

Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Mono- polcharakter

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 und Zusammenarbeit	10
<i>Art. 3</i> Aufgaben	10
<i>Art. 4</i> Zusammenarbeit; Gründung von und Beteiligungen an Rechtsträgern	12
3. Abschnitt: Organisation	14
<i>Art. 5</i> Organe	14
<i>Art. 6</i> Verwaltungsrat: Zusammensetzung, Wahl und Organisation	15
<i>Art. 7</i> Verwaltungsrat: Aufgaben	22
<i>Art. 8</i> Geschäftsleitung	30
<i>Art. 9</i> Revisionsstelle	31
4. Abschnitt: Personal	34
<i>Art. 10</i> Anstellungsverhältnisse	34
<i>Art. 11</i> Pensionskasse	36
5. Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt	39
<i>Art. 12</i> Finanzierung	39
<i>Art. 13</i> Gebühren	39
<i>Art. 14</i> Abgeltungen des Bundes	41
<i>Art. 15</i> Drittmittel	42
<i>Art. 16</i> Geschäftsbericht	42
<i>Art. 17</i> Rechnungslegung	43
<i>Art. 18</i> Reserven	44
<i>Art. 19</i> Tresorerie	46
<i>Art. 20</i> Steuern	47
<i>Art. 21</i> Liegenschaften	47
6. Abschnitt: Wahrung der Bundesinteressen	48
<i>Art. 22</i> Strategische Ziele	48
<i>Art. 23</i> Aufsicht	50
7. Abschnitt: Gewerbliche Leistungen	51
<i>Art. 24</i>	51
8. Abschnitt: Schlussbestimmungen	53

<i>Art. 25</i>	Errichtung der Anstalt	53
<i>Art. 26</i>	Übergang der Arbeitsverhältnisse	56
<i>Art. 27</i>	Zuständige Arbeitgeberin	59
<i>Art. 28</i>	Registereintragungen	60
<i>Art. 29</i>	Aufhebung anderer Erlasse	60
<i>Art. 30</i>	Änderung anderer Erlasse	60
<i>Art. 31</i>	Referendum und Inkrafttreten	61
3	Anhang: Weitere mögliche Regelungsgegenstände	63

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 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 können. 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. in den 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. Zurzeit werden verschiedene 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 bietet der Anhang zu diesem Mustererlass.

Im Anhang 2 des Mustererlasses zu den «Einheiten mit Aufgaben der Wirtschaft- und Sicherheitsaufsicht» werden die wichtigsten Unterschiede dieser Einheiten gegenüber den «Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter» dargestellt.

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

Hinsichtlich der organisationsrechtlichen Zuordnungen von Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter sei auch auf den Bericht zum Anhang zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung⁴ sowie auf die Erläuterungen der BK 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», «Vorgaben an die Verwaltung» etc. finden Sie auf der Homepage der Eidgenössischen Finanzverwaltung und des Bundesamtes für Justiz.

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

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

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: Artikel 125 BV für das Eidgenössische Institut für Metrologie oder Artikel 100 Absatz 1 und 101 Absatz 1 BV für die Schweizerische Exportrisikoversicherung.

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.

Absatz 1: 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.

Die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt des Bundes entspricht dem Charakter der Aufgaben: Die Erbringung von Dienstleistungen mit Monopolcharakter durch Einheiten des Bundes ist hoheitlicher Natur. Der Gewinnstrebigkeit sind Grenzen gesetzt. Die Finanzierung der Dienstleistungen mit Monopolcharakter erfolgt über Gebühren und wird vielfach auch über allgemeine Steuermittel (mit-) finanziert. Wo sich verselbständigte Einheiten hingegen weitgehend über Preise am (allenfalls regulierten) Markt finanzieren und damit die Voraussetzungen für die wirtschaftliche Selbständigkeit aufweisen, ist die Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform vorzusehen.

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

Absatz 2: Der Organisationserlass enthält verschiedene Vorschriften über die Organisation der Anstalt (Bsp: Art und Anzahl der formellen Organe, Kompetenzabgren-

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)

zung zwischen den Organen). Im Rahmen bzw. unter Vorbehalt dieser Vorgaben organisiert sich die Anstalt selber (Bsp: Erlass des Organisationsreglements durch den Verwaltungsrat nach Art. 7 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 (Beispiele: Art. 31 Abs. 1 und 3 KFG¹⁰ [Pro Helvetia mit Sitz in Bern]). 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 FusG¹¹) 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 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 steht¹². Institute des öffentlichen Rechts, die nicht zur Eintragung verpflichtet sind, haben das Recht, sich eintragen zu lassen¹³. Soll dieser Entscheid nicht dem Verwaltungsrat überlassen bleiben, so muss die Pflicht zu Eintragung im Organisationserlass vorgesehen werden. Zu den Einzelheiten des Handelsregistereintrags vgl. Art. 106–108 HRegV¹⁴.

Laut Bundesgericht wirkt der Eintrag eines Instituts des öffentlichen Rechts ins Handelsregister im Allgemeinen nicht konstitutiv. Das öffentliche Recht kann je-

¹⁰ Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009 über die Kulturförderung (Kulturförderungsgesetz, KFG, SR 442.1)

¹¹ 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)

¹² Vgl. auch BGE 115 Ib 233 E. 3, S. 237, Zuger Kantonalbank.

¹³ 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.

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

doch 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 zukommt¹⁵. Nach Artikel 25 Absatz 2 des Mustererlasses bestimmt der Bundesrat den Zeitpunkt, in dem die Anstalt die Rechtspersönlichkeit erlangt.

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 Rechtsverkehrs¹⁶. 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 HRegV¹⁷ 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.

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).

Vorschriften zur Unabhängigkeit gegenüber dem Bund oder gegenüber interessierten Dritten können hier ebenfalls angebracht sein (vgl. Art. 1 Abs. 3 E-SAFIG und Art. 9c Abs. 2 VE-EBG).

Beispiele¹⁸:

Artikel 21 E-PrävG¹⁹, Artikel 5 MSG²⁰, Artikel 3 SERV²¹, Artikel 2 EHB-Verordnung²², Artikel 1 SIRG²³, Artikel 1 und 5 ETH-Gesetz^{24,25}, Artikel 1 IGE²⁶,

¹⁵ CLAIRE HUGUENIN, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Artikel 1–456 ZGB, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), 4. Aufl., Basel 2010, Artikel 52 N 9 f.

¹⁶ Die Zuständigkeiten im öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr (insb. Erlass von Verfügungen) richten sich nach dem Organisationserlass und dem Organisationsreglement.

¹⁷ Handelsregisterverordnung vom 14. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411)

¹⁸ Das (geplante) Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz) ist in verschiedener Hinsicht ein Sonderfall. Die Anstalt «compenswiss (Ausgleichsfonds AHV/IV/EO)» wird daher in diesem Mustererlass nicht unter den Beispielen aufgeführt.

¹⁹ Entwurf des Bundesgesetzes über Prävention und Gesundheitsförderung (Präventionsgesetz, hier: E-PrävG), in: BB1 2009 7189, Botschaft vom 30. September 2009 in: BB1 2009 7071). Die Vorlage ist im Parlament gescheitert.

²⁰ Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Museen und Sammlungen des Bundes (Museums- und Sammlungsgesetz, MSG, SR 432.30)

²¹ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Schweizerische Exportrisikoversicherung (Exportrisikoversicherungsgesetz, SERV, SR 946.10)

²² Verordnung vom 14. September 2005 über das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB-Verordnung, SR 412.106.1)

Artikel 1 EIMG²⁷, Artikel 2 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz (hier: VE-BG) über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung²⁸, Artikel 1 E-SAFIG²⁹.

Art. 2 Ziele

Die Zielbestimmungen sind aus den höherrangigen Zielen des Bundes hergeleitet. Die Ziele sollten auf unbestimmte Zeit angelegt sein. Sie bilden den Rahmen für die Aufgaben der Anstalten.

Fallen die Zielsetzungen weg (bei einem Wegfall eines Monopols; Bsp. Eidgenössische Alkoholverwaltung), so ist der Fortbestand der Anstalt zu überprüfen.

Die Zielvorgaben 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), über die gewerblichen Leistungen (Art. 24 Mustererlass) und die Kooperationen (Art. 4 Mustererlass – insb. Beteiligungen).

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

²³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1978 über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIRG, **SR 425.1**)

²⁴ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz, **SR 414.110**).

²⁵ Mit der Botschaft vom 24. Februar 2016 zur Förderung von Bildung, Forschung und Innovation in den Jahren 2017–2020 (**BBl 2016 3089**) schlägt der Bundesrat eine Änderung des ETH-Gesetzes vor (Entwurf in **BBl 2016 3369**). Die Änderung sieht u.a. Anpassungen an einzelne Corporate-Governance-Leitsätze des Bundes vor. Der Entwurf wird hier mit E-ETH-Gesetz zitiert.

²⁶ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG, **SR 172.010.31**)

²⁷ Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMG, **SR 941.27**)

²⁸ Fundstelle:

[https://www.admin.ch>Startseite>Bundesrecht>Vernehmlassungen>Abgeschlossene Vernehmlassungen \(Vorentwurf eines Bundesgesetzes \[VE-BG\] über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung\)](https://www.admin.ch>Startseite>Bundesrecht>Vernehmlassungen>Abgeschlossene Vernehmlassungen (Vorentwurf eines Bundesgesetzes [VE-BG] über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung).

Nach der Vernehmlassung wurde auf die Weiterführung des Vorhabens in der bisherigen Form verzichtet. Der Bundesrat hat stattdessen am 4. Dezember 2015 eine Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) (Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit) verabschiedet (**BBl 2016 257**; **BBl 2016 305 [Entwurf]**). Er schlägt darin vor, an Stelle eines Qualitätszentrums die Aktivitäten in einem Netzwerk auszubauen. Dazu will der Bund mit den bisherigen Akteuren zusammenarbeiten und eine ausserparlamentarische Qualitätskommission (Art. 58c E-KVG) sowie eine Fachstelle innerhalb des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) einsetzen. Auf ein eigenständiges Gesetz wird verzichtet. Der Bund übernimmt eine strategische und operative Steuerung, um den zweckkonformen Einsatz der Mittel der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu gewährleisten.

²⁹ Entwurf des Bundesgesetzes über die Schweizerische Agentur für Innovationsförderung (Innosuisse-Gesetz, hier: E-SAFIG) in: **BBl 2015 9535**, Botschaft vom 25. November 2015 in: **BBl 2015 9487**). Die Innosuisse ist das Förderorgan des Bundes für die wissenschaftsbasierte Innovation.

Zielvorgaben können sich auch auf die Rechtsanwendung und die Rechtsprechung auswirken (zum Beispiel im Rahmen des Staatshaftungsrechts nach Verantwortlichkeitsgesetz [Art. 19 i.V.m. Art. 3 VG]³⁰, bei Vermögensschäden bzw. der Prüfung der Widerrechtlichkeit [Frage der Schutznorm]).

Beispiele:

Artikel 2 und 6 ETH-Gesetz, Artikel 2 SIRG, Artikel 5 SERVg, Artikel 2 EIMG, Artikel 3 KFG (Pro Helvetia), Artikel 2 MSG, Artikel 2 E-PrävG, Artikel 3 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 2 E-SAFIG.

2. Abschnitt: Aufgaben und Zusammenarbeit

Art. 3 Aufgaben

Eine klare Aufgabenübertragung ist notwendig im Hinblick auf eine klare Eingrenzung der Tätigkeiten der Anstalt, die klare Zuweisung von Verantwortlichkeiten, weiter als Anknüpfungspunkt für die interne Kompetenzregelung (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung), für die aufgabenspezifische Regelung zur Finanzierung der Anstalt (Art. 12 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 gegebenenfalls auf die entsprechenden Bundesgesetze hinzuweisen. Im Organisationserlass vorgesehen werden können zum Beispiel auch Pflichtaufgaben wie die Beteiligung der Anstalt an der technischen Zusammenarbeit auf ihrem Aufgabengebiet (Art. 3 Abs. 2 Bst. f EIMG) oder die Einsitznahme bzw. Mitwirkung in internationalen Fachorganisationen (im Unterschied zur Kann-Bestimmung nach Art. 3 Abs. 3 Mustererlass).

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.

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. Die Aufgabenübertragung durch den Bundesrat erfolgt in der Regel mittels Verordnung. Die Aufgaben und deren allfällige Abgeltung sind aber im Organisationserlass dem Grundsatz nach zu definieren (Leistungspflicht ohne Abgeltung oder Notwendigkeit einer subventionsrechtlichen Grundlage zur Ausrichtung von Abgeltungen). Nicht abgeltungsberechtigt ist die Mitwirkung bei der Rechtsetzung (Abs. 2).

³⁰ Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32)

Absatz 3: 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 FINMAG³¹, Artikel 31 Absatz 2 Buchstabe g RAG³². 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 blosse 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 Rahmen 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. Beispiele: Artikel 3 Absatz 4 EIMG, Artikel 3 Absatz 3 E-SAFIG.

Beispiele:

Artikel 3 SIRG, Artikel 2 IGEG, Artikel 7 MSG, Artikel 3 EIMG, Artikel 3 und 7 SERVG, Artikel 3 und 4 EHB-Verordnung, Artikel 22 E-PrävG, Artikel 7 ff. ETH-Gesetz, Artikel 4 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 3 E-SAFIG.

³¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1)

³² 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: BBl 2013 6857.

