

Évaluation du gouvernement d'entreprise de la Confédération fondée sur l'analyse de quatre entreprises

**Rapport à l'intention de l'Administration fédérale des finances
(AFF)**

Version traduite de l'allemand

Berne/Lucerne/Saint-Gall/Lausanne, le 21 juin 2019

| Auteur-e-s

Prof. Dr Andreas Lienhard ¹

Dr Stefan Rieder ²

Dr Roger W. Sonderegger ³

Prof. Dr Andreas Ladner ⁴

MA Claudia Höchner ¹

MA Manuel Ritz ²

M. Sc. Zilla Roose ²

| Mandataires (communauté de travail)

1 Kompetenzzentrum für Public Management der Universität Bern

2 Interface Politikstudien Forschung Beratung, Luzern/Lausanne

3 Institut für Systemisches Management und Public Governance der Universität St.Gallen

4 IDHEAP Institut de hautes études en administration publique de l'Université de Lausanne

| Mandante

Administration fédérale des finances (AFF)

| Suggestion de citation

Lienhard, Andreas; Rieder, Stefan; Sonderegger, Roger W.; Ladner, Andreas; Höchner, Claudia; Ritz, Manuel; Roose, Zilla (2019): Évaluation du gouvernement d'entreprise de la Confédération fondée sur l'analyse de quatre entreprises. Rapport à l'intention de l'Administration fédérale des finances. Berne, Lucerne, Saint-Gall, Lausanne.

| Période d'analyse

De septembre 2018 à mars 2019

Aperçu

1 Résumé	7
2 Introduction	9
2.1 Contexte et mandat	9
2.2 Objet de l'analyse	10
2.3 Objectifs et questions	11
2.4 Manière de procéder et méthode	12
2.5 Structure du rapport	13
3 Bases de l'analyse	14
3.1 Introduction	14
3.2 Conception sur le plan international et littérature	14
3.3 Critères d'évaluation	23
3.4 Conception à l'échelon de la Confédération et bases légales	27
4 Mise en œuvre	39
4.1 Objet d'examen n° 1: instruments de pilotage	39
4.2 Objet d'examen n° 2: échange d'informations	56
4.3 Objet d'examen 3: répartition des rôles de la Confédération dans le modèle de propriétaire	66
4.4 Interface entre le propriétaire et le mandant, exemple des CFF	73
5 Conclusions et recommandations	78
5.1 Conclusions	78
5.2 Recommandations	86
Annexes	93

Table des matières

1 Résumé	7
2 Introduction	9
2.1 Contexte et mandat	9
2.2 Objet de l'analyse	10
2.3 Objectifs et questions	11
2.4 Manière de procéder et méthode	12
2.5 Structure du rapport	13
3 Bases de l'analyse	14
3.1 Introduction	14
3.2 Conception sur le plan international et littérature	14
3.2.1 Objet d'examen n° 1: instruments de pilotage	14
3.2.1.1 Bases	14
3.2.1.2 Particularités	17
3.2.1.3 Conséquences pour les critères d'évaluation	18
3.2.2 Objet d'examen n° 2: échange d'informations	19
3.2.2.1 Bases	19
3.2.2.2 Conséquences pour les critères d'évaluation	21
3.2.3 Objet d'examen n° 3: répartition des rôles dans le modèle de propriétaire	22
3.2.3.1 Bases	22
3.2.3.2 Conséquences pour les critères d'évaluation	23
3.3 Critères d'évaluation	23
3.4 Conception à l'échelon de la Confédération et bases légales	27
3.4.1 Objet d'examen n° 1: instruments de pilotage	27
3.4.1.1 Bases	27
3.4.1.2 Particularités	30
3.4.1.3 Principales différences conceptuelles au niveau international et littérature	31
3.4.2 Objet d'examen n° 2: échange d'informations	33
3.4.2.1 Bases	33

3.4.2.2 Principales différences conceptuelles au niveau international et littérature	36
3.4.3 Objet d'examen n° 3: répartition des rôles dans le modèle de propriétaire	37
3.4.3.1 Bases	37
3.4.3.2 Principales différences conceptuelles au niveau international et littérature	37
4 Mise en œuvre	39
4.1 Objet d'examen n° 1: instruments de pilotage	39
4.1.1 Description des instruments de pilotage	39
4.1.2 Description de la mise en œuvre	47
4.1.3 Conclusion	52
4.2 Objet d'examen n° 2: échange d'informations	56
4.2.1 Description de l'échange d'informations	56
4.2.2 Description de la mise en œuvre	61
4.2.3 Conclusion	63
4.3 Objet d'examen 3: répartition des rôles de la Confédération dans le modèle de propriétaire	66
4.3.1 Description de l'actuel modèle dual de propriétaire	66
4.3.2 Description de la mise en œuvre	69
4.3.3 Évaluation d'un modèle moniste en remplacement du modèle existant	70
4.3.4 Conclusion	71
4.4 Interface entre le propriétaire et le mandant, exemple des CFF	73
4.4.1 Description de l'interface entre le propriétaire et le mandant, exemple des CFF	73
4.4.2 Organisation et mise en œuvre de l'interface entre le rôle de mandant et celui de propriétaire, exemple des CFF	75
4.4.3 Conclusion	76
5 Conclusions et recommandations	78
5.1 Conclusions	78
5.1.1 Conclusions concernant les instruments de pilotage	78
5.1.2 Conclusions sur l'échange d'informations	81
5.1.3 Conclusions sur la répartition des rôles de la Confédération dans le modèle de propriétaire	82
5.1.4 Interface entre le propriétaire et le mandant	84
5.1.5 Évaluation globale	85
5.2 Recommandations	86
5.2.1 Recommandations concernant les instruments de pilotage	86
5.2.2 Recommandations concernant l'échange d'informations	88
5.2.3 Recommandations concernant la répartition des rôles de la Confédération dans le modèle de propriétaire	90
5.2.4 Recommandations concernant les rôles de propriétaire et de mandant, exemple des CFF	91
5.2.5 Autres recommandations	91
Annexes	93
A 1 Liste der interviewten Personen	94
A 2 Literatur- und Dokumentenverzeichnis	95

A 3 Erfüllung der Bewertungskriterien	101
A 4 Analyse der Konzeption international und der Literatur sowie der Konzeption und der Rechtsgrundlagen auf Bundesebene	107

1 Résumé

I Contexte

Au cours des dernières années, le Conseil fédéral a dû faire face à diverses occasions à des questions relevant du gouvernement des entreprises qui lui sont liées. À cet égard, les entreprises appartenant à la Confédération, qui sont organisées en sociétés anonymes de droit privé ou de droit public et fournissent des prestations sur le marché, mais aussi souvent au profit de la Confédération dans le cadre de mandats de prestations, se retrouvent dans une situation particulièrement délicate. Le pilotage de ces entreprises par la Confédération, en sa qualité de propriétaire, représente un défi de taille. Cette difficulté est encore accrue par les débats publics au sujet de la Poste: des examens ont en effet révélé le versement de subventions injustifiées. RUAG a pour sa part été victime d'une cyberattaque. Swisscom a dû faire face à une perte de données et les CFF ont vu émerger des questions de liens d'intérêts au sein de leur conseil d'administration.

C'est dans ce contexte qu'un groupe d'experts a été mandaté pour analyser le pilotage des quatre entreprises liées à la Confédération que sont la Poste, RUAG, les CFF et Swisscom. Trois objets étaient soumis à examen: les instruments de pilotage à la disposition du propriétaire, l'échange d'informations entre le propriétaire et les entreprises concernées et la répartition du travail des organes fédéraux dans le cadre du modèle dual de propriétaire. Dans le cas des CFF, les interfaces entre les deux rôles de la Confédération, à la fois propriétaire et mandante, ont également été analysées.

I Objectifs et procédure

Le mandat visait à contrôler la conception et la mise en œuvre du gouvernement d'entreprise de la Confédération pour les quatre entreprises liées à la Confédération que sont la Poste, RUAG, les CFF et Swisscom. Il s'agissait également de définir si le gouvernement d'entreprise de la Confédération devait être amélioré du point de vue de sa conception ou de sa mise en pratique et, le cas échéant, de quelle manière. Le rôle de propriétaire de la Confédération était l'élément clé de l'analyse.

Cette dernière a d'abord porté sur les bases théoriques, à savoir les documents conceptuels au niveau international et les ouvrages publiés au sujet du gouvernement d'entreprise. Les résultats de cette première analyse ont permis de déterminer des critères d'évaluation. Les

bases conceptuelles et les bases légales à l'échelle fédérale ont ensuite été examinées et comparées au moyen des critères d'évaluation. Ensuite, 20 entretiens ont permis d'interroger 30 personnes. Les résultats de l'analyse des bases, les résultats empiriques et l'examen des critères d'évaluation ont été passés en revue de manière détaillée et condensés en une évaluation générale, sur la base de laquelle 14 recommandations ont été formulées.

I Résultats

Le bilan de l'analyse des trois objets et de l'interface entre les rôles de propriétaire et de mandant que joue la Confédération par exemple pour les CFF est globalement positif en ce qui a trait au gouvernement d'entreprise de la Confédération. D'une manière générale, le pilotage par la Confédération des quatre entreprises qui lui sont liées – à savoir la Poste, RUAG, les CFF et Swisscom –, l'échange d'informations entre les entreprises et les services propriétaires et le fonctionnement du modèle dual de propriétaire se sont avérés satisfaisants. Les instruments à disposition suffisent en principe à assumer le rôle de propriétaire. La manière dont s'organise actuellement l'échange d'informations permet au propriétaire d'avoir accès à toutes les informations importantes de l'entreprise. Dans la pratique, le modèle de propriétaire fonctionne généralement bien. Cependant, aucun mécanisme de pilotage ou modèle organisationnel, si efficace soit-il, n'est totalement à l'abri de dysfonctionnements.

Il faut donc identifier les possibilités d'optimisation, même si les résultats obtenus sont globalement positifs. La gestion des conflits d'objectifs, les ressources des services propriétaires – calculées au plus près – et la différence de perception du rôle de propriétaire que peuvent avoir le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) et le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) d'une part et le Département fédéral des finances (DFP) d'autre part sont autant d'aspects où des améliorations peuvent être mises en œuvre. Il faudrait en outre envisager d'ancrer systématiquement dans la loi les éléments de pilotage et d'instaurer une systématisation des processus de pilotage.

Quatorze recommandations ont été formulées à partir de ces pistes d'optimisation. Six d'entre elles se rapportent à l'organisation des éléments de pilotage, trois à l'échange d'informations, deux à l'organisation du modèle dual de propriétaire, une à l'interface entre le propriétaire et le mandant propre aux CFF et les deux dernières au développement des bases du gouvernement d'entreprise et à d'autres clarifications nécessaires.

2 Introduction

2.1 Contexte et mandat

Au cours des dernières années, le Conseil fédéral a dû faire face à diverses occasions à des questions relevant du gouvernement des entreprises qui lui sont liées. À cet égard, les entreprises appartenant à la Confédération, qui sont organisées en sociétés anonymes de droit privé ou de droit public et fournissent des prestations sur le marché, mais aussi souvent au profit de la Confédération dans le cadre de mandats de prestations, se retrouvent dans une situation particulièrement délicate. Le pilotage de ces entreprises par la Confédération, en sa qualité de propriétaire, représente un défi de taille.

La question du pilotage des entreprises liées à la Confédération par le propriétaire a émergé dans des débats publics en 2018: il s'est avéré que la Poste avait touché des subventions de façon injustifiée. RUAG s'est vu reprocher la facturation de coûts trop élevés à la Confédération, et la manière dont a été gérée une cyberattaque de l'entreprise a été débattue sur la place publique. Swisscom a dû révéler que des tiers non autorisés avaient pu accéder à des données de clients, tandis qu'au sein des CFF, c'est un mandat controversé de la présidente du conseil d'administration qui a donné lieu à des discussions. Ces incidents ont été soumis à une enquête approfondie, non seulement par des experts externes, mais aussi par des organes du Parlement¹.

¹ Voir à ce sujet Kellerharls Carrard (2018): PostAuto. Untersuchungsbericht zuhanden des Verwaltungsrats der Schweizerischen Post AG vom 31. Mai 2018 (rapport d'enquête CarPostal, disponible uniquement en allemand); Donatsch, Andreas; Bachmann Stephan A.J., Uhlmann, Felix (2018): Gutachten PostAuto Schweiz AG erstattet zuhanden Präsident der Schweizerischen Post AG, 29. Mai 2018 (expertise CarPostal, disponible uniquement en allemand); Commission de gestion du Conseil national (2018): Bilan de la gestion de la cyberattaque menée contre RUAG. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 8 mai 2018, FF 2018 4683-4712; Commission de gestion du Conseil des États (2018): Surveillance des liens d'intérêts au sein des conseils d'administration des entreprises proches de la Confédération, à l'exemple du cas de la présidente du conseil d'administration des CFF. Rapport de la Commission de gestion

C'est dans ce contexte que le Conseil fédéral a décidé de réaliser une analyse approfondie du gouvernement d'entreprise de la Confédération. Il ne s'agissait pas de vérifier une nouvelle fois les résultats des enquêtes existantes portant sur les incidents susmentionnés, mais plutôt de se servir des débats entourant les entreprises liées à la Confédération pour soumettre le pilotage de ces dernières par la Confédération en tant que propriétaire à une analyse conceptuelle et empirique. C'est la raison pour laquelle le DFF, en concertation avec le DETEC et le DDPS, a demandé qu'une analyse externe soit commandée, sur mandat du Conseil fédéral. Celle-ci devait porter sur quatre entreprises organisées en sociétés anonymes (la Poste, RUAG, les CFF et Swisscom) qui appartiennent totalement ou majoritairement à la Confédération et fournissent des prestations principalement sur le marché. Le pilotage de ces entreprises par la Confédération et la mise en œuvre du gouvernement d'entreprise représentent des défis de taille. Cela tient entre autres à la multiplicité des rôles de l'État et aux rapports de tension qui peuvent en résulter, à l'évolution des marchés (par ex. l'augmentation de la concurrence dans le domaine de la télécommunication), à la grande complexité des domaines de compétence (par ex. le réseau extrêmement étendu des voies de chemin de fer et les coûts d'entretien de l'infrastructure que supportent les CFF), ainsi qu'à l'observation politique intensive à laquelle sont soumises les quatre entreprises en question (notamment les débats sur le service public de la Poste ou la production et l'entretien de matériel militaire par RUAG).

Le DFF a confié l'analyse du pilotage des entreprises liées à la Confédération à une communauté de travail, qui réunit les quatre institutions suivantes: le Kompetenzzentrum für Public Management de l'Université de Berne (centre de compétences pour la gestion publique, kpm; direction du projet), Interface Politikstudien Forschung Beratung Luzern/Lausanne (co-direction du projet), l'Institut für Systemisches Management und Public Governance de l'Université de Saint-Gall (institut de gestion systémique et de gouvernance publique, IMP-HSG) et l'Institut de hautes études en administration publique (IDHEAP) de l'Université de Lausanne.

Le pilotage des entreprises liées à la Confédération a été analysé sous une perspective interdisciplinaire, qui englobe les points de vue du droit, de la gestion publique et des sciences politiques. Le présent rapport ne constitue pas une expertise juridique.

2.2 Objet de l'analyse

L'analyse porte sur le rôle de la Confédération en tant que propriétaire. Son rôle de mandant n'a été analysé que ponctuellement et principalement pour étudier les interfaces avec le rôle de propriétaire. L'analyse s'est concentrée sur trois éléments, passés en revue pour chacune des quatre entreprises liées à la Confédération: la Poste, RUAG, les CFF et Swisscom.

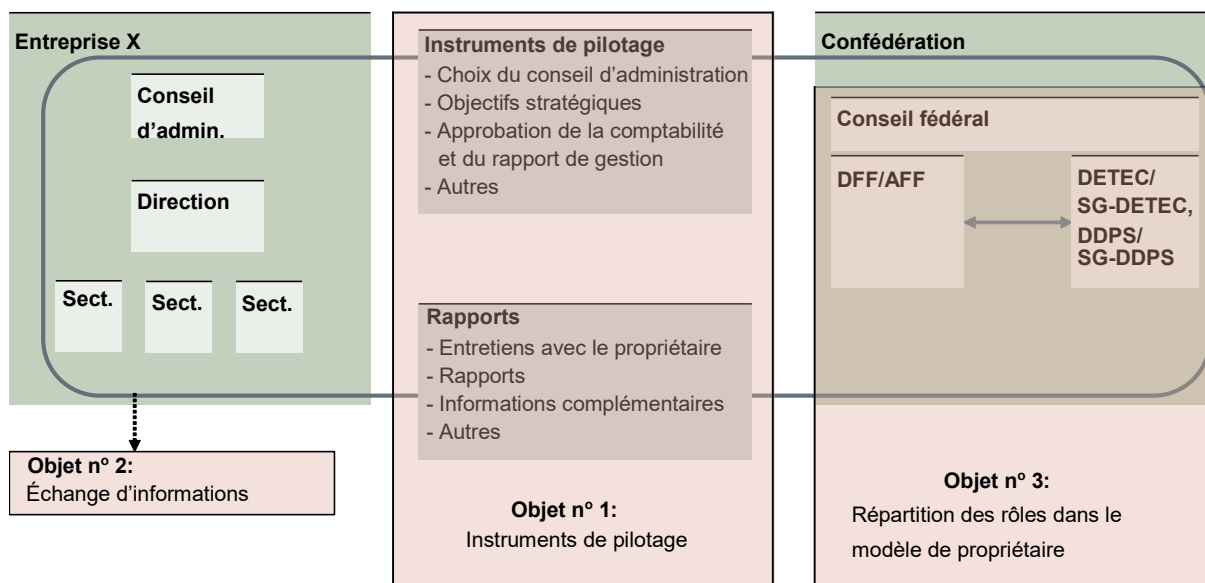
- *Objet d'examen n° 1: instruments de pilotage.* Cet objet comprend la conception et l'utilisation des instruments de pilotage dont dispose la Confédération pour diriger ses entreprises.
- *Objet d'examen n° 2: échange d'informations.* Cet objet englobe la conception et la mise en œuvre de l'échange d'informations entre le propriétaire et ses entreprises; plus concrètement, il s'agit de l'étendue de l'échange d'informations, la fréquence à laquelle il est effectué et l'accès du propriétaire aux informations des entreprises liées à la Confédération.

du Conseil des États du 28 août 2018, FF 2018 7833-7856; Swisscom (2018): Swisscom renforce ses mesures de sécurité pour les données client. Communiqué de presse, 7 février 2018, Berne.

- *Objet d'examen n° 3: répartition des rôles dans le modèle de propriétaire.* Cet objet couvre la conception et la mise en œuvre pratique de la répartition du travail entre les différents services fédéraux pour tout ce qui relève du rôle de propriétaire.

L'exemple des CFF a permis d'approfondir le sujet de l'interface entre d'une part le rôle de propriétaire de l'entreprise qu'assume la Confédération et, d'autre part, celui de bénéficiaire de prestations de ces mêmes entreprises. L'illustration I 2.1 ci-après offre un aperçu schématique des trois principaux objets soumis à l'examen.

I 2.1: Objets d'examen



Source: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

L'enquête ne portait en revanche pas sur le rôle du Parlement en tant qu'autorité de haute surveillance en matière de pilotage des entreprises liées à la Confédération, ni sur celui du Contrôle fédéral des finances (CDF) relatif au contrôle de ces entreprises. La question de la responsabilité et du financement de la Confédération dans le cadre des activités de ses entreprises n'était pas non plus soumise à l'examen. L'analyse ne s'intéressait pas non plus aux différents rôles des autorités de surveillance de la Confédération – plus précisément des autorités de réglementation et de surveillance du marché –, ni à l'enquête portant sur les incidents mentionnés au début de ce chapitre et dont ont été victimes la Poste, RUAG, les CFF et Swisscom.

2.3 Objectifs et questions

Le mandat visait à contrôler la conception et la mise en œuvre du gouvernement d'entreprise de la Confédération pour les quatre entreprises que sont la Poste, RUAG, les CFF et Swisscom. Il s'agissait également de définir si le gouvernement d'entreprise de la Confédération devait être amélioré du point de vue de sa conception ou de sa mise en pratique et, le cas échéant, de quelle manière.

En se fondant sur les objets soumis à l'examen et aux objectifs, des questions ont été formulées afin de guider l'analyse.

- *Questions relatives à l'objet d'examen n° 1: instruments de pilotage.* De quels instruments dispose actuellement la Confédération pour piloter ses entreprises? Comment

évaluer la conception de ces instruments? Sont-ils complets? Quelle est leur importance? Comment sont-ils structurés? Quelle est leur efficacité dans la pratique? Les instruments existants permettent-ils à la Confédération d'assumer son rôle de propriétaire? Dans quelle mesure ces instruments de pilotage peuvent-ils être optimisés?

- *Questions relatives à l'objet d'examen n° 2: échange d'informations.* Du point de vue de la conception, comment l'échange d'informations s'organise-t-il? À quelle fréquence le propriétaire et son entreprise échangent-ils des informations? Le propriétaire reçoit-il les informations dont il a besoin en quantité suffisante et dans les délais? Dans quelle mesure l'échange d'informations peut-il être optimisé?
- *Questions relatives à l'objet d'examen n° 3: répartition des rôles dans le modèle de propriétaire.* Comment le modèle de propriétaire est-il organisé dans les quatre entreprises concernées, du point de vue de la conception et du point de vue pratique? Comment la répartition des tâches entre les services fédéraux est-elle réglementée, du point de vue de la conception et du point de vue pratique? Les services fédéraux disposent-ils de suffisamment de ressources pour assumer le rôle de propriétaire? Existe-t-il un potentiel d'optimisation par rapport à la structure du modèle dual de propriétaire tel qu'il est appliqué actuellement?

L'exemple des CFF donne lieu à des questions supplémentaires au sujet de la séparation entre le rôle de propriétaire et le rôle de mandant de la Confédération: quelles sont les interfaces entre le rôle de propriétaire de la Confédération et celui de mandant? Comment les éventuels problèmes de délimitation sont-ils conçus et gérés dans la pratique? Quels outils sont utilisés à cet effet? Une amélioration est-elle nécessaire et, si oui, comment la décrire?

2.4 Manière de procéder et méthode

La procédure d'examen et les méthodes utilisées se subdivisent en cinq étapes:

- La *première étape* a consisté à discuter et à définir les objectifs, les questions et la marche à suivre avec l'Administration fédérale des finances (ci-après: la mandante). Il s'agissait notamment de fixer quels étaient les objets de l'examen et de les délimiter, mais aussi de désigner des partenaires d'entretien pour la troisième étape.
- Dans la *deuxième étape*, les bases théoriques ont été analysées pour en déduire quelles étaient, du point de vue actuel, les connaissances et exigences correspondant aux meilleures pratiques en matière de gouvernement d'entreprise, à appliquer aux entreprises liées à la Confédération. Les bases théoriques regroupent principalement des documents de l'OCDE et des ouvrages suisses et internationaux portant sur le gouvernement d'entreprises publiques. Au terme de ces deux premières étapes, 37 critères d'évaluation² ont été retenus, qui ont servi aux contrôles effectués dans les étapes suivantes. En outre, des bases légales de la Confédération, des documents fédéraux conceptuels sur le pilotage des entreprises liées à la Confédération et des documents de la Poste, de RUAG, des CFF et de Swisscom ont été analysés afin de procéder à une première comparaison avec les meilleures pratiques. Une liste des ouvrages et documents utilisés et les critères d'évaluation qui en ont été déduits sont fournis en annexe.
- Au cours de la *troisième étape*, 20 entretiens qualitatifs ont eu lieu, durant lesquels 30 personnes au total ont été interrogées. Les entretiens se sont déroulés en suivant une ligne directrice établie pour chaque contexte particulier. Leur enregistrement électronique a permis de les évaluer ensuite au regard des questions phares. Au sein de la Confédération, des personnes chargées de tâches spécifiques au rôle de propriétaire sur le plan politique, stratégique et technique ont répondu à l'entretien. Pour les

² Les critères d'évaluation sont parfois subdivisés en sous-critères, pour un total de 58 critères.

quatre entreprises, ce sont les dirigeants et les services responsables de l'échange technique avec le propriétaire qui ont été interrogés. Des discussions ont également eu lieu avec les secrétaires des commissions parlementaires, avec le CDF, avec une société de révision et avec l'Office fédéral des transports (interface avec le rôle de mandant). Une liste des personnes interrogées est fournie en annexe.

- La *quatrième étape* a vu la rédaction d'un rapport intermédiaire et des discussions avec la mandante au sujet de l'avancement de l'examen et des premiers résultats.
- Enfin, la *cinquième étape* a consisté à résumer les résultats obtenus au cours des quatre étapes précédentes. Les résultats de l'analyse des bases, les résultats empiriques et l'examen des critères d'évaluation ont été passés en revue de manière détaillée et condensés en une évaluation générale, sur la base de laquelle 14 recommandations ont été formulées. Ces dernières ont été discutées avec la mandante et finalisées pour obtenir le présent rapport final.

2.5 Structure du rapport

Après le résumé et la présente introduction, le *chapitre 3* contient les résultats de l'analyse des bases. Il présente notamment la liste des critères d'évaluation pertinents pour l'analyse empirique, qui ont été utilisés pour évaluer la mise en œuvre. Le *chapitre 4* constitue la partie empirique et décrit en détail la mise en œuvre du rôle de propriétaire. Ce chapitre s'intéresse en outre aux interfaces entre le rôle de propriétaire et celui de mandant en se fondant sur l'exemple des CFF. Le *chapitre 5*, enfin, contient les conclusions et recommandations. Tous les chapitres traitent successivement les trois objets d'examen et répondent aux questions posées à leur sujet. Sont fournies en annexe: la liste des personnes interrogées (A 1), la bibliographie (A 2), la liste des critères d'évaluation précisant si ceux-ci sont remplis (A 3), ainsi que l'analyse des bases, avec indication des sources (A 4).

3 Bases de l'analyse

3.1 Introduction

Les principaux résultats de l'analyse des bases conceptuelles au niveau international, de la littérature, ainsi que des bases conceptuelles et légales de la Confédération sont résumés ci-après. La manière de procéder a été la suivante:

- Une vue d'ensemble de la littérature existante et des documents conceptuels de base (en particulier ceux de l'OCDE) a d'abord été établie, avant d'être analysée sous l'angle des différents objets d'examen.
- Il en est résulté une analyse globale, avec indication des sources, qui figure à l'annexe A 4.
- Il a été possible de tirer de cette analyse des enseignements généraux permettant de définir une forme idéale du gouvernement d'entreprise, qui est présentée de manière étoffée au chapitre
- Les enseignements tirés ont donné jour à une liste de critères d'évaluation du gouvernement d'entreprise, qui sont présentés dans le tableau du chapitre 3.3.
- Une première comparaison entre les bases conceptuelles sur le plan international et la littérature d'un côté, et les bases conceptuelles et légales de la Confédération de l'autre, a été réalisée aux chapitres 3.4.1.3, 3.4.2.2 et 3.4.3.2, en se fondant sur la liste des critères d'évaluation.

L'analyse, les enseignements tirés, les critères d'évaluation et la comparaison reprennent toujours la structure des trois objets d'examen, à savoir les instruments de pilotage, l'échange d'informations et la répartition des rôles dans le modèle de propriétaire.

3.2 Conception sur le plan international et littérature

3.2.1 Objet d'examen n° 1: instruments de pilotage

Les paragraphes ci-après abordent d'abord la question des bases puis certaines particularités des instruments de pilotage.

3.2.1.1 Bases

La littérature recommande d'édicter une *loi-cadre* ou des prescriptions transversales concernant par exemple la conduite, le contrôle, l'efficacité ou la transparence des entreprises

publiques. Les *lois d'organisation* (et les dispositions transversales) doivent, dans la mesure du possible, être harmonisées pour garantir l'uniformité. Les responsabilités doivent y être clairement attribuées. Dans des cas particuliers, la Confédération peut établir des règlements ciblés, mais doit toutefois respecter les structures éprouvées du droit des sociétés autant que faire se peut (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.1.9 ss).

Concernant la *forme juridique* des sociétés anonymes fondées sur des lois spéciales, le propriétaire peut, dans une large mesure, définir lui-même les possibilités d'influence et de contrôle, et le droit des sociétés anonymes s'applique à titre subsidiaire. Pour certain-e-s auteur-e-s, la forme juridique de société fondée sur une loi spéciale est idéale pour les entreprises publiques, tandis que d'autres lui préfèrent celle de société anonyme de droit privé (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.1.11 s.).

Concernant les instruments de pilotage, pour l'OCDE surtout, les entreprises publiques doivent faire montre d'une *politique de propriétaire claire* quant au choix et à la justification des participations et définir *des tâches précises et des objectifs stratégiques*. Les entreprises publiques doivent obligatoirement disposer de *bases légales claires* concernant leurs tâches, leur organisation et leur pilotage. Le cadre légal qui leur est imposé doit permettre des conditions de concurrence équitable (*level playing field*) et les prescriptions doivent en principe correspondre aux meilleures pratiques de l'économie privée. Il convient d'éviter toute distorsion de la concurrence. Pour l'OCDE, la Confédération doit *assumer son rôle de propriétaire de manière effective*. Il faut en outre s'assurer que tous les *actionnaires sont traités de façon égale* et que *les actionnaires minoritaires sont protégés* (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.1.1.1 ss).

Selon la littérature, des *directives stratégiques claires* doivent garantir que les entreprises publiques s'attachent davantage à remplir leur mandat qu'à faire du profit. En imposant des *objectifs stratégiques* sur lesquels repose la stratégie d'entreprise, l'État exerce une influence sur la compétence de direction du conseil d'administration, qui est intransmissible et inaliénable. Les objectifs stratégiques *peuvent* être décidés pour l'entreprise et avoir force obligatoire à condition qu'une base légale spéciale le prévoit. Si ce n'est pas le cas, le propriétaire ne peut se servir de ces objectifs stratégiques en amont que comme base pour faire valoir ses droits de propriétaire et à des fins de transparence. Le caractère légalement contraignant de ces objectifs peut par exemple jouer un rôle lorsque la responsabilité de l'entreprise est engagée (fonction d'organe de fait; pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.1.1 ss, et plus particulièrement le ch. 1.2.1.5).

Les objectifs stratégiques doivent être formulés en concertation avec l'entreprise. Parfois, les objectifs stratégiques se subdivisent en *objectifs liés aux tâches* et *objectifs d'entreprise*. Des conflits peuvent exister entre ces deux catégories. On considère parfois les objectifs liés aux tâches d'un œil critique, du fait qu'ils peuvent être incompatibles avec les objectifs du mandant et réduire la marge de manœuvre du conseil d'administration. L'État doit donc se limiter aux directives stratégiques qui garantissent l'efficacité du pilotage stratégique. Le propriétaire doit *évaluer* les objectifs et les *classer selon un ordre de priorité*. Il faut par ailleurs s'intéresser aux conflits d'objectifs, qui peuvent notamment apparaître entre les objectifs du propriétaire (objectifs stratégiques) et les objectifs du mandant (mandats de prestations). Les ouvrages publiés font aussi parfois mention d'une *stratégie globale*, qui concerne l'ensemble des entreprises (stratégie de propriétaire/politique de propriétaire/stratégie de participation; pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.1.2 ss, et plus particulièrement le ch. 1.2.1.5).

Pour ce qui a trait à la sélection des *membres du conseil d'administration*, l'OCDE exige une procédure systématique pour assurer une direction d'entreprise professionnelle. La

littérature exige elle aussi un processus de recrutement pour le *conseil d'administration*. Les membres de ce dernier doivent être sélectionnés à partir d'un profil d'exigences et en fonction de leurs qualifications. Ils doivent être extérieurs à la collectivité responsable et disposer de connaissances techniques et d'un sens politique particulier. Aucun mandat ne doit être attribué par complaisance. On veillera à favoriser la diversité, en matière de genre ou de niveau de formation par exemple. Le conseil d'administration sera composé de manière à permettre la prise de *décisions objectives et indépendantes*. Le rôle du conseil d'administration sera clairement défini et ancré dans la législation en s'appuyant sur le droit des sociétés. Le conseil d'administration est notamment responsable de la mise en place d'un *système de contrôle et d'une gestion des risques* adéquats. Ses membres devraient bénéficier de possibilités de *formation et de formation continue* spécifiques. Il convient de prévoir des mécanismes adéquats pour évaluer et garantir la *capacité de fonctionnement et l'indépendance* du conseil d'administration. La première peut par exemple être contrôlée au moyen d'auto-évaluations. D'autre part, des *systèmes de rémunération* des membres du conseil d'administration et de la direction doivent être établis et rendus publics. Les *représentants de l'État* ne doivent être engagés dans les conseils d'administration que sous certaines réserves, principalement en raison de la «double obligation». Certain-e-s auteur-e-s refusent totalement l'envoi de représentants de l'État (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.1.1.9 et 1.2.1.13.1 ss).

Le propriétaire doit respecter l'*autonomie* de l'entreprise, tout en assumant son rôle de propriétaire, et *ne pas interférer dans les affaires quotidiennes*. Les domaines d'autonomie ne doivent donc pas faire l'objet de *directives* techniques. Concernant les compétences intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration, aucune directive ne peut en principe être donnée non plus. Les éventuels droits de réglementation doivent être précisés dans les lois d'organisation. Même si des directives existent, le conseil d'administration reste tenu d'œuvrer dans l'intérêt de la société. Il peut s'opposer à des directives données par le propriétaire si celles-ci sont inappropriées. L'une des possibilités est de faire appel à des *représentants de l'État*, soumis à des directives étatiques. Certain-e-s auteur-e-s rejettent toutefois cette option. Si l'État prend une influence considérable sur la formation de l'opinion, les décisions et résolutions du conseil d'administration, il acquiert une *fonction d'organe de fait* et sa responsabilité peut être engagée en conséquence. Il existe un certain danger de *dilution des responsabilités*, non seulement si des directives sont émises, mais aussi si des entretiens ont lieu avec le propriétaire ou si des procès-verbaux du conseil d'administration lui sont remis (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.1.1.5, 1.1.1.7 s., 1.2.1.1 et 1.2.1.13 ss).

Les *statuts* doivent également être définis de façon à orienter l'entreprise vers la réalisation de ses tâches ou vers un objectif public qui coïncide avec la réalisation de ses tâches. Aux yeux de certain-e-s auteur-e-s, introduire l'objectif public dans les statuts irait à l'encontre de l'interdiction de réglementation dans le domaine de compétence intransmissible et inaliénable du conseil d'administration. Le problème peut être résolu en mentionnant l'objectif public dans la loi d'organisation. Les *droits d'influence et de contrôle* dont jouit l'État peuvent en outre être précisés dans les statuts (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.1.13.1).

Selon la littérature, en fondant une entreprise publique et en la rendant, de ce fait, autonome, la surveillance hiérarchique usuelle dans le cadre de l'administration centrale se transforme en *surveillance exercée par l'organisation ou la fédération*. Elle est relativement limitée par rapport à celle de l'administration centrale. Il en résulte une diminution de la légitimation démocratique. En compensation, des *mécanismes de surveillance efficaces* – allant même au-delà du système de contrôle et de la gestion des risques internes à

l'entreprise – sont demandés pour le pilotage des entreprises publiques (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.1.1).

Il est essentiel de rédiger des *rapports* pertinents, en particulier pour établir si les objectifs stratégiques ont été remplis. Il faut donc introduire des *systèmes d'établissement de rapports* servant à contrôler périodiquement les performances de l'entreprise et le respect des prescriptions. Le propriétaire doit pouvoir surveiller les risques (selon un système de tolérance au risque), par exemple au moyen d'un outil d'évaluation comparative. Le propriétaire doit en outre s'assurer que les entreprises mettent en place des *systèmes de gestion des risques et des programmes de conformité* et les contrôlent régulièrement. L'attitude de l'entreprise doit aussi être *surveillée*, en termes d'*intégrité* et de prévention de la *corruption*. L'institution d'une *autorité supérieure de contrôle des finances efficace* est indispensable. De plus, le propriétaire doit entretenir le dialogue avec l'*auditeur externe* au sens des lignes directrices de l'OCDE (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.1.1.1, 1.1.1.6 s. et 1.2.2.4).

Les *entretiens avec le propriétaire* jouent un rôle clé dans l'établissement des rapports à l'échelon fédéral. Ils garantissent l'échange d'informations entre le propriétaire et l'entreprise et sont l'occasion de faire ensemble le point sur la situation politique. Ils peuvent toutefois s'avérer problématiques, notamment en raison de l'obligation de traiter les actionnaires minoritaires de façon égale et de celle de publicité événementielle (voir à ce sujet chap. 3.4). Ils risquent par ailleurs de nuire à la légitimation démocratique à cause du manque de transparence. Les entretiens avec le propriétaire favorisent néanmoins un dialogue ouvert et une collaboration entre l'entreprise et le propriétaire à la fois constructive et basée sur la confiance (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.1.7).

3.2.1.2 Particularités

I Pilotage dans le cadre de prestations fournies sur le marché

Pour les unités fournissant des prestations sur le marché, le pilotage doit s'articuler autour d'*objectifs stratégiques liés à l'entreprise*. Le rôle de propriétaire s'avère significatif surtout dans les unités fournissant des prestations sur le marché; au sein des autres unités en effet, par exemple celles jouissant du monopole, le pilotage et la surveillance sont davantage influencés par d'autres rôles, comme celui de mandant (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.2.1, en comparaison avec le ch. 1.2.1.5).

Les unités travaillant dans un régime de concurrence doivent en principe être soumises aux mêmes conditions que leurs concurrentes. Lorsque des entreprises privées et publiques se trouvent en concurrence, il est impératif qu'elles bénéficient de *conditions-cadres similaires* (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.2.1).

