Kontrolle Einfluss zu nehmen (Art. 28 und Art. 148 Abs. 3^{bis} ParlG⁵⁷; vgl. Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010 betr. Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten (Parlamentarische Initiative), in: BBl 2010 3382 f.)⁵⁸

Die strategischen Ziele sind für den Verwaltungsrat von Anstalten verbindlich. Dies im Gegensatz zu den strategischen Zielen bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften des Bundes, die für den Verwaltungsrat keine rechtliche, aber eine faktische Bindungswirkung haben.

Die strategischen Ziele enthalten unternehmens- und aufgabenbezogene Vorgaben. Sie konkretisieren für eine mittlere Frist das übergeordnete Gesetz (mit den Zielen und Aufgaben der Anstalt) und wenden es mit Blick auf die spezifische Situation der verselbstständigten Einheit (Umfeld, Betriebssituation) an. Programmatische Ziele dienen namentlich dazu, bestimmte geschäftspolitische Grundhaltungen einzufordern (z.B. Nachhaltigkeit oder grundlegende Führungs- und Personalpolitik), während spezifische Ziele auf bestimmte Sachverhalte fokussieren. Die strategischen Ziele sind, wenn immer möglich, zum Zwecke einer transparenten und objektiven Beurteilung (Messbarkeit), mit Indikatoren bzw. Beurteilungskriterien zu unterlegen. Der Verwaltungsrat ist verantwortlich für die innerbetriebliche Umsetzung.

Die strategischen Ziele werden grundsätzlich für vier Jahre festgelegt; bei Bedarf sind sie aufgrund der jährlichen Prüfung und Berichterstattung während ihrer Geltungsdauer anzupassen. Bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicher-

⁵⁶ http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/berichterstattung.php

⁵⁷ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10)

⁵⁸ Das Parlament kann die Festlegung noch nicht vorhandener Ziele oder deren Änderung verlangen. Es gibt drei Formen der Mitwirkung der «Bundesversammlung»: Kenntnisnahme von Berichten des Bundesrates, Aufträge an den Bundesrat (im Regelfall als Motion und nicht als Postulat) und Grundsatz- bzw. Planungsbeschlüsse (in der Form des (einfachen) Bundesbeschlusses). Der Grundsatz- und Planungsbeschluss ist die geeignete Form für grössere und komplexere Aufträge, die aber in einem aufwändigeren Verfahren beschlossen werden. Mitwirkung kann sich bereits darin äussern, dass eine Kommission z.B. bei der Beratung der Berichterstattung über die Erreichung der strategischen Ziele Meinungsäusserungen oder Empfehlungen abgibt, die es dem Bundesrat erlauben, seine Schlussfolgerungen zu ziehen bzw. die strategischen Ziele allenfalls zu ändern. Denkbar sind auch Konsultationen (für die es keine explizite Gesetzesgrundlage braucht), bei denen eine Kommission ihre Meinung äussert und auf diese Weise an der Entscheidungsfindung des Bundesrates mitwirkt. «Mitwirkung» bedeutet aber nicht, dass der Bundesrat die strategischen Ziele vorgängig der Bundesversammlung zur Genehmigung unterbreiten muss. Eine allfällige Ablehnung oder Abweichung von Aufträgen oder Grundsatz- und Planungsbeschlüssen durch den Bundesrat muss begründet werden (zum Verhältnis von Art. 28 Abs. 4 ParlG zu Art. 122 Abs. 3 vgl. den Kommentar Graf/Theler/von Wyss zum Parlamentsgesetz, Art. 28, Randziffer 23).

heitsaufsicht erfolgen die Anpassungen wiederum durch den Verwaltungsrat, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat.

Die strategischen Ziele der Anstalten werden vom Bundesrat im Bundesblatt publiziert, wenn sie «erhebliche Aussenwirkungen entfalten oder von erheblicher allgemeiner Bedeutung sind» (Art. 18 Bst. b PublV⁵⁹). Die Publikation der strategischen Ziele durch die Anstalt (z.B. auf ihrer Homepage⁶⁰) ist vor der Genehmigung durch den Bundesrat nicht zulässig. Zu den Methoden und Kriterien, nach denen die Umsetzung der strategischen Ziele beurteilt wird, gehören vertrauliche Informationen und Kennzahlen. Die Methoden und Kriterien (Indikatoren bzw. Beurteilungskriterien) werden daher nicht veröffentlicht.

Buchstabe b: Artikel 4 des Mustererlasses bezeichnet den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und die Revisionsstelle als Organe der Anstalt. Die Trennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auf Gesetzesebene ist ein Unterschied zur Regelung in Artikel 716b OR. Nach Absatz 3 dieser OR-Bestimmung steht bei Aktiengesellschaften die Geschäftsführung dem Verwaltungsrat gesamthaft zu, soweit er sie nicht übertragen hat⁶¹. Demgegenüber sind bei den Anstalten die strategische (Verwaltungsrat) und die operative Ebene (Geschäftsleitung) bereits auf Gesetzesebene getrennt (dualistische Ausgestaltung). Die Geschäftsleitung der Anstalt verfügt über weitergehende, bereits im Organisationserlass klar zugewiesene Kompetenzen. Im Organisationsreglement regelt der Verwaltungsrat die Voraussetzungen, unter denen eine der Anstalt allenfalls zustehende Verfügungskompetenz von der Geschäftsleitung wahrgenommen werden soll (vgl. auch Art. 7 Abs. 2 Bst. b Mustererlass). Der Verwaltungsrat kann – unter Vorbehalt von Art. 7 Abs. 2 Bst. e Mustererlass – im Organisationsreglement auch regeln, wie und durch wen die Kommunikation (Vertretung der Anstalt nach aussen) erfolgen soll.

Der Verwaltungsrat kann im Bereich der unübertragbaren Aufgaben die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse sowie die Überwachung von einzelnen Geschäften auch Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern übertragen (analog zu Art. 716a Abs. 2 OR). Die Bildung von spezialisierten Ausschüssen ist sinnvoll, um bestimmte Geschäfte durch Mitglieder mit entsprechender Erfahrung und Sachkenntnis bearbeiten zu lassen. Sie kann auch helfen, Interessenkonflikte zu vermeiden und die Machtbalance innerhalb des Verwaltungsrates zu wahren. Der Verwaltungsrat und seine Ausschüsse können Drittpersonen (namentlich Fachleute) zur Beratung beiziehen. Diese sind vertraglich zur Geheimhaltung zu verpflichten. Der

⁵⁹ Verordnung vom über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung, PublV, SR 170.512.11)

⁶⁰ Beispiele: Strategische Ziele der FINMA 2013–216; Strategische Ziele der RAB 2012–2015.

⁶¹ Artikel 716b Absatz 1 OR sieht für Aktiengesellschaften grundsätzlich die monistische (einstufige) Form vor, lässt jedoch auch die dualistische (mit Gewaltenteilung) Form zu. In der Praxis sind vor allem die grösseren Aktiengesellschaften dualistisch ausgestaltet: Gestützt auf eine Ermächtigung in den Statuten delegieren die Verwaltungsräte die Geschäftsführung im Organisationsreglement im Rahmen des gesetzlich Zulässigen – also im Bereich der übertragbaren Aufgaben – an eine Geschäftsleitung. In diesem Bereich fällt die Übertragung wesentlicher Entscheidbefugnisse an einzelne Verwaltungsratsmitglieder bzw. Ausschüsse ebenfalls unter Artikel 716b Absatz 1 OR.

Verwaltungsrat hat in jedem Fall für eine angemessene Berichterstattung an seine Mitglieder zu sorgen (analog Art. 716a Abs. 2 OR). Zu einer Haftungsbeschränkung führt eine solche Übertragung aber grundsätzlich nicht. Der Sorgfaltsmassstab bei der Überprüfung von Vorbereitungsarbeiten und bei der Überwachung der Ausführung von Geschäften ist hoch. Falls im Bereich der unübertragbaren Aufgaben gar Entscheidbefugnisse an Ausschüsse delegiert würden, bleibt der Verwaltungsrat für Fehler verantwortlich, wie wenn er sie selbst begangen hätte.

Falls Dritte mit der Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben der Anstalt betraut werden sollen, bedarf es hierzu einer Gesetzesgrundlage im Aufgabenerlass (vgl. Anhang 1).

Buchstabe c: Es handelt sich um Ausführungsbestimmungen, die der Verwaltungsrat selber erlassen kann, sei es gestützt auf eine Ermächtigung im Organisations- oder Aufgabenerlass oder aufgrund einer Subdelegation durch den Bundesrat (LS 13). Die Zulässigkeit und die Rahmenbedingungen für eine Subdelegation sind zwingend zu beachten. Eine gesetzliche Delegation zum Erlass generell-abstrakter Normen mit Aussenwirkung ist nur im Ausnahmefall zulässig. Die FINMA hat in eigener Kompetenz verschiedene Verordnungen erlassen (Bsp.: AVO-FINMA⁶², GwV-Finma⁶³). Vgl. ferner zur Vorgabe von Regulierungsgrundsätzen Artikel 7 FINMAG.

Buchstabe d: Der Verwaltungsrat muss für die Anstalt (für sich und die Mitglieder seiner Ausschüsse sowie für die Geschäftsleitung und das übrige Personal) alle nötigen organisatorischen und regulatorischen Vorkehren zur Vermeidung von Interessenkonflikten treffen (wie Regelungen im Organisationsreglement, Erlass von Verhaltensbestimmungen in der Personalverordnung, Verhaltenskodex, Verhaltensweisen etc.). Beispiel: Artikel 36 – 39 FINMA-Personalverordnung⁶⁴ betr. Nebenbeschäftigung, öffentliche Ämter, Treue- und Verhaltenspflichten, Vorteilsannahmeverbot. Die Verordnung gilt für die Angestellten der FINMA, inklusive Geschäftsleitungsmitglieder. Gestützt auf Artikel 38 Absatz 3 dieser Verordnung hat der Verwaltungsrat der FINMA zudem einen Verhaltenskodex erlassen.

Die Regelung zur Vermeidung von Interessenkonflikten von Verwaltungsratsmitgliedern kann in politisch besonders sensitiven Bereichen auch direkt durch Verordnung erfolgen (Bsp. Art. 4–4b ENSIV⁶⁵).⁶⁶ Zu einer allfälligen Cooling-off-Period vgl. die Bemerkungen zu Artikel 5 Absatz 4 des Mustererlasses.

⁶² Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA vom 9. November 2005 (AVO-FINMA, SR 961.011.1)

⁶³ Geldwäschereiverordnung-FINMA vom 8. Dezember 2010 (GwV-FINMA, SR 955.033.0)

⁶⁴ Verordnung vom 11. August 2008 über das Personal der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA-Personalverordnung, SR 956.121)

⁶⁵ Verordnung vom 12. November 2008 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIV), SR 732.21

In Erfüllung des Postulates Recordon 12.3114 vom 8. März 2012 (Lösungsansätze für Interessenkonflikte im Bundesrecht) kam der Bundesrat in seinem Bericht vom 28. November 2014⁶⁷ zum Schluss, dass das geltende Bundesrecht im Bereich der Interessenkonflikte einen guten Stand aufweist. Der Bundesrat hat die in den «Corporate-Governance-Berichten» entwickelte Praxis bestätigt, wonach den organisations- und personalrechtlichen Bestimmungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist. Weitergeführt werden soll auch der bisherige, pragmatische Ansatz, Anpassungen bestehenden Rechts an die Corporate-Governance-Praxis (insb. Leitsätze) nicht sofort, sondern erst im Rahmen einer Totalrevision der organisationsrechtlichen Grundlagen der betreffenden Einheiten zu prüfen bzw. allenfalls vorzunehmen. Der Bundesrat will zudem – aufgrund von Aufträgen oder neuen Erlassen – punktuell die bestehenden Regelungen überprüfen und dem Gesetzgeber allenfalls Anpassungen oder Ergänzungen vorschlagen. Die für die Schweiz 2016 zu erwartende vierte Evaluationsrunde der «Groupe d'Etats contre la Corruption» (GRECO) wird ebenfalls Gelegenheit zur Überprüfung einzelner Regelungen im Bereich der Interessenkonflikte und der Korruptionsprävention geben. Sollten Untersuchungen aufgrund von Problemfällen rechtliche Lücken oder Mängel aufdecken, wird der Bundesrat bei Bedarf tätig. Gleich wichtig wie der Erlass rechtlicher Regelungen sind jedoch die kontinuierliche Information, Schulung und Sensibilisierung des Personals. Solche Massnahmen stärken das Verantwortungsbewusstsein eines jeden Einzelnen und tragen damit wesentlich zur gewünschten Verwaltungskultur bei.

Die heutige aktienrechtliche Regelung sieht den Ausstand nur für die Beschlussfassung des Verwaltungsrates über die Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft vor. Hier wird eine offener Formulierungen gewählt: Dass der Ausstand unter Umständen nur für die Beschlussfassung über ein Traktandum nötig ist, die Beteiligung an der Diskussion darüber hingegen erwünscht sein kann, beispielsweise um das Sachwissen der betroffenen Personen nutzen zu können, ist sinnvoll und kann entsprechend geregelt werden.

Die Informationspflichten der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitungsmitglieder im Falle eines konkreten Interessenkonflikts sind zwingender Bestandteil der Regelung über Interessenkonflikte. So sollen die Mitglieder des Verwaltungsrates den Präsidenten oder die Präsidentin vollständig und unverzüglich über Interessenkonflikte informieren müssen. Befindet sich dieser oder diese selbst in einem Interessenkonflikt, so erfolgt die Information an den Vizepräsidenten bzw. die Vizepräsidentin. Ob die Information immer oder nur in bestimmten Fällen an den gesamten Verwaltungsrat weitergeleitet werden soll, regelt das Organisations-

⁶⁶ OECD Multilingual Summaries, Government at a Glance 2013: Die Offenlegung der Vermögensverhältnisse und Privatinteressen von Entscheidungsträgern bleibt ein wichtiges Instrument bei der Behandlung von Interessenkonflikten. In fast allen Ländern sind die Entscheidungsträger verpflichtet, ihre Vermögenswerte und Einkommensquellen offenzulegen. Eine Offenlegung von vorherigen Beschäftigungsverhältnissen und Verbindlichkeiten ist indes nur in wenigen Ländern erforderlich. Bei den Anstalten des Bundes sind Verhaltensvorschriften vorzusehen, namentlich über Nebenbeschäftigungen und öffentliche Ämter sowie das Halten von Effekten.

⁶⁷ BBl 2015 1265

reglement. Die nötigen Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Anstalt ergreift die Person, die dort als Informationsempfänger bzw. Informationsempfängerin bezeichnet ist (vgl. die in Art. 717a VE-OR⁶⁸ vorgeschlagene Regelung).

Der Bundesrat hat, basierend auf Artikel 6a Absatz 3 BPG, in Artikel 11 KadLV die Nebenbeschäftigungen (einschliesslich Ablieferungspflicht der daraus resultierenden Einnahmen) des obersten Kaders von Unternehmen und Anstalten des Bundes geregelt. Die Mitglieder des obersten Kaders müssen die vorgesehene Übernahme entgeltlicher Nebenbeschäftigungen der vorgesetzten Stelle melden. Könnte eine Nebenbeschäftigung die Leistungsfähigkeit vermindern oder zu Interessenkonflikten führen, so ist zu prüfen, ob eine Zustimmung des Bundesrates erforderlich ist. Die Mitglieder der obersten Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes müssen zudem gemäss Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 2003 im Geschäftsbericht oder in einem gleichwertigen Informationsorgan vollständig über ihre Mitgliedschaften in analogen Organen anderer Unternehmen und Anstalten des Bundes des öffentlichen oder privaten Rechts informieren⁶⁹. Vgl. jetzt ausdrücklich Artikel 5 Absatz 6 des Mustererlasses.

Absatz 6 Buchstaben e–g (Personal und Pensionskasse): Vor Verabschiedung des CG-Zusatzberichtes durch den Bundesrat wurden bei ausgelagerten Einheiten des Bundes verschiedenste personalrechtliche Sonderlösungen geschaffen, die zu einer Zersplitterung des Bundespersonalrechtes führten. Dem sollte mit den zusätzlichen Leitsätzen Einhalt geboten werden, indem Kriterien geschaffen wurden, wann das BPG gelten soll und wann eine OR-Lösung möglich ist. Verselbständigte Einheiten, die überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen, haben ein privatrechtliches Personalstatut. Verselbständigte Einheiten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht wahrnehmen sowie Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, sollen öffentlich-rechtliche Personalstatute im Rahmen des BPG haben (LS 29 und Art. 9 Mustererlass)⁷⁰. Personalstatut und Pensionskassenstatut sind inskünftig dem gleichen Rechtskreis – öffentliches Recht oder Privatrecht – zugeordnet. Das Pensionskassenstatut von Einheiten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, ist somit ein öffentlich-rechtliches Statut im Rahmen des BPG (vgl. Art. 10 Mustererlass).

Die unternehmensspezifischen Ausführungsbestimmungen zum BPG (Personalverordnung) sind vom Bundesrat zu genehmigen (LS 30). Gleiches gilt für die Anschlussverträge solcher Einheiten an PUBLICA (LS 36 und Art. 32c Abs. 3 zweiter Satz BPG).

⁶⁸ Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) und Erläuterungsbericht (Vernehmlassungsvorlage vom 28. November 2014)

⁶⁹ BRB vom 19. Dezember 2003 (im Anhang 3 zum Kaderlohnreporting; Offenlegung der Bindungen) (<http://www.epa.admin.ch>Dokumentation>Zahlen und Fakten>Berichte, Entlohnung, Kaderlohnreporting>)

⁷⁰ Die Umsetzung dieser vom Bundesrat angestrebten Zuordnungen soll aber bei den bereits bestehenden Einheiten in pragmatischer Weise erfolgen. Erst im Rahmen einer Totalrevision der organisationsrechtlichen Grundlagen werden das Personalstatut und dessen allfällige Änderung überprüft.

Die Versicherung des Personals und der dazugehörigen Rentenbeziehenden bei PUBLICA erfolgt entweder in einem eigenen Vorsorgewerk, im (gemeinschaftlichen) Vorsorgewerk Bund oder in einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk mit einer oder mehreren anderen dezentralen Verwaltungseinheiten. Die Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigener Rechnung⁷¹ ist in jedem Fall vorsorge-rechtlich Arbeitgeberin (Art. 32b Abs. 2 BPG). Falls sie dem Vorsorgewerk Bund angeschlossen werden soll, vertritt der Verwaltungsrat die Anstalt als Vertragspartei (Art. 32d Abs. 2 zweiter Satz BPG).

Der Bundesrat regelt nach Artikel 32e Absatz 3 BPG die Wahl der paritätischen Organe der einzelnen Vorsorgewerke in einer Verordnung. Er kann den nicht zum Vorsorgewerk Bund gehörenden Arbeitgebern diese Befugnis übertragen. Bei der ETH, PUBLICA und beim Schweizerischen Nationalmuseum (SNM) hatte der Bundesrat in der Rahmenverordnung-BPG⁷² das oberste Leitungsorgan dieser Einheiten beauftragt, die Zuständigkeit, die Zusammensetzung und das Wahlverfahren des paritätischen Organs ihres Vorsorgewerkes zu regeln (Art. 2, 2a und 2b Rahmenverordnung BPG). In anderen Fällen besteht eine Regelung in der Personalverordnung, nach der die Anstalt entsprechend beauftragt wird (Bsp. Art. 10a IGE-PersV). Seit dem Erlass von Artikel 32e Absatz 3 BPG wurde die Regelungskompetenz stets übertragen. Mit Buchstabe g wird die Verantwortung, für eine entsprechende Regelung zu sorgen, nun direkt im Organisationserlass dem Verwaltungsrat der Anstalt übertragen. Nicht nötig ist der Erlass einer solchen Regelung beim Anschluss an ein bestehendes Vorsorgewerk, da hier bereits ein paritätisches Organ bestellt ist. Die Zusammensetzung des paritätischen Organs muss allerdings in Bezug auf eine angemessene Vertretung des Personals der verschiedenen Arbeitgeber überdacht werden (Art. 51 Abs. 2 Bst. b und Abs. 3 BVG⁷³).

Der Verwaltungsrat schliesst den Anschlussvertrag, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat, mit PUBLICA ab. Das Genehmigungserfordernis entfällt, wenn ein Anschluss an das Vorsorgewerk Bund erfolgt, da ein solcher Anschluss ohnehin nur mit Zustimmung des Bundesrates erfolgen kann.

In den Botschaftserläuterungen sollte darauf hingewiesen werden, dass das paritätische Organ dem Anschlussvertrag zustimmen muss (vgl. Art. 32c Abs. 3 BPG und Art. 9 Abs. 2 Publica-Gesetz⁷⁴). Vorbehalten bleibt eine allfällige (gegenüber Art. 11 Abs. 2 BVG spezialgesetzliche) Anordnung eines Zusammenschlusses durch den Bundesrat (geplante Änderung von Art. 32d BPG⁷⁵).

⁷¹ Vgl. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Vernehmlassungsentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR-Gesetz): Das SIR behält zwar den Anstaltsstatus, wird jedoch weiterhin keine eigene Rechnung haben. Somit wird das SIR auch künftig nicht eigene Arbeitgeberin im Sinne des BPG sein (Art. 32d Abs. 2 BPG, e contrario).

⁷² Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz vom 20. Dezember 2000 (SR 172.220.11)

⁷³ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40)

⁷⁴ Bundesgesetz vom 20. Dezember 2006 über die Pensionskasse des Bundes (PUBLICA-Gesetz, SR 172.222.1)

⁷⁵ BBl 2016 311 (Botschaft) und BBl 2016 353 363f. (Gesetzesentwurf)

Zu den Anstellungsverhältnissen und zur Genehmigung der Personalverordnung durch den Bundesrat sei auf die Bemerkungen zu Artikel 9 des Mustererlasses verwiesen. Zur pensionskassenrechtlichen Regelung und zur Genehmigung des Anschlussvertrages (Art. 32c Abs. 3 zweiter Satz BPG) und jener Änderungen des Anschlussvertrages, die finanzielle Auswirkungen haben (Art. 32c Abs. 4 BPG), durch den Bundesrat, siehe auch die Kommentierung zu Artikel 10 des Mustererlasses.

Keiner Genehmigung durch den Bundesrat unterliegen die Gebührenbestimmungen: Im Gegensatz zu Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, werden die Gebührenbestimmungen bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht direkt vom Bundesrat erlassen und nicht nur genehmigt (vgl. Art. 12 Mustererlass).

Buchstabe h und i: Gemäss LS 4 wäre bei Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, für die Wahl und Abwahl der ganzen Geschäftsleitung die Genehmigung des Bundesrates einzuholen. Demgegenüber würde nach LS 4 die entsprechende Genehmigung bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht entfallen. In neueren Organisationserlassen wird jedoch in beiden Fällen die folgende, von LS 4 abweichende Lösung getroffen: Der Genehmigung durch den Bundesrat unterstellt sind die Begründung und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Direktorin oder dem Direktor⁷⁶. Die zentrale Stellung und Verantwortlichkeit dieser Funktion (insb. Entscheidungsfunktion und Vertretung der Anstalt nach aussen, vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. b und e) rechtfertigt es, dem Bundesrat auch bei Anstalten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, ein entsprechendes Aufsichtsinstrument in die Hand zu geben. Die Abwahl eines dem Verwaltungsrat nicht genehmen Direktors und die Wahl eines neuen Direktors allein durch den Verwaltungsrat ist demzufolge nicht möglich. Hingegen liegen Vertragsänderungen in der alleinigen Kompetenz des Verwaltungsrates. Auf einen Genehmigungsvorbehalt des Bundesrates kann hier verzichtet werden, da die von ihm genehmigte Personalverordnung (Art. 6 Bst. e und Art. 9 Mustererlass) und die von ihm erlassene Kaderlohnverordnung den Rahmen für Vertragsänderungen bereits hinreichend abstecken, indem insbesondere die Obergrenze des Direktorengehalts in der vom Bundesrat zu genehmigenden Personalverordnung festzulegen ist.

Buchstabe j: Die Beaufsichtigung der Geschäftsleitung enthält auch ein Weisungs- und Evokationsrecht. Dieses erfasst selbstverständlich auch den Erlass von Verfügungen: Im Organisationsreglement regelt der Verwaltungsrat, welche Kompetenzen er beim Erlass von Verfügungen selber wahrnehmen will und welche Fälle oder Kompetenzen er an die Geschäftsleitung delegiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. b Mustererlass).

⁷⁶ Eine abweichende Regelung enthält Artikel 9 EIMG (SR 941.27), wo an Stelle des Institutsrats der Bundesrat über die Begründung, die Änderung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Direktorin oder des Direktors des Eidgenössischen Instituts für Metrologie entscheidet. Der Hauptgrund für diese Abweichung liegt darin, dass das Institut Aufsichtsfunktionen gegenüber den Kantonen wahrnimmt.

Buchstabe k: Mit dem Bundesratsbeschluss vom 19. Januar 2005 zur Risikopolitik des Bundes hat der Bundesrat die Grundlagen für das Risikomanagement beim Bund gelegt. Inzwischen sind alle Bundesunternehmen verpflichtet, für ein adäquates Risikomanagement zu sorgen. Es soll nicht nur eine Risikobeurteilung, sondern ein Risikomanagement erfolgen. Weitere Vorgaben dazu müssen in den strategischen Zielen erfolgen. Zum IKS: vgl. Artikel 728a Absatz 1 Ziffer 3 OR (allerdings nur zur Regelung der Prüfung eines IKS durch die Revisionsstelle). Zum Gegenstand des IKS: vgl. Swiss Code of best practice for corporate governance 2016 (Ziff. 20). Geht der Bund gegenüber verselbständigten Einheiten ausnahmsweise unternehmensspezifische Haftungen, Garantien, Bürgschaften und Eventualverpflichtungen ein, so macht er zudem enge risikopolitische Vorgaben, damit die Haftungsrisiken systematisch erfasst, bewertet und ausgewiesen werden (LS 12).

Die Angaben im Lagebericht zum Risikomanagement werden durch die Revisionsstelle geprüft (vgl. Bemerkungen zu Art. 8 Abs. 3 Mustererlass).

Sofern die strategischen Ziele keine besonderen Vorgaben enthalten, wird bei der Prüfung des Risikomanagements nur das Bestehen eines angemessenen Risikomanagements kontrolliert. Es wird geprüft, ob sich der Verwaltungsrat inhaltlich mit den Risiken auseinandergesetzt und eine Beurteilung vorgenommen hat. Eine inhaltliche Kontrolle erfolgt grundsätzlich nicht. Die Anforderungen an die Angemessenheit sollen daher in den strategischen Zielen konkretisiert werden. Die Mindestanforderungen können beispielsweise darin bestehen, dass sich das Unternehmensrisikomanagementsystem an der Norm ISO 31000 orientiert, dass die Anstalt über ein Betriebskontinuitätsmanagementsystem verfügt, das die Top (z.B. fünf) Unternehmensrisiken beschreibt, und dass die Anstalt den Eigner über die (fünf) wichtigsten Unternehmensrisiken informiert. Die Anstalt muss ihre Unternehmensrisiken erkennen und die nötigen Konsequenzen daraus ziehen sowie dem Eigner die erforderlichen Informationen zukommen lassen, damit dieser seine Vorgaben gegenüber der Anstalt nötigenfalls anpassen und sein eigenes Risikomanagement danach ausrichten kann. Es gilt sicherzustellen, dass insbesondere jene Risiken, die auf den Bund durchschlagen könnten, rechtzeitig erkannt, erfasst und der Eignerstelle gemeldet werden. Es müssen die erforderlichen Massnahmen zur Vermeidung oder Verminderung der Risiken getroffen werden, sowohl auf der Stufe der Unternehmung als auch auf der Stufe des Bundes bzw. Eigners.

Buchstabe l: Die Vorgaben, die der Verwaltungsrat hinsichtlich der Bildung und Verwendung von Reserven zu beachten hat, ergeben sich aus dem anwendbaren, anerkannten Standard zur Rechnungslegung, der Regelung zur Reservenbildung im Organisationserlass (vgl. Art. 16 Mustererlass) und den Entscheidungen des Bundesrates. Da die Rechnungslegung nicht nach den Regeln des OR erfolgt, ist die Bildung stiller Reserven unzulässig. (Offene) Reserven dürfen nur gebildet werden, wenn und soweit der anerkannte Standard zur Rechnungslegung dies vorsieht. Andernfalls setzt die Möglichkeit zur Bildung von Reserven eine gesetzliche Grundlage voraus (vgl. Art. 16 Mustererlass). Der Entscheid des Verwaltungsrates zur Bildung und Verwendung von (gesetzlichen) Reserven bedarf der Ermächtigung durch den Bundesrat; dieser entscheidet darüber im Rahmen der Genehmigung der

Rechnung / Gewinnverwendung bzw. des Geschäftsberichts der Anstalt und der Beschlussfassung über die Entlastung des Verwaltungsrates (vgl. Bst. n).

Buchstabe m: Allfällige Abgeltungen werden in Artikel 13 dieses Mustererlasses geregelt.

Buchstabe n: Die Genehmigung des Geschäftsberichts und die Entlastung des Verwaltungsrates erfolgen durch den Bundesrat, in Anlehnung an die Kompetenzen der Generalversammlung bei Aktiengesellschaften (vgl. dort Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3–5 OR).

Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sind nicht gewinnorientiert (vgl. Art. 9c Abs. 1 VE-EBG) bzw. dürfen keine kommerziellen Tätigkeiten ausüben. Bei der Festsetzung der Gebühren darf aber ein Einnahmenüberschuss eingeplant werden, wenn damit allfällige Reserven aufgebaut werden sollen (vgl. Art. 6 Bst. I Mustererlass).

Sobald der Geschäftsbericht vom Bundesrat genehmigt wurde (Bst. n), muss der Verwaltungsrat ihn für jedermann zugänglich, d.h. an einem entsprechend geeigneten Ort, veröffentlichen. Als besonders geeignet erscheint die Homepage der Anstalt.

Beispiele:

Artikel 6 ENSIG, Artikel 9 FINMAG, Artikel 70, 71a, 72 und 72a E-HMG, Artikel 4 und 5 E-WBBG, Artikel 30, 30a und 34a RAG, Artikel 9f VE-EBG.

Art. 7 Geschäftsleitung

Absatz 1: Die Geschäftsleitung ist formelles Organ und hat die entsprechenden Organfunktionen – nicht nur die Direktorin bzw. der Direktor. Organe verselbständigter Einheiten sollen voneinander personell unabhängig sein. Eine Einsitznahme eines Verwaltungsratsmitglieds in die Geschäftsleitung ist deshalb grundsätzlich ausgeschlossen. Vorbehalten bleiben besondere Fälle, wo ein Abweichen von dieser Regel sachlich zwingend erscheint (Gründung, Sanierung, Umwandlung etc.).

Der Verwaltungsrat ist verantwortlich für die innerbetriebliche Umsetzung der strategischen Ziele (Art. 6 Bst. a Mustererlass). Die Geschäftsleitung hat die Geschäftsführung auf diese Ziele auszurichten.

Die Treuepflicht der Geschäftsleitungsmitglieder, ihre Pflicht zur Interessenwahrung sowie die Anzeigerechte und -pflichten (Whistleblowing) richten sich nach dem BPG, der Personalverordnung, betriebsinternen Regelungen (z.B. das Personal- oder Organisationsreglement) und dem Arbeitsvertrag. Artikel 11 KadLV enthält zudem eine Regelung zu den Nebenbeschäftigungen der Geschäftsleitungsmitglieder. Daneben sieht Artikel 23 BPG auch für das übrige Personal vor, dass die Ausführungsbestimmungen zu den Nebenbeschäftigungen die Ausübung bestimmter Tätigkeiten und öffentlicher Ämter von einer Bewilligung abhängig machen können, soweit sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben zu beeinträchtigen vermögen.

Die Rahmenbedingungen für die Festlegung von Cooling-off-Periods für Mitglieder der Geschäftsleitung erfordern eine gesetzliche Grundlage und sollten bei der operativen Leitung verselbständigter Einheiten des Bundes mit Aufsichts- oder Regulierungsaufgaben in den Spezialerlassen verankert werden. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob eine Cooling-off-Period für die Geschäftsleitungsmitglieder angezeigt ist. Es gelten grundsätzlich dieselben Rahmenbedingungen wie bei Verwaltungsratsmitgliedern (vgl. die Bemerkungen zu Art. 5 Abs. 4 Mustererlass). Beispiele: Artikel 6a des ENSI-Personalreglements enthält für den Direktor bzw. die Direktorin und das übrige Personal des ENSI eine Karenzfristregelung. Bei der FINMA entspricht das Cooling-Off innerhalb der Kündigungsfrist einer bezahlten Freistellung. Um vor Beginn einer sechsmonatigen Cooling-off-Period eine geordnete Geschäftsübergabe zu ermöglichen, wurden die Kündigungsfristen für Schlüsselfunktionen (Mitglieder der Geschäftsleitung und weitere höhere Führungs- und Fachkader) angemessen erhöht (Art. 9 FINMA-Personalverordnung). Zudem müssen Mitarbeitende, die zu einem Beaufsichtigten wechseln, bei Vertragsschluss die FINMA informieren. Diese prüft, ob Massnahmen zur Vermeidung von Interessenskonflikten (wie Cooling-off-Period, Versetzung oder Ausstand) angezeigt sind. Falls es sich zur Vermeidung von Interessenskonflikten als notwendig erweist, kann – zusätzlich zur Cooling-off-Period – eine unbezahlte Karenzfrist vereinbart werden (Art. 38a FINMA-Personalverordnung).

Absatz 2 Buchstabe b: Vorbehalten bleiben Entscheid- und Mitwirkungsrechte des Verwaltungsrates. Die entsprechende Regelung gehört ins Organisationsreglement (vgl. Bemerkungen zu Art. 6 Bst. b Mustererlass). So kann der Verwaltungsrat vorsehen, dass ihm die Geschäftsleitung bestimmte Verfügungen zum Entscheid unterbreitet (namentlich solche von besonderer Tragweite).

Absatz 2 Buchstabe g: Die subsidiäre Generalkompetenz liegt – im Unterschied zum Aktienrecht (vgl. Art. 716 Abs. 1 OR) – bei der Geschäftsleitung. Die Regelung dient der Vermeidung von negativen Kompetenzkonflikten zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung und ist Ausdruck der starken Stellung der permanent vertretenen und für die Aufgabenerfüllung direkt verantwortlichen Geschäftsleitung gegenüber dem (teilweise Miliz-)Verwaltungsrat.

Organisationsinterne Regelungen, wie die Teilnahme von Mitgliedern der Geschäftsleitung an den Sitzungen des Verwaltungsrates gehören nicht in den Organisationserlass, sondern ins Organisationsreglement des Verwaltungsrates.

Beispiele:

Artikel 7 ENSIG, Artikel 10 FINMAG, Artikel 73 E-HMG, Artikel 7 E-WBBG, Artikel 31 RAG, Artikel 9g VE-EBG.

Art. 8 Revisionsstelle

Absatz 1: Wo die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) zwingend die zuständige (externe) Revisionsstelle ist, entfallen die Kompetenzen des Bundesrates zur Ernennung und Abberufung der Revisionsstelle. Stattdessen wäre im Organisationserlass

(Abs. 1) vorzusehen, dass die EFK die externe Revisionsstelle ist. Anwendungsfälle finden sich bei der FINMA und bei der RAB, weil private Revisionsgesellschaften zum Kreis der durch diese Anstalten Beaufsichtigten gehören.

Die Funktion und die Aufgaben der externen Revisionsstelle sind nicht zu verwechseln mit den Kompetenzen der EFK als oberstes Finanzaufsichtsorgan des Bundes. Im ersten Fall geht es um die Revision der Jahresrechnung nach aktienrechtlichen Grundsätzen, im zweiten Fall um die Finanzaufsicht (inkl. Wirtschaftlichkeitsprüfung) nach dem Finanzkontrollgesetz (Art. 5 und Art. 6 FKG). Bei Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht erfolgt die Finanzaufsicht durch die EFK allerdings nur insoweit, als dies der Ausübung der Oberaufsicht durch die Bundesversammlung dient (vgl. Art. 8 Abs. 2 FKG). Damit soll der Selbständigkeit dieser Einheiten bei der Aufgabenerfüllung sowie ihrer fachlichen Unabhängigkeit Rechnung getragen werden.

Eine jederzeitige Abberufung mit sofortiger Wirkung ist möglich, ohne dass wichtige Gründe geltend gemacht werden müssen, da davon ausgegangen wird, dass ein privatrechtliches Auftragsverhältnis vorliegt (vgl. LS 7 und Art. 730a Abs. 4 OR).

Absatz 2: Es wird dynamisch auf die Regelung des Aktienrechts verwiesen werden. Damit wird die Rechtsentwicklung im Privatrecht automatisch nachvollzogen.

Für die Revision sollen die Bestimmungen über die ordentliche Revision (Art. 728b ff. OR) sinngemäss anwendbar sein. Die Rechtsbeziehung zwischen Revisionsstelle und Anstalt ist privatrechtlicher Natur. Da es sich bei der Anstalt nicht um eine privatrechtliche Aktiengesellschaft handelt, gelten die aktienrechtlichen Bestimmungen als «sinngemäss» anwendbar. Die Revisionsstelle untersteht der Geheimhaltung (vgl. Art. 730b Abs. 2 OR).