Art. 4 Zusammenarbeit; Gründung von und Beteiligungen an Rechtsträgern

Die Notwendigkeit einer solchen Regelung muss im Einzelfall geprüft werden.

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 (insb. kommerzielle) Kooperationen als auch Beteiligungen untersagt.

Absatz 1: 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 von der Ermächtigung ist die Pflicht zur Zusammenarbeit mit Dritten, bei der es sich um eine zwingend wahrzunehmende Aufgabe handelt. Wo ein öffentliches Interesse besteht, wird die Anstalten verpflichtet, mit anderen, im Gesetz näher zu definierenden Stellen zusammenzuarbeiten.

Artikel 14 RVOV verpflichtet die Verwaltungseinheiten des Bundes untereinander zur Zusammenarbeit. Sie erteilen (zur Wahrung des Amtsgeheimnisses) anderen Verwaltungseinheiten aber (nur) die Auskünfte, die für deren gesetzliche Aufgabenerfüllung erforderlich sind. Der Gegenstand und Adressat der Zusammenarbeit der Anstalt sollen soweit möglich näher umschrieben werden (z.B. Gutachtertätigkeit für den Bund, Zusammenarbeit mit kantonalen Stellen im Fachbereich etc.). Weitere Beispiele: Beratung von Amtsstellen und Unternehmen durch die WEKO (vgl. Art. 24a Abs. 1 E-KG³³); Zusammenarbeit des Instituts für Prävention und Gesundheitsförderung³⁴ mit den zuständigen Bundesstellen, den Kantonen, den Forschungsorganen sowie mit Dritten (vgl. Art. 23 Abs. 1 E-PrävG).

Absatz 2: Von der Zulassung von Gründungen und Beteiligungen ist nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen. Dabei gilt zu bedenken, dass mit jeder weiteren Auslagerung die formelle und faktische Kontrolle und Steuerung durch den Bund erschwert wird. Eine solche Ermächtigung muss daher sachlich begründbar sein (keine Regelung auf Vorrat).

Anders als bei privatrechtlich organisierten und mehrheitlich am Markt tätigen Einheiten sollen bei den Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter

³³ Änderung vom (...) des Kartellgesetzes, BBl 2012 3989 (hier: E-KG). Am 17. September 2014 trat der Nationalrat – trotz Eintretensentscheid des Ständerats (06.06.2015) – auf die Vorlage zum zweiten Mal nicht ein. Damit war diese Reform gescheitert. Die organisationsrechtlichen Bestimmungen als solche waren aber nicht in Frage gestellt worden.

³⁴ Das Institut wurde aufgrund der Ablehnung im Parlament nicht realisiert.

aufgrund ihrer Nähe zum Bund (überwiegend [hoheitliche] Erfüllung von Bundesaufgaben) Gründungen und Beteiligungen nicht allein dem Entscheid des Bundesrates und den obersten Leitungsorganen der Anstalt überlassen bleiben. Vielmehr soll der Gesetzgeber darüber entscheiden. Beispiele: Artikel 4 Absatz 2 E-SAFIG sieht vor, dass sich die Innosuisse im Rahmen der strategischen Ziele des Bundesrates nur an nicht gewinnorientierten privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern beteiligen kann. Die ETH und die Forschungsanstalten können im Rahmen des Leistungsauftrages³⁵ und der Weisungen des ETH-Rates zur Erfüllung ihrer Aufgaben Gesellschaften gründen, sich an solchen beteiligen oder auf andere Art mit Dritten zusammenarbeiten (Art. 3a ETH-Gesetz).

Allfällige Beteiligungen und Gründungen müssen der Erreichung der Ziele und der Erfüllung der Aufgaben der Anstalt dienen (Art. 2 und 3 Mustererlass) und betriebswirtschaftlichen Grundsätzen entsprechen (Art. 1 Abs. 3 Mustererlass). Zudem müssen die Finanzierung, Steuerung und Kontrolle gesichert sein. In den strategischen Zielen sind zwingend Vorgaben über die zulässigen Gründungen bzw. Beteiligungen enthalten. Beispiel: Artikel 4 Absatz 3 EIMG.

Den Rahmen von Artikel 4 übersteigt es, wenn im Sinn von Artikel 178 Absatz 3 BV und Artikel 2 Absatz 4 RVOG Aufgaben auf Dritte übertragen werden sollen. Für eine Übertragung öffentlich-rechtlicher Aufgaben auf Dritte und das dabei anwendbare Verfahren müssten spezifische gesetzliche Grundlagen geschaffen werden. Beispiel: Artikel 4 Absatz 2 EIMG.

Absatz 3: 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 FINMAG³⁶, Artikel 31 Absatz 2 Buchstabe g RAG³⁷. 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

³⁵ Im E-ETH-Gesetz wird neu die Steuerung über strategische Ziele vorgesehen. Diese sind zeitlich und inhaltlich auf den Zahlungsrahmen für den ETH-Bereich abgestimmt. Für die Umsetzung schliesst der ETH-Rat mit den beiden ETH und den Forschungsanstalten Zielvereinbarungen ab und teilt die Bundesmittel zu.

³⁶ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1)

³⁷ 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: BBl 2013 6857.

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 Rahmen 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. Beispiele: Artikel 3 Absatz 4 EIMG, Artikel 3 Absatz 3 E-SAFIG.

Beispiele:

Artikel 4 EIMG und 8 SERVГ (unter Einschluss der Regelung des Beizugs Dritter), Artikel 23 E-PrävG, Artikel 4 SIRG, Artikel 3 und 3a ETH-Gesetz (Art. 3a E-ETH-Gesetz), Artikel 4 EHB-Verordnung, Artikel 5 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 4 E-SAFIG.

3. Abschnitt: Organisation

Art. 5 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.

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 – 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. 8 Mustererlass). Dieser Status bezweckt die kompetenzmässige Abgren-

zung 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).

Vgl. zur Haftung der Anstalt bzw. ihrer Organe die Bemerkungen zu Artikel 10 des Mustererlasses.

Ein Beirat als weiteres Organ mit Entscheidungsbefugnissen ist nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt, da schlanke Strukturen anzustreben sind (LS 2). (Vgl. beispielsweise den Innovationsrat im E-SAFIG: Art. 5 Bst. c [Innovationsrat], Art. 9 [Stellung, Wahl, Organisation und Interessenbindungen], Art. 10 [Aufgaben, wie Entscheid über Fördergesuche], Art. 7 Abs. 1 Bst. b, j, k und l [Aufgaben des Verwaltungsrates gegenüber dem Innovationsrat: Wahl, Entschädigung, Aufsicht] sowie Art. 8 Abs. 2 Bst. c, d und f [Aufgaben der Geschäftsleitung gegenüber dem Innovationsrat]: Vorbereitung von Entscheidungsgrundlagen und Unterstützung bei der Vorbereitung seiner Geschäften, Erlass von Verfügungen und Abschluss von Verträgen gestützt auf seine Entscheide]).

Beispiele:

Artikel 10 MSG, Artikel 5 EIMG, Artikel 22 SERV, Artikel 25 E-PrävG, Artikel 3 IGE, Artikel 5 SIRG (allerdings wird der Direktor zusätzlich separat aufgeführt und die Revisionsstelle fehlt [keine eigene Rechnung]), Artikel 6 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 5 E-SAFIG.

Art. 6 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. 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 Verwaltungsrats, Interessenkonflikte). Vom Bund instruierbare Vertreterinnen und Vertreter sind in der Regel nicht vorzusehen, da eine solche Einsitznahme nur in begründeten Ausnahmefällen erfolgen soll (LS 9).

Zur ausgewogenen Vertretung der Landessprachen vgl. Artikel 6a Absatz 1 Buchstabe c BPG und Artikel 2a Kaderlohnverordnung (hier: KadLV)³⁸. Die vom Bundesrat am 6. November 2013 beschlossenen Richtwerte für die Vertretung der Sprachgemeinschaften³⁹ und die Zielquote für die Geschlechtervertretung⁴⁰ sind seit 1. Januar 2014 in Kraft. Die Vorgaben gelten für die obersten Leitungsorgane nach Artikel 2 Absatz 2 KadLV. Im jährlichen Kaderlohnreporting⁴¹ 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 Institutsrats von selbstständigen Organisationen des Bundes (vgl. Art. 8j RVOV sowie das Musteranforderungsprofil⁴²; 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 PSPV⁴³).

Am 28. November 2014 hat der Bundesrat gestützt auf die Empfehlung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates⁴⁴ eine «Weisung über die Wahl des obersten Kaders durch den Bundesrat (Grundelemente für die Vorbereitung von Wahlgeschäften durch die Departemente und die Bundeskanzlei)»⁴⁵ 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 Bundesrats nicht erfasst. Ob für die Wahlverfahren von Leitungsorganen von dezentralen Verwaltungseinheiten ähnliche Regelungen erlassen

³⁸ 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)

³⁹ Deutsch: 65,5 Prozent; Französisch: 22,8 Prozent; Italienisch: 8,4 Prozent und Rätoromanisch: 0,6 Prozent (Stand: 6. November 2013).

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

⁴¹ <https://www.epa.admin.ch>Dokumentation>Zahlen und Fakten>Berichte>

⁴² <https://www.efv.admin.ch>Themen>Finanzpolitik>Corporate Governance>Grundlagen; Muster Anforderungsprofil für VR/IR>

⁴³ Verordnung vom 4. März 2011 über die Personensicherheitsprüfungen (PSPV, SR 120.4)

⁴⁴ 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).

⁴⁵ BBl 2014 9737

werden sollen, wird vom Bundesrat geprüft. Er hat dem EFD (EPA, EFV) einen entsprechenden Prüfauftrag erteilt.⁴⁶

Absatz 2: 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 Grund⁴⁷. 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 Verwaltungsrats 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 Amtsdauer auf ein Jahr gilt für börsenkotierte Aktiengesellschaften (Art. 95 Abs. 3 BV und Art. 3 und 4, je Abs. 2, VegüV⁴⁸). 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 (LS 7). Eine gestaffelte Erneuerung der Verwaltungsmitglieder hat den Vorzug, dass

⁴⁶ 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 dazu vom 18. Dezember 2015 (BBl 2016 1763).

⁴⁷ BGE 119 Ib 99 E. 2.a.

⁴⁸ Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten 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 börsenkotierte Aktiengesellschaften und Transparenzvorschriften für rohstofffördernde Unternehmen einführen sowie die Gründungs- und Kapitalvorschriften flexibilisieren.

ein Gleichgewicht zwischen Stabilität und Erneuerung entsteht. Die Staffe- lung 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 ab⁴⁹. 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 VGG⁵⁰ 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.

Beim ETH-Rat gibt es bezüglich Abwahlmöglichkeiten Unterschiede zwischen den auf Amtsdauer gewählten Personen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen (Art. 14 Abs. 2 und 3 BPG), und den übrigen Mitgliedern, die in einem öffentlich-rechtlichen Mandatsverhältnis stehen (Art. 17 Abs. 1^{bis} E-ETH-Gesetz). In denjenigen Fällen, in denen der Arbeitsvertrag und die Einsitznahme im ETH-Rat unabhängig voneinander bestehen, ist die Möglichkeit der Abberufung aus dem ETH-Rat gesetzlich zu regeln (Art. 24 Abs. 4 E-ETH-Gesetz).

Absatz 4: Nach Aktienrecht besteht das Mandat der Verwaltungsratsmitglieder, trotz Wahl durch die Generalversammlung, mit der Aktiengesellschaft. 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. Die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Auftrag kommen als ergänzendes öffentliches Recht zur Anwendung, soweit öffentlich-rechtlich (im Organisationserlass und in Art. 6a BPG bzw. der darauf basierenden Kaderlohnverordnung) nichts bzw. nichts anderes geregelt ist. Diese Regelung entspricht bisheriger Anschauung und Rechtspraxis.

⁴⁹ BGE 2A.312/2004 vom 22. April 2005 E.2.1.2

⁵⁰ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32)

Am 25. November 2015 hat der Bundesrat mit der Karenzfristverordnung⁵¹ die Rechtsgrundlage geschaffen, damit er für Mitglieder von Verwaltungs- und Institutsräten von Anstalten des Bundes, die mit Aufsichts- und Regulierungsaufgaben betraut sind, im Wahlbeschluss eine Karenzfrist ansetzen kann, 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 beaufichtigten oder regulierten Bereichs zu einem Interessenkonflikt führt (Art. 8j^{bis} Abs. 1 RVOV). Spezifische Regelungen zur Karenzfristproblematik des Verwaltungs- bzw. Institutsrats bestehen mittlerweile bereits bei der FINMA⁵², beim ENSI⁵³ und bei Swissmedic⁵⁴. Artikel 6a des ENSI-Personalreglements sieht für den Direktor bzw. die Direktorin und das übrige Personal eine analoge Karenzfristregelung vor. Nicht nötig ist eine solche Regelung für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter.

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 zu schaffen- den und 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. 7 Bst. e, Art. 10 und Art. 23 Abs. 2 Bst. c Ziff. 2 Mustererlass).

Die KadLV enthält Vorschriften zur Entlohnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Anstalten (und Unternehmen) des Bundes. 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 Mit-

⁵¹ 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.