I Structures de holding

Lorsqu'une entreprise publique ouvre des filiales, la collectivité publique se trouve en présence d'un groupe d'entreprises. Elle doit alors décider si elle souhaite le diriger de manière indépendante (chaque entreprise disposant alors d'une direction autonome) ou en tant que groupe (la société mère ou le siège dirige le groupe d'entreprises), ce qui définit notamment la responsabilité (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.2.2).

Pour diriger un groupe d'entreprises, il convient de choisir un modèle de direction parmi les divers modèles existants (centralisation, décentralisation, forme mixte). Les ouvrages publiés l'affirment, mais s'interrogent surtout sur les éventuels rapports relevant du groupe de sociétés qui peuvent unir l'État et ses organes administratifs externalisés. La plupart concluent que ces rapports n'existent pas (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.2.2).

Ni les documents de l'OCDE ni la littérature ou les documents analysés ne comportent d'informations plus précises sur le pilotage des structures de holding (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.2.2).

I Interfaces et conflits d'objectifs entre le propriétaire, le mandant et le concédant ou l'instance de subventionnement

Les objectifs du propriétaire et de mandant doivent être *coordonnés et classés selon un ordre de priorité*. Si des directives se contredisent, il incombe au Conseil fédéral de fixer les priorités. Les *conflits d'objectifs* ne donnent lieu à aucune intervention fédérale ou à une intervention trop limitée. Le Conseil fédéral est cependant responsable de l'exercice approprié des fonctions de propriétaire et de mandant. Celles-ci doivent être clairement délimitées et bien coordonnées (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.2.3).

I Rôle et mandat de contrôle de l'organe de révision

Des *procédures* doivent être mises en place pour le choix de l'*organe de révision*. Les normes comptables des entreprises publiques doivent correspondre aux normes reconnues au niveau international pour les entreprises cotées en bourse. Selon les directives de l'OCDE, le propriétaire doit, en sa qualité d'actionnaire unique, mener un *dialogue continu* avec l'organe de révision externe, sans pour autant empiéter sur la responsabilité du conseil d'administration. Si l'État n'est pas actionnaire unique, il faut absolument respecter le principe de traitement égal des actionnaires (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.1.2.4).

D'*autres tâches* que l'examen de la présentation des comptes des entreprises publiques peuvent être confiées à l'organe de révision. Le contrôle de l'adéquation de la direction ne relève toutefois pas de sa compétence et les secrets d'affaires doivent être garantis. Il convient donc d'établir clairement l'objet du contrôle et de s'y tenir (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.2.4).

3.2.1.3 Conséquences pour les critères d'évaluation

En récapitulant les explications données précédemment, on peut tirer six conclusions en vue de la formulation des critères d'évaluation:

- *Législation-cadre/harmonisation*: une *loi-cadre* doit être édictée pour toutes les réglementations générales et les *actes transversaux* doivent être *coordonnés* entre eux. Dans la mesure du possible, les instruments de pilotage des différentes entreprises devront être harmonisés.
- *Forme juridique*: la *forme juridique* la plus adaptée pour les entreprises publiques est la société anonyme fondée sur une loi spéciale. Pour les entreprises exerçant leur activité en majorité sur le marché, la forme de société anonyme de droit privé est envisageable. Dans ce cas, les possibilités de contrôle et d'influence de la Confédération sont dictées par le droit privé, tandis que pour une société fondée sur une loi spéciale, c'est la Confédération elle-même qui les définit. La forme de *société anonyme fondée sur une loi spéciale* est recommandée en raison de ses différences avec le droit des sociétés anonymes, notamment en matière d'objectifs stratégiques.
- *Tâches, politique de propriétaire et objectifs stratégiques*: les tâches de l'entreprise sont clairement définies dans les lois d'organisation et dans les statuts. Le propriétaire doit publier une *politique de propriétaire*. Il lui incombe de fixer, en concertation avec l'entreprise, des *objectifs stratégiques* clairs à moyen terme. Il s'agira ce faisant d'identifier les éventuels conflits d'objectifs. Un ordre de priorité des objectifs stratégiques sera en outre défini, et ceux-ci seront coordonnés avec les autres objectifs. Dans le cas des entreprises actives sur le marché, le pilotage repose principalement sur des objectifs stratégiques liés à l'entreprise.

- *Surveillance et autonomie*: la surveillance du propriétaire se limite à une *surveillance de l'organisation*. Les *domaines d'autonomie* de l'entreprise doivent être respectés. Le propriétaire ne doit pas s'immiscer dans les affaires courantes de l'entreprise. On veillera à protéger les actionnaires minoritaires et à garantir un *traitement égal des actionnaires*.
- *Composition et fonctionnement du conseil d'administration*: la composition du *conseil d'administration* doit se faire suivant des procédures de sélection professionnelles et reposer sur des profils d'exigences. La diversité des membres du conseil d'administration doit être encouragée. Aucun membre du conseil d'administration ne doit appartenir aux instances politiques supérieures. Les représentants de l'État (qui peuvent être instruits) ne doivent être inclus que sous certaines réserves. Les membres du conseil d'administration devraient bénéficier de possibilités de formation et de formation continue. Il convient de mettre en place des mécanismes permettant de vérifier régulièrement le bon fonctionnement et l'indépendance du conseil d'administration. Des prescriptions spéciales doivent être appliquées en matière de conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration. Par ailleurs, un système de rémunération doit être fixé.
- *Rapports et surveillance*: un système de *rapports et de mesures de surveillance* qui fonctionnent permet au propriétaire de superviser l'entreprise. Un échange continu d'informations est indispensable. Le propriétaire doit également avoir connaissance du potentiel de risque de l'entreprise. Il lui incombe de s'assurer que l'entreprise respecte les normes en matière d'intégrité et de lutte contre la corruption. Il est responsable de l'introduction de systèmes de gestion des risques et de programmes de conformité au sein de l'entreprise. Ces derniers font l'objet de contrôles réguliers par l'entreprise elle-même. Le propriétaire veille à ce que les échanges avec l'organe de révision externe soient réguliers, conformément à la vision de l'OCDE.

3.2.2 Objet d'examen n° 2: échange d'informations

3.2.2.1 Bases

I Volume d'informations

Le propriétaire doit, pour pouvoir défendre ses intérêts, obtenir à temps toutes les informations utiles. Des systèmes d'établissement de rapports peuvent, entre autres, répondre à cette nécessité. Le propriétaire doit élaborer une *politique de publication et de transparence* qui impose à l'entreprise des obligations en matière de publication au moins équivalentes à celles des entreprises cotées en bourse (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.1.1.1, 1.1.1.6 s., 2.1.2.1).

I Accès aux informations

Tous les actionnaires (y c. les minoritaires) doivent disposer d'un *accès égal aux informations nécessaires* concernant l'entreprise. L'État en tant que propriétaire doit par conséquent veiller à ce que toutes les entreprises dans lesquelles il détient une participation disposent de procédures et de mécanismes qui garantissent le respect de ce principe (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.1.3).

Dans les *sociétés anonymes de droit privé*, le propriétaire et les autres actionnaires sont sur un pied d'égalité. La publication d'informations doit respecter à la fois l'*obligation de réserver aux actionnaires un traitement égal et les devoirs de diligence et de fidélité (en particulier l'obligation de garder le secret) du conseil d'administration*. Selon la littérature, la *publication privilégiée d'informations* à certains actionnaires seulement est possible *dans certains cas*, à condition qu'elle repose sur des motifs objectifs, qu'elle ne nuise pas aux intérêts de la société, qu'elle soit proportionnée et qu'elle n'entraîne aucun désavantage pour les actionnaires minoritaires (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.2.2).

S'agissant de l'accès privilégié du propriétaire à des informations, les avis des auteur-e-s sont partagés. Dans une partie des bases évaluées, il est précisé que dans les sociétés anonymes de droit privé, *le propriétaire n'a pas spécialement le droit d'accéder, d'office, à des informations privilégiées*. Pour celles dont l'État est l'unique actionnaire, la question ne se pose évidemment pas. Il faut toutefois s'assurer que les intérêts de la société sont sauvegardés (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.2.2).

D'autres auteur-e-s sont favorables à ce que l'État, en tant qu'actionnaire majeur d'une société anonyme de droit privé, bénéficie d'informations privilégiées à condition de s'engager à les garder secrètes et à ne les utiliser que pour vérifier l'exécution des tâches. En effet, arguent-ils, l'État ne peut pas céder ses parts si facilement, autrement dit il détient les actions pour une longue période (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.2.2.1.1).

Dans le cas des *sociétés anonymes cotées en bourse*, les prescriptions du droit du marché des capitaux s'ajoutent à celles du droit de la société anonyme, en particulier l'*obligation de publicité événementielle* selon laquelle tous les participants du marché doivent être informés en même temps des informations importantes susceptibles d'influer sur les cours. Il est possible de communiquer à certains actionnaires, pour des motifs objectifs (discussion d'analystes, par ex.), des informations sans effet sur les cours. L'approfondissement, l'examen ou la précision d'informations connues susceptibles d'influer sur les cours sont également considérés comme admissibles. Selon la littérature, la *publication sélective d'informations susceptibles d'influer sur les cours* n'est possible qu'à titre *exceptionnel*, si les conditions d'un différé de publication sont réunies, que les informations confidentielles sont protégées et qu'il existe un motif objectif. Si la collectivité publique obtient d'une entreprise publique cotée en bourse des informations privilégiées susceptibles d'influer sur les cours, elle doit garder ces informations secrètes et s'abstenir de négocier les titres concernés (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.2.2.1.3).

Sur ce point aussi, les auteur-e-s divergent: certains approuvent la communication à la collectivité publique d'informations susceptibles d'influer sur les cours, à condition qu'elle traite ces informations de manière confidentielle et qu'elle s'abstienne de tout négoce. SIX Group aussi s'est déclaré, en 2012, favorable à la communication préalable, à l'exécutif, de telles informations (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.2.2.1.3).

Il existe un autre moyen, pour la Confédération, de se procurer des informations, c'est de recourir à des *représentants de l'État*. Le rapport juridique entre ceux-ci et la collectivité publique peut produire des obligations en matière d'information et de reddition des comptes. S'agissant des sociétés anonymes mixtes visées à l'art. 762 CO, la doctrine dominante est favorable à un assouplissement du devoir de discrétion des représentants de l'État. Les rapports sont cependant adressés exclusivement à l'exécutif de la collectivité publique, qui lui est soumis à l'obligation de garder le secret. S'agissant des sociétés anonymes de droit privé, il y a controverse sur l'étendue de l'obligation, pour les représentants de l'État, de garder le secret lorsque l'État n'est pas actionnaire unique (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.2.2).

Une grande partie des informations dont l'État a besoin pour assurer le pilotage stratégique d'une entreprise publique échappe au champ du droit aux renseignements prévu par les droits de la société anonyme et du marché des capitaux. La Confédération a la possibilité de se réserver au moyen de *bases légales spéciales*, dans les actes régissant l'organisation, un droit privilégié aux renseignements, plus étendu que celui qui est prévu par le droit de la société anonyme. Elle peut aussi, s'agissant des sociétés anonymes de droit privé, déroger au droit de la société anonyme au moyen de dispositions spéciales (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.2.1.11, 2.2.2.1.2).

La Confédération doit s'engager à *garder le secret* vis-à-vis de l'entreprise et *s'abstenir de tout abus*, c'est-à-dire n'utiliser les informations obtenues *que pour vérifier le degré de réalisation des objectifs stratégiques*. À cet égard, elle doit notamment respecter la législation sur l'infrastructure des marchés financiers (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.1.2.1).

Le *dialogue avec l'organe de révision externe* ne devrait livrer au propriétaire aucun accès à des informations sensibles et devrait respecter les réglementations en vigueur concernant les informations sensibles et confidentielles (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.1.2.1).

I Informations supplémentaires

Selon la littérature, la Confédération peut, pour obtenir des informations manquantes, s'appuyer sur le *droit de la société anonyme*, recourir à des *représentants de l'État*, envoyer des *personnes (non membres du conseil d'administration) aux séances de celui-ci*, ou régir l'accès aux informations par des *dispositions légales spéciales* (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.2.2.2). Elle peut aussi recourir à des *entretiens avec le propriétaire* et à des *contacts informels*.

Les moyens d'imposer la communication d'informations privilégiées en vertu du droit de la société anonyme sont toutefois limités car le droit aux renseignements ne peut être invoqué qu'à l'assemblée générale, et qu'en vertu du droit à la consultation, les informations ne sont également communiquées qu'à l'assemblée générale. Lorsque la Confédération est actionnaire unique, elle peut bien sûr convoquer une assemblée générale extraordinaire à tout moment. Si elle fait appel à des représentants de l'État, l'obligation de garder le secret peut poser problème s'il existe des actionnaires minoritaires ou que la société est cotée en bourse. Tout membre du conseil d'administration peut s'opposer à ce que des non-membres participent aux séances du conseil d'administration, la décision appartenant à la majorité (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.2.2.2).

I Flux d'informations entre le propriétaire et l'entreprise

Le *flux d'informations* entre le propriétaire et l'entreprise doit être *scrupuleusement documenté* (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.1.5).

Il peut adopter différentes formes. On peut distinguer l'information provenant de tiers (l'entreprise publique fournit spontanément les informations) de l'information obtenue par de propres moyens (exercice des droits aux renseignements et à la consultation; pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.2.2.3).

I Flux d'informations entre le propriétaire et les offices compétents

Le flux d'informations entre les offices compétents et le propriétaire n'est traité ni par l'OCDE ni dans la littérature (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.1.5, 2.2.2.3).

3.2.2.2 Conséquences pour les critères d'évaluation

Il découle des explications qui précèdent trois conclusions s'agissant de la formulation de critères d'évaluation.

- *Ampleur et timing des informations*: le propriétaire doit veiller à *obtenir à temps toutes les informations utiles*. Il doit élaborer une *politique de publication et de transparence* pour les entreprises publiques dans lesquelles il détient une participation. Les principes de publication des entreprises publiques doivent être au moins équivalents à ceux des entreprises cotées en bourse. Les unités fournissant des prestations sur le marché doivent satisfaire à des normes élevées en matière de transparence et de publication (en particulier s'agissant des frais et des recettes).

- *Droit privilégié aux renseignements*: la Confédération a la possibilité de se réserver au moyen de *bases légales spéciales* un droit aux renseignements plus étendu que celui qui est prévu par le droit de la société anonyme. L'*égalité de traitement des actionnaires* doit être assurée y compris, dans le cas des entreprises cotées en bourse, *conformément au droit du marché des capitaux*. Le propriétaire est responsable du *maintien secret* des informations obtenues. Il doit *s'abstenir de tout abus*, c'est-à-dire n'utiliser les informations obtenues *que pour vérifier le degré de réalisation des objectifs stratégiques*.
- *Documentation*: le *flux d'informations* entre l'entreprise et la Confédération doit être *scrupuleusement documenté*. Les modalités d'obtention des informations manquantes doivent en outre être clairement définies.

3.2.3 Objet d'examen n° 3: répartition des rôles dans le modèle de propriétaire

3.2.3.1 Bases

I Organisation du modèle de propriétaire

L'État doit être un propriétaire actif et informé, qui veille à l'exercice effectif des droits des actionnaires. Les *compétences concernant l'exercice des droits du propriétaire* doivent être fixées *clairement* et par écrit (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.1.1.1, 3.1.1).

L'OCDE recommande, en particulier pour les entreprises soumises à la concurrence, la *centralisation de la fonction de propriétaire* au sein d'*une seule* autorité, c'est-à-dire l'instauration du modèle de propriétaire moniste. Cela permet une mise en œuvre cohérente de la politique de propriétaire et une séparation claire entre la fonction de propriétaire et les autres activités de l'État. En centralisant la fonction de propriétaire, il est possible de mettre en œuvre de façon cohérente la politique du propriétaire et de clairement séparer la fonction de propriétaire des autres activités de l'État (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.1.1).

Si l'instauration d'un modèle moniste n'est pas possible, l'OCDE préconise la création d'un *service de coordination* chargé de coordonner les mesures et les activités des différents services propriétaires et, par exemple, d'harmoniser les procédures (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.1.1).

La Banque mondiale attire l'attention sur deux modèles traditionnels: le *dual* (deux départements sont responsables du rôle de propriétaire) et le *décentralisé* (aucun département n'est spécifiquement responsable du rôle de propriétaire), que plusieurs pays préféreraient au modèle central ou au modèle avec service de coordination. Selon elle, les modèles dual et décentralisé sont trop peu focalisés sur le rôle de propriétaire et ne tiennent pas suffisamment compte des responsabilités des entreprises publiques (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.2.1).

Selon la littérature, le fait que le rôle de propriétaire soit confié à plusieurs départements (*modèle dual*) peut être un avantage car il implique une démultiplication des connaissances et des échanges d'opinion. Ce modèle peut toutefois entraîner des conflits d'intérêts, notamment si l'un des départements assume en même temps le rôle de mandant. La coordination globale (des rôles de propriétaire et de mandant, en particulier) incombe en fin de compte au gouvernement (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.2.1 s.).

Quoi qu'il en soit, le propriétaire doit disposer de *spécialistes présentant les compétences requises et ayant une idée précise de leurs tâches*. Il faut instaurer, pour les spécialistes chargés de la fonction de propriétaire, un *code de comportement* qui règle notamment les

modalités d'embauche ou de formation continue de ces personnes. Il faut rendre impossible, par des mécanismes appropriés, tout abus d'entreprises publiques à des fins personnelles ou politiques (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.1.1).

L'État doit pouvoir recourir à des *conseillers externes* et, si nécessaire, confier certains aspects de la fonction de propriétaire à des acteurs externes (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.1.1).

I Répartition des rôles entre les services propriétaires et les offices compétents

Le rôle de propriétaire doit être *séparé, au point de vue institutionnel*, des autres rôles de l'État, ce doit donc être le cas entre les services propriétaires et les offices chargés de garantir l'exécution des tâches (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.1.1, 3.2.2).

3.2.3.2 Conséquences pour les critères d'évaluation

Il découle des explications qui précèdent trois conclusions s'agissant de la formulation de critères d'évaluation.

- *Choix du modèle de propriétaire*: la défense des droits du propriétaire nécessite un *modèle de propriétaire moniste ou un service central de coordination*.
- *Séparation institutionnelle et compétences*: le *rôle de propriétaire* doit être *séparé, au point de vue institutionnel, des autres rôles de l'État*. L'État, en tant que propriétaire actif, doit veiller à ce que les *actionnaires puissent exercer effectivement leurs droits*. Les *compétences* relatives au maniement des instruments de pilotage doivent être *clairement* définies.
- *Organisation des services propriétaires*: la défense des droits du propriétaire nécessite des *ressources suffisantes et des spécialistes* présentant les compétences requises et ayant une idée précise de leurs tâches, et pour lesquels il convient d'instaurer un *code de comportement*.

3.3 Critères d'évaluation

Il est possible de déduire des bases conceptuelles internationales (notamment celles de l'OCDE) et de la littérature (voir chap. 3.2.1 à 3.2.3) des critères d'évaluation généraux des trois objets d'examen principaux (instruments de pilotage, échange d'informations, répartition des rôles dans le modèle de propriétaire) et des conflits d'intérêts entre les différents rôles de l'État. Ces critères sont de nature générale, ils doivent donc être appliqués en tenant suffisamment compte des particularités nationales. Les tableaux ci-dessous en proposent un résumé.

I 3.1: Critères d'évaluation des instruments de pilotage

Critère d'évaluation	
Cadre juridique / forme d'organisation	
A1	A1.1: Il existe pour les réglementations générales une loi-cadre à laquelle il n'est dérogé que dans des cas particuliers.
	A1.2: Les actes transversaux sont systématiquement coordonnés entre eux.
A2: Les instruments de pilotage des différentes entreprises sont harmonisés dans la mesure du possible.	
A3	A3.1: Les tâches des entreprises publiques sont clairement définies dans les actes régissant l'organisation et dans les statuts.
	A3.2: Les distorsions de la concurrence sont évitées.
A4	A4.1: Le choix de la forme juridique est justifié.
	A4.2: Étant donné la nécessité de s'écarter du droit de la société anonyme s'agissant des instruments de pilotage, la forme juridique qui est recommandée est celle de la société anonyme fondée sur une loi spéciale.
Politique de propriétaire	
A5: Il existe une politique de propriétaire claire, élaborée et communiquée par le propriétaire.	
Objectifs stratégiques	
A6	A6.1: Des objectifs stratégiques à moyen terme sont définis.
	A6.2: Ils sont fixés en concertation avec l'entreprise.
	A6.3: Les conflits d'objectifs sont résolus.
	A6.4: Les objectifs sont classés par ordre de priorité.
A7	A7.1: Les performances des entreprises et le respect des prescriptions sont soumis à une surveillance constante. Des systèmes d'établissement de rapports sont instaurés à cette fin.
	A7.2: L'attitude de l'entreprise en matière d'intégrité et de prévention de la corruption fait l'objet d'une surveillance.
	A7.3: Le potentiel de risque des entreprises fait l'objet d'une surveillance (au moyen d'un outil d'évaluation comparative, par ex.).
	A7.4: Il convient de s'assurer que les entreprises ont mis en place des systèmes de gestion des risques et des programmes de conformité et les contrôlent régulièrement.
	A7.5: Des échanges réguliers sont assurés avec les entreprises (au moyen d'entretiens avec le propriétaire, par ex.).
Domaines d'autonomie	
A8	A8.1: Les domaines d'autonomie des entreprises et les compétences correspondantes sont respectés.
	A8.2: Le propriétaire ne s'immisce pas dans les affaires courantes de l'entreprise.
	A8.3: La surveillance se limite à une surveillance de l'organisation.
Actionnaires minoritaires	
A9: Les actionnaires minoritaires sont protégés et tous les actionnaires sont traités à égalité.	
Conseil d'administration	

Critère d'évaluation	
A10	A10.1: La constitution du conseil d'administration suit des procédures professionnelles et repose sur des profils d'exigences.
	A10.2: La diversité des membres du conseil d'administration selon leur sexe et leur spécialité est encouragée.
	A10.3: Les représentants de l'État sont sollicités avec retenue. Aucun membre des instances politiques supérieures ne siège au conseil d'administration.
A11: Des mécanismes permettant de vérifier régulièrement le bon fonctionnement du conseil d'administration sont introduits.	
A12: Des prescriptions spéciales régissent la gestion des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration (ou de la direction).	
A13: Il existe un système de rémunération des membres du conseil d'administration.	
Pilotage des entreprises fournissant des prestations sur le marché	
A14: Dans le cas des entreprises fournissant des prestations sur le marché, le pilotage est axé sur des objectifs liés à l'entreprise.	
Pilotage des structures de holding	
A15: Les particularités du pilotage des structures de holding ou des groupes sont clairement définies.	
Rôle et mandat de contrôle de l'organe de révision externe des entreprises actives sur le marché et accomplissant des tâches publiques	
A16: Le rôle et le mandat (y c. les éventuels mandats d'audit élargis) de l'organe de révision externe sont clairement définis.	
A17: Le propriétaire mène un dialogue continu avec l'organe de révision externe tout en respectant le principe de l'égalité de traitement des actionnaires et la responsabilité du conseil d'administration.	
A18: En plus de la révision externe, l'autorité supérieure de contrôle des finances peut réaliser des audits des entreprises publiques.	
Sources: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.	

I 3.2: Critères d'évaluation de l'échange d'informations

Critère d'évaluation	
Informations à fournir et réglementation du volume d'informations	
B1	B1.1: Le propriétaire a élaboré une politique de publication et de transparence.
	B1.2: Les obligations en matière de publication des entreprises sont au moins équivalentes à celles des entreprises cotées en bourse.
B2: Le propriétaire obtient toutes les informations dont il a besoin pour vérifier le degré de réalisation des objectifs stratégiques.	
Réglementation de l'accès aux informations	
B3: Le propriétaire obtient à temps toutes les informations utiles.	
B4	B4.1: Le propriétaire a accès aux informations utiles.
	B4.2: Le propriétaire recourt si nécessaire à une loi spéciale pour se réserver un droit aux renseignements plus étendu que celui qui est prévu par le droit de la société anonyme.
B5	B5.1: L'égalité de traitement des actionnaires est assurée.
	B5.2: Dans le cas des entreprises cotées en bourse, l'égalité de traitement est en outre conforme au droit du marché des capitaux.

Critère d'évaluation

Maintien du secret et utilisation des informations

B6: Le propriétaire est responsable du maintien secret des informations obtenues.

B7: Le propriétaire s'abstient de tout abus, c'est-à-dire qu'il n'utilise les informations obtenues que pour vérifier le degré de réalisation des objectifs stratégiques.

Réglementation du flux d'informations (entre le propriétaire et l'entreprise)

B8: Le flux d'informations entre le propriétaire et l'entreprise est scrupuleusement documenté.

Obtention d'informations manquantes

B9: Les modalités d'obtention des informations manquantes auprès de l'entreprise sont clairement définies.

Exigences spécifiques concernant les informations relatives aux unités fournissant des prestations sur le marché

B10: Ces unités satisfont à des normes élevées en matière de transparence et de publication (en particulier s'agissant des frais et des recettes).

Sources: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP

I 3.3: Critères d'évaluation de la répartition des rôles de la Confédération dans le modèle de propriétaire

Critère d'évaluation

Répartition des rôles entre les services propriétaires et les offices compétents

C1

C1.1: Les différents rôles de l'État relatifs à des entreprises publiques sont séparés au point de vue institutionnel.

C1.2: Le rôle de propriétaire de l'État est séparé au point de vue institutionnel de son rôle de mandant (office compétent).

Organisation du modèle de propriétaire

C2

C2.1: Les droits du propriétaire sont exercés par un service central (modèle moniste).

C2.2: Un service de coordination est mis en place si nécessaire.

C2.3: L'État est un propriétaire actif et les actionnaires exercent effectivement leurs droits.

C3: Les compétences relatives au maniement des instruments de pilotage sont clairement définies.

C4: Les ressources disponibles sont suffisantes pour que l'État puisse assumer activement son rôle de propriétaire.

C5

C5.1: Les services chargés de défendre les droits du propriétaire disposent de spécialistes présentant les compétences requises, disposant de ressources suffisantes et ayant une idée précise de leurs tâches.

C5.2: Il existe un code de comportement pour les personnes chargées d'assumer les fonctions de propriétaire.

Coordination générale

C6: Le gouvernement veille à la coordination générale des différents rôles de l'État relatifs à des entreprises publiques.

Sources: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

I 3.4: Critères d'évaluation des conflits d'intérêts entre les différents rôles de l'État

Critère d'évaluation
Interfaces et conflits d'objectifs entre les rôles de l'État comme propriétaire / mandant / concédant ou instance de subventionnement
D1: Les objectifs de propriétaire et de mandant sont coordonnés.
D2: Les conflits entre objectifs de propriétaire et objectifs de mandant sont résolus.
D3: Le flux d'informations entre le propriétaire et les offices compétents est transparent et documenté.
Sources: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

3.4 Conception à l'échelon de la Confédération et bases légales

3.4.1 Objet d'examen n° 1: instruments de pilotage

3.4.1.1 Bases

I Conception à l'échelon de la Confédération

Les bases conceptuelles de la Confédération citent plus particulièrement trois instruments de pilotage de la Confédération comme propriétaire d'entreprises qui lui sont liées: *la fixation des objectifs stratégiques, la nomination du conseil d'administration et l'approbation du rapport de gestion et des comptes*. Le Conseil fédéral dispose d'*instruments supplémentaires tels que les entretiens avec le propriétaire* ou la possibilité de demander à l'Assemblée fédérale de modifier les actes régissant l'organisation, ou encore d'*instruments fournis par le droit de la société anonyme*, comme la fixation du dividende ou l'édition des statuts. En cas de dérive, la Confédération peut, par exemple, modifier les objectifs stratégiques ou refuser d'approuver le rapport de gestion (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.1).

Les *objectifs stratégiques* à moyen terme portent sur l'entreprise et sur ses tâches. Ils sont fixés par le Conseil fédéral pour quatre ans. Le Conseil fédéral considère que «la définition d'objectifs relatifs aux tâches est indissociablement liée au statut de propriétaire de la Confédération». Compte tenu de l'autonomie des entreprises et de la nécessité de respecter leur responsabilité, les objectifs stratégiques ne doivent pas contenir de prescriptions détaillées. Ils doivent être définis en étroite concertation avec l'entreprise concernée. Certaines des bases signalent qu'il est difficile de classer préalablement les objectifs par ordre de priorité et que cette tâche incombe au conseil d'administration. Dans le cas des sociétés anonymes fondées sur une loi spéciale, il faut, conformément au rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, déclarer juridiquement contraignants les objectifs stratégiques et créer une obligation de rendre des comptes à cet égard. Dans les sociétés anonymes de droit privé, les objectifs stratégiques ont un effet contraignant non pas sur le plan juridique mais dans les faits (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.11).

La *forme juridique* recommandée est celle de la société anonyme de droit privé, notamment parce qu'elle permet de délimiter le droit privé du droit public plus facilement que la société anonyme fondée sur une loi spéciale, laquelle, de plus, n'est pas privatisable. Les formes mixtes fondées sur une loi spéciale doivent rester exceptionnelles et être dûment justifiées. Les bases conceptuelles de la Confédération justifient la création de sociétés anonymes fondées sur une loi spéciale par l'effet plus contraignant des objectifs stratégiques et l'accès privilégié de la Confédération aux informations (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.2).

S'agissant de la nomination du *conseil d'administration*, il faut créer un profil d'exigences pour les membres, pour l'organe et pour la présidence, en tenant compte du fait que les

membres doivent pouvoir s'identifier à l'orientation des objectifs stratégiques du Conseil fédéral. Le conseil d'administration doit disposer des connaissances nécessaires, tant techniques qu'en matière de gestion, et représenter équitablement les deux sexes et les régions linguistiques. Il faut définir les procédures à suivre en cas de conflit d'intérêts en son sein. La participation de collaborateurs de l'administration à des séances du conseil d'administration d'entreprises liées à la Confédération doit rester exceptionnelle. Les *représentants de l'État* ne doivent être engagés dans le conseil d'administration que si nécessaire. Leur présence aura moins de poids dans une société anonyme fondée sur une loi spéciale, étant donné que ses objectifs stratégiques peuvent lui être imposés (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.8.2 ss).

Les *domaines d'autonomie* des entreprises liées à la Confédération doivent être respectés. L'étendue de cette autonomie découle des bases légales et de la forme juridique de l'unité, et ses limites, des droits de surveillance et de participation du Conseil fédéral conformément aux bases conceptuelles à l'échelon de la Confédération. Quoiqu'il en soit, les domaines d'autonomie ne doivent pas faire l'objet de directives. En effet, les entreprises liées à la Confédération sont simplement soumises à une surveillance de l'organisation, et non à la surveillance hiérarchique usuelle dans le cadre de l'administration centrale (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.3 s.).

I Bases légales à l'échelon de la Confédération

Ces bases consistent, d'une part, en des *actes transversaux* (en particulier la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA], l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA], la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération [LPers] et l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération [OPers]³), qui donnent un cadre aux entreprises liées à la Confédération. À titre d'exemple, l'art. 8, al. 5, LOGA, prévoit la fixation des objectifs stratégiques. Les *actes régissant l'organisation* (loi du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux [LCFF], loi sur l'entreprise de télécommunications [LET], loi fédérale du 17 décembre 2010 sur l'organisation de La Poste Suisse [loi sur l'organisation de la Poste, LOP], loi fédérale du 10 octobre 1997 sur les entreprises d'armement de la Confédération [LEAC]⁴) règlent l'organisation et les tâches des entreprises liées à la Confédération. Par ailleurs, des lois spéciales telles que la loi du 17 décembre 2010 sur la poste (LPO)⁵ décrivent les tâches de toutes les entreprises opérant dans le domaine politique correspondant (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.1, 1.4.1.3).

Les CFF, la poste et Swisscom sont constitués en sociétés anonymes fondées sur une loi spéciale (de droit public). RUAG Holding SA (société de participation financière) est qualifiée à l'art. 3, al. 1, LEAC, de société anonyme, mais l'art. 3, al. 1^{bis}, LEAC, prévoit des objectifs stratégiques et l'art. 3, al. 1^{er}, charge le conseil d'administration de veiller à la réalisation de ces objectifs. On peut donc considérer que RUAG Holding SA est également une société anonyme fondée sur une loi spéciale (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.3).

Les lois d'organisation des quatre entreprises prévoient toutes la fixation des *objectifs stratégiques* par le Conseil fédéral (art. 7, al. 1, LOP, art. 3, al. 1^{bis}, LEAC, art. 8, al. 1, LCFF, art. 6, al. 3, LET). Trois d'entre elles désignent le conseil d'administration comme responsable de la mise en œuvre de ces objectifs et de l'établissement d'un rapport sur

³ RS 172.010, RS 172.010.1, RS 172.220.1, RS 172.220.111.3

⁴ RS 783.1, RS 934.21, RS 742.31, RS 784.11

⁵ RS 783.0

leur réalisation (art. 7, al. 3, LOP, art. 3, al. 1^{er}, LEAC et art. 8, al. 2, LCFF). Une telle disposition est absente de la LET, mais elle devrait être édictée lors de la révision de la loi sur les télécommunications (LTC), sans toutefois établir explicitement la responsabilité du conseil d'administration quant à la mise en œuvre des objectifs stratégiques. Les réflexions qui ont abouti à l'intégration de ces dispositions dans les lois d'organisation permettent de conclure que, contrairement à la vision du Conseil fédéral, à l'avis défendu dans la littérature et à la formulation même de ces dispositions, les objectifs stratégiques de ces entreprises ne doivent pas avoir d'effet juridiquement contraignant (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.3).

Dans les entreprises liées à la Confédération, le Conseil fédéral est responsable de l'exercice, à l'assemblée générale, des droits d'actionnaire et du droit de vote de la Confédération en tant qu'actionnaire majoritaire. L'art. 10, al. 1, LCFF et l'art. 8 LET disposent que les attributions de l'assemblée générale sont régies par le code des obligations (CO)⁶. L'art. 4 LOP contient un renvoi général au CO «sauf disposition contraire». La LEAC ne renvoie au CO ni de manière générale, ni par rapport aux attributions de l'assemblée générale. Les quatre statuts examinés font usage de l'art. 712, al. 2, CO, et il est établi que l'assemblée générale nomme le conseil d'administration et en élit le président (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.3).

La compétence du Conseil fédéral s'agissant de la nomination du conseil d'administration ou des représentants que l'assemblée générale doit élire et des représentants que la Confédération a le droit de déléguer en vertu de l'art. 762 CO, est définie à l'art. 8j, al. 1, de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA). L'art. 8j, al. 2, OLOGA dispose que le Conseil fédéral établit pour chaque organisation un profil des compétences auxquelles les représentants doivent répondre et se fonde sur ce profil pour les nommer. Un profil type des compétences a été élaboré à l'échelon de la Confédération, notamment pour les administrateurs des entreprises liées à la Confédération. Des profils correspondants ont été publiés pour la poste, les CFF et Swisscom (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.9, 1.4.1.1).

Le ch. 6.1.3 des statuts de Swisscom SA permet à l'État de déléguer deux représentants au conseil d'administration. Conformément aux bases conceptuelles de la Confédération, il s'agit là de représentants au sens de l'art. 762 CO. La LET ne prévoit pas de droit de déléguer des représentants de l'État. L'art. 4, al. 1, LEAC dispose que la Confédération est représentée au conseil d'administration de la société de participation financière en fonction de ses intérêts. Dans les cas de la poste et des CFF, ni les lois d'organisation ni les statuts ne prévoient la possibilité pour l'État de déléguer des représentants (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.2, 1.4.1.3.2, 1.4.1.3.4).

L'art. 6a, al. 3, LPers et l'art. 11, al. 2, de l'ordonnance du 19 décembre 2003 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 entreprises et des établissements de la Confédération (ordonnance sur les salaires des cadres)⁷ règlent les conflits d'intérêts susceptibles de découler, au sein du conseil d'administration, d'une activité accessoire. Par contre, ni les lois d'organisation ni les statuts des quatre entreprises examinées ne contiennent de dispositions explicites concernant les conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration. L'art. 8, al. 2, LOP et l'art. 15, al. 6, des statuts de La Poste

⁶ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)

⁷ RS 172.220.12

Suisse SA précisent uniquement qu'aucun membre du conseil d'administration ne doit faire partie de la direction. Le Conseil fédéral a cependant estimé récemment, sur la base d'un rapport de la Commission de gestion du Conseil des États, qu'il fallait renforcer la vérification des différents intérêts des administrateurs (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.9, 1.4.1.1, 1.4.1.3.1).

La rémunération du conseil d'administration est réglée à l'art. 6a LPers et dans l'ordonnance sur les salaires des cadres. S'agissant de la rémunération des cadres du plus haut niveau hiérarchique, il existe à l'échelon de la Confédération des dispositions types pour les statuts d'entreprises liées à la Confédération. L'ordonnance sur les salaires des cadres ne s'applique pas à Swisscom, qui est soumise aux dispositions de droit privé du CO (art. 6a, al. 6, LPers) de même qu'à l'ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb⁸; pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.1).

3.4.1.2 Particularités

I Pilotage dans le cadre de prestations fournies sur le marché

Selon les bases conceptuelles de la Confédération, les unités fournissant des prestations sur le marché doivent elles aussi être pilotées essentiellement au moyen d'*objectifs liés à l'entreprise*, puisque l'accomplissement de leurs tâches dépend en grande partie du marché. La nécessité d'un pilotage politique est faible et ne se fait ressentir que dans le domaine de l'approvisionnement de base (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.2.1).

Selon les bases conceptuelles de la Confédération, les unités fournissant des prestations sur le marché doivent avoir la forme juridique de la *société anonyme de droit privé*, une société anonyme fondée sur une loi spéciale ne pouvant être constituée que dans des cas exceptionnels. Ces entreprises devront pouvoir engager des coopérations et acquérir des participations. Des restrictions en la matière peuvent être prévues dans la loi d'organisation ou les objectifs stratégiques des sociétés instituées par une loi spéciale (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.2.1).