Im Hinblick auf die teils komplexen Verhältnisse bei den Anstalten – insbesondere auch zum Eigner Bund (konsolidierte Rechnung, Angleichung an Rechnungslegungsgrundlage des Bundes, komplizierte Mittelflüsse) – und die politische Gesamtverantwortung des Bundesrates müssen die Anforderungen an die Auswahl der Revisionsstelle und die Durchführung der Revision gleich hoch angesetzt werden wie im Privatrecht (Zulassung als Revisionsexperten durch die Revisionsaufsichtsbehörde [RAB]; vgl. Art. 727b Abs. 2 OR). Damit soll, wenn die entsprechenden Berufsstandards zur Anwendung gelangen, auch deren Einhaltung sichergestellt werden.

Der Bundesrat kann seiner Aufsichtspflicht am besten nachkommen, wenn eine ordentliche Revision erfolgt. Im Gegensatz zur eingeschränkten Revision prüft die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision nach OR das Interne Kontrollsystem (IKS), sie gibt eine Empfehlung zur Jahresrechnung ab (ob diese zu genehmigen oder zurückzuweisen ist), und sie erstattet dem Verwaltungsrat umfassend Bericht.

Absatz 3: Der Verwaltungsrat ist dafür zuständig, der vom Bundesrat gewählten Revisionsstelle den Prüfauftrag – nach den Vorgaben des Gesetzes und allenfalls des Bundesrates – zu bestätigen.

Abweichend zum Aktienrecht soll bei den Anstalten nicht nur die Jahresrechnung, sondern auch ein Teil des Lageberichts revidiert werden (zum Lagebericht vgl.

Art. 961c OR). Die Revisionsstelle muss den Lagebericht hinsichtlich der folgenden drei Punkte prüfen und darüber Bericht erstatten: Allfällige Widersprüche gegenüber der Jahresrechnung, die Durchführung eines adäquaten Risikomanagements und allfällige Widersprüche im Bereich der Personalberichterstattung. Damit wird der Revisionsgesellschaft im Gesetz eine Zusatzaufgabe zugewiesen (vgl. zur analogen Möglichkeit bei den Aktiengesellschaften: Art. 627 Ziff. 13 OR).

Die Revisionsstelle muss den Verwaltungsrat und den Bundesrat auf allfällige Widersprüche zwischen der Jahresrechnung und dem Lagebericht hinweisen (vgl. Botschaft zum neuen Rechnungslegungsrecht, in: BBl 2008 1589, S. 1718, mit Verweisung auf Art. 728b Abs. 1 OR). Führt die Revisionsstelle eine ordentliche Revision durch, so ist sie bereits nach den entsprechenden Vorschriften des OR verpflichtet zu prüfen, ob der Lagebericht der Anstalt und die Darstellung ihrer wirtschaftlichen Lage in der Jahresrechnung übereinstimmen (Art. 961c Abs. 3 OR).

Nach dem neuen Rechnungslegungsrecht erfolgt eine Berichterstattung über die Durchführung einer Risikobeurteilung nicht mehr systematisch im revidierten Anhang zur Jahresrechnung, wie es gemäss dem alten Recht (Art. 663b Ziff. 12 aOR⁷⁷) der Fall war, sondern im Lagebericht, der nicht mehr revidiert wird (Art. 961c Abs. 2 Ziff. 2 OR). Die Eignerstellen des Bundes sind nicht in der Lage, die entsprechenden Überprüfungen vorzunehmen. Deshalb ist als Abweichung gegenüber den obligationenrechtlichen Bestimmungen explizit zu regeln, dass die Revisionsstelle die Durchführung eines der Anstalt angemessenen Risikomanagements (vgl. Art. 6 Bst. k Mustererlass) prüfen und darüber Bericht erstatten muss. Die Verifizierung der Aussagen im Lagebericht durch die Revisionsstelle dient der Überprüfung, ob die Anstalt die diesbezüglichen gesetzlichen Vorgaben, anerkannten Standards zur Rechnungslegung und strategischen Ziele eingehalten hat. Die Revisionsgesellschaft prüft (entsprechend der früheren Prüfpraxis zur Risikobeurteilung) daneben lediglich noch, ob sich der Verwaltungsrat inhaltlich mit den Risiken auseinandergesetzt und eine Beurteilung vorgenommen hat. Eine inhaltliche Kontrolle der Risiken durch die Revisionsstelle selbst erfolgt nicht.

Gleiches gilt für die Berichterstattung im Lagebericht über die Anzahl Vollzeitstellen (Art. 961c Abs. 2 Ziff. 1 OR); auch hier erfolgt keine inhaltliche Überprüfung. Die Revision dieses Bestandteils des Lageberichts bezweckt lediglich, allfällige Abweichungen zwischen diesen Angaben im Lagebericht und der Personalberichterstattung des Bundesrates (Eidgenössisches Finanzdepartement [EFD] / Eidgenössisches Personalamt [EPA]) sowie der Berichterstattung über die Erreichung der strategischen Ziele im Personalbereich zu erkennen und zu vermeiden.

Absatz 4: Da die Anstalt über keine Generalversammlung verfügt, erfolgen die Anzeigen bei Verstössen (gegen Vorschriften des Aktienrechts, den Organisationserlass, das Organisationsreglement etc.) an den Bundesrat (vgl. zu den Anzeigepflichten Art. 728c OR). Die Berichterstattung an den Bundesrat erfolgt, wie an den Verwaltungsrat, umfassend (u. a. ausführlicher Bericht – Art. 728b Abs. 1 OR; vgl. auch LS 18). In diesem Punkt weicht Absatz 4 insofern vom OR ab, als Artikel 728b

Absatz 2 OR gegenüber der Generalversammlung nur einen zusammenfassenden Bericht vorschreibt.

Absatz 5: In Analogie zu Artikel 697a Absatz 1 OR hat der Bundesrat, gleich wie die Aktionäre in der Aktiengesellschaft, ein Recht auf Sonderprüfung, allerdings ohne dass die aktienrechtlichen Voraussetzungen für eine Sonderprüfung oder die entsprechenden Verfahrensvorschriften eingehalten werden müssten. Der Bundesrat bestimmt Inhalt und Umfang der Prüfung. Die Anstalt hat vollumfänglich mitzuwirken. Die Kosten dieser Aufsichtsmaßnahme trägt die Anstalt (in Analogie zu Art. 697g Abs. 2 OR, wonach die Gesellschaft die Kosten trägt, wenn die Generalversammlung der Sonderprüfung zugestimmt hat). Dies ist in der Botschaft klarzustellen.

Beispiele:

(die meisten Beispiele sind inhaltlich nicht vollständig bzw. entsprechen nicht dem revidierten Revisionsrecht)

Artikel 8 ENSIG, Artikel 12 FINMAG, Artikel 74 E-HMG, Artikel 8 E-WBBG, Artikel 32 RAG, Artikel 9h VE-EBG.

4. Abschnitt: Personal

Art. 9 Anstellungsverhältnisse

Absatz 1: Für verselbständigte Einheiten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, ist im Organisationserlass ein öffentlich-rechtliches Personalstatut im Rahmen des BPG vorzusehen (Zusatzbericht: BBl 2009 2690; LS 29). Aufgrund der Unterstellung der Geschäftsleitung und des übrigen Personals unter das BPG gelten insbesondere auch dessen Vorschriften zur Schweigepflicht (Art. 22 BPG) und betreffend Whistleblowing (Art. 22a BPG). Soweit nach Artikel 6 Absatz 2 BPG sinngemäss das OR gilt, können die Arbeitgeber von den nicht zwingenden Bestimmungen des OR abweichen, von den zwingenden dagegen nur zugunsten des Personals (Art. 361 und 362 OR; Art. 37 Abs. 4 BPG).

Absätze 2 und 3: Die Anstalt erhält den gleichen Status wie jene Arbeitgeber, denen der Bundesrat nach Artikel 3 Absatz 2 BPG Arbeitgeberstatus verleiht und die nach Artikel 37 Absatz 3^{bis} BPG Ausführungsbestimmungen erlassen dürfen, die vom Bundesrat zu genehmigen sind (vgl. Art. 6 Bst. e Mustererlass). Dies ist in der Botschaft darzulegen.

Nur soweit der Gesetzgeber (Art. 3 Abs. 2, Art. 37 Abs. 3 und 3^{bis} BPG) oder der Bundesrat in seiner Arbeitgeberfunktion (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BPG) Regelungskompetenzen delegiert hat (Art. 2 Abs. 4 und 5 BPV), können Departemente, Ämter oder dezentrale Einheiten Ausführungsbestimmungen zum BPG erlassen. Die Arbeitgeber erlassen die Ausführungsbestimmungen, soweit nicht der Bundesrat die ausschliessliche Befugnis dazu im BPG erhält (Art. 37 Abs. 3 BPG). Wo das BPG die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen einzig dem Bundesrat zuweist, muss er sie selber ausüben: Dies betrifft zum Beispiel Artikel 6 Absatz 5

BPG («OR-Fenster» für Personalkategorien). Wo das BPG aber auf die Ausführungsbestimmungen verweist, werden diese von den Arbeitgebern erlassen (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 37 BPG in: BBl 2011 6703 6725). Einen wichtigen Themenbereich der Personalverordnung bilden, nebst Entlohnung und Nebenleistungen, heute insbesondere die Verhaltenspflichten (wie Treuepflicht, Nebenbeschäftigung, öffentliche Ämter, Vorteilsannahmeverbot, Eigengeschäfte).

Der Bundesrat hat die Regelungskompetenzen, die ihm das BPG ausserhalb seiner Arbeitgeberfunktion übertragen hat, durch den Erlass der Rahmenverordnung BPG wahrgenommen. Das BPG und die Rahmenverordnung BPG sind für die Anstalt verbindlich. Innerhalb des durch das BPG und die Rahmenverordnung BPG vorgegebenen Rahmens ist der Verwaltungsrat ermächtigt, für sein Personal eigene Ausführungsbestimmungen zu erlassen (Art. 37 Abs. 3^{bis} BPG). Er kann sich allerdings in der Personalverordnung auch darauf beschränken, die erforderliche Mindestregelung zu erlassen und im Übrigen die bundespersonalrechtlichen Ausführungsbestimmungen (z.B. die Bestimmungen der BPV, VBPV⁷⁸ und der BPDV⁷⁹) als sinngemäss anwendbar erklären. Zur Mindestregelung gehört eine Regelung für jene Fälle, in denen die bundespersonalrechtlichen Ausführungsbestimmungen Zuständigkeiten des EFD oder des Departements begründen.

Der Verwaltungsrat muss die von ihm erlassene Personalverordnung dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreiten (Art. 6 Bst. e Mustererlass; Art. 37 Abs. 3^{bis} BPG). Dieser kann die Personalverordnung im Genehmigungsverfahren nicht abändern, sondern ihr nur als Ganze die Genehmigung verweigern und sie zur Anpassung an den Verwaltungsrat zurückweisen. Die Genehmigung hat somit konstitutiven Charakter. Der Bundesrat kann die Anstalt dank dieser Genehmigungskompetenz personal- und finanzpolitisch steuern. Die Personalkosten der Anstalt sind einer ihrer bedeutendsten ausgabenseitigen Posten (vgl. auch den Zusatzbericht: BBl 2009 2693 f.; LS 30). Beispiel: Verordnung des METAS über sein Personal (PV-METAS⁸⁰). Vgl. im Übrigen die Bemerkungen zu Artikel 6 Buchstabe e sowie Artikel 24 dieses Mustererlasses zum Übergangsrecht.

Die strategischen Ziele sollen ebenfalls personalpolitische Vorgaben enthalten (LS 32).

Beispiele:

Artikel 9 ENSIG, Artikel 13 FINMAG, Artikel 75 E-HMG, Artikel 9 E-WBBG, Artikel 9i VE-EBG.

⁷⁸ Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung (VBPV, SR 172.220.111.31)

⁷⁹ Verordnung vom 26. Oktober 2011 über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BPDV, SR 172.220.111.4)

⁸⁰ Verordnung des METAS vom 24. Oktober 2012 über sein Personal (PV-METAS, SR 941.273)

Art. 10 Pensionskasse

Die Geschäftsleitung und das übrige Personal sind nach den vorsorgerechtlichen Bestimmungen des BPG (Art. 32a–32m) bei PUBLICA versichert. Die Anstalt ist Arbeitgeberin im Sinne von Artikel 32b Absatz 2 BPG. Der Verwaltungsrat schliesst den Anschlussvertrag ab, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat (Art. 32c Abs. 3 BPG). Vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Artikel 6 Buchstaben f und g des Mustererlasses.

Das Personalstatut und das Pensionskassenstatut sollen dem gleichen Rechtskreis – für Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht dem öffentlichen Recht – zugeordnet werden. Deshalb und aufgrund des bestehenden Konnexes zwischen dem Personal- und Vorsorgerecht soll das Pensionskassenstatut an das Personalstatut geknüpft werden. Damit sind indirekt auch eine Anwendung der Aufgabentypologie des CG-Berichts (CG-Bericht Ziff. 3) und die Berücksichtigung der vorsorgerechtlich relevanten Vorgaben des Personalstatuts und der arbeitsvertraglichen Regelungen gesichert (Lohnstruktur und -bestandteile, Urlaubsregelung, Teilzeitbeschäftigung, Einkauf, Teuerungsausgleich, Leistungen bei unverschuldeter Entlassung, Überbrückungsrente, Berufsinvalidität etc.).

Die Ausgestaltung der beruflichen Vorsorge erfolgt im Rahmen der entsprechenden Bestimmungen des BPG (Art. 32a ff. BPG). Die Anstalt als dezentrale Verwaltungseinheit des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigener Rechnung nach Artikel 32b Absatz 2 BPG gilt als eigener vorsorgerechtlicher Arbeitgeber. Sie verfügt daher nach Artikel 32d BPG grundsätzlich über ein eigenes Vorsorgewerk und damit über einen eigenen, genehmigungspflichtigen Anschlussvertrag. Denkbar ist aber auch, dass sie sich mit einer anderen dezentralen Verwaltungseinheit oder (neu vorgesehen) mit dem Vorsorgewerk Bund zu einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk zusammenschliesst. Solche freiwilligen Zusammenschlüsse wären oft sehr sinnvoll (vgl. die nachfolgenden Erläuterungen).

De lege lata kann PUBLICA – mit Zustimmung des Bundesrates – den Zusammenschluss dezentraler Verwaltungseinheiten zu einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk auch verpflichtend anordnen (Art. 7 und 11 Abs. 2 Bst. g PUBLICA-Gesetz; Art. 32d Abs. 1 BPG). In der Botschaft zum Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz), die vom Bundesrat am 18. Dezember 2015 verabschiedet wurde, wird eine Änderung des BPG vorgeschlagen⁸¹. Neu soll auch der Bundesrat den Zusammenschluss zu einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk anordnen oder einem Anschlussbegehren an das Vorsorgewerk Bund zustimmen können, wenn dies insbesondere Grösse, Struktur und Aufgaben des Arbeitgebers aus versicherungs- oder vorsorgetechnischen Gründen nahelegen (Art. 32d Abs. 1 dritter Satz, Abs. 2 zweiter und dritter Satz und Abs. 2^{bis} der vorgeschlagenen Änderung des BPG). Kleine Vorsorgewerke sind beispielsweise weniger risikofähig, sie haben auch ungünstigere Verwaltungskosten und mehr Mühe beim Einhalten der arbeitgeberseitigen Beitragsbandbreite nach Artikel 32g BPG. Neben der Grösse ist als Kriterium auch die Intensität bzw.

⁸¹ BB1 2016 311 (Botschaft) und BB1 2016 353 363f. (Gesetzesentwurf)

die Nähe der dezentralen Verwaltungseinheit zu ministerialen Funktionen in Betracht zu ziehen.

Nach geltendem Recht kann sich mithin ein Arbeitgeber mit der Zustimmung des Bundesrates freiwillig mit einer anderen dezentralen Verwaltungseinheit zu einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk zusammenschliessen. Zwangsweise könnte ein solcher Zusammenschluss (nur) durch die Kassenkommission angeordnet werden. Der Anschluss an das Vorsorgewerk Bund ist *heute* nur möglich, wenn das Personalrecht identisch mit jenem des Bundes ist, sonst verstiesse er gegen das BPG. *Bis zum Inkrafttreten der geplanten BPG-Änderung* (voraussichtlich anfangs 2018) muss ein vom Bundesrat erwünschter, zwangsweiser Anschluss an das Vorsorgewerk einer anderen dezentralen Verwaltungseinheit oder – bei einem eigenen, vom Bund abweichenden Personalrecht – ein freiwilliger oder zwangsweiser Anschluss an das Vorsorgewerk Bund im Organisationserlass festgeschrieben werden (als Art. 10 Abs. 2: «Die Anstalt ist dem Vorsorgewerk ... [*Name des Vorsorgewerks*] angeschlossen»). *Nach der geplanten Änderung des BPG* würde die Kompetenz, einen solchen Beschluss zu fassen, gestützt auf das BPG beim Bundesrat liegen; damit entfällt der vorerwähnte Artikel 10 Absatz 2 des Mustererlasses. Der Bundesrat kann in der Botschaft ankündigen, falls es schon absehbar ist, dass er einen solchen Anschluss anordnen wird. Somit können künftig auch Arbeitgeber mit einem vom Bund abweichenden Personalstatut an das Vorsorgewerk Bund angeschlossen werden.

Der Arbeitgeber muss seine Rentenbeziehenden in das neue Vorsorgewerk mitnehmen. Auch beim Verbleib im Vorsorgewerk Bund werden ihm die bisherigen Rentenbeziehenden zugerechnet. PUBLICA stellt den Arbeitgebern des gemeinschaftlichen Vorsorgewerks getrennt Rechnung. Damit soll verhindert werden, dass sich die neue Anstalt ihrer vorsorgerechtlichen Verpflichtungen für die Rentenbeziehenden, die ihrer Vorgängerorganisation zurechenbar sind, zu Lasten des Bundes und der übrigen, im Vorsorgewerk Bund verbleibenden Versicherten entledigen kann. Dieser bereits im BPG enthaltene Grundsatz (vgl. Art. 32f BPG) ist in den Übergangsbestimmungen des Organisationserlasses der Einheit zu konkretisieren (vgl. Art. 25 Mustererlass).

Die Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sind als dezentrale Verwaltungseinheiten des Bundes zwingend PUBLICA angeschlossen (vgl. Art. 32a und 32b BPG, Art. 4 Abs. 1 PUBLICA-Gesetz). Sie können, im Gegensatz zu früheren Regelungen, nicht aus PUBLICA austreten. Die Möglichkeit, dass sich die Anstalt mit Zustimmung des Bundesrates einer anderen Vorsorgeeinrichtung anschliessen kann, wurde im Rahmen der Änderung des BPG vom 14. Dezember 2012⁸² gestrichen (vgl. Art. 32a Abs. 2 BPG). Die Anstalten sollen aufgrund ihrer Aufsichtsaufgaben der bundeseigenen Vorsorgeeinrichtung angehören. Diese Arbeitgeber sollen nicht nur im Bereich der Personalvorschriften, sondern auch im Bereich ihrer Vorsorgeverpflichtungen der Steuerung durch den Bundesrat unterliegen (Art. 6 Bst. f Mustererlass). Dem Bundesrat wird auf dem Wege der Genehmigung des Anschlussvertrags (Art. 32e Abs. 3 BPG – LS 36) eine direkte Steuerung

der Einheit im Bereich der beruflichen Vorsorge ermöglicht. Damit kann unter anderem sichergestellt werden, dass die mit einem Wechsel verbundenen finanziellen Verpflichtungen vom Bund nicht direkt oder indirekt mitgetragen werden müssen. Weiter gilt es zu vermeiden, dass die Beaufsichtigten mit ihren Gebühren und Abgaben unangemessene Vorsorgelösungen der Anstalt finanzieren müssen.

Der Spielraum der Arbeitgeber bei der Ausgestaltung der Anschlussverträge ist nicht unbeschränkt. Änderungen des Anschlussvertrags müssen durch den Bundesrat genehmigt werden, wenn sie finanzielle Auswirkungen für den Arbeitgeber, die Angestellten, die Rentenbeziehenden oder das Vorsorgewerk haben (Art. 32c Abs. 4 BPG). Der Bundesrat schrieb in der Botschaft dazu: «Der Bundesrat wird im Rahmen seiner Genehmigungskompetenz daher trotz der vorgeschlagenen Flexibilisierung weiterhin darauf achten, dass die Überparität nicht zu erheblichen Mehrkosten führt und die dezentralen Verwaltungseinheiten bei der Ausgestaltung ihrer beruflichen Vorsorge eine ähnliche Stossrichtung verfolgen wie der Bundesrat» (BBl 2011 6722). Der Genehmigungsvorbehalt ist das zentrale Steuerungsinstrument und bildet das Rückgrat der vorsorgepolitischen Steuerung der Anstalten als Arbeitgeber (aber nicht von PUBLICA als Vorsorgeeinrichtung) durch den Bundesrat. Bei der konkreten Anwendung geht es darum zu beurteilen, ob die finanzielle Beitragsspanne nach Artikel 32g BPG eingehalten wird. Zudem prüft der Bundesrat, ob die Änderung des Vorsorgereglements und die dafür vorgesehenen Mittel eine ähnliche personal- und vorsorgepolitische Stossrichtung aufweisen wie sie der Bundesrat für sein Personal vorgesehen hat. Dabei haben die einzelnen Vorsorgewerke einen gewissen Ermessensspielraum. Soweit die Aufgabe oder die Personalstruktur es fordern, können die Anschlussverträge und folglich auch die Vorsorgereglemente von denjenigen für das Personal der Bundesverwaltung abweichen (siehe auch Botschaft zum PUBLICA-Gesetz, BBl 2005 5886, und CG-Zusatzbericht, BBl 2009 2719). Ob unter diesen Rahmenbedingungen die dezentralen Verwaltungseinheiten eine angemessene vorsorgepolitische Stossrichtung verfolgen, ist Gegenstand der Prüfung. Die Kriterien sind nicht allgemein definierbar, weil sie von der Art der Änderung und von der Struktur des Arbeitgebers bzw. des Vorsorgewerks abhängen. So sind je nach Arbeitgeber unterschiedliche Kriterien erforderlich, wenn es zum Beispiel um Fragen der Generationengerechtigkeit oder um die Verteilung der Beitragslasten auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht. Beabsichtigt der Bundesrat, bei der Bewältigung eines Einzelereignisses (z.B. Senkung des technischen Zinssatzes) für die Umsetzung Empfehlungen für alle Arbeitgeber zu erlassen, damit dem Grundsatz der ähnlichen Stossrichtung in der Vorsorgepolitik nachgekommen werden kann, so wird er die Empfehlungen konkret formulieren.

Beispiele:

Artikel 10 ENSIG, Artikel 13 FINMAG, Artikel 76 HMG, Artikel 10 E-WBBG, Artikel 33a RAG, Artikel 9j VE-EGB.

5. Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt

Art. 11 Finanzierung

Generell zu den Artikeln 11–13: In den meisten Organisationserlassen ausgelagerter Einheiten wird heute lediglich festgehalten, dass sie sich insgesamt aus Gebühren und Abgeltungen finanzieren⁸³. Damit wird die Frage offen gelassen, wie die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe nach ihrer Auslagerung finanziert werden soll: Ist sie ausschliesslich über Gebühren zu finanzieren, oder soll sie zusätzlich mit Abgeltungen des Bundes unterstützt werden? Im Organisationserlass wird deshalb die Finanzierung künftig nicht mehr generell für die ganze Einheit, sondern bezogen auf die einzelnen Aufgaben(-bereiche) geregelt. Diese Abgrenzung von unterschiedlichen Aufgaben und deren Finanzierung trägt zu einer Verbesserung der Kostentransparenz bei. Gleichzeitig erhöht sie die Transparenz über die wesentlichsten Mittelströme. Querfinanzierung zwischen verschiedenen Aufsichtsbereichen, Mischrechnungen und (unzulässige) Doppelfinanzierungen können so vermieden werden. Damit die angestrebte Transparenz tatsächlich gewährleistet werden kann, braucht es eine entsprechend ausgebaute Rechnungslegung (vgl. Art. 15 Mustererlass). Bei der Finanzierung der Anstalt soll die aufgabenspezifische Verwendung der Mittel – differenziert nach ihrer Herkunft – im Rahmen der Genehmigung der strategischen Ziele festgelegt werden (vgl. so ausdrücklich Art. 77 Abs. 3 E-HMG).

Absatz 1: Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht finanzieren sich so weit als möglich über Gebühren und eventuell Aufsichtsabgaben der Beaufsichtigten (vgl. dazu Anhang 1). Zu Abgeltungen des Bundes für allenfalls durch den Bundesrat übertragene Aufgaben: vgl. Artikel 3 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 13 dieses Mustererlasses. Zu allfälligen Abgeltungen des Bundes für die durch den Organisationserlass übertragenen Aufgaben: vgl. Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe b und Anhang 1 dieses Mustererlasses. Aufgrund der hoheitlichen Aufgaben, die Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht erfüllen, ist die Finanzierung über Drittmittel nicht vorgesehen. Drittmittel könnten die Unabhängigkeit der Anstalt beeinträchtigen oder zumindest den Anschein ihrer Befangenheit erwecken.

Absatz 2: Die Ablieferung dieser Art von Einnahmen der Anstalt an den Bund soll Fehlanreize verhindern. Sie ist erst recht gerechtfertigt, wenn die Anstalt (wie bei der Wettbewerbsbehörde) durch Abgeltungen des Bundes finanziert wird. Die Ablieferungspflicht setzt voraus, dass die Anstalt (und nicht eine andere Strafverfolgungsbehörde) zuständigkeitshalber die Massnahme verhängt. Beispiele: Die FINMA kann einen Gewinn einziehen, den eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Nach Artikel 35 Absatz 6 FINMAG gehen die eingezogenen Vermögenswerte an den Bund, soweit sie nicht den Geschädigten ausbezahlt werden. Vgl. ferner die Ablieferungspflicht nach Artikel 77 Absatz 4 E-HMG für die von Swissmedic verhängten Bussen und Einnahmen aus Sanktionen. Ebenfalls zur Ablieferung an den Bund vorgesehen waren die Bussen und Einnahmen der Wettbewerbsbehörde bei Verstössen von Unternehmen gegen das Kartellgesetz (Art. 11 Abs. 2 E-WBBG). Die Anstalt vollstreckt die

⁸³ Evtl. auch direkt aus Steuern, wie bei der Eidgenössischen Alkoholverwaltung.

Einziehungen und andere finanziellen Sanktionen selbst und liefert dem Bund lediglich den Vollstreckungserlös ab.

Beispiele:

Artikel 11 und 12 ENSIG, Artikel 15 FINMAG, Artikel 77 E-HMG, Artikel 11 E-WBBG, Artikel 21 RAG, Artikel 9k Absatz 1 VE-EBG.

Art. 12 Gebühren

Absatz 1 Buchstabe b: Aufsichtsrechtliche Untersuchungen und Kontrollen führen nicht immer zu Beanstandungen. Handelt es sich um Untersuchungen und Kontrollen, die systematisch gegenüber allen Beaufsichtigten durchgeführt werden, so können dafür Gebühren vorgesehen werden (vgl. Art. 21 Abs. 1 RAG: Gebühren für die wiederkehrenden Überprüfungen nach Art. 16 Abs. 1 RAG). Einen Sonderfall stellt eine aufsichtsrechtliche Untersuchung dar, die nicht systematisch gegenüber allen Beaufsichtigten durchgeführt wird, sondern nur gegenüber einem einzelnen Beaufsichtigten. Endet eine solche Untersuchung ohne Verfügung bzw. Beanstandung oder wird das Verfahren eingestellt, so kommt die Erhebung von Gebühren nur in gewissen Fällen in Frage (vgl. Art. 15 Abs. 1 FINMAG und Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV⁸⁴; vgl. auch den Hinweis in der FINMAG-Botschaft [BBl 2006 2868] auf das Unterliegerprinzip und BGE 128 II 247ff.). Unter Umständen kann auch der Verzicht auf die Erhebung einer Gebühr geboten sein, namentlich dann, wenn der bzw. die Beaufsichtigte die Untersuchung nicht durch eigenes vorwerfbares Verhalten veranlasst hat. Wird eine Aufsichtsabgabe vorgesehen, so deckt diese unter anderem auch die Kosten eines Verfahrens, die nicht über eine Gebühr gedeckt werden. Weitere Beispiele: Art. 1 Abs. 1 Gebührenverordnung ENSI⁸⁵ [Gebühren für die Aufsichtstätigkeit]; vgl. analoge Regelung in Art. 181 Abs. 4–6 LWG und die Botschaft vom 1. Februar 2012 zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik in den Jahren 2014–2017 [Agrarpolitik 2014–2017] in: BBl 2012 2075 ff., 2270 f.).

Absatz 2: Die bundesrätlichen Kompetenzen im Gebührenbereich sind Teil der (einnahmenseitigen) Steuerung der Anstalt. Die Autonomie der Anstalten soll nur soweit als nötig eingeschränkt werden. Bei Anstalten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, genügt es in der Regel für die Steuerung, dass die Gebührenverordnung vom Bundesrat nur genehmigt wird (Vetorecht). Eine notwendige Einschränkung kann sich ergeben, wenn die Kantone gebührenpflichtig sind. Deshalb hat der Bundesrat die auf das Messgesetz gestützte GebV-METAS erlassen. Abweichend zum CG-Bericht (BBl 2006 8284 ff., Ziff. 5.1 und 5.2) – und im Gegensatz zu Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen – sollen die Gebührenregelungen bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicher-

⁸⁴ Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, FINMA-GebV), SR 956.122

⁸⁵ Gebührenverordnung des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (Gebührenverordnung ENSI) vom 9. September 2008, SR 732.222

heitsaufsicht vom Bundesrat nicht nur genehmigt, sondern (weiterhin) von ihm selbst erlassen werden. Die Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht finanzieren sich in der Regel mehrheitlich oder vollständig selber, d.h. über die Gebühren, die die Beaufsichtigten zu entrichten haben. Die Festlegung der Gebühren durch den Bundesrat verhindert Fehlanreize und stärkt die spezifisch gegenüber den Beaufsichtigten erforderliche Unabhängigkeit der Anstalt. Da sich die Wettbewerbsbehörde nicht selber hätte finanzieren können, sondern im Wesentlichen Abteilungen des Bundes erhalten hätte, wäre die Gebührenverordnung durch den Bundesrat genehmigt worden (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. c E-WBBG).

Die Bestimmung von Artikel 46a RVOG gilt auch für Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung im Sinn von Artikel 2 Absatz 3 RVOG, soweit nicht spezialgesetzlich (etwa im Organisationserlass) etwas anderes geregelt wird (vgl. Botschaft zu Art. 46a RVOG in: BBl 2003 5761). Die Verweisung ist daher deklaratorischer Natur, dient jedoch der Transparenz. Demnach hat der Bundesrat in seiner Verordnung die Erhebung der Gebühren im Einzelnen zu regeln. Zum Regelungsgegenstand gehören insbesondere das Verfahren zur Erhebung der Gebühren, ihre Höhe, die Haftung im Fall einer Mehrheit von Gebührenpflichtigen und die Verjährung der Gebührenforderungen. Der Bundesrat hat dabei das Äquivalenzprinzip und das Kostendeckungsprinzip zu beachten. Ferner kann er Ausnahmen von der Gebührenerhebung vorsehen, soweit dies durch ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung oder Dienstleistung gerechtfertigt ist.

Da der Bundesrat die Gebührenverordnung von Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht selber erlässt, ist die Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV)⁸⁶ anwendbar, soweit in der Gebührenverordnung der Anstalt nichts anderes vorgesehen wird.

Beispiele für Gebührenverordnungen: Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht⁸⁷; vgl. ferner Artikel 37 ff. der Verordnung vom 22. August 2007 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren⁸⁸.

Beispiele:

Artikel 11 ENSIG, Artikel 15 FINMAG, Artikel 65 und 77 E-HMG, Artikel 12 E-WBBG, Artikel 53a KG, Artikel 21 RAG, Artikel 9k Absatz 2 VE-EBG⁸⁹.

⁸⁶ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1)

⁸⁷ FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung (FINMA-GebV, SR 956.122)

⁸⁸ Revisionsaufsichtsverordnung (RAV, SR 221.302.3)

⁸⁹ In Art. 9f VE-EBG ist keine Kompetenz des Verwaltungsrates zur Gebührenregelung vorgesehen. Die Abteilungen sowie die Berechnungsgrundlagen beziehungsweise die Höhe der Gebühren legt der Bundesrat fest (Art. 9k und Art. 9r Abs. 5 VE-EBG; vgl. im Bericht zum Vorentwurf auch die Erläuterungen zu den Art. 9k, 9p und 9r VE-EBG).

Art. 13 Abteilungen des Bundes

Falls der Bundesrat der Anstalt der Wirtschafts- oder Sicherheitsaufsicht gestützt auf den Organisationserlass Aufgaben überträgt (vgl. Art. 3 Abs. 3 Mustererlass), werden diese vom Bund abgegolten. Abteilungsberechtigt sind dabei auch die zur Erfüllung dieser Aufgaben notwendigen, anteiligen Betriebskosten.

Nicht abteilungsberechtigt ist die Mitwirkung der Anstalt bei Gesetzgebungsarbeiten des Bundes in Angelegenheiten, die ihren Aufsichtsbereich berühren, da es sich bei dieser Mitwirkung um eine Kernaufgabe jeder Aufsichtsbehörde handelt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Mustererlass).

Abteilungen sind Subventionen im Sinne des Subventionsgesetzes (SuG)⁹⁰. Daher sind die materiellen und formellen Rahmenbedingungen des SuG zu beachten, soweit der Organisationserlass keine abweichenden Regelungen enthält.

Abteilungen dürfen frühestens ausbezahlt werden, wenn und soweit Aufwendungen unmittelbar bevorstehen. Vor der Festsetzung des endgültigen Betrages dürfen in der Regel höchstens 80 Prozent der Abteilung ausbezahlt werden (Art. 23 SuG). Die Anstalten sind in der Folge gehalten, eine entsprechende Finanz- bzw. Liquiditätsplanung zu führen, um dem Bundesrat die entsprechenden Abteilungen beantragen (Art. 6 Bst. m Mustererlass) und die (tranchenweisen) Auszahlungen beim zuständigen Fachdepartement auslösen zu können. Die Einzelheiten dieser Auszahlungen sind Gegenstand der Tresorerievereinbarung nach Artikel 17 Absatz 3 des Mustererlasses oder von Subventionsverträgen (Art. 19 f. SuG).

Beispiele:

Artikel 12 ENSIG i.V.m. Artikel 83 Kernenergiegesetz⁹¹ und Artikel 42 Strahlenschutzgesetz⁹², Artikel 77 Absatz 3 i.V.m. Artikel 69 Absätze 1 und 1^{bis} E-HMG, Artikel 13 E-WBBG, Artikel 21 RAG, Artikel 9k Absatz 3 i.V.m. Artikel 9r Absatz 5 VE-EBG.

Art. 14 Geschäftsbericht

Zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung vgl. Artikel 957 ff. OR.

Absatz 1: Gemäss LS 19 bestimmt sich bei Anstalten der Mindestinhalt des Geschäftsberichts in Anlehnung an das Aktienrecht. Da die verselbstständigten Einheiten in der Regel der ordentlichen Revision unterstehen, müssen sie ohnehin einen Lagebericht erstellen (Art. 961 Ziff. 3 OR). Dieser stellt den Geschäftsverlauf und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens am Ende des Geschäftsjahres unter Gesichtspunkten dar, die in der Jahresrechnung nicht zum Ausdruck kommen (Art. 961c Abs. 1 OR). Dazu gehören beispielsweise Angaben über die Anzahl

⁹⁰ Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abteilungen (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1)

⁹¹ Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (KEG, SR 732.1)

⁹² Strahlenschutzgesetz vom 22. März 199, (StSG SR 814.50)

Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt, die Durchführung einer Risikobeurteilung, aussergewöhnliche Ereignisse und die Zukunftsaussichten.

Die Jahresrechnung und (nur) ein Teil der Angaben im Lagebericht (jene zum Risikomanagement und zur Personalentwicklung) unterliegen der Überprüfung durch die Revisionsstelle der Anstalt. Vgl. dazu Artikel 8 Absatz 3 des Mustererlasses.

Absatz 2: Diese Norm ist Artikel 958 Absatz 2 OR nachgebildet.

Zur Veröffentlichung des Geschäftsberichts vgl. Artikel 6 Buchstabe n des Mustererlasses.

Beispiele:

Artikel 15 E-WBBG, Artikel 34b RAG.

Art. 15 Rechnungslegung

Zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung vgl. Artikel 957 ff. OR. Aufgrund der Pflicht der Anstalt zur ordentlichen Revision sind insbesondere die Artikel 961 ff. OR zu beachten.

Absätze 1 und 2: Die in Artikel 55 FHG vorgesehene Vollkonsolidierung muss – ohne grossen Aufwand – möglich sein. Es müssen deshalb die wesentlichen Grundsätze der Rechnungslegung nach FHG übernommen und hier aufgeführt werden (vgl. Art. 47 FHG; ferner Art. 31 und 38 FHG; CG-Bericht: BBl 2006 8281 f.). Zu den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung vgl. auch Artikel 958c OR (insb.: Klarheit, Verständlichkeit, Vollständigkeit, Verlässlichkeit, Wesentlichkeit, Vorsicht, Stetigkeit in Darstellung und Bewertung, Bruttoprinzip).