⁵² Artikel 38a FINMA-Personalverordnung 11. August 2008 (SR 956.121)

⁵³ Artikel 6a ENSI Personalreglement vom 17. Oktober 2008 (SR 732.221)

⁵⁴ Artikel 34a Verordnung vom 28. September 2001 über das Personal des Schweizerischen Heilmittelinstituts (SR 812.215.4)

glieder des Verwaltungsrats 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. Allfällige gestützt auf das Kaderlohnreporting erfolgte Änderungen wirken somit erst zukunftsgerichtet.⁵⁵

Die Artikel 394 ff. OR über den Auftrag⁵⁶ 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 widerruflich 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 unter anderem die Sorgfaltspflicht, die Geheimhaltungspflicht, das Konkurrenzverbot, das Verbot des Insiderhandels und die Treupflicht 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. 7 Bst. c Mustererlass). Der Verwaltungsrat soll sowohl generell die Spielregeln für den Umgang mit Interessenkonflikten regeln, wie auch in einzelnen konkreten Fällen die nötigen Massnahmen ergreifen. Während sich die Melderechte und Meldepflichten für die Mitglieder der Geschäftsleitung und 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. Vgl. zum Ganzen auch die Bemerkungen zu Artikel 7 Buchstabe c des Mustererlasses.

Absatz 6: Der Verwaltungsrat ist gegenüber dem Bundesrat mitverantwortlich dafür, dass die Interessenbindungen, die 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

⁵⁵ 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 Verwaltungsrats verweigert.

⁵⁶ BGE 130 III 213: Wohl die Mehrheit der Lehre nimmt für Mitglieder des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft einen mandatsähnlichen Vertrag an.

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 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. 23 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 werden⁵⁷. Beispiel: Artikel 7 Absatz 4 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. 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-HMG⁵⁸ zur Offenlegung der Interessenbindungen der Mitglieder des Institutsrats. Hier wird neu 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. Für die Mitglieder des ETH-Rats, die in einem Arbeitsverhältnis mit dem ETH-Bereich stehen, gilt Artikel 20 BPG (Wahrung der Interessen des Arbeitgebers). Für die übrigen Ratsmitglieder wird mit Artikel 24b E-ETHG-Gesetz die Treupflicht nun ebenfalls gesetzlich verankert. Für die Offenlegung von Interessenbindungen vor der Wahl und während der Amtszeit sowie die Berichterstattung im Geschäftsbericht vgl. neu explizit Artikel 24c E-ETH-Gesetz.

Absatz 7: Die Pflichten zur Wahrung von Amts-, Berufs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Regeln zur Information der Öffentlichkeit sind, je nach Adressat und den übrigen Umständen, im Organisations- oder im Aufgabenerlass zu regeln und allenfalls im Organisationsreglement oder im Mandat zu konkretisieren. Da die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht zum Personal der Anstalt gehören, sind sie den Best-

⁵⁷ Vgl. Artikel 6 Absatz 7 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Agentur für Innovationsförderung (Innosuisse-Gesetz, SAFIG, BBJ 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, BBJ 2016 353)

⁵⁸ Änderung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetzes, HMG, SR 812.21) vom 18. März 2016 (vgl. BBJ 2016 1953). Die Verweisung entspricht bereits der vom Parlament verabschiedeten Fassung. Die Gesetzesänderung wird voraussichtlich Mitte 2017 in Kraft treten.

immungen des BPG zur Schweigepflicht (Art. 22) nicht unterstellt. Deshalb wird hier eine vergleichbare Bestimmung in den Organisationserlass aufgenommen.

Beispiele:

Artikel 11 MSG, Artikel 26 E-PrävG, Artikel 24 SERV, Artikel 11 und 32 (Gewinn und Reserven) EHB-Verordnung, Artikel 4 IGEG, Artikel 24 ff. und 27 ff. ETH-Gesetz (Art. 17 Abs. 1^{bis} [öffentlich-rechtliches Mandat], 24 Abs. 4 [Abberufung], 24a [Ausschüsse], 24b [Treuepflicht] und 24c [Offenlegung von Interessenbindungen] E-ETH-Gesetz), Artikel 6 ff. SIRG, Artikel 6 ff. EIMG, Artikel 7 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 6 E-SAFIG. Die meisten Beispiele sind noch nicht dem Mustererlass entsprechend ausgestaltet.

Art. 7 Verwaltungsrat: Aufgaben

Buchstabe a: Anstalten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, gehören zu den Einheiten des Bundes, die nach Artikel 8 Absatz 5 RVOG über strategische Ziele geführt werden. Der Verwaltungsrat der Anstalt ist verantwortlich für die innerbetriebliche Umsetzung der vom Bundesrat erlassenen strategischen Ziele (Art. 22 Mustererlass).⁵⁹ 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 im Rahmen seiner Aufsicht zu überprüfen zu können (vgl. Art. 22 und 23 Mustererlass). Vgl. die «Mustervorlage⁶⁰ für den Erlass der strategischen Ziele von selbstständigen Einheiten des Bundes: Fassung für Dienstleister mit Monopolcharakter und als Empfehlung für Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht».

Buchstabe b: Artikel 5 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,

⁵⁹ Dies gilt auch bei privat- oder spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes, unabhängig davon, ob eine Stammhaus-, Holding- oder Konzernstruktur vorliegt. Der Verwaltungsrat ist so auch verantwortlich für die Umsetzung und Erreichung der strategischen Ziele bei Tochtergesellschaften. Deren Einbindung muss auf der personellen Ebene (Vertreter in den Verwaltungsräten der Töchter), der gesellschaftsrechtlichen Ebene (Statuten, Organisationsreglemente, Aktionärsbindungsverträge etc.) und der vertraglichen Ebene (vertragliche Überbindung – in Geschäftsführungs- bzw. Managementverträgen etc.) durch den Verwaltungsrat sichergestellt werden. Dieser muss die Steuerung und Kontrolle (Informationszugang und Sanktionensystem) garantieren können.

⁶⁰ http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov.php

soweit er sie nicht übertragen hat⁶¹. Demgegenüber sind bei den Anstalten die strategische (Verwaltungsrat) und die operative Ebene (Geschäftsleistung) bereits auf Gesetzesesebene 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. 8 Abs. 2 Bst. b Mustererlass). Der Verwaltungsrat kann – unter Vorbehalt von Art. 8 Abs. 2 Bst. e Mustererlass – im Organisationsreglement zum Beispiel 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 Verwaltungsrats zu wahren. Der Verwaltungsrat und seine Ausschüsse können Drittpersonen (namentlich Fachleute) zur Beratung beiziehen. Diese sind vertraglich zur Geheimhaltung zu verpflichten. Der 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.

Buchstabe b^{bis}: Der Bedarf nach einer solchen Norm ist im Einzelfall abzuklären und eher denkbar bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht als bei Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter. Es handelt sich um Ausführungsbestimmungen, die der Verwaltungsrat selber erlassen kann. Eine gesetzliche Delegation zum Erlass generell-abstrakter Normen mit Aussenwirkung ist jedoch nur im Ausnahmefall zulässig. Sie erfolgt 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. Beispiele: Artikel 36 Absatz 4 ETH-Gesetz

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. an Ausschüsse ebenfalls unter Artikel 716b Absatz 1 OR.

i.V.m. der Immaterialgüter- und Beteiligungsverordnung ETH-Bereich⁶²; Verordnung des ETH-Rates über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen Zürich und Lausanne⁶³.

Buchstabe c: 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, Verhaltensweisungen etc.). Beispiele betr. Geschäftsleitung und übriges Personal: Artikel 15 ff. PV-METAS⁶⁴ (Verhaltensgrundsätze, Nebenbeschäftigung, Einkommen aus Arbeiten für Dritte, Annahme von Geschenken und sonstigen Vorteilen, Einladungen, Geheimhaltungspflicht, Eigengeschäfte). Die Verordnung gilt für alle Angestellten des EIMG, also inklusive Geschäftsleitungsmitglieder. Als Konkretisierung von Artikel 34 der Verordnung über das Personal des Schweizerischen Heilmittelinstituts (Sorgfalts- und Treuepflicht)⁶⁵ hat Swissmedic für seine Angestellten einen Verhaltenskodex erlassen. Artikel 34a dieser Verordnung regelt den Wechsel von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Swissmedic zu einer Firma mit Betriebsbewilligung nach dem Heilmittelgesetz.

Die Regelung zur Vermeidung von Interessenkonflikten der Mitglieder des Verwaltungsrats kann in politisch besonders sensiblen Bereichen direkt durch Verordnung erfolgen (Bsp. Art. 4–4b ENSIV⁶⁶).⁶⁷

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 2014⁶⁸ 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

⁶² Verordnung vom 24. März 2004 des ETH-Rates über die Immaterialgüter im ETH-Bereich und die Beteiligung an Unternehmungen, Immaterialgüter- und Beteiligungsverordnung ETH-Bereich (IGBV-ETH, SR 414.172). Diese Verordnung unterliegt allerdings der Genehmigung durch den Bundesrat (vgl. Genehmigungsbeschluss vom 23. Juni 2004).

⁶³ Verordnung des ETH-Rates vom 13. November 2003 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen Zürich und Lausanne (ETHZ-ETHL-Verordnung, SR 414.110.37)

⁶⁴ Verordnung des METAS vom 24. Oktober 2012 über sein Personal (SR 941.273)

⁶⁵ Verordnung vom 28. September 2001 über das Personal des Schweizerischen Heilmittelinstituts (SR 812.215.4)

⁶⁶ Verordnung vom 12. November 2008 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIV, SR 732.21)

⁶⁷ 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.

⁶⁸ BBl **2015** 1265

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 Formulierung 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 Verwaltungsrats 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 Organisationsreglement. 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-OR⁶⁹ 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 Mit-

⁶⁹ Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) und Erläuterungsbericht (Vernehmlassungsvorlage vom 28. November 2014)

gliedschaften in analogen Organen anderer Unternehmen und Anstalten des Bundes des öffentlichen oder privaten Rechts informieren⁷⁰. Vgl. jetzt ausdrücklich Artikel 6 Absatz 6 des Mustererlasses.

Buchstabe d: Der Verwaltungsrat wird verpflichtet, ein Reglement über die Entgegennahme und die Verwaltung von Drittmitteln (vgl. Art. 15 und 24 Mustererlass) zu erlassen. Regelungsgegenstand eines solchen Reglements können beispielsweise sein: die Beschaffung von Drittmitteln (Bsp. Spenden, Sponsoring), die Voraussetzungen und Rahmenbedingungen für Drittmittelprojekte oder Drittmittelstellen, die Finanzierungsplanung einschliesslich Folgekostenabschätzungen, und – wichtig – Zuständigkeitsfragen (Bsp. Meldepflichten, Annahme von Zuwendungen, Abschluss von Verträgen). Die entsprechenden Vorschriften sollen nicht nur die Anstalt als Organisation insgesamt sondern auch ihre Teilbereiche und ihre Vertreterinnen und Vertreter erfassen. Die Entgegennahme von Drittmitteln ist zulässig, soweit sie sich positiv auf die Aufgabenerfüllung auswirkt (wie Förderung der Fachkompetenz, Schaffen von Synergieeffekten). Eine Grenze ist dort zu ziehen, wo ihre Entgegennahme die Gefahr von Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften in sich birgt; ebenso, wenn die Unabhängigkeit, die Glaubwürdigkeit, die Reputation, die Zielerreichung oder die Aufgabenerfüllung der Anstalt oder einzelner Personen (z.B. bei Interessenkonflikten) beeinträchtigt werden könnten (vgl. auch Art. 24 Abs. 1 Bst. b Mustererlass).⁷¹ Beispiel: Artikel 34c ETH-Gesetz, wonach die ETH und die Forschungsanstalten über die Mittel verfügen, die ihnen von dritter Seite zufließen, soweit dies mit ihrer Aufgabe vereinbar ist. Der ETH-Rat erlässt Vorschriften über die Verwaltung dieser Drittmittel.

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. 10 Mustererlass)⁷². Personalstatut und Pensionskassenstatut sind inskünftig dem gleichen Rechtskreis – öffentliches Recht oder Privatrecht – zugeordnet. Das Pensionskassenstatut von Einheiten, die Dienstleistungen mit

⁷⁰ Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 2003 (im Anhang 3 zum Kaderlohnreporting; Offenlegung der Bindungen) (<http://www.epa.admin.ch>Dokumentation>Zahlen und Fakten>Berichte, Entlohnung, Kaderlohnreporting>)

⁷¹ Vgl. ferner für den Geltungsbereich des FHG (dem Anstalten mit eigener Rechnung nicht unterstellt sind): Artikel 54 FHG sowie Artikel 63 und 64 FHV (Drittmittel und Kofinanzierungen sowie Zuwendungen).

⁷² 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.

Monopolcharakter erbringen, ist somit ein öffentlich-rechtliches Statut im Rahmen des BPG (vgl. Art. 11 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).

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 Rechnung⁷³ 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-BPG⁷⁴ 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 BVG⁷⁵).

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

⁷³ 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).

⁷⁴ Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz vom 20. Dezember 2000 (SR 172.220.11)

⁷⁵ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40)

Art. 9 Abs. 2 Publica-Gesetz⁷⁶⁾. Vorbehalten bleibt eine allfällige (gegenüber Art. 11 Abs. 2 BVG spezialgesetzliche) Anordnung eines Zusammenschlusses durch den Bundesrat (geplante Änderung von Art. 32d BPG⁷⁷⁾.

Zu den Anstellungsverhältnissen und zur Genehmigung der Personalverordnung durch den Bundesrat sei auf die Bemerkungen zu Artikel 10 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 11 des Mustererlasses.