I Structures de holding

Les bases conceptuelles de la Confédération ne permettent pas de se prononcer en ce qui concerne le pilotage des structures de holding. S'agissant de RUAG, l'art. 4 LEAC précise que la Confédération doit être représentée au conseil d'administration de la société de participation financière en fonction de ses intérêts (al. 1), et que la société de participation financière doit également être représentée dans les conseils d'administration des entreprises d'armement en fonction de ses intérêts (al. 2). On peut donc en conclure que RUAG est dirigée comme un groupe (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.2.2 et 1.4.2.2).

I Interfaces et conflits d'objectifs entre propriétaire/mandant/concédant ou instance de subventionnement

Le pilotage du Conseil fédéral doit résulter d'une *vision globale*. Le Conseil fédéral doit mettre en balance les différents intérêts (et les éventuels conflits d'intérêts) de la Confédération (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.1).

⁸ RS 221.331

Dans le cadre de l'autonomisation juridique des entreprises d'armement, on a voulu éviter les conflits d'intérêts potentiels entre les rôles de propriétaire et de mandant de la Confédération en créant une société holding financière et stratégique intermédiaire (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.2.3).

Hormis ces deux points, l'examen des bases conceptuelles de la Confédération et des actes législatifs correspondants n'a permis d'identifier aucune règle spécifique concernant les interfaces et les conflits d'objectifs de la Confédération dans ses rôles de propriétaire/mandant/concédant ou instance de subventionnement (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.2.3 et 1.4.2.3).

I Rôle et mandat de contrôle de l'organe de révision

Selon les bases conceptuelles de la Confédération, le contrôle externe des entreprises qui lui sont liées relève exclusivement du droit de la société anonyme. Le *contrôle ordinaire* (art. 728 ss CO) vérifie si les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes de groupe sont conformes aux dispositions légales, aux statuts et à la norme comptable définie. Il vérifie aussi la proposition du conseil d'administration à l'assemblée générale concernant l'emploi du bénéfice et l'existence d'un système de contrôle interne. L'organe de révision établit un rapport détaillé à l'intention du conseil d'administration, ainsi qu'un rapport synthétique à l'intention de l'assemblée générale (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.2.4 et 1.4.2.4).

Les obligations de l'organe de révision en matière de vérification et d'information sont fixées par la loi, mais peuvent être *étendues* par les statuts et par l'assemblée générale (art. 731a, al. 1, CO). En outre, l'organe de révision peut être mandaté contractuellement afin de fournir des prestations supplémentaires. Les statuts examinés ne comportent aucun mandat de contrôle étendu attribué à l'organe de révision. Deux statuts (CFF et la Poste) précisent expressément qu'un contrôle ordinaire doit être effectué (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.2.4 et 1.4.1.3).

3.4.1.3 Principales différences conceptuelles au niveau international et littérature

Les *tâches ou les objectifs* à l'échelon fédéral des entreprises liées à la Confédération sont fixés dans les lois d'organisation (ou dans des lois spécifiques telles que la LPO) et dans les statuts des entreprises. Une spécification (en particulier pour les tâches publiques et les autres activités éventuelles dans le secteur privé) serait parfois souhaitable dans les lois d'organisation. Aucune loi-cadre sur les entreprises liées à la Confédération n'a été adoptée, contrairement aux recommandations d'une partie de la littérature. Il existe bien des actes législatifs transversaux prévoyant des règles applicables à l'ensemble des entreprises, mais certains aspects particuliers (par ex. les entretiens avec le propriétaire) ne sont pas régis par les bases légales. Les lois d'organisation et les statuts des entreprises ne sont que partiellement harmonisés ou ne s'appuient que partiellement les uns sur les autres. Il n'existe aucune politique de propriétaire à l'échelon fédéral – contrairement aux recommandations de l'OCDE et de certaines autres organisations. Divers documents, comme le rapport sur le gouvernement d'entreprise ou la planification de la mise en œuvre, couvrent toutefois certains aspects de la politique de propriétaire.

Les entreprises se voient fixer des *objectifs stratégiques* à l'échelon fédéral – conformément aux recommandations de l'OCDE et de la littérature. La compétence de la Confédération pour édicter des objectifs stratégiques a été ancrée dans la loi. De plus, il existe dans les lois d'organisation des bases légales spéciales pour la fixation des objectifs stratégiques. Ces bases légales spéciales fixent aussi bien des objectifs d'entreprise que des objectifs stratégiques liés aux tâches, ces derniers étant contestés dans la littérature. La Confédération ne hiérarchise ni ne pondère les objectifs stratégiques, et ne se prononce

pas sur les conflits d'objectifs. Actuellement, les lois d'organisation de la Poste, des CFF et de RUAG précisent que ces entreprises doivent établir un rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques. Quant à Swisscom, un amendement législatif en ce sens est en cours de préparation.

La compétence du Conseil fédéral pour élire le *conseil d'administration* des entreprises liées à la Confédération et son obligation d'adopter un profil d'exigences approprié sont régies par voie d'ordonnance. Sur ce point, les lois d'organisation renvoient à la compétence de l'assemblée générale ou au CO. Il existe un modèle de profil d'exigences, et les profils d'exigences des CFF, de la Poste et de Swisscom sont publics. En l'état actuel des choses, il n'existe toutefois aucune procédure systématique pour l'élection du conseil d'administration. Aucun mécanisme permettant d'évaluer et de garantir la capacité de fonctionnement et l'indépendance du conseil d'administration n'a semble-t-il été mis en place. Il n'y a pas non plus d'exigences en matière de formation et de perfectionnement des membres du conseil d'administration. Il existe bien des dispositions qui régissent les activités annexes des membres des conseils d'administration, mais aucune ne régit les autres conflits d'intérêts ou les règles de récusation (sauf le 6^e principe du rapport sur le GE du Conseil fédéral).

Des *représentants de l'État* ne sont détachés dans les conseils d'administration des entreprises liées à la Confédération que dans des cas exceptionnels. Cette situation est conforme aux avis exprimés dans la littérature, certain-e-s auteur-e-s allant même jusqu'à rejeter catégoriquement le détachement de représentants de l'État. Conformément aux prescriptions internationales et aux avis exprimés dans la littérature, aucun membre des instances politiques supérieures ne siège dans les conseils d'administration des entreprises liées à la Confédération.

Des *systèmes de rémunération* ont été mis en place par voie d'ordonnance. Les sociétés cotées en bourse et celles non cotées sont soumises à des systèmes différents. Seule la loi d'organisation de la Poste renvoie à l'ordonnance correspondante. Dans ce contexte, la Confédération a adopté des dispositions types pour les statuts des entreprises qui lui sont liées. Les CFF, RUAG et la Poste ont repris ces dispositions types dans leurs statuts.

Parmi les quatre entreprises examinées, on compte trois sociétés anonymes fondées sur une loi spéciale et (du moins dans l'esprit) une société anonyme de droit privé (RUAG). Il est difficile d'établir avec certitude *les raisons pour lesquelles ces entreprises ont choisi* des formes d'organisation différentes. Bien que la Confédération ait pu établir des règlements ciblés dans des cas particuliers, elle s'efforce néanmoins de respecter les structures éprouvées du droit des sociétés, conformément aux recommandations de la littérature. En conséquence, les lois d'organisation de la Poste, des CFF et de Swisscom renvoient aux dispositions du CO.

Les bases conceptuelles de la Confédération et les bases légales spécifiques ne permettent de tirer aucune conclusion quant à la manière dont les *structures de holding* sont pilotées.

Les *systèmes d'établissement de rapports* qui permettent de contrôler la performance des entreprises et le respect des prescriptions ont en principe été mis en place, conformément aux recommandations de l'OCDE. Les bases légales et les bases conceptuelles examinées ne permettent pas d'établir dans quelle mesure la Confédération surveille le comportement des entreprises en termes d'intégrité et de lutte contre la corruption. Cet examen ne révèle pas non plus dans quelle mesure le propriétaire veille à ce que les entreprises aient mis en place des programmes de conformité. De même, la mesure dans laquelle les actionnaires

sont traités de façon égale et le degré de protection des actionnaires minoritaires ne peuvent être clairement établis après examen des bases conceptuelles.

Le choix de l'*organe de révision* est régi par des dispositions contraignantes du code des obligations. Cependant, la question de savoir si le mandat de l'organe de révision doit être étendu reste à examiner.

3.4.2 Objet d'examen n° 2: échange d'informations

3.4.2.1 Bases

I Informations à fournir

Le Conseil fédéral dispose notamment du rapport établi par le conseil d'administration (qui porte principalement sur la réalisation des objectifs stratégiques), du rapport de gestion et du rapport de l'organe de révision externe. Il peut en outre demander des rapports de surveillance technique aux offices compétents. Toutefois, il n'existe pour ceci aucune base légale explicite dans le cadre du rôle de propriétaire. Certaines entreprises remettent en plus au propriétaire l'ordre du jour et le procès-verbal des réunions de leur conseil d'administration. Là encore, il n'existe aucune base légale explicite en la matière (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.3.2).

En ce qui concerne le *rapport sur la réalisation des objectifs et la fourniture des informations requises* pour la vérification, *des bases légales spéciales ont été introduites dans les lois d'organisation* à l'échelon fédéral. Ces bases légales spéciales diffèrent du droit de la société anonyme. Ainsi, l'art. 7, al. 3, LOP, l'art. 3, al. 1^{er}, LEAC et l'art. 8, al. 2, LCFF disposent que le conseil d'administration adresse au Conseil fédéral un rapport annuel (LEAC et LCFF) l'informant sur la mise en œuvre des objectifs fixés et lui fournissant les informations nécessaires pour vérifier la réalisation de ces objectifs. Dans le cas de la Poste, les statuts précisent en outre que le conseil d'administration est également tenu d'assurer un contact permanent et un échange d'informations transparent avec l'actionnaire majoritaire et les autres actionnaires (art. 17, al. 4 des statuts de la Poste Suisse), y compris entre les assemblées générales. De plus, l'art. 17, al. 3, let. k des statuts de la Poste Suisse stipule une fois de plus que le conseil d'administration est responsable de la transmission des informations relatives aux objectifs stratégiques. Le ch. 9 des statuts des CFF précise que le conseil d'administration « met à la disposition des autorités compétentes, à leur demande, toutes les informations qu'elles jugent nécessaires pour déterminer et contrôler les objectifs stratégiques ». L'obligation, pour le conseil d'administration, d'adresser au Conseil fédéral, chaque année après la clôture de l'exercice comptable, un rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques est également inscrite dans les objectifs stratégiques que le Conseil fédéral fixe aux quatre entreprises examinées (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.3 et 2.4.5).

Dans le cas de Swisscom, il n'existe aucune base légale qui modifierait les droits d'information prévus par le droit de la société anonyme ou le droit du marché des capitaux. Dans le cadre de la révision partielle de la nouvelle LTC, il est toutefois prévu de compléter l'art. 6, al. 3, LET par des dispositions relatives à l'établissement de rapports et à la mise à disposition d'informations dont la formulation sera identique à celle des autres lois d'organisation (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.3.4 et 2.4.5).

I Accès aux informations

Le droit de demander des renseignements et de consulter des documents prévu dans le droit de la société anonyme ne peut être revendiqué que s'il est *nécessaire à l'exercice des droits des actionnaires* (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.4.3.1).

Dans le cas des *sociétés anonymes de droit privé*, le *droit de la société anonyme* précise les informations que l'entreprise et l'organe de révision externe doivent communiquer à l'actionnariat dans le cadre de la reddition des comptes. Le droit de la société anonyme prévoit un concept d'échange d'informations à quatre niveaux: l'art. 696 CO régit la communication des informations de base, l'art. 697 CO prévoit des droits étendus de consultation et d'obtention de renseignements pour les actionnaires, l'art. 702, al. 3, CO autorise les actionnaires à consulter les procès-verbaux des AG et, enfin, l'art. 697a ss CO prévoit la possibilité d'instituer un contrôle spécial. Selon les dispositions du droit de la société anonyme, les secrets d'affaires qui doivent être sauvegardés ainsi que d'autres intérêts sociaux dignes de protection constituent des limites à l'accès aux informations. Les *devoirs de diligence et de fidélité auxquels sont soumis les membres du conseil d'administration* (notamment le secret de fonction auquel sont soumis les membres du conseil d'administration et de la direction) limitent l'accès aux informations. De plus, l'*égalité de traitement des actionnaires* rend plus difficile l'accès aux informations privilégiées. L'octroi d'un statut privilégié en matière d'information à des actionnaires importants (avantages durables en matière d'information et réception d'informations stratégiques) est incompatible avec le droit de la société anonyme (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.4.2).

Les *sociétés cotées en bourse* sont soumises non seulement au droit de la société anonyme, mais aussi au droit du marché des capitaux. Le droit du marché des capitaux prévoit des *obligations de publication supplémentaires* par rapport au droit de la société anonyme (par exemple, la publication annuelle du rapport de gestion et du rapport de l'organe de révision). En outre, le règlement de cotation prévoit un *devoir d'information spécifique, dit de «publicité événementielle»*, en vertu duquel le marché doit être informé de tout *fait susceptible d'avoir une influence sur les cours* dès qu'il se produit. Les informations concernant les objectifs stratégiques ainsi que d'autres informations relatives à l'entreprise sont réputées être des *informations d'initiés* au sens de la LIMF; celles-ci ne doivent en principe pas être communiquées. La personne qui reçoit une telle information peut toutefois la communiquer si elle «a besoin de connaître l'information d'initiés pour remplir ses obligations légales ou contractuelles» (voir l'art. 128, let. a, OIMF). S'agissant de la publication d'informations privilégiées, il faut tenir compte des *sanctions possibles* prévues à l'art. 162 CP et à l'art. 154 LIMF (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.4.2).

Dans le cas des *sociétés fondées sur une loi spéciale*, l'accès aux informations peut être régi par des dispositions particulières (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.2 et 2.3.3).

Les informations ne peuvent être librement transmises, même lorsqu'un *représentant de l'État* siège au conseil d'administration de l'entreprise. Un représentant de l'État peut uniquement transmettre des informations nécessaires à la préservation des intérêts de la Confédération. Selon les bases conceptuelles de la Confédération, un représentant de l'État qui siège dans une société non cotée peut transmettre à la Confédération des informations sur la réalisation des objectifs stratégiques sans que cela nécessite une base légale spéciale. Cela serait justifié par le fait que la Confédération agit dans le but d'accomplir des tâches étatiques et dans l'intérêt de la société, ce qui constitue une raison valable. Les sociétés cotées en bourse sont soumises à un *devoir d'information spécifique (publicité événementielle)*. Une base légale spéciale peut permettre l'envoi d'un représentant de l'État au sein d'une société cotée en bourse (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.3.3).

Chez Swisscom, le représentant de l'État est mentionné uniquement dans les statuts; il informe la Confédération des points inscrits à l'ordre du jour des réunions du conseil d'administration et lui remet, le cas échéant, des documents annexes. La loi d'organisation de Swisscom ne contient aucune base légale spéciale fixant les modalités de la transmission

des informations par le représentant de l'État, mais renvoie à l'art. 762 CO. Selon les statuts de Swisscom, les représentants de la Confédération qui siègent au conseil d'administration disposent des mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations que les membres élus par l'assemblée générale. Ces derniers ne peuvent communiquer des informations privilégiées que sous certaines conditions qui ont déjà été évoquées (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.10, 1.4.1.3.4 et 2.3.3).

I Informations complémentaires

Ni les bases conceptuelles de la Confédération ni les bases légales ne font référence aux demandes d'informations manquantes. Les bases légales spéciales contenues dans les lois d'organisation précisent seulement que les informations nécessaires pour vérifier la réalisation des objectifs doivent être mises à disposition. La façon dont la Confédération en tant que propriétaire peut se procurer des informations manquantes *n'est pas régie* (en particulier, les entretiens avec le propriétaire et la publication d'informations dans ce cadre-là ne sont pas régis par la loi). Néanmoins, comme le droit de la société anonyme peut s'appliquer à titre subsidiaire, des informations manquantes peuvent être demandées sur la base du droit de la société anonyme. Dans ce contexte, l'obligation de traiter les actionnaires de façon égale doit être respectée (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.3, 2.3.3 s. et 2.4.4).

I Flux d'informations entre le propriétaire et les entreprises

Comme cela a déjà été mentionné, les *lois d'organisation* de la Poste, de RUAG et des CFF contiennent des *bases légales spéciales* qui stipulent que le conseil d'administration adresse au Conseil fédéral un *rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques* et «lui fournit les informations nécessaires pour vérifier la réalisation de ces objectifs» (voir le chap. 3.3.1.1). Quant à Swisscom, des dispositions en ce sens sont également prévues. Ni les lois d'organisation ni les statuts ne contiennent d'indications sur les échéances et sur le contenu exact dudit rapport. Les objectifs stratégiques que le Conseil fédéral a fixés à la Poste (2017-2020), aux CFF (2015-2018) et à Swisscom (2018-2021) précisent que le rapport sur la réalisation des objectifs doit être établi après la clôture de chaque exercice comptable. Les objectifs stratégiques que le Conseil fédéral a fixés à RUAG (2016-2019) ne précisent pas d'échéance pour le rapport sur la réalisation des objectifs. Toutefois, un rapport supplémentaire sur la marche des affaires est exigé. Les statuts de la Poste et des CFF (dans une moindre mesure) mentionnent un échange d'informations avec le propriétaire (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.4.1.3).

Des *entretiens avec le propriétaire* sont organisés plusieurs fois par an entre l'administration et l'entreprise, et des entretiens portant sur la réalisation des objectifs ont lieu une fois par an. Les entretiens avec le propriétaire ne sont pas ancrés dans la loi, mais les objectifs stratégiques que le Conseil fédéral a fixés à la Poste (2017-2020) et aux CFF (2015-2018) mentionnent des échanges d'informations trimestriels, les objectifs stratégiques fixés à RUAG Holding SA (2016-2019) évoquant quant à eux des entretiens trimestriels. Dans le cas de Swisscom, les objectifs stratégiques (2018-2021) fixés par le Conseil fédéral mentionnent des «entretiens réguliers avec les analystes et les investisseurs» (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.8.2, 1.4.1.3 et 2.3.5).

Le Conseil fédéral doit disposer des informations utiles en temps voulu. Des *possibilités d'échanges informels* sont nécessaires entre la Confédération et l'entreprise dans la mesure où il n'est pas aisé d'évaluer les objectifs liés aux tâches lorsque certains aspects (comme la qualité des produits ou la propension à l'innovation) sont difficiles à évaluer et dans la mesure où la Confédération assume une responsabilité politique pour les entreprises. Dans ce contexte, la Confédération doit répondre aux questions des parlementaires,

des médias et du grand public à intervalles réguliers (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.11 et 2.3.5).

Les échanges informels sont nombreux au niveau du *personnel compétent*. D'autre part, *au niveau de la direction de l'entreprise*, des échanges réguliers sont organisés avec le service propriétaire, des membres du Conseil fédéral et des parlementaires (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.3.5).

Selon les bases conceptuelles à l'échelon fédéral, les entreprises fournissent généralement à l'administration l'ensemble des documents demandés (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.3.3).

I Flux d'informations entre le propriétaire et les offices compétents

Ni les bases conceptuelles de la Confédération ni les bases légales ne fournissent de renseignements sur les flux d'informations entre les offices compétents et le propriétaire (pour les détails, voir annexe 4, ch. 2.3.5 et 2.4.5).

3.4.2.2 Principales différences conceptuelles au niveau international et littérature

À ce jour, la Confédération n'a adopté aucune politique en matière de publication et de transparence, contrairement aux recommandations de l'OCDE et de certaines autres organisations.

Les bases légales fixant les modalités de la transmission d'informations relatives aux objectifs stratégiques et à leur réalisation se trouvent dans les lois d'organisation des entreprises concernées (dans le cas de Swisscom, une disposition correspondante est prévue, mais celle-ci ne reprend pas explicitement la compétence du conseil d'administration pour mettre en œuvre les objectifs stratégiques). Seuls les statuts de la Poste et des CFF contiennent des dispositions sur l'échange d'informations avec les services administratifs compétents ou l'actionnaire majoritaire. Ni les lois d'organisation ni les statuts ne comportent d'indications détaillées sur la transmission des informations (quelles informations doivent être livrées et quand? Comment se procurer les informations manquantes?). Les objectifs stratégiques que le Conseil fédéral a fixés aux quatre entreprises examinées contiennent certaines indications à ce sujet et précisent les entretiens avec le propriétaire (la Poste et les CFF: «échanges d'informations trimestriels»; RUAG: «entretiens trimestriels»; Swisscom: «entretiens réguliers avec les analystes et les investisseurs»). Le fait que les entretiens avec le propriétaire sont ancrés uniquement dans les objectifs stratégiques semble insuffisant du point de vue de l'État de droit; et pourtant, il s'agit là d'un instrument central de pilotage.

Point essentiel: la Confédération veille au secret des informations transmises par les entreprises. De plus, elle ne peut utiliser ces informations de manière abusive, mais uniquement aux fins de contrôle de la réalisation des objectifs stratégiques. Les actes législatifs transversaux contiennent certaines dispositions en ce sens. La question de savoir si ces dispositions sont suffisantes n'a pas été examinée.

Le respect de l'égalité de traitement des actionnaires et de l'obligation d'impartialité lors de la transmission d'informations, comme prévu par le droit du marché des capitaux, ne peut être clairement évalué. L'égalité de traitement des actionnaires est uniquement mentionnée dans les objectifs stratégiques de Swisscom, et ce dans le contexte de l'établissement de rapports.

3.4.3 Objet d'examen n° 3: répartition des rôles dans le modèle de propriétaire

3.4.3.1 Bases

I Organisation du modèle de propriétaire

En principe, le Conseil fédéral doit prendre les décisions qui s'imposent en tenant compte des différents intérêts et rôles de la Confédération et en établissant des priorités (pour les détails, voir annexe 4, ch. 1.3.1.1 et 3.3.1). L'organisation du modèle de propriétaire doit respecter ces principes.

Selon les bases conceptuelles de la Confédération, la *variante moniste* en tant que telle serait la mieux adaptée pour garantir une présentation transparente et une prise en compte suffisante des conflits d'intérêts entre les différents rôles et permettre la poursuite d'une optique de groupe. Cependant, cette variante présente la plus grande distance entre le service responsable de la politique de propriétaire et les offices qui possèdent les connaissances liées aux tâches. Il s'ensuit que le service en charge de la politique de propriétaire devrait acquérir son propre savoir spécifique aux tâches ou assurer une bonne circulation de l'information avec l'office compétent, ce qui entraîne des dépenses. Selon les bases conceptuelles de la Confédération, la variante moniste aurait donc tendance à nécessiter des effectifs plus importants. Pour des raisons qui ont trait à l'efficacité et aux compétences requises, et aussi parce que la participation d'un service spécifique permet de réduire les conflits d'intérêts, le Conseil fédéral a décidé d'adopter le *modèle dual* pour les entreprises liées à la Confédération, à l'instar de ce qui se fait dans environ un quart des pays membres de l'OCDE (département concerné et AFF; pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.1.1 et 3.3.1).

Les différences de modèle de propriétaire que l'on peut observer dans les quatre entreprises la Poste, RUAG, CFF et Swisscom résultent uniquement des ordonnances sur l'organisation des départements concernés. En tant que tel, le modèle de propriétaire n'est pas régi par la loi (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.4).

Les règles générales de comportement, qui s'appliquent également aux employés chargés de fonctions de propriétaire, se trouvent dans l'art. 94a ss OPers, ainsi que dans d'autres documents, par exemple le code de comportement de l'administration fédérale ou les règles de comportement internes des départements (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.4).

I Répartition des rôles entre les services propriétaire et les offices compétents

Tandis que, pour les offices compétents, l'accomplissement des tâches revêt un intérêt public et est au cœur de leur action, les services propriétaires doivent également tenir compte de considérations ayant trait à la gestion de l'entreprise. Dans le département compétent, le service chargé des *tâches de propriétaire* doit, *si possible, se garder d'assumer des tâches en lien avec la surveillance technique ou les commandes de prestations* (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.3.2).

La répartition des rôles entre les services propriétaire et les offices compétents n'est pas explicitement régie. Seuls les objectifs stratégiques que le Conseil fédéral a fixés aux CFF (2015-2018) mentionnent, dans le texte d'introduction, que la Confédération doit veiller à ce que ses rôles et ses compétences en tant que propriétaire, mandant, autorité de réglementation et autorité de surveillance soient séparés (pour les détails, voir annexe 4, ch. 3.3.2).

3.4.3.2 Principales différences conceptuelles au niveau international et littérature

L'OCDE et la littérature recommandent, en particulier dans le cas des entreprises publiques exerçant une activité entrepreneuriale, d'utiliser le modèle de propriétaire moniste

voire la participation d'un service de coordination. À l'échelon de la Confédération, le modèle de propriétaire retenu est le modèle dual (département compétent et AFF), le Conseil fédéral étant responsable des objectifs stratégiques et chargé de contrôler leur mise en œuvre.

Quant à l'organisation du modèle de propriétaire, les ordonnances sur l'organisation des départements compétents contiennent quelques dispositions relatives aux compétences. Le modèle de propriétaire dans son ensemble n'est toutefois pas ancré dans la loi. De même, aucune disposition légale explicite en ce qui concerne la répartition des rôles entre les services propriétaire et les offices fédéraux n'est connue.

De même, il est frappant de constater un certain décalage entre la responsabilité globale du Conseil fédéral d'une part et l'organisation départementale du modèle de propriétaire de l'autre. Le Conseil fédéral est en effet responsable aussi bien de la coordination des différents rôles de la Confédération que du rôle de propriétaire.

Il n'existe aucune règle de comportement spécifique, mais des règles générales que les personnes chargées de fonctions de propriétaire doivent respecter. Ce domaine est régi par l'art. 94a ss OPers. De plus, il existe d'autres documents, par exemple le code de comportement de l'administration fédérale ou les règles de comportement internes des départements.

4 Mise en œuvre

Le chapitre 4 est consacré aux résultats empiriques relatifs à la mise en œuvre du gouvernement d'entreprise. Les résultats présentés ci-après découlent d'une analyse de 20 entretiens au total et d'une analyse de documents publics et internes (tels que des procès-verbaux d'entretiens avec le propriétaire) que le mandant a transmis aux auteur-e-s.

Les entretiens et les documents ont été analysés de la manière suivante: un procès-verbal a été rédigé pour chaque entretien, puis analysé à l'aune des objets d'examen. Ainsi, l'exposé qui suit décrit la mise en œuvre du gouvernement d'entreprise du point de vue des personnes interrogées. Il décrit les aspects essentiels de la mise en œuvre compte tenu de l'ensemble des entretiens et des documents disponibles et ne reflète pas nécessairement l'avis des auteur-e-s. Il vise plutôt à représenter aussi fidèlement que possible la mise en œuvre du gouvernement d'entreprise, de ses qualités et de ses défauts, du point de vue des personnes concernées.

Sur la base de cette présentation et des résultats du chapitre 3, la fin de chaque chapitre revient sur les critères présentés au chapitre 3 et en livre une première évaluation. Les conclusions des auteur-e-s sur la base de l'ensemble des résultats se trouvent au chapitre 5.

4.1 Objet d'examen n° 1: instruments de pilotage

Ce chapitre a pour objet le pilotage des entreprises liées à la Confédération par le propriétaire. Sont d'abord présentés les instruments dont dispose la Confédération, puis les modalités concrètes de leur mise en œuvre. Ce chapitre se termine par une conclusion et une analyse des critères d'évaluation développés au chapitre 3. Les explications reposent, d'une part, sur une analyse de documents, et d'autre part, sur une analyse des entretiens réalisés.

4.1.1 Description des instruments de pilotage

L'analyse des documents a permis d'identifier neuf instruments utilisés par la Confédération pour assurer le pilotage de ses entreprises. Deux autres instruments ne sont pas systématiquement utilisés pour le pilotage des quatre entreprises examinées. L'illustration I 4.1, ci-dessous, fournit une vue d'ensemble de ces instruments. On peut les regrouper dans les catégories suivantes: planification, établissement de rapports et autres instruments. La

colonne de droite précise, pour chaque instrument, l'autorité responsable de sa mise en œuvre. Le chapitre 3 donne une représentation détaillée des bases. Les services de la Confédération en charge des instruments ont été regroupés sous l'appellation «services propriétaires». Il convient de distinguer deux types de pilotage par le propriétaire: le pilotage stratégique et le pilotage technique. Le premier est assuré, notamment, par la direction du département compétent ou la direction de l'Administration fédérale des finances (AFF) et le Conseil fédéral. Quant au pilotage technique par le propriétaire, il est assuré par le Secrétariat général du département compétent ou par le Service financier de la division Politique des dépenses et le Service juridique de l'AFF. Les processus correspondants et la répartition du travail sont présentés en détail dans les chapitres 4.2 et 4.3.

I 4.1: Vue d'ensemble des instruments à disposition pour assurer le pilotage des entreprises liées à la Confédération

Instrument	Service concerné
Planification	
1 Législation	Conseil national, Conseil des États, peuple
2 Élection du conseil d'administration	Assemblée générale
3 Formulation des objectifs stratégiques sur quatre ans («objectifs de propriétaire»)	Services propriétaires**, Conseil fédéral, Conseil national, Conseil des États
Établissement de rapports	
4 Entretiens entre le propriétaire et les entreprises	Services propriétaires**, conseil d'administration, direction de l'entreprise, service chargé des relations avec le propriétaire au sein des entreprises
4.1 Entretiens avec le propriétaire	Services stratégiques et techniques du propriétaire**, direction de l'entreprise
4.2* Entretiens préparatoires aux entretiens avec le propriétaire (aussi appelés «réunions d'experts»)	Services techniques du propriétaire, service chargé des relations avec le propriétaire au sein des entreprises
4.3 Entretiens ponctuels entre le propriétaire et les entreprises	Services stratégiques du propriétaire, conseil d'administration, direction de l'entreprise
4.4 Échanges informels au sein du personnel compétent	Services propriétaires techniques, service chargé des relations avec le propriétaire au sein des entreprises
4.5* Atelier stratégique	Services stratégiques et techniques du propriétaire**, entreprise, direction de l'entreprise
5* Désignation de jusqu'à deux représentants de l'État au conseil d'administration; échange et instructions	Services propriétaires**, Conseil fédéral
6 Rapports sur la réalisation des objectifs	Du conseil d'administration aux services propriétaires** et au Conseil fédéral
7 Prise de connaissance du rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques	Conseil national, Conseil des États, commissions de surveillance
8 Approbation du rapport de gestion et des comptes annuels	Assemblée générale

Instrument	Service concerné
9 Contrôle externe et établissement de rapports dans le cadre du contrôle	Organe de révision externe choisi par l'assemblée générale
Autres instruments	
10 Droits d'actionnaire supplémentaires (par ex. statuts)	Assemblée générale

Légende: * = Ces instruments n'existent pas dans chacune des quatre entreprises; ** = Les différents services chargés de la mise en œuvre des instruments sont présentés en détail dans l'illustration I 4.3, ci-dessous.

Sources: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

L'organisation des instruments de pilotage est décrite ci-après:

I Législation (instrument 1)

Le Parlement adopte les actes législatifs transversaux⁹, les lois d'organisation ainsi que les actes législatifs spécifiques¹⁰ se rapportant aux entreprises. Le chapitre 3 décrit ces textes en détail.

I Élection du conseil d'administration (instrument 2)

Selon le code des obligations, l'élection du conseil d'administration incombe à l'assemblée générale¹¹. Comme la Confédération est le seul actionnaire de la Poste, de RUAG et des CFF, et l'actionnaire majoritaire de Swisscom, l'élection du conseil d'administration relève de sa compétence.

Il ressort des entretiens que la mise en œuvre du processus conduisant à l'élection des membres du conseil d'administration est peu formalisée (à ce sujet, voir aussi le chap. 3). Aucun texte ne précise quels sont les services propriétaires impliqués dans la préparation de l'élection, ni le rôle qu'ils assument et à quel stade. Dans la pratique, des entretiens entre la direction de l'entreprise et le propriétaire sont organisés en amont de l'élection, les deux parties ayant le droit de proposer des personnes appropriées. Lorsque les deux parties sont tombées d'accord, la personne retenue doit encore recevoir l'approbation du Conseil fédéral dans sa totalité avant de pouvoir être élue par l'assemblée générale. Actuellement, les conseils d'administration des entreprises examinées comptent six à dix membres.

Dans le cas de la Poste, des CFF et de Swisscom, des profils d'exigences publics définissent les conditions que les conseils d'administration doivent respecter¹². Des entretiens menés avec RUAG, il ressort que cette entreprise a également mis en place des profils d'exigences, mais ne les publie apparemment pas. Une décision du Conseil fédéral datant de 2013, qui entrera en vigueur en 2020, étend les exigences en imposant par exemple que les deux sexes et les régions linguistiques de la Suisse soient représentés équitablement

⁹ Par ex. la LOGA ou la LPers

¹⁰ Par ex. la LOP, la LEAC, la LCFF et la LET ainsi que la LPO

¹¹ Art. 698, al. 2, ch. 2, CO

¹² Voir <https://www.uvek.admin.ch/uvek/fr/home/detec/entreprises-liees-a-la-confederation/pilotage-des-entreprises.html>, page consultée le 21 janvier 2019.

sur la base de diverses valeurs de référence¹³. Des contrôles portant sur le fonctionnement du conseil d'administration sont aussi réalisés, notamment chez Swisscom.

I Formulation des objectifs stratégiques («objectifs du propriétaire») sur quatre ans (instrument 3)

La loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration prévoit que le Conseil fédéral fixe les objectifs stratégiques des quatre entreprises¹⁴. Les lois d'organisation des entreprises concernées précisent que ces objectifs s'étendent sur une période de quatre ans¹⁵ dans chaque cas.

Les services responsables des rôles techniques de propriétaire commencent par élaborer les objectifs stratégiques, puis en discutent avec les services techniques compétents au sein des entreprises. Les personnes interrogées ont fait valoir que, au cours des années précédentes, les entreprises avaient exercé une influence considérablement plus forte sur les objectifs stratégiques. Il ressort des entretiens que l'influence des entreprises sur la formulation des objectifs stratégiques a diminué ces dernières années. Malgré tout, les entreprises continuent de jouer un rôle prépondérant dans le processus d'élaboration des objectifs stratégiques.

Outre les services propriétaires et les entreprises, au moins deux autres institutions participent à la formulation des objectifs. D'une part, le Parlement peut mandater le Conseil fédéral afin qu'il élabore ou modifie les objectifs stratégiques¹⁶. Dans ce contexte, rappelons à ce sujet que le Parlement a demandé en 2012 que les objectifs soient formulés en des termes plus généraux¹⁷. D'autre part, outre le Parlement, les mandats peuvent également s'exprimer sur les objectifs.

La forme et le contenu des objectifs stratégiques ont évolué depuis leurs premières versions. Par le passé, les objectifs étaient davantage axés sur les aspects opérationnels. Depuis la demande du Parlement de 2012, les objectifs ont été reformulés en des termes plus généraux et davantage axés sur les aspects stratégiques. Par ailleurs, dans le cas des CFF, les objectifs du propriétaire et les objectifs du mandant ont été dissociés depuis la dernière convention de prestations portant sur l'exploitation et l'entretien de l'infrastructure. Globalement, les objectifs stratégiques des quatre entreprises examinées sont très similaires du point de vue de leur étendue et de leur contenu.

I Entretiens entre le propriétaire et les entreprises (instrument 4)

Les objectifs stratégiques de chacune des entreprises liées à la Confédération prévoient que les entreprises doivent échanger avec le propriétaire à intervalles réguliers. Pour ce faire, le propriétaire et les entreprises disposent de quatre instruments.

¹³ Voir <https://www.admin.ch/qov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-50856.html>, page consultée le 17 décembre 2018.

¹⁴ Art. 8, al. 5, LOGA

¹⁵ Art. 8, al. 1, LCFF, art. 3, al. 1^{bis} LEAC, art. 6, al. 3, LET et art. 7, al. 1, LOP

¹⁶ Art. 28, al. 1^{bis}, let. b, ch. 2, loi sur le Parlement du 13 décembre 2002 (LParl; RS 171.10)

¹⁷ Commission de gestion du Conseil national (2012): Pratique de la Confédération en matière de gestion de la Poste, des CFF et de Swisscom. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 8 mai 2012, FF 2012 7910, recommandation 1; le traitement des objectifs stratégiques au Parlement n'est pas examiné plus en détail car cela n'est pas l'objet de la présente analyse.

Le premier, ce sont les *entretiens avec le propriétaire* (également connus en interne sous le nom de rapports au propriétaire). Ils sont organisés quatre fois par an à la Poste, chez RUAG et aux CFF, contre trois fois par an chez Swisscom. Y participent des représentants des services stratégiques et techniques du propriétaire (direction des départements compétents, direction de l’AFF, Secrétariats généraux des départements compétents et responsables de la division Politique des dépenses de l’AFF). Les entreprises participent en formation variable aux entretiens avec le propriétaire: le président du conseil d’administration et le CEO sont toujours présents. D’autres dirigeants les accompagnent selon les thèmes abordés, par exemple le CFO ou encore d’autres personnes. Le cas échéant, les représentants de l’État au conseil d’administration et les personnes en charge de la collaboration avec le propriétaire participent aux entretiens. Chez RUAG, le service du mandant est également présent. C’était également le cas aux CFF par le passé, mais cela a changé il y a quelques années. Les services propriétaires et les entreprises peuvent soumettre des points à l’ordre du jour. Les entretiens avec le propriétaire durent entre 60 et 120 minutes. Les grands projets des entreprises sont au cœur de la plupart des discussions. Lors de ces entretiens, les informations circulent généralement des entreprises au propriétaire.