Absatz 3 entspricht Artikel 48 Absatz 1 FHG. Gemeint sind hier anerkannte Standards zur Rechnungslegung wie IPSAS, IFRS, US GAAP und Swiss GAAP FER⁹³. Der Verwaltungsrat legt, unter Vorbehalt von Absatz 6, den anerkannten Standard zur Rechnungslegung fest. Er hat – auch bei einem allfälligen Wechsel dieses Standards – den Bundesrat vorgängig darüber zu informieren. Nur so kann der Bundesrat rechtzeitig intervenieren (Abs. 6), sollte die Festlegung eines Standards unerwünschte Auswirkungen auf die Finanzierung der Anstalt haben; dies gilt insbesondere, wenn eine Erhöhung von Gebühren, Abgaben oder Abgeltungen nötig würde.

Absatz 4: Im Anhang offenzulegen sind die aus dem anerkannten Standard zur Rechnungslegung (Abs. 3) und aus allfälligen Rechnungslegungsvorschriften des Bundesrates (Abs. 6) abgeleiteten Bilanzierungs- und Bewertungsregeln.

Absatz 5: Die Grundsätze der Kostenwahrheit und das Transparenzerfordernis hinsichtlich der wesentlichsten Mittelflüsse, differenziert nach den verschiedenen Arten

⁹³ Vgl. Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR; SR 221.432)

von Einnahmen der Anstalt, setzen eine entsprechend ausgebaute Rechnungslegung voraus (vgl. dazu auch die einleitenden Bemerkungen zu Art. 11 Mustererlass).

Absatz 6: Der Bundesrat kann Verordnungsbestimmungen zur Rechnungslegung erlassen. Er kann die Anstalt zur Anwendung eines bestimmten, anerkannten Standards zur Rechnungslegung verpflichten. Denkbar ist ferner, dass er Wahlrechte, die der betreffende Standard einräumt, im Interesse des Bundes oder Dritter einschränkt bzw. dass er anstelle des Verwaltungsrates entscheidet (z.B. indem er der Anstalt vorgibt, welche der zwei zur Auswahl stehenden Bewertungsmethoden anzuwenden ist, oder ob sie ihre selbstgenutzten Liegenschaften als Kapital- oder als Sachanlagen ausweisen muss). Anders als im Privatrecht kann der Bundesrat der Anstalt aber auch Abweichungen von einem anerkannten Standard oder Ergänzungen dazu vorschreiben. Dies wird er insbesondere dann tun, wenn die Anwendung des entsprechenden Standards zur Rechnungslegung negative Auswirkungen auf den Bund (Erschwerung der Konsolidierung mit dem Bund, Erhöhung der Pensionskassenverpflichtungen [IAS 19] mit der Verpflichtung zur Ausfinanzierung, andere Verpflichtungen zur Rekapitalisierung) oder andere Betroffene hätte (wie mit dem öffentlichen Interesse nicht zu rechtfertigende höhere Kosten). In solchen Fällen oder beispielsweise auch bei der Reservenbildung behält sich der Bundesrat vor, von diesen anerkannten Standards zur Rechnungslegung abweichende Vorschriften zu erlassen.

Beispiele:

Artikel 15 ENSIG, Artikel 18 FINMAG, Artikel 78 E-HMG, Artikel 14 E-WBBG, Artikel 35 RAG, Artikel 9r Absatz 4 VE-EBG

Art. 16 Reserven

Die Bildung von Reserven und das Festlegen ihrer Zweckbestimmung setzen eine gesetzliche Grundlage im Organisationserlass voraus. Eine solche Regelung ist jedoch nicht immer sinnvoll. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob mittels einer entsprechenden Gesetzesbestimmung die Anstalt mit Aufgaben der Wirtschafts- oder Sicherheitsaufsicht ermächtigt oder verpflichtet werden soll, Reserven zu bilden.

Die Bildung von Reserven erfolgt im Rahmen des Jahresabschlusses. Der Aufbau von Reserven kann bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht, die nicht gewerblich tätig sein dürfen, nur über die erhobenen Abgaben (Gebühren, evtl. Aufsichtsabgaben) erfolgen, indem bei deren Festsetzung ein entsprechend zweckgebundener Einnahmenüberschuss eingeplant wird. Er darf beispielsweise nicht aufgrund einer Neubewertung von Aktiven vorgenommen werden.

Bei überwiegend mittels Abgeltungen finanzierten Anstalten sind keine Reserven zur Deckung von Ertragsrisiken vorzusehen (vgl. Anhang 1). Die Anstalt darf nicht mit Abgeltungen des Bundes verdecktes Eigenkapital bilden und die ursprüngliche Zweckbestimmung dieser Mittel damit umgehen.

Falls die Bildung von Reserven sinnvoll ist, dürfen diese eine den Bedürfnissen der Anstalt angemessene Höhe nicht übersteigen. Von der pauschalen Festsetzung der Höhe der Reserven (z.B. höchstens ein Jahresbudget) ist abzusehen.

Die Bildung von Reserven dient – im erforderlichen Umfang – einerseits der Finanzierung bestimmter Investitionen: Notwendige, effektiv geplante Investitionen sollen nicht aufgeschoben werden müssen, weil keine Mittel zur Verfügung stehen. Andererseits sollen Reserven Haftungsrisiken auffangen, die sich nicht durch eine Versicherungslösung abdecken lassen, weil sich das Risiko nicht oder nur zu einem unverhältnismässig hohen Preis versichern lässt. Bei der FINMA sind Versicherungslösungen aus der Aufsichtssituation heraus nicht möglich (FINMA – Aufsicht über Versicherer).

Die Anstalt muss ihr Risiko- und Versicherungsmanagement so ausgestalten, dass sie die Notwendigkeit zur Reservenbildung zur Deckung von nicht versicherbaren Haftungsrisiken gegenüber dem Bundesrat sachlich begründen und belegen kann. Dabei sind auch die in der Regel bestehende Liquiditätsgarantie (Art. 17 Abs. 2 Mustererlass) und allfällige weitere Garantien des Bundes zu berücksichtigen. Die Bildung von Reserven zur Finanzierung künftiger Investitionen muss gestützt auf die Investitions- und Finanzplanung belegt werden können.

Die Bildung stiller Willkürreserven ist im Hinblick auf die Anwendung von True-and-Fair-Rechnungslegungsstandards (Art. 15 Abs. 1 Mustererlass) ausgeschlossen.

Über die Reservenbildung in der erforderlichen Höhe und (wichtig) mit einer konkreten Zweckbindung entscheidet der Verwaltungsrat, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat. Die Genehmigung erfolgt im Rahmen der Genehmigung des Geschäftsberichts (Art. 6 Bst. n Mustererlass). Der Verwaltungsrat hat zunächst die Bestimmungen im Organisationserlass und in den Ausführungsbestimmungen (Recht oder Pflicht zur Reservenbildung) sowie die Vorgaben des anerkannten Standards zur Rechnungslegung zu beachten.

Bei der Verwendung der Reserven hat der Verwaltungsrat darauf zu achten, dass diese zweckkonform erfolgt und dass die Anstalt weiterhin über die erforderlichen Reserven verfügt bzw. im Bedarfsfall solche neu öffnet (vgl. Art. 6 Bst. l und n Mustererlass und Erläuterungen dazu). Schliesslich unterstehen die Bildung und Verwendung der Reserven, wie erwähnt, der administrativen Aufsicht des Bundesrates. Dieser kann bei Fehlentwicklungen eingreifen und notfalls die Genehmigung des Geschäftsberichts und damit auch die beantragte Gewinnverwendung bzw. Reservenbildung ablehnen.

Beispiele:

Artikel 14 ENSIG, Artikel 16 FINMAG, Artikel 79 E-HMG, Artikel 35 RAG, Artikel 9I VE-EBG.

Art. 17 Tresorerie

Absatz 1: Die EFV führt die zentrale Tresorerie des Bundes (Art. 60 Abs. 1 FHG). Die Anstalt wird für die Verwaltung ihrer liquiden Mittel der zentralen Tresorerie angeschlossen (Art. 61 Abs. 2 FHG). Auf diesen Mitteln bezahlt der Bund der Anstalt marktkonforme Zinsen. Nicht verzinst werden Abgeltungen des Bundes.

Absatz 2: Zur Sicherstellung der Zahlungsbereitschaft können der Anstalt verzinsliche Darlehen gewährt werden. Ob eine Liquiditätsgarantie abgegeben werden soll, ist im Einzelfall zu prüfen (LS 12) – unter Aspekten wie Bedarf, Grösse der Anstalt, Art der Finanzierung und der zu erfüllenden Aufgaben, internationale Rahmenbedingungen.

Absatz 3: Die Einzelheiten des Anschlusses an die Bundestresorerie vereinbart die EFV mit dem Verwaltungsrat in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag. Wird die Auszahlung der Abgeltungen (vgl. Bemerkungen zu Art. 13 Mustererlass) in der Tresorerievereinbarung geregelt und nicht in einem separaten Subventionsvertrag, so muss das Fachdepartement bei der Ausgestaltung der entsprechenden Bestimmungen beigezogen werden. Die Auszahlungen erfolgen gestützt auf eine Liquiditätsplanung der Anstalt. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass Abgeltungen frühestens ausbezahlt werden dürfen, wenn und soweit Aufwendungen unmittelbar bevorstehen. Vor der Festsetzung des endgültigen Betrages dürfen in der Regel höchstens 80 Prozent der Abgeltung ausbezahlt werden (Art. 23 SuG).

Ein Dotationskapital ist in der Regel nicht nötig (vgl. jedoch das historisch bedingte Dotationskapital bei Swissmedic: Art. 77 E-HMG). Der Anstalt kann ein Tresorierdarlehen gewährt werden, falls ein Startkapital erforderlich sein sollte. Dies bedarf einer Regelung in den Übergangsbestimmungen (vgl. Art. 23 Abs. 6 Mustererlass). Der Aufbau der RAB erfolgte beispielsweise über Tresorierdarlehen (Art. 36 Abs. 2 RAG). Werden der Anstalt in grösserem Umfang Immobilien oder Mobilien übertragen, so kann es notwendig sein, als Gegenposition in der Bilanz ein Dotationskapital auszuweisen.

Beispiele:

Artikel 13 ENSIG, Artikel 17 FINMAG, Artikel 79a E-HMG, Artikel 16 E-WBBG, Artikel 36 RAG, Artikel 9m VE-EBG.

Art. 18 Verantwortlichkeit

Der Bund haftet für Schäden, die seine Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich verursachen (Art. 146 BV). Konkretisiert wird diese Verfassungsbestimmung durch das Verantwortlichkeitsgesetz (VG)⁹⁴. Nach Artikel 3 Absatz 1 VG haftet der Bund – ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten – für Schäden, die dieser in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt. Es

⁹⁴ Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32)

handelt sich um eine betragsmässig unbegrenzte Kausalhaftung. Die Widerrechtlichkeit kann sich aus einem Tun (z.B. Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens) oder aus einem Unterlassen ergeben. Ein Verhalten ist dann widerrechtlich, wenn ein absolutes Rechtsgut oder – bei einer reinen Vermögensschädigung – eine einschlägige Schutznorm verletzt worden ist. Bei einer Unterlassung setzt die Widerrechtlichkeit eine Garantenstellung der den Schaden verursachenden Person bzw. die Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht voraus. Die Unterlassung eines Rechts- oder Realaktes ist nur widerrechtlich im Sinne des Haftungsrechts, wenn eine unentschuldbare Fehlleistung vorliegt, die einer pflichtbewussten Person nicht unterlaufen wäre. Ein Rechtsakt, der sich später als unrichtig erweist, ist nur haftungsbegründend, wenn eine wesentliche Amtspflichtverletzung vorliegt.

Absatz 1: Nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe f VG sind diesem Gesetz alle Personen unterstellt, die unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind. Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht handeln hoheitlich und damit öffentlich-rechtlich. Demnach richtet sich die Haftung der Anstalt als Aufsichtsbehörde – wenn ihre Organe oder ihre Angestellten aussenstehende Dritte geschädigt haben – nach dem VG (vgl. Art. 19 Abs. 1 Bst. a VG). Der Bund haftet diesen Dritten gegenüber subsidiär, d.h. er trägt für den ungedeckten Betrag eine Ausfallhaftung. Das VG regelt auch den Regress der Anstalt und des Bundes gegenüber den fehlbaren Organen und Angestellten.

Ebenfalls nach VG richtet sich die Haftung der fehlbaren Organe und Angestellten der Anstalt, die den Bund oder die Anstalt direkt geschädigt haben. Gegenüber dem Bund haftet die Anstalt in einem solchen Fall subsidiär (Art. 19 Abs. 1 Bst. b VG).

Auch Aussenstehende können als Personen im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe f VG unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Anstalt betraut werden. Ein Beispiel hierfür sind die Untersuchungsbeauftragten nach Artikel 36 FINMAG. Sie haften in Bezug auf die Wahrnehmung dieser öffentlich-rechtlichen Aufgaben ebenfalls nach VG (Art. 19 Abs. 1 FINMAG). Demgegenüber richtet sich die Verantwortlichkeit der von den Beaufsichtigten selbst beauftragten Prüfgesellschaften nach den Bestimmungen des Aktienrechts (vgl. Art. 36a Abs. 2^{bis} RAG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Bst. a FINMAG).

Absatz 2: Beim Vorbehalt nach Absatz 1 gegenüber der Anwendung des VG geht es um die Voraussetzungen, unter denen die Anstalt (und ein allfällig mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben Beauftragter) Dritten gegenüber haftet. Die betragsmässig unbegrenzte Haftung kann je nachdem, wie hoch das Schadenspotential ist, ein beträchtliches Haftungsrisiko für die öffentliche Hand darstellen. Die Anstalt muss deshalb Risiken möglichst frühzeitig erkennen und bei Bedarf die notwendigen Abklärungen und Massnahmen gegenüber den Beaufsichtigten treffen. Die Kausalhaftung könnte allerdings dazu führen, dass die Anstalt übervorsichtig agiert. Dies wiederum hat Auswirkungen auf die Kosten der Aufsicht und kann zu Überregulierung führen. Es kann zudem nicht die Aufgabe der Aufsicht und letztlich des Bundes sein, bei pflichtwidrigem Verhalten eines Beaufsichtigten die Verantwortung für den Schaden zu übernehmen. Es wäre mit anderen Worten stossend, wenn die Anstalt haften würde, obschon die Ursache für einen Schaden nicht bei ihr, sondern in der wirtschaftlich verfehlten Geschäftsführung oder im pflichtwidrigen Verhalten eines

Beaufsichtigten liegt. Die Anstalt als Aufsichtsbehörde (ebenso ein allfällig mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben Beauftragter) haftet deshalb nur bei Verletzungen von wesentlichen Amtspflichten.

Absatz 2 Buchstabe a: Eine Verletzung von wesentlichen Amtspflichten liegt nur vor, wenn ein besonderer Fehler begangen wurde, was nicht der Fall ist, wenn sich Entscheide der Aufsichtsbehörde nachträglich als unrichtig erweisen. Die Aufsichtsbehörde muss den ihr zugestandenem Gestaltungsspielraum eindeutig pflichtwidrig überschritten oder missbraucht haben, damit eine wesentliche Amtspflichtverletzung anzunehmen ist.

Absatz 2 Buchstabe b: Die Haftung der Anstalt setzt ferner (kumulativ) voraus, dass die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind. Die Pflichtverletzung der oder des Beaufsichtigten (z.B. Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder privatrechtlicher Sorgfaltspflichten) schliesst die Haftung der Anstalt und der von ihr Beauftragten aus, selbst wenn diese bei der Aufsicht wesentliche Amtspflichten verletzt haben sollten. Falls sich die oder der Beaufsichtigte pflichtwidrig verhalten hat, würde eine Amtspflichtverletzung für den Schaden nicht mehr als kausal angesehen.

Beispiele:

Artikel 16 ENSIG, Artikel 19 FINMAG, Artikel 80 E-HMG, Artikel 14 E-WBBG, Artikel 36a RAG.

Art. 19 Steuern

Absatz 1: Nach Artikel 62d RVOG sind die Eidgenossenschaft sowie ihre Anstalten, Betriebe und unselbstständigen Stiftungen von jeder Besteuerung durch die Kantone und Gemeinden befreit. Ausgenommen sind Liegenschaften, die nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen, die also Finanzvermögen darstellen.

Die Steuerpflicht der Anstalten richtet sich im Übrigen nach der Tätigkeit und nicht nach der Organisationsform. Die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben ist beispielsweise nicht mehrwertsteuerpflichtig. Bei der Prüfung und Umschreibung allfällig begründeter Ausnahmen von der Steuerpflicht ist zu beachten, dass die hoheitliche Tätigkeit im Mehrwertsteuerrecht anders definiert wird als in anderen Rechtsbereichen. Bei der Verrechnungssteuer hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, den Bund und seine verselbstständigen Betriebe von der subjektiven Steuerpflicht zu befreien. Eine spezialgesetzliche Regelung wäre allerdings, sofern sachlich begründbar, denkbar.

Bei einer teilweisen Steuerpflicht ist die Anstalt zur Führung einer Spartenrechnung zu verpflichten (vgl. auch Art. 15 Abs. 5 Mustererlass). Voraussetzung für eine partielle Steuerbefreiung ist, dass die Mittel, für welche eine Steuerbefreiung verlangt wird, rechnungsmässig klar vom übrigen Vermögen (Bilanz) und Erfolg (Erfolgsrechnung) ausgetrennt sind.

Absatz 2: Die Steuerpflicht ist in jedem Einzelfall in Zusammenarbeit mit der ESTV im Detail zu klären und die Bestimmung entsprechend dem Ergebnis auszugestalten.

Beispiele: Die Frage der Mehrwertsteuerpflicht stellt sich bei einem Entgelt für allfällige Dienstleistungen. Die Stempelsteuerpflicht dürfte nur in den seltensten Fällen gegeben sein; Anwendungsfälle stellen das von Dritten mitfinanzierte Dotationskapital bei Swissmedic, die Ausgabe von Versicherungen (SERV) oder der Handel mit inländischen Beteiligungsrechten, Obligationen und Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen (Umsatzabgabe ab einem gewissen Umfang) dar. Die Verrechnungssteuerpflicht kann eintreten, wenn die Anstalt ein Bankkonto führt.

Vgl. auch das Übergangsrecht zur Steuer-, Abgaben- und Gebührenbefreiung im Rahmen der Überführung (Art. 23 Abs. 5 Mustererlass).

Beispiele:

Artikel 17 ENSIG, Artikel 20 FINMAG, Artikel 81 HMG, Artikel 18 E-WBBG, Artikel 37 RAG, Artikel 9o VE-EBG.

Art. 20 Liegenschaften

Absätze 1 und 2: Eine Regelung ist nur erforderlich, wenn der Anstalt tatsächlich Liegenschaften des Bundes zur Verfügung gestellt werden. Im Normalfall sollen aber den Anstalten keine Liegenschaften zu Eigentum übertragen werden. Gesamthaft betrachtet ist es in der Regel wirtschaftlicher, die Liegenschaften durch die Fachstelle des Bundes verwalten und unterhalten zu lassen, als diese Aufgaben und deren Finanzierung der Anstalt zu übertragen. Nach der Übertragung können die Anstalten grundsätzlich frei über die Liegenschaften verfügen (Verkauf oder Verpfändung) und sich so Mittel verschaffen, die nicht der Zweckbestimmung der Anstalt unterstehen bzw. nicht der Aufgabenerfüllung gewidmet sind. Dadurch kann es zu einer unerwünschten Bildung von Eigenkapital durch die Anstalt kommen.

Absatz 3: Die Rechnungsstellung erfolgt aus Transparenzgründen. Ein Geldbetrag fliesst aber in aller Regel nicht. Es werden normalerweise die (modifizierten) Vollkosten (nur) für die tatsächlich verwendeten Liegenschaften bzw. Liegenschaftsteile in Rechnung gestellt und nicht Marktpreise, da die Anstalten öffentliche Aufgaben erfüllen und vom Bund (mit-) finanziert werden (Abgeltungen). Vgl. Art. 41 FHV⁹⁵ betreffend die Vergütungen zwischen Verwaltungseinheiten.

Absatz 4: Das Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und der Anstalt bezüglich Liegenschaften ist öffentlich-rechtlich auszugestalten. Aufgrund der (Mit-) Finanzierung durch den Bund (Unterhalt) und dessen Eigentum an den Liegenschaften ist es undenkbar, dass diese Verhältnisse privatrechtlich ausgestaltet und allenfalls sogar von Zivilgerichten beurteilt würden. ZGB / OR dürfen daher nicht direkt zur Anwendung gelangen.

⁹⁵ Finanzhaushaltsverordnung vom 5. April 2006 (FHV, SR 611.01)

Beispiele:

Artikel 19 E-WBBG.

6. Abschnitt: Fachliche Unabhängigkeit und Aufsicht

Art. 21 Fachliche Unabhängigkeit

Absatz 1: Die fachliche Unabhängigkeit, die Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht für eine zweckmässige Aufgabenerfüllung gegenüber den politischen Behörden (Bundesrat und Parlament) benötigen, wird mit dieser Bestimmung gesetzlich verankert. Die Unabhängigkeit erstreckt sich auf die Aufgabenerfüllung im konkreten Einzelfall. Eine weitergehende Unabhängigkeit – zum Beispiel bei der gesetzlichen Bestimmung ihres Auftrages – kommt der Einheit hingegen nicht zu (vgl. zum Ganzen CG-Bericht: BBl 2006 8254 f. und 8262 ff.; EFV-Bericht, S. 45 u. 50).

Absatz 2: In Ergänzung zur Berichterstattung gemäss Artikel 6 Buchstabe a des Mustererlasses erörtert die Anstalt mit dem Bundesrat normalerweise regelmässig ihre strategischen Ziele und die Erfüllung ihrer Aufgaben. Der Bundesrat muss die Möglichkeit haben, mit dem Verwaltungsrat institutionalisierte Gespräche zu führen. Dabei sollen aktuelle Probleme der Aufsichtstätigkeit ebenso zur Sprache kommen wie Fragen zur Aufgabenerfüllung oder zu bestimmten Politikbereichen. Einen wesentlichen Gesprächsgegenstand bilden zudem die Erfüllung und die Anpassung der strategischen Ziele. Die Gründe für die Institutionalisierung solcher Eigengespräche liegen einerseits in der fachlichen und organisatorischen Unabhängigkeit dieser Einheiten und andererseits in der zum Teil erheblichen Bedeutung der Aufsichtsaufgaben, die diese Anstalten erfüllen. Es handelt sich um ein wichtiges Instrument des Bundesrates im Rahmen der Eignerstrategie bzw. zur Gewährleistung seiner Erfüllungsverantwortung.

Beispiele:

Artikel 18 ENSIG, Artikel 21 FINMAG, Artikel 81a E-HMG, Artikel 20 E-WBBG, Artikel 38 RAG.

Art. 22 Aufsicht über die Aufsichtsbehörde

Absatz 1: Die «administrative» Aufsicht über die Anstalt liegt beim Bundesrat. Es handelt sich dabei weder um eine Dienstaufsicht noch um eine fachliche Aufsicht (vgl. Art. 21 Abs. 1 Mustererlass). Die administrative Aufsicht kann am ehesten als Aufsicht über die Betriebsführung umschrieben werden. Die Anstalt mit Aufsichtsaufgaben untersteht somit «unter Wahrung ihrer fachlichen Unabhängigkeit der Aufsicht des Bundesrates». Die beiden Formulierungen sind materiell identisch.

Es werden die wichtigsten Instrumente aufgeführt, die dem Bundesrat zur Ausübung seiner Aufsicht über diese Einheiten zur Verfügung stehen. Die Pflicht des Bundes-

rates, als gesetzlich vorgesehene Aufsichtsbehörde (Art. 8 Abs. 4 RVOG) «nach Massgabe der besonderen Bestimmungen» für das ordnungsgemässe Funktionieren von Verwaltungsbehörden des Bundes zu sorgen, impliziert das Recht, über alle Aufsichtsinstrumente zu verfügen, die nötig sind, damit er diese Verantwortung tatsächlich wahrnehmen kann.⁹⁶ Die Auflistung der einzelnen Aufsichtsinstrumente ist daher nicht abschliessend.

Die Kompetenz des Bundesrates zur Wahl und Abberufung der Revisionsstelle entfällt, wenn wie bei der FINMA und der RAB (Art. 12 FINMAG; Art. 32 RAG) die EFK auch die Funktion der externen Revisionsstelle wahrnimmt (vgl. Bemerkungen zu Art. 8 Mustererlass).

Absatz 2: Die administrative Aufsicht (vgl. Art. 22 Mustererlass) impliziert das Recht des Bundesrates, von der Anstalt und insbesondere vom Verwaltungsrat jederzeit auch schriftliche Informationen und Berichte zu verlangen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Aufsicht erforderlich ist. So kann der Bundesrat, bzw. allenfalls das zuständige Departement, beispielsweise zur Überprüfung, ob die strategischen Ziele erreicht wurden, in sämtliche Geschäftsunterlagen der Anstalt Einsicht nehmen und zu diesem Zweck jederzeit Informationen über die Geschäftstätigkeit verlangen. Eine entsprechende Vorschrift im Organisationserlass ist aus Gründen der Rechtssicherheit und der Transparenz einem blossen Hinweis in der Botschaft vorzuziehen (vgl. Art. 81a Abs. 4 E-HMG; Botschaft des Bundesrates vom 28. August 2013 zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften, BBl 2013 6857, 6892).

Der Bundesrat kann zusätzlich Prüfberichte der Revisionsstelle veranlassen (Art. 8 Abs. 5 Mustererlass) und erhält Einsicht in bestehende Prüfberichte der Revisionsstelle (Art. 8 Abs. 4 Mustererlass) sowie der EFK (vgl. Art. 14 Abs. 1^{bis} FKG).

Die gesetzlichen Befugnisse der EFK nach FKG (zur Finanzaufsicht nach Art. 8 Abs. 2 FKG) sowie die Oberaufsicht des Parlaments bleiben vorbehalten. Dies ist aus Transparenzgründen in der Botschaft zu erwähnen, auch wenn dieser Hinweis deklaratorischer Natur ist. Auf eine entsprechende Gesetzesregelung kann gemäss dem Schreiben der Geschäftsprüfungskommission (GPK) vom 27. Januar 2011 inskünftig verzichtet werden.

Beispiele:

Artikel 18 ENSIG, Artikel 21 FINMAG, Artikel 81a E-HMG, Artikel 21 E-WBBG, Artikel 38 RAG, Artikel 9p VE-EBG.

⁹⁶ Zu Umfang und Grenzen der Aufsicht durch den Bundesrat und der Oberaufsicht durch das Parlament, insb. bei Anstalten mit Aufsichtsaufgaben, vgl. Rechtsgutachten vom 26. August 2013 von Prof. Giovanni Biaggini, «Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Oberaufsicht im Bereich des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI)», erstellt im Auftrag der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates (GPK). (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-ensi-2013-08-28.pdf>)

7. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 23 Errichtung der Anstalt

Die Bestimmung enthält eine Reihe von Regelungen im Hinblick auf die Errichtung der öffentlich-rechtlichen Anstalt. So wird der Bundesrat den Zeitpunkt bestimmen, an dem die Anstalt eigene Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 1 Abs. 1 Mustererlass) erlangt (Abs. 2). Dieser Zeitpunkt muss nicht identisch sein mit der (Teil-)Inkraftsetzung des Organisationserlasses. Der Bundesrat wird die Rechte und Pflichten sowie die Werte, die per Gesetz und in einem Akt auf die Anstalt übergehen (Abs. 1), bezeichnen (Abs. 3). Die zu bezeichnenden Mobilien und Immaterialgüterrechte (z.B. die Markenrechte und Patente), die von der Vorläuferorganisation genutzt werden, gehen in das Eigentum der Anstalt über. Sie sind zu bewerten und in die Eröffnungsbilanz einzustellen.

Absatz 1: Grundsätzlich gilt das Prinzip der (inhaltlichen) Kontinuität. Eine (formelle) Neuordnung soll dort möglich sein, wo dies zur Klärung des Rechtsverhältnisses notwendig oder sinnvoll und unmittelbar durch die Errichtung der Anstalt bedingt ist (Änderungen von Bezeichnungen, Vertragspartner etc.).

Absätze 2–4: In aller Regel müssen die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass vor der Umwandlung von den inskünftig zuständigen Organen rechtsgültig vorbereitende Handlungen vorgenommen werden können. Die Gründungsgesellschaft des Aktienrechts (vgl. u.a. [Art. 645 OR](#)) wird im öffentlichen Recht nicht analog abgebildet. Damit die Organe bereits im erforderlichen Umfang für die neue Anstalt handeln können, sind ein Ernennungsbeschluss sowie allenfalls die vorgezogene Verleihung der Rechtspersönlichkeit an die Anstalt notwendig. Dabei muss aber im Regelfall vermieden werden, dass zu früh alle Rechte und Pflichten an die Anstalt übergehen. Sofern eine Vorläuferorganisation besteht, bleibt sie bis zur Umwandlung operativ tätig. Um die notwendige Flexibilität zu erhalten, muss es dem Bundesrat ermöglicht werden, die Verleihung der Rechtspersönlichkeit, die Umwandlung und den Übergang von Rechten und Pflichten zeitlich voneinander unabhängig festzulegen. Der Bundesrat kann zudem den Organisationserlass gestaffelt in Kraft setzen (vgl. Art. 29 Mustererlass). Erfahrungsgemäss entsteht in der Konkretisierungsphase der Errichtung von dezentralen Verwaltungseinheiten ein nicht voraussehbarer Regelungsbedarf. Absatz 4 ermächtigt daher den Bundesrat, alle weiteren notwendigen Vorkehren für den Übergang zu treffen und die entsprechenden Bestimmungen zu erlassen. In der Regel genügen diese Massnahmen zur Abwicklung des Übergangs bzw. zur Errichtung der neuen Anstalt (vgl. jedoch die Verordnung vom 16. Januar 2008 über die vorzeitige Inkraftsetzung von organisatorischen Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [[AS 2008 269](#)], wo Rahmenbedingungen für den Aufbau der FINMA geregelt wurden).

Beispiel für einen möglichen Ablauf: Gleichzeitig mit dem Beschluss zur vorgezogenen Inkraftsetzung einzelner Bestimmungen des Organisationserlasses bestellt der Bundesrat im Rahmen seiner Zuständigkeiten die Organe der Anstalt (insb. Wahl der Verwaltungsratsmitglieder, evtl. der Revisionsstelle). Damit sind die Voraussetzungen gegeben, damit die Organe die Betriebsaufnahme der Anstalt vorbereiten

können. Im Hinblick auf die vollständige Inkraftsetzung des Organisationsgesetzes bzw. die Betriebsaufnahme der Anstalt genehmigt der Bundesrat deren strategische Ziele. Er erlässt oder genehmigt die erforderlichen Verordnungsbestimmungen und verleiht, sofern nicht bereits früher erfolgt, der Anstalt eigene Rechtspersönlichkeit. In einem Zwischenschritt genehmigt der Bundesrat in der Regel die auf der Basis der letzten Jahres- oder Halbjahresabschlüsse ausgearbeitete Transaktionsbilanz, die provisorische Eröffnungsbilanz und das geplante Vorgehen für die Umwandlung bzw. Vermögensübertragung. Die Transaktionsbilanz weist allfällige Neubewertungen und Vermögensverschiebungen aus. Die provisorische Eröffnungsbilanz weist die Vermögens- und Kapitallage der Anstalt nach Übertragung aus. Schliesslich hat der Bundesrat auf den Umwandlungstermin hin über das Inventar, die darauf beruhende Eröffnungsbilanz und damit auch die Umwandlung bzw. Vermögensübertragung zu beschliessen. Die von der Anstalt zu übernehmenden Werte werden in Zusammenarbeit mit dem zuständigen Fachdepartement und der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) definiert. Dabei wird eine Abgrenzung der Geschäftsfälle vorgenommen, die die Staatsrechnung des Bundes und die künftige Rechnung der Anstalt betreffen. Die Wahl des anerkannten Standards zur Rechnungslegung durch den Verwaltungsrat (vgl. Art. 15 Abs. 3 und 6 Mustererlass) ist auch mit der Revisionsstelle abzustimmen.

Absatz 4 Buchstabe b: Mit der vorgesehenen Übergangsfinanzierung wird sichergestellt, dass die Anstalt auch während der Übergangsphase stets über die erforderlichen Mittel zur Aufrechterhaltung des Betriebs verfügt. Können der künftige Aufwand rechtzeitig budgetiert und die notwendigen Mittel bereitgestellt werden (insb. auch notwendige Abgeltungen des Bundes), so wird diese Bestimmung nicht benötigt. Eine allfällige Startfinanzierung erfolgt im Rahmen eines Darlehens (vgl. Abs. 6).

Absatz 5: Damit wird – entsprechend der bisherigen Praxis – die Befreiung von allen direkten und indirekten Steuern (insb. Mehrwertsteuern, Stempel- und Handänderungssteuern) und Gebühren für die Übertragung der Rechte, Pflichten und Werte (Übergang von Aktiven und Passiven) sowie für den Eintrag in öffentliche Register vorgesehen. Beispiel: Artikel 76c Absatz 4 E-AlkG. Nach Errichtung der Anstalt richtet sich die Steuerpflicht nach Artikel 19 des Mustererlasses. Bei einer Aufwertung von Vermögenswerten, die nach der Errichtung der Anstalt erfolgt, die jedoch mit deren Errichtung in Zusammenhang steht, müssen die Steuerfolgen bedacht werden (vgl. Art. 26 Mustererlass).

Absatz 6: Sollte die Anstalt kurzfristig für den Aufbau zusätzliche Mittel (Startfinanzierung) benötigen, so kann die EFV mit der Anstalt einen entsprechenden Darlehensvertrag abschliessen.

Absatz 7: Die Frage der Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes ist im Einzelfall zu prüfen, da dieses auch spezifische Vorschriften zu Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts enthält (Art. 99 ff. FusG; Art. 145 HRegV⁹⁷). Der hier vorgeschlagene Wortlaut im Organi-

⁹⁷ Champeaux, SHK-HRegV, Art. 106 ff. N 1 ff., in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013.

sationserlass schliesst die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes vollständig aus. Stattdessen wird vorgesehen, dass der Bundesrat über die Aktiven und Passiven, die in einem Akt auf die Anstalt übertragen werden, sowie über den Zeitpunkt der Übertragung entscheidet (vgl. Abs. 3 und 4). Das Fusionsgesetz kann jedoch als gute Orientierungshilfe bei der praktischen Abwicklung der Errichtung der Anstalt dienen. Auch der Bundesrat kann sich insbesondere im Rahmen von Absatz 4 das Fusionsgesetz zu Nutze machen, indem er z.B. die Bestimmungen zur Vermögensübertragung (Art. 69 ff., Art. 99 ff. FusG) auf bestimmte Aspekte der Errichtung der Anstalt anwendet. In einem solchen Fall sollte aber Absatz 7 die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes nicht vollumfänglich ausschliessen.

Beispiele:

Artikel 21 ENSIG, Artikel 58 FINMAG, Artikel 91 HMG, Artikel 22 E-WBBG, Artikel 36 RAG, Übergangsbestimmung zur Änderung des EBG gemäss Fassung VE-EGB⁹⁸.

Art. 24 Übergang der Arbeitsverhältnisse

Da mit der Errichtung der Anstalt eine neue Organisationsstruktur geschaffen wird, kann es bei den Arbeitsverhältnissen zu Änderungen der einzelnen Arbeitsbereiche, der Funktionen, der organisatorischen Einordnung oder des Arbeitsortes führen. Ausserdem ändern mit der Personalverordnung der Anstalt die arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Aus diesen Gründen braucht es übergangsrechtliche Normen, die insbesondere die Rechte der Arbeitnehmenden regeln. Es geht dabei um Fragen wie Lohngarantien, Bewerbungsverfahren (Beispiel: Art. 59 Abs. 3 FINMAG), Anrechnung von Dienstjahren und Ablauf der Umstrukturierung.

Absatz 1: Die Arbeitsverhältnisse der alten Verwaltungseinheit sollen – wie die anderen Rechtsverhältnisse (Art. 23 Mustererlass) – von Gesetzes wegen auf die Anstalt übergehen. Da Artikel 333 OR (Übergang der Arbeitsverhältnisse) nicht direkt anwendbar ist, wenn Arbeitsverhältnisse zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern übergehen⁹⁹, ist der Übergang der Arbeitsverhältnisse im Organisationserlass spezialgesetzlich zu regeln. In der gleichen logischen Sekunde, in der die bisherigen Arbeitsverhältnisse bei der alten Verwaltungseinheit enden, werden sie bei der Anstalt von Gesetzes wegen begründet; sie müssen also weder gekündigt werden, noch muss die Anstalt sie neu begründen. Der Bundesrat legt, wie bei den anderen Rechtsverhältnissen (Art. 23 Abs. 3 Mustererlass), den Zeitpunkt des Übergangs fest.

⁹⁸ Es handelt sich insofern um einen Sonderfall, als hier nicht eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung sondern eine privatrechtliche Aktiengesellschaft in eine Anstalt überführt werden soll. Beim Übergang zu beachten sind daher insbesondere die massgeblichen Bestimmungen des OR (Art. 333–333b betreffend den Übergang der Arbeitsverhältnisse, Art. 738 betreffend die Folgen der Auflösung einer Gesellschaft und Art. 751 betreffend die Übernahme durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft).