Buchstabe e (Gebühren): Die Gebührenbestimmungen (vgl. Art. 13 Mustererlass) unterliegen der Genehmigung durch den Bundesrat. Bei der Festsetzung der Gebühren darf ein Einnahmenüberschuss eingeplant werden, wenn damit allfällige Reserven aufgebaut werden sollen (vgl. Art. 7 Bst. I und Art. 18 Mustererlass). Ausser zu den Gebühren sind allenfalls auch Bestimmungen zu den Abgeltungen (vgl. Art. 14 Mustererlass) vorzusehen.

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 Direktor⁷⁸⁾. Die zentrale Stellung und Verantwortlichkeit dieser Funktion (insb. Entscheidfunktion und Vertretung der Anstalt nach aussen, vgl. Art. 8 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 Verwaltungsrats. Auf einen Genehmigungsvorbehalt des Bundesrates kann hier verzichtet werden, da die von ihm genehmigte Personalverordnung (Art. 7 Bst. e und Art. 10 Mustererlass) und die von ihm erlassene KadLV 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 Verfü-

⁷⁶⁾ Bundesgesetz vom 20. Dezember 2006 über die Pensionskasse des Bundes (PUBLICA-Gesetz, SR 172.222.1)

⁷⁷⁾ BBl 2016 311 (Botschaft) und BBl 2016 353 363f. (Gesetzesentwurf)

⁷⁸⁾ 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.

gungen: 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. 8 Abs. 2 Bst. b Mustererlass).

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. 9 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 Angemessenheit soll 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. 18 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 (Art. 18 Mustererlass). Der konkrete Entscheid des Verwaltungsrates zur

Bildung und Verwendung von 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 14 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).

Zum Geschäftsbericht vgl. Artikel 16 dieses Mustererlasses.

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 11 MSG, Artikel 26 E-PrävG, Artikel 24 SERV, Artikel 11 und 32 (Gewinn und Reserven) EHB-Verordnung, Artikel 4 IGEG, Artikel 24 ff. und 27 ff. ETH-Gesetz (Art. 25 Abs. 1 Bst. a und 33a [Umsetzung strategische Ziele], 34 [Berichterstattung], 35 Abs. 3 und 4 [Entlastung, Ertragsüberschuss, Geschäftsbericht], 35a^{bis} [IKS und Risikomanagement], 35a^{er} Abs. 1 [Internes Audit] E-ETH-Gesetz), Artikel 6 ff. SIRG, Artikel 6 ff. EIMG, Artikel 7 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 6 E-SAFIG. Die meisten Beispiele sind noch nicht dem Mustererlass entsprechend ausgestaltet.

Art. 8 Geschäftsleitung

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

Der Verwaltungsrat ist verantwortlich für die innerbetriebliche Umsetzung der strategischen Ziele (Art. 7 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 Tätig-

keiten und öffentlicher Ämter von einer Bewilligung abhängig machen können, soweit sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben zu beeinträchtigen vermögen.

Absatz 2 Buchstabe b: Sofern Verfügungskompetenzen bestehen. Vorbehalten bleiben gegebenenfalls die Entscheid- und Mitwirkungsrechte des Verwaltungsrats. Die entsprechende Regelung gehört ins Organisationsreglement (vgl. Bemerkungen zu Art. 7 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 (teils 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 28 E-PrävG, Artikel 9 und 10 EIMG, Artikel 12 MSG, Artikel 25 SERVG, Artikel 8 SIRG, Artikel 5 und 7 IGEG, Artikel 12 EHB-Verordnung, Artikel 8 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 8 E-SAFIG.

Art. 9 Revisionsstelle

Absatz 1: Bei den Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter hat der Bundesrat, vergleichbar mit der Generalversammlung bei Aktiengesellschaften, die Kompetenz zur Ernennung und zur Abberufung der externen Revisionsstelle. 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).

Die Wahl erfolgt in der Regel gestützt auf einen Wahlvorschlag des Verwaltungsrats. Der Verwaltungsrat der Anstalt muss – bereits beim Ausschreibungs- bzw. Offertverfahren – die gesetzlichen Anforderungen (Abs. 2 und 3) und allfällige, vom Bundesrat in der Verordnung oder einzelfallweise (Abs. 5) festgelegten Vorgaben berücksichtigen. Bei Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht ist dagegen in gewissen Fällen die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) zwingend (auch) die zuständige (externe) Revisionsstelle. Eine solche Regelung findet sich etwa bei der FINMA und bei der RAB, weil diese Anstalten unter anderem die privaten Revisionsgesellschaften beaufsichtigen.

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).

Absatz 2: Es wird dynamisch auf die Regelung des Aktienrechts verwiesen. 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 gegenüber 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 Bestimmungen 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 An-

hang zur Jahresrechnung, wie es nach dem alten Recht (Art. 663b Ziff. 12 aOR⁷⁹) 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. 7 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, richten sich 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 13 MSG, Artikel 31 E-PrävG, Artikel 11 EIMG, Artikel 26 SERV, Artikel 13 EHB-Verordnung, Artikel 35a ETH-Gesetz, Artikel 6 IGEG, Artikel 9 VE-BG

über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 11 E-SAFIG.

4. Abschnitt: Personal

Art. 10 Anstellungsverhältnisse

Absatz 1: Für verselbständigte Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, 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. 7 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, der VBPV⁸⁰ und der BPDV⁸¹) als

⁸⁰ Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung (VBPV, SR 172.220.111.31)

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. 7 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: BBJ 2009 2693 f.; LS 30). Beispiel: Verordnung des METAS über sein Personal (PV-METAS⁸²). Vgl. im Übrigen die Bemerkungen zu Artikel 7 Buchstabe e sowie Artikel 26 dieses Mustererlasses zum Übergangsrecht.

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

Verantwortlichkeit (Haftung): Die Verantwortlichkeit der Anstalt, ihrer Organe und ihres Personals richtet sich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958⁸³. Beispiele für Sonderregelungen, die die Anwendung des VG ausschliessen, finden sich in Anhang 1.

Nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe f VG sind diesem Gesetz alle Personen unterstellt, die unmittelbar mit öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes betraut sind. Daher kommt das VG auch zur Anwendung, wenn Organe oder Angestellte der Anstalt, soweit diese mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut ist, in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit Dritte oder den Bund widerrechtlich schädigen (Art. 19 VG i.V.m. Art. 3 VG). Können gestützt auf den Organisationserlass öffentlich-rechtliche Aufgaben der Anstalt auch an Dritte übertragen werden, so richtet sich deren Haftung ebenfalls nach dem VG.

Bei einer Schädigung Dritter haftet die Anstalt, d.h. gegenüber den fehlbaren Angestellten oder Organen steht dem geschädigten Dritten kein Anspruch zu. Es handelt sich um eine betragsmässig unbegrenzte Kausalhaftung der Anstalt. Wenn die Anstalt als Subjekt des Zivilrechts auftritt, haftet sie nach dessen Bestimmungen (Art. 11 VG). Soweit die Anstalt die geschuldete Entschädigung nicht selber finanzieren kann, haftet der Bund subsidiär für den ungedeckten Betrag (sog. Ausfallhaftung). Das VG regelt auch den Regress der Anstalt und des Bundes gegenüber den fehlbaren Organen und Angestellten der Anstalt. Eine direkte Haftung trifft die Organe oder Angestellten, wenn sie die Anstalt oder den Bund direkt geschädigt haben. Die Anstalt hat dem Bund in einem solchen Fall einen allenfalls ungedeckt gebliebenen Betrag zu ersetzen (Art. 19 Abs. 1 Bst. b VG).

⁸¹ Verordnung vom 26. Oktober 2011 über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BPDV, SR 172.220.111.4)

⁸² Verordnung des METAS vom 24. Oktober 2012 über sein Personal (PV-METAS, SR 941.273)

⁸³ Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.23)

Beispiele:

Artikel 29 E-PrävG, Artikel 12 EIMG, Artikel 14 Absatz 1 MSG, Artikel 17 ff. ETH-Gesetz, Artikel 16 EHB-Verordnung, Artikel 10 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 12 E-SAFIG.

Art. 11 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 Dienstleistungen mit Monopolcharakter 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 die 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 mit PUBLICA. Denkbar ist 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 vorgeschlagen (BBl 2016 311 [Botschaft] und BBl 2016 353 363f. [Gesetzesentwurf]). 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

se 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. 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. 27 Mustererlass).

Die Anstalten 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 2012⁸⁴ gestrichen (vgl. Art. 32a Abs. 2 BPG).

Die Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter sollen aufgrund ihrer Aufgaben 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. 7 Bst. f Mustererlass). Dem Bundesrat wird auf dem Wege der Genehmigung des

⁸⁴ AS 2013 1493; BBl 2011 6703

Anschlussvertrags (Art. 32e Abs. 3 BPG – LS 36) eine direkte Steuerung der Einheit als Arbeitgeber⁸⁵ 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 Gebührenpflichtigen unangemessene Vorsorgelösungen der Anstalt mitfinanzieren 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 Arbeitgeber⁸⁶ 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 z. B. um Fragen der Generationengerechtigkeit oder 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 14 Absatz 2 MSG, Artikel 13 EIMG, Artikel 30 E-PrävG, Artikel 18 und 18a EHB-Verordnung, Artikel 17 Absatz 1 ETH-Gesetz, Artikel 11 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 13 E-SAFIG.

⁸⁵ NB: Die Steuerung durch den Bundesrat gilt nicht PUBLICA als Vorsorgeeinrichtung.

⁸⁶ Dito Fn 85

5. Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt

Art. 12 Finanzierung

Generell zu den Artikeln 12–15: In den meisten Organisationserlassen ausgelagerter Einheiten wird heute lediglich festgehalten, dass sie sich insgesamt aus Gebühren und Abgeltungen finanzieren, allenfalls weiter aus Drittmitteln bzw. – im Falle gewerblicher Leistungen (analog Art. 41a Abs. 3 FHG) – über mindestens kostendeckende Preise⁸⁷. Damit wird die Frage offen gelassen, wie die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe nach ihrer Auslagerung finanziert werden soll: Ist sie ausschliesslich über Gebühren oder Drittmittel 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 Mittelflüsse. Mischrechnungen, (unzulässige) Querfinanzierungen zwischen verschiedenen Aufgabenbereichen und Doppelfinanzierungen können so vermieden werden. Bei der Finanzierung der Anstalt sollte die aufgabenspezifische Verwendung der Mittel – differenziert nach ihrer Herkunft – im Rahmen der strategischen Ziele festgelegt werden.

Damit die angestrebte Transparenz tatsächlich gewährleistet werden kann, braucht es eine entsprechend ausgebauten Rechnungslegung (vgl. Art. 17 Mustererlass).

Beispiele:

Artikel 14 EIMG, Artikel 32 E-PrävG, Artikel 17 MSG, Artikel 29 EHB-Verordnung, Artikel 34b ff. ETH-Gesetz, Artikel 12 IGEG, Artikel 12 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 14 E-SAFIG.

Art. 13 Gebühren

Absatz 1: Verselbständigten Einheiten wird nur in Ausnahmefällen die Befugnis zum Erlass generell-abstrakter Normen mit Aussenwirkung delegiert (LS 13). Deshalb wird im Falle einer Delegation die Gebührenverordnung des Verwaltungsrates der Genehmigung durch den Bundesrat unterstellt (vgl. Art. 7 Bst. e Mustererlass; LS 13 und CG-Bericht: BBl 2006 8275 u. 8284 ff.).

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 genehmigt wird (Vetorecht). Eine notwendige

⁸⁷ Evtl. auch direkt aus Steuern, wie bei der Eidgenössischen Alkoholverwaltung.

Einschränkung kann sich ergeben, wenn die Kantone gebührenpflichtig sind. Deshalb hat der Bundesrat die auf das Messgesetz gestützte GebV-METAS⁸⁸ erlassen.

Zwar kann Artikel 46a RVOG auch als Gesetzesgrundlage für die Erhebung von Gebühren durch Einheiten der dezentrale Bundesverwaltung im Sinn von Artikel 2 Absatz 3 RVOG dienen (vgl. Botschaft zu Art. 46a RVOG, BBl 2003, 5761). Dabei wäre aber der Bundesrat für den Erlass der Gebührenverordnung zuständig. Anstalten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, sollen jedoch ihre Gebührenverordnung – unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat – selber erlassen können. Deshalb ist im Organisationserlass eine eigene formell-gesetzliche Grundlage nötig.

Absatz 2 Buchstaben a und b: Die Spezifizierung der Ermächtigung zur Rechtsetzung in den aufgezählten Bereichen ist aus Artikel 46a RVOG übernommen, bis auf eine Modifikation der Formulierung in Buchstabe b, wo von «Modalität der Erhebung» statt von «Verfahren» die Rede ist. Grund für diese Abweichung bildet der Umstand, dass der Verwaltungsrat die Möglichkeit haben soll, vor Erlass einer Gebührenverfügung Rechnung zu stellen, den Erlass einer Verfügung also nur für strittige Fälle vorzusehen.

Absatz 2 Buchstaben c und d: Die vom Bundesrat erlassene Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV)⁸⁹ regelt (u.a.) die Haftung bei einer Mehrheit von Gebührenpflichtigen und die Verjährung von Gebührenforderungen. Da der Erlass der Gebührenverordnung hier an die Anstalt bzw. deren Verwaltungsrat delegiert ist, gilt die AllgGebV nicht eo ipso. Der Organisationserlass schafft die Grundlage für eine entsprechende Normierung durch den Verwaltungsrat. Dieser kann sich bei der konkreten Ausgestaltung der Gebührenverordnung primär an den Regelungen und der Praxis zur AllgGebV orientieren.