Des entretiens techniques permettent de préparer les entretiens avec le propriétaire. Ci-après, ces réunions sont appelées *entretiens préparatoires*. Leurs modalités sont variables: chez RUAG et aux CFF, les entretiens préparatoires sont formalisés. En amont de chaque entretien avec le propriétaire, des échanges ont lieu entre les services techniques du propriétaire et les personnes responsables des échanges au sein des entreprises. Swisscom et la Poste n’organisent pas de tels entretiens préalables formalisés. À la Poste, ces entretiens ont lieu ponctuellement. Il est toutefois prévu de formaliser ces entretiens (à ce sujet, voir les explications données dans le chap. 4.2).

Les quatre entreprises ont la possibilité d’organiser des *entretiens ponctuels* portant sur les aspects stratégiques. Toutefois, ces entretiens ne sont ni institutionnalisés ni formalisés. Il n’en résulte ni ordre du jour ni procès-verbal. Dans le cas de RUAG, ces échanges ont une certaine régularité: la direction du DDPS et la présidence du conseil d’administration s’entretiennent seul à seul après chaque entretien avec le propriétaire. Ces entretiens d’une assez courte durée sont l’occasion d’échanger sur les principales actualités, par exemple la composition du conseil d’administration.

Dans les quatre entreprises, des *échanges informels* ont lieu entre le personnel compétent des services techniques du propriétaire et celui des entreprises. Ces échanges sont organisés en fonction des besoins et sont toujours thématiques¹⁸.

Chez RUAG, le propriétaire et l’entreprise échangent à l’occasion d’un *atelier stratégique*. Cet instrument a été créé en 2016 lors du changement de direction du DDPS et surtout dans l’optique de la dissociation éventuelle des activités de RUAG. Cet atelier a lieu une fois par an. Y participent des membres du conseil d’administration de RUAG, des représentants des services stratégiques et techniques du propriétaire et la direction du DDPS. Le Secrétariat général du DDPS dirige ces ateliers. On y aborde des thèmes tels que la réorganisation de RUAG, les risques et les opportunités qui en découlent ou encore la relation de RUAG avec l’armée.

¹⁸ Voir Commission de gestion du Conseil national (2012): Pratique de la Confédération en matière de gestion de la Poste, des CFF et de Swisscom. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 8 mai 2012, FF 2012 7905-7915.

I Désignation de jusqu'à deux représentants de l'État au conseil d'administration; échange et instructions (instrument 5)

Dans le cas de RUAG¹⁹ et Swisscom²⁰, la Confédération a la possibilité d'envoyer jusqu'à deux représentants siéger au conseil d'administration, en leur donnant éventuellement des instructions. Actuellement, la Confédération exerce ce droit uniquement chez Swisscom. Depuis 1996, elle désigne un représentant de l'État au sein du conseil d'administration, lequel ne fait pas partie de l'administration. En vertu du principe d'égalité de traitement prévu par le droit du marché des capitaux et de l'égalité de traitement des actionnaires minoritaires, les informations ne circulent pas de la même façon entre la Confédération et Swisscom, d'une part, et la Confédération et les trois autres entreprises examinées, d'autre part. La participation d'un représentant de l'État est liée à l'évolution de la législation: la représentation de l'État était déjà prévue à la création de Swisscom, qui est antérieure à l'entrée en vigueur du principe d'égalité de traitement ancré dans le droit du marché des capitaux. Lorsque, par la suite, des dispositions spéciales régissant les flux d'informations au sein des entreprises publiques ont été adoptées, le législateur a renoncé à ajouter une disposition spéciale correspondante dans la LET puisque l'État était déjà représenté²¹.

En amont de chacune des huit à dix réunions annuelles du conseil d'administration de Swisscom, un bref échange a lieu entre la Confédération – représentée par la direction de l'AFF et un représentant du SG-DETEC – et son représentant au conseil d'administration de Swisscom. Le représentant de l'État rédige au préalable une brève lettre d'information qui relate les actualités au sein de l'entreprise. Le propriétaire a la possibilité de donner des instructions au représentant de l'État; jusqu'à présent et pour autant qu'il soit possible d'en juger, il n'a fait usage de cette possibilité qu'une seule fois²².

I Rapports sur la réalisation des objectifs (instrument 6)

Les lois d'organisation prévoient que les conseils d'administration adressent au Conseil fédéral un rapport annuel sur la réalisation des objectifs²³. À cette fin, les quatre entreprises rédigent, au début du mois de mars, un rapport à l'attention du propriétaire.

En outre, le Conseil fédéral est chargé d'informer périodiquement l'Assemblée fédérale de la réalisation des objectifs stratégiques²⁴. En vertu de cet article, les services techniques du propriétaire – le SG-DDPS ou le SG-DETEC, en collaboration avec la section compétente de la division Politique des dépenses et le Service juridique de l'AFF – rédigent, après réception du rapport des entreprises, deux rapports supplémentaires:

- *Rapport circonstancié sur la réalisation des objectifs à l'attention des Commissions de gestion et des Commissions des finances des deux chambres.* Dans ce rapport,

¹⁹ Art. 4, al. 1, LEAC et Message relatif à la loi fédérale sur les entreprises d'armement de la Confédération (LEAC) du 16 avril 1997, FF 1997 III 730, 732

²⁰ Ch. 6.1.3 des statuts de Swisscom SA (version du 7 avril 2014)

²¹ Voir Conseil fédéral (2009): Rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national du 25 mars 2009, FF 2009 2317.

²² En 2005, le représentant de l'État a reçu pour instruction de voter contre la prise de participation de Swisscom dans l'entreprise de télécommunications irlandaise Eircom (à ce sujet, voir Commission de gestion du Conseil national [2006]: Enquête sur les décisions prises par le Conseil fédéral le 23 novembre 2005 concernant Swisscom SA. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 28 mars 2006, FF 2006 4929-4976).

²³ Par ex. art. 3, al. 1^{er}, LEAC

²⁴ Art. 148, al. 3^{bis}, LParl

chaque objectif est discuté et son degré de réalisation représenté par un symbole (dans le cas de RUAG, la représentation est différente, mais identique en substance). Le Conseil fédéral transmet ce rapport aux CdG et aux CdF.

- *Rapport succinct sur la réalisation des objectifs stratégiques.* Ce rapport est transmis au Parlement, qui en prend connaissance, puis il est publié.

En termes de contenu, ces deux rapports portent sur le résultat annuel des entreprises, la réalisation des objectifs stratégiques, les résultats de la révision, les propositions que les entreprises soumettent à l'assemblée générale et les décisions du Conseil fédéral concernant ces propositions. Ces deux rapports font partie de la proposition soumise au Conseil fédéral, qui les approuve avant de les transférer aux commissions concernées ou au Parlement. La proposition soumise au Conseil fédéral comporte de plus les éléments suivants:

- Les rapports des conseils d'administration sur la réalisation des objectifs stratégiques, qui sont adressés au Conseil fédéral pour qu'il en prenne connaissance.
- Les rapports de gestion des entreprises, qui sont transmis aux CdG et aux CdF.
- La demande adressée au département compétent (en accord avec le DFF) pour déterminer le représentant de la Confédération aux assemblées générales des quatre entreprises, de même que la procuration et les instructions données à ce représentant pour accepter les propositions du conseil d'administration (la Poste, CFF, Swisscom).
- Une information aux entreprises, envoyée par le département compétent, concernant la décision du Conseil fédéral.

I Prise de connaissance du rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques par les Commissions de gestion et les Commissions des finances ou l'Assemblée fédérale (instrument 7)

Le rapport détaillé du Conseil fédéral est transmis aux deux commissions compétentes – la CdG et la CdF des deux chambres – pour qu'elles en prennent connaissance. Le rapport succinct, qui est public, est remis à l'Assemblée fédérale.

I Approbation du rapport de gestion et des comptes annuels par l'assemblée générale (instrument 8)

Outre les rapports sur les objectifs stratégiques, les entreprises rédigent également des rapports de gestion dans lesquels figurent les comptes annuels. Conformément au code des obligations, ces derniers sont approuvés par l'assemblée générale²⁵.

I Révision et établissement des rapports y afférents (instrument 9)

Conformément au code des obligations, l'assemblée générale choisit l'organe de révision²⁶. L'organe de révision doit être un réviseur agréé²⁷. L'organe de révision doit vérifier si les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes de groupe sont conformes aux dispositions légales, aux statuts et au cadre de référence choisi. L'organe de révision doit établir à l'intention du conseil d'administration un rapport détaillé contenant des constatations relatives à l'établissement des comptes, au système de contrôle interne (SCI) ainsi qu'à l'exécution et au résultat de la révision²⁸. L'organe de révision établit à l'intention de l'assemblée générale un rapport détaillé et recommande d'approuver, avec ou sans réserve,

²⁵ Art. 689 CO

²⁶ Art. 698, al. 2, CO

²⁷ Art. 727b, al. 2, CO

²⁸ Art. 728b, al. 1, CO

les comptes annuels et les comptes de groupe, ou de les refuser²⁹. Enfin, l'assemblée générale prend connaissance du rapport de révision synthétique³⁰.

La présente étude a analysé la révision à travers l'exemple des CFF. Par conséquent, les enseignements tirés des entretiens sur la mise en œuvre de la révision ne sont pas nécessairement transposables aux quatre entreprises. Les CFF attribuent le mandat de révision via un appel d'offres public. La loi prévoit que la personne qui dirige la révision doit changer tous les sept ans³¹. La révision vérifie le compte financier selon des normes définies. Elle vérifie également qu'un SCI existe³². Le fonctionnement du SCI n'est en revanche pas vérifié. De même, le compte de subventions de l'entreprise n'est pas inclus dans la révision. Il ressort des entretiens que RUAG et la Poste ont procédé à plusieurs élargissements de leur mandat de révision par le passé. La compétence d'élargir le mandat de révision incombe à l'assemblée générale³³. En outre, l'organe de révision peut être mandaté contractuellement afin de fournir des prestations supplémentaires.

I Droits d'actionnaire supplémentaires (instrument 10)

Selon le code des obligations, la Confédération en tant qu'actionnaire unique ou actionnaire majoritaire des entreprises dispose de droits d'actionnaire supplémentaires. Ces droits d'actionnaire supplémentaires comprennent notamment les droits suivants:

- Le droit d'adopter et de modifier les statuts (art. 698, al. 2, ch. 1, CO).
- Le droit de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan (art. 698, al. 2, ch. 4, CO).
- Le droit aux renseignements et à la consultation (art. 696 ss CO).
- Le droit à l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO).

Tandis que la Confédération fait usage des droits mentionnés en premier lors des assemblées générales, elle n'a, pour autant qu'il est possible d'en juger sur la base des enquêtes réalisées, jamais fait usage des autres droits.

I Différences d'organisation entre les instruments de pilotage des quatre entreprises liées à la Confédération

Dans l'ensemble, il ressort de l'analyse que les instruments de pilotage des quatre entreprises sont organisés de manière globalement uniforme. Les quelques différences qui existent sont récapitulées une nouvelle fois ci-après. Hormis la préparation des entretiens avec le propriétaire, toutes ces différences sont dues aux particularités des entreprises et de leur forme juridique ou à leur situation actuelle:

- *Assemblées générales*: Tandis que la Confédération détient 100% des actions de la Poste, de RUAG et des CFF, elle en détient la majorité dans le cas de Swisscom (50,95%). Parmi les quatre entreprises, Swisscom est la seule cotée en bourse. Les actions restantes (49,05%) sont détenues par un grand nombre d'actionnaires, qui sont tous invités à l'assemblée générale et disposent en principe des mêmes droits de participation que la Confédération. Selon les personnes interrogées, les actionnaires minoritaires sont conscients de la situation spéciale de la Confédération en tant qu'actionnaire majoritaire, et ils acceptent cette situation.

²⁹ Art. 728b, al. 2, CO

³⁰ Art. 729b, al. 1, CO

³¹ Art. 730a, al. 2, CO

³² Art. 728a, al. 1, ch. 3, CO

³³ Art. 731a, al. 1, CO

- *Représentants de l'État au conseil d'administration:* Dans le cas de RUAG et de Swisscom, la Confédération a la possibilité de mandater jusqu'à deux personnes comme représentants de l'État au conseil d'administration, d'échanger avec elles et de leur donner des instructions si besoin. La Confédération fait usage de la possibilité de mandater des représentants chez Swisscom, mais, jusqu'à présent, elle a toujours renoncé à leur donner des instructions, sauf une fois³⁴.
- *Ateliers stratégiques:* Dans la perspective d'éventuels changements dans la structure d'entreprise de RUAG, le chef de département de l'époque avait mis en place un atelier stratégique organisé une fois par an. En présence de la direction du DDPS et de l'AFF ainsi que de plusieurs membres du conseil d'administration, cet atelier est consacré à des questions stratégiques essentielles concernant les évolutions futures.
- *Entretiens préparatoires aux entretiens avec le propriétaire:* Deux des quatre entreprises (RUAG et CFF) organisent un échange formalisé afin de préparer les entretiens avec le propriétaire sur le plan technique. Ces réunions préparatoires permettent d'aborder les principaux points à l'ordre du jour afin de faciliter les futurs entretiens avec le propriétaire. À la Poste et chez Swisscom, ces réunions sont organisées spontanément si besoin. Au moment de la rédaction de cette analyse, la Poste prépare la systématisation de ces entretiens préparatoires.

4.1.2 Description de la mise en œuvre

Les paragraphes suivants décrivent les modalités concrètes de la mise en œuvre des instruments de pilotage. Le résultat général de l'analyse est présenté en premier lieu, puis la mise en œuvre des différents instruments. Ce chapitre se termine par une conclusion.

I Résultat général de l'analyse de la mise en œuvre des instruments

Dans l'ensemble, les personnes interrogées se disent satisfaites des instruments disponibles pour piloter les entreprises liées à la Confédération. Plusieurs personnes interrogées considèrent que les instruments forment un tout, et que dans ce tout, les différents instruments se complètent les uns les autres. S'agissant de l'importance relative des instruments de pilotage, les priorités suivantes ressortent des entretiens: l'élection du conseil d'administration, la formulation des objectifs stratégiques, les entretiens avec le propriétaire et la législation sont jugés particulièrement importants.

Les personnes interrogées durant les entretiens estiment que la liste des instruments de pilotage est exhaustive. Selon elles, aucun instrument ne manque dans la liste et il n'y a pas besoin d'en ajouter d'autres pour garantir le bon pilotage des entreprises. Les personnes interrogées font valoir que des améliorations seraient nécessaires notamment au niveau de la mise en œuvre et de l'utilisation des instruments.

Les ressources dont dispose la Confédération pour assumer son rôle de propriétaire ont fait l'objet de critiques dans la quasi-totalité des entretiens. Les employés de la Confédération chargés d'assurer le pilotage technique des entreprises sont jugés extrêmement compétents, mais manqueraient de ressources humaines et disposeraient d'un savoir-faire insuffisant dans certains domaines. Selon les personnes interrogées, cela serait vrai pour l'ensemble des services techniques du propriétaire, mais de façon encore plus marquée pour le SG-DETEC. Se reporter au chapitre 4.3 pour une représentation détaillée sur ce point.

³⁴ Voir note 22.

Enfin, plusieurs personnes interrogées ont fait valoir que l'organisation des instruments de pilotage devrait prendre en compte la situation concurrentielle des entreprises, le montant des subventions dont elles bénéficient et leur importance politique du point de vue du service public.

Les paragraphes suivants abordent la mise en œuvre des différents instruments de façon plus détaillée.

I Législation (instrument 1)

La plupart des personnes interrogées semblent tout à fait satisfaites de la législation actuelle, même si cet aspect reste peu évoqué dans les entretiens. Les employés de RUAG soulignent que la loi adoptée au moment de l'externalisation des activités du groupe avait été formulée de façon claire et concise, et couvrait tous les aspects importants, ce qui est très positif.

Le seul point critiqué, c'est que la législation ne dit pratiquement rien sur les conflits d'objectifs du propriétaire et ne hiérarchise pas les objectifs. Les entreprises souhaiteraient qu'un ordre de priorités soit établi afin de hiérarchiser les objectifs, et notamment que soient dissipés les conflits entre les objectifs de rentabilité et les objectifs liés au service public. Les entretiens montrent que les services propriétaires estiment peu judicieux de résoudre les conflits d'objectifs par le biais de la législation. Selon eux, il faudrait que les conflits d'objectifs et les priorités fassent l'objet de négociations permanentes, y compris entre les différents services propriétaires.

I Élection du conseil d'administration (instrument 2)

Les personnes interrogées s'accordent à dire que l'élection des membres du conseil d'administration constitue l'un des principaux instruments dont dispose la Confédération pour piloter les entreprises qui lui sont liées. Cette opinion s'explique par le fait que le conseil d'administration est perçu comme jouant un rôle de premier plan dans le pilotage et le développement des entreprises.

Dans l'ensemble, les personnes interrogées sont satisfaites des conditions dans lesquelles sont élus les membres du conseil d'administration: elles auraient permis d'y élire des personnes compétentes jusqu'à présent. De plus, les divergences de vues entre l'entreprise et le propriétaire seraient peu nombreuses lors des élections. Les entreprises disposent de divers instruments pour garantir une sélection optimale, par exemple les profils et les matrices de compétences utilisées pour le recrutement des personnes. Selon les services propriétaires, les critères les plus importants pour la sélection des membres du conseil d'administration sont, au-delà des compétences spécialisées des candidats, une disponibilité suffisante pour exercer le mandat, l'étendue du réseau et la capacité à s'affirmer face à la direction.

En matière de nomination des membres du conseil d'administration, les personnes interrogées se sont montrées très critiques sur un point: chez le propriétaire, l'absence de processus formalisé pour élire les membres du conseil d'administration serait en contradiction avec la grande importance attachée à cet instrument de pilotage. Selon les personnes interrogées, il peut arriver que les services propriétaires du département compétent et du DFF ne soient pas intégrés dans le processus électoral de manière équitable: du point de vue du DFF, les départements compétents joueraient un rôle prépondérant dans ce processus et l'AFF, en tant que service propriétaire au sein du DFF, serait parfois intégrée très tardivement dans ce processus. Cette situation est jugée contraire aux principes fondamentaux du modèle dual de propriétaire. Par conséquent, nombre de personnes interrogées

seraient favorables à ce que le déroulement de l'élection des membres du conseil d'administration soit clarifié et arrêté par écrit.

L'analyse des bases au chapitre 3 montre que le bon fonctionnement du conseil d'administration devrait être contrôlé périodiquement, par exemple au moyen d'une auto-évaluation³⁵. Sur la base des entretiens réalisés et des documents disponibles, le bon fonctionnement du conseil d'administration n'est pas systématiquement contrôlé au sein des quatre entreprises examinées (à l'exception de Swisscom).

I Formulation des objectifs stratégiques («objectifs du propriétaire») sur quatre ans (instrument 3)

Toutes les personnes interrogées sont unanimes sur ce point: les objectifs stratégiques sont également l'un des principaux instruments de pilotage dont dispose le propriétaire. Comme le conseil d'administration doit veiller à la réalisation des objectifs stratégiques fixés par le Conseil fédéral³⁶, il s'en sert généralement de base pour fixer ses propres objectifs à la direction de l'entreprise. Dans l'ensemble, les personnes interrogées se disent satisfaites de l'organisation et de l'utilisation de cet instrument. Selon elles, cet instrument a connu une évolution positive avec le temps, les expériences faites ont été riches d'enseignements et la qualité des objectifs s'est améliorée du point de vue de la clarté des contenus et des possibilités de contrôle.

Outre des retours positifs, les entretiens ont donné lieu aux critiques ci-dessous concernant les objectifs stratégiques:

- *Répartition des objectifs stratégiques entre le niveau opérationnel et le niveau stratégique*: les opinions des personnes interrogées divergent sur la question de savoir si les objectifs stratégiques sont bien répartis sur l'axe allant des objectifs opérationnels concrets aux objectifs stratégiques abstraits. Tandis que les employés du propriétaire, notamment, trouvent que la répartition est parfaitement adaptée, les représentants des entreprises sont moins d'accord avec cette opinion. Selon les déclarations de certaines personnes interrogées, les objectifs ne sont pas suffisamment stratégiques et empiètent trop sur les activités opérationnelles des entreprises.
- *Cohérence interne*: selon les personnes interrogées, des conflits existent au sein des objectifs stratégiques. En particulier, les objectifs de rentabilité ou d'endettement sont contraires aux objectifs liés au service public. Le fait que les objectifs ne sont pas hiérarchisés les uns par rapport aux autres rend les choses d'autant plus problématiques. L'importance relative des objectifs n'est pas claire.
- *Cohérence externe*: il existe des conflits entre les objectifs du propriétaire et les directives d'autres services fédéraux qui accomplissent des tâches dans le domaine de la surveillance, de la réglementation des marchés et de l'attribution de mandats et de concessions. Parmi les services fédéraux mentionnés, citons entre autres la Surveillance des prix, la Commission de la concurrence, la Commission de la poste, la Commission fédérale de la communication, l'Office fédéral de la communication ainsi que les services mandants (Armasuisse et l'Office fédéral des transports [OFT]); le chapitre 4.4 présente l'interface entre le mandant et le constructeur de façon plus détaillée). Toutes ces autorités formulent des objectifs qui, selon les employés des entreprises, sont contraires aux objectifs stratégiques de propriétaire de la Confédération,

³⁵ OCDE, Boards of Directors, National Practices 2018, p. 71; voir aussi OCDE, Principes directeurs 2015, pp. 30 et 87; OCDE, ACI Guidelines (projet), p. 17 et art. 13 et 15 du Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise d'économiesuisse (version de 2016).

³⁶ Voir par ex. l'art. 8, al. 2, LCFF.

du moins en partie. Par conséquent, les entreprises ne sont pas en mesure de respecter l'ensemble des directives de la Confédération, ce qui est ressenti comme frustrant. Sur cette toile de fond, une partie des entreprises demandent que la Confédération harmonise ses directives avant de les leur imposer. Les services propriétaires considèrent que cette proposition est irréaliste.

- *Caractère contraignant*: nonobstant l'importance des objectifs stratégiques, les objectifs de Swisscom ne sont pas considérés comme contraignants. De l'avis des employés des trois autres entreprises examinées, les objectifs stratégiques sont des directives contraignantes pour le conseil d'administration.
- *Indicateurs*: les objectifs sont généralement assortis d'indicateurs qui permettent d'évaluer le degré de réalisation. Ces indicateurs ont fait l'objet de critiques lors de plusieurs entretiens, les personnes interrogées les jugeant parfois inadaptés. D'autre part, les conséquences ne seraient pas claires en cas de manquement aux objectifs.
- *Débats sur les objectifs au sein du Conseil fédéral*: une interrogation a été soulevée au cours des entretiens: quel serait le niveau d'implication du Conseil fédéral sur la question des objectifs? Face aux conflits potentiels entre les objectifs du propriétaire et les autres directives de la Confédération, le Conseil fédéral joue un rôle important en tant qu'organe décisionnel. Dans quelle mesure le Conseil fédéral endosse-t-il ce rôle dans la pratique? La présente analyse ne permet pas d'examiner en détail cette question.

I Entretiens («entretiens avec le propriétaire») entre le propriétaire et les entreprises (instrument 4)

Les personnes interrogées s'accordent à dire que les entretiens avec le propriétaire représentent également l'un des principaux instruments de pilotage. Toutes les personnes interrogées se disent satisfaites de la fréquence des entretiens avec le propriétaire; nul ne ressent le besoin d'en augmenter le nombre. Les avis sont en revanche plus partagés en ce qui concerne la forme des entretiens. Dans l'ensemble, les avis sont positifs, mais d'importantes critiques ont été formulées:

- *Domination des entreprises*: plusieurs personnes interrogées ont fait valoir que les entreprises prenaient une place (trop) importante dans l'organisation des entretiens avec le propriétaire. En raison de l'asymétrie de l'information, qui est inhérente au système (à ce sujet, voir chap. 4.2), les entreprises disposent d'un avantage considérable par rapport au propriétaire en matière d'informations. Par conséquent, elles influencent fortement les points inscrits à l'ordre du jour. Souvent, la décision de présenter ou non des informations est laissée à leur appréciation. Certaines personnes interrogées considèrent que les rapports sont parfois établis de façon très sélective et servent les intérêts de l'entreprise.
- *Services propriétaires sous-dotés*: le propriétaire a besoin de suffisamment de ressources (personnel et savoir-faire) pour pouvoir évaluer d'un œil critique les informations (parfois extrêmement complexes) qui lui sont présentées. Or, ces ressources seraient souvent insuffisantes, ce qui aurait une influence négative sur la capacité des services propriétaires à passer au crible les informations des entreprises et à les vérifier. Au bout du compte, cette situation aurait un effet négatif sur le pilotage des entreprises par la Confédération. Face à ces difficultés, les personnes interrogées suggèrent d'augmenter les ressources (personnel, savoir-faire et moyens financiers) allouées aux services techniques du propriétaire, ce qui permettrait à la Confédération de mieux jouer son rôle de propriétaire des entreprises.
- *Peu de place pour les questions plus générales*: les entreprises déplorent que les entretiens avec le propriétaire ne laissent que peu de place pour examiner les questions stratégiques à plus long terme. Du point de vue du propriétaire, cette critique n'est que partiellement partagée.

- *Manque de directives concernant l'utilisation des instruments internes de gestion et l'établissement de rapports*: hormis les directives concernant l'utilisation des instruments de gestion des risques contenues dans les objectifs stratégiques, les directives concernant l'utilisation des autres instruments internes de direction (comme la gestion de la conformité ou le SCI) sont trop peu nombreuses. Les directives concernant l'établissement de rapports sur les risques destinés au propriétaire sont également insuffisantes. C'est la raison pour laquelle une partie des personnes interrogées déplorent que seule l'existence des instruments de gestion des risques soit évoquée, mais pas les résultats de cet instrument³⁷.

Lors des entretiens avec le propriétaire, les résultats concernant les autres instruments sont pris en considération à titre complémentaire. Les personnes interrogées jugent que les entretiens préparatoires aux entretiens avec le propriétaire sont utiles, tout comme les entretiens ponctuels entre les entreprises et le propriétaire. Nul n'en conteste le bien-fondé. Les avis sont partagés sur l'importance des entrevues entre la direction du département compétent et le président du conseil d'administration de RUAG. L'entreprise considère qu'ils sont utiles, mais pas essentiels, tandis que les services propriétaires y sont très attachés. Les échanges informels au sein du personnel compétent sont également jugés positifs.

L'atelier stratégique, qui n'est organisé que dans le cas de RUAG, est considéré comme un bon instrument par l'ensemble des parties prenantes. Certaines personnes interrogées ont néanmoins fait remarquer que cet atelier n'avait pas vocation à devenir un instrument de pilotage, mais qu'il avait été créé dans l'optique de la dissociation des structures de RUAG. Il serait donc appelé à disparaître lorsque la situation de RUAG aura été clarifiée. Du point de vue théorique, ces ateliers stratégiques ne sont prévus ni par une loi spéciale ni dans les statuts, et ils sont exogènes à la répartition des compétences prévue dans le droit de la société anonyme.

I Désignation de représentants de l'État au conseil d'administration; échange et instructions (instrument 5)

Les personnes interrogées estiment que la possibilité de désigner des représentants de l'État au conseil d'administration de Swisscom et de RUAG n'est pas un instrument de pilotage particulièrement important. Les employés du propriétaire sont cependant attachés à l'échange d'informations avec le représentant de l'État chez Swisscom, ainsi qu'à la possibilité de lui donner des instructions si besoin. Dans la pratique, cette possibilité revêt une faible importance dans la mesure où elle n'est que rarement mise à profit. Il semble que des instructions n'aient été données qu'une seule fois³⁸.

Certaines personnes interrogées considèrent même que la possibilité de désigner un représentant de l'État est un instrument superflu, et ce pour les raisons suivantes: premièrement, lorsque l'État parvient à faire élire les bonnes personnes au conseil d'administration, il n'est pas nécessaire de leur donner des instructions; deuxièmement, en cas de désaccord,

³⁷ En ce qui concerne la gestion des risques, un changement est intervenu à partir de 2016: le propriétaire a imposé que la norme ISO 31000 ou une norme internationale comparable soit respectée. Cette exigence a d'abord été mise en œuvre chez Skyguide, puis imposée à l'ensemble des entreprises liées à la Confédération qui fournissent des prestations sur le marché par le biais des objectifs stratégiques. Les entreprises doivent informer le propriétaire au sujet des principaux risques.

³⁸ Voir note 22.

même deux représentants de l'État mandatés au conseil d'administration ne suffiraient pas pour modifier le rapport de force et obtenir la majorité de voix.

I Rapports sur la réalisation des objectifs (instrument 6)

L'établissement de rapports est régi par les directives conceptuelles et, de l'avis de la majorité des personnes interrogées, se déroule de manière satisfaisante. Certains aspects qui ont déjà été évoqués dans ce rapport sont critiqués: le manque de clarté concernant les conséquences d'une non-réalisation des objectifs, l'insuffisance des indicateurs et les ressources limitées dont dispose le propriétaire pour examiner minutieusement les rapports. Quant aux entreprises, elles critiquent le nombre important de rapports qu'elles doivent adresser aux différents services fédéraux et dont les contenus sont parfois redondants.

I Consultation du rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques par les Commissions de gestion et les Commissions des finances respectivement par l'Assemblée fédérale (instrument 7)

Ce processus n'est pas l'objet de l'analyse. Il n'a donc pas été examiné.

I Approbation du rapport de gestion et des comptes annuels par l'assemblée générale (instrument 8)

Cet instrument n'a suscité aucun retour positif ou négatif. Cela n'a rien d'étonnant dans la mesure où la durée des assemblées générales de la Poste et des CFF, dont l'État est le seul actionnaire, excède rarement 30 minutes.

I Contrôle externe et établissement de rapports dans le cadre du contrôle (instrument 9)

Il ressort des entretiens que le contrôle externe est un instrument important pour la gestion des entreprises. D'autre part, les personnes interrogées s'accordent à dire que toutes les possibilités de la révision ne sont pas exploitées actuellement. C'est pourquoi une partie des personnes interrogées se disent favorables à une extension du mandat de révision. Sous sa forme actuelle, la révision ne porte pas sur les entités des entreprises qui relèvent du droit sur les subventions. La majorité des personnes interrogées répondent par l'affirmative à la question de savoir s'il serait judicieux d'élargir le contrôle externe aux entités relevant du droit sur les subventions: en effet, elles y voient une plus-value pour le pilotage de l'entreprise. Cependant, certains défis doivent encore être relevés: premièrement, il faudrait définir les critères selon lesquels la révision doit avoir lieu; deuxièmement, il faudrait harmoniser ce contrôle étendu avec le contrôle des subventions existant (cela concerne surtout les contrôles de la Poste et des CFF que réalise l'OFT).

I Droits d'actionnaire supplémentaires (instrument 10)

Les personnes interrogées ne semblent pas contester les droits d'actionnaire supplémentaires dont jouit la Confédération en tant qu'actionnaire unique ou actionnaire majoritaire. Les entreprises prennent connaissance des directives du propriétaire et les mettent en œuvre.

4.1.3 Conclusion

L'étude de la conception et de la mise en œuvre des instruments de pilotage appelle le constat suivant: l'analyse des documents et des entretiens révèle que les principaux instruments de pilotage ont été mis en œuvre et qu'ils sont organisés de manière globalement uniforme dans les quatre entreprises. L'analyse fait ressortir quelques différences que l'on peut généralement expliquer par les caractéristiques spécifiques des entreprises. L'organisation des instruments diffère à quelques égards. Ainsi, seule RUAG organise un atelier stratégique; les entretiens préparatoires ne sont formalisés que chez RUAG et aux CFF; et la possibilité d'envoyer des représentants de l'État au conseil d'administration n'existe que chez RUAG et Swisscom. Malgré ces différences, la plupart des personnes interrogées

s'accordent à dire que les instruments existants sont suffisants pour permettre au propriétaire de gérer les entreprises.

Dans l'ensemble, les personnes interrogées considèrent que les objectifs stratégiques, l'élection des membres du conseil d'administration, les entretiens avec le propriétaire et la législation sont les principaux instruments de pilotage dont dispose le propriétaire. Plusieurs personnes ont souligné que tous les instruments sont importants et que c'est leur action conjuguée qui garantit le pilotage efficace des entreprises. Par conséquent, les personnes interrogées n'expriment pas le besoin d'instruments supplémentaires pour pouvoir assurer le pilotage.

Il ressort de l'analyse que l'efficacité du pilotage dépend fortement des ressources dont disposent les services propriétaires. Or, ces ressources sont jugées insuffisantes actuellement. Certains aspects pourraient être améliorés: les processus d'élection des membres du conseil d'administration, la hiérarchisation des objectifs stratégiques de propriétaire, l'organisation du contrôle externe, l'établissement de rapports sur les résultats des instruments internes de gestion et les possibilités de débats sur les questions stratégiques dans le cadre des entretiens avec le propriétaire.

Les bases exposées au chapitre 3 et les analyses empiriques présentées dans ce chapitre ont permis d'examiner les critères d'évaluation des instruments de pilotage et d'en dresser le bilan suivant.

I 4.2: Pilotage par le propriétaire et mise en œuvre des instruments: application des critères d'évaluation

Critère d'évaluation		Application	
Cadre juridique / forme d'organisation			
A1	A1.1: Il existe pour les réglementations générales une loi-cadre à laquelle il n'est dérogé que dans des cas particuliers.	+/-	Aucune loi-cadre n'a été édictée, mais des actes législatifs transversaux ont été promulgués (notamment LOGA et OLOGA, LPers et OPers, LParl, LCF). Certains aspects particuliers (par ex. les entretiens avec le propriétaire) ne sont pas régis par les bases légales.
	A1.2: Les actes transversaux sont systématiquement coordonnés entre eux.	+	La majorité des actes législatifs transversaux sont harmonisés entre eux.
A2: Les instruments de pilotage des différentes entreprises sont harmonisés dans la mesure du possible.		+/-	Il existe certaines différences, mais dans l'ensemble les instruments sont organisés de manière uniforme.
A3	A3.1: Les tâches des entreprises publiques sont clairement définies dans les lois d'organisation et dans les statuts.	+/-	Les lois d'organisation et les statuts des entreprises définissent clairement l'objectif et les tâches des entreprises. Une spécification serait parfois souhaitable.
	A3.2: Les distorsions de la concurrence sont évitées.		N'est pas l'objet de la présente analyse.
A4	A4.1: Le choix de la forme juridique est justifié.	+/-	Le choix des formes juridiques n'est pas entièrement justifié ou n'est pas conforme au rapport sur le GE du Conseil fédéral.
	A4.2: Étant donné la nécessité de s'écarter du droit de la société anonyme s'agissant des instruments de pilotage, la forme juridique qui est recommandée est celle de la société anonyme fondée sur une loi spéciale.	+/-	La Poste, les CFF et Swisscom sont des sociétés anonymes fondées sur une loi spéciale, RUAG est une société anonyme de droit privé.

Critère d'évaluation		Application	
Politique de propriétaire			
A5: Il existe une politique de propriétaire claire, élaborée et communiquée par le propriétaire.		+	Il n'existe aucune politique de propriétaire valable pour l'ensemble des entreprises. En revanche, le rapport sur le GE du Conseil fédéral, le rapport complétant ce rapport, les commentaires de l'AFF et la planification de la mise en œuvre constituent les bases conceptuelles de l'organisation et du pilotage des entreprises.
Objectifs stratégiques			
A6	A6.1: Des objectifs stratégiques à moyen terme sont définis.	+	Les objectifs stratégiques sont fixés pour une période de quatre ans dans chaque cas.
	A6.2: Ils sont fixés en concertation avec l'entreprise.	+	Les entreprises participent à la fixation des objectifs stratégiques.
	A6.3: Les conflits d'objectifs sont résolus.	+/-	Les conflits d'objectifs ne sont pas abordés de manière suffisamment détaillée.
	A6.4: Les objectifs sont classés par ordre de priorité.	-	Les objectifs ne sont pas hiérarchisés les uns par rapport aux autres.
Établissement de rapports et mesures de surveillance			
A7	A7.1: Les performances des entreprises et le respect des prescriptions sont soumis à une surveillance constante. Des systèmes d'établissement de rapports sont instaurés à cette fin.	+/-	Les performances des entreprises font l'objet d'une surveillance régulière et les entreprises rédigent des rapports à cette fin. Cependant, le système repose également sur la confiance dans une large mesure et non sur des contrôles.
	A7.2: L'attitude de l'entreprise en matière d'intégrité et de prévention de la corruption fait l'objet d'une surveillance.		N'est pas l'objet de la présente analyse.
	A7.3: Le potentiel de risque des entreprises fait l'objet d'une surveillance (au moyen d'un outil d'évaluation comparative, par ex.).	+/-	Les risques ne sont pas communiqués ou évoqués de façon assez systématique.
	A7.4: Il convient de s'assurer que les entreprises ont mis en place des systèmes de gestion des risques et des programmes de conformité et les contrôlent régulièrement.	+/-	Il existe peu de directives précisant les instruments internes de gestion (par ex. la gestion de la conformité) à utiliser et dans quelle mesure le propriétaire doit être informé des résultats.
	A7.5: Des échanges réguliers sont assurés avec les entreprises (au moyen d'entretiens avec le propriétaire, par ex.).	+	Les quatre entreprises participent à des entretiens avec le propriétaire trois à quatre fois par an.
Domaines d'autonomie			
A8	A8.1: Les domaines d'autonomie des entreprises et les compétences correspondantes sont respectés.	+	Les objectifs stratégiques de la Confédération respectent le domaine d'autonomie des entreprises.
	A8.2: Le propriétaire ne s'immisce pas dans les affaires courantes de l'entreprise.	+	En principe, le propriétaire ne s'immisce pas dans les affaires courantes des entreprises.
	A8.3: La surveillance se limite à une surveillance de l'organisation.	+	La surveillance porte sur les entreprises en tant que telles.