⁹⁹ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, RN 3 und 8 zu Art. 333

Der Übergang erfolgt grundsätzlich mit allen Rechten und Pflichten. Ausgenommen sind nach Absatz 1 die gekündigten Arbeitsverhältnisse und allfällig damit zusammenhängende arbeitsrechtliche Forderungen. Solche Streitigkeiten richten sich nach bisherigem Recht und sind von der bisherigen Arbeitgeberin zu erledigen.

Die Gründung einer neuen Anstalt im hier beschriebenen Fall stellt eine Umstrukturierung im Sinne von Artikel 104 BPV dar. Ist eine von der Umstrukturierung betroffene Person nicht gewillt, zur Anstalt überzutreten, so kommt das Verfahren nach Artikel 104 ff. BPV zur Anwendung. Das Angebot der alten Verwaltungseinheit an die von der Umstrukturierung betroffenen Personen zum Übertritt in die Anstalt gilt grundsätzlich als andere zumutbare Stelle im Sinne von Artikel 104a BPV. Mangelnde Bereitschaft einer angestellten Person zum Übertritt bzw. zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit gilt als Kündigungsgrund (Art. 10 Abs. 3 Bst. d BPG). Selbst wenn im Übergangszeitpunkt die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen sein sollte, erfolgt kein Übertritt zur Anstalt. Erweist sich ein von der angestellten Person abgelehntes Angebot nach den Kriterien von Artikel 104a BPV als unzumutbar und kann die bisherige Arbeitgeberin dieser Person kein zumutbares anderes Angebot unterbreiten, spricht sie, sofern die angestellte Person das Angebot nicht trotzdem noch annimmt, die Kündigung wegen schwerwiegenden wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen aus (Art. 10 Abs. 3 Bst. e BPG).

Ein Vorbehalt bezüglich Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen gilt hinsichtlich der Ernennung der Geschäftsleitung: Deren Mitglieder müssen im Hinblick auf die Errichtung der Anstalt neu bestellt werden. Der Bundesrat ernannt in einem ersten Schritt den Verwaltungsrat (Art. 5 Abs. 3 Mustererlass). Der Verwaltungsrat bestimmt daraufhin, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat, den Direktor oder die Direktorin der Anstalt sowie, in eigener Kompetenz, die übrigen Geschäftsleitungsmitglieder (Art. 6 Bst. h und i Mustererlass). Mittels einer gestaffelten Inkraftsetzung des Organisationserlasses können die Organe vorgängig besetzt werden, so dass diese die notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen für die Betriebsaufnahme der Anstalt treffen können.

Absatz 2: Beim Übergang von Arbeitsverhältnissen besteht – in Anlehnung an Artikel 25 Absatz 3 BPV – kein Anspruch der angestellten Person auf Weiterführung der Funktion, des Arbeitsbereichs, der organisatorischen Eingliederung und des Arbeitsorts.

Ausgehend von der bisherigen Praxis bei Anstaltsgründungen wird beim Übergang der Arbeitsverträge auf die Anstalt eine befristete Lohngarantie vorgesehen. Angestellte der Bundesverwaltung, denen aufgrund einer Reorganisation bzw. Umstrukturierung innerhalb der Bundesverwaltung eine neue Stelle zugewiesen werden muss, erhalten eine Lohngarantie von, je nach Alter, mindestens zwei Jahren (Art. 25 Abs. 3 i. V. m. Art. 52a BPV). Als eigene Arbeitgeberin mit Rechtspersönlichkeit soll die personalpolitische Freiheit der Anstalt jedoch nicht übermässig lange eingeschränkt werden, weshalb die Lohngarantie im Organisationserlass übergangsrechtlich auf ein Jahr beschränkt wird. Die gesetzliche Lohngarantie von einem Jahr gilt auch in jenen Fällen, bei denen aufgrund der Personalbeurteilung durch die alte oder neue Arbeitgeberin eine Lohnsenkung angezeigt wäre. Die Anzahl derartiger Fälle dürfte so gering sein, dass auf eine Ausnahme von der Lohngarantie verzichtet

werden kann¹⁰⁰. Erfahren – wie es in der Anfangsphase oftmals vorkommt – die organisatorischen Strukturen der Anstalt bzw. die Arbeitsverträge nochmals Anpassungen und geschieht dies im ersten Anstellungsjahr, so gilt die Lohngarantie nach Absatz 2 weiter.

Ein zusätzlicher übergangsrechtlicher Kündigungsschutz ist nicht nötig, da bzw. wenn die Arbeitsverhältnisse weiterhin dem BPG und damit dem öffentlichen Dienstrecht unterstehen. Vorgesehen wurde ein einjähriger Schutz vor Kündigung durch die neue Arbeitgeberin hingegen für den Übergang der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse von der Eidgenössischen Alkoholverwaltung (EAV) zur «alco-suisse ag» – da diese wie auch deren Personalrecht dem OR unterstehen (Art. 76d Abs. 2 E-AlkG¹⁰¹).

Ab Übergang auf die Anstalt unterstehen die Arbeitsverhältnisse deren Personalrecht bzw. Personalverordnung (z.B. hinsichtlich Lohnfortzahlungsmodalitäten bei Krankheit und Unfall). Der Rechtsübergang nach Absatz 1 bedeutet jedoch, dass die Anstalt der angestellten Person die bei der alten Verwaltungseinheit geleisteten Dienstjahre auf die Ansprüche nach neuem Personalrecht anrechnen muss. Ansprüche, die an die Anzahl Dienstjahre knüpfen (z.B. Umfang und Form der Treueprämie) und sich erst nach dem Vertragsübergang realisieren würden, können bei der Anstalt nicht automatisch eingelöst werden. Ob der Anspruch besteht bzw. entstanden ist, muss vielmehr nach dem Personalrecht der Anstalt neu beurteilt werden (Abs. 1).

Absatz 3: Die Arbeitsverhältnisse unterstehen, unter Vorbehalt der einjährigen Lohngarantie nach Absatz 2, ab Übergang dem neuen Personalrecht der Anstalt. Diese muss ihren Angestellten daher neue Arbeitsverträge unterbreiten. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist hierfür eine kurze Frist vorzusehen. Die Angestellten sollen nicht über einen längeren Zeitraum noch einen auf die alte Arbeitgeberin lautenden Arbeitsvertrag haben.

Da das Personal den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf die Anstalt nicht selbst veranlasst hat und zudem während der Probezeit erleichterte Kündigungsvoraussetzungen bzw. keine Kündigungsschutzfristen gelten, darf zu seinem Schutz in den neuen Arbeitsverträgen keine Probezeiten angesetzt werden.

Absatz 4: Beschwerden des Personals, die im Zeitpunkt des Übergangs der Arbeitsverhältnisse hängig sind, werden nach bisherigem Recht beurteilt. Falls möglich, soll die alte Verwaltungseinheit solange formell bestehen bleiben, bis sie alle nach bisherigem Recht zu beurteilende Streitigkeiten erledigen konnte.

Weiterer oder abweichender Regelungsbedarf muss im Einzelfall zusammen mit dem EPA geprüft werden.

Beim Übergang des Personals zur Anstalt sind auch die rechnungsmässigen Verbindlichkeiten zu beachten. Insbesondere Zeitguthaben des Personals sind soweit möglich vor dem Übergang der Arbeitsverhältnisse abzubauen. Im Rahmen der

¹⁰⁰ Nach der BPV (Art. 39 Abs. 5) sind Lohnsenkungen bis maximal zwei Prozent nur möglich, wenn die angestellte Person gemäss Personalbeurteilung die Ziele nicht erreicht.

¹⁰¹ BBl 2016 7649

Transaktionsbilanz können für verbliebene Gleitzeit-, Ferien- und Überzeitguthaben Rückstellungen übertragen werden.

Beispiele:

Artikel 22 ENSIG, Artikel 59 FINMAG, Artikel 92 HMG, Artikel 23 E-WBBG.

Art. 25 Zuständige Arbeitgeberin

Die Anstalt wird als Arbeitgeberin neu für Aufgaben zuständig sein, die ihre Vorläuferorganisationen in der zentralen Bundesverwaltung erfüllt haben. Gleich wie für die aktiven Mitarbeitenden (Art. 24 Mustererlass) muss auch für die Rentenbezüglerinnen und Rentenbezügler die Rechtslage im Organisationserlass übergangsrechtlich klargestellt werden.

Die Anstalt ist für alle bisherigen und – im festgelegten Rahmen – künftigen Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenrentenbezüglerinnen und -bezügler der Anstalt die zuständige Arbeitgeberin und wird die entsprechenden Arbeitgeberpflichten übernehmen müssen (wie Finanzierung der Verwaltungskosten oder einer ausserordentlichen Teuerungsanpassung, evtl. Arbeitgeberbeitrag im Sanierungsfall).

Nach Artikel 32f Absatz 1 BPG ist bei einem Statuswechsel der neue Arbeitgeber auch für die bisherigen Rentenbezüglerinnen und -bezügler der Verwaltungseinheit zuständig. Die der Anstalt zurechenbaren Rentenbezüglerinnen und -bezügler folgen somit dem aktiven Personal in das neue Vorsorgewerk. Die Ausnahmeregelung von Artikel 32f Absatz 2 BPG ist *restriktiv* zu handhaben (Beispiel: Art. 76e E-AlkG¹⁰²).

Beispiele:

Artikel 24 E-WBBG, Artikel 23 ENSIG, Artikel 60 FINMAG.

Art. 26 Registereintragungen [Weitere Übergangsbestimmungen]

Absatz 1: Das zuständige Departement soll während einer Übergangsfrist Registereinträge (Handelsregister, Grundbuch etc.), die aufgrund der Errichtung der Anstalt geändert werden müssen, steuer- und gebührenfrei mittels Verfügung bereinigen können. Die Verfügung dient als Eintragungsgrundlage.

Absatz 2: Eine nachträgliche, steuerneutrale Aufwertung ist im Organisationserlass vorzusehen und nur zu gewähren, wenn sachliche Gründe hierfür vorliegen (Unsi-

¹⁰² Änderung vom 30. September 2016 des Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz vom 21. Juni 1932, SR 680), E-AlkG in: BBl **2016** 7649.
Der Bundesrat wird mit dieser Bestimmung ermächtigt, aus dem Vermögen der EAV die Finanzierung der Arbeitgeberpflichten für die Rentenbeziehenden des Profitcenter zu übernehmen, die Anspruch auf Leistungen aus dem Vorsorgewerk Bund haben, wenn die Vorsorgeeinrichtung der «alcosuisse ag» die Rentenbeziehenden nicht übernimmt oder deren Verbleib im Vorsorgewerk Bund im finanziellen Interesse des Bundes liegt.

cherheiten bei der Bewertung, Änderung des Rechnungslegungsstandards etc.). Im Regelfall haben entsprechende Bereinigungen im Rahmen der Übertragung von Aktiven und Passiven – auch steuerneutral (Art. 23 Abs. 5 Mustererlass) – zu erfolgen.

Ob weiterer übergangsrechtlicher Regelungsbedarf im Organisationserlass besteht oder ob eine solche Regelung allenfalls besser im Aufgabenerlass platziert wird, muss im Einzelfall geprüft werden. Übergangsrechtlich zu regeln sind beispielsweise die Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden im Bereich der alten Verwaltungseinheit und das anwendbare Recht. Die alte Verwaltungseinheit soll möglichst solange formell bestehen bleiben, bis sie alle nach bisherigem Recht zu beurteilenden Streitigkeiten erledigen konnte.

Beispiele:

Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 4 POG¹⁰³ (Registereintragen und Aufwertung stiller Reserven), Artikel 58 Absatz 3 FINMAG (Rechtsschutz), Artikel 94 HMG (hängige Verfahren), Artikel 25 E-WBBG, E-KG Ziff. III Artikel 1–3 (anwendbares Recht und Verfahrensrecht).

Art. 27 Aufhebung anderer Erlasse

Vgl. Bemerkungen zu Artikel 28.

Art. 28 Änderung anderer Erlasse

Artikel 27 und 28: Umfassen die Bestimmungen zur Aufhebung und zur Änderung anderer Erlasse zusammen mehr als eine Druckseite, so werden sie in einem Anhang aufgeführt (vgl. Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes [GTR] von 2013, Rz. 48 ff.¹⁰⁴)

Mögliche Regelungsgegenstände zu den Artikeln 27 und 28:

- Aufhebung von Grundlagen für ausgelagerte Aufgaben, für Organisationseinheiten oder für übertragene Vermögen (z.B. Spezialfonds).
- Änderungen im Aufgabenerlass oder in anderen Bundesgesetzen von Bestimmungen bezüglich der Beaufsichtigten (Bsp: Bankengesetz bei der FINMA) oder zur Koordination mit anderen Einheiten (Bsp: Amtshilfe zwischen Aufsichtsbehörden).
- Ergänzung von Artikel 8 Absatz 2 FKG.
- Änderungen von Bestimmungen über die Rechtspflege (Bsp: Art. 33 Bst. b Ziff. 5 VGG betr. Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds). Weiter ist al-

¹⁰³ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG, SR 783.1)

¹⁰⁴ www.bk.admin.ch/Themen/Gesetzgebung/Gesetzestechnik

lenfalls Artikel 14 VwVG¹⁰⁵ (Zuständigkeit zur Zeugeneinvernahme) zu ergänzen.

- Ergänzung im Geltungsbereich von Artikel 2 BöB.
- Änderungen bezüglich neuer Bezeichnungen.

Art. 29 Referendum und Inkrafttreten

Eine gestaffelte Inkraftsetzung ist möglich und in der Regel sinnvoll. Die Gründung der Anstalt erfordert zudem verschiedene Bundesratsentscheide (vgl. Art. 23 Abs. 2–4 Mustererlass). Beispiele: Gestützt auf Artikel 26 ENSIG wurden einzelne Bestimmungen ein Jahr vor der vollständigen Inkraftsetzung wirksam (vgl. AS 2007 5635, 5643). Gestützt auf Artikel 30 Absatz 2 EIMG¹⁰⁶ wurden die Artikel 5–13, 18 Absatz 3, 19, 22 Absatz 3, 23, 24 und 27 dieses Gesetzes auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt, die restlichen Bestimmungen ein Jahr später (vgl. AS 2011 6515). Zum gestaffelten Inkrafttreten vgl. auch die Gesetzestechischen Richtlinien GTR, Rz. 176 ff.

Welche Bestimmungen vorzeitig in Kraft gesetzt werden sollen, ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. In Frage kommen namentlich folgende Bestimmungen des Mustererlasses: Artikel 1 (Anstalt/Rechtsform und Rechtspersönlichkeit), Artikel 4–10 (Organisation und Personal), Artikel 15 (Rechnungslegung), Artikel 17 Absatz 3 (Tresorerievereinbarung), Artikel 18 (Verantwortlichkeit), Artikel 20 Absatz 4 (Vertrag betr. Miete oder Nutzniessung von Liegenschaften des Bundes), Artikel 22 (Aufsicht) und Artikel 23 (Errichtung der Anstalt).

Es ist das nötige Augenmerk darauf zu richten, dass die vollständige Inkraftsetzung des Organisationserlasses, die Inkraftsetzung der (geänderten) Aufgabenbestimmungen und die Ausserkraftsetzung oder Änderung bestehenden Rechts aufeinander abgestimmt sind. So muss jederzeit klar sein, wer gestützt auf welche Bestimmungen handelt. Die vollständige Inkraftsetzung des Organisationserlasses erfolgt auf den Zeitpunkt, auf den die Anstalt hinsichtlich der Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben operativ wird, d.h. zeitgleich mit der Inkraftsetzung des Aufgabenerlasses. Handelt es sich nicht um eine neu begründete Aufsichtstätigkeit, so bestehen vorübergehend parallel zwei Organisationen: Einerseits die zentrale Verwaltungseinheit, die die Aufsicht nach den bisherigen Aufgabenbestimmungen wahrnimmt. Andererseits die Organe der Anstalt, die gestützt auf die Teilkraftsetzung des Organisationserlasses die nötigen Vorbereitungen treffen, damit die Aufsichtstätigkeit der zentralen Verwaltungseinheit abgelöst bzw. von der Anstalt nach dem geänderten Aufgabenerlass übernommen werden kann.

¹⁰⁵ Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR **172.021**)

¹⁰⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMG, SR **941.27**)

3 Anhang 1: Weitere mögliche Regelungsgegenstände

Vertragsschlusskompetenz für internationale Vereinbarungen: Sofern ein entsprechender Bedarf besteht und die Regelung gemäss Artikel 3 Absatz 4 dieses Mustererlasses (Mitwirkung oder Vertretung des Bundes im Rahmen bestehender Verträge) nicht ausreicht, können im Organisationserlass weitergehende Rechtsgrundlagen für die Zusammenarbeit in einem internationalen Kontext geschaffen werden. Dies bedingt, dass dem Bundesrat die entsprechenden Vertragsschlusskompetenzen zugewiesen werden. Beispiel: Artikel 64 Absatz 5 E-HMG.

Nebentätigkeiten: Vgl. LS 15. Kommerzielle Nebentätigkeiten sind Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht verwehrt. Ausnahmsweise und in engen Grenzen ist gestützt auf eine explizite Gesetzesgrundlage das Erbringen von Dienstleistungen gegen ein (mindestens kostendeckendes) Entgelt denkbar, sofern dadurch die Unabhängigkeit der Anstalt gegenüber den Beaufsichtigten bzw. der Aufgabenerfüllung nicht gefährdet wird (vgl. Art. 69 Abs. 2 E-HMG). Anders verhält es sich mit nicht kommerziellen Dienstleistungen gegenüber Behörden oder internationalen Organisationen (vgl. Art. 3 ENSIG). Sofern es sich rechtfertigt, kann Artikel 3 (Aufgaben) entsprechend (mit einem Abs. 5) ergänzt werden¹⁰⁷. Bei einer Eintragung der Anstalt im Handelsregister entspricht die Zweckumschreibung demnach den Aufgaben nach Artikel 3 Absätze 1 und 5 des Mustererlasses.

Jährliche Aufsichtsabgabe: Wenn Aufsichtsaufgaben wahrgenommen werden, deren Kosten aufgrund fehlender individueller Zurechenbarkeit nicht durch Gebühren gedeckt werden können, so ist es ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen möglich, die Erhebung von Aufsichtsabgaben durch die Anstalt vorzusehen. Bei Aufsichtsabgaben handelt es sich laut Bundesamt für Justiz (BJ) um eine Sonderform von Kausalabgaben, falls eine «qualifizierte Gruppenäquivalenz» besteht. Das BJ sieht die verfassungsrechtliche Grundlage für die Abgabe als in der jeweiligen Sachkompetenz des Bundes enthalten.¹⁰⁸ Nach Auffassung des Bundesgerichts dient das Erfordernis der verfassungsrechtlichen Grundlage zur Erhebung von Steuern in erster Linie dazu, die Steuerhoheiten von Bund und Kantonen abzugrenzen; es sei verfassungsrechtlich nicht zum Vornherein und offensichtlich ausgeschlossen, die Kompetenz zur Erhebung von Aufsichtsabgaben in der entsprechenden Sachzuständigkeit des Bundes zu sehen, falls die Voraussetzungen von Artikel 164 Absatz 1 Buchstabe d BV (Grundsätze der Abgabenerhebung auf Gesetzesstufe) erfüllt sind (vgl. Urteil 2C_725/2007 vom 2. Oktober 2008 E. 4.2.2). Im Organisationserlass zu regeln sind somit der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessung der jährlichen Aufsichtsabgabe. Artikel 46a RVOG betreffend Gebühren ist auf die Erhebung von Aufsichtsabgaben nicht anwendbar. Daher ist im

¹⁰⁷ Die Ergänzung (als Abs. 5) lautet: «Die Anstalt kann gegen Entgelt Dienstleistungen im Rahmen der Aufgaben nach diesem Gesetz für andere Behörden und internationale Organisationen erbringen, sofern diese Dienstleistungen die Unabhängigkeit der Anstalt nicht gefährden.» (Beispiel: Art. 69 Abs. 2 E-HMG). In diesem Fall ist auch Artikel 11 Absatz 1 des Mustererlasses (als Bst. c) wie folgt zu ergänzen: «Entgelte für Dienstleistungen an andere Behörden und internationale Organisationen nach Artikel 3 Absatz 5». (Beispiel: Art. 77 Abs. 2 Bst. c E-HMG).

¹⁰⁸ VPB 2000 S. 337 ff. Nr. 64.25

Organisationserlass die Regelung der Einzelheiten an den Bundesrat zu delegieren. Dazu gehören insbesondere das Verfahren zur Erhebung der Aufsichtsabgabe, die anrechenbaren Aufsichtskosten, die Aufteilung auf die Beaufsichtigten bzw. die verschiedenen Aufsichtsbereiche und die Verjährung der Abgabebeforderungen. Der Bundesrat hat nebst den gesetzlichen auch die abgaberechtlichen Vorgaben (Äquivalenzprinzip, Rechtsgleichheit, Willkürverbot usw.) zu beachten. Beispiele: Für FINMA, ENSI und RAB vgl. Artikel 15 FINMAG, Artikel 83 Absatz 2 Kernenergiegesetz¹⁰⁹ und Artikel 21 RAG, vgl. ferner Artikel 13 VE-EBG.¹¹⁰ Die Anstalt erhebt von den Beaufsichtigten jährlich (pro Aufsichtsbereich) eine Aufsichtsabgabe für die Kosten, die durch die Gebühren nicht gedeckt sind.

Abgeltungen und Reservenbildung: Der Bundesrat kann der Anstalt jährlich Beiträge zur Abgeltung bestimmter, ihr durch das Gesetz übertragenen Aufgaben gewähren, soweit sie nicht bereits durch Gebühren (und evtl. weitere Art von Eigenfinanzierung) gedeckt sind. Die Kosten der Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sollen soweit als möglich durch die Beaufsichtigten finanziert werden. Beispiele: FINMA und RAB finanzieren sich vollständig über Gebühren und Aufsichtsabgaben der Beaufsichtigten. Die Wettbewerbsbehörde kann sich demgegenüber nicht selber finanzieren, insbesondere weil sie keinen Sektor beaufsichtigt, der zur Finanzierung herangezogen werden könnte. Sie ist daher zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf Abgeltungen des Bundes angewiesen. Bei überwiegend mittels Abgeltungen finanzierten Anstalten sind keine Reserven zur Deckung von Ertragsrisiken vorzusehen. Es gilt zu verhindern, dass auf diesem Weg mit Mitteln des Bundes verdeckt Eigenkapital gebildet wird. Die Bildung von Reserven lässt sich auch nicht unter Hinweis auf eine allfällige, spätere Reduktion der Abgeltungen rechtfertigen. In der Regel erfolgt eine solche Kürzung wegen bzw. zusammen mit einem (vorher beschlossenen und daher planbaren) Aufgabenverzicht und einer entsprechenden Ausgabenreduktion. Demzufolge sah das E-WBB für die Wettbewerbsbehörde keine Vorschrift zur Reservenbildung vor.

Verfahren und Rechtsschutz: Für das Verfahren und den Rechtsschutz gelten die allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes, des Verwaltungsgerichts- und des Bundesgerichtsgesetzes. Sonderregelungen sind möglich für Präzisierungen und in begründeten Fällen für Abweichungen. Sie gehören zur Regelung der Aufgaben bzw. in den Aufgabenerlass. Zusammen mit einem neuen Organisationserlass können bereits bestehende Aufgabenerlasse geändert bzw. Sonderregelungen zu Verfahren und Rechtsschutz statuiert werden (vgl. Art. 28 Mustererlass). Ist die Anstalt zur Beschwerde berechtigt, so ist dies speziell zu regeln. Dieses Beschwerderecht ist vor allem bei Anstalten mit Aufsichtsaufgaben von Bedeutung. Beispiele: Artikel 84 HMG, Artikel 19 und 20 ENSIG, Artikel 53 und 54 FINMAG, Artikel 39 E-KG, Artikel 28 Absatz 5 RAG, Artikel 9s VE-EBG. Übergangsrechtlich zu regeln ist die Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden im Bereich der alten Verwaltungseinheit und das anwendbare Recht. Weiter ist allenfalls Artikel 14 VwVG (Zuständigkeit zur Zeugeneinvernahme) zu ergänzen.

¹⁰⁹ Kernenergiegesetz (KEG) vom 21. März 2003 (SR 732.1)

¹¹⁰ Vergleichbare Regelung auch für die Oberaufsichtskommission in Artikel 64c BVG.

Beschaffungsrecht: Öffentlich-rechtliche Einheiten, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sollten Beschaffungen nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) tätigen (vgl. für das IGE: VPB 67.4). Das BöB gilt formell für organisatorisch verselbständigte Einheiten aber nur, wenn sie im BöB ausdrücklich aufgeführt werden (so das ENSI in Art. 2 Abs. 1 Bst. e BöB), da dieses Gesetz dem Enumerationsprinzip folgt. Es muss deshalb zusammen mit dem Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) geprüft werden, ob im BöB eine Unterstellung der Anstalt unter dieses Gesetz vorgesehen werden muss. – Auf Anstalten, die nicht überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen, ist jedenfalls das 3. Kapitel der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) anwendbar (Art. 32 Bst. a VöB i.V.m. Art. 7a Abs. 1 Bst. c RVOV).¹¹¹

Evaluation: Wenn ein konkretes Interesse daran besteht (wie namhafte Finanzierung über Abteilungen des Bundes), kann eine Evaluationsklausel vorgesehen werden. Vgl. dazu auch Artikel 170 BV, Artikel 141 ParlG, Artikel 5 SuG.

Qualitätssicherung: Beispiel: Artikel 4 ENSIG.

Subdelegation von Ausführungsbestimmungen: Sofern ein ausgewiesener Bedarf besteht, kann analog zum RVOG eine Subdelegationsbestimmung festgeschrieben werden (vgl. für Ämter und Gruppen von Ämtern Art. 48 Abs. 2 RVOG), die es dem Bundesrat ermöglicht, die Anstalt zu ermächtigen, in Belangen von beschränkter Tragweite Ausführungsbestimmungen zum Organisationserlass zu erlassen. Eine Subdelegation kommt namentlich in vorwiegend technischen Angelegenheiten in Betracht und richtet sich an den Verwaltungsrat (Art. 6 Bst. c Mustererlass). Die Zulässigkeit und die Rahmenbedingungen für eine Subdelegation sind zwingend zu prüfen bzw. zu beachten. Beispiel: Artikel 7 und 55 Absatz 2 FINMAG.

Befristete Zurverfügungstellung von Immobilien: Werden Immobilien befristet zur Verfügung gestellt, so ist in Anlehnung an Artikel 19 dieses Mustererlasses eine entsprechende Übergangsregelung zu schaffen. Beispiel: Artikel 41 EHB-Verordnung.

In den Aufgabenerlass gehören insbesondere Regelungen zu: Information der Öffentlichkeit, Zusammenarbeit mit anderen Behörden im Sinne der Amts- oder Rechtshilfe, Datenbearbeitung. Ein weiterer möglicher Regelungsgegenstand ist die Übertragung von Aufsichtsaufgaben auf Dritte. Diese Beauftragten sind gesetzlich der Geheimhaltung zu unterstellen. Beispiele: Artikel 14, 22 und 23 FINMAG (Amtsgeheimnis, Information der Öffentlichkeit und Datenbearbeitung), Artikel 41, 48 und 49 KG (Amtshilfe, Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen, Informationspflichten), Artikel 25 E-KG (Amts- und Geschäftsgeheimnis), Artikel 20 und Artikel 40 Absatz 1 Buchstabe d RAG, Artikel 14 Absatz 4 und Artikel 24 ff. FINMAG (mit Aufsichtsaufgaben beauftragte Dritte und Geheimhaltung); Veröffentlichung, insb. Umgang mit sicherheitsrelevanten Informationen). Anzumerken bleibt, dass zwischen Dienstleistungsaufträgen und der Übertragung öffentlich-rechtlicher Aufgaben unterschieden werden muss. Das Legalitätserfordernis besteht

¹¹¹ Die VöB regelt, nebst der Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem Gesetz, im 3. Kapitel die sog. «übrigen Beschaffungen» des Bundes (vgl. auch Art. 1 Bst. b VöB).

nicht für Nebendienstleistungen, die sich im Rahmen administrativer Hilfstätigkeiten halten, da damit keine Verwaltungsaufgaben übertragen werden. Nicht zu den Verwaltungsaufgaben gehört der (hilfsweise) Beizug Privater zur Erfüllung einer Bundesaufgabe durch eine Behörde. Es handelt sich um die privatrechtliche Tätigkeit des Staates, durch die er die für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben notwendigen Sachgüter und Leistungen beschafft. In solchen Fällen («Bedarfsverwaltung» und «administrative Hilfstätigkeit») hat der private Rechtsträger keine eigenen Entscheidungskompetenzen, sondern handelt lediglich als Unterakkordant der Behörde und erbringt ihr gegenüber gewisse Dienstleistungen. Hierfür braucht es keine gesetzliche Grundlage. Hingegen ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Vergabe eines solchen Dienstleistungsauftrags unter das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1) fällt und ausgeschrieben werden muss.

Personalinformationssystem (Datenschutz): Für die dem BPG unterstellten Arbeitgeber, deren Personendaten nicht durch das EFD im System BV Plus verwaltet werden, ist eine formell-gesetzliche Grundlage im Organisationserlass zu schaffen, solange im BPG für diese Arbeitgeber eine eigene Regelung fehlt. Beispiele: Artikel 36a und 36b ETH-Gesetz (Personalinformationssysteme, Studienadministrationssysteme); Artikel 53 ff. PV-METAS zur Datenbearbeitung (vgl. zum Personalinformationssystem dort insb. Art. 59 f.). In der vom Bundesrat am 18. Dezember 2015 verabschiedeten Botschaft zum Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz) wird eine Änderung des BPG vorgeschlagen. Demnach sollen Artikel 27a–27c BPG aufgehoben und durch einen neuen Artikel 27 (Personaladministration) ersetzt werden (BBl 2016 311 [Botschaft] und BBl 2016 353 362 [Gesetzesentwurf]). Die vorgeschlagene Änderung wäre auf die Datenbearbeitung im Personalwesen von sämtlichen Arbeitgebern anwendbar, deren Personalrecht dem BPG unterstellt ist. Bis zum Inkrafttreten der Änderung des BPG ist die dort vorgeschlagene Bestimmung¹¹² in

¹¹² [hier: Art. 9a] Personaladministration

¹ Die Arbeitgeber bearbeiten [hier: Die X bearbeitet] in Papierform und in einem oder mehreren Informationssystemen Daten ihrer Angestellten [hier: ihres Personals] zur Erfüllung der Aufgaben nach diesem Gesetz, insbesondere für:

- a. die Ermittlung des erforderlichen Personalbedarfs;
- b. die Sicherung des erforderlichen Personalbestands durch Gewinnung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern;
- c. die Lohn- und Gehaltsabrechnung, das Anlegen von Personalakten, die Meldungen an die Sozialversicherungen;
- d. das Fördern sowie den langfristigen Erhalt von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern;
- e. die Erhaltung und Verbesserung der Qualifikation der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter;
- f. die Planung, Steuerung und Kontrolle durch Datenanalysen, Vergleiche, Berichterstattung und Massnahmenplanung.

² Sie können [hier: Sie kann] folgende für die Erfüllung ihrer Aufgaben nach Absatz 1 notwendigen Daten ihres Personals, einschliesslich besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile, bearbeiten:

- a. Angaben zur Person;

den Organisationserlass aufzunehmen. Zur Kommentierung kann auf die entsprechenden Erläuterungen in der Botschaft zum Ausgleichsfondsgesetz, Änderung des BPG, verwiesen werden (BBl 2016 342 ff.).

- b. Angaben zur gesundheitlichen Situation in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit;
- c. Angaben zu Leistungen und Potenzial sowie zur persönlichen und beruflichen Entwicklung;
- d. erforderliche Daten im Rahmen der Mitwirkung beim Vollzug des Sozialversicherungsrechts;
- e. Verfahrensakten und Entscheide von Behörden in Verbindung mit der Arbeit.

³ Sie sind [*hier: Sie ist*] verantwortlich für den Schutz und die Sicherheit der Daten.

⁴ Sie dürfen [*hier: Sie darf*] Daten an Dritte weitergeben, wenn dafür eine rechtliche Grundlage besteht oder die betroffene Person der Weitergabe schriftlich zugestimmt hat.

⁵ Sie erlassen [*hier: Sie erlässt*] Ausführungsbestimmungen über:

- a. die Architektur, die Organisation und den Betrieb des Informationssystems oder der Informationssysteme;
- b. die Bearbeitung der Daten, insbesondere die Beschaffung, Aufbewahrung, Archivierung und Vernichtung;
- c. die Berechtigungen zur Datenbearbeitung;
- d. die Datenkategorien nach Absatz 2;
- e. den Schutz und die Sicherheit der Daten.

⁶ Sie können [*hier: Sie kann*] die Bekanntgabe von nicht besonders schützenswerten Daten im Abrufverfahren vorsehen. Sie erlassen [*hier: Sie erlässt*] dazu Ausführungsbestimmungen.

4 Anhang 2: Die wesentlichsten Unterschiede gegenüber Anstalten, die Aufgaben mit Monopolcharakter erfüllen

Strategische Ziele: Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sollen ihre Aufgaben fachlich unabhängig erfüllen. Anstelle des Bundesrates erlässt deshalb der Verwaltungsrat die strategischen Ziele der Anstalt. Nach heutiger Rechtssetzungspraxis bedürfen die strategischen Ziele der Genehmigung durch den Bundesrat. Anwendbare LS: 16, 17, 18, 22a, 22b, 32.

Unabhängigkeit der Mitglieder der Organe: Wo Aufsichtsaufgaben wahrzunehmen sind, muss der Unabhängigkeit der Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger gegenüber den beaufsichtigten Kreisen besondere Beachtung geschenkt werden. Zu prüfen ist insbesondere, ob für die Mitglieder des Verwaltungsrats im Organisationserlass besondere Unvereinbarkeitsvorschriften erlassen werden sollen. Mit der Karenzfristverordnung vom 25. November 2015 hat der Bundesrat zudem die rechtlichen Grundlagen geschaffen, damit mit Mitarbeitenden der zentralen Bundesverwaltung sowie mit Personen in dezentralen Verwaltungseinheiten oder ausserparlamentarischen Kommissionen mit Aufsichts- und Regulierungsaufgaben bei Bedarf eine Karenzfrist vereinbart werden kann. Die Personalverordnung der Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht ist gegebenenfalls entsprechend auszugestalten.

Gewerbliche Leistungen: Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sind nicht gewinnstrebig. Um die fachliche Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden zu wahren bzw. mit Rücksicht auf die besondere Sensibilität der von diesen Anstalten wahrgenommenen Aufgaben, ist die Erbringung von kommerziellen Nebenleistungen untersagt (CG-Bericht: BBl 2006 8285 f.; EFV-Bericht, S. 46). Anwendbarer LS: 15.

Kooperationen, Gründungen von und Beteiligungen an Rechtsträgern: Kooperationen oder Beteiligungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie auf die Erreichung des Zweckes der Anstalt begünstigend einwirken. Die Anstalt benötigt sie aber nicht zwingend für die Erfüllung ihres gesetzlichen Zwecks. Die Übertragung hoheitlicher oder subventionierter Aufgaben auf Dritte kann politisch heikel sein und die Kontrolle bzw. Steuerung durch den Bund erschweren. Da vom Bund beherrschte Aktiengesellschaften im Wesentlichen Tätigkeiten am Markt erbringen und nicht hoheitliche Aufgaben erfüllen, sind ihnen Kooperationen und Beteiligungen grundsätzlich erlaubt (CG-Bericht: BBl 2006 8285 f.; EFV-Bericht, S. 10 und 46; LS: 14). Demgegenüber sind den Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht mit Rücksicht auf die Sensibilität ihrer Aufgaben sowohl (kommerzielle) Kooperationen als auch Beteiligungen untersagt. Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, sollen Kooperationen und Beteiligungen nur ausnahmsweise, in Abstimmung mit ihrer Zweckbestimmung, ihren Aufgaben und den strategischen Zielen des Bundesrates eingehen können. Zu unterscheiden vom Verbot, Kooperationen einzugehen, sind Pflichten zur Zusammenarbeit mit Dritten: Wo ein öffentliches Interesse besteht, wird die Anstalt verpflichtet, mit anderen im Gesetz näher zu definierenden Stellen zusammenzuarbeiten, zum Beispiel im Sinne der Amts- oder Rechtshilfe oder der Beteiligung an der technischen Zusammenarbeit

im Aufgabenbereich. Zur Beteiligung an den Tätigkeiten internationaler Organisationen vgl. Artikel 3 Absatz 4 des Mustererlasses.

Finanzierung: Die Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sind nach heutiger Praxis in der Regel selbsttragend, d.h. sie finanzieren sich über Gebühren (und evtl. Aufsichtsabgaben), welche die Beaufsichtigten entrichten. Nur soweit dies nicht möglich ist, kommen Abgeltungen des Bundes in Frage. Aufgrund der hoheitlichen Tätigkeit sowie der Nähe zur Zentralverwaltung (Ministerialaufgaben) darf keine Finanzierung über Drittmittel erfolgen. Anwendbarer LS: 26.

Gebührenverordnung: Der Bundesrat hat nicht nur ein Genehmigungsrecht, sondern er erlässt die Verordnung über die Gebühren und allfällige Aufsichtsabgaben selbst. Damit können Fehlanreize vermieden und die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde kann gestärkt werden.