Absatz 3: Die vorgeschlagene Regelung lässt der Anstalt – unter Einhaltung des Äquivalenzprinzips und des Kostendeckungsprinzips – einen grossen Spielraum bei der Festsetzung der Höhe der Gebühren. Dies rechtfertigt sich insbesondere dann, wenn die Anstalt über finanzielle Autonomie verfügen soll und gleichzeitig (insb. nach den bundesrätlichen Vorgaben in den strategischen Zielen) in bestimmten Bereichen zur Eigenwirtschaftlichkeit bzw. zu einem bestimmten Eigenfinanzierungsgrad verpflichtet wird. Eine weitere Leitplanke ergibt sich aus der Regelung zu allfälligen Abgeltungen des Bundes (Art. 14 Mustererlass), da diese sich auf den Selbstfinanzierungsgrad der Anstalt auswirken.

Absatz 4: Welche Ausnahmen von der Gebührenerhebung für Verfügungen und Dienstleistungen möglich sein sollen, muss für jede Anstalt einzeln geprüft werden. Eine allfällige Regelung kann sich auch hier an der AllgGebV orientieren.

⁸⁸ Verordnung vom 5. Juli 2006 über die Gebühren des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (GebV-METAS, SR 941.298.2)

⁸⁹ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1)

Beispiele für Gebührenverordnungen: Gebührenordnung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum⁹⁰; Verordnung über die Gebühren des Eidgenössischen Instituts für Metrologie⁹¹. Besonderheit: Die Kantone und mit Vollzugsaufgaben betraute Dritte (Art. 18 Abs. 3 Messgesetz⁹²) nehmen für ihre Aufgaben Dienstleistungen des Instituts für Metrologie in Anspruch. Da bei der Festlegung der Höhe der Gebühr auch die Dienstleistungen des Instituts eingerechnet sind, sind die Kantone und die beauftragten Dritten verpflichtet, einen pauschalen Anteil ihrer Gebühreneinnahmen dem Institut weiterzugeben (Art. 19 Abs. 5 Messgesetz i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-METAS).

Beispiele:

Artikel 15 EIMG, Artikel 13 IGE, Artikel 33 EHB-Verordnung, Artikel 34d ETH-Gesetz (Art. 34d Abs. 3 E-ETH-Gesetz [Studiengebühren]).

Art. 14 Abgeltungen des Bundes

Absatz 1: Falls der Bundesrat der Anstalt gestützt auf den Organisationserlass Aufgaben überträgt (vgl. Art. 3 Abs. 3 Mustererlass), werden diese vom Bund abgegolten. Abgeltungsberechtigt sind dabei auch die zur Erfüllung dieser Aufgaben notwendigen, anteiligen Betriebskosten.

Nicht abgeltungsberechtigt ist die Mitwirkung der Anstalt bei Gesetzgebungsarbeiten des Bundes, die ihre Organisation und ihren Aufgabenbereich betreffen (vgl. Art. 3 Abs. 2 Mustererlass). Diese Mitwirkung liegt nicht zuletzt auch stark im Eigeninteresse der Anstalt.

Absatz 2: Im Übrigen kann der Bund in einzelnen Fällen die Erfüllung bestimmter Aufgaben, die der Organisationserlass der Anstalt überträgt, ganz oder teilweise abgelden. Ein allfälliger Finanzierungsbeitrag des Bundes dient der Anstalt dazu, die ihrem gesetzlichen Auftrag entsprechenden Dienstleistungen mit Monopolcharakter zu erbringen. Bei der Beitragsbemessung werden jedoch ihre Möglichkeiten zur Eigenfinanzierung (Einnahmen aus Gebühren und Drittmitteln) berücksichtigt. Damit werden Doppelfinanzierungen verhindert, und die Eigenwirtschaftlichkeit wird gestärkt.

Abgeltungen sind Subventionen im Sinne des Subventionsgesetzes (SuG)⁹³. Daher sind die materiellen und formellen Rahmenbedingungen des SuG zu beachten, soweit der Organisationserlass keine abweichenden Regelungen enthält.

Abgeltungen dürfen frühestens ausbezahlt werden, wenn und soweit Aufwendungen unmittelbar bevorstehen. Vor der Festsetzung des endgültigen Betrages dürfen in der

⁹⁰ Gebührenordnung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 28. April 1997, vom Bundesrat genehmigt am 17. September 1997 (IGE-GebO, **SR 232.148**)

⁹¹ Verordnung vom 5. Juli 2006 über die Gebühren des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (GebV-METAS, **SR 941.298.2**)

⁹² Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über das Messwesen (Messgesetz, MessG, **SR 941.200**)

⁹³ Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG, **SR 616.1**)

Regel höchstens 80 Prozent der Abgeltung ausbezahlt werden (Art. 23 SuG). Die Anstalten sind in der Folge gehalten, eine entsprechende Finanz- bzw. Liquiditätsplanung zu führen, um dem Bundesrat die entsprechenden Abgeltungen beantragen (Art. 7 Bst. m Mustererlass) und die (tranchenweisen) Auszahlungen beim zuständigen Fachdepartement auslösen zu können. Die Einzelheiten dieser Auszahlungen sind Gegenstand der Tresorerievereinbarung nach Artikel 19 Absatz 3 des Mustererlasses oder von Subventionsverträgen (Art. 19 f. SuG).

Beispiele:

Artikel 32 Absätze 1 und 2 E-PrävG, Artikel 29 Absatz 2 EHB-Verordnung, Artikel 34b ETH-Gesetz, Artikel 16 EIMG, Artikel 14 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 15 E-SAFIG.

Art. 15 Drittmittel

Absätze 1 und 2: Als Drittmittel gelten – nebst den Einnahmen aus gewerblichen Leistungen (vgl. Art. 24 Mustererlass) – die Beiträge und Entgelte Dritter für nicht-gewerbliche Leistungen sowie allfällige Zuwendungen Dritter (insb. Drittmittelaufnahmen aufgrund von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen oder Kooperationsverträgen).

Vgl. zur Verantwortung des Verwaltungsrats bei der Entgegennahme, Verwaltung und Reglementierung von Drittmitteln auch die Bemerkungen zu Artikel 7 Buchstabe d des Mustererlasses.

Beispiele:

Artikel 17 EIMG, Artikel 32 Absatz 3 E-PrävG, Artikel 34c ETH-Gesetz, Artikel 29 EHB-Verordnung, Artikel 15 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 16 E-SAFIG.

Art. 16 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 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 9 Absatz 3 des Mustererlasses.

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

Zur Veröffentlichung des Geschäftsberichts vgl. Artikel 7 Buchstabe n des Mustererlasses.

Beispiele:

Artikel 8 Buchstabe g EIMG, Artikel 26 EHB-Verordnung, Artikel 17 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 17 E-SAFIG.

Art. 17 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 FER⁹⁴. Der Verwaltungsrat legt, unter Vorbehalt von Absatz 6, den anerkannten Standard zur Rechnungslegung fest. Er hat – auch bei einem allfälligen Wechsel des 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 oder Abgeltungen nötig würde.

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

Absatz 5: Die Grundsätze der Kostenwahrheit und das Transparenzerfordernis hinsichtlich der wesentlichsten Mittelflüsse, differenziert nach den verschiedenen Arten von Einnahmen der Anstalt, setzen eine entsprechend ausgebaute Rechnungslegung voraus (vgl. dazu auch die einleitenden Bemerkungen zu Art. 12 Mustererlass).

⁹⁴ Vgl. Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR, SR 221.432)

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 zur Rechnungslegung oder Ergänzungen dazu vorschreiben. Dies wird er insbesondere dann tun, wenn die Anwendung des entsprechenden Standards 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 34 E-PrävG, Artikel 19 MSG, Artikel 19 EIMG, Artikel 35 ETH-Gesetz (Art. 35a Abs. 5 E-ETH-Gesetz), Artikel 31 EHB-Verordnung, Artikel 29 SERVVG, Artikel 16 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 18 E-SAFIG.

Art. 18 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 bestimmt sich im Einzelfall, ob mittels einer entsprechenden Gesetzesbestimmung die Anstalt mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter ermächtigt oder verpflichtet werden soll, Reserven zu bilden.

Die Bildung von Reserven erfolgt im Rahmen des Jahresabschlusses aus erzieltm Gewinn. Sie darf somit beispielsweise nicht aufgrund einer Neubewertung von Aktiven vorgenommen werden. Gewinne können aus nicht ausbezahlten Anteilen jährlicher Bundesbeiträge (Abgeltungen) entstehen, weiter aus Zuwendungen Dritter und evtl. aus anderen Drittmitteln.

Bei überwiegend mittels Abgeltungen finanzierten Anstalten sind keine Reserven zur Deckung von Ertragsrisiken vorzusehen. Auch eine allfällige Kürzung der Abgeltungen kann die Bildung von Reserven nicht rechtfertigen: In der Regel erfolgt die Kürzung der Abgeltungen des Bundes, wenn auf die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben durch die Anstalt verzichtet werden soll, so dass deren Mittelbedarf entsprechend sinkt. 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. 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. 19 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. 17 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. 7 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. 7 Bst. l und n Mustererlass und Erläuterungen dazu). Schliesslich unterstehen die Bildung und Verwendung der Reserven, wie erwähnt, der administrativen Aufsicht des Bundesrats. Dieser kann bei Fehlentwicklungen eingreifen und notfalls die Genehmigung des Geschäftsberichts und damit auch die beantragte Gewinnverwendung bzw. Reservenbildung ablehnen.

Für den Bereich der gewerblichen Leistungen dürfen keine Reserven aus Abgeltungen oder Gebühren gebildet werden. Dies würde gegen das gesetzliche Quersubventionsverbot verstossen (vgl. Art. 24 Abs. 3 Mustererlass). Wenn für diesen Bereich Reserven gebildet würden, dann ausschliesslich aus dem Ertrag aus gewerblichen Leistungen.

Beispiele:

Artikel 20 EIMG, Artikel 16 IGEG, Artikel 32 EHB-Verordnung, Artikel 19 E-SAFIG.

Art. 19 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. Beispiel: Die Reserven des ETH-Bereichs aus den direkten Bundesbeiträgen sowie aus denjenigen Mitteln, die indirekt vom Bund stammen, sind bei der EFV anzulegen. Mittel, die weder direkt noch indirekt vom Bund stammen, kann der ETH-Bereich entweder selbst verwalten oder ebenfalls bei der EFV anlegen (Art. 35a^{quater} Abs. 1 E-ETH-Gesetz).

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. 14 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 HMG⁹⁵). Der Anstalt kann ein Tresoriedarlehen gewährt werden, falls ein Startkapital erforderlich sein sollte. Dies bedarf einer Regelung in den Übergangsbestimmungen (vgl. Art. 25 Abs. 6 Mustererlass). Der Aufbau der RAB erfolgte beispielsweise über Tresoriedarlehen (Art. 36 Abs. 2 RAG⁹⁶). 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 33 E-PrävG, Artikel 18 MSG, Artikel 18 EIMG, Artikel 28 SERV, Artikel 30 EHB-Verordnung, Artikel 11 IGEG, Artikel 35a^{quater} E-ETH-Gesetz, Artikel 24 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 20 E-SAFIG.

⁹⁵ Bundesgesetz vom 15. Dezember 20 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21)

⁹⁶ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG, SR 221.302)

Art. 20 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 Anstalt unterliegt im Bereich der gewerblichen Leistungen der Mehrwertsteuerpflicht. Die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben ist 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 verselbstständigten Betriebe von der subjektiven Steuerpflicht zu befreien. Eine spezialgesetzliche Regelung wäre allerdings denkbar, sofern sie sachlich begründet werden kann.

Bei einer teilweisen Steuerpflicht ist die Anstalt zur Führung einer Spartenrechnung zu verpflichten (vgl. Art. 17 Abs. 5 Mustererlass). Voraussetzung für eine partielle Steuerbefreiung ist, dass die Mittel, für die eine Steuerbefreiung verlangt wird, rechnungsmässig klar vom übrigen Vermögen (Bilanz) und Erfolg (Erfolgsrechnung) ausgeschieden sind.

Absatz 2: Die Steuerpflicht ist in jedem Einzelfall in Zusammenarbeit mit der ESTV im Detail zu klären. 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. 25 Abs. 5 Mustererlass).

Beispiele:

Artikel 20 MSG, Artikel 35 E-PrävG, Artikel 30 SERV, Artikel 17 IGEG, Artikel 21 EIMG, Artikel 24 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 21 E-SAFIG.

Art. 21 Liegenschaften

Absätze 1 und 2: Eine Regelung ist nur erforderlich, wenn der Anstalt tatsächlich Liegenschaften des Bundes zur Verfügung gestellt werden. Im Normalfall sollen 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. Mit 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.

Zur Nutzungsüberlassung gemieteter Immobilien des Bundes an Dritte durch die Anstalt vgl. Artikel 34b^{bis} E-ETH-Gesetz⁹⁷.

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 FHV⁹⁸ 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.

Beispiele:

Artikel 35b ETH-Gesetz (Art. 34b^{bis} E-ETHG-Gesetz [Nutzungsüberlassungen]), Artikel 16 MSG, Artikel 28 EHB-Verordnung, Artikel 22 EIMG, Artikel 22 E-SAFIG.