Critère d'évaluation		Application	
Actionnaires minoritaires			
A9: Les actionnaires minoritaires sont protégés et tous les actionnaires sont traités à égalité.		+	Le rôle des actionnaires minoritaires est régi par le code des obligations et les entreprises en sont conscientes, de même que le propriétaire. Il existe des incertitudes dans la littérature en ce qui concerne la conformité légale de la mise en œuvre.
Conseil d'administration			
A10	A10.1: La constitution du conseil d'administration suit des procédures professionnelles et repose sur des profils d'exigences.	+/-	Des profils d'exigences ont bien été mis en place. Toutefois, aucun processus formalisé ne régit les modalités de proposition et d'élection des membres du conseil d'administration.
	A10.2: La diversité des membres du conseil d'administration selon leur sexe et leur spécialité est encouragée.	+/-	La diversité sera davantage encouragée à partir de 2020.
	A10.3: Les représentants de l'État sont sollicités avec retenue. Aucun membre des instances politiques supérieures ne siège au conseil d'administration.	+	Un représentant de l'État siège au conseil d'administration dans seulement une des quatre entreprises et aucun membre des instances politiques supérieures ne siège au conseil d'administration.
A11: Des mécanismes permettant de vérifier régulièrement le bon fonctionnement du conseil d'administration sont introduits.		-	Aucun mécanisme de ce type n'est utilisé de façon systématique.
A12: Des prescriptions spéciales régissent la gestion des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration (ou de la direction).		+/-	Il existe notamment des dispositions régissant les activités annexes des membres des conseils d'administration dans la LPers et dans l'ordonnance sur les salaires des cadres. Il n'existe aucune disposition régissant les autres conflits d'intérêts ou les règles de récusation (sauf le 6 ^e principe du rapport sur le GE du Conseil fédéral).
A13: Il existe un système de rémunération des membres du conseil d'administration.		+	Outre une disposition dans la LPers, il existe une ordonnance sur les salaires des cadres ainsi qu'une ordonnance sur la rémunération. En outre, les statuts des entreprises contiennent des dispositions en la matière.
Pilotage des entreprises fournissant des prestations sur le marché			
A14: Dans le cas des entreprises fournissant des prestations sur le marché, le pilotage est axé sur des objectifs liés à l'entreprise.		+	Les quatre entreprises sont gérées au moyen d'objectifs liés à l'entreprise. Des objectifs liés aux tâches sont également utilisés, à juste titre.
Pilotage des structures de holding			
A15: Les particularités du pilotage des structures de holding ou des groupes sont clairement définies.		+/-	Les concepts de la Confédération ne tiennent pas explicitement compte des structures de holding. En pratique, les structures de holding ne semblent pas constituer un obstacle de taille.
Rôle et mandat de contrôle de l'organe de révision externe des entreprises actives sur le marché et accomplissant des tâches publiques			

Critère d'évaluation	Application	
A16: Le rôle et le mandat (y c. les éventuels mandats d'audit élargis) de l'organe de révision externe sont clairement définis.	+/-	Pour l'essentiel, le rôle et le mandat de l'organe de révision externe sont régis par le code des obligations. Les élargissements éventuels du mandat de révision devraient être examinés (du point de vue des subventions, notamment).
A17: Le propriétaire mène un dialogue continu avec l'organe de révision externe tout en respectant le principe de l'égalité de traitement des actionnaires et la responsabilité du conseil d'administration.		L'organe de révision est mandaté par le conseil d'administration et adresse des rapports au conseil d'administration ainsi qu'à l'assemblée générale. L'organe de révision est un organe au sens du droit suisse. Par conséquent, le critère A17 n'est pas applicable.
A18: En plus de la révision externe, l'autorité supérieure de contrôle des finances peut réaliser des audits des entreprises publiques.	+	Le CDF peut procéder à des contrôles.

Légende: + = appliqué; +/- = partiellement appliqué; - = d'importantes lacunes subsistent.

Sources: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

4.2 Objet d'examen n° 2: échange d'informations

Ce chapitre a pour objet l'échange d'informations entre le propriétaire et les entreprises liées à la Confédération. Il présente les bases conceptuelles de l'échange d'informations et en analyse les modalités concrètes. Ce chapitre se termine par une conclusion. Il repose sur l'analyse de documents et sur les résultats des entretiens.

4.2.1 Description de l'échange d'informations

L'échange d'informations entre les entreprises et le propriétaire repose principalement sur deux instruments de pilotage: d'une part, sur les entretiens entre le propriétaire et les entreprises, y compris les échanges informels au sein du personnel compétent (voir Instrument 4, chap. 4.1.1); d'autre part, sur le rapport que le conseil d'administration des entreprises adresse chaque année au Conseil fédéral (voir Instrument 6, chap. 4.1.1). Dans le cas de Swisscom, le représentant de l'État au conseil d'administration joue également un rôle dans l'échange d'informations (voir Instrument 5, chap. 4.1.1).

L'illustration I 4.3, ci-dessous, présente les éléments institutionnalisés qui permettent d'assurer le flux d'informations entre les entreprises et le propriétaire tout au long de l'année. Selon l'entreprise considérée, ces informations se composent de 7 (Swisscom) à 13 (RUAG) éléments récurrents³⁹.

³⁹ La participation du représentant de l'État aux réunions du conseil d'administration de Swisscom n'est pas présentée séparément dans la représentation.

I 4.3: Représentation schématique du flux d'informations entre le propriétaire et les entreprises

Période	Instrument	La Poste	RUAG	CFF	Swisscom
T1	1a Réunion préparatoire/réunion d'experts 1 SG du département compétent, AFF, représentants opérationnels des entreprises		●	●	
	1b Entretien avec le propriétaire 1 (aussi appelé rapport au propriétaire) Direction du département et SG du département compétent (DETEC ou DDPS), direction et Service financier (II ou III) de l'AFF, CEO et PCA des entreprises, autres représentants des entreprises	●	●	●	●
T2	2a Atelier stratégique Direction du département et SG du département compétent (DDPS), direction de l'AFF, membres du CA des entreprises		●		
	2b Réunion préparatoire/réunion d'experts 2		●	●	
	2c Entretien avec le propriétaire 2	●	●	●	
T3	3a Réunion préparatoire/réunion d'experts 3		●	●	
	3b Entretien avec le propriétaire 3	●	●	●	●
T4	4a Réunion préparatoire/réunion d'experts 4		●	●	
	4b Entretien avec le propriétaire 4	●	●	●	●
T1 (t _n)	5 Rapport de gestion des entreprises	●	●	●	●
	6 Rapport de l'entreprise sur la réalisation des objectifs stratégiques Du PCA des entreprises au propriétaire	●	●	●	●
	7 Décision concernant le rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques Par le CF	●	●	●	●
	8 Rapport du Conseil fédéral sur la réalisation des objectifs stratégiques de l'année précédente Rapport circonstancié adressé aux Commissions de surveillance parlementaires Rapport succinct adressé au Parlement	●	●	●	●

Légende: ● = L'instrument est en place.

Sources: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

Les paragraphes suivants fournissent des explications sur les différents éléments du flux d'information.

I Entretiens préparatoires aux entretiens avec le propriétaire (entretiens techniques)

Les modalités de cet élément varient dans les quatre entreprises. Des réunions préparatoires institutionnalisées sont organisées chez RUAG et aux CFF. Ce sont surtout les entreprises qui suggèrent les points à aborder. Aux CFF, ce groupe s'appelle le «Groupe technique Finances Confédération-CFF». Les participants du propriétaire sont, d'une part, les personnes du SG-DETEC qui sont chargées des tâches techniques dans le cadre de la stratégie de propriétaire et, d'autre part, la section compétente de la division Politique des dépenses de l'AFF. Lorsqu'un point à l'ordre du jour le nécessite, d'autres personnes peuvent aussi y participer, comme par exemple des employés de l'OFT. Dans le cas des CFF, le délégué Affaires publiques et régulation – le service opérationnel de l'entreprise chargé

des relations avec le propriétaire – et au moins deux autres personnes de la division Finances participent aux entretiens. Les entretiens préparatoires ou les réunions d'experts sont organisés environ deux semaines avant les entretiens avec le propriétaire afin de les préparer. Certains points font par ailleurs l'objet de discussions préalables. Dans le cas de la réunion préparatoire entre RUAG et le propriétaire, deux représentants de la division Politique des dépenses de l'AFF, la direction Corporate Governance du SG-DDPS ainsi que le CFO et le vice-président chargé des relations avec le propriétaire de RUAG sont systématiquement présents. Contrairement au Groupe technique Finances Confédération-CFF, ces entretiens ne sont pas consignés dans un procès-verbal⁴⁰.

Dans le cas de la Poste et de Swisscom, il n'y a pas de réunion institutionnalisée pour préparer les entretiens avec le propriétaire. Selon les personnes interrogées, des réflexions sont en cours pour permettre l'institutionnalisation des entretiens avec la Poste. Actuellement, un échange entre la Poste et la conseillère spécialiste du DETEC a lieu toutes les quatre à six semaines.

Si besoin, des entretiens ponctuels entre les services techniques du propriétaire et les entreprises peuvent être organisés. Des événements à court terme dans les entreprises (par ex. en cas de modification des participations) ou des événements politiques (tels que des interventions parlementaires) peuvent motiver l'organisation d'un entretien ponctuel. La direction de l'entreprise, le conseil d'administration ou la personne chargée des relations avec le propriétaire peuvent ainsi dialoguer directement avec les services propriétaires, et vice versa.

I Entretiens avec le propriétaire

Comme cela a déjà été évoqué au chapitre 4.1.1, quatre entretiens avec le propriétaire sont organisés avec les entreprises chaque année – sauf Swisscom (trois entretiens). Les entretiens avec le propriétaire suivent un ordre du jour et la plupart des résultats sont consignés dans un procès-verbal. Le DDPS dresse le procès-verbal des entretiens avec le propriétaire et une liste des affaires en cours⁴¹. À la différence des réunions techniques préparatoires, la direction du département et la direction du Secrétariat général du département compétent (DDPS ou DETEC), ainsi qu'un représentant de la direction de l'AFF y participent également⁴². Dans le cas de RUAG, un haut gradé de l'armée – soit le chef de l'Armée soit le chef de l'État-major de l'armée – participe aussi aux entretiens actuellement. Pour la direction du DETEC, son secrétaire général et la direction de l'AFF, cela se traduit actuellement par onze participations annuelles à des entretiens avec le propriétaire; et quatre pour la direction du DDPS, son secrétaire général et la direction de l'AFF.

Les entretiens avec le propriétaire ont une orientation essentiellement rétrospective. Par exemple, les entreprises présentent au propriétaire des informations sur l'exercice ou le trimestre écoulé, ou encore sur les défis actuels. En général, les informations circulent des entreprises au propriétaire. Ce dernier peut demander des précisions ou évoquer les thèmes qui l'intéressent. Les thèmes récurrents importants sont parfois inscrits à l'ordre du jour de façon standardisée. Un exemple serait la participation de Swisscom à l'entreprise de télécommunications italienne Fastweb.

⁴⁰ Commission de gestion du Conseil national (2018): Bilan de la gestion de la cyberattaque menée contre RUAG: Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 8 mai 2018, FF 2018 4683-4712.

⁴¹ Ibidem, FF 2018 4702.

⁴² Voir chap. 4.1.1 pour les participants issus des entreprises.

Dans le cas de RUAG, un bref entretien entre la direction du DDPS et la présidence du conseil d'administration est prévu au terme des entretiens avec le propriétaire. Celui-ci n'est pas consigné dans un procès-verbal. En 2016 et 2017, un entretien individuel a eu lieu après trois des quatre réunions. Cet entretien entre quatre yeux n'est pas institutionnalisé chez les autres entreprises.

I Atelier stratégique

L'atelier stratégique annuel est un instrument mis en place uniquement dans le cas de RUAG. On y aborde des thèmes stratégiques, comme par exemple la dissociation éventuelle des activités de RUAG (pour plus d'informations sur sa création, voir chap. 4.1.1). Les entretiens révèlent que cet atelier a été mis en place notamment pour créer un espace de débats prospectifs. Selon les personnes interrogées, les entretiens avec le propriétaire sont très rétrospectifs et ne laissent que peu de place aux débats prospectifs en raison de leur courte durée.

I Rapport de gestion

Chaque année en février ou en mars, les quatre entreprises liées à la Confédération publient un rapport public sur l'exercice écoulé. Ce dernier comporte toujours des informations sur la situation de l'entreprise, sur le gouvernement d'entreprise ou sur la responsabilité sociale de l'entreprise, un rapport financier incluant les comptes annuels consolidés, un bilan consolidé, un rapport de l'organe de révision, un aperçu d'une sélection d'indicateurs sur cinq ans et d'autres informations financières⁴³ ainsi que d'autres renseignements concernant l'entreprise. En 2016, le rapport annuel des quatre entreprises faisait entre 86 (la Poste) et 252 pages (Swisscom).

I Rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques

Avant la fin du premier trimestre, le conseil d'administration de l'entreprise rédige un rapport à l'intention du propriétaire sur la réalisation des objectifs stratégiques au cours de l'exercice précédent (voir à ce sujet chap. 4.1). Ce rapport est structuré selon les objectifs stratégiques et présente les efforts que l'entreprise a déployés pour les atteindre. Des indicateurs sont définis pour la plupart des objectifs afin de permettre l'évaluation de la réalisation des objectifs stratégiques. La Poste, RUAG et Swisscom remettent une évaluation de la réalisation de chaque objectif stratégique⁴⁴. Les CFF procèdent à une évaluation globale de la réalisation des objectifs stratégiques sur la base de 18 indicateurs, qui découlent des objectifs stratégiques et dont la valeur est comparée à celle de l'année précédente. En outre, les entreprises présentent les défis actuels et futurs dans leur rapport. Pour l'exercice 2016, ces rapports comprenaient 17 pages au minimum (dans le cas de RUAG) et 59 au maximum (s'agissant de la Poste). Le rapport n'est pas accessible au public et il est remis par l'intermédiaire des services propriétaires au Conseil fédéral, qui en prend connaissance.

I Rapport à l'intention du Conseil fédéral, des Commissions de gestion, des Commissions des finances et du public

Pour faire suite au rapport susmentionné de l'entreprise, le département compétent, en collaboration avec le DFF, rédige un projet de résolution à l'intention du Conseil fédéral⁴⁵. Ce projet contient d'abord un aperçu des objectifs atteints au cours de l'exercice, suivi de

⁴³ Outre un rapport de gestion, la Poste publie chaque année un rapport financier séparé.

⁴⁴ Évaluation dans les trois catégories: «atteint/satisfait», «majoritairement atteint/satisfait», «pas atteint/satisfait».

⁴⁵ Il existe un rapport distinct pour RUAG et un rapport commun pour la Poste, les CFF et Swisscom.

la description et de l'appréciation des propositions du conseil d'administration à l'assemblée générale des entreprises pour l'exercice en cours. Sont joints au projet de résolution le dispositif de la résolution, les rapports de gestion des entreprises pour transmission aux CdG et aux CdF, les rapports des entreprises sur la réalisation des objectifs stratégiques, le bref rapport du Conseil fédéral au Parlement, le rapport du Conseil fédéral à l'intention des CdG et des CdF, ainsi qu'un communiqué de presse. Dans le cas de RUAG, il n'y a pas de rapport distinct pour le projet de résolution à l'intention du Conseil fédéral.

Le rapport à l'intention des CdG et des CdF, qui leur est transmis après approbation du Conseil fédéral, contient essentiellement les mêmes informations que le projet de résolution à l'intention du Conseil fédéral, mais fournit des renseignements plus détaillés sur la réalisation des objectifs stratégiques. Le bref rapport au Parlement, également approuvé par le Conseil fédéral, comporte quatre pages au maximum. Il comprend quasiment les mêmes éléments, sous forme condensée, et il est accessible au public.

I Différences dans l'organisation de l'échange d'informations dans les quatre entreprises étudiées

Dans les quatre entreprises sans exception, les entretiens avec le propriétaire, le rapport de gestion et le rapport sur la réalisation des objectifs stratégiques constituent la base commune de l'échange d'informations. Il existe toutefois des différences à trois égards entre les entreprises, qui sont récapitulées ici:

- *Préparation des entretiens avec le propriétaire*: s'il existe des réunions techniques institutionnalisées chez RUAG et aux CFF en vue de la préparation des entretiens avec le propriétaire, ce n'est pas le cas chez Swisscom et à la Poste, bien que l'institutionnalisation de ces entretiens soit prévue à la Poste.
- *Atelier stratégique*: il n'est institutionnalisé que chez RUAG et il n'existe pas dans les autres entreprises.
- *Entretien entre le conseil d'administration (ou son président/sa présidente) et la direction du département*: à la suite des entretiens entre RUAG et le propriétaire, il est possible d'organiser une rencontre bilatérale entre la présidence du conseil d'administration de RUAG et la direction du DDPS. Aux CFF, la direction du DETEC rencontre une fois par an le conseil d'administration des CFF au complet. À la Poste et chez Swisscom, il n'existe pas de réunion institutionnalisée entre le conseil d'administration et la direction du département.

Swisscom constitue un cas particulier du point de vue du flux d'informations. À ces trois égards en particulier, il existe des différences par rapport aux trois autres entreprises:

- *Nombre d'entretiens avec le propriétaire*: il y a trois entretiens entre Swisscom et le propriétaire, contre quatre dans les trois autres entreprises.
- *Accès aux procès-verbaux des réunions du conseil d'administration*: aux CFF et à la Poste, les services propriétaires du DETEC et de l'AFF ont eu accès aux procès-verbaux du conseil d'administration jusqu'à fin 2018, date à laquelle un changement est intervenu concernant la transmission des procès-verbaux: le propriétaire a renoncé à la signification des procès-verbaux à compter de cette date, conformément à la pratique en vigueur depuis quelque temps chez RUAG. Chez Swisscom, le représentant de l'État a accès aux procès-verbaux des réunions du conseil d'administration.
- *Représentants de l'État au conseil d'administration*: le représentant de l'État au conseil d'administration de Swisscom a les mêmes droits et obligations que les membres

du conseil d'administration élus par l'assemblée générale⁴⁶. Par conséquent, le représentant de l'État peut également consulter les procès-verbaux du conseil d'administration. Avant les réunions du conseil d'administration, un entretien réunit le représentant de l'État et la direction «Group Strategy & Board Services» de Swisscom. C'est l'occasion d'échanger sur l'ordre du jour et d'attirer l'attention du représentant de l'État, sous un angle spécialisé, sur des éléments particulièrement critiques. En outre, le représentant de l'État échange avec la direction de l'AFF et le SG-DETEC avant chaque séance du conseil d'administration. Le représentant de l'État siège également au comité de révision de Swisscom.

- *La Confédération n'est pas l'unique actionnaire*: contrairement aux trois autres entreprises, Swisscom est cotée en bourse et la Confédération n'en est pas l'unique actionnaire, mais ne possède que 51 % des actions environ. Swisscom doit s'assurer que les autres actionnaires ne soient pas lésés et l'entreprise est tenue d'informer tous les actionnaires des affaires pertinentes pour le cours des actions.

Comme dans le cadre de la discussion autour des instruments de pilotage, ces différences soulèvent la question de savoir si l'échange d'informations doit être organisé différemment selon la proximité d'une entreprise avec le marché (voir chap. 4.1).

4.2.2 Description de la mise en œuvre

Ce chapitre décrit comment sont perçus en pratique le volume d'informations, l'accès aux informations et la fréquence de l'échange d'informations. Il présente principalement les résultats des entretiens.

I Résultat général

Dans l'ensemble, les personnes interrogées jugent positifs le volume d'informations, l'accès aux informations et la fréquence de l'échange d'informations. Ce résultat positif peut être nuancé à trois égards:

- *Existence d'une asymétrie de l'information*: les personnes interrogées s'accordent à dire qu'il existe une certaine asymétrie des informations entre les entreprises et le propriétaire, ce qui implique que l'entreprise ait un avantage sur le propriétaire en matière d'informations. En outre, les entreprises livrent certaines informations de manière relativement tardive. Le propriétaire dispose de ressources limitées pour traiter les informations. Ceci étant, une grande dotation en ressources du propriétaire ou de meilleurs instruments ne permettraient pas d'écarter complètement cette asymétrie de l'information. Une relation de confiance entre le propriétaire et l'entreprise serait donc essentielle pour permettre au propriétaire d'avoir accès aux informations qui l'intéressent.
- *Le flux d'informations est dominé par les entreprises*: en particulier, l'ordre du jour des entretiens avec le propriétaire est considérablement influencé par les entreprises du fait de leur avantage en matière d'informations. Les entreprises disposent donc d'une latitude quant aux informations qu'elles transmettent au propriétaire.
- *Existence d'une asymétrie de l'information y compris au sein des entreprises*: lors des entretiens, plusieurs personnes ont souligné qu'il existait au sein des entreprises une asymétrie de l'information similaire à celle constatée entre l'entreprise et le propriétaire: entre le conseil d'administration/la direction et les personnes exerçant un rôle opérationnel dans les divers domaines de l'entreprise.

Les conclusions relatives à l'échange d'informations sont exposées plus en détail ci-après.

⁴⁶ Ch. 6.1.3 des statuts de Swisscom SA (état: 7 avril 2014).

I Volume d'informations

Les personnes interrogées ont jugé adapté le volume d'informations communiquées au propriétaire par les entreprises. Selon elles, les informations reçues par les propriétaires sont complètes et précises. Toutefois, selon la direction du département compétent, un grand nombre d'informations différentes sont demandées aux entreprises. Bien que le volume d'informations soit jugé globalement approprié pour le propriétaire, les entretiens laissent entrevoir des potentiels d'optimisation:

- *Degré d'approfondissement de l'information:* pour l'AFF, il serait souhaitable de disposer d'un aperçu plus détaillé des rapports financiers trimestriels, par branche de l'entreprise. L'AFF serait parfaitement à même d'interpréter les chiffres clés correspondants. Une entreprise au moins juge, au contraire, que les informations sont plutôt trop détaillées. Dans les entreprises à structures de holding, une information plus complète sur les filiales est souhaitée par les personnes interrogées, en particulier en ce qui concerne les risques associés aux participations.
- *Définition du programme par le propriétaire:* aujourd'hui, le propriétaire cherche avant tout à traiter et à interpréter les informations qui lui sont communiquées par les entreprises. Cela signifie que ce sont principalement les entreprises qui arrêtent les sujets à aborder, ce qui peut conduire à des lacunes dans le volume d'informations. C'est la raison pour laquelle le propriétaire devrait fixer davantage ses propres sujets et les mettre à l'ordre du jour des entretiens avec l'entreprise.
- *Transmission des procès-verbaux du conseil d'administration aux propriétaires:* à la Poste et aux CFF, les procès-verbaux du conseil d'administration ont été transmis aux services propriétaires jusqu'à fin 2018. Mais, en pratique, ceux-ci n'exploitaient manifestement pas ces procès-verbaux et ne fournissaient ni retour ni prise de position à cet égard. Le flux d'informations perdait donc un peu de son importance, ce qui peut même avoir un impact négatif en cas de transmission des procès-verbaux, en ce sens qu'il peut exister une confusion des responsabilités entre le conseil d'administration de l'entreprise et le propriétaire.
- *Échange limité sur les thèmes stratégiques:* l'information actuelle porte principalement sur les rapports de gestion. D'après plusieurs déclarations, les actuels entretiens avec le propriétaire ne suffisent pas pour mener des discussions approfondies, techniques ou stratégiques. Par conséquent, il serait précieux d'échanger une fois par an avec la direction générale de l'entreprise sur des thèmes stratégiques. Selon les déclarations formulées par les personnes interrogées, les responsables du DFF et des départements compétents devraient participer à de tels entretiens. Les moyens existants au sein du DDPS et des CFF pourraient éventuellement constituer un point de départ pour un échange stratégique renforcé⁴⁷.
- *Doublons dans les rapports:* certaines personnes interrogées considèrent trop élevé le nombre de rapports qu'elles doivent rédiger à l'intention des différents services de la Confédération. Les doublons dans les rapports devraient être analysés et, dans la mesure du possible, éliminés.

I Accès à l'information

S'agissant de l'accès à l'information, toutes les parties soutiennent que les entreprises ne cachent pas d'informations au propriétaire. Le propriétaire reçoit les mêmes chiffres que

⁴⁷ Aux CFF, l'ensemble du conseil d'administration de l'entreprise rencontre le propriétaire une fois par an, ce que ce dernier juge très précieux. Au DDPS, un atelier stratégique est organisé une fois par an.

ceux disponibles en interne dans les entreprises. Une certaine asymétrie de l'information serait toutefois inévitable et existerait d'ailleurs aussi au sein même de l'entreprise.

Dans le cas de Swisscom, cotée en bourse, l'accès à l'information est réglé de manière particulière: il existe des règles de conformité que le propriétaire doit signer. Avant de fournir les informations, l'entreprise demande notamment à savoir dans quelle mesure certaines informations sont nécessaires à l'exercice du rôle de propriétaire. Le flux d'informations est toujours garanti entre l'entreprise et le propriétaire, en particulier par l'intermédiaire du représentant de l'État, qui échange avec la direction de l'AFF et le SG-DETEC avant chacune des onze réunions du conseil d'administration. Pour les thèmes particulièrement sensibles, le nombre de participants aux réunions est restreint ou certaines parties des rapports ou procès-verbaux sont retirées afin d'atténuer le risque de divulgation au public d'informations confidentielles. Lorsque l'information est pertinente pour le cours en bourse, tous les actionnaires sont informés (publicité événementielle).

Les structures de holding ne sont pas perçues par la majorité des personnes interrogées comme un problème pour le flux d'informations et l'accès à l'information. Une personne interrogée déclare que la structure ne serait pas un facteur déterminant dans la direction. Les structures de holding auraient certes pour effet de complexifier un peu le flux d'informations, mais pas de l'empêcher de manière substantielle.

Malgré une évaluation globalement positive de l'accès à l'information, il convient d'attirer l'attention sur deux points critiques.

- Certaines personnes contestent le moment de communication de l'information. Le propriétaire devrait recevoir plus tôt les informations qui sont nécessaires à la préparation des entretiens.
- Les CFF, notamment, ne communiquent certaines informations que sur demande. Pour le propriétaire, il serait plus simple de recevoir ces chiffres sans avoir à les solliciter.

I Fréquence de l'échange d'informations

Les personnes interrogées sont satisfaites de la fréquence actuelle de l'échange d'informations. Les quatre entretiens annuels avec le propriétaire (ou trois chez Swisscom) sont jugés adaptés par toutes les personnes interrogées. La fréquence plus faible chez Swisscom est justifiée par le fait que le propriétaire a accès aux informations pertinentes par le biais des représentants de l'État au conseil d'administration et par le fait qu'il existe des contacts au niveau technique entre les différents rapports du propriétaire ou avant chaque réunion du conseil d'administration. Pour pouvoir encore mieux préparer les entretiens avec le propriétaire, des réunions de préparation institutionnalisées au niveau technique sont prévues à l'avenir à la Poste, comme chez RUAG ou aux CFF.

4.2.3 Conclusion

Dans l'ensemble, le bilan concernant le volume d'informations, l'accès à l'information et la fréquence de l'échange d'informations est positif. Il ressort des entretiens que le propriétaire a accès à toutes les informations importantes de l'entreprise et que la fréquence de l'échange d'informations est adaptée.

Pour autant, quelques éléments critiques demeurent au niveau de l'échange d'informations. Du point de vue du propriétaire, on peut citer le fait que certaines informations soient communiquées à trop brève échéance, ainsi que la qualité parfois insuffisante des informations. Des chiffres trimestriels pourraient donner à l'AFF de meilleurs indicateurs sur l'évolution de l'entreprise. En outre, il faudrait à l'avenir que le propriétaire ait un rôle

actif sur le flux d'informations et définisse ses propres thèmes clés afin d'atténuer la domination de l'entreprise sur le flux d'informations et le choix des thématiques. La transmission des procès-verbaux du conseil d'administration est jugée moins utile car elle a plutôt pour effet d'estomper les responsabilités que d'atténuer les asymétries de l'information. L'échange d'informations devrait en outre laisser plus de place à la discussion sur des thèmes stratégiques. On constate par ailleurs que les procédures, en particulier lors de la préparation des entretiens avec le propriétaire, ne sont pas systématisées et diffèrent selon les entreprises.

On ne peut pas dire grand-chose de l'importance de l'échange informel entre le propriétaire et l'entreprise, qui a notamment lieu par le biais de réunions ponctuelles aux niveaux stratégique et technique (voir aussi à ce sujet chap. 4.1). Certes, l'échange informel permet une coordination rapide et efficace entre le propriétaire et l'entreprise, un aspect qui a aussi été jugé positif par les personnes interrogées. Mais l'échange informel au plus haut niveau stratégique s'accompagne du risque de mise à mal du pilotage formel, ce qui, dans le contexte de l'intelligibilité et du contrôle des décisions stratégiques, ne serait pas sans poser problème.

Enfin, il est apparu que la confiance mutuelle restait l'élément fondamental de l'échange d'informations. Même avec les meilleurs instruments, une asymétrie de l'information entre l'entreprise et le propriétaire ne pourrait être évitée. Des mesures ciblées pourraient contribuer à améliorer l'échange d'informations.

Les bases exposées au chapitre 3 et les analyses empiriques présentées dans ce chapitre ont permis d'examiner les critères d'évaluation des instruments de pilotage et d'en dresser le bilan suivant.

I 4.4: Flux d'informations: application des critères d'évaluation

Critère d'évaluation		Application	
Informations à fournir et réglementation du volume d'informations			
B1	B1.1: Le propriétaire a élaboré une politique de publication et de transparence.	+/-	Le propriétaire rend publiquement compte de la réalisation des objectifs stratégiques de l'entreprise. Cependant, il n'existe pas de directives concernant le traitement des informations (par ex. concernant les actionnaires minoritaires).
	B1.2: Les obligations en matière de publication des entreprises sont au moins équivalentes à celles des entreprises cotées en bourse.		Les entreprises publient un rapport de gestion détaillé. Le présent examen ne cherche pas à déterminer dans quelle mesure ces informations destinées au public correspondent aux exigences imposées aux sociétés cotées en bourse.
B2: Le propriétaire obtient toutes les informations dont il a besoin pour vérifier le degré de réalisation des objectifs stratégiques.		+	Les entreprises fournissent les informations nécessaires pour permettre au propriétaire de vérifier le degré de réalisation des objectifs stratégiques.
Réglementation de l'accès aux informations			
B3: Le propriétaire obtient à temps toutes les informations utiles.		+/-	Une partie des informations parvient trop tardivement au propriétaire pour qu'il puisse préparer correctement les réunions et entretiens avec l'entreprise.
B4	B4.1: Le propriétaire a accès aux informations utiles.	+	L'accès aux informations utiles est garanti en pratique dans les quatre entreprises.
	B4.2: Le propriétaire recourt si nécessaire à une loi spéciale pour se réserver un droit aux renseignements plus étendu que celui qui est prévu par le droit de la société anonyme.	+	À la Poste, chez RUAG et aux CFF, une loi spéciale prévoit que les informations nécessaires au contrôle doivent être mises à la disposition du propriétaire. Chez Swisscom, une telle règle est prévue. À la Poste et aux CFF, l'échange d'informations avec le propriétaire est également mentionné dans les statuts.
B5	B5.1: L'égalité de traitement des actionnaires est assurée.	+	Il n'existe aucun indice laissant penser que ce critère d'évaluation n'est pas respecté. S'agissant de la mise en œuvre conforme aux prescriptions du droit des obligations, il existe certaines incertitudes dans la littérature.
	B5.2: Dans le cas des entreprises cotées en bourse, l'égalité de traitement est en outre conforme au droit du marché des capitaux.	+	Il n'existe aucun indice laissant penser que ce critère d'évaluation n'est pas respecté. S'agissant de la mise en œuvre conforme aux prescriptions du droit des marchés financiers, il existe certaines incertitudes dans la littérature.
Maintenance du secret et utilisation des informations			
B6: Le propriétaire est responsable du maintien secret des informations obtenues.		+	Il existe plusieurs prescriptions relatives à la confidentialité (en particulier LPers, LTrans, LIMF, CP). Aucun indice ne laisse penser que ce critère d'évaluation

Critère d'évaluation	Application	
		n'est pas respecté. La question de savoir si ces prescriptions sont suffisantes ne fait pas l'objet du présent examen.
B7: Le propriétaire s'abstient de tout abus, c'est-à-dire qu'il n'utilise les informations obtenues que pour vérifier le degré de réalisation des objectifs stratégiques.	+	Il n'existe aucun indice laissant penser que ce critère d'évaluation n'est pas respecté.
Réglementation du flux d'informations (entre le propriétaire et l'entreprise)		
B8: Le flux d'informations entre le propriétaire et l'entreprise est scrupuleusement documenté.	+/-	Tous les entretiens avec le propriétaire ainsi que la réunion entre l'entreprise et le propriétaire font l'objet d'un procès-verbal, mais pas les autres échanges.
Obtention d'informations manquantes		
B9: Les modalités d'obtention des informations manquantes auprès de l'entreprise sont clairement définies.	+	Les informations manquantes sont obtenues principalement par contact direct entre les membres de l'entreprise et du propriétaire qui sont chargés de tâches techniques en lien avec la stratégie du propriétaire. En pratique, cela fonctionne bien.
Exigences spécifiques concernant les informations relatives aux unités fournissant des prestations sur le marché		
B10: Ces unités satisfont à des normes élevées en matière de transparence et de publication (en particulier s'agissant des frais et des recettes).	+	Le rapport de gestion de l'entreprise contient diverses informations financières. Le compte de résultat et les prestations des pouvoirs publics, notamment, sont documentés.

Légende: + = appliqué; +/- = partiellement appliqué; - = d'importantes lacunes subsistent.

Source: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

4.3 Objet d'examen 3: répartition des rôles de la Confédération dans le modèle de propriétaire

Ce chapitre décrit le modèle de propriétaire de la Confédération et présente la façon dont les instruments de pilotage introduits (voir chap. 4.1) sont utilisés et conduisent aux flux d'informations décrits (voir chap. 4.2). La première partie décrit le modèle dual en place et explique l'origine de la forme actuelle. La partie suivante est consacrée à la mise en œuvre du modèle de propriétaire. Puis, quelques mots sont dits sur le modèle moniste. Dans la conclusion, un tableau permet de présenter les résultats obtenus et d'évaluer la satisfaction des critères d'évaluation déjà introduits.

Ce chapitre repose sur les deux bases suivantes: d'une part, une analyse documentaire des bases du gouvernement d'entreprise de la Confédération a été réalisée et la littérature sur la gouvernance d'entreprises publiques a été étudiée. D'autre part, l'exploitation des entretiens réalisés a servi de base à la description de la mise en œuvre et à l'évaluation du modèle de propriétaire.

4.3.1 Description de l'actuel modèle dual de propriétaire

Le modèle de propriétaire actuellement en place repose dans une large mesure sur les bases du rapport sur le gouvernement d'entreprise de 2006 et sur les principes directeurs qui y sont introduits. Les principes ci-après sont pertinents pour le pilotage à l'aide des objectifs stratégiques:

- Principe n° 16: En sa qualité de propriétaire et de garante de l'exécution des tâches, la Confédération fixe des objectifs supérieurs à moyen terme afin de piloter sur le plan stratégique les entités devenues autonomes (extrait).
- Principe n° 17: Il appartient au Conseil fédéral d'adopter les objectifs stratégiques. Le conseil d'administration ou le conseil d'institut ne définit les objectifs stratégiques que dans le cas des entités qui assument en priorité des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. Pour les entités devenues autonomes, qui dépendent dans une large mesure du soutien financier de la Confédération, le Parlement peut statuer sur l'utilisation de ces moyens dans les arrêtés de financement. Le Conseil fédéral doit en tenir compte au moment de l'élaboration des objectifs stratégiques.

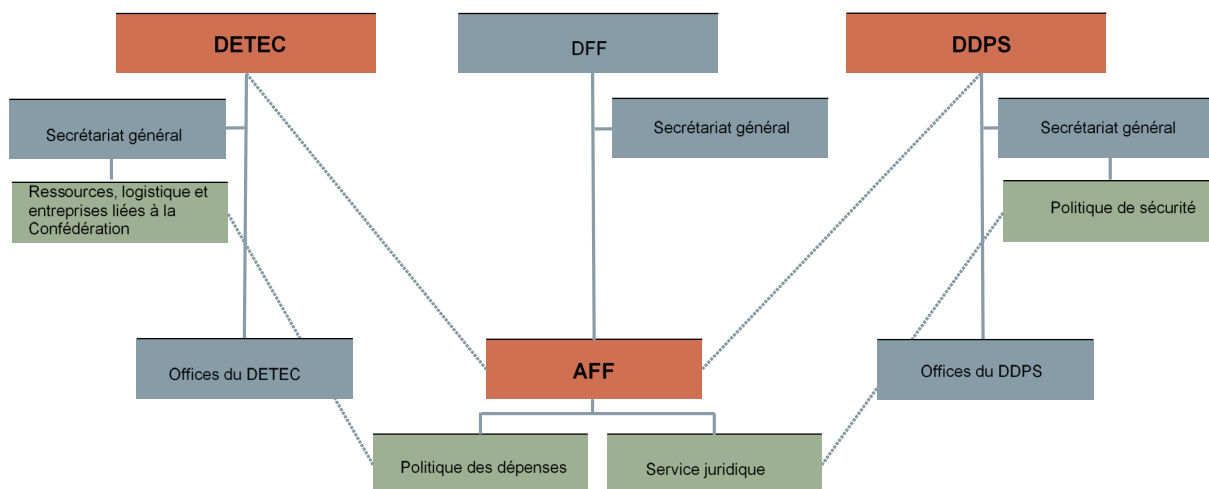
S'agissant de la répartition des rôles, les modèles actuellement en discussion (variante moniste ou duale) ont déjà été évoqués dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise du Conseil fédéral (2006) et il a été indiqué que l'OCDE recommandait une solution centrale (variante moniste).