Besondere Haftungsbestimmung: Die Haftung nach Artikel 19 VG untersteht folgendem Vorbehalt: Die Anstalt und allfällige mit einzelnen ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben beauftragte Dritte haften nur, wenn sie eine wesentliche Amtspflicht verletzt haben und die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind (vgl. Art. 18 Mustererlass und die Bemerkungen dazu).

Loi-type concernant des établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité

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

Office fédéral de la justice

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

Administration fédérale des finances

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

Table des matières

1	Remarques préliminaires	4
2	Commentaire des dispositions	6
	<i>Préambule</i>	6
	Section 1 Établissement et buts	6
	<i>Art. 1</i> Établissement	6
	<i>Art. 2</i> Buts	9
	Section 2 Tâches	10
	<i>Art. 3</i>	10
	Section 3 Organisation	12
	<i>Art. 4</i> Organes	12
	<i>Art. 5</i> Conseil d'administration: composition, nomination et organisation	13
	<i>Art. 6</i> Conseil d'administration: tâches	21
	<i>Art. 7</i> Direction	30
	<i>Art. 8</i> Organe de révision	32
	Section 4 Personnel	34
	<i>Art. 9</i> Conditions d'engagement	34
	<i>Art. 10</i> Caisse de pensions	36
	Section 5 Financement et budget	39
	<i>Art. 11</i> Financement	39
	<i>Art. 12</i> Émoluments	40
	<i>Art. 13</i> Indemnités octroyées par la Confédération	42
	<i>Art. 14</i> Rapport de gestion	43
	<i>Art. 15</i> Comptabilité	43
	<i>Art. 16</i> Réserves	44
	<i>Art. 17</i> Trésorerie	46
	<i>Art. 18</i> Responsabilité	47
	<i>Art. 19</i> Imposition	48
	<i>Art. 20</i> Biens-fonds	49
	Section 6 Indépendance dans l'accomplissement des tâches et surveillance	50
	<i>Art. 21</i> Indépendance dans l'accomplissement des tâches	50
	<i>Art. 22</i> Surveillance de l'établissement	51
	Section 7 Dispositions finales	52
	<i>Art. 23</i> Institution de l'établissement	52
	<i>Art. 24</i> Transfert des rapports de travail	54

<i>Art. 25</i>	Employeur compétent	57
<i>Art. 26</i>	Inscriptions aux registres [autres dispositions transitoires]	57
<i>Art. 27</i>	Abrogation d'autres actes	58
<i>Art. 28</i>	Modification d'autres actes	58
<i>Art. 29</i>	Référendum et entrée en vigueur	59
3	Annexe 1: Autres objets réglementaires éventuels	60
4	Annexe 2: Principales différences par rapport aux établissements qui exécutent des tâches à caractère monopolistique	65

1 Remarques préliminaires

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

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

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

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

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

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

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

3 Rapport explicatif de l'Administration fédérale des finances du 13 septembre 2006 concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise (rapport de l'AFF); disponible à l'adresse: [www.efv.admin.ch/Thèmes/Politique budgétaire, Bases>Gouvernement d'entreprise>Bases; modèle de profil d'exigences pour conseils d'administration et d'institut](http://www.efv.admin.ch/Thèmes/Politique budgétaire, Bases/Gouvernement d'entreprise/Bases; modèle de profil d'exigences pour conseils d'administration et d'institut)

Les annexes 1 et 2 de cette loi-type donnent un aperçu des autres réglementations éventuelles et des principales différences par rapport aux établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique.

Eu égard à l'affectation organisationnelle des établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité, il est également renvoyé au rapport sur l'annexe de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁴ et au rapport relatif à la modification de l'annexe de l'OLOGA, révision partielle de l'OLOGA (organisation de l'administration fédérale)⁵.

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

4 **JAAC 2009.7** (p. 90-123) Rapport de la Chancellerie fédérale (ChF), section du droit, du 12 décembre 2008 sur l'annexe de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration; disponible à l'adresse:
[https://www.bk.admin.ch>Documentation>Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération \(JAAC\)](https://www.bk.admin.ch>Documentation>Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC))

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

2 Commentaire des dispositions

Préambule

Il convient d'indiquer ici la compétence de la Confédération pour réglementer le domaine dans lequel opère l'établissement. Exemple: pour l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), voir les art. 95 et 98 Cst. (activité économique lucrative privée, banques et assurances); pour l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN), voir l'art. 90 Cst. (énergie nucléaire).

Section 1 Établissement et buts

Art. 1 Établissement

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

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

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

Al. 1: la forme juridique d'un établissement fédéral de droit public correspond à la nature des tâches. La surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité est exercée par des entités fédérales souveraines. Cet élément et le caractère monopolistique des tâches plaideraient plutôt pour une fourniture des prestations au sein de l'administration fédérale centrale. L'externalisation permet cependant de garantir l'indépendance particulière requise et la distance nécessaire vis-à-vis du monde politique, de prévenir une influence politique sur les décisions prudentielles concernant un cas précis et, partant, d'accroître la crédibilité des tâches exécutées.

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

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

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

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

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

Au lieu d'une autonomie juridique, on pourrait également envisager que les plus petites entités prennent la forme organisationnelle d'une commission extraparlamentaire, et plus précisément d'une commission décisionnelle (voir l'[art. 57a, al. 2, LOGA](#) en relation avec les [art. 7a, al. 1, let. a, et 8a OLOGA](#)¹⁰). Les avantages de la commission décisionnelle résident dans la réglementation simple et dans l'allègement de plusieurs tâches administratives (personnel, informatique, comptabilité), car elle est rattachée sur le plan administratif à un département. Dans le même temps, on suppose en vertu de l'[art. 7a, al. 2, OLOGA](#) que les commissions décisionnelles ne sont soumises à aucune instruction, sauf disposition contraire de la loi (rapport sur le gouvernement d'entreprise, [FF 2006 7828](#)). Exemple: Service d'enquête suisse sur les accidents (SESA)¹¹, Commission fédérale des maisons de jeu, ComCom, RailCom ([art. 40a ss AP-LCdF](#))¹².

Al. 2: la loi d'organisation comprend plusieurs prescriptions sur l'organisation de l'établissement (par ex. type et nombre d'organes formels, délimitation des compétences entre les organes). L'établissement règle lui-même son organisation dans le cadre ou sous réserve de ces directives (par ex. élaboration du règlement d'organisation par le conseil d'administration en vertu de l'[art. 6, let. b, de la loi-type](#)) et tient sa propre comptabilité. Comme il fait partie de l'administration fédérale décentralisée, ses comptes sont regroupés selon le principe de la consolidation globale pour l'examen du compte d'État ([art. 55, al. 1, let. c, LFC](#)).

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

Al. 4: selon l'importance politique, la désignation et le siège peuvent être définis directement dans la loi d'organisation (exemple: [art. 4, al. 1 et 2, LFINMA](#)). En général, la marge de manœuvre du Conseil fédéral, en particulier concernant le choix du siège, ne devrait pas être restreinte par des dispositions légales.

Al. 5: les instituts de droit public (au sens de l'[art. 2, let. d, LFus](#)¹³) doivent être inscrits au registre du commerce uniquement s'ils exploitent, comme la Banque nationale suisse, «une entreprise en la forme commerciale» ([ATF 115 Ib 233, consid. 3](#)). À l'avenir, ils seront tenus de requérir leur inscription au registre du com-

¹⁰ Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; [RS 172.010.1](#))

¹¹ Voir également, par ex., l'ordonnance du 23 mars 2011 sur l'organisation du SESA (Org SESA; [RS 172.217.3](#)).

¹² Version de l'avant-projet de loi fédérale sur l'organisation de l'infrastructure ferroviaire, ch. I.1. Modification de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer; [RS 742.101](#) (en l'espèce: [AP-LCdF](#)). Disponible à l'adresse: <https://www.admin.ch>Page d'accueil>Droit fédéral>Consultations>Procédures de consultation et d'audition terminées>2015>DETEC>

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

merce du siège s'ils «exercent principalement une activité économique lucrative privée ou que le droit fédéral, cantonal ou communal le prévoit». Le texte de loi devant figurer dans le code des obligations (CO) s'appuie sur l'art. 27, al. 2, Cst. (liberté économique) et se réfère à toute activité économique privée exercée dans le but de réaliser un revenu ou un bénéfice, et dans le cadre de laquelle l'institut de droit public est en concurrence avec des acteurs privés¹⁴. Les instituts de droit public qui ne sont pas soumis à l'obligation de s'inscrire au registre du commerce peuvent requérir leur inscription¹⁵. Concernant les particularités de cette dernière, voir les art. 106 à 108 ORC¹⁶.

D'après le Tribunal fédéral, l'inscription d'un institut de droit public au registre du commerce n'a, en général, aucun effet constitutif. Le droit public peut cependant prévoir qu'un institut est constitué uniquement lorsqu'il a été inscrit au registre du commerce. Cette inscription ne saurait lui conférer la personnalité juridique si le droit public ne l'envisage pas¹⁷. En vertu de l'art. 23, al. 2, de la loi-type, le Conseil fédéral fixe la date à laquelle l'établissement acquiert la personnalité juridique.

Les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité ne doivent réaliser aucune activité commerciale. Ils peuvent cependant s'inscrire volontairement au registre du commerce. Si cette décision ne relève pas du conseil d'administration, l'obligation de s'inscrire doit être prévue dans la loi d'organisation. La FINMA et l'IFSN ne sont pas inscrites au registre du commerce, contrairement à l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IGE) et à l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic). Cette inscription présente l'avantage de garantir la transparence et de conférer une présomption de connaissance, notamment en ce qui concerne les personnes autorisées à signer (art. 932 s. CO) dans le cadre de relations de droit privé¹⁸. Les tiers à l'égard desquels une inscription au registre du commerce produit ses effets ne peuvent se prévaloir du fait qu'ils n'en avaient pas connaissance.

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

¹⁴ Voir également l'ATF 115 Ib 233, consid. 3, p. 237, Banque cantonale de Zoug.

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

¹⁶ Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC; RS 221.411)

¹⁷ CLAIRE HUGUENIN, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Artikel 1–456 ZGB, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), 4^e édition, Bâle, 2010, art. 52 N 9 s.

¹⁸ Les compétences dans les relations juridiques de droit public (en particulier la prise de décision) sont régies par la loi d'organisation et le règlement d'organisation.

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

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

Exemples:

Art. 1 LIFSN¹⁹, art. 4 LFINMA²⁰, art. 68 LPTh²¹, art. 1 P-LAC²², art. 9c AP-LCdF²³

Art. 2 Buts

Les dispositions sur les buts découlent des objectifs supérieurs de la Confédération. Les buts devraient être fixés pour une durée indéterminée.

Les buts ne constituent pas une base suffisante pour délimiter clairement l'activité de l'établissement. Ils ne dispensent donc pas d'édicter des dispositions détaillées sur les tâches (art. 3 de la loi-type).

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

¹⁹ Loi du 22 juin 2007 sur l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (LIFSN; [RS 732.2](#))

²⁰ Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; [RS 956.1](#))

²¹ Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, LPTh; [RS 812.21](#))

²² Projet de loi fédérale du (...) sur l'Autorité de la concurrence (loi sur l'autorité de la concurrence; en l'espèce: P-LAC; [FF 2012 3731](#)) et modification du (...) de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; [RS 251](#); en l'espèce: P-LCart; [FF 2012 3713](#))

Présentée par le Conseil fédéral, cette révision de la loi sur les cartels entendait réformer l'Autorité de la concurrence. D'après le message, le secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) aurait été transformé en une Autorité de la concurrence pour renforcer son indépendance. L'ancienne COMCO serait devenue une propre chambre du Tribunal administratif fédéral et la première instance de recours. Cette partie de la réforme a cependant été rejetée dès le premier examen au Conseil des États, qui souhaitait plutôt réduire et professionnaliser la COMCO. Le 17 septembre 2014, le Conseil national n'est pas entré en matière sur le projet, pour la seconde fois, malgré la décision d'entrée en matière du Conseil des États (06.06.2015). La réforme a donc échoué. Les dispositions de droit organisationnel n'ont toutefois pas été remises en question en tant que telles.

²³ Version de l'avant-projet de loi fédérale sur l'organisation de l'infrastructure ferroviaire, ch. I.1. Modification de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer, [RS 742.101](#) (en l'espèce: AP-LCdF). L'actuelle société de droit privé Sillon Suisse SA appartient à hauteur de 25 % chacun aux Chemins de fer fédéraux suisses (CFF), à BLS, à Schweizerische Südostbahn (SOB) et à l'Union des transports publics. Le nouvel établissement fédéral indépendant (service d'attribution des sillons) aura davantage de droits et d'obligations; cela devrait renforcer sa position et réduire les discriminations éventuelles.

Les buts poursuivis peuvent également influencer sur l'application du droit et sur la jurisprudence. Exemples: arrêt du Tribunal fédéral du 29 juin 2011 {T 0/2} 2C_898/2010²⁴; arrêt du Tribunal fédéral du 13 avril 2011 {T 0/2} 2C_929/2010²⁵.

Exemples:

Art. 5 LFINMA

Section 2 Tâches

Art. 3

Un transfert précis des tâches est nécessaire pour bien délimiter les activités de l'établissement et attribuer clairement les responsabilités. Il sert ensuite de point d'ancrage pour régler en interne les compétences (conseil d'administration et direction), définir le financement de l'établissement en fonction des tâches (art. 11 ss de la loi-type), fixer les objectifs stratégiques et contrôler leur respect.

Al. 1: l'établissement accomplit les tâches qui lui sont confiées par l'acte régissant son organisation et ces dernières et, le cas échéant, par d'autres lois fédérales. La loi d'organisation doit renvoyer aux lois fédérales correspondantes (voir l'art. 2 P-LAC).

Les tâches peuvent englober des obligations de collaborer ou d'échanger des renseignements avec des organes officiels, des autorités ou des institutions. Il peut également s'agir de simples autorisations en vue d'une participation ou collaboration, comme la disposition potestative à l'art. 3, al. 4, de la loi-type. Il faut également examiner si l'établissement peut faire appel à des tiers pour exécuter certaines tâches. Une base légale n'est cependant requise que si l'on transfère effectivement une tâche de droit public et non une prestation accessoire considérée comme une activité administrative auxiliaire. Dans de tels cas («gestion des besoins» et «activité administrative auxiliaire»), l'entité privée n'a aucune compétence décisionnelle propre; elle opère uniquement comme sous-traitant de l'autorité et lui fournit certaines prestations.

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

²⁴ Consid. 2.2: dans de tels cas, la protection du marché, du système financier et des investisseurs justifie, malgré la séparation juridique formelle des structures, une approche (économique) uniforme au titre du droit des marchés financiers.

²⁵ Consid. 5.2.1: les objectifs réglementaires de la loi régissant les marchés financiers, à savoir garantir le bon fonctionnement des marchés financiers (protection du fonctionnement), d'une part, et protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés (protection individuelle), d'autre part, doivent justifier la sanction et l'emporter sur les préjudices qui en découlent pour le développement économique de la personne concernée en regard de la gravité de l'infraction au droit de la surveillance.

Al. 2 et 3: le Conseil fédéral n'a aucun droit direct d'instruction voire d'évocation (voir l'[art. 47, al. 4, LOGA](#)) dans la mesure où cela est contraire à l'autonomisation et où il deviendrait un organe de fait de l'établissement (aucune surveillance hiérarchique comme dans l'administration fédérale centrale). En revanche, le Conseil fédéral peut lui confier d'autres tâches, que l'établissement doit accomplir contre indemnité (al. 3). Ces tâches et leur éventuelle indemnisation seront définies sur le principe dans la loi d'organisation (obligation de prestation sans indemnité ou nécessité d'une base légale en matière de subventions pour verser des indemnités). Le transfert des tâches doit présenter un lien étroit avec les tâches légales, sans pour autant nuire à l'indépendance de l'autorité de surveillance (voir l'[art. 69, al. 1^{bis}, P-LPTh](#)). En général, il est réalisé par le biais d'une ordonnance. La participation à l'élaboration des actes normatifs ne donne droit à aucune indemnité (al. 2).

Al. 4: en vertu de l'[art. 184, al. 1, Cst.](#), le Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale; il représente la Suisse à l'étranger. Si les tâches de l'établissement présentent une dimension internationale, il peut être judicieux de l'autoriser à collaborer avec les instances internationales concernées. La compétence de l'établissement en matière de participation à des organisations et instances internationales sera ancrée dans la loi d'organisation. Il faut examiner au cas par cas s'il est judicieux de la lui accorder directement dans la loi (éventuellement sous la forme d'une tâche permanente) ou s'il est plus opportun de prévoir que le Conseil fédéral puisse octroyer une autorisation correspondante à l'établissement (dans une ordonnance ou un arrêté, au cas par cas). Le cas échéant, il est recommandé de désigner l'organe compétent directement dans la loi d'organisation, en particulier lorsque cette compétence est déléguée de manière générale à la direction. Exemples: [art. 6, al. 2, LFINMA](#), [art. 31, al. 2, let. g, LSR](#)²⁶. Pour pouvoir tenir compte des évolutions futures, la loi ne mentionne pas les différentes organisations ou associations internationales. Les tâches légales de l'établissement constituent la base et le cadre de l'autorisation d'une telle coopération internationale.

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

²⁶ Selon la version modifiée du 20 juin 2014 de la loi sur la surveillance de la révision (LSR) et de la LFC concernant la «concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit». Voir le message correspondant: [FF 2013 6147](#).

cret au cas par cas. Exemple: art. 3, al. 4, de la loi sur l'Institut fédéral de métrologie (LIFM).

Compte tenu de leur activité sensible, les entités exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité ne peuvent pas coopérer avec des entités de droit privé ni y prendre des participations. Voir le principe directeur n° 14 (rapport sur le gouvernement d'entreprise: FF 2006 7851 s.).

Exemples:

Art. 2 LIFSN, art. 6 LFINMA, art. 69 P-LPTh²⁷, art. 2 P-LAC, art. 24a P-LCart²⁸, art. 28 LSR²⁹, art. 9d (tâches et compétences) et 9q (registre de l'infrastructure) AP-LCdF³⁰

Section 3 Organisation

Art. 4 Organes

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

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

²⁷ Modification du 18 mars 2016 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, LPTh; RS **812.21**; voir **FF 2016 1781**). Voir également le message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 à ce sujet:

FF 2013 131. La modification devrait entrer en vigueur mi-2017. Le renvoi aux dispositions de la LPTh correspond déjà à l'état après la modification juridique approuvée par le Parlement, même s'il est «désigné» en l'espèce par l'abréviation P-LPTh.

²⁸ Modification du (...) de la loi sur les cartels, **FF 2012 3713**; en l'espèce: P-LCart

²⁹ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la révision, LSR; RS **221.302**)

³⁰ Le service d'attribution des sillons bénéficie d'un mandat légal direct. L'établissement n'a pas de but lucratif. Il se distingue ainsi d'autres entreprises proches de la Confédération. Font partie de ses tâches principales la planification des sillons, leur attribution et la résolution des conflits correspondants. Le service d'attribution des sillons assure en particulier l'accès non discriminatoire au réseau ferroviaire. Il ne surveille toutefois pas les exploitants du réseau ou les entreprises de chemin de fer. Ce service constitue un cas particulier parmi les établissements classiques exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité, car il n'a aucune compétence prudentielle. Cela explique également certaines divergences par rapport à la loi-type (notamment concernant la responsabilité selon la loi sur la responsabilité en vertu de l'art. 9n AP-LCdF, qui n'est pas limitée, contrairement à l'art. 18, al. 2, de cette loi-type).

Let. b: la direction des établissements fédéraux occupe déjà une position particulière dans les lois d'organisation en vigueur par rapport au droit de la société anonyme. Elle dispose, par exemple, de compétences opérationnelles étendues qui sont clairement définies dans la loi d'organisation, ce qui souligne son statut d'organe formel (et pas uniquement d'organe de fait) (voir l'art. 7 de la loi-type). Ce statut vise à délimiter les compétences vis-à-vis du conseil d'administration, qui est l'organe stratégique. La séparation claire et impérative de l'activité stratégique et de l'activité opérationnelle tend à assurer la collaboration entre le conseil d'administration et la direction selon le principe du contrôle et de l'équilibre des pouvoirs (*checks and balances*; voir le rapport sur le gouvernement d'entreprise: FF 2006 7835).

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

Exemples:

Art. 5 LIFSN, art. 8 LFINMA, art. 71 P-LPTh, art. 3 P-LAC, art. 29 LSR, art. 9c AP-LCdF

Art. 5 Conseil d'administration: composition, nomination et organisation

Al. 1: le principe selon lequel le nombre d'organes, leur composition et leur collaboration doivent garantir une conduite et une surveillance efficaces et efficientes sur le plan de l'exploitation s'applique. Il faut donc définir le nombre de membres du conseil d'administration. Ce nombre devrait toujours être impair pour permettre de dégager une majorité. Les qualifications, les connaissances du secteur et l'indépendance sont les conditions requises pour être nommé au conseil d'administration (art. 4, al. 2, P-LAC). La diversité (en particulier en termes d'âge, de sexe, d'origine et de langue maternelle) garantit une valeur ajoutée. Les exigences ne devraient toutefois pas être élevées au point de mettre en péril l'éligibilité des candidats disposant des connaissances et des compétences requises. La représentation des cantons, des associations et d'autres institutions doit être considérée d'un oeil critique (conseil d'administration disproportionné, conflits d'intérêts).

Les art. 6a, al. 1, let. c, LPers et l'art. 2a de l'ordonnance sur les salaires des cadres³¹ concernent la représentation équilibrée des langues nationales. Les valeurs de référence fixées le 6 novembre 2013 par le Conseil fédéral pour la représentation des

³¹ Ordonnance du 19 décembre 2003 sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres au plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération (ordonnance sur les salaires des cadres, RS 172.220.12)

communautés linguistiques³² et le quota-cible pour la représentation des sexes³³ sont en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014. Ils s'appliquent aux organes de direction suprêmes visés à l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance sur les salaires des cadres. La représentation des communautés linguistiques et des sexes est exposée et traitée dans le rapport sur le salaire des cadres³⁴ que le Conseil fédéral établit chaque année à l'intention de la Délégation des finances des Chambres fédérales. Lorsqu'ils soumettent une proposition de nomination dans les organes de direction suprêmes, les départements doivent commenter les écarts existants par rapport aux valeurs de référence et au quota-cible.

La sélection des membres du conseil d'administration s'appuie sur le profil d'exigences du Conseil fédéral pour les membres du conseil d'administration ou du conseil d'institut des entités de la Confédération devenues autonomes (voir l'art. 8j OLOGA et le modèle de profil d'exigences³⁵; principe directeur n° 5). En vertu de l'arrêté du Conseil fédéral du 6 novembre 2013, les départements sont tenus d'intégrer les valeurs de référence pour la représentation des communautés linguistiques et le quota-cible pour la représentation des sexes dans les profils d'exigences relatifs aux entreprises et aux établissements relevant de leur domaine de compétence.

Le profil d'exigences et le résultat du contrôle de sécurité doivent être soumis au Conseil fédéral avec la proposition de nomination (concernant le contrôle de sécurité relatif aux personnes, voir notamment les art. 4, al. 1, et 12, al. 2, let. a, ainsi que l'annexe 1 OCSP³⁶).

S'appuyant sur une recommandation de la Commission de gestion (CdG) du Conseil national³⁷, le Conseil fédéral a édicté le 28 novembre 2014 des «directives sur la nomination des cadres supérieurs»³⁸ et y a défini les éléments clés nécessaires à la préparation par les départements et la Chancellerie fédérale des procédures de nomination qui relèvent de sa compétence. Ces directives sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Au même moment, l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) a été adaptée sur recommandation de la CdG. Les unités administratives décentralisées n'entrent cependant pas dans le champ d'application de ces directives du Conseil fédéral. Celui-ci étudie l'opportunité d'une réglementation similaire pour les procédures de nomination des organes de direction de ces unités. Il a chargé le Département fédéral des finances (DFF), et plus précisément l'Office fédéral du

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

33 30 % pour la représentation des deux sexes (état: 6 novembre 2013)

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

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

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

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

38 FF **2014** 9511

personnel (OFPER) et l'Administration fédérale des finances (AFF) d'examiner la question³⁹.

L'indépendance particulière que la Confédération doit accorder aux entités exécutant des tâches de surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité impose qu'elle renonce à faire siéger au conseil d'administration ou au conseil d'institut des représentants chargés juridiquement de défendre ses intérêts (principe directeur n° 9).

Al. 2: la liberté de nomination du Conseil fédéral ne doit être restreinte légalement que dans des cas justifiés. Pour éviter les conflits d'intérêts ou l'apparence de tels conflits, plusieurs lois d'organisation comportent des dispositions sur l'incompatibilité applicables à tous les membres du conseil d'administration, et en particulier à son président. Ces dispositions énoncent, par exemple, l'indépendance vis-à-vis du secteur assujéti ou l'interdiction d'exercer certains mandats officiels ou une activité économique (art. 9, al. 4, LFINMA). Exemples: les membres du conseil de l'IFSN ne sont pas autorisés à exercer une activité commerciale ni à occuper une fonction fédérale ou cantonale pouvant porter préjudice à leur indépendance (art. 6, al. 3, LIFSN). Le Conseil fédéral a édicté à cet égard une réglementation d'incompatibilité détaillée au niveau de l'ordonnance (art. 4 à 4b OIFSN⁴⁰). Le service d'attribution des sillons doit être indépendant des entreprises ferroviaires et des tiers intéressés (art. 9c, al. 2, AP-LCdF).

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

Al. 3: le Conseil fédéral nomme les membres de l'organe de direction stratégique et réglemente la fixation des honoraires (y compris les prestations annexes) et les autres conditions contractuelles (art. 6a LPers, art. 8j, al. 1, let. a, OLOGA, art. 4 et 6 de l'ordonnance sur les salaires des cadres). Il n'existe aucun droit à une reconduction du mandat. En la matière, le Conseil fédéral a toute liberté de décision. Les obstacles à une non-reconduction sont plus bas que pour une révocation, car la première ne requiert aucun juste motif; une raison valable ou objective suffit⁴¹. Il existe notamment des raisons objectives lorsque l'adéquation pour le mandat (par ex. au vu de certains liens d'intérêts), les prestations ou le comportement ne justifient plus la reconduction dans la fonction concernée. Par exemple, s'il n'y a plus de relation de confiance en vue d'une collaboration fructueuse ou si la composition du conseil d'administration n'est plus équilibrée, des raisons objectives pourront également être invoquées.

Afin de garantir l'indépendance, l'objectivité ainsi que la gestion et la surveillance adéquates de l'entreprise, la durée du mandat est limitée à quatre ans

³⁹ Rapport de la CdG-E du 6 octobre 2015 sur la «garantie de l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation de l'administration fédérale décentralisée» (FF 2016 1549). Voir également le ch. 2.3 de l'avis du Conseil fédéral du 18 décembre 2015 (FF 2016 1603).

⁴⁰ Ordonnance du 12 novembre 2008 sur l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (OIFSN); RS 732.21

⁴¹ ATF 119 Ib 99, consid. 2.a

(voir également la limitation du mandat des membres des commissions extraparlémentaires qui est énoncée à l'art. 8i, al. 1 et 2, OLOGA). En raison de ce plafonnement, le Conseil fédéral peut réduire la durée du mandat, par exemple si une réorganisation entraînant une privatisation ou une réintégration dans l'administration fédérale centrale est prévue, au lieu de devoir émettre une réserve sur le mandat de quatre ans (par ex. abrogation du mandat à la suite de la suppression de l'établissement). La durée du mandat (quatre ans au plus) peut correspondre à une législature du Conseil fédéral (art. 175 Cst.) et à la durée du mandat des membres des commissions extraparlémentaires (art. 8g, al. 1, OLOGA). Le mandat est limité à un an pour les sociétés anonymes cotées en bourse (art. 95, al. 3, Cst. et art. 3, al. 2, et 4, al. 2, ORAb⁴²). Contrairement aux sociétés ouvertes au public qui ont un vaste actionnariat, la Confédération est l'unique propriétaire de l'établissement. Elle peut donc intervenir à tout moment et révoquer si nécessaire un membre du conseil d'administration (voir le principe directeur n° 7). Un renouvellement progressif des membres du conseil d'administration présente l'avantage d'assurer un certain équilibre entre stabilité et renouveau. Cela implique toutefois une planification par le département compétent.

Révocation pour de justes motifs (principe directeur n° 7): le Conseil fédéral nomme les membres du conseil d'administration pour un mandat d'une durée maximale de quatre ans. Cette nomination et la possibilité d'une révocation pour de justes motifs à tout moment pendant le mandat dérogent aux principes du droit privé concernant la fin du mandat⁴³. L'art. 404 CO, selon lequel le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps sans que de justes motifs ne soient nécessaires, n'est pas applicable. Il y a justes motifs lorsque la poursuite des rapports de travail ne peut plus être raisonnablement exigée en vertu de la bonne foi, par exemple lorsqu'un membre du conseil d'administration ne remplit plus les conditions d'exercice du mandat ou viole gravement ses obligations, ou lorsqu'un conflit d'intérêts durable de ce membre ne peut être résolu autrement (voir également la pratique relative à l'art. 337, al. 2, CO). Eu égard à la garantie de l'accès au juge, la révocation doit pouvoir être examinée par les instances juridiques administratives fédérales. Pour ce faire, il faut compléter l'art. 33 let. b, de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF)⁴⁴, du moins tant que cette norme énumérera des cas individuels au lieu d'englober tous les établissements dans une clause générale. En vertu du principe de proportionnalité en vigueur dans le droit public, il n'est pas exclu, selon la situation, que le président du conseil

⁴² Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb); RS 221.331. Dans le cadre des valeurs de référence définies par le Conseil fédéral en décembre 2015, celui-ci devrait présenter un message d'ici à fin 2016. La révision correspondante du droit de la société anonyme mettra en œuvre les directives qui ont été inscrites dans la Constitution fédérale après l'acceptation de l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» en mars 2013. De plus, le Conseil fédéral souhaite mettre en place des valeurs de référence pour la représentation des sexes dans les grandes sociétés anonymes cotées en bourse et des prescriptions sur la transparence des entreprises qui extraient des matières premières; il entend également assouplir les dispositions en matière de création d'entreprise et de capitalisation.

⁴³ ATF 2A.312/2004 du 22 avril 2005, consid. 2.1.2

⁴⁴ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF; RS 173.32)

d'administration soit révoqué de ses fonctions présidentielles, mais puisse continuer à siéger dans cet organe.

Al. 4: selon le droit de la société anonyme, le mandat des membres du conseil d'administration est conclu avec la société anonyme même si ceux-ci sont élus par l'assemblée générale. De manière comparable, les membres du conseil d'administration de l'établissement sont nommés par le Conseil fédéral, mais sont liés à l'établissement par un contrat de droit public. Le Conseil fédéral fixe les honoraires que l'établissement verse aux membres du conseil d'administration et les autres conditions contractuelles. Il a notamment la possibilité de définir une période durant laquelle la personne concernée est libérée de l'obligation de travailler (*cooling off*; voir à ce sujet les remarques ci-après concernant l'ordonnance sur le délai de carence) ainsi que la rémunération correspondante. Les dispositions du CO concernant le mandat s'appliquent à titre supplétif en tant que droit public, dans la mesure où ce dernier (dans la loi d'organisation, à l'art. 6a LPers ou dans l'ordonnance sur les salaires des cadres, qui s'appuie sur la LPers) ne prévoit rien ou aucune prescription contraire. Cette réglementation correspond à l'interprétation et à la pratique juridique actuelles.

Si les membres du conseil d'administration ne peuvent pas exercer une autre activité lucrative ou un autre mandat en raison de leur indépendance, ils perçoivent à temps plein des honoraires qui sont soumis à l'obligation de cotisation selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) et, dès lors, aux dispositions sur la prévoyance professionnelle. Ils doivent donc faire partie du cercle des personnes assurées auprès de PUBLICA (exemples: cela s'applique aux membres du conseil d'administration de l'IFSN et en partie à ceux de la FINMA ainsi que, d'une manière comparable, aux membres du Conseil des EPF).

Le *cooling off* est un délai de carence pendant lequel les dirigeants ont interdiction, en raison de conflits d'intérêts éventuels, d'exercer une activité précise (rémunérée ou non) après avoir quitté l'établissement. D'une durée limitée, cette interdiction professionnelle constitue une atteinte au droit fondamental de la liberté économique qui est inscrit dans la Constitution (art. 27 Cst.), même si cette atteinte est atténuée en cas d'indemnisation. L'interdiction requiert donc une base légale (voir l'art. 6a, al. 2, LPers; la section 1b OLOGA; l'art. 6 de l'ordonnance sur les salaires des cadres). Dès le 6 décembre 2013, le Conseil fédéral fixait un délai de carence pour le président du conseil d'administration de la FINMA⁴⁵.

Le 25 novembre 2015, le Conseil fédéral a approuvé l'ordonnance sur le délai de carence⁴⁶. En vertu de ce texte, il peut prévoir dans sa décision de nomination un

⁴⁵ Les «Conditions requises pour exercer la fonction de membre du conseil d'administration de la FINMA» réglementent au ch. 8 le *cooling off* du président du conseil d'administration. Définies les 6 décembre 2013 et 26 mars 2014 par le Conseil fédéral, elles comprennent également des dispositions sur la rémunération des membres du conseil d'administration, sur la compatibilité du mandat avec des activités dans le domaine de surveillance de la FINMA et sur la détention de valeurs mobilières.

⁴⁶ Ordonnance du 25 novembre 2015 sur le délai de carence applicable aux cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale, aux membres des organes de direction des établissements de la Confédération et aux membres des commissions extraparlémentaires (ordonnance sur le délai de carence); RO 2015 5019

délai de carence pour les membres des conseils d'administration ou d'institut des établissements de la Confédération qui assument des fonctions de surveillance ou de réglementation s'il faut s'attendre, après leur départ du conseil, à ce que la reprise immédiate d'une activité auprès d'un employeur ou d'un mandant du domaine surveillé ou réglementé mène à un conflit d'intérêts (art. 8^{bis}, al. 1, OLOGA). Il convient d'examiner au cas par cas si un *cooling off* est opportun. Celui-ci peut être prévu pour les membres du conseil d'administration des établissements exerçant des tâches de surveillance si leur passage immédiat dans le domaine assujéti pourrait nuire à la crédibilité et, partant, à la réputation de l'autorité de surveillance en raison d'un éventuel conflit d'intérêts. De plus, il y a conflit d'intérêts notamment lorsque, d'une manière ou d'une autre, l'influence d'un membre du conseil sur des décisions ou son accès à des informations peut donner à penser qu'il n'est plus indépendant lors d'un changement auprès d'un employeur ou d'un mandant du domaine surveillé ou réglementé (art. 8^{bis}, al. 2, OLOGA). En tenant raisonnablement compte des délais de résiliation et de mise en disponibilité, le délai de carence sera de six mois au moins et de douze mois au plus (art. 8^{bis}, al. 3, en relation avec l'art. 8^e^{ter}, al. 3, OLOGA). Une indemnité peut être convenue pour le délai de carence. Selon le préjudice économique attendu dans chaque cas, elle correspond au plus à l'indemnité actuelle, déduction faite de tous les revenus, indemnités et prestations de prévoyance perçus pendant ce délai. Les indemnités pour délai de carence reçues à tort doivent être remboursées (art. 8^e^{ter}, al. 4 à 6, OLOGA). La FINMA⁴⁷, l'IFSN⁴⁸ et Swissmedic⁴⁹ disposent désormais de réglementations spécifiques sur le délai de carence.

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

La mise en œuvre de l'art. 6a LPers influe sur les principes applicables par le Conseil fédéral et sur le reporting du conseil d'administration concernant ses honoraires à l'intention du Conseil fédéral (voir les art. 1 ss de l'ordonnance sur les salaires des cadres et le rapport complémentaire, FF 2009 2323 ss). En revanche, l'ordonnance sur le personnel, qui vaut pour les employés, y compris les membres de la direction, s'appuie sur la LPers ou doit en respecter les limites et est soumise à l'approbation du Conseil fédéral (voir les art. 6, let. e, 9 et 22, al. 2, let. c, ch. 3, de la loi-type).

L'ordonnance sur les salaires des cadres comprend des prescriptions sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des établissements

⁴⁷ Art. 38a de l'ordonnance du 11 août 2008 sur le personnel FINMA (RS 956.121)

⁴⁸ Art. 6a du règlement du 17 octobre 2008 du personnel de l'IFSN (RS 732.221)

⁴⁹ Art. 34a de l'ordonnance du 28 septembre 2001 sur le personnel de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (RS 812.215.4)

(et des entreprises) de la Confédération. Alors que dans les sociétés anonymes cotées en bourse, l'assemblée générale vote chaque année le montant global des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 2, ch. 4, et art. 18 ORAb), le Conseil fédéral fixe les honoraires et les autres conditions contractuelles des membres du conseil d'administration de l'établissement en vertu de l'art. 5, al. 4, de la loi-type. L'OFPER effectue un examen préliminaire du montant proposé des honoraires et des autres conditions contractuelles en réalisant une comparaison croisée avec d'autres mandats d'administrateur. En général, les honoraires fixés par le Conseil fédéral pour les membres du conseil d'administration et les autres conditions contractuelles sont indiqués dans le mandat de droit public (sous la forme d'un contrat ou d'une confirmation). Le rapport sur le salaire des cadres constitue un reporting a posteriori. Toute modification exécutée sur cette base ne déploie donc ses effets qu'ultérieurement⁵⁰.