6. Abschnitt: Wahrung der Bundesinteressen

Art. 22 Strategische Ziele

Absätze 1 und 2: Der Bundesrat führt die Anstalt mittels strategischer Ziele (Art. 8 Abs. 5 RVOG), die grundsätzlich für vier Jahre festgelegt werden; bei Bedarf sind sie aufgrund der jährlichen Prüfung und Berichterstattung während ihrer Geltungsdauer anzupassen. Vgl. die «Mustervorlage»⁹⁹ für den Erlass der strategischen Ziele von verselbständigten Einheiten des Bundes; Fassung für Dienstleister mit Mono-

⁹⁷ Der ETH-Rat entrichtet für die vom ETH-Bereich genutzten Immobilien des Bundes einen Immobilienertrag (jährliche Abschreibung der Gebäude und Verzinsung des darin gebundenen Kapitals) und erhält vom Bund einen Unterbringungsbeitrag. Dieser Vorgang wird finanzierungs-, aber nicht ausgabenwirksam abgewickelt. Die geringfügige, vorübergehende Nutzungsüberlassung nicht selbst genutzter Räumlichkeiten an Dritte (Vergabe von Baurechten und Untervermietung) führt zu einer doppelten Abgeltung (durch den Bund und die Dritten). Der Ertrag wäre daher dem Bund abzuliefern bzw. von seinem Unterbringungsbeitrag abzuziehen. Der Bund soll jedoch von der Ablieferung der aus der Nutzungsüberlassung an Dritte erzielten Erträge absehen können, wenn diese nur geringfügig sind und die Nutzungsüberlassung im Interesse des Bundes liegt. Damit soll der Anreiz für eine sinnvolle Drittnutzung vorübergehend ungenutzter Flächen bestehen bleiben.

⁹⁸ Finanzhaushaltsverordnung vom 5. April 2006 (FHV, SR 611.01)

⁹⁹ http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov.php

polcharakter und als Empfehlung für Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht».

Mit den strategischen Zielen macht der Bundesrat der Anstalt gestützt auf die Bestimmungen über die Ziele und Aufgaben unternehmens- und aufgabenbezogene Vorgaben. Der Verwaltungsrat wird vorgängig angehört.

Die strategischen Ziele 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 verselbständigten 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 der strategischen Ziele. Diese 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 (CG-Bericht Ziff. 4.2.6).

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 PublV¹⁰⁰). Die Publikation der strategischen Ziele durch die Anstalt (z.B. auf ihrer Homepage¹⁰¹) ist vor der Beschlussfassung 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. 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 Oberaufsicht¹⁰². Mit der öffentlich zugänglichen Kurzberichterstattung des Bundesrates über die Erfüllung der strategischen Ziele der verselbständigten Einheiten des Bundes¹⁰³ und mit der ausführlichen Berichterstattung an die Aufsichtskommissionen schafft der Bundesrat die Voraussetzung dafür, dass die eidgenössischen Räte ihre Oberaufsicht über die Eignerpolitik des Bundes gezielt ausüben können. Bei Bedarf sollen sie in der Lage sein, im Rahmen des gesetzlich verankerten parlamentarischen Instrumentariums auf die Steuerung und

¹⁰⁰ Verordnung vom über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung, PublV, SR 170.512.11)

¹⁰¹ Beispiel: Strategische Ziele des Bundesrates für das Eidgenössische Institut für Metrologie für die Jahre 2013 bis 2016 (www.metas.ch)

¹⁰² Graf/Theiler/von Wyss, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung (vgl. insb. den Kommentar zu Art. 28 ParlG).

¹⁰³ Zur Berichterstattung über die Erreichung strategischer Ziele vgl. http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/berichterstattung.php

Kontrolle Einfluss zu nehmen (Art. 28 und Art. 148 Abs. 3^{bis} ParlG¹⁰⁴; 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.)¹⁰⁵

Beispiele:

Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a E-PrävG, Artikel 22 MSG, Artikel 23 EIMG, Artikel 33 SERVG, Artikel 45 KFG, Artikel 33 E-ETH-Gesetz, Artikel 20 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 24 E-SAFIG.

Art. 23 Aufsicht

Absatz 1: Die Aufsicht über die Anstalt liegt beim Bundesrat. Es handelt sich dabei weder um eine Dienstaufsicht noch um eine fachliche Aufsicht. Sie kann am ehesten als Aufsicht über die Betriebsführung umschrieben werden.

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

¹⁰⁴ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10)

¹⁰⁵ 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).

tatsächlich wahrnehmen kann.¹⁰⁶ Die Auflistung der einzelnen Aufsichtsinstrumente ist daher nicht abschliessend.

Absatz 2: Der Bundesrat ist berechtigt, 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.

Der Bundesrat kann zusätzlich Prüfberichte der Revisionsstelle veranlassen (Art. 9 Abs. 5 Mustererlass) und erhält Einsicht in bestehende Prüfberichte der Revisionsstelle (Art. 9 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.

Die Kompetenz des Bundesrates zur Wahl und Abberufung der Revisionsstelle entfällt, wenn die EFK zwingend auch die Funktion der externen Revisionsstelle wahrnimmt, wie etwa bei der FINMA und der RAB (Art. 12 FINMAG; Art. 32 RAG). Dort liegt der Grund für diese Lösung darin, dass die privaten Revisionsgesellschaften zum Kreis der durch die FINMA bzw. die RAB Beaufsichtigten gehören.

Beispiele:

Artikel 36 E-PrävG, Artikel 24 EIMG, Artikel 21 MSG, Artikel 26 EHB-Verordnung, Artikel 21 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 25 E-SAFIG.

7. Abschnitt: Gewerbliche Leistungen

Art. 24

Gewerbliche Leistungen sind Leistungen wirtschaftlicher Natur, die normalerweise private Anbieterinnen und Anbieter einem breiteren Abnehmerkreis am Markt bzw.

¹⁰⁶ 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>)

im Wettbewerb erbringen. Solche Leistungen zeichnen sich durch ihre Marktfähigkeit aus.

Wenn ausgelagerte Einheiten gewerbliche Tätigkeiten zu Lasten der privaten Wettbewerbsteilnehmer ausdehnen, so geraten sie grundsätzlich in Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV). Gewerbliche Leistungen sollen daher nur möglich sein, wenn ein ausreichendes öffentliches Interesse nachgewiesen werden kann und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten ist. Um dies sicherzustellen, verlangt Artikel 41 FHG eine klare gesetzliche Grundlage für alle gewerblichen Leistungen des Staates, einschliesslich wirtschaftliche Nebenleistungen und Randnutzungen¹⁰⁷. Als wirtschaftliche Nebenleistungen werden im Allgemeinen Leistungen einer ausgegliederten Einheit verstanden, die diese neben ihrer Hauptaufgabe erbringt; dabei müssen solche Leistungen (als Vor- oder Nachleistungen) aber stets in einem engen sachlichen Zusammenhang zur Hauptaufgabe stehen (Bsp.: Durchführen von Beratungen und Expertisen). Dies ist Ausdruck des Legalitäts- und des Spezialitätsprinzips, wonach sich eine staatliche Einheit nur innerhalb ihres gesetzlich definierten Aufgabenbereichs betätigen darf. Als Randnutzung¹⁰⁸ wird bezeichnet, wenn eine staatliche Einheit ihr Verwaltungsvermögen über den primären Verwendungszweck hinaus nutzt, indem sie es – ohne Beeinträchtigung ihrer eigentlichen Zielsetzung – wirtschaftlich verwertet. So können unter Umständen bestehende, zur Aufgabenerfüllung notwendige Infrastrukturen besser ausgelastet werden, indem ein ansonsten ungenutztes Potential verwertet wird (Bsp.: Möglichkeit zur Drittnutzung von Gebäudeteilen; Messmittel des METAS zur Verfügung stellen).

Von gewerblichen Leistungen zu unterscheiden sind administrative Hilfstätigkeiten (Bedarfsverwaltung)¹⁰⁹. Die Beschaffung oder Instandhaltung der notwendigen Mittel und Infrastrukturen steht in Zusammenhang mit der Erfüllung spezifischer staatlicher Aufgaben und bewirkt, dass die Angestellten ihre Arbeit effizient und zweckmässig erfüllen können (z.B. Bereitstellen von Informatikdienstleistungen oder Büroräumlichkeiten). Für solche Tätigkeiten auf betrieblicher bzw. verwaltungsinterner Ebene, die keine «direkte» Aussenwirkung haben, braucht es keine gesetzliche Grundlage. Der private Rechtsträger hat dabei keine eigenen Entscheidungskompetenzen, sondern handelt lediglich als Unterakkordant der Behörde und erbringt ihr gegenüber gewisse Dienstleistungen.

Absatz 1: Diese Bestimmung entspricht der Formulierung von Artikel 41a Absatz 2 FHG (BBl 2009 7242). Die Regelungen für die ausgelagerten Einheiten müssen weitergehend konkretisiert werden (vgl. nachfolgende Begründung).

Absatz 2: Die nicht abschliessende Aufzählung bildet einen zusätzlichen gesetzlichen Rahmen, da – im Unterschied zur zentralen Bundesverwaltung – eine mit-

¹⁰⁷ Vgl. BGE 138 I 378 («Glarnersach»): Artikel 94 BV enthält den Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft (sog. «Grundsatz der Privatwirtschaft»), verbietet aber unternehmerische Tätigkeiten des Staates nicht, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Die Tätigkeit beruht auf einer *gesetzlichen Grundlage*, liegt im *öffentlichen Interesse*, ist *verhältnismässig* und *wettbewerbsneutral*.

¹⁰⁸ René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 18 Rz. 20

¹⁰⁹ Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 29. März 1995, VPB 60.1 Ziff. 4

schreitende Kontrolle und eine Dienstaufsicht mit entsprechendem Weisungsrecht fehlen. Weiter sind die Rechte und Pflichten der ausgelagerten Einheiten dem Grundsatz nach im Gesetz zu regeln. Schliesslich bildet die Aufzählung auch den Anknüpfungspunkt für die Formulierung der strategischen Ziele im Bereich der gewerblichen Leistungen.

Absatz 2 Buchstabe b: Die Führung von Nebenbetrieben unterliegt den gleichen Einschränkungen wie die Erbringung der übrigen gewerblichen Leistungen. Sie muss zudem einem klaren Bedürfnis der Kundschaft entsprechen und einer optimaleren Nutzung der vorhandenen Infrastruktur dienen. Beispiele: Führen eines Cafés oder eines Restaurierungs- oder Kopierbetriebes, Beratungstätigkeit im Fachgebiet.

Absatz 2 Buchstabe c: Insbesondere im Bildungs- (Patente) und im Kulturbereich (Urheberrechte) ist diese Bestimmung von einiger Bedeutung. Beispiele: Öffentliche Sondernutzungsrechte (Parkieren auf öffentlichem Grund), aber auch private Rechte wie Miete, Pacht, Immaterialgüterrechte etc. (vgl. [Art. 8 Abs. 1 MSG](#)).

Absatz 3: Gemäss Artikel 17 Absatz 5 des Mustererlasses muss das betriebliche Rechnungswesen so ausgestalten werden, dass Kosten und Erträge der einzelnen Tätigkeiten bzw. nach Sparten ausgewiesen werden können.

Als Grundlage für die Berechnung von kostendeckenden Preisen sind die Kostenfaktoren betreffend die tatsächlich genutzte Infrastruktur zu berücksichtigen und nicht die Vollkosten für die ganze Anstalt (modifizierte Vollkostenrechnung). Die Festschreibung des Quersubventionierungsverbots verhindert die Finanzierung von gewerblichen Leistungen mit Mitteln, die im Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben generiert werden (Gebühren, Abgeltungen etc.). Ein Mittelfluss in die andere Richtung ist unproblematisch. Weder der Bundesrat noch das zuständige Departement können Ausnahmen von der Pflicht zur Erhebung (mindestens) kostendeckender Preise oder vom Verbot der Quersubventionierung vorsehen.

Absatz 4: Im Bereich der gewerblichen Leistungen soll es nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommen. Für die Anstalt sind beispielsweise die gleichen Steuer-, Transport- (bspw. Nachtfahrverbot), Arbeitnehmerschutz-, Öffnungs-, Sicherheits- und Haftungsvorschriften anwendbar wie für die privaten Anbieterinnen und Anbieter.

Beispiele:

Artikel 24 E-PrävG, Artikel 8 MSG, Artikel 25 EIMG, Artikel 5 EHB-Verordnung, Artikel 14 IGEG, Artikel 22 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung.

8. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 25 Errichtung der Anstalt

Die Bestimmung enthält eine Reihe von Regelungen im Hinblick auf die Errichtung der 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 Organi-

sationserlasses. 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, sinnvoll und unmittelbar durch die Errichtung der Anstalt bedingt ist (Änderungen von Bezeichnungen, Vertragspartner etc.). Die Unternehmensstruktur muss möglichst frühzeitig definiert werden. Falls die Übertragung von Rechtsverhältnissen auf Tochtergesellschaften ermöglicht werden soll, wäre eine gesetzliche Grundlage zu schaffen.

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. 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. 31 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 erlässt 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. 17 Abs. 3 und 6 Mustererlass) ist auch mit der Revisionsstelle abzustimmen.