Le modèle dual, tel qu'il est mis en œuvre au niveau de la Confédération, prévoit la répartition suivante des tâches dans le cadre de la collaboration entre les départements compétents et l'AFF: «Dans le cadre de cette collaboration, le département concerné est notamment responsable de la préparation des questions de nomination, de l'élaboration des objectifs stratégiques et des travaux préparatoires en rapport avec le contrôle du Conseil fédéral. L'AFF est quant à elle responsable notamment des questions ayant trait aux caisses de pensions, aux ventes et achats d'actions, à la recapitalisation, aux directives financières et à la distribution des bénéfices»⁴⁸. Depuis et conformément à cette vision, les départements compétents assument le rôle de garant et l'AFF se concentre sur la perspective financière dans le cadre de la mise en œuvre.

Avec la division de la responsabilité, la variante duale en place veille à l'équilibre entre les intérêts du propriétaire et les intérêts spécialisés, ce qui est décrit dans le contexte de cette étude sous le terme de «checks and balances». Dans la mesure où le département compétent est responsable des thèmes et l'AFF assume la responsabilité financière, une coordination des différents intérêts au sein de l'administration fédérale intervient dans le cadre de la préparation d'objectifs stratégiques ou pour les entretiens sur les rapports et les entretiens avec le propriétaire. L'objectif de la variante duale est d'assurer une certaine position au propriétaire avant d'entamer la discussion avec l'entreprise.

⁴⁸ Conseil fédéral (2006): Rapport du Conseil fédéral sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération (Rapport sur le gouvernement d'entreprise) du 13 septembre 2006, FF 2006 7799.

I 4.5: Représentation schématique de l'organisation du modèle dual dans les quatre entreprises



Légende: Le modèle dual dans les entreprises étudiées.

Source: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

La représentation schématique du modèle dual se concentre sur la répartition des rôles au sein de l'administration. Les champs sur fond rouge illustrent le fait que le pilotage stratégique des participations est la priorité dans ces services, qui s'occupent en particulier du développement de l'entreprise. À cet égard, il convient de préciser que les questions techniques sont prioritaires à la direction du DE TEC et du DDPS, tandis que ce sont les aspects financiers qui priment à la direction de l'AFF. Les champs sur fond vert montrent les services qui accomplissent des tâches techniques pour le pilotage des entreprises liées à la Confédération. Concrètement, ces services se chargent de fournir des documents et de préparer les réunions.

Dans le cadre des analyses réalisées, il est apparu clairement que le système avait été modifié puisque, depuis 2010, la prise en charge du rôle de propriétaire incombe à la direction du département, alors qu'elle revenait auparavant en grande partie au Secrétariat général.

Cette situation a été qualifiée d'«asymétrie» par plusieurs personnes interrogées et elle est devenue un sujet de discussion: le membre responsable du Conseil fédéral participe également aux entretiens sur les rapports et aux entretiens avec le propriétaire et, par la même occasion, dirige régulièrement les discussions. Dans ce contexte, quelques personnes interrogées ont regretté que l'AFF intervienne parfois tardivement dans la procédure et ne puisse pas suffisamment se pencher sur les contenus.

Le Conseil fédéral, en qualité d'autorité collégiale, veille à l'adoption des objectifs stratégiques. C'est en son sein qu'il est pris connaissance des rapports sur les objectifs stratégiques et qu'il est décidé des informations qui seront communiquées au Parlement. Les documents existants ne permettent pas de déterminer avec quelle intensité le Conseil fédéral s'occupe de ces affaires.

Dans la pratique actuelle des départements, le rôle de propriétaire est assumé par les services suivants:

- Directions des départements (membre au Conseil fédéral des départements compétents; pour les entreprises étudiées DE TEC et DDPS): le rôle de propriétaire est assumé par les directions correspondantes des départements dans le cadre des entretiens avec le propriétaire.

- Secrétariats généraux des départements compétents: dans le cadre des entretiens réalisés, on a pu constater que les secrétariats généraux responsables mettaient clairement l'accent sur les aspects techniques dans le cadre du rôle de propriétaire.
- AFF: au sein de l'AFF, l'accent est mis sur le rôle de propriétaire à proprement parler, plutôt qu'en tenant compte d'aspects personnels et financiers.

Les entretiens réalisés ont permis de déterminer les ressources humaines disponibles au sein des départements pour le pilotage des entreprises liées à la Confédération:

- Poste, CFF et Swisscom: postes représentant un taux d'occupation de 240 % (dont Skyguide)
- RUAG: postes représentant un taux d'occupation de 100 %
- AFF: postes représentant un taux d'occupation de 265 % (pour la Poste, RUAG, les CFF et Swisscom)

Poste, CFF et Swisscom: les services du DETEC chargés d'assumer le rôle de propriétaire ont indiqué que le DETEC emploie trois personnes, qui assument le rôle de propriétaire vis-à-vis de la Poste, des CFF, de Swisscom et de Skyguide, qui n'a pas été incluse dans le présent examen. Au total, ces trois personnes disposent de postes représentant un taux d'occupation de 240 % consacrés majoritairement, mais pas exclusivement, au rôle de propriétaire, puisque les trois personnes accomplissent toutes d'autres tâches. Selon les déclarations des personnes interrogées, ces postes sont suffisants, en situation normale, pour assumer le rôle propriétaire. En situation de crise, comme lors de l'affaire CarPostal en 2018, presque la totalité des postes représentant un taux d'occupation de 240 % doivent être mobilisés pour assumer le rôle de propriétaire. Dans de telles situations, les ressources humaines sont jugées trop faibles par les personnes interrogées.

Toutes ont indiqué que, pour un pilotage optimal des entreprises liées à la Confédération, les ressources humaines seraient plutôt insuffisantes ou ne suffiraient qu'en l'absence de tout problème particulier à surmonter (courant normal).

4.3.2 Description de la mise en œuvre

Dans les quatre entreprises de la Confédération étudiées, le modèle dual est mis en œuvre selon la vision de 2006, mais avec la participation des directions des départements depuis 2010. Les personnes interrogées ont fait état des *forces* suivantes du modèle dual, en apportant les arguments suivants:

- Le modèle dual fait ses preuves car le département compétent dépend de l'AFF pour ce qui concerne les thèmes financiers et, à l'inverse, l'AFF peut se reposer sur le département compétent pour les aspects techniques. Cette vision est partagée par la majorité des personnes interrogées, à quelques exceptions près.
- Puisque l'AFF est intégrée dans toutes les entreprises liées à la Confédération et chargée du perfectionnement du modèle, elle assume un rôle de coordinateur.
- La participation du département compétent et de l'AFF aux entretiens avec le propriétaire permet d'intégrer différents points de vue à la discussion. Des questions en suspens peuvent être abordées et résolues.
- Les conflits d'intérêts existant au sein des CFF concernant l'optique du propriétaire et l'optique du garant peuvent être résolus par des discussions entre le DETEC et l'AFF, qui seront menées en interne à l'administration au cours des préparatifs.

Les personnes interrogées ont aussi mentionné des *défis* qui pourraient être pertinents concernant une possible nouvelle évolution du modèle dual:

- La responsabilité des objectifs stratégiques incombe au Conseil fédéral, auquel revient la décision en sa qualité d'autorité collégiale. En cas de conflits d'intérêts, il est important qu'il prenne des décisions afin de sauvegarder les processus ou qu'il propose des suggestions pour éviter les conflits d'intérêts.
- Afin de garantir un pilotage des entreprises liées à la Confédération cohérent avec la vision de propriétaire, il convient de veiller à une dotation suffisante en pourcentages de postes, en particulier pour le fonctionnement normal. Outre cette question des capacités, il faut aussi veiller à ce que les personnes chargées des tâches de pilotage disposent des compétences techniques nécessaires. Les entretiens réalisés montrent que les services compétents sont en sous-effectif pour le pilotage des entreprises étudiées.
- En plus de la question des capacités, il est aussi apparu lors des entretiens réalisés que la position hiérarchique des personnes chargées des tâches techniques devait être contrôlée au sein des services propriétaires. Pour que l'échange avec les entreprises liées à la Confédération puisse se faire «d'égal à égal», un relèvement hiérarchique doit être étudié.
- La direction du département participe partiellement aux entretiens avec le propriétaire; mais au DFF, la direction responsable du département n'est pas intégrée. Cela conduit à l'asymétrie déjà exposée, qui est clairement considérée comme un handicap par de nombreuses personnes interrogées.
- Du point de vue de l'entreprise, il existe le risque que les deux parties de la Confédération (partie technique et partie financière) puissent être «montées» l'une contre l'autre en cas de questions en suspens, voire de conflits d'intérêts.
- Le modèle dual ne propose pas d'approche conceptuelle en cas de conflits des rôles de la Confédération, lorsque d'autres sujets doivent être traités en plus des intérêts du propriétaire (commande de prestations, régulation de marchés, etc.).
- En pratique, il semble que l'AFF prenne part relativement tardivement au processus, ce qui paraît peser sur les discussions lors des entretiens avec le propriétaire. Cela tient probablement au système lui-même, puisque la direction incombe au département compétent et l'AFF n'est intégrée qu'ultérieurement.
- La mise en œuvre et, en fin de compte, le succès du modèle dépendent aussi notamment des compétences et de l'engagement des personnes concernées.

4.3.3 Évaluation d'un modèle moniste en remplacement du modèle existant

La constitution d'un modèle moniste présentant les caractéristiques mentionnées dans les directives de l'OCDE (2015) concentrerait le point de vue du propriétaire dans un organe central au sein de l'administration. Pour la mise en place d'un tel modèle dans le contexte suisse, les trois solutions suivantes seraient envisageables:

- DFF: le DFF pourrait assumer la responsabilité du pilotage des participations de toutes les entreprises. Il assurerait par conséquent la coordination avec les départements compétents. Cette solution permettrait notamment de simplifier et de faire en sorte que tous les instruments de pilotage soient mis en œuvre uniformément et en même temps auprès de toutes les participations (services propriétaires au sein du DFF).
- Départements compétents: un des départements compétents pourrait assumer la responsabilité globale du pilotage des entreprises proches de la Confédération. Afin d'éviter des conflits de rôles (par ex. rôle de mandant vs. rôle de propriétaire), il serait possible de confier le pilotage des participations à un autre département.
- Gestion des participations: création d'une nouvelle unité pour le pilotage des participations; les modalités de création de cette unité ne font pas l'objet d'un approfondissement dans le présent rapport.

Pour ces trois solutions, il est important que les autorités administratives disposent des compétences professionnelles et du personnel requis pour pouvoir gérer la participation dans chaque catégorie d'objectifs. Il conviendrait également de classer les objectifs (objectifs techniques vs. financiers) selon un ordre de priorités.

Passer d'un modèle dual à un modèle moniste conduirait à une réorganisation majeure dans les départements compétents et au DFF. Il y a lieu de souligner que les personnes chargées de thèmes liés au gouvernement d'entreprise devraient se concerter avec les départements compétents au sujet des thèmes techniques et préparer les séances.

Lors des entretiens, les *avantages* suivants d'un modèle moniste ont été relevés:

- Une unité d'organisation à l'intérieur de l'administration pourrait se concentrer sur la gestion, le pilotage et la surveillance des entreprises de la Confédération et se spécialiser dans ces domaines.
- Les instruments de pilotage seraient utilisés de la même manière dans toutes les entreprises liées à la Confédération.

Dans le cadre des entretiens, les *difficultés* suivantes ont été évoquées en ce qui concerne la mise en place d'un modèle moniste:

- Peu de personnes seulement peuvent s'imaginer la mise en place d'un modèle moniste.
- Le principe du contrôle et de l'équilibre des intérêts (*checks and balances*), fortement présent dans un modèle dual, devrait être organisé autrement dans un modèle moniste.
- Selon l'unité d'organisation choisie pour assumer le pilotage, les objectifs financiers ou les objectifs techniques pourraient prédominer.
- Dans un modèle moniste, la question des interfaces concernant les rôles de régulateur et/ou de mandant subsiste et elle devrait être résolue d'une autre manière qu'actuellement.
- Si la responsabilité était confiée au DFF, le conseiller fédéral responsable devrait s'occuper de l'ensemble des participations et, par conséquent, participer à tous les entretiens avec le propriétaire.
- En cas d'objectifs contradictoires, il est important de prendre et d'appliquer des décisions visant à préserver les processus.
- Un certain nombre de personnes interrogées supposent que, avec un modèle moniste, davantage de thèmes devraient faire l'objet de décisions prises au niveau du Conseil fédéral.
- Même dans un modèle moniste, la question des ressources doit être gardée à l'esprit, ces ressources devant être suffisantes pour assurer le pilotage des entreprises.

4.3.4 Conclusion

Contrairement à l'organisation d'un modèle moniste selon la représentation de l'OCDE, aucun service propriétaire n'assume actuellement la responsabilité en matière de mise en œuvre du pilotage des entreprises liées à la Confédération. Le pilotage des entreprises est globalement bien rodé. Certains aspects doivent toutefois être améliorés, notamment les suivants:

- Le pilotage des participations requiert une harmonisation entre les aspects financiers et les aspects matériels: actuellement, la mise en œuvre du pilotage fait l'objet de consultations et d'une coordination entre l'AFF et les départements compétents. Le principe du contrôle et de l'équilibre des intérêts est respecté de cette manière.
- L'exercice du rôle de propriétaire est réparti de manière inégale entre le DETEC/DDPS d'une part, et le DFF d'autre part, ce qui pose des difficultés.

- Les autorités exerçant le rôle de propriétaire doivent disposer de suffisamment de ressources.

Bien que l'organisation théorique d'un modèle moniste soit convaincante (par ex., répartition claire des rôles entre le propriétaire, le mandant, les autorités de réglementation et les autorités de surveillance), sa mise en œuvre pratique peut être considérée comme particulièrement complexe, dans la mesure où elle doit prendre en considération à la fois les aspects techniques et les aspects matériels.

Les critères d'évaluation des instruments de pilotage ont été examinés en se fondant sur les bases présentées au chapitre 3 et sur les enquêtes empiriques décrites dans le présent chapitre. Les résultats de cet examen sont résumés dans le tableau ci-dessous.

I 4.6: Modèle de propriétaire: application des critères d'évaluation

Critère d'évaluation		Application	
Répartition des rôles entre les services propriétaires et les offices spécialisés			
C1	C1.1: Les différents rôles de l'État relatifs à des entreprises publiques sont séparés au point de vue institutionnel.	+	Les différents services exerçant les rôles de la Confédération se trouvent dans des institutions ou des domaines séparés.
	C1.2 Le rôle de propriétaire de l'État est séparé au point de vue institutionnel de son rôle de mandant (office spécialisé).	+/-	Bien que le propriétaire et le mandant soient séparés au point de vue institutionnel, ils se trouvent dans le même département.
Organisation du modèle de propriétaire			
C2	C2.1: Les droits du propriétaire sont exercés par un service central (modèle moniste).	-	Un modèle dual est appliqué.
	C2.2 Un service de coordination est mis en place si nécessaire.	-	Il n'existe pas de service assurant la coordination de tous les droits du propriétaire en ce qui concerne les entreprises liées à la Confédération, même si l'AFF exerce certaines tâches de coordination.
	C2.3: L'État est un propriétaire actif et les actionnaires exercent effectivement leurs droits.	+	Dans le modèle dual, les responsabilités sont définies au moyen d'instruments concrets qui sont effectivement utilisés.
C3: Les compétences relatives au maniement des instruments de pilotage sont clairement définies.		+/-	Les responsabilités concernant l'utilisation des instruments de pilotage sont effectivement réparties entre deux services différents. Ces deux services sont chargés de l'utilisation des instruments. Toutefois, les responsabilités ne sont pas toutes définies juridiquement.
C4: Les ressources disponibles sont suffisantes pour que l'État puisse assumer activement son rôle de propriétaire.		+/-	Certains services techniques chargés de défendre les droits du propriétaire ne disposent pas de suffisamment de ressources.
C5	C5.1 Les services chargés de défendre les droits du propriétaire disposent de spécialistes présentant les compétences requises, disposant de ressources suffisantes et ayant une idée précise de leurs tâches.	+/-	Les services techniques spécialisés ne disposent pas toujours du personnel qualifié nécessaire pour défendre les droits du propriétaire. Le modèle dual comporte une asymétrie.
	C5.2: Il existe un code de conduite pour les personnes chargées d'assumer les fonctions de propriétaire.	+	Des normes de comportement génériques existent (notamment les art. 94a et ss OPers ainsi que le code de comportement de l'administration fédérale). Toutefois, elles ne concernent pas spécifiquement la fonction de propriétaire.
Coordination générale			
C6: Le gouvernement veille à la coordination générale des différents rôles de l'État relatifs à des entreprises publiques.		+/-	Le Conseil fédéral assume la fonction de propriétaire notamment dans le cadre de la définition des

Critère d'évaluation	Application
	objectifs stratégiques et de l'établissement des rapports. De plus, il est responsable des autres rôles (par ex. la mise en place d'autorités de réglementation). Des améliorations sont nécessaires en ce qui concerne la coordination entre le rôle de propriétaire et celui de mandant (voir illustration I 4.8).

Légende: + = appliqué; +/- = partiellement appliqué; - = d'importantes lacunes subsistent.

Source: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

4.4 Interface entre le propriétaire et le mandant, exemple des CFF

En plus de son rôle de propriétaire, la Confédération assume également le rôle de mandant auprès des entreprises. Le présent chapitre montre, en prenant le cas des CFF, quelle est la conception des interfaces entre le propriétaire et le mandant. Il expose ensuite la mise en œuvre pratique de ces interfaces. Il se termine par une conclusion et un examen concernant l'application des critères d'évaluation. D'une part, ce chapitre se base sur l'évaluation de documents et sur les entretiens effectués lors de l'enquête. D'autre part, il prend en considération l'évaluation des conventions sur les prestations dans le domaine des gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire⁴⁹.

4.4.1 Description de l'interface entre le propriétaire et le mandant, exemple des CFF

La Confédération est l'unique propriétaire des CFF. Mais elle commande aussi aux CFF des prestations en matière d'exploitation et d'entretien de l'infrastructure ferroviaire. En outre, les CFF sont responsables du développement de l'infrastructure ferroviaire, aspect qui ne sera pas approfondi ici. Les considérations ci-après se concentrent dès lors sur la commande de prestations concernant l'exploitation et l'entretien de l'infrastructure ferroviaire.

I Rapports entre le mandant et le prestataire de services concernant l'exploitation et l'entretien de l'infrastructure ferroviaire des CFF

Les considérations ci-après se fondent sur l'évaluation de la convention de prestations entre l'OFT et les CFF⁵⁰. Les bases des rapports actuels remontent à la réforme des chemins de fer 1, dans le cadre de laquelle, en 1999, les CFF avaient été transformés en une société anonyme. Les tâches avaient alors été réparties plus précisément entre la Confédération et les CFF: alors que la Confédération se concentre sur la définition d'objectifs politiques et financiers, la mise en œuvre opérationnelle de l'exploitation et de l'entretien du réseau ferroviaire incombe à l'entreprise indépendante. Les CFF sont ainsi devenus ce qu'on appelle un *prestataire de services*, alors que la Confédération assume le rôle de *mandant* dans le domaine de l'infrastructure ferroviaire. Les rapports entre mandant et prestataire de services sont régis par une convention de prestations, qui fixe l'étendue et le contenu de la fourniture de prestations ainsi que le prix à payer par la Confédération pour ces prestations. Cette convention de prestations détermine également comment la mise en œuvre et la qualité des prestations doivent être surveillées. L'interlocuteur représentant la Confédération est l'OFT, qui négocie les conventions de prestations avec les CFF. Depuis 1999, six conventions de prestations ont été conclues entre les CFF et l'OFT.

⁴⁹ Rieder, Stefan; Roose, Zilla; Thorshaug, Kristin; Lienhard, Andreas; Haefeli, Ueli (2018): Evaluation der Leistungsvereinbarungen zwischen dem Bund und den Infrastrukturbetreiberinnen. Bericht zuhanden des Bundesamts für Verkehr (BAV), KPM-Schriftenreihe n° 68, Berne.

⁵⁰ Ibidem p. 131-144.

La convention de prestations actuelle couvre la période 2017 à 2020 et comprend des subventions pour un montant d'environ 7,6 milliards de francs.

Le fonds d'infrastructure ferroviaire (FIF) a été créé en 2014, dans le cadre de l'adoption du projet sur le financement et l'aménagement de l'infrastructure ferroviaire (FAIF). Depuis lors, il finance à la fois la maintenance et l'aménagement de l'infrastructure ferroviaire. Le fonds est alimenté en permanence par des contributions des cantons pour un montant de 500 millions de francs, par des apports de la Confédération (caisse générale de la Confédération) et par d'autres sources de financement parfois limitées dans le temps (en particulier la taxe sur la valeur ajoutée et l'impôt sur les huiles minérales). L'Assemblée fédérale fixe les montants que la Confédération verse au FIF et ceux qui peuvent être prélevés annuellement de ce dernier dans le cadre d'un plafond quadriennal des dépenses. Compte tenu du plafond des dépenses, l'OFT convient ensuite avec les CFF du montant qui peut être investi dans le cadre de la convention de prestations pour l'entretien et l'exploitation du réseau ferroviaire.

I Difficultés liées aux rôles de mandant et de propriétaire de la Confédération

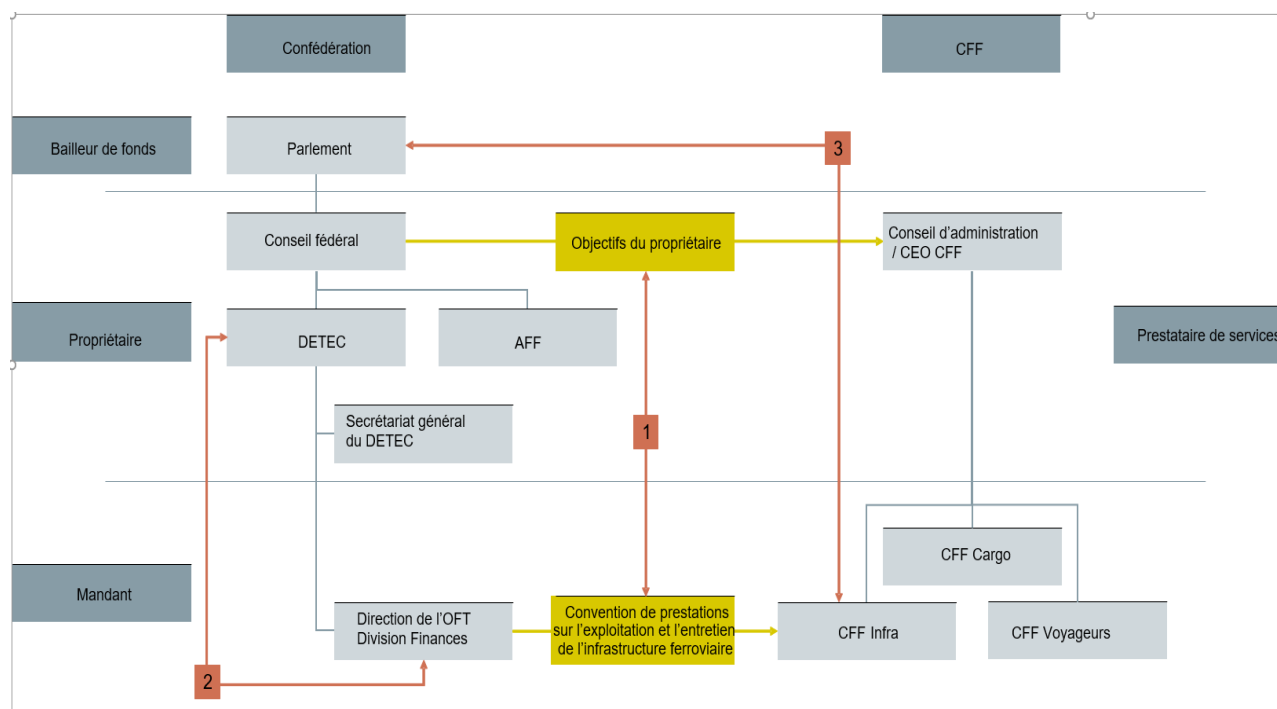
Les bases analysées révèlent que des problèmes de cohérence peuvent surgir en raison du double rôle de propriétaire et de mandant exercé par la Confédération⁵¹. Ces problèmes peuvent être décrits comme suit:

- *Problème de cohérence n° 1: conflit entre les objectifs du propriétaire et ceux du mandant.* Alors que le propriétaire est intéressé avant tout à la pérennité des CFF, le mandant voudrait une exécution efficiente et efficace de l'entretien du réseau ferroviaire. Le propriétaire souhaite un soutien financier aussi élevé que possible pour l'entreprise alors que, pour le mandant, les dépenses doivent être aussi faibles que possible. Dans le cas des CFF, ces conflits d'objectifs sont, en raison des rapports de propriété actuels, inhérents au système.
- *Problème de cohérence n° 2: prépondérance du propriétaire sur le mandant.* Si le propriétaire est hiérarchiquement supérieur au mandant, il peut s'écarter des objectifs de ce dernier. Cette situation peut se présenter dans le cas des CFF, car si les CFF et l'OFT n'arrivent pas à trouver un accord, la décision revient à la direction du DETEC. Le DETEC comprend aussi bien l'OFT, qui agit en tant mandant, que le secrétariat général, qui exerce le rôle de service propriétaire. Une prépondérance du mandant sur le propriétaire serait également possible, mais elle est peu probable, car le rôle de propriétaire dans le modèle dual est assumé non seulement par le DETEC, mais aussi par le DFF.
- *Problème de cohérence n° 3: prépondérance du Parlement sur le mandant.* Les CFF (ainsi que d'autres chemins de fer) pourraient faire du lobbying au Parlement et contourner le mandant en obtenant du Parlement une autre décision influençant la commande de l'OFT. Cet aspect n'est pas approfondi dans le présent rapport, car le rôle du Parlement ne fait pas l'objet de l'examen et qu'il ne s'agit pas d'un problème spécifique de gouvernement d'entreprise.

Alors que le premier problème de cohérence se pose ex ante, à savoir avant la conclusion du contrat, les deux autres se posent ex post. L'illustration I 4.7 présente schématiquement les deux rôles de la Confédération et les problèmes de cohérence possibles. Ces derniers sont indiqués en rouge. La couleur jaune montre les processus menant à l'établissement de la convention de prestations.

⁵¹ Ibidem p. 132-134.

I 4.7: Aperçu des rôles de la Confédération en tant que mandant et propriétaire et des problèmes de cohérence possibles



Légende: les chiffres indiquent entre quels organes de la Confédération les trois problèmes apparaissent.

Source: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP, basée sur Rieder, Stefan; Roose, Zilla; Thorshaug, Kristin; Lienhard, Andreas; Haefeli, Ueli (2017): Evaluation der Leistungsvereinbarungen zwischen dem Bund und den Infrastrukturbetreiberinnen. Bericht zuhanden des Bundesamts für Verkehr (BAV), KPM-Schriftenreihe n° 68, Berne, p. 135.

Les problèmes de cohérence cités sont connus des parties contractantes. En conséquence, des efforts ont été entrepris pour les atténuer. L'introduction du FAIF était un pas dans cette direction. Depuis 2014, seul l'OFT, en tant que représentant du mandant, prend part aux négociations sur la convention de prestations. En outre, l'OFT ne participe plus aux entretiens entre les CFF et le propriétaire. Enfin, depuis 2017, les objectifs de la convention de prestations et les objectifs du propriétaire sont fixés dans deux documents distincts. Auparavant, les objectifs de la convention de prestations étaient inclus dans les objectifs du propriétaire.

4.4.2 Organisation et mise en œuvre de l'interface entre le rôle de mandant et celui de propriétaire, exemple des CFF

Il convient d'abord de souligner que les CFF considèrent que les mesures décrites visant à séparer les rôles de propriétaire et de mandant sont positives. C'était d'ailleurs eux qui étaient à l'origine de la proposition que l'OFT ne participe plus aux entretiens avec le propriétaire. Les représentants des CFF estiment en outre que la séparation entre les objectifs du propriétaire et ceux de la convention de prestations constitue un pas dans la bonne direction. Toutefois, cette séparation n'a, selon l'entreprise, résolu qu'une partie des conflits d'objectifs entre le propriétaire et le mandant, et il faudrait, comme exposé au chapitre 4.1, coordonner les objectifs, les classer par ordre de priorité et mener une discussion sur la manière de gérer les conflits d'objectifs. En effet, il est important de trouver une solution car les contributions versées aux CFF dans le cadre de la convention de prestations peuvent influencer considérablement sur le résultat d'exploitation de l'entreprise. En ce qui concerne cette situation, les représentants des CFF qui participent aux entretiens pensent qu'il faudrait d'abord que le propriétaire et le mandant résolvent les conflits qu'il peut y avoir entre eux et qu'ils informent ensuite les CFF de la solution trouvée.

Les personnes interrogées, tant du côté du mandant que de celui du propriétaire, reconnaissent toutefois que, dans la pratique, la Confédération ne peut pas trouver une solution globale à ces conflits. Elles estiment qu'un antagonisme entre les objectifs du propriétaire et ceux du mandant subsiste et qu'il doit être résolu au cas par cas. Elles considèrent que ces conflits sont inhérents à l'organisation actuelle des rôles de propriétaire et de mandant exercés par la Confédération et qu'ils doivent être supportés. Selon ces personnes, la direction du DETEC respecte la séparation entre le rôle du mandant et le rôle du prestataire de services et n'intervient pas dans les négociations entre les CFF et l'OFT.

En résumé, la situation décrite concernant l'interface entre le mandant et le propriétaire comporte principalement les problèmes suivants:

- Premièrement, les personnes interrogées à l'OFT critiquent la séparation entre mandant et propriétaire lors des entretiens avec le propriétaire: les connaissances techniques du mandant ne sont pas suffisamment prises en compte lors de la formulation des objectifs stratégiques, ce qui nuit à la coordination entre les objectifs du propriétaire et ceux du mandant.
- Deuxièmement, les participants aux entretiens menés pour l'examen se sont demandé si les services propriétaires actuels peuvent, vu les ressources limitées dont ils disposent, faire face adéquatement, sans l'aide directe de l'OFT, aux représentants de l'entreprise lors des entretiens avec le propriétaire. Cet avis est partiellement partagé par les personnes interrogées au sein des CFF.
- Troisièmement, les personnes interrogées auprès des CFF déplorent que le propriétaire ne soit pas informé en temps voulu sur des décisions prises dans le cadre de la convention de prestations. Cela concerne non seulement la convention de prestations, mais aussi, par exemple, l'octroi de concessions. Les personnes interrogées du côté du mandant et du propriétaire signalent que, dans le cadre des entretiens menés régulièrement avec le propriétaire, il existe assez d'occasions pour échanger les informations.
- Quatrièmement, on constate qu'en cas de conflits entre l'OFT et les CFF dans le cadre des négociations sur la convention de prestations, la séparation entre mandant et prestataire de services ne peut plus être assurée totalement (par le passé, ces conflits sont apparus la plupart du temps lors de divergences sur le montant des indemnités dans le cadre des conventions de prestations). Dans de tels cas, la direction du DETEC doit prendre une décision. Selon la personne interrogée, c'est le point de vue du propriétaire ou celui du mandant qui a trop de poids.

Les opinions divergent quant aux solutions possibles pour régler ces problèmes d'interface. Alors que les personnes de l'OFT interrogées seraient favorables à une participation aux entretiens avec le propriétaire, celles des CFF et des services propriétaires considèrent qu'une telle participation est peu judicieuse. Propriétaires et mandants sont d'avis qu'une ingérence de l'autre partie dans ses propres relations avec l'entreprise ne serait pas opportune.

4.4.3 Conclusion

On peut retenir que le problème de cohérence n° 1 (conflit entre les objectifs du propriétaire et ceux du mandant) n'est que partiellement résolu. Les conflits d'objectifs subsistent et, du point de vue des CFF, ils ne sont pas résolus de manière satisfaisante. En raison de la structure du modèle dual actuel, le problème de cohérence n° 2 (prépondérance du propriétaire sur le mandant) est inhérent au système. En pratique, toutes les parties essaient de réduire autant que possible ce problème d'interface. En particulier, la direction du DETEC fait preuve de beaucoup d'équité et d'objectivité dans ce contexte. Toutefois, le risque d'une prépondérance existe et il est perçu comme tel dans la pratique par une partie des participants. Dans l'ensemble, les entretiens ont montré que, pour tous les participants,

L'interface entre le propriétaire et le mandant n'est pas structurée de manière satisfaisante aujourd'hui et qu'il n'existe pas de solution ad hoc faisant l'unanimité.

Les critères d'évaluation des instruments de pilotage ont été examinés en se fondant sur les bases présentées au chapitre 3 et sur les enquêtes empiriques décrites dans le présent chapitre. Les résultats de cet examen sont résumés dans le tableau ci-dessous:

I 4.8: Interface entre le propriétaire et le mandant: application des critères d'évaluation

Critère d'évaluation	Application	
Interfaces et conflits d'objectifs entre les rôles de l'État comme propriétaire / mandant / distributeur de subventions ou de concessions		
D1: Les objectifs du propriétaire et du mandant sont coordonnés.	+/-	L'office spécialisé et l'entreprise critiquent en partie la coordination insuffisante entre les objectifs du propriétaire et ceux du mandant (absence d'un ordre de priorité).
D2: Les conflits entre objectifs du propriétaire et objectifs du mandant sont résolus.	+/-	Les objectifs à atteindre sont clairement définis. Les responsabilités sont bien délimitées tant au niveau des collaborateurs qu'au niveau institutionnel. En revanche, les offices concernés se trouvent dans le même département. Les objectifs stratégiques et les objectifs du mandant sont formellement séparés. Les conflits d'objectifs ne sont abordés qu'en partie dans le cadre des objectifs stratégiques.
D3: Le flux d'informations entre le propriétaire et les offices spécialisés est transparent et documenté.	-	Pour autant qu'il est possible d'en juger, il n'existe pas de documentation sur les flux d'information entre le propriétaire et les offices spécialisés.

Légende: + = appliqué; +/- = partiellement appliqué; - = d'importantes lacunes subsistent.

Source: kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

5 Conclusions et recommandations

5.1 Conclusions

L'analyse des bases (évaluation des bases conceptuelles au niveau international, de la littérature, des bases conceptuelles et des bases légales à l'échelle fédérale) et l'examen empirique d'un total de 37 critères d'évaluation⁵² (évaluation de documents et organisation de 20 entretiens) permettent de tirer les conclusions présentées par objet d'examen dans les chapitres qui suivent.

5.1.1 Conclusions concernant les instruments de pilotage

L'analyse des bases a montré que le pilotage actuel de la Poste, de RUAG, des CFF et de Swisscom, découle de la responsabilité de l'État de fournir certains services. En raison de l'autonomie qui a été accordée à ces quatre entreprises et de l'autonomie qui en résulte, la surveillance, caractérisée par une certaine réserve, ne porte que sur leur organisation. En comparaison avec la surveillance usuelle de l'administration centrale, la surveillance de ces entreprises est par conséquent assez limitée. Le pilotage des quatre entreprises s'effectue au moyen de 11 instruments, parmi lesquels la nomination des membres du conseil d'administration, les objectifs stratégiques, les entretiens avec le propriétaire ainsi que l'approbation du rapport de gestion et des comptes annuels revêtent une grande importance.

Le pilotage des entreprises liées à la Confédération est réglé dans la législation transversale (notamment LOGA, OLOGA, LPers et OPers) et dans les lois régissant leur organisation (LOP, LEAC, LCFE et LET). Pour les sociétés anonymes instituées par un droit spécial, comme les CFF, la Poste et Swisscom, le pilotage se fonde subsidiairement sur le CO et les statuts, et pour la société anonyme de droit privé RUAG, il se fonde principalement sur le CO et les statuts. Des objectifs stratégiques sont fixés pour les quatre sociétés (y compris la société de droit privé RUAG Holding AG). Le conseil d'administration est

⁵² Soit un total de 58 critères d'évaluation, si l'on comprend les sous-critères.

chargé de mettre en œuvre ces objectifs, puis de présenter au Conseil fédéral un rapport sur leur degré de réalisation.

L'analyse des bases conceptuelles et de la littérature a permis de déterminer 18 critères d'évaluation pour les instruments de pilotage, subdivisés en 32 sous-critères. L'examen de ces derniers conduit au constat suivant: 13 des 32 sous-critères ont été considérés comme remplis. Ces 13 sous-critères concernent avant tout les objectifs stratégiques qui ont été fixés en concertation avec l'entreprise, l'échange régulier d'informations entre le propriétaire et l'entreprise, le respect de l'autonomie et la décision du propriétaire de s'immiscer le moins possible dans les affaires courantes de l'entreprise, ainsi que le recours mesuré à des représentants de l'État au sein des conseils d'administration.

En outre, 14 autres sous-critères peuvent être considérés comme étant partiellement remplis. Ils incluent par exemple l'absence d'une loi-cadre pour les entreprises liées à la Confédération, le choix insuffisamment fondé de la forme juridique, l'absence d'un mandat de révision élargi, l'intégration incomplète du traitement des conflits d'objectifs dans les objectifs stratégiques, le contrôle des directives basé plus sur la confiance que sur une surveillance régulière, l'absence de prise en compte des particularités des entreprises ayant une structure de holding ainsi que le manque de systématique dans les procédures de nomination des membres du conseil d'administration.