Les art. 394 ss CO sur le mandat⁵¹ s'appliquent à titre supplétif, en tant que droit public, au contrat entre les membres du conseil d'administration et l'établissement. En revanche, l'art. 404 CO n'est pas applicable. En l'espèce, la différence de fond par rapport au droit privé des mandats est la suivante: en raison du principe de proportionnalité inhérent au droit public (art. 5, al. 2, Cst.), les relations de mandat de droit public ne sont pas révocables à tout moment sans condition, mais uniquement pour de justes motifs (voir également le commentaire de l'al. 3).

Al. 5 (principe directeur n° 6): de manière générale, le conseil d'administration est tenu de défendre les intérêts de l'établissement, ce qui englobe ceux de la Confédération et les objectifs qu'elle poursuit avec l'établissement (voir l'art. 2 de la loi-type). Le devoir de loyauté comprend notamment le devoir de diligence, l'obligation de garder le secret, l'interdiction de concurrence, l'interdiction des opérations d'initiés et le devoir de loyauté en cas de conflits d'intérêts. Par exemple, le devoir de diligence implique de considérer la charge temporelle liée aux activités annexes (voir en particulier l'art. 11 de l'ordonnance sur les salaires des cadres et les remarques correspondantes sur l'art. 6, let. d, de la loi-type). Le conseil d'administration doit réglementer de manière générale le traitement des conflits d'intérêts et prendre les mesures requises dans des cas concrets. Le droit et l'obligation de dénoncer pour les membres de la direction et le personnel sont régis par l'art. 22a LPers (obligation de dénoncer, droit de dénoncer et protection); cette disposition (du droit du travail) ne s'applique pas aux membres du conseil d'administration. Dans le cadre du devoir de loyauté, il faut déterminer quand et comment un membre du conseil d'administration doit agir en pareil cas (par ex. annonce à l'ensemble du conseil d'administration, information de l'organe de révision ou des autorités de surveillance ou de poursuite pénale par le conseil d'administration, etc.). Les dispositions correspondantes devraient figurer dans le

⁵⁰ L'organe de révision vérifie si le rapport de rémunération prescrit aux art. 13 et 14 ORAb pour les sociétés anonymes cotées en bourse est conforme aux prescriptions légales (loi, ordonnances, statuts, etc.). S'il constate des irrégularités et que le conseil d'administration ne réagit pas, le propriétaire, c'est-à-dire l'assemblée générale, peut intervenir en refusant d'approuver le rapport de gestion et de donner décharge au conseil d'administration.

⁵¹ ATF 130 III 213: dans sa grande majorité, la doctrine estime que les membres du conseil d'administration d'une société anonyme bénéficient d'un contrat similaire à un mandat.

règlement d'organisation, mais peuvent également faire partie du mandat. En l'absence de rapport de subordination comparable à un contrat de travail, les membres du conseil d'administration n'ont pas besoin d'une protection contre le licenciement analogue à celle prévue à l'art. 22a LPers.

Al. 6: vis-à-vis du Conseil fédéral, le conseil d'administration doit veiller à ce que les liens d'intérêts conclus par ses membres après leur nomination soient compatibles avec leur fonction dans l'établissement. Il doit surveiller et évaluer ces liens en permanence: si un lien avec un groupe d'intérêts est incompatible avec le mandat et si le membre concerné refuse de s'en défaire, le conseil d'administration doit proposer au Conseil fédéral la révocation de ce membre. Cela découle en premier lieu de sa fonction ou de ses tâches, et en particulier de son obligation générale de défendre les intérêts de l'établissement. Un membre du conseil d'administration peut également être révoqué s'il s'avère qu'il n'a pas divulgué tous ses liens d'intérêts lors de sa nomination ou n'a pas communiqué les changements intervenus en la matière pendant son mandat. En vertu du pouvoir de surveillance que le Conseil fédéral exerce sur l'établissement (voir l'art. 22 de la loi-type), le département compétent doit agir en cas d'incompatibilités présumées s'il en a connaissance et demander des informations, voire proposer en dernier recours au Conseil fédéral la révocation du membre concerné. Les liens d'intérêts existants doivent être publiés dans le rapport de gestion à l'intention du Conseil fédéral et commentés par le conseil d'administration, dont les membres sont soumis à une obligation de renseigner⁵². Pour les membres des commissions extraparlimentaires (par ex. commissions décisionnelles), l'obligation de divulguer les liens d'intérêts s'applique avant la nomination (art. 57f LOGA et art. 8f OLOGA; concernant la publication, voir l'art. 8k, al. 3, OLOGA). Par ailleurs, le Conseil fédéral a proposé le 12 février 2014 d'accepter la motion Gilli de décembre 2013 (13.4040), qui demande que tous les liens d'intérêts des membres des organes de direction des établissements de la Confédération soient rendus publics. En outre, l'art. 71a P-LPTh⁵³ sur la déclaration des liens d'intérêts des membres du conseil de l'institut prescrit que ces derniers doivent communiquer au département compétent tout changement de leurs liens d'intérêts. Le conseil d'administration est également contraint de tenir un registre à jour et de publier les liens d'intérêts, sous réserve du respect du secret professionnel au sens du code pénal.

Al. 7: selon le destinataire et la situation, les obligations de garder le secret de fonction, le secret professionnel et le secret des affaires ainsi que les règles sur l'information du public seront définies dans la loi d'organisation ou dans la loi régissant les tâches et précisées le cas échéant dans le règlement d'organisation ou le mandat (voir également l'annexe 1). Les membres du conseil d'administration ne

⁵² Voir l'art. 6, al. 7, du projet de loi fédérale sur l'Agence suisse pour l'encouragement de l'innovation (loi sur Innosuisse, LASEI; [FF 2015 8709](#)) et l'art. 7, al. 8, du projet de loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (loi sur les fonds de compensation; [FF 2016 313](#))

⁵³ Modification du 18 mars 2016 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, LPTh; [RS 812.21](#); voir [FF 2016 1781](#)). Le renvoi correspond déjà à la version approuvée par le Parlement. La loi révisée devrait entrer en vigueur vers la mi-2017.

faisant pas partie du personnel de l'établissement, ils ne sont pas soumis aux dispositions de la LPers sur l'obligation de garder le secret (art. 22). C'est la raison pour laquelle une prescription comparable est insérée dans la loi d'organisation.

Exemples:

Art. 6 LIFSN, art. 9 LFINMA, art. 70, 71a, 72 et 72a P-LPTh, art. 4 et 5 P-LAC, art. 30, 30a et 34a LSR, art. 9f AP-LCdF

Art. 6 Conseil d'administration: tâches

Let. a: les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité font partie des entités de la Confédération qui sont gérées à l'aide d'objectifs stratégiques en vertu de l'art. 8, al. 5, LOGA. Ces objectifs, le reporting de l'établissement au Conseil fédéral, l'appréciation des résultats par ce dernier et son rapport au Parlement ainsi que les droits de participation du Parlement dans le cadre de la haute surveillance sont intimement liés. Le conseil d'administration doit définir au préalable les méthodes et les critères qu'il entend utiliser pour évaluer la mise en œuvre interne des objectifs stratégiques. Pour ce faire, il s'appuie sur des critères d'évaluation et des indicateurs préalablement fixés. Le Conseil fédéral dispose ainsi des informations requises pour examiner avec les mêmes critères la réalisation de ces objectifs (voir l'art. 22, al. 2, let. d, de la loi-type). Proposés par le conseil d'administration, ces derniers doivent donc être consignés de manière correspondante en vue de leur approbation par le Conseil fédéral. Voir le «Modèle⁵⁴ pour établir les objectifs stratégiques des entités de la Confédération devenues autonomes; destiné aux fournisseurs de prestations de service ayant un caractère de monopole et recommandé aux établissements chargés de la surveillance de l'économie ou de la sécurité».

Il était initialement prévu (principe directeur n° 17) que le conseil d'administration définisse les objectifs stratégiques des entités qui assument en priorité des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, et non le Conseil fédéral comme c'est le cas d'autres établissements. Dans l'intervalle, l'expérience a montré que le Conseil fédéral s'appuyait également sur la possibilité d'exercer une influence en amont pour piloter ces entités. Il doit donc approuver les objectifs stratégiques fixés par le conseil d'administration pour garantir leur efficacité (art. 9, al. 1, let. a, LFINMA; art. 70, al. 1, P-LPTh; art. 5, al. 1, let. i, P-LAC; art. 30a, let. b, LSR). Ce droit d'approbation permet au Conseil fédéral de jouer un rôle actif et d'assumer sa responsabilité politique. Il ne menace pas l'indépendance de l'établissement vis-à-vis d'influences politiques. Le Conseil fédéral peut exercer une influence au niveau stratégique, mais pas sur le plan opérationnel. Il peut refuser d'approuver les objectifs stratégiques, mais pas les modifier de son propre chef. En cas de non-approbation, le dossier est renvoyé au conseil d'administration et une solution

⁵⁴ https://www.efv.admin.ch/efv/fr/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/grundlagen.html

amiable doit être trouvée. Les entretiens avec le propriétaire servent notamment à discuter des adaptations prévues ou souhaitées des objectifs stratégiques avant toute prise de décision. Chaque année, l'AFF édicte des directives qui concernent les exigences du reporting au Conseil fédéral sur la réalisation de ces objectifs.

Les objectifs stratégiques au sens de l'art. 8, al. 5, LOGA constituent la base de la haute surveillance parlementaire⁵⁵. Grâce à ses rapports succincts, librement accessibles, sur la réalisation des objectifs stratégiques des entités de la Confédération devenues autonomes⁵⁶ et aux rapports détaillés destinés aux Commissions de surveillance, le Conseil fédéral crée les conditions permettant aux Chambres fédérales d'exercer de manière ciblée leur haute surveillance de la politique de propriétaire de la Confédération. Le cas échéant, celles-ci sont en mesure d'influer sur le pilotage et le contrôle dans le cadre des instruments parlementaires définis par la loi (art. 28 et 148, al. 3^{bis}, LParl⁵⁷; voir le rapport explicatif du 29 mars 2010 de la Commission des finances du Conseil national sur l'instrument parlementaire concernant les buts stratégiques des unités indépendantes [initiative parlementaire], dans FF 2010 3062 s.)⁵⁸.

Les objectifs stratégiques engagent le conseil d'administration des établissements, contrairement à ceux des sociétés anonymes de droit privé de la Confédération, qui sont contraignants pour cet organe non pas sur le plan juridique, mais dans les faits.

Les objectifs stratégiques englobent des directives liées à l'entreprise et aux tâches. Ils concrétisent à moyen terme la loi supérieure (qui fixe les objectifs et les tâches de l'établissement) et s'appliquent en tenant compte de la situation spécifique de l'entité devenue autonome (environnement, situation d'exploitation). Les objectifs programmatiques permettent d'exiger des positionnements précis de la politique commerciale (par ex. développement durable ou politique de base en matière de conduite et de personnel), tandis que les objectifs spécifiques sont axés sur des

⁵⁵ Graf/Theler/von Wyss, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung (voir notamment le commentaire de l'art. 28 LParl).

⁵⁶ https://www.efv.admin.ch/efv/fr/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/berichterstattung_bundesrat.html

⁵⁷ Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement, LParl; **RS 171.10**)

⁵⁸ Le Parlement peut exiger la fixation de nouveaux objectifs ou leur modification. Il existe trois formes de participation de l'Assemblée fédérale: la prise de connaissance des rapports du Conseil fédéral, les mandats à ce dernier (en général, sous la forme d'une motion, pas d'un postulat) et les décisions de principe et de planification (sous la forme d'un [simple] arrêté fédéral). Ces dernières conviennent aux mandats plus volumineux et plus complexes qui sont réalisés avec une procédure plus contraignante. La participation peut se traduire par des recommandations ou des avis émis par une commission, par exemple, lors de l'examen du rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques, de sorte que le Conseil fédéral puisse tirer des conclusions ou, le cas échéant, modifier ces objectifs. On peut également envisager des consultations (pour lesquelles il n'existe aucune base légale explicite) au cours desquelles une commission émet un avis et participe ainsi à la prise de décision du Conseil fédéral. «Participation» ne signifie pas pour autant que ce dernier doive soumettre les objectifs stratégiques à l'approbation préalable de l'Assemblée fédérale. Si le Conseil fédéral refuse des mandats ou des décisions de principe et de planification ou s'en écarte, il doit le justifier (concernant la relation entre l'art. 28, al. 4, LParl et l'art. 122, al. 3, LParl, voir les commentaires de Graf/Theler/von Wyss sur la LParl, art. 28, Cm 23).

situations définies. Dans la mesure du possible, les objectifs stratégiques s'accompagneront d'indicateurs ou de critères d'évaluation en vue d'une appréciation transparente et objective (mesurabilité). Le conseil d'administration est responsable de leur mise en œuvre dans l'entreprise.

En principe, les objectifs stratégiques sont fixés pour quatre ans. Si nécessaire, ils sont adaptés en cours de validité sur la base d'un examen annuel et du reporting. Dans les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité, cette adaptation est à nouveau réalisée par le conseil d'administration, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral.

Le Conseil fédéral publie les objectifs stratégiques des établissements dans la Feuille fédérale s'ils «déploient des effets externes considérables ou revêtent une importance générale considérable» (art. 18, let. b, OPubl⁵⁹). La publication de ces objectifs par les établissements (par ex. sur leur site Internet⁶⁰) requiert l'approbation préalable du Conseil fédéral. Les méthodes et les critères d'évaluation (indicateurs) de la mise en œuvre des objectifs stratégiques ne sont pas publiés, car ils comprennent des informations et des chiffres-clés confidentiels.

Let. b: en vertu de l'art. 4 de la loi-type, le conseil d'administration, la direction et l'organe de révision sont les organes de l'établissement. La distinction entre le conseil d'administration et la direction au niveau de la loi marque une différence par rapport à l'art. 716b CO, dont l'al. 3 précise que la gestion des sociétés anonymes est exercée conjointement par tous les membres du conseil d'administration lorsqu'elle n'a pas été déléguée⁶¹. Dans les établissements, en revanche, les niveaux stratégique (conseil d'administration) et opérationnel (direction) sont déjà séparés dans la loi (organisation dualiste). La direction de l'établissement dispose de compétences plus étendues qui sont clairement définies dans la loi d'organisation. Le conseil d'administration fixe dans le règlement d'organisation les conditions pour que la direction puisse exercer la compétence décisionnelle conférée à l'établissement (voir également l'art. 7, al. 2, let. b, de la loi-type). Sous réserve de l'art. 7, al. 2, let. e, de la loi-type, le conseil d'administration peut également indiquer dans le règlement d'organisation comment est assurée la communication et par qui (représentation de l'établissement vis-à-vis de l'extérieur).

Concernant les tâches intransmissibles, le conseil d'administration peut également confier la préparation et l'exécution de ses décisions ainsi que la surveillance de

⁵⁹ Ordonnance du 17 novembre 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (ordonnance sur les publications officielles, OPubli; **RS 170.512.11**)

⁶⁰ Exemples: objectifs stratégiques 2013-2016 de la FINMA, objectifs stratégiques 2012-2015 de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR)

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

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

Si des tâches de surveillance de l'établissement sont confiées à des tiers, la loi régis-sant les tâches doit en définir les bases légales (voir l'annexe 1).

Let. c: il s'agit des dispositions d'exécution que le conseil d'administration peut édicter en vertu soit d'une compétence correspondante figurant dans la loi d'organisation ou dans celle régissant les tâches, soit d'une sous-délégation par le Conseil fédéral (principe directeur n° 13). L'admissibilité et les conditions-cadres d'une sous-délégation doivent impérativement être respectées. Une délégation légale pour édicter des normes abstraites de portée générale ayant un effet externe n'est autorisée que dans des cas exceptionnels. La FINMA a édicté plusieurs ordonnances dans le cadre de ses compétences (par ex. OS-FINMA⁶², OBA-FINMA⁶³). Voir également l'[art. 7 LFINMA](#) sur les principes de réglementation.

Let. d: pour le bien de l'établissement (c'est-à-dire du conseil d'administration et de ses membres, de ses comités, de la direction et du reste du personnel), le conseil d'administration doit adopter toutes les mesures organisationnelles et réglementaires qui s'imposent afin d'éviter les conflits d'intérêts (par ex. dispositions dans le rè-glement d'organisation, définition de règles comportementales dans l'ordonnance sur le personnel, code de conduite, directives comportementales, etc.). Exemple: [art. 36 à 39 de l'ordonnance sur le personnel FINMA](#)⁶⁴ concernant les activités annexes, la fonction publique, le devoir de loyauté, les règles de conduite et l'interdiction de bénéficier d'avantages. Cette ordonnance s'applique aux collabora-teurs de la FINMA ainsi qu'aux membres de la direction. De plus, en vertu de son art. 38, al. 3, le conseil d'administration de la FINMA doit édicter un code de con-duite.

⁶² Ordonnance du 9 novembre 2005 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (ordonnance de la FINMA sur la surveillance des assurances, OS-FINMA; [RS 961.011.1](#))

⁶³ Ordonnance du 8 décembre 2010 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (or-donnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA; [RS 955.033.0](#))

⁶⁴ Ordonnance du 11 août 2008 sur le personnel de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ordonnance sur le personnel FINMA; [RS 956.121](#))

Dans les domaines particulièrement sensibles sur le plan politique, une ordonnance peut réglementer la prévention des conflits d'intérêts pour les membres du conseil d'administration (par ex. art. 4 à 4b OIFSN⁶⁵). Concernant un éventuel *cooling off*, voir le commentaire de l'art. 5, al. 4, de la loi-type.

En réponse au postulat Recordon 12.3114 du 8 mars 2012 («Droit fédéral. Conflits d'intérêts et solutions»), le Conseil fédéral a conclu dans son rapport du 28 novembre 2014⁶⁷ au bon niveau du droit fédéral en vigueur dans le domaine de la prévention des conflits d'intérêts. Il a confirmé la politique mise en place dans les «rapports sur le gouvernement d'entreprise», qui consiste à accorder une attention particulière aux dispositions du droit d'organisation et du droit du personnel visant à empêcher les conflits d'intérêts. De même, il a préconisé de maintenir l'approche pragmatique selon laquelle les adaptations du droit en vigueur à la pratique en matière de gouvernement d'entreprise (principes directeurs notamment) ne sont pas examinées ou réalisées tout de suite, mais uniquement dans le cadre d'une révision totale des bases légales régissant l'organisation des entités concernées. De plus, le Conseil fédéral entend, sur la base de mandats ou de nouveaux actes législatifs, vérifier ponctuellement les réglementations existantes et proposer au besoin des adaptations au législateur. Le quatrième cycle d'évaluation lancé par le «Groupe d'États contre la Corruption» (GRECO) fournira l'occasion d'examiner en 2016 les réglementations suisses dans le domaine des conflits d'intérêts et de la prévention de la corruption. Si des enquêtes devaient révéler des lacunes juridiques ou des points faibles liés à des cas problématiques, le Conseil fédéral prendra les mesures nécessaires. L'information, la formation et la sensibilisation continues du personnel jouent un rôle tout aussi important que la promulgation de réglementations juridiques. Ces mesures renforcent le sens des responsabilités de tout un chacun et contribuent ainsi sensiblement à la culture souhaitée dans l'administration.

Dans le droit en vigueur de la société anonyme, la récusation porte uniquement sur les décisions du conseil d'administration concernant des mesures destinées à défendre les intérêts de la société. Une formulation plus ouverte a été retenue ici: il est judicieux que la récusation ne soit requise, selon les circonstances, que lors de la prise de décision sur un point de l'ordre du jour, mais que la participation aux discussions puisse être souhaitée pour pouvoir par exemple bénéficier des connaissances des personnes concernées.

Le devoir d'information des membres du conseil d'administration et de la direction en cas de conflit d'intérêts concret fait impérativement partie intégrante de la règle-

⁶⁵ Ordonnance du 12 novembre 2008 sur l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (OIFSN; RS **732.21**)

⁶⁶ OECD Multilingual Summaries, Government at a Glance 2013 (panorama des administrations publiques 2013): la divulgation des relations patrimoniales et des intérêts privés des décideurs reste un instrument important dans la prévention des conflits d'intérêts. Dans presque tous les pays, les décideurs sont tenus de communiquer leurs valeurs patrimoniales et leurs sources de revenus. La publication des rapports de travail et des engagements précédents n'est donc nécessaire que dans quelques pays. Concernant les établissements de la Confédération, il faut prévoir des règles de conduite, notamment sur les activités accessoires, les fonctions publiques et la détention de valeurs mobilières.

⁶⁷ FF **2015** 1193

mentation dans ce domaine. Ainsi, les membres du conseil d'administration doivent informer le président de tout conflit d'intérêts, sans retard et de manière complète. Si le président se trouve lui-même dans une situation de conflit d'intérêts, il doit en informer le vice-président. Le règlement d'organisation précise si l'information est transmise à l'ensemble du conseil d'administration dans tous les cas ou uniquement dans des cas précis. La personne qui reçoit l'information doit prendre les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de l'établissement (voir la réglementation proposée à l'art. 717a AP-CO⁶⁸).

S'appuyant sur l'art. 6a, al. 3, LPers, le Conseil fédéral a réglementé à l'art. 11 de l'ordonnance sur les salaires des cadres les activités accessoires des cadres du plus haut niveau hiérarchique des entreprises et des établissements de la Confédération, y compris l'obligation de remettre les revenus en découlant. Tout cadre du plus haut niveau hiérarchique est tenu d'annoncer à l'instance supérieure qu'il a accepté d'exercer une activité accessoire rétribuée. Lorsque cette dernière risque de compromettre les prestations du cadre ou de conduire à des conflits d'intérêts, il faut examiner si le Conseil fédéral doit donner son accord. De plus, conformément à la décision du 19 décembre 2003 du Conseil fédéral, les membres des plus hauts organes dirigeants doivent faire part de manière exhaustive dans le rapport de gestion ou dans un même organe d'information de leur appartenance à des organes analogues dans d'autres entreprises ou d'autres établissements de droit public ou privé⁶⁹. Voir expressément l'art. 5, al. 6, de la loi-type.

Let. e à g (personnel et caisse de pensions): avant l'adoption du rapport complémentaire sur le gouvernement d'entreprise par le Conseil fédéral, les entités de la Confédération devenues autonomes présentaient des solutions particulières extrêmement diverses en matière de droit du personnel, qui conduisaient à un fractionnement de la législation sur le personnel de la Confédération. Les principes directeurs supplémentaires clarifient la situation, car ils créent des critères permettant de déterminer quand la LPers s'applique et quand une solution basée sur le CO est possible. Le personnel des entités devenues autonomes qui fournissent de façon prépondérante des prestations sur le marché a un statut de droit privé. Le personnel des entités devenues autonomes qui assument des tâches de surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité ou qui fournissent des prestations à caractère monopolistique a un statut de droit public dans le cadre de la LPers (principe directeur n° 29 et art. 9 de la loi-type)⁷⁰. À l'avenir, le statut du personnel et celui de la caisse de pensions relèveront du même domaine juridique (droit public ou droit privé). Le statut de la caisse de pensions des entités qui exercent une surveillance dans le

⁶⁸ Avant-projet de modification du code des obligations (droit de la société anonyme) et rapport explicatif (projet du 28 novembre 2014 mis en consultation)

⁶⁹ Décision du 19 décembre 2003 du Conseil fédéral (à l'annexe 3 du rapport sur le salaire des cadres; transparence des affiliations; <http://www.epa.admin.ch>Documentation>Faits et chiffres>Rapports, Rémunération, Rapport sur le salaire des cadres>)

⁷⁰ Cette classification souhaitée par le Conseil fédéral sera mise en œuvre de manière pragmatique dans les entités existantes. Le statut du personnel et sa modification éventuelle ne seront examinés que dans le cadre d'une révision totale des bases légales portant sur l'organisation.

domaine de l'économie ou de la sécurité dépend donc du droit public dans le cadre de la LPers (voir l'art. 10 de la loi-type).

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

Le personnel et les bénéficiaires de rentes correspondants sont assurés auprès de PUBLICA dans une caisse de prévoyance propre, dans la Caisse de prévoyance (commune) de la Confédération ou dans une caisse de prévoyance commune constituée avec une ou plusieurs autres unités administratives décentralisées. Dans tous les cas, un établissement doté de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre⁷¹ est considéré comme un employeur au sens du droit de la prévoyance (art. 32b, al. 2, LPers). Si l'établissement est affilié à la Caisse de prévoyance de la Confédération, le conseil d'administration le représente en tant que partie au contrat (art. 32d, al. 2, 2^e phrase, LPers).

Conformément à l'art. 32e, al. 3, LPers, le Conseil fédéral règle dans une ordonnance le mode de nomination des organes paritaires des caisses de prévoyance. Il peut déléguer cette compétence aux employeurs ne faisant pas partie de la Caisse de prévoyance de la Confédération. Concernant les écoles polytechniques fédérales (EPF), PUBLICA et le Musée national suisse (MNS), le Conseil fédéral avait chargé dans l'ordonnance-cadre LPers⁷² l'organe de direction suprême de ces entités de définir la compétence, la composition et la procédure d'élection de l'organe paritaire de leur caisse de prévoyance (art. 2, 2a et 2b de l'ordonnance-cadre LPers). Dans d'autres cas, l'ordonnance sur le personnel comprend une réglementation mandatant l'établissement (par ex. art. 10a de l'ordonnance sur le statut du personnel de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle [OPeI-IPi]). Depuis l'adoption de l'art. 32e, al. 3, LPers, la compétence de réglementation a toujours été déléguée. L'art. 6, let. g, de la loi-type transmet désormais dans la loi d'organisation la responsabilité de la réglementation au conseil d'administration de l'établissement. La promulgation de cette réglementation n'est pas nécessaire en cas d'affiliation à une caisse de prévoyance existante, car celle-ci dispose déjà d'un organe paritaire, dont la composition doit cependant représenter équitablement le personnel des différents employeurs (art. 51, al. 2, let. b, et al. 3, LPP⁷³).

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

⁷¹ Voir Institut suisse de droit comparé (ISDC), projet mis en consultation de révision totale de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé (LISDC): l'ISDC conserve certes le statut d'établissement, mais il n'a toujours pas de comptabilité propre. Il ne sera donc pas considéré comme un employeur au sens de la LPers (art. 32d, al. 2, LPers a contrario).

⁷² Ordonnance-cadre du 20 décembre 2000 relative à la loi sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.11)

⁷³ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40)

Les commentaires figurant dans le message devraient préciser que l'organe paritaire doit approuver le contrat d'affiliation (voir l'[art. 32c, al. 3, LPers](#) et l'[art. 9, al. 2, LPUBLICA](#)⁷⁴). Est réservé un éventuel ordre de regroupement du Conseil fédéral qui relèverait d'une loi spéciale dérogeant à l'[art. 11, al. 2, LPP](#) (modification prévue de l'[art. 32d LPers](#)⁷⁵).

Concernant les conditions d'engagement et l'approbation de l'ordonnance sur le personnel par le Conseil fédéral, il est renvoyé au commentaire de l'art. 9 de la loi-type. Pour ce qui est de la réglementation de la prévoyance professionnelle ainsi que de l'approbation du contrat d'affiliation ([art. 32c, al. 3, 2^e phrase, LPers](#)) et de toutes ses modifications ayant des répercussions financières ([art. 32c, al. 4, LPers](#)) par le Conseil fédéral, voir également le commentaire de l'art. 10 de la loi-type.

Les dispositions sur les émoluments ne sont pas soumises à l'approbation du Conseil fédéral: contrairement aux entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique, elles sont fixées directement par le Conseil fédéral, et non uniquement approuvées par lui, pour les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité (voir l'art. 12 de la loi-type).

Let. h et i: d'après le principe directeur n° 4, la nomination et la révocation de la direction des entités fournissant des prestations à caractère monopolistique nécessiteraient l'approbation du Conseil fédéral. Cette dernière ne serait en revanche pas requise pour les entités accomplissant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. Les lois d'organisation les plus récentes appliquent cependant dans les deux cas la solution suivante, qui diverge de ce principe directeur: la conclusion et la résiliation des rapports de travail du directeur sont soumises à l'approbation du Conseil fédéral⁷⁶. Le rôle central et la responsabilité de cette fonction (en particulier, prise de décision et représentation de l'établissement vis-à-vis de l'extérieur, voir l'art. 7, al. 2, let. b et e) justifie que le Conseil fédéral dispose également d'un instrument de surveillance pour les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité. La révocation d'un directeur qui ne convient pas au conseil d'administration et la nomination d'un nouveau directeur par le seul conseil d'administration n'est dès lors pas possible. En revanche, les modifications contractuelles relèvent de la compétence exclusive du conseil d'administration. On peut renoncer en l'espèce à la réserve d'approbation du Conseil fédéral, car l'ordonnance sur le personnel, qui est approuvée par le Conseil fédéral (art. 6, let. e, et art. 9 de la loi-type), et l'ordonnance sur les salaires des cadres, qui est édictée par le Conseil fédéral, fixent un cadre suffisant pour les modifications contractuelles, notamment en définissant le salaire maximum du directeur dans l'ordonnance sur le personnel.

⁷⁴ Loi fédérale du 20 décembre 2006 régissant la Caisse fédérale de pensions (loi relative à PUBLICA, LPUBLICA; [RS 172.222.1](#))

⁷⁵ [FF 2016 271](#) (message) et [FF 2016 313 323 s.](#) (projet de loi)

⁷⁶ L'[art. 9 LIFM \(RS 941.27\)](#) comprend une réglementation divergente, puisque le Conseil fédéral décide à la place du conseil de l'institut de la conclusion, de la modification et de la résiliation des rapports de travail du directeur. Cette différence tient principalement au fait que l'Institut assume des fonctions de surveillance vis-à-vis des cantons.

Let. j: la surveillance de la direction comprend également un droit d'instruction et d'évocation, qui porte aussi sur la promulgation des décisions: dans le règlement d'organisation, le conseil d'administration définit les compétences qu'il entend assumer lui-même en matière de décisions et les cas ou compétences qu'il délègue à la direction (art. 7, al. 2, let. b, de la loi-type).

Let. k: le Conseil fédéral a fixé les bases de la politique de gestion des risques de la Confédération dans son arrêté du 19 janvier 2005. Depuis, toutes les entreprises de la Confédération sont tenues de veiller à une gestion adéquate des risques. Cela implique non seulement d'évaluer ces derniers, mais également d'en définir la gestion. Les autres directives à ce sujet doivent figurer dans les objectifs stratégiques. Concernant le système de contrôle interne (SCI), voir l'[art. 728a, al. 1, ch. 3, CO](#) (toutefois, uniquement pour la réglementation de l'examen du SCI par l'organe de révision). L'objet du SCI est précisé dans le Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise 2016 (ch. 20). Vis-à-vis des entités devenues autonomes, la Confédération ne doit assumer des responsabilités et accorder des garanties, cautionnements et engagements conditionnels spécifiques aux entreprises que dans des cas exceptionnels. Dans ces cas, elle définira des exigences strictes quant à la gestion des risques et recensera, évaluera et signalera systématiquement les risques en matière de responsabilité (principe directeur n° 12).

Les indications du rapport sur la gestion des risques sont contrôlées par l'organe de révision (voir le commentaire de l'art. 8, al. 3, de la loi-type).

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

Let. l: les directives que le conseil d'administration doit respecter pour constituer et utiliser les réserves découlent des normes comptables reconnues et applicables, des dispositions de la loi d'organisation concernant la constitution de réserves (voir l'art. 16 de la loi-type) et des décisions du Conseil fédéral. L'établissement des comptes n'étant pas assujéti aux règles du CO, la constitution de réserves latentes n'est pas admise. Les réserves (apparentes) ne peuvent être constituées que dans la

mesure où la norme comptable reconnue le prévoit. Sinon, la possibilité de constituer des réserves requiert une base légale (voir l'art. 16 de la loi-type). La décision du conseil d'administration de constituer et d'utiliser des réserves (légales) nécessite l'autorisation du Conseil fédéral. Celui-ci prend sa décision dans le cadre de l'approbation des comptes et de l'affectation du bénéfice ou du rapport de gestion de l'établissement et de l'éventuelle décharge au conseil d'administration (voir la let. n).

Let. m: les indemnités éventuelles sont réglementées à l'art. 13 de la loi-type.

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

Les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité n'ont pas de but lucratif (voir l'art. 9c, al. 1, AP-LCdF) ou ne doivent pas exercer d'activités commerciales. Lors de la fixation des émoluments, un excédent de recettes peut être prévu s'il sert à constituer d'éventuelles réserves (voir l'art. 6, let. l, de la loi-type).

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

Exemples:

Art. 6 LIFSN, art. 9 LFINMA, art. 70, 71a, 72 et 72a P-LPTh, art. 4 et 5 P-LAC, art. 30, 30a et 34a LSR, art. 9f AP-LCdF

Art. 7 Direction

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

Le conseil d'administration est chargé de la mise en œuvre interne des objectifs stratégiques (art. 6, let. a, de la loi-type). La direction doit axer la gestion sur ces objectifs.

Le devoir de loyauté des membres de la direction, leur obligation de défendre les intérêts de l'établissement ainsi que les droits et obligations de dénoncer (*whistle-blowing*) sont régis par la LPers, l'ordonnance sur le personnel, les règles internes à l'entreprise (par ex. règlement du personnel ou règlement d'organisation) et le contrat de travail. De plus, l'[art. 11 de l'ordonnance sur les salaires des cadres](#) comprend une réglementation concernant les activités accessoires des membres de la direction. Par ailleurs, l'[art. 23 LPers](#) prévoit également pour le reste du personnel

que les dispositions d'exécution relatives aux activités accessoires peuvent subordonner à une autorisation l'exercice d'activités et de charges publiques déterminées dans la mesure où elles risquent de compromettre l'exécution des tâches publiques.

Les conditions-cadres relatives à la fixation d'un *cooling off* pour les membres de la direction requièrent une base légale. Elles devraient être ancrées dans des actes spéciaux pour la direction opérationnelle des entités devenues autonomes de la Confédération qui assument des tâches de surveillance ou de réglementation. Il convient d'examiner au cas par cas l'opportunité d'un *cooling off* pour les membres de la direction. En principe, des conditions-cadres similaires à celles des membres du conseil d'administration s'appliquent (voir le commentaire de l'art. 5, al. 4, de la loi-type). Exemples: l'art. 6a du règlement du personnel de l'IFSN réglemente le délai de carence pour le directeur et les autres collaborateurs de l'IFSN. À la FINMA, un *cooling off* pendant le délai de résiliation correspond à une mise en disponibilité rémunérée. Pour permettre une transmission ordonnée des dossiers avant le début du *cooling off* de six mois, les délais de résiliation des personnes occupant des fonctions clés (membres de la direction et autres responsables de conduite ou cadres spécialisés de haut niveau) ont été rallongés de manière appropriée (art. 9 de l'ordonnance sur le personnel FINMA). De plus, les collaborateurs qui quittent la FINMA pour un assujetti doivent informer celle-ci à la conclusion du contrat. Elle examine alors l'opportunité de mesures visant à éviter les conflits d'intérêts (par ex. *cooling off*, transfert ou récusation). S'il est nécessaire pour prévenir les conflits d'intérêts, un délai de carence non rémunéré peut être convenu en plus du *cooling off* (art. 38a de l'ordonnance sur le personnel FINMA).

Al. 2, let. b: sont réservés les droits de décision et de participation du conseil d'administration. Les dispositions correspondantes doivent faire partie du règlement d'organisation (voir le commentaire de l'art. 6, let. b, de la loi-type). Le conseil d'administration peut ainsi prévoir que la direction lui soumette certaines décisions pour approbation finale (notamment celles qui ont une portée particulière).

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

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

Exemples:

Art. 7 LIFSN, art. 10 LFINMA, art. 73 P-LPTh, art. 7 L-LAC, art. 31 LSR, art. 9g AP-LCdF

Art. 8 Organe de révision

Al. 1: lorsque le Contrôle fédéral des finances (CDF) est impérativement l'organe de révision (externe) compétent, le Conseil fédéral n'a aucune compétence pour nommer ou révoquer cet organe. Il faudrait alors préciser dans la loi d'organisation (al. 1) que le CDF est l'organe de révision externe. Cela s'applique notamment à la FINMA et à l'ASR, car les sociétés de révision privées font partie des assujettis de ces établissements.

Il ne faut pas confondre la fonction et les tâches de l'organe de révision externe avec les compétences du CDF en qualité d'organe suprême de surveillance financière de la Confédération. Il s'agit, dans le premier cas, de la révision des comptes annuels selon les principes du droit de la société anonyme et, dans le second cas, de la surveillance financière (incluant le contrôle de rentabilité) selon la loi sur le Contrôle des finances (art. 5 et 6 LCF). Les entités qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité sont soumises à la surveillance financière du CDF uniquement si cela relève de la haute surveillance par l'Assemblée fédérale (voir l'art. 8, al. 2, LCF). On tient ainsi compte de l'autonomie de ces entités dans l'accomplissement de leurs tâches ainsi que de leur indépendance matérielle.

Une révocation avec effet immédiat est possible à tout moment sans que de justes motifs ne doivent être invoqués, car on part du principe qu'il existe un mandat de droit privé (voir le principe directeur n° 7 et l'art. 730a, al. 4, CO).