Absatz 4 Buchstabe b: Sind Drittvermögen von der Schaffung der Anstalt betroffen bzw. sollen diese auch in die Anstalt überführt werden, so kann dem Bundesrat die Kompetenz erteilt werden, eine entsprechende Vereinbarung über die Übernahme eines allfälligen Vermögens abzuschliessen. Es handelt sich hier vor allem um die Übernahme von Geschäften und Vermögen bzw. Teilen davon, die Vorläuferorganisationen gehören. Beispiel: Artikel 42 Absatz 3 E-PrävG, wonach vorgesehen war, dass der Bundesrat mit der nach Artikel 19 KVG¹¹⁰ gegründeten, privatrechtlichen Stiftung «Gesundheitsförderung Schweiz» die Übernahme von deren Vermögen vereinbaren kann.

Absatz 4 Buchstabe c: 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 ist diese Bestimmung nicht nötig. Eine allfällige Startfinanzierung erfolgt im Rahmen eines Darlehens (vgl. Abs. 6).

Absatz 4^{bis}: Die Übertragung von Mitteln eines Fonds auf die Anstalt setzt eine explizite gesetzliche Grundlage voraus. Beispiele: Artikel 28 Absatz 3 Buchstabe a MSG (Übertragung der Mittel aus dem Spezialfonds der MUSEE-SUISSE-Gruppe auf das SNM); Artikel 42 Absatz 2 E-PrävG (vorgesehen war die Übertragung der Aktiven und Passiven des nach Artikel 28 TStG¹¹¹ eingerichteten, spezialrechtlichen «Tabakpräventionsfonds» durch den Bundesrat auf das Institut).

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-AlkG¹¹². Nach Errichtung der Anstalt

¹¹⁰ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10)

¹¹¹ Bundesgesetz vom 21. März 1969 über die Tabakbesteuerung (Tabaksteuergesetz, TStG, SR 641.31)

¹¹² Entwurf einer Änderung des Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz vom 21. Juni 1932, SR 680), E-AlkG in: BBl 2016 3691; Botschaft des Bundesrates vom 6. April 2016 in: BBl 2016 3649

richtet sich die Steuerpflicht nach Artikel 20 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. 28 Mustererlass).

Absatz 6: Sollte die Anstalt kurzfristig für den Aufbau zusätzliche Mittel benötigen, 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 HRegV¹¹³). Der hier vorgeschlagene Wortlaut im Organisationserlass schliesst die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes vollständig aus. Dies gilt nach heutiger Praxis in der Regel auch für die Übertragung von Vermögenswerten Dritter auf die Anstalt nach Artikel 25 Absatz 4 Buchstabe b des Mustererlasses. 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 28 MSG, Artikel 42 E-PrävG, Artikel 27 EIMG, Artikel 39 SERV, Artikel 23 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 27 E-SAFIG.

Art. 26 Übergang der Arbeitsverhältnisse

Da mit der Errichtung der Anstalt eine neue Organisationsstruktur geschaffen wird, kann es bei den Arbeitsverhältnissen zu Änderungen der einzelnen Arbeitsbereiche, 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. 28 EIMG, Art. 59 Abs. 3 FINMAG), Ablauf der Umstrukturierung und Anrechnung von Dienstjahren.

Der Bundesrat wird mit dieser Bestimmung ermächtigt, aus dem Vermögen der EAV (die eine eigene Rechnung hat) 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.

¹¹³ Champeaux, SHK-HRegV, Art. 106 ff. N 1 ff., in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013.

Absatz 1: Die Arbeitsverhältnisse der alten Verwaltungseinheit sollen – wie die anderen Rechtsverhältnisse (Art. 25 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 übergehen¹¹⁴, 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. 25 Abs. 3 Mustererlass), den Zeitpunkt des Übergangs fest.

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 ernennt in einem ersten Schritt den Verwaltungsrat (Art. 6 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. 7 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 Weiterfüh-

¹¹⁴ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, RN 3 und 8 zu Art. 333

rung 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 kann¹¹⁵. 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 wird 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-AlkG¹¹⁶).

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.

¹¹⁵ 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.
¹¹⁶ BBl 2016 7649

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 Probezeit 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, nebst dem rechtlichen Regelungsbedarf, auch die rechnungsmässigen Verbindlichkeiten zu beachten. Insbesondere Zeitguthaben des Personals sind soweit möglich vor dem Übergang der Arbeitsverhältnisse abzubauen. Im Rahmen der Transaktionsbilanz können für verbliebene Gleitzeit-, Ferien- und Überzeitguthaben Rückstellungen übertragen werden.

Beispiele:

Artikel 43 E-PrävG, Artikel 29 MSG, Artikel 40 SERV G (privatrechtliche Anstellung), Artikel 28 EIMG, Artikel 38 Absatz 1, 39 (Nachqualifikation) und 40 EHB-Verordnung, Artikel 28 E-SAFIG.

Art. 27 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. 26 Mustererlass) muss auch für die Rentenbezügerinnen und Rentenbezüger die Rechtslage im Organisationserlass übergangsrechtlich klargestellt werden.

Die Anstalt ist für alle bisherigen und – im festgelegten Rahmen – künftigen Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenrentenbezügerinnen und -bezüger 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 Rentenbezügerinnen und -bezüger der Verwaltungseinheit zuständig. Die der Anstalt zurechenbaren Rentenbezügerinnen und -bezüger 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-AlkG).

Beispiele:

Artikel 30 MSG, Artikel 29 EIMG, Artikel 29 E-SAFIG.

Art. 28 Registereintragungen

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 (Unsicherheiten bei der Bewertung, Änderung des Rechnungslegungsstandards etc.). Im Regelfall haben entsprechende Bereinigungen im Rahmen der Übertragung von Aktiven und Passiven – auch steuerneutral (Art. 25 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 beurteilende Streitigkeiten erledigen konnte. Beispiele: auf laufende Verfahren anwendbares Recht (Art. 58 Abs. 3 FINMAG); anwendbares Recht für nach bisherigem Recht abgegebene Zusicherungen oder Garantien (Art. 38 SERVG). Vgl. auch Anhang 1, u.a. die Bemerkungen zu «Verfahren und Rechtsschutz».

Beispiele:

Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 4 POG¹¹⁷, Artikel 30 E-SAFIG.

Art. 29 Aufhebung anderer Erlasse

Vgl. Bemerkungen zu Artikel 30 des Mustererlasses.

Beispiele:

Artikel 26 MSG.

Art. 30 Änderung anderer Erlasse

Artikel 29 und 30: 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.)¹¹⁸.

Beispiele:

¹¹⁷ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG, SR 783.1)

¹¹⁸ www.bk.admin.ch/Themen/Gesetzgebung/Gesetzestechnik

Artikel 27 MSG, Anhang zum E-PrävG, Anhang zu Artikel 26 E-SAFIG (insb. Änderung des FIFG¹¹⁹).

Weitere mögliche Regelungsgegenstände zu den Artikeln 29 und 30:

- Aufhebung von Grundlagen für ausgelagerte Aufgaben, für Organisationseinheiten oder für übertragene Vermögen (z.B. Spezialfonds).
- Änderungen von Bestimmungen über die Rechtspflege (Bsp.: Art. 33 Bst. b Ziff. 5 VGG betr. Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds). Weiter ist allenfalls Artikel 14 VwVG¹²⁰ (Zuständigkeit zur Zeugeneinvernahme) zu ergänzen.
- Ergänzung im Geltungsbereich von Artikel 2 BöB.
- Änderungen bezüglich neuer Bezeichnungen.

Art. 31 Referendum und Inkrafttreten

Eine gestaffelte Inkraftsetzung ist möglich und in der Regel sinnvoll. Beispiel (allerdings ein eher atypischer Fall): Gestützt auf Artikel 31 Absatz 2 MSG (SR 432.301) wurden die Artikel 9–14, 15 Absatz 5, 16 Absatz 3, 18 Absatz 3, 19–22 und 28 dieses Gesetzes auf den 19. Oktober 2009 in Kraft gesetzt¹²¹, die übrigen Bestimmungen per 1. Januar 2010¹²². Die Gründung der Anstalt erfordert zudem verschiedene Bundesratsentscheide (vgl. Art. 25 Abs. 2–4 Mustererlass). Zum gestaffelten Inkrafttreten vgl. auch die Gesetzestechnischen 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 5–11 (Organisation und Personal), Artikel 17 (Rechnungslegung), Artikel 19 Absatz 3 (Tresorerievereinbarung), Artikel 21 Absatz 4 (Vertrag betr. Miete oder Nutzniessung von Liegenschaften des Bundes), Artikel 22 (strategische Ziele), Artikel 23 (Aufsicht) und Artikel 25 (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 Aufgaben operativ wird, d.h. zeitgleich mit der Inkraftsetzung des Aufgabenerlasses. Allenfalls

¹¹⁹ Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Förderung der Forschung und der Innovation, FIFG, SR **420.1**

¹²⁰ Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR **172.021**)

¹²¹ Verordnung über eine Teilinkraftsetzung des Museums- und Sammlungsgesetzes und die Betriebsaufnahme des Schweizerischen Nationalmuseums vom 30. September 2009 (SR **432.301**)

¹²² Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung des Museums- und Sammlungsgesetzes vom 4. Dezember 2009 (AS 2009 6427)

bestehen vorübergehend parallel zwei Organisationen: Einerseits die zentrale Verwaltungseinheit, die die Aufgaben nach bisherigem Recht wahrnimmt. Andererseits die Organe der Anstalt, die gestützt auf die Teilkraftsetzung des Organisationserlasses die nötigen Vorbereitungen treffen, damit die Tätigkeit der zentralen Verwaltungseinheit durch die Geschäftsaufnahme der Anstalt nach dem geänderten Aufgabenerlass abgelöst werden kann.

Beispiele:

Artikel 31 Absatz 2 MSG, Artikel 42 EHB-Verordnung, Artikel 30 Absatz 2 EIMG, Artikel 31 E-SAFIG.

3 Anhang: Weitere mögliche Regelungsgegenstände

Vertragsschlusskompetenz für internationale Vereinbarungen: Sofern ein entsprechender Bedarf besteht und die Regelung gemäss Artikel 3 Absatz 4 dieses Mustererlasses nicht ausreicht (Mitwirkung oder Vertretung des Bundes im Rahmen bestehender Verträge), können im Organisationserlass weitergehende Regelungen für die Zusammenarbeit in einem internationalen Kontext geschaffen werden. Dies bedingt, dass dem Bundesrat die entsprechenden Vertragsschlusskompetenzen zugewiesen werden. Allenfalls kann hier auch eine notwendige subventionsrechtliche Grundlage für Beiträge des Bundes geschaffen werden. Beispiele: Artikel 4 Absätze 3 und 4 EIMG; Artikel 37 Absatz 3 E-PrävG.

Anwendung Privatrecht: Wenn Rechtsverhältnisse *ausnahmsweise* privatrechtlich geregelt werden sollen (z.B. Rechtsverhältnisse zu den Benutzungsberechtigten bzw. zur Kundschaft). Eine solche Regelung gehört grundsätzlich in den Aufgabenerlass, ist aber im Organisationserlass aufzunehmen, wenn kein Aufgabenerlass vorhanden ist. In den Erläuterungen zu einer solchen Regelung sollte auch auf die *Haftung* eingegangen werden; insbesondere sollte darauf hingewiesen werden, dass das VG grundsätzlich nicht anwendbar ist. Falls möglich, so kann spezifiziert werden, welches Recht konkret zur Anwendung gelangt (Auftragsrecht etc.). Beispiele für Sonderregelungen: Ausschluss der Anwendung des VG für die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Organe bzw. Verweisung auf die aktienrechtlichen Bestimmungen in: Artikel 23 SERVG (das Personal ist nach OR, d.h. zivilrechtlich angestellt). Gemäss Artikel 9 MSG unterstehen die Rechtsverhältnisse des SNM gegenüber seinen Vertragspartnern und Kunden und damit auch die Haftung der Anstalt dem Privatrecht. Vorbehalten sind die Rechtsbeziehungen, für die im MSG ausdrücklich das öffentliche Recht vorgesehen wird, wie namentlich der öffentlich-rechtliche Vertrag zwischen dem Bund und dem SNM betreffend die Liegenschaftsnutzung (vgl. Art. 16 Abs. 3 MSG).

Dotationskapital: Unter Dotationskapital ist das Grundkapital zu verstehen, das der Bund einer ihm gehörenden Anstalt zur Verfügung stellt. Das einbezahlte Dotationskapital wird zum Eigenkapital gerechnet. Stellt der Bund der Anstalt ausnahmsweise ein Dotationskapital zur Verfügung (vgl. auch Bemerkungen zu Art. 19 Abs. 3 Mustererlass), so müssen insbesondere dessen Höhe (allenfalls Kompetenzdelegation), dessen Art (Sacheinlage, wie Übertragung von Liegenschaften, oder Bareinlage) und der Zeitpunkt der Einlage geregelt werden. Anwendbarer LS: 24.

Spezielle Garantien und Risikoübernahmen: Soll der Bund neben der Sicherstellung der Zahlungsbereitschaft (vgl. Art. 19 Abs. 2 Mustererlass) ausnahmsweise noch weitere Garantien übernehmen, so müssen diese explizit im Gesetz aufgeführt werden. Beispiele: Artikel 33 Absatz 2 und Absatz 4 SERVG. Anwendbarer LS: 12.

Mobilien: Erhält die Anstalt vom Bund Mobilien zu Eigentum oder zur Nutzung, so ist dies ebenfalls im Gesetz zu regeln (im Rahmen des öffentlichen Rechts). Beispiele: Artikel 40c ETH-Gesetz, Artikel 15 MSG.