Enfin, 2 sous-critères sont considérés comme étant non remplis. Il s'agit de l'absence d'un classement par ordre de priorité pour les objectifs stratégiques et de mécanismes permettant de vérifier le bon fonctionnement du conseil d'administration en place. L'évaluation des 3 sous-critères restants n'était pas l'objet de cette étude.

De manière générale, l'examen des instruments de pilotage a donné des résultats positifs: le propriétaire dispose d'un nombre suffisant et pertinent d'instruments qui lui permettent de piloter les entreprises. Dans la pratique, l'utilisation de ces instruments fonctionne bien. Le propriétaire n'a pas besoin d'instruments supplémentaires. Malgré ce bilan positif, 6 améliorations potentielles ont été identifiées:

- *Premièrement*, il y a un potentiel d'amélioration au niveau des bases légales. Les bases légales en vigueur ne permettent pas de comprendre pourquoi trois des quatre entreprises possèdent la forme juridique d'une société anonyme fondée sur une loi spéciale et une la forme d'une société anonyme de droit privé. De plus, il a été montré que certains éléments du pilotage n'ont été réglés que partiellement ou différemment selon l'entreprise. En particulier, les entretiens avec le propriétaire, qui revêtent une grande importance, ne sont pas inscrits dans la législation et des incertitudes subsistent quant au caractère contraignant des objectifs stratégiques. De plus, la formulation des dispositions légales concernant les domaines d'activité des entreprises (tâches publiques et éventuelles autres activités économiques privées), l'autorisation de détenir des participations et la création de filiales est relativement vague.
- *Deuxièmement*, il est nécessaire de classer les objectifs stratégiques par ordre de priorité et de traiter explicitement la question des conflits d'objectifs dans le cadre des objectifs stratégiques. Tant l'analyse des bases que les enquêtes concernant la mise en œuvre des instruments de pilotage ont montré qu'un potentiel d'amélioration existe. Il ne s'agit pas d'éliminer les conflits d'objectifs, mais de les identifier et de définir clairement les processus de décision visant à les maîtriser.
- *Troisièmement*, il convient de souligner que, pour toutes les entreprises, les processus entre le propriétaire et les entreprises, notamment la procédure de nomination des membres du conseil d'administration ainsi que le contenu, l'enchaînement et la préparation des entretiens avec le propriétaire ne sont pas réglés systématiquement (voir

aussi les commentaires du chapitre suivant). Vu l'importance incontestée de ces deux instruments, cela est étonnant. En raison de ce manque de systématique, le risque existe que les services propriétaires de la Confédération ne soient pas tous intégrés assez tôt dans la procédure de nomination des membres du conseil d'administration et que les entreprises aient trop de poids lors de la mise en place des processus.

- *Quatrièmement*, la révision externe doit être vérifiée. Les tâches et le rôle de la révision externe sont en fait définis clairement aujourd'hui et le critère d'évaluation peut être considéré comme rempli. Selon les résultats de l'analyse, se pose toutefois la question, au niveau de l'interface avec le rôle de mandant, de savoir si le mandat de révision externe ne devrait pas être élargi au domaine des subventions et s'il ne devrait pas être coordonné avec les contrôles des offices spécialisés, principalement ceux de l'OFT. En ce qui concerne la Poste, l'élargissement de la révision externe au domaine des subventions a été décidé entre-temps.
- *Cinquièmement*, les objectifs stratégiques comprennent bien des directives sur l'utilisation d'instruments de gestion des risques. Mais peu de directives existent sur l'utilisation d'autres instruments de gestion internes à l'entreprise, comme la gestion de la conformité et le SCI, et sur la mesure selon laquelle le propriétaire doit être informé des résultats obtenus. De plus, les objectifs stratégiques pourraient être complétés par des directives plus précises sur la tenue des comptes (par ex. comptabilité par secteurs).
- *Sixièmement*, le pilotage devrait être différent selon la proximité du marché et la part de subventions des entreprises. Des recommandations à ce sujet avaient déjà été formulées dans le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise, notamment en relation avec la typologie des tâches et dans le principe n° 16 sur les objectifs stratégiques⁵³.

En ce qui concerne les structures de holding et la politique de propriétaire, l'analyse n'aboutit pas à des conclusions univoques.

- *Structures de holding*: il n'existe pas de bases conceptuelles particulières concernant les entreprises liées à la Confédération. Les questions concernant la manière dont les structures de holding pourraient influencer le pilotage n'ont donné lieu à aucune observation négative, malgré la complexité accrue tant formelle que factuelle qu'implique une structure de holding.
- *Politique de propriétaire*: l'OCDE exige la mise en place d'une politique de propriétaire englobant l'ensemble des entreprises publiques. Or celle-ci n'existe pas au sein de la Confédération. Lors des entretiens, cet aspect a rarement été mentionné et il ne semble pas faire l'objet d'un besoin spécifique dans les quatre entreprises examinées. Cela pourrait être dû au fait que le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise, son rapport complémentaire, les explications de l'AFF ainsi que le plan de mise en œuvre pourraient, tout au moins partiellement, être interprétés comme une politique de propriétaire. On peut toutefois se demander s'il ne serait pas plus judicieux pour la Confédération d'élaborer une politique de propriétaire globale et explicite concernant toutes ses entreprises, comme l'ont déjà fait certains cantons⁵⁴.

⁵³ Conseil fédéral (2006): 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 7800, 7844.

⁵⁴ Le canton de Lucerne, par exemple, dispose d'une stratégie pour l'ensemble de ses participations dans des entreprises.

5.1.2 Conclusions sur l'échange d'informations

L'évaluation des bases montre que seul un propriétaire bien informé peut assumer ses fonctions de pilotage. Les entreprises sont par conséquent tenues de transmettre au propriétaire de façon active et suffisamment vite les informations pertinentes. Si nécessaire, le propriétaire peut demander des informations supplémentaires. La définition des objectifs stratégiques et les entretiens avec le propriétaire sont essentiels pour l'échange d'informations. De plus, le droit d'obtenir des renseignements et le droit de regard sont indispensables pour que le propriétaire puisse obtenir en temps utile une information suffisante. Le flux d'informations doit être clairement documenté. De par sa nature, l'échange informel est exclu de l'obligation de documentation, ce qui pourrait avoir des conséquences dans un contexte requérant la transparence des décisions et dans le cadre des contrôles.

La possibilité d'assurer un échange d'informations régulier peut être assurée au moyen d'une représentation de l'État au sein du conseil d'administration. Dans les sociétés anonymes fondées sur une loi spéciale, le droit à l'information peut, si nécessaire, être élargi. En principe, l'égalité de traitement des actionnaires (notamment la synchronisation des flux d'informations) doit également être assurée dans les entreprises liées à la Confédération. Dans les sociétés anonymes de droit privé selon les art. 620 ss CO, l'État en tant qu'actionnaire ne bénéficie pas de droits privilégiés à l'information. De plus, l'information est limitée par l'obligation de confidentialité des membres du conseil d'administration (notamment en lien avec le secret d'affaires) et (dans le cas de sociétés cotées en bourse) le droit du marché des capitaux (en particulier les exigences de publicité événementielle). Ces limites doivent également être respectées par les éventuels représentants de l'État, ce qui est toutefois contesté dans la littérature.

En matière d'information, certains droits et devoirs sont déjà définis dans la législation transversale (en particulier la LOGA), voire dans le droit constitutionnel. Les lois d'organisation et les objectifs stratégiques prévoient des devoirs en matière de rapports ou des droits en matière d'informations spécifiques⁵⁵. Pour la Poste et les CFF (bien que dans une moindre mesure), les devoirs d'information figurent en outre dans les statuts.

Ces constatations ont permis de formuler 10 critères d'évaluation concernant le flux d'informations, soit un total de 13 sous-critères, parmi lesquels 9 ont été remplis. Le volume d'informations, l'accès aux informations, mais également les mesures prises pour le maintien du secret, l'obtention des informations manquantes ainsi que la garantie de la transparence et de la publication de la part des entreprises ont été évalués positivement.

En outre, 3 sous-critères ont été jugés comme étant partiellement remplis. Ils concernent la communication à temps des informations de la part des entreprises, la politique de transparence et de publication élaborée par le propriétaire et la documentation scrupuleuse du flux d'informations entre le propriétaire et l'entreprise. Le sous-critère restant n'a pas été évalué. De plus, les entretiens effectués et l'examen de la documentation ont montré que, une malgré une bonne organisation de l'échange d'informations, une asymétrie de l'information entre le propriétaire et les entreprises subsiste.

Dans l'ensemble, l'examen permet de conclure que l'échange d'informations entre le propriétaire et les entreprises est positif: le volume d'informations, l'accès aux informations et le rythme auquel l'échange d'informations est effectué sont adéquats. En particulier, le

⁵⁵ En ce qui concerne Swisscom, les dispositions en la matière sont prévues dans le cadre de la révision en cours de la LTC.

nombre et le rythme des entretiens entre les services propriétaires et la direction des entreprises pourraient être considérés comme élevés⁵⁶. Les entretiens effectués ont par ailleurs montré que, dans la pratique, les structures de holding n'influencent apparemment pas négativement l'échange d'informations. Toutefois, une asymétrie subsiste dans l'échange d'informations entre le propriétaire et l'entreprise et elle est aujourd'hui surmontée notamment par la confiance. Les services propriétaires partent du principe que les entreprises ne retiennent pas volontairement des informations. Les éléments suivants viennent encore renforcer l'asymétrie de l'information:

- L'agenda des entretiens avec le propriétaire n'est pas structuré de façon systématique et est en grande partie dominé par les entreprises. Ces dernières déterminent les thèmes importants, ce qui renforce l'asymétrie de l'information.
- Les informations des entreprises lors des entretiens avec le propriétaire sont parfois envoyées peu avant, ce qui rend difficile la préparation des entretiens, particulièrement lorsqu'il s'agit d'objets complexes et de grande ampleur.
- Les entretiens avec le propriétaire sont plutôt rétrospectifs et laissent peu de place aux thèmes prospectifs (à l'exception des ateliers stratégiques chez RUAG).
- Pour les quatre entreprises, les entretiens avec le propriétaire sont généralement peu systématisés. Il existe des différences au niveau du rythme, des participants et de l'établissement des procès-verbaux.

Afin d'atténuer l'asymétrie de l'information, les procès-verbaux des séances du conseil d'administration ont été transmis au propriétaire par l'intermédiaire des représentants de l'État, directement chez les CFF et la Poste (jusqu'à fin 2018) et indirectement chez Swisscom. Les entretiens ont cependant montré que cet échange d'informations n'atténue pas l'asymétrie entre propriétaire et entreprise mais, au contraire, l'accroît. D'une part, les procès-verbaux contiennent différentes informations qui ne sont que partiellement pertinentes pour l'exercice du rôle de propriétaire et de ce fait peu utiles pour le propriétaire. D'autre part, le remise de ces procès-verbaux entraîne une certaine confusion des responsabilités entre conseil d'administration et propriétaire. Comme les services propriétaires ne s'expriment apparemment pas sur ces procès-verbaux, la pertinence de leur transmission reste peu claire.

En ce qui concerne l'importance de l'échange informel entre services propriétaires et entreprises, l'examen ne permet pas de tirer des conclusions détaillées. Il est incontestable que des contacts informels ont lieu, notamment au niveau de la direction de l'entreprise et des directions des départements. Ces échanges pourraient avoir des conséquences positives car ils permettent un flux d'informations rapide et une coordination efficace entre le propriétaire et les entreprises. Ils peuvent toutefois, en raison de l'absence de documentation, conduire à un manque de transparence des décisions (absence de traçabilité et de moyens de contrôle) et contourner ainsi le pilotage formel.

5.1.3 Conclusions sur la répartition des rôles de la Confédération dans le modèle de propriétaire

Selon les directives de l'OCDE, la fonction de propriétaire devrait être séparée des autres fonctions institutionnelles. C'est pourquoi l'OCDE recommande le modèle moniste, dans lequel une seule autorité exerce la fonction de propriétaire. Elle estime que les conflits d'intérêt entre les différents rôles peuvent ainsi être évités. Dans tous les cas, le service

⁵⁶ Au moins trois ou quatre entretiens par année ont lieu entre la direction des entreprises et les services propriétaires stratégiques de la Confédération.

propriétaire doit disposer de suffisamment de ressources pour pouvoir assumer son rôle, tant au niveau du personnel qu'au niveau technique.

Conformément à son rapport sur le gouvernement d'entreprise, le Conseil fédéral a choisi, pour des raisons d'efficacité, une variante duale pour sa politique de propriétaire vis-à-vis de la Poste, de RUAG, des CFF et de Swisscom. Il s'agissait d'éviter les doubles emplois entre les services propriétaires et les services spécialisés. La création d'un service de coordination générale du rôle de propriétaire de la Confédération a également été abandonnée; la coordination est ainsi du ressort du Conseil fédéral dans sa totalité. Ce dernier traite les objectifs stratégiques et les rapports correspondants dans le cadre des procédures courantes concernant les affaires du Conseil fédéral. Le présent examen n'a pas permis de déterminer avec quelle intensité le Conseil fédéral se consacre au pilotage des entreprises. Ni les documents, ni les entretiens n'ont fourni de renseignements précis à ce sujet.

Le modèle de propriétaire de la Confédération est partiellement réglé par voie d'ordonnance (ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication et ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports); en ce qui concerne les tâches de l'AFF dans le modèle de propriétaire, il n'existe pas de réglementation légale spécifique. La répartition des rôles entre les services propriétaires et les offices spécialisés n'est pas non plus réglée spécifiquement.

Les examens empiriques ont permis de vérifier les 6 critères d'évaluation, subdivisés en 10 sous-critères, dérivés de la théorie. Au total, 3 sous-critères ont été remplis, parmi lesquels la séparation institutionnelle des différents rôles de l'État, par exemple en tant que propriétaire, mandant, autorité de surveillance et de réglementation des entreprises. Le modèle actuel permet également à l'État d'exercer efficacement son rôle de propriétaire ainsi que les droits d'actionnaire connexes. Enfin, il existe des normes de comportement que la personne qui exerce la fonction de propriétaire doit suivre.

En outre, 5 sous-critères ont été partiellement remplis: le modèle dual ne permet pas une séparation institutionnelle complète entre propriétaire et mandant car, bien que le propriétaire et le mandant se trouvent dans différentes unités d'organisation, celles-ci sont rattachées au même département (le DETEC ou le DDPS; voir plus bas dans le rapport). De plus, bien qu'elles soient réparties entre plusieurs services, les responsabilités concernant l'utilisation des instruments de pilotage ne sont pas toujours fixées par la loi. L'examen a aussi montré que les services propriétaires compétents de l'AFF, du Secrétariat général du DETEC (SG-DETEC) et du Secrétariat général du DDPS (SG-DDPS) ne disposent pas d'assez de personnel et de compétences techniques. La dotation en ressources est jugée insuffisante par la grande majorité des personnes interrogées. Enfin, on observe une asymétrie entre le DFF et les départements compétents concernant l'organisation du modèle dual: dans le modèle dual actuel, les départements compétents ont davantage de poids que le DFF.

Enfin, 2 sous-critères ne sont pas remplis. Ils concernent l'absence d'un service unique de propriétaire au sein de la Confédération et d'un service de coordination pour tous les droits de la Confédération en tant que propriétaire.

Lorsqu'on examine les résultats des entretiens, il apparaît clairement que les services concernés de la Confédération ainsi que ceux des entreprises considèrent que le modèle dual est en principe réalisable et qu'ils le préfèrent au modèle moniste. Les entretiens ont souligné de façon positive qu'il existe un équilibre (checks and balances) entre les intérêts techniques et les intérêts financiers du propriétaire. Les entreprises ne cachent d'ailleurs

pas le fait que le modèle dual leur offre davantage de possibilités d'influence que le modèle moniste. Malgré sa bonne acceptation dans la pratique, l'organisation actuelle du modèle dual présente 4 potentiels d'amélioration:

- *Premièrement*, il existe une asymétrie entre les deux services propriétaires: les départements compétents dominent dans le modèle dual tel qu'il est pratiqué aujourd'hui. Ceci est notamment le cas au niveau de la représentation du propriétaire, qui est assurée par le membre compétent du Conseil fédéral et du SG-DETEC ou du SG-DDPS. Mais le DFF, avec la direction de l'AFF, la section Politique des dépenses et le soutien du service juridique de l'AFF, est lui aussi chargé de ces tâches. Cette constellation ne découle pas de la conception du modèle. Elle résulte bien davantage, de l'organisation dans la pratique du modèle dual par la direction de chaque département. Le modèle dual peut donc être aménagé différemment, dans la mesure où il n'existe pas de directives légales en la matière.
- *Deuxièmement*, les services compétents du SG-DETEC ou du SG-DDPS et du DFF disposent de ressources insuffisantes pour pouvoir exercer leur rôle de manière optimale (voir également les explications plus bas). Vu les conclusions sur l'asymétrie de l'information et l'absence de systématisation dans le cadre des entretiens avec le propriétaire (voir les explications dans les deux chapitres précédents), les services propriétaires de la Confédération se trouvent trop désavantagés par rapport aux entreprises.
- *Troisièmement*, le rôle de propriétaire et de mandant est certes réparti dans les départements compétents entre différents services de la Confédération (SG-DETEC et OFT, ou SG-DDPS et armasuisse). Mais dans la pratique, des conflits de rôles apparaissent régulièrement et doivent être résolus à l'intérieur du même département. Selon les directives théoriques, cette situation n'est pas optimale (voir les explications dans le chapitre suivant).
- *Quatrièmement*, la répartition des rôles entre les départements (DFF, DETEC, DDPS), les services et les secrétariats généraux (AFF, offices, SG) dans le modèle de propriétaire n'est pas totalement définie juridiquement comme elle devrait l'être du point de vue organisationnel.

5.1.4 Interface entre le propriétaire et le mandant

La question de l'interface entre les deux rôles de la Confédération, à savoir celui de propriétaire et celui de mandant, a été examinée plus en détail dans le cas des CFF. Le rôle de mandant exercé par la Confédération dans le domaine de l'infrastructure ferroviaire est particulièrement important: 7,6 milliards de francs sont mis à disposition pour la période 2017 à 2020. Une situation semblable n'existe qu'à la Poste, même si les cantons font aussi office de mandant et que les montants versés par la Confédération sont relativement plus modestes.

L'examen des bases montre que les conflits entre les objectifs du propriétaire et ceux du mandant représentent une problématique centrale (voir les explications sur le classement des objectifs stratégiques par ordre de priorité). Certains ouvrages mentionnent une *stratégie globale* (concernant toutes les entreprises), qui comprend le rôle de mandant. Les objectifs du propriétaire et ceux du mandant devraient au moins être coordonnés et tous les objectifs classés selon un ordre de priorité sous la responsabilité du Conseil fédéral. Lorsque les entreprises d'armement sont devenues autonomes sur le plan juridique, il a fallu prévenir les potentiels conflits d'intérêts entre les rôles de propriétaire et de mandant de la Confédération en créant une holding financière et stratégique intermédiaire. Par ailleurs, les bases conceptuelles examinées et la législation fédérale ne contiennent pas de réglementation spécifique sur les interfaces entre le propriétaire et le mandant.

En se fondant sur les bases conceptuelles, 3 critères d'évaluation ont pu être formulés afin d'évaluer l'interface entre le mandant et le propriétaire dans le cas des CFF. Les entretiens effectués et les études existantes⁵⁷ permettent d'affirmer que 2 critères d'évaluation ne sont que partiellement remplis. Ainsi, la *coordination* entre les objectifs du propriétaire et ceux du mandant ne fonctionne pas sans difficultés. Un dilemme est à l'origine de ce problème. D'une part, une séparation des rôles de propriétaire et de mandant a été effectuée chez les CFF, dans la mesure où les objectifs du propriétaire et ceux du mandant ont été désenchevêtrés et que l'OFT, en tant que mandant, n'est plus invité aux entretiens avec le propriétaire. D'autre part, les objectifs du propriétaire et ceux du mandant sont restés matériellement liés, en particulier en ce qui concerne le résultat financier des CFF: les indemnités pour les commandes influencent considérablement le résultat d'exploitation de l'entreprise. C'est pourquoi les CFF souhaitent que la Confédération coordonne les objectifs du propriétaire et ceux du mandant. L'OFT, de son côté, fait valoir qu'il ne peut pas se permettre une telle coordination, car ses compétences techniques ne seraient pas assez prises en compte lors de la formulation des objectifs du propriétaire et qu'il n'est pas intégré dans le processus de définition des objectifs. Les *conflits* entre les *objectifs* du propriétaire et ceux du mandant ne sont pas non plus entièrement résolus. Aux CFF, des conflits d'objectifs apparaissent entre, d'un côté, la prospérité de l'entreprise (intérêts du propriétaire) et, de l'autre, l'utilisation efficace des montants provenant du FIF (intérêts du mandant). Afin d'éviter ces conflits de rôles, une séparation institutionnelle entre le propriétaire et le mandant a été instaurée (voir plus haut). Toutefois, des conflits de rôles se forment parce que le mandant et le propriétaire sont rattachés au même département et qu'en fin de compte, c'est la direction du département qui doit trancher en cas de conflit. Dans le cadre du modèle dual actuel, ce problème ne peut pas être entièrement résolu.

Pour autant qu'il soit possible d'en juger, le critère d'évaluation concernant la documentation du flux d'informations entre le propriétaire et les offices chargés d'assurer le rôle de mandant n'est pas rempli.

On peut donc conclure que les diverses mesures mises en place (coordination des objectifs, séparation institutionnelle des rôles) n'ont pu résoudre jusqu'à présent qu'en partie les problèmes existant entre le propriétaire et le mandant. La coordination entre les objectifs du propriétaire et ceux du mandant, le fait que les rôles de propriétaire et de mandant se situent dans le même département et le flux d'informations entre les offices spécialisés et les services propriétaires restent problématiques.

5.1.5 Évaluation globale

L'examen des trois objets et de l'interface entre le rôle de propriétaire et celui de mandant dans le cas des CFF se conclut par un bilan global positif du gouvernement d'entreprise de la Confédération. Le pilotage par la Confédération des quatre entreprises la Poste, RUAG, les CFF et Swisscom, l'échange d'informations entre les entreprises et les services propriétaires ainsi que le fonctionnement du modèle dual ont fait leurs preuves. Les instruments existants sont généralement suffisants pour assumer le rôle de propriétaire. L'organisation actuelle de l'échange d'informations permet au propriétaire d'accéder à toutes les informations importantes de l'entreprise. Dans la pratique, le modèle du propriétaire

⁵⁷ Rieder, Stefan; Roose, Zilla; Thorshaug, Kristin; Lienhard, Andreas; Haefeli, Ueli (2018): Evaluation der Leistungsvereinbarungen zwischen dem Bund und den Infrastrukturbetreiberinnen. Bericht zuhanden des Bundesamts für Verkehr (BAV), KPM-Schriftenreihe n° 68, Berne, p. 135-138.

semble très bien fonctionner. Toutefois, même des mécanismes de pilotage et des modèles d'organisation efficaces ne peuvent empêcher complètement les mauvaises conduites.

Il a été également mis en évidence que la conception du rôle de propriétaire par la Confédération offre une certaine marge d'amélioration. En particulier, le traitement des conflits d'objectifs, les ressources limitées des services propriétaires et l'asymétrie dans de la perception du rôle de propriétaire entre le DETEC et le DDPS d'un côté et le DFF de l'autre, pourraient être perfectionnés. De plus, il conviendrait d'envisager d'ancrer systématiquement les éléments de pilotage dans la législation et de systématiser les processus de contrôle.

5.2 Recommandations

Les conclusions ont permis de formuler 14 recommandations.

5.2.1 Recommandations concernant les instruments de pilotage

Les recommandations concernant les instruments de pilotage sont les suivantes:

I E1 Modification des bases légales

Eu égard aux lois transversales et aux lois d'organisation actuelles, on a pu constater que certains éléments du pilotage ne sont pas réglés, qu'ils ne le sont que partiellement ou qu'ils le sont différemment en fonction de l'entreprise concernée. De plus, il est difficile de comprendre pourquoi la forme juridique de la société anonyme fondée sur une loi spéciale ou de la société anonyme de droit privé a été choisie alors que, pour les sociétés anonymes fondées sur une loi spéciale, on se réfère la plupart du temps au CO et que, pour la société anonyme de droit privé (RUAG Holding AG), les objectifs stratégiques et les rapports destinés au Conseil fédéral sont prévus par une loi spéciale. À ce sujet, il est recommandé:

- *de compléter les lois transversales*: il est recommandé (dans la mesure où il ne s'agit pas d'une SA relevant exclusivement du droit privé) de régler clairement le caractère obligatoire des objectifs stratégiques et d'ancrer dans la loi les entretiens avec le propriétaire. De plus, vu l'importance de l'organisation juridique, il est recommandé de définir au plan juridique dans le modèle de propriétaire (OLOGA ou ordonnance sur l'organisation des différents départements) la répartition des rôles entre les départements (DFF, DETEC, DDPS), les offices et les secrétariats généraux (AFF, offices spécialisés, SG).
- *de compléter les lois d'organisation*: il est recommandé d'harmoniser davantage les lois d'organisation (par ex. les tâches du conseil d'administration). La société anonyme fondée sur une loi spéciale doit servir de forme de référence, dont il ne doit être possible de s'écarter que pour des raisons particulières. De plus, il est recommandé de décrire plus précisément dans les lois d'organisation les domaines d'activité des entreprises (tâches publiques et éventuelles autres activités économiques privées), ainsi que de formuler ou de préciser si besoin les dispositions concernant l'autorisation de déterminer des participations et la création de filiales.

I E2 Classement des objectifs stratégiques par ordre de priorité et traitement des conflits d'objectifs

Les objectifs stratégiques constituent un instrument de pilotage fondamental pour le propriétaire. Toutefois, ils ne sont pas classés par ordre de priorité et, du point de vue des

auteur-e-s, les conflits d'objectifs et leur traitement ne sont pas pris adéquatement en considération. Par le passé, d'autres rapports ont déjà relevé cet aspect⁵⁸. Comme les conflits d'objectifs sont indissociables des performances des quatre entreprises, il convient de les atténuer et de les traiter de la manière suivante:

- classer les objectifs stratégiques des entreprises par ordre de priorité ou d'importance;
- mentionner explicitement et traiter les conflits d'objectifs dans les documents stratégiques;
- exposer comment le propriétaire et les entreprises doivent traiter les conflits d'objectifs dans la pratique.
- définir, partout où cela est possible, des indicateurs vérifiables, afin de simplifier la discussion sur les conflits d'objectifs et sur l'atteinte des objectifs;
- formuler des directives claires en matière d'établissement des rapports, notamment en ce qui concerne le contenu et la fréquence (voir également E5).

I E3 Systématisation accrue des procédures concernant la nomination des membres du conseil d'administration et le contrôle du fonctionnement du conseil d'administration

La nomination des membres du conseil d'administration constitue un élément central du pilotage de l'entreprise par le propriétaire. Jusqu'à présent, les procédures liées à cette nomination n'ont guère été fixées systématiquement. Il semblerait que le fonctionnement du conseil d'administration ne fasse pas l'objet d'une évaluation périodique régulière. Les auteurs-e-s recommandent donc de:

- systématiser la procédure de préparation pour la nomination des membres du conseil d'administration et s'assurer que les différents services propriétaires soient intégrés assez tôt et avec les mêmes droits dans la procédure;
- vérifier les mécanismes de contrôle du fonctionnement du conseil d'administration et les règles permettant d'assurer l'indépendance des membres du conseil d'administration et le traitement des conflits d'intérêts de ces derniers. Cela peut s'effectuer par une évaluation systématique des candidats avant la nomination et le renouvellement du mandat, en se fondant sur les profils d'exigences actuels. De plus, la formation et le perfectionnement des membres du conseil d'administration revêtent une grande importance.

I E4 Élargissement du mandat de révision externe

La révision externe mandatée par le conseil d'administration se limiterait jusqu'à présent à l'examen des comptes annuels exigé par le CO. Notamment l'utilisation des subventions ne fait pas l'objet de la révision externe. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles que le mandat des réviseurs externes a été élargi (par ex. chez RUAG). Vu le volume des prestations commandées et la pratique comptable abusive à la Poste, et compte tenu d'autres domaines pertinents pour le propriétaire, il est recommandé:

⁵⁸ Commission de gestion du Conseil national (2012): Pratique de la Confédération en matière de gestion de la Poste, des CFF et de Swisscom. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 8 mai 2012, FF 2012 7910, Recommandation 1.

- d’élargir le mandat de la révision externe en particulier au domaine des subventions, mais aussi à d’autres aspects pertinents pour le propriétaire. L’élargissement de la révision doit être coordonné notamment avec la révision interne et la révision des offices spécialisés⁵⁹.

I E5 Établissement de rapports

Les rapports que l’entreprise établit pour les services propriétaires servent de base à la surveillance. En plus des informations sur l’atteinte des objectifs stratégiques, ils peuvent fournir d’autres renseignements, en particulier sur les risques existants ou possibles, sur les participations ou les filiales ainsi que sur la surveillance interne. En conséquence, il est recommandé de préciser les éléments qui doivent être contenus dans les rapports et de demander aux entreprises:

- des informations sur l’organisation et les résultats du SCI, de la gestion des risques, des audits (par ex. dans le domaine informatique) et de la conformité;
- des informations sur les filiales et les participations (pour les structures de holding), ainsi que sur les risques qui y sont associés;
- des informations complémentaires sur la tenue des comptes, par exemple une comptabilité par secteurs.

I E6 Organisation différenciée des instruments de pilotage

Toutes les entreprises ne sont pas soumises avec la même intensité aux lois du marché. Par conséquent, le besoin de pilotage par les autorités politiques est différent. Ceci est d’autant plus vrai qu’une entreprise peut en effet être cotée en bourse ou alors financée principalement par des subventions. Étant donné que la question de la proximité du marché en lien avec le pilotage a déjà été traitée dans le rapport sur le gouvernement d’entreprise, les auteur-e-s du rapport formulent la recommandation générale suivante:

- Les instruments de pilotage doivent être conçus en tenant compte de la concurrence à laquelle l’entreprise est soumise, de la part de subventions que l’entreprise reçoit et de l’importance politique de cette dernière pour le service public. Le propriétaire peut donc adapter les instruments de pilotage en fonction de l’entreprise (fréquence, volume d’informations, étendue de la révision, etc.). Toutefois, les instruments de pilotage en tant que tels devraient être essentiellement les mêmes pour toutes les entreprises.

5.2.2 Recommandations concernant l’échange d’informations

Dans les rapports entre un propriétaire et son entreprise, l’asymétrie de l’information est courante. Afin d’atténuer cette asymétrie, les ressources du propriétaire peuvent être développées. Le chapitre suivant comporte une recommandation spécifique. Cette dernière porte essentiellement sur la systématisation du processus d’informations, qui peut contribuer à atténuer l’asymétrie.

I E7 Systématisation de l’échange d’informations dans le cadre des entretiens avec le propriétaire

L’échange d’informations entre le propriétaire et les entreprises dans le cadre des entretiens avec le propriétaire et des entretiens préparatoires a manifestement fait ses preuves. Afin d’atténuer l’asymétrie qui subsiste, les entretiens avec le propriétaire peuvent cependant être améliorés en agissant comme suit:

⁵⁹ Dans le cas de la Poste, il a été décidé en décembre 2018 d’élargir le mandat de révision externe aux subventions.

- systématiser les processus dans le cadre des entretiens avec le propriétaire, notamment en fixant assez tôt, tant au niveau technique que stratégique, les dates et les ordres du jour des entretiens avec le propriétaire. Si l'ordre du jour et les documents sont transmis suffisamment à l'avance, le propriétaire dispose de davantage de temps pour la préparation de l'entretien. La définition des thèmes standard, tels que l'évaluation des risques ou la marche des affaires dans les filiales (en cas de structures de holding) permettent au propriétaire de proposer des sujets de discussion sans devoir les formuler et les justifier explicitement;
- vérifier s'il convient d'uniformiser le déroulement des entretiens avec le propriétaire pour les quatre entreprises. Il est recommandé de mener systématiquement des entretiens préalables au niveau technique, suivis de rapports du propriétaire au niveau stratégique. Les entretiens peuvent avoir lieu tous les trois ou quatre mois, comme actuellement;
- établir l'ordre du jour des entretiens avec le propriétaire de manière à ce qu'il offre davantage d'espace pour des considérations prospectives;
- institutionnaliser et consigner les entretiens préparatoires des entretiens avec le propriétaire, comme cela est déjà le cas pour les CFF et pour les entretiens avec le propriétaire des quatre entreprises.

I E8 Abandon de la transmission au propriétaire des procès-verbaux des séances du conseil d'administration

Jusqu'en décembre 2018, les services propriétaires avaient un accès direct ou indirect aux procès-verbaux du conseil d'administration de trois des quatre entreprises⁶⁰. Or cela ne diminuait guère l'asymétrie de l'information entre le propriétaire et les entreprises. Une telle pratique pourrait même entraîner une certaine confusion quant aux responsabilités. D'où la recommandation suivante:

- Il convient de vérifier s'il est judicieux de transmettre au propriétaire les procès-verbaux des séances du conseil d'administration des entreprises en évaluant leur importance et leur utilité pour l'échange d'informations et, selon le résultat obtenu, de renoncer à transmettre ces procès-verbaux à l'avenir. Selon nos informations, cette recommandation a déjà été mise en œuvre à partir de fin 2018.

I E9 Contacts informels

L'examen a montré que des contacts informels existent entre la direction des entreprises (conseil d'administration et direction) et certains conseillers fédéraux. L'examen n'a pas permis de tirer des conclusions sur les conséquences de ces contacts. Une certaine prudence s'impose cependant du point de vue du gouvernement d'entreprise. En accord avec la CdG-N⁶¹, les auteur-e-s du présent rapport formulent donc la recommandation suivante:

- Il convient de faire preuve de prudence lors d'échanges informels entre la direction du propriétaire et celle des entreprises. Les contacts informels ne doivent pas dévaloriser ou contourner l'utilisation des instruments de pilotage et l'échange d'informations dans le cadre des espaces existants. L'échange d'informations doit être traçable et contrôlable.

⁶⁰ À partir de la fin de l'année 2018, les procès-verbaux du conseil d'administration n'ont plus été transmis.

⁶¹ Commission de gestion du Conseil national (2018): Bilan de la gestion de la cyberattaque menée contre RUAG. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 8 mai 2018; FF 2018 4709, recommandation 3.

5.2.3 Recommandations concernant la répartition des rôles de la Confédération dans le modèle de propriétaire

En ce qui concerne le modèle de propriétaire, deux points de vue s'affrontent. La théorie propose la création d'un modèle moniste ou d'un service de coordination pour toutes les entreprises liées à la Confédération. Dans la pratique, le modèle dual a cependant fait ses preuves et il a montré qu'il constitue un modèle fort grâce à l'équilibre entre les aspects financiers et techniques. Dans ce contexte, les auteur-e-s du rapport émettent deux recommandations qu'ils considèrent comme un tout et qu'il convient de mettre en œuvre ensemble si le modèle dual est maintenu.

I E10 Maintien et amélioration du modèle dual

Même si le modèle dual ne correspond pas au modèle idéal de l'OCDE, son organisation au sein de la Confédération a fait, dans l'ensemble, ses preuves. Certains aspects peuvent cependant être améliorés:

- il est recommandé de conserver le modèle dual dans son ensemble. En agissant ainsi, on accepte, par rapport à la théorie, une incohérence dans la répartition des rôles entre le DFF et les départements compétents (deux services propriétaires au lieu d'un seul) ainsi qu'entre les rôles de propriétaire et de mandant (le propriétaire et le mandant se trouvent dans le même département). Toutefois, en matière d'efficacité, le modèle actuel comporte des avantages et permet une pondération judicieuse des aspects financiers et techniques. Les rôles correspondants du DFF et des départements compétents peuvent par conséquent être conservés;
- la responsabilité globale pour le rôle de propriétaire, mais également pour toutes les autres tâches de la Confédération en relation avec ses entreprises, est assumée par le Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale. Il se charge de la coordination en cas d'intérêts contradictoires. Toutefois, les documents existants ne fournissent pas de détails sur cette responsabilité globale. C'est pourquoi il est recommandé de préciser le rôle de l'ensemble du Conseil fédéral en tant qu'organe de pilotage, en particulier en ce qui concerne la définition des objectifs stratégiques et le traitement des rapports. Il ne s'agit pas de modifier les procédures de préparation des affaires du Conseil fédéral. Il s'agit plutôt de clarifier dans quelle mesure le Conseil fédéral s'occupe des objectifs stratégiques et entend prendre des décisions sur les conflits d'objectifs;
- il est recommandé de mieux asseoir juridiquement le modèle de propriétaire, une fois qu'il aura été amélioré selon les recommandations.

I E11 Suppression de l'asymétrie dans le modèle dual et augmentation des ressources techniques

L'asymétrie actuelle entre les départements compétents et le DFF doit être supprimée. Dans ce contexte, il est recommandé:

- de procéder à une modification partielle de la répartition des rôles (chefs de file), en attribuant au DFF le rôle de propriétaire au sens strict (en particulier les finances, les revenus, la fortune, le conseil d'administration, le personnel et la tenue des comptes) et aux départements compétents le rôle de garant (en particulier les priorités stratégiques et l'établissement des rapports);
- d'attribuer le rôle de propriétaire *stratégique* aux directions des départements. Ces dernières pourront se limiter à participer à un ou deux entretiens avec le propriétaire par an et laisser les autres entretiens aux directions des secrétariats généraux ou à la direction de l'AFF (comme cela a été fait par le passé);
- de renforcer au niveau du personnel et des compétences les services propriétaires *techniques* à l'AFF et au SG-DETEC ou au SG-DDPS et de relever le niveau hiérarchique des interlocuteurs.