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

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

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

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

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

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

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

D'après le nouveau droit comptable, le reporting sur la réalisation d'une évaluation des risques ne figure plus systématiquement dans l'annexe révisée des comptes annuels comme dans l'ancien droit (art. 663b, ch. 12, ancien CO⁷⁷), mais dans le rapport annuel qui n'est plus révisé ([art. 961c, al. 2, ch. 2, CO](#)). Les services propriétaires de la Confédération ne sont pas en mesure de procéder aux vérifications correspondantes. En dérogation aux dispositions du code des obligations, il faut donc indiquer explicitement que l'organe de révision doit contrôler l'exécution d'une gestion des risques appropriée à l'établissement (voir l'art. 6, let. k, de la loi-type) et en rendre compte. La vérification par l'organe de révision des déclarations figurant dans le rapport annuel permet de s'assurer que l'établissement a respecté les prescriptions légales à ce sujet, les normes comptables reconnues et les objectifs stratégiques. Conformément à l'ancienne pratique d'audit concernant l'évaluation des risques, l'organe de révision vérifie également si le conseil d'administration a étudié les risques sur le fond et les a appréciés. Il ne contrôle pas lui-même le contenu des risques.

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

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

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

Exemples:

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

Art. 8 LIFSN, art. 12 LFINMA, art. 74 P-LPTh, art. 8 P-LAC, art. 32 LSR, art. 9h AP-LCdF

Section 4 Personnel

Art. 9 Conditions d'engagement

Al. 1: les entités devenues autonomes qui assument des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité doivent prévoir dans la loi d'organisation un statut du personnel de droit public dans le cadre de la LPers (rapport complémentaire: [FF 2009 2331](#); principe directeur n° 29). Compte tenu de l'assujettissement des membres de la direction et du reste du personnel à la LPers, ses prescriptions concernant notamment l'obligation de garder le secret ([art. 22 LPers](#)) et de dénoncer ([art. 22a LPers](#)) sont valables. Dans la mesure où le CO s'applique par analogie en vertu de l'[art. 6, al. 2, LPers](#), les employeurs peuvent déroger aux dispositions non impératives et impératives du CO, mais dans ce dernier cas uniquement en faveur du personnel ([art. 361 et 362 CO](#); [art. 37, al. 4, LPers](#)).

Al. 2 et 3: l'établissement a le même statut que tout employeur auquel le Conseil fédéral a délégué les compétences d'employeur visées à l'[art. 3, al. 2, LPers](#) et qui, en vertu de l'[art. 37, al. 3^{bis}, LPers](#), peut édicter des dispositions d'exécution sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral (voir l'[art. 6, let. e](#), de la loi-type). Cet élément doit être indiqué dans le message.

Si le législateur ([art. 3, al. 2](#), et [37, al. 3 et 3^{bis}, LPers](#)) ou le Conseil fédéral en sa qualité d'employeur ([art. 3, al. 1, let. a, LPers](#)) ont délégué des compétences de

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

Le Conseil fédéral a exercé les compétences de réglementation que lui a conférées la LPers en dehors de sa qualité d'employeur en édictant l'ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération (ordonnance-cadre LPers). La LPers et l'ordonnance-cadre LPers sont contraignantes pour les établissements. Dans le cadre fixé par ces deux actes législatifs, le conseil d'administration a le droit d'édicter ses propres dispositions d'exécution pour son personnel (art. 37, al. 3^{bis}, LPers). Dans l'ordonnance sur le personnel, il peut également se contenter de définir la réglementation minimale requise et, au demeurant, de déclarer que les dispositions d'exécution du droit sur le personnel de la Confédération (par ex. dispositions de l'OPers, de l'O-OPers⁷⁸ et de l'OPDC⁷⁹) sont applicables par analogie. Fait partie de la réglementation minimale une prescription concernant les cas dans lesquels les dispositions d'exécution du droit sur le personnel de la Confédération justifient les compétences du DFF ou du département.

Le conseil d'administration doit soumettre à l'approbation du Conseil fédéral l'ordonnance sur le personnel qu'il a édictée (art. 6, let. e, de la loi-type; art. 37, al. 3^{bis}, LPers). Le Conseil fédéral ne peut pas la modifier pendant la procédure d'approbation, mais uniquement la refuser en bloc et la renvoyer au conseil d'administration pour modification. L'approbation a donc un caractère constitutif. Grâce à cette compétence, le Conseil fédéral peut influencer sur la politique de l'établissement en matière de personnel et de finances. Les charges de personnel de l'établissement constituent l'un de ses principaux postes de dépenses (voir également le rapport complémentaire: FF 2009 2334 s.; principe directeur n° 30). Exemple: ordonnance de METAS relative à son personnel (OPers-METAS⁸⁰). Voir au demeurant le commentaire de l'art. 6, let. e, et de l'art. 24 de la loi-type concernant le droit transitoire.

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

⁷⁸ Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers; RS 172.220.111.31)

⁷⁹ Ordonnance du 26 octobre 2011 concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération (OPDC; RS 172.220.111.4)

⁸⁰ Ordonnance de METAS du 24 octobre 2012 relative à son personnel (OPers-METAS; RS 941.273)

Exemples:

Art. 9 LIFSN, art. 13 LFINMA, art. 75 P-LPTh, art. 9 P-LAC, art. 9i AP-LCdf

Art. 10 Caisse de pensions

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

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

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

En vertu du droit en vigueur, PUBLICA peut également, avec l'assentiment du Conseil fédéral, ordonner le regroupement d'unités administratives décentralisées au sein d'une caisse de prévoyance commune (art. 7 et 11, al. 2, let. g, LPUBLICA; art. 32d, al. 1, LPers). Adopté par le Conseil fédéral le 18 décembre 2015, le message relatif à la loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (loi sur les fonds de compensation) propose une modification de la LPers⁸¹. Désormais, le Conseil fédéral doit pouvoir lui aussi prescrire le regroupement de plusieurs employeurs dans

⁸¹ FF 2016 271 (message) et FF 2016 313 323 s. (projet de loi)

une caisse de prévoyance commune ou approuver une demande d'affiliation à la Caisse de prévoyance de la Confédération, notamment si la taille, la structure ou les tâches d'un employeur l'exigent en vertu de considérations actuarielles ou dans l'optique de la prévoyance (art. 32d, al. 1, 3^e phrase, al. 2, 2^e et 3^e phrases, et al. 2^{bis}, de la modification proposée de la LPers). Par exemple, les petites caisses de prévoyance ont une capacité de risque moindre, des frais administratifs peu avantageux et davantage de difficultés à respecter la fourchette des cotisations patronales au sens de l'art. 32g LPers. En plus de la taille, il faut prendre en considération dans les critères la proximité de l'unité administrative décentralisée avec l'exercice de fonctions ministérielles et l'intensité de ces dernières.

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

L'employeur doit transférer ses bénéficiaires de rentes dans la nouvelle caisse de prévoyance. Même s'ils restent dans la Caisse de prévoyance de la Confédération, ses bénéficiaires de rentes existants sont pris en compte. PUBLICA envoie une facture distincte aux employeurs affiliés à la caisse de prévoyance commune. On évite ainsi que le nouvel établissement ne fasse peser sur la Confédération et les autres assurés maintenus dans la Caisse de prévoyance de la Confédération ses engagements de prévoyance professionnelle envers les bénéficiaires de rentes imputables à son organisation précédente. Ce principe déjà défini dans la LPers (voir l'art. 32f LPers) doit être concrétisé dans les dispositions transitoires de la loi d'organisation concernant l'entité (voir l'art. 25 de la loi-type).

En qualité d'unités administratives décentralisées, les établissements qui exercent des tâches de surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité sont impérativement affiliés à PUBLICA (voir les art. 32a et 32b LPers, art. 4, al. 1, LPUBLICA). Contrairement à ce que prévoyaient les réglementations précédentes, ils ne peuvent pas quitter PUBLICA. La possibilité pour un établissement de s'affilier à une autre institution de prévoyance avec l'accord du Conseil fédéral a été

supprimée dans le cadre de la modification de la LPers du 14 décembre 2012⁸² (voir l'[art. 32a, al. 2, LPers](#)). Les établissements relèvent d'une institution de prévoyance propre à la Confédération en raison de leurs tâches de surveillance. Ces employeurs sont pilotés par le Conseil fédéral non seulement en matière de politique du personnel, mais également en ce qui concerne leurs engagements de prévoyance (art. 6, let. f, de la loi-type). En approuvant le contrat d'affiliation ([art. 32e, al. 3, LPers](#); principe directeur n° 36), le Conseil fédéral peut piloter directement l'entité dans le domaine de la prévoyance professionnelle. On garantit ainsi, notamment, que les engagements financiers inhérents à un changement ne sont pas supportés directement ou indirectement par la Confédération. De plus, il convient d'éviter que les émoluments et les redevances des assujettis ne servent à financer des solutions de prévoyance inappropriées de l'établissement.

L'employeur ne jouit pas d'une marge de manœuvre illimitée dans l'élaboration des contrats d'affiliation. Leurs modifications requièrent l'approbation du Conseil fédéral si elles ont des répercussions financières pour l'employeur, pour les employés, pour les bénéficiaires de rentes ou pour la caisse de prévoyance ([art. 32c, al. 4, LPers](#)). Dans son message, le Conseil fédéral écrit à ce sujet: «Malgré l'assouplissement proposé, le Conseil fédéral continuera donc de veiller, avant de donner son approbation, à ce que les dérogations au principe de la parité ne conduisent pas à une augmentation considérable des coûts et s'assurera que les unités administratives décentralisées suivent une ligne semblable à celle du Conseil fédéral dans la définition de leur prévoyance professionnelle» (FF 2011 6190). Outil central, la réserve d'approbation constitue la pierre angulaire du pilotage des établissements en tant qu'employeurs⁸³ par le Conseil fédéral en matière de prévoyance professionnelle. Lors de l'application concrète, il convient d'évaluer si la fourchette des cotisations définie à l'[art. 32g LPers](#) est respectée. De plus, le Conseil fédéral examine si la modification du règlement de prévoyance et les ressources prévues à cet effet suivent la ligne qu'il s'est fixée pour son personnel en matière de ressources humaines et de prévoyance professionnelle. À cet égard, chaque caisse de prévoyance bénéficie d'une certaine marge d'appréciation. Si la tâche ou la structure du personnel le requièrent, les contrats d'affiliation et, partant, les règlements de prévoyance peuvent diverger de ceux du personnel de l'administration fédérale (voir également le message concernant la Caisse fédérale de pensions [FF 2005 5514] et le rapport complémentaire sur le gouvernement d'entreprise [FF 2009 2361]). L'examen vise à s'assurer que les unités administratives décentralisées suivent, grâce à ces conditions-cadres, une ligne appropriée dans leur régime de prévoyance professionnelle. Les critères ne peuvent pas être définis de manière générale, car ils dépendent du type de modification et de la structure de l'employeur ou de la caisse de prévoyance. Par exemple, des critères différents sont requis selon l'employeur pour évaluer l'équité intergénérationnelle ou la répartition de la charge liée aux cotisations entre l'employeur et les collaborateurs. Si, face à un événement précis (par ex. la baisse du taux d'intérêt technique), le Conseil fédéral envisage d'édicter des recommandations

⁸² RO 2013 1493; FF 2011 6171

⁸³ N.B.: PUBLICA n'est pas pilotée par le Conseil fédéral en tant que caisse de pensions.

de mise en œuvre valables pour tous les employeurs afin que leurs politiques de prévoyance suivent une ligne identique, il les formulera concrètement.

Exemples:

Art. 10 LIFSN, art. 13 LFINMA, art. 76 LPTh, art. 10 P-LAC, art. 33a LSR, art. 9j AP-LCdF

Section 5 Financement et budget

Art. 11 Financement

Remarques générales sur les art. 11 à 13: la plupart des lois d'organisation des entités devenues autonomes indiquent aujourd'hui que celles-ci se financent dans l'ensemble grâce à des émoluments et à des indemnités⁸⁴. La question du financement d'une tâche précise après son externalisation reste donc entière: cette tâche doit-elle être financée exclusivement par des émoluments ou peut-elle également bénéficier d'indemnités de la Confédération? C'est la raison pour laquelle la loi d'organisation ne réglementera plus à l'avenir le financement général de l'entité proprement dite, mais celui des différentes tâches (ou des domaines de tâches). Cette définition des tâches et de leur financement contribue à améliorer la réalité des coûts, tout en augmentant la transparence sur les principaux flux de trésorerie. Cela permet d'éviter les financements croisés entre plusieurs domaines de surveillance, les subventions croisées et les doubles financements (qui sont interdits). La comptabilité doit être organisée de manière à garantir effectivement la transparence recherchée (voir l'art. 15 de la loi-type). Lors du financement de l'établissement, l'utilisation des ressources en fonction des tâches (ressources différenciées selon leur provenance) est fixée dans le cadre de l'approbation des objectifs stratégiques (voir la formulation explicite de l'art. 77, al. 3, P-LPTh).

Al. 1: dans la mesure du possible, les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité se financent auprès des assujettis par l'intermédiaire d'émoluments, voire de taxes de surveillance (voir à ce sujet l'annexe 1). Concernant les indemnités de la Confédération pour les tâches confiées par le Conseil fédéral, voir l'art. 3, al. 3, en relation avec l'art. 13 de la loi-type. L'art. 11, al. 1, let. b, et l'annexe 1 de la loi-type portent sur les indemnités éventuelles de la Confédération pour les tâches confiées en vertu de la loi d'organisation. Un financement grâce à des fonds de tiers n'est pas prévu en raison des tâches souveraines qu'accomplissent les établissements exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité. Ces fonds de tiers pourraient affecter l'indépendance d'un établissement ou, du moins, donner une impression de partialité.

⁸⁴ Le cas échéant, directement grâce à une taxe, comme dans le cas de la Régie fédérale des alcools

Al. 2: le versement de ce type de recettes à la Confédération vise à empêcher les incitations inopportunes. Il se justifie en particulier lorsque l'établissement (autorité de la concurrence, par ex.) est financé par des indemnités de la Confédération. Cette obligation de versement implique que l'établissement, et non une autre autorité de poursuite pénale, soit compétent pour prendre les mesures concernées. Exemples: la FINMA peut confisquer le gain acquis par un assujetti ou une personne qui exerce une fonction dirigeante en violant gravement le droit de la surveillance. En vertu de l'art. 35, al. 6, LFINMA, les valeurs patrimoniales confisquées sont dévolues à la Confédération, pour autant qu'elles ne reviennent pas aux personnes lésées. Voir également l'obligation de versement énoncée à l'art. 77, al. 4, P-LPTh pour les amendes et le produit des autres pénalités pécuniaires fixées par Swissmedic. Il était également prévu de reverser à la Confédération les amendes et le produit des autres pénalités financières infligées par l'autorité de la concurrence aux entreprises violant la loi sur les cartels (art. 11, al. 2, P-LAC). L'établissement exécute les recouvrements et les autres sanctions financières et en reverse le produit à la Confédération.

Exemples:

Art. 11 et 12 LIFSN, art. 15 LFINMA, art. 77 P-LPTh, art. 11 P-LAC, art. 21 LSR, art. 9k, al. 1, AP-LCdF

Art. 12 Émoluments

Al. 1, let. b: les enquêtes et les contrôles relevant du droit de la surveillance ne donnent pas toujours lieu à des contestations. S'ils sont effectués systématiquement auprès de tous les assujettis, des émoluments peuvent être prévus à cet effet (voir l'art. 21, al. 1, LSR: émoluments pour les vérifications récurrentes au sens de l'art. 16, al. 1, LSR). Une enquête prudentielle qui n'est pas réalisée systématiquement auprès de tous les assujettis, mais chez un seul constitue un cas particulier. Si elle se termine sans décision ni contestation ou si la procédure est classée, des émoluments ne sont perçus que dans certains cas (voir l'art. 15, al. 1, LFINMA et l'art. 5, al. 1, let. b, Oém-FINMA⁸⁵; voir également la remarque relative au principe d'imputation de la partie déboutée dans le message concernant la LFINMA [FF 2006 2780] et l'ATF 128 II 247 ss). Selon les circonstances, il peut également être opportun de renoncer à prélever des émoluments, en particulier lorsque l'enquête ne découle pas d'un comportement répréhensible de l'assujetti. Si une taxe de surveillance est prévue, elle couvre notamment les frais de procédure qui ne sont pas financés par les émoluments. Autres exemples: art. 1, al. 1, du règlement sur les émoluments IFSN⁸⁶ (émoluments pour l'activité de surveillance); voir la réglementation analogue à l'art. 181, al. 4 à 6, LAgr et le message du 1^{er} février 2012 concer-

⁸⁵ Ordonnance du 15 octobre 2008 réglant la perception d'émoluments et de taxes par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA, Oém-FINMA); RS 956.122

⁸⁶ Règlement du 9 septembre 2008 sur les émoluments de l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (règlement sur les émoluments IFSN); RS 732.222

nant l'évolution future de la politique agricole dans les années 2014 à 2017 (politique agricole 2014 à 2017) dans: FF 2012 1857 ss, 2057 s.

Al. 2: les compétences du Conseil fédéral en matière d'émoluments font partie du pilotage de l'établissement (au niveau des recettes). L'autonomie de ce dernier ne doit être restreinte que dans la mesure requise. Le pilotage des établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique implique généralement une simple approbation de l'ordonnance sur les émoluments par le Conseil fédéral (droit de veto). Une restriction peut se révéler nécessaire si les cantons sont tenus de payer des émoluments. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur les émoluments de l'Institut fédéral de métrologie (OEm-METAS), qui s'appuie sur la loi fédérale sur la métrologie (LMétr). En dérogation au rapport sur le gouvernement d'entreprise (FF 2006 7849 ss, ch. 5.1 et 5.2) et contrairement à la réglementation applicable aux entités fournissant des prestations à caractère monopolistique, le régime des émoluments des établissements qui exercent des tâches de surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité est non seulement approuvé par le Conseil fédéral, mais également (encore) fixé par celui-ci. En général, ces établissements se financent majoritairement ou intégralement seuls, grâce aux émoluments que les assujettis doivent verser. La fixation des émoluments par le Conseil fédéral empêche les incitations inopportunes et renforce l'indépendance requise de ces établissements vis-à-vis des assujettis en particulier. Étant donné que l'autorité de la concurrence n'aurait pas pu être financée de cette façon, mais aurait reçu pour l'essentiel des indemnités de la Confédération, son ordonnance sur les émoluments aurait dû être approuvée par le Conseil fédéral (voir l'art. 5, al. 1, let. c, P-LAC).

Les dispositions de l'art. 46a LOGA s'appliquent également aux entités de l'administration fédérale décentralisée au sens de l'art. 2, al. 3, LOGA, sauf prescriptions contraires d'une loi spéciale (comme la loi d'organisation; voir le message concernant l'art. 46a LOGA dans: FF 2003 5240). Le renvoi a donc un caractère déclaratif et sert à la transparence. Dès lors, le Conseil fédéral doit réglementer en détail la perception des émoluments dans son ordonnance, et plus précisément la procédure de perception, le montant des émoluments, la responsabilité si plusieurs personnes sont tenues de les verser et la prescription des créances en la matière. Ce faisant, il tient compte des principes de l'équivalence et de la couverture des coûts. De plus, le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions à la perception des émoluments en cas d'intérêt public supérieur à obtenir une décision ou une prestation.

Comme le Conseil fédéral édicte lui-même l'ordonnance sur les émoluments des établissements exerçant des tâches de surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité, l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEmol)⁸⁷ s'applique, sauf disposition contraire de l'ordonnance sur les émoluments de l'établissement.

Exemples d'ordonnances sur les émoluments: ordonnance du 15 octobre 2008 réglant la perception d'émoluments et de taxes par l'Autorité fédérale de surveil-

⁸⁷ Ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OGEmol; RS 172.041.1)

lance des marchés financiers⁸⁸; voir également les art. 37 ss de l'ordonnance du 22 août 2007 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs⁸⁹.

Exemples:

Art. 11 LIFSN, art. 15 LFINMA, art. 65 et 77 P-LPTh, art. 12 P-LAC, art. 53a LCart, art. 21 LSR, art. 9k, al. 2, AP-LCdF⁹⁰

Art. 13 Indemnités octroyées par la Confédération

Si, en vertu de la loi d'organisation, le Conseil fédéral confie des tâches à un établissement exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité (voir l'art. 3, al. 3, de la loi-type), celui-ci est indemnisé par la Confédération. Les coûts d'exploitation nécessaires à l'accomplissement de ces tâches donnent également droit à une indemnisation au prorata.

En revanche, la participation de l'établissement aux travaux législatifs de la Confédération concernant son domaine de surveillance ne donne pas lieu à une indemnité, car elle constitue une tâche principale de toute autorité de surveillance (voir l'art. 3, al. 2, de la loi-type).

Les indemnités sont des subventions au sens de la loi sur les subventions (LSu)⁹¹. Il faut donc tenir compte des conditions-cadres matérielles et formelles de la LSu si la loi d'organisation ne comprend aucune réglementation divergente.

Les indemnités devraient être payées au plus tôt lorsque des dépenses sont imminentes. Avant la fixation du montant définitif, 80 % au plus de l'indemnité peuvent en principe être versés (art. 23 LSu). Les établissements doivent donc effectuer une planification appropriée des finances et des liquidités pour pouvoir demander au Conseil fédéral les indemnités correspondantes (art. 6, let. m, de la loi-type) et déclencher les versements (par tranches) auprès du département compétent. Les modalités de ces versements font l'objet d'un accord de trésorerie au sens de l'art. 17, al. 3, de la loi-type ou de contrats de subventionnement (art. 19 s. LSu).

Exemples:

Art. 12 LIFSN en relation avec l'art. 83 de la loi sur l'énergie nucléaire⁹² et l'art. 42 de la loi sur la radioprotection⁹³, art. 77, al. 3, en relation avec l'art. 69,

⁸⁸ Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA; RS **956.122**)

⁸⁹ Ordonnance sur la surveillance de la révision (OSRev; RS **221.302.3**)

⁹⁰ L'art. 9f AP-LCdF ne prévoit aucune compétence du conseil d'administration pour définir le régime des émoluments. Le Conseil fédéral fixe les indemnités et les bases de calcul ou le montant des émoluments (art. 9k et 9r, al. 5, AP-LCdF; voir également le commentaire des art. 9k, 9p et 9r AP-LCdF dans le rapport concernant l'avant-projet).

⁹¹ Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions, LSu; RS **616.1**)

⁹² Loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu; RS **732.1**)

⁹³ Loi du 22 mars 1991 sur la radioprotection (LRaP; RS **814.50**)

al. 1 et 1^{bis}, P-LPTh, art. 13 P-LAC, art. 21 LSR, art. 9k, al. 3, en relation avec l'art. 9r, al. 5, AP-LCdF

Art. 14 Rapport de gestion

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

Al. 1: en vertu du principe directeur n° 19, la teneur minimale du rapport de gestion des établissements est régie par le droit de la société anonyme. Comme les entités devenues autonomes sont généralement soumises à la révision ordinaire, elles doivent de toute façon rédiger un rapport annuel (art. 961, ch. 3, CO). Celui-ci présente la marche des affaires et la situation économique de l'entreprise à la fin de l'exercice et souligne les aspects qui n'apparaissent pas dans les comptes annuels (art. 961c, al. 1, CO). Cela englobe, par exemple, les indications sur la moyenne annuelle des emplois à plein temps, la réalisation d'une évaluation des risques, les événements exceptionnels et les perspectives de l'entreprise.

Les comptes annuels et (seule) une partie des informations du rapport annuel (celles sur la gestion des risques et l'évolution du personnel) sont vérifiés par l'organe de révision de l'établissement (voir à ce sujet l'art. 8, al. 3, de la loi-type).

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

Concernant la publication du rapport de gestion, voir l'art. 6, let. n, de la loi-type.

Exemples:

Art. 15 P-LAC, art. 34b LSR

Art. 15 Comptabilité

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

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

L'al. 3 correspond à l'art. 48, al. 1, LFC. En l'espèce, on entend des normes comptables reconnues telles que les IPSAS, les IFRS, les US GAAP et les Swiss

GAAP RPC⁹⁴. Sous réserve de l'al. 6, le conseil d'administration choisit la norme comptable reconnue. Il doit en informer le Conseil fédéral au préalable, y compris en cas de changement éventuel de la norme utilisée. Le Conseil fédéral peut ainsi intervenir en temps opportun (al. 6) si le choix d'une norme est susceptible d'avoir des effets indésirables sur le financement de l'établissement. Cela vaut notamment si une augmentation des émoluments, des taxes ou des indemnités s'avère nécessaire.

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

Al. 5: le principe de la réalité des coûts et l'exigence de transparence concernant les différents flux de trésorerie, différenciés selon le type de recettes de l'établissement, supposent une comptabilité organisée en conséquence (voir à ce sujet les remarques introductives sur l'art. 11 de la loi-type).

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

Exemples:

Art. 15 LIFSN, art. 18 LFINMA, art. 78 P-LPTh, art. 14 P-LAC, art. 35 LSR, art. 9r, al. 4, AP-LCdF

Art. 16 Réserves

La constitution de réserves et la définition de leur but requièrent une base légale dans la loi d'organisation. Cette réglementation n'est cependant pas toujours judi-

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

cieuse. Il convient plutôt d'examiner au cas par cas si une disposition légale devrait autoriser ou obliger un établissement exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité à constituer des réserves.

Les réserves sont créées dans le cadre des comptes annuels. Les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité et qui n'ont pas le droit d'avoir une activité commerciale peuvent uniquement les constituer grâce aux taxes perçues (émoluments, éventuelles taxes de surveillance), en prévoyant un excédent de recettes affecté en conséquence lors de la fixation desdites taxes. Les réserves ne peuvent pas découler d'une réévaluation des actifs, par exemple.

Aucune réserve destinée à couvrir les risques de rendement n'est prévue dans les établissements financés essentiellement par des indemnités (voir l'annexe 1). L'établissement ne doit pas accumuler du capital propre dissimulé grâce aux indemnités de la Confédération ni détourner ces ressources de leur but initial.

Si la constitution de réserves est opportune, celles-ci ne doivent pas dépasser un montant adéquat pour les besoins de l'établissement. Il faut éviter de fixer forfaitairement le niveau des réserves (par ex. un budget annuel au maximum).

Accumulées dans la mesure requise, les réserves permettent, d'une part, de financer certains investissements. En effet, ceux qui sont nécessaires et effectivement prévus ne devraient pas être reportés en raison d'un manque de moyens. D'autre part, les réserves atténuent les risques de responsabilité qui ne peuvent pas être couverts par une assurance, car le risque n'est pas assurable ou l'est uniquement à un tarif beaucoup trop élevé. Par exemple, la FINMA ne peut pas contracter d'assurance pour ses risques prudentiels, car les assureurs lui sont assujettis.

L'établissement doit organiser sa gestion des risques et des assurances de telle sorte qu'il puisse justifier et prouver objectivement au Conseil fédéral la nécessité de constituer des réserves pour couvrir les risques de responsabilité non assurables. Ce faisant, il faut généralement tenir compte des garanties de liquidités existantes (art. 17, al. 2, de la loi-type) et des autres garanties éventuelles de la Confédération. La planification des investissements et des finances doit pouvoir justifier la constitution de réserves destinées à financer de futurs investissements.

L'application de normes comptables présentant une image fidèle de la situation (art. 15, al. 1, de la loi-type) exclut la constitution de réserves latentes arbitraires.

Le conseil d'administration décide de la constitution des réserves, du montant requis et, aspect important, de leur but concret, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral. Celle-ci s'inscrit dans le cadre de l'approbation du rapport de gestion (art. 6, let. n, de la loi-type). Le conseil d'administration doit tenir compte non seulement des prescriptions figurant dans la loi d'organisation et dans les dispositions d'exécution (droit ou obligation de constituer des réserves), mais aussi des directives des normes comptables reconnues.

Le conseil d'administration doit veiller à ce que les réserves soient utilisées conformément à leur but et à ce que l'établissement dispose encore des réserves nécessaires ou les reconstitue en cas de besoin (voir l'art. 6, let. l et n, de la loi-type et le

commentaire correspondant). Enfin, comme indiqué précédemment, la constitution et l'utilisation des réserves sont soumises à la surveillance administrative du Conseil fédéral. Celui-ci peut intervenir en cas d'évolution inopportune et, le cas échéant, refuser d'approuver le rapport de gestion et donc les propositions d'utilisation du bénéfice ou de constitution de réserves.

Exemples:

Art. 14 LIFSN, art. 16 LFINMA, art. 79 P-LPTh, art. 35 LSR, art. 9l AP-LCdF

Art. 17 Trésorerie

Al. 1: l'AFF gère la trésorerie centrale de la Confédération (art. 60, al. 1, LFC). L'établissement est rattaché à la trésorerie centrale pour la gestion de ses liquidités (art. 61, al. 2, LFC), qui sont rémunérées par la Confédération à un taux d'intérêt conforme au marché. Les indemnités de la Confédération ne bénéficient d'aucune rémunération.

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

Al. 3: l'AFF et le conseil d'administration conviennent dans un contrat de droit public des modalités du rattachement à la Trésorerie fédérale. Si le versement des indemnités (voir le commentaire de l'art. 13 de la loi-type) est réglementé dans cet accord et non dans un contrat de subventionnement distinct, le département compétent doit participer à l'élaboration des dispositions correspondantes. Les versements sont exécutés sur la base d'une planification des liquidités de l'établissement. À cet égard, il faut noter que les indemnités peuvent être payées au plus tôt lorsque des dépenses sont imminentes. Avant la fixation du montant définitif, 80 % au plus de l'indemnité peuvent en principe être versés (art. 23 LSu).

En général, aucun capital de dotation n'est requis (voir cependant le capital de dotation lié à l'histoire de Swissmedic à l'art. 77 P-LPTh). Un prêt de trésorerie peut être accordé à l'établissement si un capital de départ est exigé. Cela doit alors être réglementé dans les dispositions transitoires (voir l'art. 23, al. 6, de la loi-type). Par exemple, l'ASR a été mise en place grâce à un prêt de trésorerie (art. 36, al. 2, LSR). Si un vaste portefeuille de biens immobiliers ou de biens meubles est transféré à l'établissement, il peut être nécessaire d'inscrire au bilan un capital de dotation en tant que contrepartie.

Exemples:

Art. 13 LIFSN, art. 17 LFINMA, art. 79a P-LPTh, art. 16 P-LAC, art. 36 LSR, art. 9m AP-LCdF

Art. 18 Responsabilité

La Confédération répond des dommages causés sans droit par ses organes dans l'exercice de leurs fonctions (art. 146 Cst.). Cette disposition constitutionnelle est concrétisée dans la loi sur la responsabilité (LRCF)⁹⁵. En vertu de l'art. 3, al. 1, LRCF, la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire. Il s'agit d'une responsabilité causale sans limite de montant. L'illégalité peut découler d'une action (par ex. abus ou excès dans l'exercice du pouvoir d'appréciation) ou d'une omission. Un comportement est donc illégal si un bien juridique absolu ou, en cas de dommage purement pécuniaire, une norme de protection en vigueur n'ont pas été respectés. En cas d'omission, l'illégalité suppose que la personne causant le dommage ait la qualité de garant ou viole l'un des devoirs essentiels de sa fonction. L'omission d'un acte juridique ou matériel n'est illégale au sens du droit de la responsabilité qu'en cas de faute inexcusable que n'aurait pas commise une personne pleinement consciente de ses obligations. Un acte juridique qui se révèle erroné par la suite engage la responsabilité de son auteur uniquement si celui-ci a violé l'un des devoirs essentiels de sa fonction.

Al. 1: en vertu de l'art. 1, al. 1, let. f, LRCF, cette loi s'applique à toutes les personnes chargées directement de tâches de droit public par la Confédération. Les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité agissent de manière souveraine et donc selon le droit public. Par conséquent, la responsabilité de l'établissement en tant qu'autorité de surveillance est régie par la LRCF lorsque ses organes ou ses employés ont causé un dommage à des tiers extérieurs (voir l'art. 19, al. 1, let. a, LRCF). La Confédération a une responsabilité subsidiaire envers ces tiers, c'est-à-dire qu'elle prend en charge le montant non couvert par l'établissement. La LRCF régleme également le recours de l'établissement et de la Confédération contre les organes ou les employés fautifs.

De même, la responsabilité des organes ou des employés fautifs de l'établissement qui ont causé un dommage direct à la Confédération ou à l'établissement est régie par la LRCF. Dans ce cas, ce dernier assume une responsabilité subsidiaire vis-à-vis de la Confédération (art. 19, al. 1, let. b, LRCF).

Des personnes extérieures peuvent également être directement chargées de tâches de droit public par l'établissement au sens de l'art. 1, al. 1, let. f, LRCF. On peut citer à titre d'exemple les chargés d'enquête selon l'art. 36 LFINMA, dont la responsabilité relève elle aussi de la LRCF lors de l'accomplissement de ces tâches de droit public (art. 19, al. 1, LFINMA). En revanche, la responsabilité des sociétés d'audit mandatées par les assujettis se base sur les dispositions du droit de la société anonyme (voir l'art. 36a, al. 2^{bis}, LSR en relation avec l'art. 24, al. 1, let. a, LFINMA).

Al. 2: mentionnée à l'al. 1, la réserve concernant l'application de la LRCF porte sur les conditions de la responsabilité de l'établissement (et d'un mandataire éventuel-

⁹⁵ Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité, LRCF; **RS 170.32**)

lement chargé de tâches de droit public) envers des tiers. Selon le potentiel du dommage, la responsabilité sans limite de montant peut constituer un risque considérable pour les pouvoirs publics. L'établissement doit donc identifier les risques aussi précocement que possible et, le cas échéant, effectuer les vérifications et prendre les mesures requises auprès des assujettis. La responsabilité causale pourrait toutefois amener l'établissement à faire preuve d'un excès de prudence, ce qui aurait alors des conséquences sur les coûts de la surveillance et conduirait à une réglementation excessive. De plus, l'autorité de surveillance et, au final, la Confédération ne sauraient être tenues d'assumer la responsabilité d'un dommage si un assujetti ne respecte pas ses obligations. En d'autres termes, il serait gênant que la responsabilité de l'établissement puisse être engagée alors que la cause du dommage ne lui serait pas imputable, mais résiderait dans la mauvaise gestion ou dans un comportement contraire aux obligations de l'assujetti. C'est la raison pour laquelle l'établissement (et un mandataire éventuellement chargé de tâches de droit public) ne répond des dommages qu'en cas de violation des devoirs de service essentiels.

Al. 2, let. a: il n'y a violation des devoirs de service essentiels que lorsqu'une faute particulière est commise, ce qui n'est pas le cas si les décisions de l'autorité de surveillance se révèlent erronées a posteriori. En fait, cette autorité doit clairement avoir outrepassé sa marge de manœuvre organisationnelle ou en avoir abusé pour que l'on puisse soupçonner une telle violation.

Al. 2, let. b: de plus, la responsabilité de l'établissement suppose (de manière cumulative) que les dommages ne découlent pas d'une violation des obligations d'un assujetti. Celle-ci (par ex. non-respect des dispositions prudentielles ou des devoirs de diligence de droit privé) exclut la responsabilité de l'établissement et de ses mandataires, même s'ils avaient enfreint des devoirs de service essentiels lors de la surveillance. Si l'assujetti n'a pas respecté ses obligations, la violation d'un devoir de service ne serait plus considérée comme causale pour le dommage.

Exemples:

Art. 16 LIFSN, art. 19 LFINMA, art. 80 P-LPTh, art. 14 P-LAC, art. 36a LSR

Art. 19 Imposition

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

Au demeurant, l'assujettissement des établissements à l'impôt se fonde sur l'activité et non sur la forme d'organisation. Par exemple, l'accomplissement de tâches souveraines n'est pas soumis à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Lors de l'examen et de la formulation d'éventuelles exceptions justifiées à cet assujettissement, il faut tenir compte du fait que l'activité souveraine est définie différemment dans le droit régissant la TVA et dans les autres domaines juridiques. Le législateur a renoncé à exempter la Confédération et ses entreprises devenues autonomes de

l'assujettissement subjectif à l'impôt anticipé. Une loi spéciale serait cependant envisageable, pour autant qu'elle soit justifiable objectivement.

Lors d'un assujettissement partiel à l'impôt, l'établissement doit être contraint de tenir une comptabilité par secteur (voir également l'art. 15, al. 5, de la loi-type). Pour qu'il y ait exemption fiscale partielle, il faut que les ressources pour lesquelles cette exemption est requise soient comptabilisées séparément du reste du patrimoine (bilan) et des produits (compte de résultats).

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

Voir également le droit transitoire concernant l'exemption de l'impôt, des taxes et des émoluments dans le cadre d'un transfert (art. 23, al. 5, de la loi-type).

Exemples:

Art. 17 LIFSN, art. 20 LFINMA, art. 81 LPTh, art. 18 P-LAC, art. 37 LSR, art. 9o AP-LCdF

Art. 20 Biens-fonds

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

Al. 3: la facturation répond à des motifs de transparence, même s'il n'y a en général aucun flux financier. Normalement, les coûts totaux (modifiés) sont facturés (uniquement) pour les immeubles ou parties d'immeubles effectivement utilisés, et non les prix du marché, car les établissements exécutent des tâches publiques et sont

(co)financés par la Confédération (indemnités). Voir l'[art. 41 OFC](#)⁹⁶ sur les paiements entre unités administratives.