Immaterialgüterrechte: Werden im Rahmen der Anstalt Immaterialgüter (z.B. Patente, Urheberrechte) geschaffen, so sind insbesondere das Eigentum (in der

Regel bei der Anstalt), die Verwendung und eine allfällige Gewinnbeteiligung der Personen, welche die Immaterialgüter geschaffen haben, zu regeln. Beispiele: Artikel 19 EHB-Verordnung, Artikel 36 ETH-Gesetz.

Versicherungspflicht: Ist eine Befreiung von Versicherungsobligatorien oder die Schaffung einer Versicherungspflicht vorgesehen, so ist dies gesetzlich zu regeln. Beispiele: Artikel 15 Absatz 5 MSG (Kompetenzdelegation).

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 in der Regel in den Aufgabenerlass (vgl. aber auch die Bemerkungen zu Art. 26 Abs. 4 Mustererlass). Zusammen mit einem neuen Organisationserlass können bereits bestehende Aufgabenerlasse geändert bzw. Sonderregelungen zu Verfahren und Rechtsschutz statuiert werden (vgl. Art. 28 bzw. 30 Mustererlass). Zu prüfen ist, ob übergangsrechtliche Bestimmungen notwendig sind (wie Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden im Bereich der alten Verwaltungseinheit und das anwendbare Recht). Ist die Anstalt zur Beschwerde berechtigt, so ist dies speziell zu regeln. Beispiele: Artikel 37 und 37a ETH-Gesetz. Weiter ist allenfalls Artikel 14 VwVG (Zuständigkeit zur Zeugeneinvernahme) zu ergänzen.

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, 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. Beispiele: Artikel 27 MSG i.V.m. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe f BöB; Artikel 26 EIMG i.V.m. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe g BöB. – 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).¹²³

Evaluation: Wenn ein konkretes Interesse daran besteht, kann eine Evaluationsklausel vorgesehen werden. Vgl. dazu auch Artikel 170 BV, Artikel 141 ParlG, Artikel 5 SuG. Beispiele: Artikel 38 E-PrävG, Artikel 35 SERV.G.

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. 7 Bst. c Mustererlass). Die

¹²³ 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).

Zulässigkeit und die Rahmenbedingungen für eine Subdelegation sind zwingend zu beachten.

Qualitätssicherung: Artikel 10a ETH-Gesetz.

Betriebsorganisation: Regionale Verankerung, Konzern-/Holdingstrukturen/Zweigniederlassungen. Beispiele: Zusammensetzung des Schweizerischen Nationalmuseums (Art. 6 MSG), Regionalinstitute des EHB (Art. 3 Abs. 2 EHB-Verordnung), Agenturen der SUVA (Art. 65 UVG¹²⁴), Umschreibung des ETH-Bereichs (Art. 1 ETH-Gesetz).

Koordinationsfragen: Weitere befristete Regelungen können aufgrund der Auslagerung von Aufgaben bzw. der Errichtung der Anstalt notwendig werden, insbesondere bezüglich Koordination. Beispiel: Artikel 38 SERV (Übergangsrecht für bestehende Garantien).

Befristete Zurverfügungstellung von Immobilien: Werden Immobilien befristet zur Verfügung gestellt, so ist in Anlehnung an Artikel 21 dieses Mustererlasses eine entsprechende Übergangsregelung zu schaffen. Beispiel: Artikel 41 EHB-Verordnung.

Personalinformationssystem (Datenschutz¹²⁵): 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) wurde 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 Bestimmung¹²⁶ in

¹²⁴ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20)

¹²⁵ Andere Datenschutzbestimmungen finden sich i.d.R. im Aufgabenerlass. Vgl. zum Beispiel zum Umgang mit Personendaten in Forschungsprojekten die Artikel 36c ff. E-ETH-Gesetz.

¹²⁶ [hier: Art. 10a] 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;

den Organisationserlass aufzunehmen. Zur Kommentierung kann auf die entsprechenden Erläuterungen in der Botschaft zum Ausgleichsfondsgesetz, Änderung des BPG, verwiesen werden (BB1 2016 342 ff.).

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

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

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

Office fédéral de la justice

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

Administration fédérale des finances

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

Table des matières

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

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

1 Remarques préliminaires

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ **JAAC 2009.6** (p. 57 à 89) Rapport de la Chancellerie fédérale, section du droit, du 12 décembre 2008 sur l'annexe de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration; disponible à l'adresse:
[https://www.bk.admin.ch/Documentation>Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération \(JAAC\)](https://www.bk.admin.ch/Documentation/Jurisprudence%20des%20autorit%C3%A9s%20administratives%20de%20la%20Conf%C3%A9d%C3%A9ration%20(JAAC))

⁵ [https://www.bk.admin.ch/Thèmes>Législation>Gouvernement et administration \(LOGA\)>Révision OLOGA Annexes](https://www.bk.admin.ch/Th%C3%A8mes/L%C3%A9gislation/Gouvernement%20et%20administration%20(LOGA)/R%C3%A9vision%20OLOGA%20Annexes)

2 Commentaire des dispositions

Préambule

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

Section 1 Établissement et buts

Art. 1 Établissement

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples¹⁸:

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

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

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

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

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

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

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

*de la loi sur les EPF*²⁴²⁵, art. 1 LIPI²⁶, art. 1 LIFM²⁷, art. 2 de l'avant-projet de loi fédérale (en l'espèce: AP-LF) sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins²⁸, art. 1 P-LASEI²⁹.

Art. 2 Buts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Section 2 Tâches et collaboration

Art. 3 Tâches

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

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

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

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

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

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

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

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

L'art. 14 OLOGA contraint les unités administratives de la Confédération à collaborer entre elles. Pour préserver le secret de fonction, celles-ci donnent aux autres unités administratives (uniquement) les renseignements nécessaires à l'exécution de leurs tâches légales. Dans la mesure du possible, l'objet et le bénéficiaire de la collaboration de l'établissement sont définis plus précisément (par ex. expertises pour la Confédération, coopération avec les services cantonaux dans le domaine spécialisé, etc.). Autres exemples: conseils dispensés par la COMCO aux services de l'administration et aux entreprises (voir l'art. 24a, al. 1, P-LCart³³); collaboration entre l'Institut suisse pour la prévention et la promotion de la santé³⁴ et les services fédéraux compétents, les cantons, les organes de recherche et les tiers (voir l'art. 23, al. 1, P-LPrév).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Section 3 Organisation

Art. 5 Organes

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al. 3: le Conseil fédéral nomme les membres de l'organe de direction stratégique et 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 suffit⁴⁷. Il existe notamment des raisons objectives lorsque l'adéquation pour le mandat (par ex. au vu de certains liens d'intérêts), les prestations ou le comportement ne justifient plus la reconduction dans la fonction concernée. Par exemple, s'il n'y a plus de relation de confiance en vue d'une collaboration fructueuse ou si la composition du conseil d'administration n'est plus équilibrée, des raisons objectives pourront également être invoquées.

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

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

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

⁴⁵ FF **2014** 9511

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

⁴⁷ ATF 119 Ib 99, consid. 2.a

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, ORAb⁴⁸). Contrairement aux sociétés ouvertes au public qui ont un vaste actionnariat, la Confédération est l'unique propriétaire de l'établissement. Elle peut donc intervenir à tout moment et révoquer si nécessaire un membre du conseil d'administration (voir le principe directeur n° 7). Un renouvellement progressif des membres du conseil d'administration présente l'avantage d'assurer un certain équilibre entre stabilité et renouveau. Cela implique toutefois une planification par le département compétent.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(13.4040), qui demande que tous les liens d'intérêts des membres des organes de direction des établissements de la Confédération soient rendus publics. En outre, l'art. 71a P-LPTh⁵⁸ sur la déclaration des liens d'intérêts des membres du conseil de l'institut prescrit à présent que ces derniers doivent communiquer au département compétent tout changement de leurs liens d'intérêts. Le conseil d'administration est également contraint de tenir un registre à jour et de publier les liens d'intérêts, sous réserve du respect du secret professionnel au sens du code pénal. L'art. 20 LPers (défense des intérêts de l'employeur) s'applique aux membres du Conseil des EPF qui bénéficient d'un contrat de travail avec le domaine des EPF. Pour les autres membres du Conseil des EPF, l'art. 24b du projet de loi sur les EPF ancre également dans la loi le devoir de fidélité. L'art. 24c du projet de loi sur les EPF porte désormais explicitement sur la divulgation des liens d'intérêts avant la nomination et pendant l'exercice de la fonction ainsi que sur le reporting dans le rapport de gestion.

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

Exemples:

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

Art. 7 Conseil d'administration: tâches

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸ **FF 2015 1193**

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

Le devoir d'information des membres du conseil d'administration et de la direction en cas de conflit d'intérêts concret fait impérativement partie intégrante de la réglementation dans ce domaine. Ainsi, les membres du conseil d'administration doivent informer sans délai et de manière complète le président de tout conflit d'intérêts. Si le président se trouve lui-même dans une situation de conflit d'intérêts, il doit en informer le vice-président. Le règlement d'organisation précise si l'information est transmise à l'ensemble du conseil d'administration dans tous les cas ou uniquement dans des cas précis. La personne qui y est désignée comme recevant l'information doit prendre les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de l'établissement (voir la réglementation proposée à l'art. 717a AP-CO⁶⁹).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 8 Direction

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 9 Organe de révision

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D'après le nouveau droit comptable, le reporting sur la réalisation d'une évaluation des risques ne figure plus systématiquement dans l'annexe révisée des comptes annuels comme dans l'ancien droit ([art. 663b, ch. 12, ancien CO](#)⁷⁹), mais dans le rapport annuel qui n'est plus révisé ([art. 961c, al. 2, ch. 2, CO](#)). Les services propriétaires de la Confédération ne sont pas en mesure de procéder aux vérifications correspondantes. En dérogation aux dispositions du code des obligations, il faut donc indiquer explicitement que l'organe de révision doit contrôler l'exécution d'une gestion des risques appropriée à l'établissement (voir l'[art. 7, let. k, de la loi-type](#)) et en rendre compte. La vérification par l'organe de révision des déclarations figurant dans le rapport annuel permet de s'assurer que l'établissement a respecté les prescriptions légales à ce sujet, les normes comptables

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

Des dispositions analogues s'appliquent au nombre d'emplois à plein temps figurant dans le rapport annuel (art. 961c, al. 2, ch. 1, CO); là non plus, le contenu n'est pas vérifié. La révision de cette partie du rapport annuel vise simplement à identifier et à éviter d'éventuelles divergences entre ces indications du rapport annuel et le reporting du Conseil fédéral sur le personnel (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. 13 LMC, art. 31 P-LPrév, art. 11 LIFM, art. 26 LASRE, art. 13 de l'ordonnance sur l'IFFP, art. 35a de la loi sur les EPF, art. 6 LIPI, art. 9 AP-LF sur le centre pour la qualité dans l'assurance obligatoire des soins, art. 11 P-LASEI.

Section 4 Personnel

Art. 10 Conditions d'engagement

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

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

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

Art. 11 Caisse de pensions

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

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

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

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

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

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

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

En qualité d'unités administratives décentralisées, les établissements sont impérativement affiliés à PUBLICA (voir les art. 32a et 32b LPers, art. 4, al. 1, LPUBLICA). Contrairement à ce que 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 révision de la LPers du 14 décembre 2012⁸⁴ (voir l'art. 32a, al. 2, LPers).

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

⁸⁴ RO 2011 1493; FF 2013 6171

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

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

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

⁸⁶ Id.

Exemples:

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

Section 5 Financement et budget

Art. 12 Financement

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

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

Exemples:

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

Art. 13 Émoluments

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 14 Indemnités octroyées par la Confédération

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 15 Fonds de tiers

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

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

Exemples:

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

Art. 16 Rapport de gestion

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 17 Comptabilité

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 18 Réserves

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 19 Trésorerie

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

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

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

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

Exemples:

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

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

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

Art. 20 Imposition

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 21 Biens-fonds

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

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

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

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

Exemples:

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

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

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

Section 6 Sauvegarde des intérêts de la Confédération

Art. 22 Objectifs stratégiques

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 23 Surveillance

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

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

Section 7 Prestations commerciales

Art. 24

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Section 8 Dispositions finales

Art. 25 Institution de l'établissement

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 26 Transfert des rapports de travail

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁶ FF 2016 7435

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 27 Employeur compétent

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

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

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

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

Exemples:

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

Art. 28 Inscriptions aux registres

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

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

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

Exemples:

Art. 15, al. 1, let. b, et al. 4, LOP¹¹⁸, art. 30 P-LASEI.

Art. 29 Abrogation d'autres actes

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

Exemples:

Art. 26 LMC.

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

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

Art. 30 Modification d'autres actes

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

Exemples:

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

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

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

Art. 31 Référendum et entrée en vigueur

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Exemples:

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

3 Annexe: Autres objets réglementaires éventuels

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Assurance-qualité: art. 10a de la loi sur les EPF.

Organisation de l'entreprise: ancrage régional, structures de groupe/structures de holding/succursales. Exemples: composition du Musée national suisse (art. 6 LMC), instituts régionaux de l'IFFP (art. 3, al. 2, de l'ordonnance sur l'IFFP), agences de la Suva (art. 65 LAA¹²⁵), description du domaine des EPF (art. 1 de la loi sur les EPF).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Il édicte des dispositions d'exécution concernant:

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

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