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

Exemples:

Art. 19 P-LAC

Section 6 Indépendance dans l'accomplissement des tâches et surveillance

Art. 21 Indépendance dans l'accomplissement des tâches

Al. 1: cette disposition ancre dans la loi l'indépendance nécessaire aux entités exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité vis-à-vis des autorités politiques (Conseil fédéral et Parlement) pour accomplir leurs tâches conformément à leur but. L'indépendance s'étend à la réalisation des tâches dans un cas concret. En revanche, l'entité ne bénéficie pas d'une indépendance plus étendue, par exemple pour définir légalement son mandat (voir à ce sujet le rapport sur le gouvernement d'entreprise: FF 2006 7820 s. et 7828 ss; rapport de l'AFF, p. 45 et 50).

Al. 2: en plus du rapport mentionné à l'art. 6, let. a, de la loi-type, l'établissement examine régulièrement avec le Conseil fédéral ses objectifs stratégiques et l'accomplissement de ses tâches. Le Conseil fédéral doit pouvoir mener des entretiens institutionnalisés avec le conseil d'administration afin d'aborder les problèmes actuels liés à l'activité de surveillance ainsi que les questions relatives à l'accomplissement des tâches ou à certains domaines politiques. De plus, la réalisation et l'adaptation des objectifs stratégiques représentent un point essentiel de ces entretiens. L'institutionnalisation des entretiens avec le propriétaire tient, d'une part, à l'indépendance matérielle et organisationnelle de ces entités et, d'autre part, à l'importance parfois considérable des tâches de surveillance de ces établissements. C'est un instrument capital du Conseil fédéral pour mener sa stratégie de propriétaire et garantir sa responsabilité exécutive.

Exemples:

Art. 18 LIFSN, art. 21 LFINMA, art. 81a P-LPTh, art. 20 P-LAC, art. 38 LSR

⁹⁶ Ordonnance du 5 avril 2006 sur les finances de la Confédération (OFC; RS **611.01**)

Art. 22 Surveillance de l'établissement

Al. 1: l'établissement est soumis à la surveillance du Conseil fédéral «sur le plan administratif». Cette surveillance administrative n'est ni hiérarchique ni technique (voir l'art. 21, al. 1, de la loi-type), mais porte plutôt sur la gestion de l'entreprise. Le Conseil fédéral exerce donc la surveillance sur l'établissement «sans préjudice de son indépendance dans l'accomplissement de ses tâches». Ces deux formulations sont identiques sur le fond.

Les principaux instruments permettant au Conseil fédéral d'exercer sa surveillance sur ces entités sont énumérés. L'obligation du Conseil fédéral, en tant qu'autorité de surveillance désignée par la loi (art. 8, al. 4, LOGA), de veiller au bon fonctionnement des autorités administratives de la Confédération «conformément aux dispositions particulières» implique le droit de disposer de tous les instruments prudentiels nécessaires pour qu'il puisse effectivement assumer cette responsabilité⁹⁷. L'énumération des différents instruments prudentiels n'est donc pas exhaustive.

La compétence du Conseil fédéral relative au choix et à la révocation de l'organe de révision est supprimée si le CDF assume la fonction d'organe de révision externe, comme c'est le cas pour la FINMA et l'ASR (art. 12 LFINMA, art. 32 LSR; voir le commentaire de l'art. 8 de la loi-type).

Al. 2: la surveillance administrative (voir l'art. 22 de la loi-type) implique que le Conseil fédéral ait le droit de demander à tout moment à l'établissement et, en particulier, au conseil d'administration des informations et rapports écrits si cela est nécessaire à l'exécution de sa surveillance. Pour vérifier, par exemple, si les objectifs stratégiques ont été atteints, le Conseil fédéral ou, le cas échéant, le département compétent peut donc consulter tous les documents opérationnels de l'établissement et, à cet effet, exiger à tout moment des informations sur son activité. Pour des questions de sécurité juridique et de transparence, on privilégiera une disposition dans la loi d'organisation à une simple remarque dans le message (voir l'art. 81a, al. 4, P-LPTh; message du Conseil fédéral du 28 août 2013 concernant la concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit, FF 2013 6147, 6182).

De plus, le Conseil fédéral peut demander des éclaircissements à l'organe de révision sur certains points (art. 8, al. 5, de la loi-type) et consulter les rapports d'audit existants de l'organe de révision (art. 8, al. 4, de la loi-type) et du CDF (voir l'art. 14, al. 1^{bis}, LCF).

Les pouvoirs légaux conférés au CDF par la LCF (voir l'art. 8, al. 2, LCF sur la surveillance financière) et la haute surveillance du Parlement sont réservés. Par souci de transparence, cela doit apparaître dans le message, même si la remarque est

⁹⁷ Concernant l'étendue et les limites de la surveillance exercée par le Conseil fédéral et de la haute surveillance du Parlement, en particulier sur les établissements accomplissant des tâches de surveillance, voir l'expertise juridique du 26 août 2013 du professeur Giovanni Biaggini, «Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Oberaufsicht im Bereich des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI)», mandatée par les Commissions de gestion (CdG) du Conseil des États et du Conseil national (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-ensi-2013-08-28.pdf>).

purement déclarative. Conformément à la lettre du 27 janvier 2011 de la Commission de gestion (CdG), on pourra renoncer à l'avenir à une réglementation légale correspondante.

Exemples:

Art. 18 LIFSN, art. 21 LFINMA, art. 81a P-LPTh, art. 21 P-LAC, art. 38 LSR, art. 9p AP-LCdF

Section 7 Dispositions finales

Art. 23 Institution de l'établissement

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

Al. 1: le principe de la continuité (matérielle) s'applique. Une réorganisation (formelle) est possible si elle est nécessaire ou judicieuse pour clarifier les relations juridiques et si elle est directement liée à la création de l'établissement (changements de désignations, partenaires contractuels, etc.).

Al. 2 à 4: en règle générale, il faut créer les conditions pour que les futurs organes compétents puissent accomplir les actes préparatoires de manière juridiquement valable avant la transformation. La société fondatrice énoncée dans le droit de la société anonyme (voir notamment l'[art. 645 CO](#)) n'existe pas de manière analogue dans le droit public. Pour permettre aux organes d'agir dans la mesure requise au nom de l'établissement, il faut prendre une décision de nomination et, le cas échéant, octroyer par anticipation la personnalité juridique à l'établissement. On évitera cependant de lui transférer trop tôt tous les droits et toutes les obligations. Si une organisation précédente existe, elle demeure opérationnelle jusqu'à la transformation. Pour assurer la flexibilité requise, le Conseil fédéral doit pouvoir accorder la personnalité juridique, procéder à la transformation et transférer les droits et les obligations à des dates différentes. De plus, il peut décider d'une entrée en vigueur progressive de la loi d'organisation (voir l'art. 29 de la loi-type). L'expérience a montré que la phrase de création effective des unités administratives décentralisées nécessitait un besoin imprévisible de réglementation. L'al. 4 autorise donc le Conseil fédéral à prendre toute autre mesure nécessaire au transfert et à édicter les dispositions correspondantes. En général, ces mesures suffisent pour réaliser le transfert ou pour mettre en place le nouvel établissement (voir l'ordonnance du 16 janvier 2008 sur la mise en vigueur anticipée de dispositions organisationnelles de la loi du

22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers [RO 2008 269], qui fixait les conditions-cadres pour établir la FINMA).

Exemple de procédure: parallèlement à la décision d'entrée en vigueur anticipée de certaines dispositions de la loi d'organisation, le Conseil fédéral désigne les organes de l'établissement dans le cadre de ses compétences (notamment nomination des membres du conseil d'administration et, éventuellement, de l'organe de révision). Les conditions sont alors réunies pour que ces organes préparent la mise en place de l'établissement. Le Conseil fédéral approuve les objectifs stratégiques de ce dernier en vue de l'entrée en vigueur intégrale de la loi d'organisation ou de la mise en place de l'établissement. Il édicte ou approuve les dispositions nécessaires de l'ordonnance et, si cela n'a pas encore été réalisé, confère à l'établissement la personnalité juridique. Au cours d'une étape intermédiaire, le Conseil fédéral approuve en général le bilan des opérations établi d'après les derniers comptes annuels ou semestriels, le bilan d'ouverture provisoire et la procédure prévue pour la transformation ou le transfert de patrimoine. Le bilan des opérations présente les réévaluations et les transferts de patrimoine éventuels, tandis que le bilan d'ouverture provisoire expose la situation patrimoniale et le capital de l'établissement après le transfert. Enfin, à la date de la transformation, le Conseil fédéral doit statuer sur l'inventaire, le bilan d'ouverture élaboré sur cette base ainsi que sur la transformation ou le transfert de patrimoine. Les valeurs reprises par l'établissement sont définies en collaboration avec le département compétent et l'AFF. Ce faisant, on distingue les opérations qui concernent le compte d'État de la Confédération et celles qui figureront dans la future comptabilité de l'établissement. Le choix, par le conseil d'administration, d'une norme comptable reconnue (voir l'art. 15, al. 3 et 6, de la loi-type) doit également être coordonné avec l'organe de révision.

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

Al. 5: conformément à la pratique actuelle, cette disposition prévoit l'exonération de tout impôt direct ou indirect (y compris la TVA, les droits de timbre et les droits de mutation) ainsi que des émoluments pour le transfert des droits, des obligations et des valeurs (transfert des actifs et des passifs) et pour les inscriptions dans des registres publics. Exemple: art. 76c, al. 4, P-Lalc. Après la création de l'établissement, l'assujettissement à l'impôt est régi par l'art. 19 de la loi-type. Si une réévaluation des valeurs patrimoniales est effectuée après la mise en place de l'établissement, mais est en relation avec celle-ci, les conséquences au niveau fiscal doivent être prises en compte (voir l'art. 26 de la loi-type).

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

Al. 7: l'applicabilité de la loi sur la fusion doit être vérifiée au cas par cas, car cette loi comprend également des prescriptions spécifiques sur la fusion, la transformation

et le transfert de patrimoine auxquels participent des instituts de droit public (art. 99 ss LFus, art. 145 ORC⁹⁸). La formulation proposée ici pour la loi d'organisation exclut totalement l'applicabilité de la LFus. À la place, il est prévu que le Conseil fédéral décide des actifs et des passifs transférés par un acte à l'établissement ainsi que de la date du transfert (voir les al. 3 et 4). La LFus peut cependant constituer une aide précieuse pour réaliser en pratique la création de l'établissement. Dans le cadre de l'al. 4 notamment, le Conseil fédéral peut, lui aussi, s'appuyer sur la LFus, par exemple en appliquant les dispositions sur le transfert de patrimoine (art. 69 ss, art. 99 ss LFus) à certains aspects de cette création. Dans ce cas, l'al. 7 ne devrait pas exclure totalement l'applicabilité de la LFus.

Exemples:

*Art. 21 LIFSN, art. 58 LFINMA, art. 91 LPTh, art. 22 P-LAC, art. 36 LSR, dispositions transitoires sur la modification de la LCdF selon l'AP-LCdF*⁹⁹

Art. 24 Transfert des rapports de travail

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

Al. 1: la loi transfère à l'établissement les rapports de travail de l'ancienne unité administrative, tout comme les autres relations juridiques (art. 23 de la loi-type). Comme l'art. 333 CO (transfert des rapports de travail) n'est pas directement applicable lorsque les rapports de travail sont transférés entre deux employeurs de droit public¹⁰⁰, le transfert est réglementé spécialement dans la loi d'organisation. Dès le moment où les anciens rapports de travail avec l'unité administrative précédente prennent fin, la loi en établit de nouveaux avec l'établissement; ils ne doivent donc être ni résiliés, ni conclus à nouveau par l'établissement. Comme pour les autres

⁹⁸ Champeaux, SHK-HRegV, art. 106 ss, n° 1 ss, dans: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Berne, 2013.

⁹⁹ Il s'agit d'un cas particulier, car on ne transfère pas, en l'espèce, une unité de l'administration fédérale centrale, mais une société anonyme de droit privé dans un établissement. Lors du transfert, il faut donc tenir particulièrement compte des dispositions déterminantes du CO (art. 333 à 333b sur le transfert des rapports de travail, art. 738 sur les conséquences de la dissolution d'une société et art. 751 sur la reprise par une corporation de droit public).

¹⁰⁰ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e édition, Cm 3 et 8 sur l'art. 333

relations juridiques (art. 23, al. 3, de la loi-type), le Conseil fédéral fixe la date du transfert.

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

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

S'agissant du transfert d'office des rapports de travail, la nomination des membres de la direction est réservée: ceux-ci doivent être nommés à nouveau afin de mettre en place l'établissement. Dans un premier temps, le Conseil fédéral désigne le conseil d'administration (art. 5, al. 3, de la loi-type) qui, sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral, nomme alors le directeur ou la directrice de l'établissement et, en compétence propre, les autres membres de la direction (art. 6, let. h et i, de la loi-type). L'entrée en vigueur progressive de la loi d'organisation permet de nommer au préalable les organes, qui peuvent ainsi prendre les mesures préparatoires requises en vue de l'ouverture de l'établissement.

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

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

faible, de sorte que l'on peut renoncer à déroger à la garantie du salaire¹⁰¹. Si, comme c'est souvent le cas au début, les structures organisationnelles de l'établissement ou les contrats de travail subissent de nouvelles modifications au cours de la première année d'engagement, la garantie du salaire au sens de l'al. 2 continue de s'appliquer.

Le droit transitoire n'a pas besoin d'accorder une protection supplémentaire contre le licenciement lorsque les rapports de travail restent soumis à la LPers et donc au statut de la fonction publique. En revanche, une protection d'un an contre un licenciement par le nouvel employeur a été prévue lors du transfert des rapports de travail de droit public de la Régie fédérale des alcools (RFA) à «Alcosuisse SA», car cette dernière et son droit du personnel sont assujettis au CO (art. 76d, al. 2, P-Lalc¹⁰²).

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

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

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

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

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

Lors du transfert du personnel à l'établissement, on tiendra également compte des engagements comptables. En particulier, les crédits d'heures du personnel seront

¹⁰¹ Selon l'OPers (art. 39, al. 5), des baisses de salaire de 2 % au plus sont possibles uniquement lorsque l'employé n'atteint pas les objectifs d'après l'évaluation du personnel.

¹⁰² FF 2016 7435

réduits autant que possible avant le transfert des rapports de travail. Des provisions peuvent être inscrites au bilan des opérations pour les soldes résiduels de compensation, de vacances et d'heures supplémentaires.

Exemples:

Art. 22 LIFSN, art. 59 LFINMA, art. 92 LPTh, art. 23 P-LAC

Art. 25 Employeur compétent

En qualité d'employeur, l'établissement est désormais responsable des tâches que ses organisations précédentes accomplissaient dans l'administration fédérale centrale. Comme pour les collaborateurs actifs (art. 24 de la loi-type), la loi d'organisation doit également clarifier la situation juridique des bénéficiaires de rentes du point de vue du droit transitoire.

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

En vertu de l'art. 32f, al. 1, LPers, le nouvel employeur est également chargé des bénéficiaires de rentes précédents de l'unité administrative en cas de changement de statut juridique. Les bénéficiaires de rentes relevant de l'établissement sont donc transférés dans la nouvelle caisse de prévoyance avec le personnel actif. La dérogation énoncée à l'art. 32f, al. 2, LPers doit être utilisée de manière *restrictive* (par ex. art. 76e P-Lalc¹⁰³).

Exemples:

Art. 24 P-LAC, art. 23 LIFSN, art. 60 LFINMA

Art. 26 Inscriptions aux registres [autres dispositions transitoires]

Al. 1: pendant un délai transitoire, le département compétent peut mettre à jour, par voie de décision, sans impôt ni émolument, les inscriptions aux registres (registre du

¹⁰³ Modification du 30 septembre 2016 de la loi fédérale du 21 juin 1932 sur l'alcool (**RS 680**), P-Lalc dans: FF **2016** 7435

En vertu de cette disposition, le Conseil fédéral est habilité à reprendre, sur la fortune de la RFA, le financement des obligations patronales pour les bénéficiaires de rentes du centre de profit Alcosuisse restés dans la Caisse de prévoyance de la Confédération, si l'institution de prévoyance d'«Alcosuisse SA» ne désire pas reprendre les bénéficiaires de rentes ou si leur maintien dans la Caisse de prévoyance de la Confédération est dans l'intérêt de la Confédération.

commerce, registre foncier, etc.) qui doivent être modifiées en raison de la création de l'établissement. La décision sert de base à l'inscription.

Al. 2: la loi d'organisation prévoira une réévaluation ultérieure sans incidence fiscale uniquement s'il existe des motifs objectifs correspondants (incertitudes lors de l'évaluation, modification des normes comptables, etc.). En général, ces actualisations seront réalisées, également sans incidence fiscale (art. 23, al. 5, de la loi-type), dans le cadre du transfert des actifs et des passifs.

Il faut examiner au cas par cas si d'autres réglementations transitoires sont nécessaires dans la loi d'organisation ou si elles peuvent figurer, le cas échéant, dans celle régissant les tâches. Le droit transitoire définira, par exemple, la compétence de statuer sur les recours concernant l'ancienne unité administrative ainsi que le droit applicable. Dans la mesure du possible, l'unité administrative précédente sera maintenue sur le plan formel jusqu'à ce qu'elle ait résolu tous les litiges relevant de l'ancien droit.

Exemples:

Art. 15, al. 1, let. b, et al. 4, LOP¹⁰⁴ (inscriptions aux registres et réévaluation des réserves latentes), art. 58, al. 3, LFINMA (voies de droit), art. 94 LPTh (procédures pendantes), art. 25 P-LAC, ch. III, art. 1 à 3 P-LCart (droit applicable et droit de procédure)

Art. 27 Abrogation d'autres actes

Voir le commentaire de l'art. 28.

Art. 28 Modification d'autres actes

Art. 27 et 28: si les dispositions abrogeant ou modifiant d'autres actes font ensemble plus d'une page imprimée, elles sont mentionnées dans une annexe (voir les Directives de la Confédération sur la technique législative [DTL] de 2013, Cm 48 ss¹⁰⁵).

Objets éventuels réglementés par les art. 27 et 28:

- abrogation de bases concernant des tâches externalisées, des unités d'organisation ou du patrimoine transféré (par ex. fonds spécial);
- modification, dans la loi régissant les tâches ou dans d'autres lois fédérales, des dispositions concernant les assujettis (par ex. loi sur les banques dans le cas de la FINMA) ou la coordination avec d'autres entités (par ex. assistance administrative entre les autorités de surveillance);
- ajout inséré à l'art. 8, al. 2, LCF;

¹⁰⁴ Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur l'organisation de La Poste Suisse (loi sur l'organisation de la Poste, LOP; **RS 783.1**)

¹⁰⁵ [www.bk.admin.ch/Thèmes/Législation/Technique législative](http://www.bk.admin.ch/Thèmes/Législation/Technique_législative)

- modifications des dispositions concernant l'administration de la justice (par ex. art. 33, let. b, ch. 5, LTAF sur la révocation d'un membre du conseil d'administration). Le cas échéant, l'art. 14 PA¹⁰⁶ (compétence pour l'audition de témoins) devra être complété;
- complément du champ d'application de l'art. 2 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP);
- modifications concernant les nouvelles désignations.

Art. 29 Référendum et entrée en vigueur

Une entrée en vigueur progressive est possible et généralement opportune. De plus, la création de l'établissement requiert plusieurs décisions du Conseil fédéral (voir l'art. 23, al. 2 à 4, de la loi-type). Exemples: sur la base de l'art. 26 LIFSN, certaines dispositions ont déployé leurs effets un an avant l'entrée en vigueur complète (voir RO 2007 5635, 5643). En vertu de l'art. 30, al. 2, LIFM¹⁰⁷, les art. 5 à 13, 18, al. 3, 19, 22, al. 3, 23, 24 et 27 de cette loi sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2012 et le reste des dispositions un an plus tard (voir RO 2011 6515). Concernant l'entrée en vigueur progressive, voir également les DTL, Cm 176 ss.

Il convient d'examiner soigneusement, au cas par cas, les dispositions devant entrer en vigueur par anticipation. Les prescriptions suivantes de la loi-type seront considérées: art. 1 (établissement/forme et personnalité juridiques), art. 4 à 10 (organisation et personnel), art. 15 (comptabilité), art. 17, al. 3 (accord de trésorerie), art. 18 (responsabilité), art. 20, al. 4 (contrat concernant la location ou l'usufruit des immeubles de la Confédération), art. 22 (surveillance) et art. 23 (institution de l'établissement).

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

¹⁰⁶ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021)

¹⁰⁷ Loi du 17 juin 2011 sur l'Institut fédéral de métrologie (LIFM; RS 941.27)

3 Annexe 1: Autres objets réglementaires éventuels

Compétence de conclure des accords internationaux: s'il existe un besoin en la matière et si les règles énoncées à l'art. 3, al. 4, de la loi-type (participation ou représentation de la Confédération dans le cadre des accords existants) ne suffisent pas, la loi d'organisation peut créer des bases légales élargies en vue d'une collaboration dans un contexte international. Cela implique de donner au Conseil fédéral la compétence de conclure des accords. Exemple: art. 64, al. 5, P-LPTh.

Activités accessoires: voir le principe directeur n° 15. Les établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité n'ont pas le droit d'avoir des activités accessoires à caractère commercial. À titre exceptionnel et dans un cadre strict, la fourniture de prestations reposant sur une base légale explicite en échange d'une rémunération (couvrant au moins les frais) est envisageable, pour autant qu'elle ne nuise pas à l'indépendance de l'établissement vis-à-vis des assujettis ni à l'accomplissement des tâches (voir l'art. 69, al. 2, P-LPTh). Il en va tout autrement de la fourniture de prestations non commerciales à des autorités ou à des organisations internationales (voir l'art. 3 LIFSN). Si cela est justifié, l'art. 3 (tâches) peut être complété en conséquence (par un al. 5)¹⁰⁸. En cas d'inscription de l'établissement au registre du commerce, la description du but correspondra alors aux tâches énoncées à l'art. 3, al. 1 et 5, de la loi-type.

Taxe annuelle de surveillance: lorsque l'établissement exerce des tâches de surveillance dont les coûts ne peuvent pas être couverts par des émoluments, car ils ne sont pas imputables individuellement, la perception de taxes de surveillance par l'établissement peut être prévue à titre exceptionnel et à certaines conditions. D'après l'Office fédéral de la justice (OFJ), les taxes de surveillance constituent une forme particulière de taxes causales s'il existe une «équivalence collective qualifiée». L'OFJ estime que la base constitutionnelle concernant la taxe relève de la compétence technique de la Confédération¹⁰⁹. Le Tribunal fédéral considère que l'exigence d'une base constitutionnelle pour prélever des impôts sert en premier lieu à délimiter la souveraineté fiscale de la Confédération et celle des cantons; le droit constitutionnel n'exclut pas d'emblée ni manifestement que la compétence de percevoir des taxes de surveillance relève de la responsabilité technique de la Confédération si les conditions énoncées à l'art. 164, al. 1, let. d, Cst. (principes de la perception de taxes au niveau de la loi) sont réunies (voir l'arrêt 2C 725/2007 du 2 octobre 2008, consid. 4.2.2). Par conséquent, le cercle des personnes soumises à la taxe annuelle de surveillance, son objet et son calcul doivent être définis dans la loi d'organisation. L'art. 46a LOGA sur les émoluments ne s'applique pas à la perception de taxes de surveillance. La loi d'organisation délèguera dès lors la réglementa-

¹⁰⁸ L'ajout (en tant qu'al. 5) sera formulé comme suit: «L'établissement peut fournir contre rémunération des prestations conformes aux tâches définies dans la présente loi à d'autres autorités et organisations internationales, pour autant que ces prestations ne nuisent pas à son indépendance.» (Exemple: art. 69, al. 2, P-LPTh). Dans ce cas, l'art. 11, al. 1, de la loi-type devra être complété de la façon suivante (en tant que let. c): «la rémunération des prestations fournies à d'autres autorités ou à des organisations internationales conformément à l'art. 3, al. 5». (Exemple: art. 77, al. 2, let. c, P-LPTh).

¹⁰⁹ JAAC 2000, p. 337 ss, n° 64.25

tion des modalités au Conseil fédéral. Cela englobe notamment la procédure de perception de la taxe de surveillance, les frais de surveillance pris en compte, la répartition entre les assujettis ou les domaines de surveillance et la prescription des créances issues de la taxe. Outre les prescriptions légales, le Conseil fédéral doit tenir compte des principes du droit sur les redevances (principe de l'équivalence, égalité de droit, interdiction de l'arbitraire, etc.). Exemples: pour la FINMA, l'IFSN et l'ASR, voir respectivement l'art. 15 LFINMA, l'art. 83, al. 2, LENu¹¹⁰ et l'art. 21 LSR; voir également l'art. 13 AP-LCdF¹¹¹. L'établissement perçoit des assujettis une taxe annuelle de surveillance (par domaine de surveillance) pour financer les coûts non couverts par les émoluments.

Rémunérations et constitution de réserves: le Conseil fédéral peut verser des contributions annuelles à l'établissement en rémunération de certaines tâches qui lui ont été confiées par la loi, à condition que celles-ci ne soient pas déjà couvertes par des émoluments (et par une autre forme éventuelle d'autofinancement). Dans la mesure du possible, les coûts des établissements exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité devraient être financés par les assujettis. Exemples: la FINMA et l'ASR se financent entièrement grâce aux taxes de surveillance et aux émoluments versés par les assujettis. En revanche, l'autorité de la concurrence ne peut pas se financer elle-même, notamment parce qu'elle ne surveille pas un secteur précis qui pourrait participer à son financement. L'accomplissement de ses tâches dépend donc des indemnités de la Confédération. Les établissements financés essentiellement par des indemnités ne doivent prévoir aucune réserve pour couvrir les risques de rendement. Il convient en effet d'éviter que du capital propre dissimulé ne soit constitué avec les ressources de la Confédération. La création de réserves n'est pas non plus justifiée par une éventuelle réduction ultérieure des indemnités. En général, cette baisse découle ou s'accompagne de l'abandon d'une tâche (qui est décidé auparavant et donc planifiable) et d'une diminution correspondante des dépenses. C'est la raison pour laquelle le P-LAC ne comportait aucune disposition sur la constitution de réserves par l'autorité de la concurrence.

Procédures et voies de droit: les dispositions générales de la loi fédérale sur la procédure administrative, de la loi sur le Tribunal administratif fédéral et de la loi sur le Tribunal fédéral s'appliquent aux procédures et aux voies de droit. Des réglementations spéciales sont possibles pour apporter des précisions et, dans des cas dûment justifiés, pour définir des dérogations. Elles relèvent des prescriptions sur les tâches ou de la loi régissant ces dernières. Parallèlement à la nouvelle loi d'organisation, il est possible de modifier des lois existantes régissant les tâches ou de fixer des règles particulières sur les procédures et les voies de droit (voir l'art. 28 de la loi-type). Si l'établissement a qualité pour recourir, cela doit être réglementé de manière spécifique. Ce droit de recours a surtout une importance pour les établissements exerçant une surveillance. Exemples: art. 84 LPTh, art. 19 et 20 LIFSN, art. 53 et 54 LFINMA, art. 39 P-LCart, art. 28, al. 5, LSR, art. 9s AP-LCdF. Le droit transitoire doit définir la compétence de statuer sur les recours liés à l'ancienne unité

¹¹⁰ Loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu; [RS 732.1](#))

¹¹¹ Réglementation comparable pour la Commission de haute surveillance à l'art. 64c LPP

administrative ainsi que le droit applicable. De plus, l'art. 14 PA (compétence pour l'audition de témoins) devra être complété le cas échéant.

Droit des marchés publics: les entités de droit public qui accomplissent des tâches publiques devraient passer leurs marchés publics conformément à la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1; concernant l'IPI, voir JAAC 67.4). La LMP s'applique formellement aux entités devenues autonomes, mais uniquement si elles y sont expressément mentionnées (c'est le cas de l'IFSN à l'art. 2, al. 1, let. e, LMP), car cette loi suit le principe de l'énumération. Il faut donc examiner avec l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) si l'assujettissement de l'établissement à la LMP doit être prévu dans cette loi. Dans tous les cas, le chapitre 3 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11) est applicable aux établissements qui ne fournissent pas de manière prépondérante des prestations sur le marché (art. 32, let. a, OMP en relation avec l'art. 7a, al. 1, let. c, OLOGA)¹¹².

Évaluation: s'il existe un intérêt concret (par ex. financement notable grâce aux indemnités de la Confédération), une clause d'évaluation peut être prévue. Voir également à ce sujet l'art. 170 Cst., l'art. 141 LParl et l'art. 5 LSu.

Assurance-qualité: exemple: art. 4 LIFSN

Sous-délégation des dispositions d'exécution: s'il existe un besoin manifeste, une disposition de sous-délégation peut être définie comme dans la LOGA (concernant les offices et les groupes d'offices, voir l'art. 48, al. 2, LOGA). Elle permet au Conseil fédéral d'autoriser l'établissement à édicter des dispositions d'exécution relatives à la loi d'organisation dans des domaines de portée restreinte. Une sous-délégation entre en ligne de compte pour les questions essentiellement techniques et s'adresse au conseil d'administration (art. 6, let. c, de la loi-type). L'admissibilité et les conditions-cadres d'une sous-délégation doivent impérativement être vérifiées et respectées. Exemple: art. 7 et 55, al. 2, LFINMA.

Mise à disposition d'immeubles pour une durée limitée: si les immeubles sont mis à disposition pour une durée limitée, une réglementation transitoire sera établie sur la base de l'art. 19 de la loi-type. Exemple: art. 41 de l'ordonnance sur l'Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle.

Réglementations faisant partie de la loi régissant les tâches: information du public, collaboration avec d'autres autorités au sens de l'assistance administrative et judiciaire, traitement des données. Le transfert de tâches de surveillance à des tiers peut également faire l'objet d'une réglementation. Ces mandataires doivent être assujettis par la loi à l'obligation de garder le secret. Exemple: art. 14, 22 et 23 LFINMA (secret de fonction, information du public et traitement des données), art. 41, 48 et 49 LCart (entraide administrative, publication de décisions et de jugements, devoir d'informer), art. 25 P-LCart (secret de fonction et secret d'affaires), art. 20 et 40, al. 1, let. d, LSR, art. 14, al. 4, et 24 ss LFINMA (tiers chargés de tâches de surveillance et obligation de garder le secret); publication, en particulier traitement des

¹¹² Outre l'adjudication des marchés publics conformément à la loi, l'OMP réglemente au chapitre 3 les «autres marchés» de la Confédération (voir également l'art. 1, let. b, OMP).

informations sensibles. Il convient de préciser qu'une distinction doit être faite entre les mandats de prestations et le transfert de tâches de droit public. Aucune base légale n'est exigée pour les prestations annexes assimilées à des activités administratives auxiliaires, car il n'y a dans ce cas aucun transfert de tâches administratives. La participation (à titre d'assistance) de particuliers à l'exécution d'une tâche fédérale par une autorité ne relève pas des tâches administratives. Il s'agit d'une activité de droit privé de l'État qui permet à ce dernier d'acquérir les biens et les prestations nécessaires à l'accomplissement de tâches publiques. Dans de tels cas («gestion des besoins» et «activité administrative auxiliaire»), le sujet de droit privé n'a aucune compétence décisionnelle propre, mais opère uniquement en qualité de sous-traitant de l'autorité et lui fournit certaines prestations. Aucune base légale n'est requise en l'espèce. En revanche, il faut examiner au cas par cas si l'adjudication d'un tel mandat de prestations est soumise à la LMP (RS 172.056.1) et doit faire l'objet d'un appel d'offres.

Système informatique de gestion du personnel (protection des données): une base légale formelle doit être créée dans la loi d'organisation pour les employeurs soumis à la LPers dont les données du personnel ne sont pas gérées par le DFF dans le système BV Plus, du moins tant que la LPers ne comprend aucune réglementation distincte pour ces employeurs. Exemples: art. 36a et 36b de la loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales (systèmes d'information concernant le personnel, systèmes de gestion des études); art. 53 ss OPers-METAS sur le traitement des données (concernant le système informatique de gestion du personnel, voir notamment les art. 59 s.). Adopté par le Conseil fédéral le 18 décembre 2015, le message relatif à la loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (loi sur les fonds de compensation) propose une modification de la LPers visant à abroger les art. 27a à 27c LPers et à les remplacer par un nouvel art. 27 intitulé «Administration du personnel» (FF 2016 271 [message] et FF 2016 313 322 [projet de loi]). La modification proposée serait applicable au traitement des données du personnel de tous les employeurs dont le droit du personnel est assujéti à la LPers. Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette modification de la LPers, la disposition proposée¹¹³ doit figurer

¹¹³ [En l'espèce: art. 9a] Administration du personnel

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

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

dans la loi d'organisation. Voir à ce sujet les commentaires correspondants dans le message (FF 2016 302 ss).

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

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

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

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

⁵ Il édicte des dispositions d'exécution concernant:

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

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

4 Annexe 2: Principales différences par rapport aux établissements qui exécutent des tâches à caractère monopolistique

Objectifs stratégiques: les entités qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité accomplissent leurs tâches de manière indépendante. C'est la raison pour laquelle le conseil d'administration, et non le Conseil fédéral, fixe les objectifs stratégiques de l'établissement. Selon la pratique législative actuelle, ceux-ci doivent être approuvés par le Conseil fédéral. Principes directeurs applicables: 16, 17, 18, 22a, 22b et 32.

Indépendance des membres des organes: lorsque des tâches de surveillance sont assumées, il faut veiller tout particulièrement à l'indépendance des décideurs vis-à-vis des assujettis. Il convient notamment d'examiner si des dispositions particulières sur l'incompatibilité doivent être édictées dans la loi d'organisation pour les membres du conseil d'administration. De plus, en élaborant l'ordonnance du 25 novembre 2015 sur le délai de carence, le Conseil fédéral a mis en place les bases légales requises pour convenir, au besoin, d'un délai de carence avec les collaborateurs de l'administration fédérale centrale ainsi qu'avec des personnes qui travaillent dans des unités administratives décentralisées ou des commissions extraparlementaires assumant des tâches de surveillance ou de réglementation. Le cas échéant, l'ordonnance sur le personnel des établissements exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité sera conçue dans ce sens.

Prestations commerciales: les entités exerçant une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité n'ont pas de but lucratif. La fourniture de prestations commerciales annexes est interdite pour préserver l'indépendance matérielle des autorités de surveillance et tenir compte de la sensibilité particulière des tâches assumées par ces établissements (rapport sur le gouvernement d'entreprise: FF 2006 7851 s.; rapport de l'AFF, p. 46). Principe directeur applicable: 15.

Coopérations, créations d'entités et participations dans des entités: les coopérations ou les participations se caractérisent par leur caractère bénéfique sur la réalisation du but de l'établissement. Cependant, ce dernier n'en a pas forcément besoin pour atteindre son but légal. Le transfert de tâches souveraines ou subventionnées à des tiers peut être délicat sur le plan politique et compliquer le contrôle ou le pilotage par la Confédération. Étant donné que les sociétés anonymes contrôlées par celle-ci fournissent pour l'essentiel des prestations sur le marché et n'accomplissent aucune tâche souveraine, elles peuvent conclure des coopérations et prendre des participations (rapport sur le gouvernement d'entreprise: FF 2006 7851 s.; rapport de l'AFF, p. 10 et 46; principe directeur n° 14). En revanche, les entités qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité n'ont pas le droit d'établir des coopérations (commerciales) ou de prendre des participations en raison de la sensibilité de leurs tâches. Les entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique peuvent engager des coopérations et acquérir des participations uniquement à titre exceptionnel et conformément à leur but social, à leurs tâches et aux objectifs stratégiques fixés par le Conseil fédéral. Il ne faut pas confondre l'interdiction de conclure des coopérations et l'obligation de collaborer avec des tiers: lorsqu'il existe un intérêt public, l'établissement est tenu de collaborer avec d'autres services qui doivent être définis plus précisément dans la loi (par ex. assis-

tance administrative ou judiciaire, participation à une collaboration technique dans son domaine de tâches). Concernant la participation aux activités des organisations internationales, voir l'art. 3, al. 4, de la loi-type.

Financement: selon la pratique actuelle, les entités qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité sont généralement autonomes sur le plan financier, c'est-à-dire qu'elles se financent grâce aux émoluments (et aux taxes de surveillance éventuelles) versés par les assujettis. Lorsque cela n'est pas possible, des indemnités de la Confédération sont alors prises en considération. Compte tenu de l'activité souveraine et de la proximité avec l'administration centrale (tâches ministérielles), aucun financement par des fonds de tiers n'est autorisé. Principe directeur applicable: 26.

Ordonnance sur les émoluments: non seulement le Conseil fédéral a un droit d'approbation, mais il édicte lui-même l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de surveillance éventuelles. Cela permet d'éviter les incitations inopportunes et de renforcer l'indépendance de l'autorité de surveillance.

Disposition particulière en matière de responsabilité: la responsabilité en vertu de l'art. 19 LRCF est soumise à la réserve suivante: l'établissement et les tiers éventuellement chargés de certaines de ses tâches de droit public répondent des dommages uniquement s'ils ont enfreint un devoir de service essentiel et si l'assujetti n'a pas causé le dommage en transgressant ses obligations (voir l'art. 18 de la loi-type et le commentaire correspondant).