5.2.4 Recommandations concernant les rôles de propriétaire et de mandant, exemple des CFF

De par leur nature, les intérêts du propriétaire et ceux du mandant sont différents et, par conséquent, les conflits ne peuvent pas être évités. Toutefois, dans le contexte de la recommandation E2, il semble judicieux de mieux coordonner les objectifs du propriétaire et ceux du mandant et d'identifier ainsi plus facilement d'éventuels conflits d'objectifs.

I E12 Intégration du mandant dans les entretiens avec le propriétaire dans un cadre clairement défini

En ce qui concerne les rapports entre le propriétaire et le mandant, il est recommandé:

- de vérifier que l'OFT soit (à nouveau) mieux intégré dans la définition et le contrôle des objectifs stratégiques, sans toutefois lui attribuer directement le rôle de propriétaire;
- faire en sorte que le SG-DETEC obtienne davantage d'informations de l'OFT et qu'il l'invite si nécessaire aux entretiens avec le propriétaire sur des sujets qui le concernent. Il en ressortirait une meilleure coordination entre les objectifs du propriétaire et ceux du mandant, mais cela permettrait aussi au propriétaire de recourir de manière ciblée aux compétences techniques de l'OFT.

5.2.5 Autres recommandations

Au niveau supérieur des trois objets d'examen, deux autres recommandations découlent de l'analyse.

I E13 Actualisation du rapport sur le gouvernement d'entreprise

Le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise⁶², le rapport explicatif de l'AFF⁶³ et le rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise⁶⁴ constituent aujourd'hui encore une base conceptuelle centrale pour le pilotage des entreprises de la Confédération. Depuis leur publication, un grand nombre d'expériences ont été récoltées et des connaissances nouvelles tant au niveau théorique que pratique ont été acquises.

- Il est donc recommandé d'actualiser le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise et les principes directeurs qu'il contient et d'adapter également les explications correspondantes de l'AFF;
- L'actualisation du rapport peut se faire en même temps que les modifications légales recommandées (recommandations 1 et 10) ou les précéder.

⁶² Conseil fédéral (2006): 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** 7799-7870.

⁶³ Administration fédérale des finances (2006): Rapport explicatif de l'Administration fédérale des finances du 13 septembre 2006 concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise, Berne.

⁶⁴ Conseil fédéral (2009): 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, FF **2009** 2299-2362.

I E14 Examen d'autres objets

L'examen des bases a fait ressortir que d'autres thèmes sont réglés de manière peu claire ou nécessitent une analyse approfondie. Par conséquent, les auteur-e-s recommandent d'approfondir les thèmes suivants:

- clarifier juridiquement si, dans le cas des sociétés anonymes *de droit privé* et des entreprises cotées en bourse, le propriétaire majoritaire peut bénéficier d'informations privilégiées venant de l'entreprise et des services de révision (à ce sujet, la littérature n'est pas unanime). En ce qui concerne les sociétés anonymes *fondées sur une loi spéciale*, ces clarifications ne sont, par définition, en principe pas nécessaires;
- clarifier s'il est nécessaire de réglementer la gestion des informations confidentielles concernant les entreprises (en particulier si la réglementation sur le secret professionnel et la confidentialité des séances du Conseil fédéral ne sont pas suffisantes);
- clarifier les possibilités et les limites du pilotage lorsque les entreprises liées à la Confédération ont une structure de holding ou de groupe (il n'y a guère de bases sur ce sujet).

Annexes

A 1 Liste der interviewten Personen

Organisation	Name	Funktion
BAV	Peter Füglistaler	Direktor BAV
	Pierre-André Meyrat	Stv. Direktor, Leiter Abteilung Finanzierung
EFV	Serge Gaillard	Direktor
	Karl Schwaar	Stv. Direktor, Leiter Abteilung Ausgabenpolitik
EFV	Frank Schley	Leiter Sektion Finanzdienst II - Verkehr, Energie und Kommunikation
	Jacqueline Cortesi	Juristin Abteilung Rechtsdienst
	Thomas Marthaler	Stv. Leiter Sektion Finanzdienst III - Sicherheit und Migration
EFK	Michel Huissoud	Direktor
Ernst & Young (Revisionsstelle SBB)	Florian Baumgartner	Associate Partner, Leiter Wirtschaftsprüfung Region Mittelland
Parlament	Stefan Koller	Kommissionssekretär der Finanzkommission des Nationalrats sowie der Finanzdelegation
Parlament	Stefan Senn	Kommissionssekretär der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen beider Räte
Post	Urs Schwaller	Verwaltungsratspräsident
Post	Markus Schumacher	Leiter Corporate Center
RUAG	Remo Lütolf	Verwaltungsratspräsident
	Urs Breitmeier	CEO
RUAG	Alexandre Schmidt	Vice President Eignerbeziehung
SBB	Monika Ribar	Verwaltungsratspräsidentin
	Andreas Meyer	Vorsitzender der Konzernleitung
SBB	Bernhard Meier	Leiter Public Affairs und Regulation
SBB	Philippe Gauderon	Leiter Infrastruktur
Swisscom	Hansueli Loosli	Verwaltungsratspräsident
	Urs Schaeppi	CEO
Swisscom	Martin Vögeli	Leiter Group Strategy und Board Services
UVEK	Doris Leuthard	Departementsvorsteherin (bis Dezember 2018)
	Toni Eder	Leiter Generalsekretariat (bis Dezember 2018)
UVEK	Guido Vasella	Generalsekretariat, Leiter Stab bundesnahe Unternehmen
	Urs Weber	Generalsekretariat, Fachreferent Stab bundesnahe Unternehmen
VBS	Guy Parmelin	Departementsvorsteher (bis Dezember 2018)
	Nathalie Goumaz	Leiterin Generalsekretariat (bis Dezember 2018)
VBS	Stephan Rothenbühler	Generalsekretariat, Leiter Beteiligungsmanagement und Corporate Governance (bis November 2018)

A 2 Literatur- und Dokumentenverzeichnis

BERNIER, LUC/REEVES, EOIN, The Continuing Importance of State Owned Enterprise in the Twenty-First Century: Challenges for Public Policy, in: *Annals of Public and Co-operative Economics*, 89 (2018), S. 453–458 (zit. BERNIER/REEVES, Challenges for Public Policy).

BIAGGINI, GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, BV-Kommentar).

BÖCKLI, PETER/BÜHLER, CHRISTOPH B., Vorabinformation an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: *SZW*, 77 (2005), S. 101–112 (zit. BÖCKLI/BÜHLER, Vorabinformation an Grossaktionäre).

BOLZ, URS/LIENHARD, ANDREAS/GREUTER, HANS, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, in: *SVVOR* (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht*, Bern 2018, S. 67–114 (zit. BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische AG's).

BÜHLER, CHRISTOPH B., Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften: Regelungsanliegen und -instrumente, in: *GesKR*, 2018, S. 355–362 (zit. BÜHLER, Spezialgesetzliche AG's).

BÜHLER, CHRISTOPH B., Eigenheiten der Corporate Governance von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, in: *SJZ*, 107 (2011), S. 513–521 (zit. BÜHLER, CG bei AG's mit staatlicher Beteiligung).

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats über die "halbstaatlichen" Unternehmungen, VPB 54.36 10. November 1989 (zit. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats).

BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates «Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)» vom 23. Juni 2004, BBl 2004 4569–4644 (zit. BUNDESRAT, Bericht Service public).

BUNDESRAT, Bericht des Bundesrats zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben: Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233–8304 (zit. BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht).

BUNDESRAT, Bericht über die Aufsicht bei ausgelagerten Verwaltungsbereichen und rechtlich verselbstständigten Betrieben vom 25. Juni 1997, nicht publiziert (zit. BUNDESRAT, Bericht Aufsicht).

BUNDESRAT, Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG) vom 20. Mai 2009, BBl 2009 5265–5308 (zit. BUNDESRAT, Botschaft POG).

BUNDESRAT, Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017 6559–6704 (zit. BUNDESRAT, Botschaft Revision FMG).

BUNDESRAT, Botschaft zur Volksinitiative «Für den öffentlichen Verkehr» und zum direkten Gegenentwurf (Bundesbeschluss über die Finanzierung und den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur, FABI) vom 18. Januar 2012, BBl 1577–1754 (zit. BUNDESRAT, Botschaft FABI).

BUNDESRAT, Parlamentarische Initiative: Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten, Bericht vom 29. März 2010 der Finanzkommission des Nationalrats: Stellungnahme des Bundesrats vom 19. Mai 2010, BBl 2010 3413–3418 (zit. BUNDESRAT, Parlamentarisches Instrumentarium).

BUNDESRAT, Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom: Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 8. Mai 2012: Stellungnahme des Bundesrats vom 14. November 2012, BBl 2012 9209–9218 (zit. BUNDESRAT, Praxis des Bundes bei der Steuerung).

BUNDESRAT, Standortbestimmung: Bewältigung des Cyber-Angriffs auf die RUAG. Bericht der Geschäftsprüfungskommission vom 8. Mai 2018: Stellungnahme des Bundesrats vom 28. September 2018, BBl 2018 6369–6374 (zit. BUNDESRAT, Stellungnahme Cyber-Angriff RUAG).

BUNDESRAT, Überwachung der Interessenbindungen in den Verwaltungsräten der bundesnahen Unternehmen am Beispiel des Falles der Verwaltungsratspräsidentin der SBB. Bericht der GPK vom 28. August 2018: Stellungnahme des Bundesrats vom 24. Oktober 2018, BBl 2018 7851–7856 (zit. BUNDESRAT, Stellungnahme Interessenbindungen in den VR).

BUNDESRAT, Zusatzbericht des Bundesrats zum Corporate-Governance-Bericht - Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats vom 25. März 2009, BBl 2009 2659–2720 (zit. BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht).

BURRI, BORIS, Aufsicht und Oberaufsicht über ausgelagerte Einheiten des Bundes: Grundlegende Ausgestaltung, Vorgaben des Bundesrats und bestehen bleibende Problemfelder, NDS Diplomarbeit, Biel 2007 (zit. BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht).

DAENIKER, DANIEL/DETTWILER, EMANUEL, Selektive Information von Grossaktionären: Aktien-, kapitalmarkt- und strafrechtliche Aspekte, in: ROLF SETHE/ ANDREAS HEINEMANN/ RETO M. HILTY/ PETER NOBEL/ ROGER ZÄCH (Hrsg.), Kommunikation, Bern 2011, S. 19–34 (zit. DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre).

DONATSCH, ANDREAS/BACHMANN, STEPHAN A. J./UHLMANN, FELIX, Gutachten PostAuto Schweiz AG: erstattet zuhänden Präsident der Schweizerischen Post AG 29.05.2018 (zit. DONATSCH/BACHMANN/UHLMANN, Gutachten PostAuto).

EFV-RECHTSDIENST, Dokumentation des EFV-Rechtsdienst zuhänden der Experten betr. den ihnen erteilten Auftrag zur Überprüfung der Praxis der Steuerung von bundesnahen Unternehmen mit Dienstleistungen am Markt: Entwicklung seit dem CG-Bericht (2006) und dem Umsetzungsbericht (2009) betr. die Bundesunternehmen RUAG, Post, SBB und Swisscom (Stand: 4. September 2018) (zit. EFV-RECHTSDIENST, Dokumentation Entwicklung CG).

EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrats vom 13. September 2006 (zit. EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht).

EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Mustervorlage für den Erlass der strategischen Ziele von verselbstständigten Einheiten des Bundes: Fassung für Dienstleister mit Monopolcharakter und als Empfehlung für Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht (zit. EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Mustervorlage für den Erlass strategischer Ziele).

EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT FÜR UMWELT, VERKEHR, ENERGIE UND KOMMUNIKATION UVEK, Bundesnahe Betriebe, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe.html>>, zuletzt abgerufen am 28.1.2019 (zit. EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT FÜR UMWELT, VERKEHR, ENERGIE UND KOMMUNIKATION UVEK, Bundesnahe Betriebe).

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Muster-Anforderungsprofil für Mitglieder des Verwaltungs- bzw. des Institutsrats von verselbstständigten Organisationen des Bundes (zit. EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Muster-Anforderungsprofil).

EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT, Musterbestimmungen zur Ergänzung der Statuten bundesnaher Unternehmen: Umsetzung des Bundesratsbeschlusses vom 23. November 2016 «Honorare und Löhne des obersten Kaders in den bundesnahen Unternehmen und Anstalten; Steuerungsmöglichkeiten» (zit. EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT, Musterbestimmungen zur Ergänzung der Statuten).

FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarische Initiative: Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten: Bericht der Finanzkommission des Nationalrats vom 29. März 2010, BBl 2010 3377–3408 (zit. FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium).

FORSTMOSER, PETER/MÜLLER, GEORG, Rechtsgutachten betreffend Fragen im Zusammenhang mit Kantonsvertretungen in Verwaltungs- und Stiftungsräten von kantonalen Unternehmen und Institutionen, Zürich 2007 (zit. FORSTMOSER/MÜLLER, Kantonsvertretungen).

FREUDIGER, PATRICK, Anstalt oder Aktiengesellschaft? Dissertation, Bern 2016 (zit. FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft).

G20, G20 High-Level Principles for Preventing and Managing 'Conflict of Interest' in the Public Sector 2018 (zit. G20, High Level Principles).

GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom: Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 8. Mai 2012, BBl 2012 8545–8554 (zit. GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Praxis des Bundes bei der Steuerung).

GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Untersuchung zu den Entscheiden des Bundesrats vom 23. November 2005 betreffend das Unternehmen Swisscom AG: Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 28. März 2006, BBl 2006 5173–5220 (zit. GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Entscheide des Bundesrats betreffend das Unternehmen Swisscom AG).

GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Standortbestimmung: Bewältigung des Cyber-Angriffs auf die RUAG: Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 8. Mai 2018, BBl 2018 4575–4604 (zit. GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Cyber-Angriff RUAG).

GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES STÄNDERATS, Überwachung der Interessenbindungen in den Verwaltungsräten der bundesnahen Unternehmen am Beispiel des Falles der Verwaltungsratspräsidentin der SBB: Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats vom 28. August 2018, BBl 2018 7827–7850 (zit. GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES STÄNDERATS, Überwachung Interessenbindungen VR).

GUTZWILLER, ROMAN, Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Dissertation, Zürich 2017 (zit. GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates).

HAMDORF, KAI/MORADI KARKAJ, SANAZ, Die Verantwortlichkeit der Bundesregierung für teilprivatisierte Unternehmen im Kontext demokratischer Legitimation, in: DVBl, 133 (2018), S. 823–830 (zit. HAMDORF/MORADI KARKAJ, Verantwortlichkeit Bundesregierung).

HILB, MARTIN/HÖSLY, BALZ/MÜLLER, ROLAND, Wirksame Führung und Aufsicht von Öffentlichen Unternehmen, 1. Auflage, Bern 2013 (zit. HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht).

KELLERHALS CARRARD, PostAuto. Untersuchungsbericht zuhanden des Verwaltungsrats der Schweizerischen Post AG vom 31. Mai 2018 (zit. KELLERHALS CARRARD, Untersuchungsbericht PostAuto).

LIENHARD, ANDREAS, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht, Bern 2009, S. 43–77 (zit. LIENHARD, Grundlagen PCG).

LIENHARD, ANDREAS, Leitplanken für öffentliche Unternehmen, in: Die Volkswirtschaft, 91 (2018), S. 4–7 (zit. LIENHARD, Leitplanken).

LIENHARD, ANDREAS/MÄCHLER, AUGUST/ZIELNIEWICZ, AGATA, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017 (zit. LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, Öffentliches Finanzrecht).

LIENHARD, ANDREAS/WICHTERMANN, JÜRIG, Public Corporate Governance, in: ANDREAS BERGMANN/ DAVID GIAUQUE/ DANIEL KETTIGER/ ANDREAS LIENHARD/ ERIK NAGEL/ ADRIAN RITZ/ RETO STEINER (Hrsg.), Praxishandbuch Public Management, Zürich 2016, S. 823–854 (zit. LIENHARD/WICHTERMANN, PCG).

MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER/SETHE, ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Auflage 2018 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht).

MÜLLER, GEORG, Die Aufsicht über die selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten im Kanton Zürich, in: ZBl, 110 (2009), S. 473–498 (zit. MÜLLER, Aufsicht Anstalten Kanton Zürich).

ODERMATT, LUZIAN, Art. 178 Bundesverwaltung, in: SOPHIE WEERTS/ COLLETTE ROSSAT-FAVRE/ CHRISTINE GUY-ECABERT/ ANNE BENOIT/ ALEXANDRE FLÜCKIGER (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale, S. 325–330 (zit. ODERMATT, Art. 178 BV).

OECD, OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Ausgabe 2005, 2006. Auflage, Paris 2005 (zit. OECD, Leitsätze 2005).

OECD, Corporate Governance Accountability and Transparency: A Guide for State Ownership 2010 (zit. OECD, Accountability and Transparency).

OECD, Corporate Governance Boards of Directors of State-Owned Enterprises: An Overview of National Practices, Paris 2013 (zit. OECD, Boards of Directors, National Practices 2013).

OECD, Financing state-owned enterprises: An overview of national practices, Paris 2014 (zit. OECD, Financing state-owned enterprises).

OECD, G20/OECD principles of corporate governance, Paris 2015 (zit. OECD, G20/OECD Grundsätze Corporate Governance).

OECD, OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Ausgabe 2015, 2016. Auflage, Paris 2015 (zit. OECD, Leitsätze 2015).

OECD, State-owned enterprise governance: A stocktaking of government rationales for enterprise ownership, Paris 2015 (zit. OECD, Government Rationales).

OECD, Risk management by state-owned enterprises and their ownership, Paris 2016 (zit. OECD, Risk management).

OECD, State-owned enterprises as global competitors: A challenge or an opportunity? Paris 2016 (zit. OECD, State-owned enterprises as global competitors).

OECD, Draft recommendation of the Council on Guidelines on Anti-Corruption and Integrity in State-Owned Enterprises, 2019 (zit. OECD, ACI Guidelines Entwurf).

OECD, Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2018 (zit. OECD, Ownership and Governance, National Practices).

OECD, Professionalising Boards of Directors of State-Owned Enterprises: Stocktaking of National Practices 2018 (zit. OECD, Boards of Directors, National Practices 2018).

OECD, State-owned enterprises and corruption: What are the risks and what can be done?, Paris 2018 (zit. OECD, State-owned enterprises and corruption).

RACK, MANFRED, Die Pflicht zur «erweiterten» Compliance-Prüfung beim Jahresabschluss in Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung, in: Compliance Berater, 6 (2018), S. 409–412 (zit. RACK, «Erweiterte» Compliance-Prüfung).

RIEDER, STEFAN/ROOSE, ZILLA/THORSHAUG, KRISTIN/LIENHARD, ANDREAS/HAEFELI, UELI, Evaluation 2017 der Leistungsvereinbarungen zwischen dem Bund und Infrastrukturbetreiberinnen, KPM-Schriftenreihe Nr. 68, Bern 2018 (zit. RIEDER et al., Evaluation BAV 2017).

SCHEDLER, KUNO/MÜLLER, ROLAND/SONDEREGGER, ROGER W., Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen: Public Corporate Governance für die Praxis, 3. Auflage, Bern 2016 (zit. SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht).

SCHENKER, URS/CHERNAYA, VIKTORIYA, Tesla und Elon Musk - Tweet zwischen Ad-hoc-Meldung und Marktmanipulation, in: GesKR, 2018, S. 491–497 (zit. SCHENKER/CHERNAYA, Tweet zwischen Ad-hoc Meldung und Marktmanipulation).

SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT, Umsetzungsplanung zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrats 25.03.2009 (zit. SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT, Umsetzungsplanung).

STEINER, RETO/FINGER, MATTHIAS/HUBER, ETIENNE/REIST, PASCAL, Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, Bern 2012 (zit. STEINER et al., Praxis des Bundes bei der Steuerung).

STÖCKLI, ANDREAS, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen: Ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, Fribourg, Dissertation, Bern 2012 (zit. STÖCKLI, Behördenmitglieder).

TSCHANNEN, PIERRE/ZIMMERLI, ULRICH/MÜLLER, MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014 (zit. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allg. Verwaltungsrecht).

VERHOEST, KOEN/VAN THIEL, SANDRA/BOUCKAERT, GEERT/LAEGREID, PEER, Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries, Hampshire 2012 (zit. VERHOEST et al., Government Agencies).

WALDMEIER, DAVID, Insolvenz verselbständigter Verwaltungseinheiten von Bund und Kantonen: Unter besonderer Berücksichtigung staatlicher Einstandspflichten, Dissertation, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. WALDMEIER, Insolvenz verselbständigter Verwaltungseinheiten).

WORLD BANK, Corporate governance of state-owned enterprises: A Toolkit, Washington, D.C 2014 (zit. WORLD BANK, CG of state-owned enterprises).

A 3 Erfüllung der Bewertungskriterien

DA 1: Erfüllung der Bewertungskriterien

Bewertungskriterium		Erfüllung	
Rechtsrahmen/Organisationsform			
A1	A1.1: Für allgemeingültige Regelungen besteht ein Rahmengesetz, von dem nur in Einzelfällen abgewichen wird.	+/-	Es gibt zwar kein Rahmengesetz, aber verschiedene Querschnittserlasse (insb. RVOG und RVOV, BPG und BPV, ParlG, FKG). Einzelne Elemente (bspw. die Eigergespräche) finden sich nicht in den Rechtsgrundlagen.
	A1.2: Ansonsten werden Querschnittserlasse systematisch aufeinander abgestimmt.	+	Die verschiedenen Querschnittserlasse sind mehrheitlich aufeinander abgestimmt.
A2: Die Steuerungsinstrumente der verschiedenen Unternehmen sind so weit als möglich harmonisiert.		+/-	Es bestehen einzelne Unterschiede, im Grossen und Ganzen sind die Instrumente aber einheitlich ausgestaltet.
A3	A3.1: Die Aufgaben der öffentlichen Unternehmen werden im Organisationserlass und in den Statuten klar umschrieben.	+/-	In den jeweiligen Organisationserlassen und den Unternehmensstatuten ist klar festgehalten, welches der Zweck und die Aufgaben der Unternehmen sind. Teilweise wäre eine Spezifizierung wünschbar.
	A3.2: Wettbewerbsverzerrungen werden vermieden.		Nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.
A4	A4.1: Die Auswahl der Rechtsform ist begründet.	+/-	Die Wahl der Rechtsformen ist nicht durchwegs schlüssig begründet, bzw. entspricht nicht dem CG-Bericht des Bundesrats.
	A4.2: Da in Bezug auf die Steuerungsinstrumente vom Aktienrecht abgewichen werden muss, empfiehlt sich grundsätzlich die Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft.	+/-	Post, SBB und Swisscom sind spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, die RUAG ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft.
Eignerpolitik			
A5: Es besteht eine klare Eignerpolitik, die vom Eigner erstellt und kommuniziert wurde.		+	Es besteht zwar keine für sämtliche Unternehmen geltende Eignerpolitik. Hingegen sind mit dem CG-Bericht des Bundesrats, dem Zusatzbericht, den Erläuterungen der EFV sowie der Umsetzungsplanung konzeptionelle Grundlagen für die Organisation und Steuerung der Unternehmen vorhanden.
Strategische Ziele			
A6	A6.1: Strategische Ziele sind mittelfristig ausgerichtet.	+	Die strategischen Ziele werden jeweils für vier Jahre festgelegt.
	A6.2: Sie werden gemeinsam mit dem Unternehmen festgelegt.	+	Die Festlegung erfolgt unter Einbezug der Unternehmen.
	A6.3: Zielkonflikte werden gelöst.	+/-	Auf Zielkonflikte wird zu wenig eingegangen.
	A6.4: Es erfolgt eine Priorisierung der Ziele.	-	Die Ziele sind untereinander nicht priorisiert.

Bewertungskriterium		Erfüllung	
Berichterstattung und Überwachungsmassnahmen			
A7	A7.1: Die Leistungen der Unternehmen und die Einhaltung der Vorgaben werden kontinuierlich überwacht. Dazu sind Berichtssysteme eingerichtet.	+/-	Die Leistungen der Unternehmen werden regelmässig überwacht, wozu die Unternehmen Berichte verfassen. Das System basiert aber weitgehend auch auf Vertrauen und nicht auf Kontrolle.
	A7.2: Das Verhalten des Unternehmens in Bezug auf Integrität und die Vermeidung von Korruption wird überwacht.		Nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.
	A7.3: Das Risikopotential der Unternehmen wird überwacht (bspw. mit Benchmarking-Tools).	+/-	Risiken werden zu wenig systematisch offengelegt bzw. thematisiert.
	A7.4: Es ist sichergestellt, dass die Unternehmen Risikomanagementsysteme und Compliance-Programme eingeführt haben und sie diese regelmässig überprüfen.	+/-	Es bestehen wenig Vorgaben darüber, welche unternehmensinternen Führungsinstrumente, wie Compliance-Management anzuwenden sind und wie weit über deren Ergebnisse dem Eigner zu berichten ist.
	A7.5: Der regelmässige Austausch mit den Unternehmen ist sichergestellt (bspw. durch Eignergespräche).	+	Mit allen vier Unternehmen wird drei- bis viermal jährlich ein Eignergespräch geführt.
Autonomiebereiche			
A8	A8.1: Es ist sichergestellt, dass Autonomiebereiche der Unternehmen und entsprechende Zuständigkeiten respektiert werden.	+	Die strategischen Ziele des Bundes respektieren den Autonomiebereich der Unternehmen.
	A8.2: Es wird nicht in das Tagesgeschäft des Unternehmens eingegriffen.	+	Es wird grundsätzlich nicht ins Tagesgeschäft der Unternehmen eingegriffen.
	A8.3: Die Aufsicht beschränkt sich auf eine Organisationsaufsicht.	+	Die Aufsicht richtet sich an die Unternehmen als solche.
Minderheitsaktionäre			
A9: Minderheitsaktionäre werden geschützt und die Gleichbehandlung der Aktionäre ist sichergestellt.	+	Die Rolle der Minderheitsaktionäre ist im Obligationenrecht geregelt und es besteht diesbezüglich ein Bewusstsein bei den Unternehmen wie auch beim Eigner. Betreffend die rechtskonforme Umsetzung bestehen in der Literatur gewisse Unsicherheiten.	
Verwaltungsrat			
A10	A10.1: Für die Wahl des Verwaltungsrats sind professionelle Verfahren eingerichtet und es besteht ein entsprechendes Anforderungsprofil.	+/-	Es gibt zwar Anforderungsprofile. Hingegen besteht kein formalisierter Prozess, nach dem Verwaltungsratsmitglieder vorgeschlagen und gewählt werden.
	A10.2: Die Diversität im Verwaltungsrat, bspw. in Bezug auf Geschlecht oder Fachbereiche, wird gefördert.	+/-	Die Diversität wird ab 2020 stärker gefördert.
	A10.3: Staatsvertretungen werden mit Zurückhaltung eingesetzt. Es nehmen keine Mitglieder höchster politischer Gremien Einsitz in den Verwaltungsrat.	+	Nur in einem der vier Unternehmen gibt es im Verwaltungsrat eine Staatsvertretung und es nehmen keine Mitglieder höchster politischer Gremien Einsitz in den Verwaltungsrat.

Bewertungskriterium		Erfüllung	
A11: Es sind Mechanismen eingeführt, mit denen die Funktionsfähigkeit des Verwaltungsrats überprüft wird.		-	Es gibt keine solchen systematisch angewendeten Mechanismen.
A12: Es bestehen Vorschriften in Bezug auf Interessenskonflikte im Verwaltungsrat (oder in der Geschäftsleitung).		+/-	Es bestehen insbesondere Vorschriften in Bezug auf Nebenbeschäftigungen der Verwaltungsräte im BPG und in der Kaderlohnverordnung. Vorschriften in Bezug auf sonstige Interessenskonflikte oder Ausstandsregeln bestehen nicht (abgesehen vom CG-Bericht des Bundesrats, 6. Leitsatz).
A13: Es sind Vergütungssysteme für die Vergütungen von Verwaltungsratsmitgliedern eingerichtet.		+	Es bestehen nebst einer Regelung im BPG eine Kaderlohnverordnung sowie eine Vergütungsverordnung. Zudem enthalten die Statuten der Unternehmen diesbezügliche Bestimmungen.
Steuerung von Unternehmen mit Dienstleistungen am Markt			
A14: Die Steuerung mit unternehmensbezogenen Zielen steht bei Einheiten mit Dienstleistungen am Markt im Vordergrund.		+	Alle vier Unternehmen werden mit unternehmensbezogenen Zielen geführt. Hinzu kommen richtigerweise auch aufgabenbezogene Ziele.
Steuerung bei Holdingstrukturen			
A15: Die Besonderheiten bei der Steuerung bei Holdingstrukturen/Konzernen sind klar.		+/-	Die Holdingstrukturen werden in den Konzepten des Bundes nicht explizit berücksichtigt. In der Praxis scheinen Holdingstrukturen kein wesentlicher Hinderungsgrund darzustellen.
Rolle und der Prüfauftrag der externen Revisionsstelle bei am Markt tätigen und öffentlichen Aufgaben erfüllenden Unternehmen			
A16: Die Rolle und der Auftrag (inkl. allfälligen erweiterten Prüfungsaufträgen) der externen Revisionsstelle sind klar festgehalten.		+/-	Die Rolle und der Auftrag der externen Revisionsstelle sind im Wesentlichen im Obligationenrecht geregelt. Zu prüfen wären allfällige Erweiterungen des Revisionsmandats (insb. hinsichtlich des Subventionsbereichs).
A17: Ein kontinuierlicher Dialog des Eigners mit der externen Revisionsstelle ist sichergestellt, wobei das Gleichbehandlungsprinzip der Aktionäre und die Verantwortung des Verwaltungsrats respektiert werden.			Die Revisionsstelle wird vom Verwaltungsrat beauftragt und berichtet dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung. Gemäss schweizerischem Recht hat die Revisionsstelle Organcharakter. Das Kriterium A17 ist insofern nicht anwendbar.
A18: Zusätzlich zu der externen Revision kann die oberste Rechnungskontrollbehörde Prüfungen bei öffentlichen Unternehmen durchführen.		+	Die EFK kann Prüfungen vornehmen.
Bewertungskriterium		Erfüllung	
Zur Verfügung zu stellende Informationen und Regelung Informationsumfang			
B1	B1.1: Es liegt eine Transparenz- und Offenlegungspolitik des Eigners vor.	+/-	Der Eigner berichtet öffentlich über die Erreichung der strategischen Ziele der Unternehmen. Richtlinien bezüglich des Umgangs mit Informationen bestehen indessen nicht (bspw. bezüglich Minderheitsaktionären).

Bewertungskriterium		Erfüllung	
	B1.2: Die Offenlegungsgrundsätze der Unternehmen decken sich mindestens mit denjenigen börsenkotierter Unternehmen.		Die Unternehmen veröffentlichen einen detaillierten Geschäftsbericht. Inwieweit diese Informationen für die Öffentlichkeit den Anforderungen an börsenkotierte Unternehmen entsprechen, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.
	B2: Der Eigner erhält sämtliche Informationen, die zur Überprüfung der Erfüllung der strategischen Ziele erforderlich sind.	+	Die Unternehmen liefern die nötigen Informationen, damit der Eigner die Erreichung der strategischen Ziele prüfen kann.
Regelung Informationszugang			
	B3: Der Eigner erhält sämtliche sachdienliche Informationen rechtzeitig.	+/-	Teilweise kommen die Informationen für den Eigner zu spät, um sich noch adäquat auf die Sitzungen/Eignergespräche vorbereiten zu können.
B4	B4.1: Es ist sichergestellt, dass der Eigner Zugang zu den sachdienlichen Informationen hat.	+	Der Zugang zu sachdienlichen Informationen ist in der Praxis bei allen vier Unternehmen gewährleistet.
	B4.2: Mittels Spezialgesetz sichert sich der Eigner nötigenfalls privilegierte Informationsrechte, die über diejenigen des Aktienrechts hinausgehen.	+	Bei Post, RUAG und SBB ist spezialgesetzlich geregelt, dass dem Eigner die zur Überprüfung notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden. Bei der Swisscom ist eine solche Regelung geplant. Bei der Post und bei den SBB wird der Informationsaustausch mit dem Eigner zudem in den Statuten erwähnt.
B5	B5.1: Die Gleichbehandlung der Aktionäre wird berücksichtigt.	+	Es gibt keine Indizien, die darauf hinweisen, dass dieses Bewertungskriterium nicht eingehalten wird. Betreffend die rechtskonforme Umsetzung der obligationenrechtlichen Vorgaben bestehen in der Literatur gewisse Unsicherheiten.
	B5.2: Bei börsenkotierten Gesellschaften wird zudem die kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungspflicht berücksichtigt.	+	Es gibt keine Indizien, die darauf hinweisen, dass dieses Bewertungskriterium nicht eingehalten wird. Betreffend die rechtskonforme Umsetzung der kapitalmarktrechtlichen Vorgaben bestehen in der Literatur gewisse Unsicherheiten.
Geheimhaltung und Verwendung der Informationen			
	B6: Der Eigner stellt die Geheimhaltung der erhaltenen Informationen sicher.	+	Es bestehen verschiedene Geheimhaltungsvorschriften (insb. BPG, BGÖ, FinfraG, StGB). Keine Indizien, dass dieses Bewertungskriterium nicht eingehalten wird. Ob diese Vorschriften genügen, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.
	B7: Der Eigner verwendet die erhaltenen Informationen nicht missbräuchlich bzw. lediglich zur Überprüfung der strategischen Ziele.	+	Es gibt keine Indizien, die darauf hinweisen, dass dieses Bewertungskriterium nicht eingehalten wird.
Regelung Informationsflüsse (zwischen Eigner und Unternehmen)			
	B8: Der Informationsfluss zwischen dem Eigner und dem Unternehmen ist lückenlos dokumentiert.	+/-	Alle Eigergespräche und die Fachgruppensitzung zwischen Unternehmen und Eigner werden grundsätzlich protokolliert, der weitere Austausch hingegen nicht.

Bewertungskriterium		Erfüllung	
Beschaffung fehlender Informationen			
B9: Es ist klar, wie sich der Eigner fehlende Informationen beim Unternehmen beschafft.		+	Die Beschaffung fehlender Informationen erfolgt in erster Linie durch den direkten Kontakt zwischen Personen der Unternehmen und des Eigners, die mit fachtechnischen Aufgaben im Zusammenhang mit der Eignerstrategie betraut sind. In der Praxis funktioniert dies grundsätzlich gut.
Spezifische Anforderungen in Bezug auf die Informationen bei Einheiten mit Dienstleistungen am Markt			
B10: Es werden hohe Standards in Bezug auf Transparenz und Offenlegung – insbesondere bezüglich Kosten und Einnahmen – gewährleistet.		+	Der Geschäftsbericht der Unternehmen enthält diverse Finanzinformationen. Unter anderem werden die Erfolgsrechnung und Leistungen der öffentlichen Hand dokumentiert.
Bewertungskriterium		Erfüllung	
Rollenteilung zwischen Eignerstellen und Fachämtern			
C1	C1.1: Die verschiedenen Rollen des Staats in Bezug auf öffentliche Unternehmen sind institutionell getrennt.	+	Die verschiedenen Institutionen zur Wahrnehmung der Rollen des Bundes sind in unterschiedlichen Institutionen/Bereichen angesiedelt.
	C1.2 Die Eignerrolle des Staats ist von der Bestellerrolle (Fachamt) institutionell getrennt.	+/-	Zwar sind Eigner und Besteller auf Stufe der Institutionen getrennt, befinden sich aber im gleichen Departement.
Ausgestaltung Eignermodell			
C2	C2.1: Die Eignerrechte werden durch eine zentrale Stelle ausgeübt (monistisches Modell).	-	Es wird ein duales Modell praktiziert.
	C2.2 Allenfalls ist eine Koordinationsstelle eingerichtet.	-	Es besteht keine Stelle für die Koordination aller Eignerinteressen bezüglich der bundesnahen Unternehmen, auch wenn die EFV gewisse Koordinationsaufgaben wahrnimmt.
	C2.3: Es ist sichergestellt, dass der Staat ein aktiver Eigner ist und die Aktionärsrechte effektiv ausgeübt werden.	+	Die entsprechenden Verantwortlichkeiten sind im dualen Modell mit konkreten Instrumenten festgelegt, die zur Anwendung gelangen.
C3: Die Zuständigkeiten für die Ausübung der Steuerungsinstrumente in der Eignerpolitik sind klar.		+/-	Die Verantwortlichkeiten für die Ausübung der Steuerungsinstrumente sind zwar auf zwei unterschiedliche Stellen verteilt. Beide Stellen sind für die Anwendung der Instrumente verantwortlich. Die Verantwortlichkeiten sind allerdings nicht durchwegs rechtlich festgelegt.
C4: Es sind genügend Ressourcen vorhanden, damit der Staat seine Eignerrolle aktiv wahrnehmen kann.		+/-	Die fachtechnischen Stellen zur Wahrnehmung der Eignerinteressen sind teilweise unterdotiert.

Bewertungskriterium		Erfüllung	
C5	C5.1 Die mit der Wahrung der Eignerinteressen beauftragten Stellen verfügen über Fachkräfte mit entsprechenden Kompetenzen und klaren Vorstellungen von ihren Aufgaben.	+/-	Die beauftragten fachtechnischen Stellen verfügen nicht durchwegs über die notwendigen Fachkräfte, um die Eignerinteressen wahrzunehmen. Es besteht eine Asymmetrie im dualen Modell.
	C5.2: Es sind Verhaltensstandards für die mit Eignerfunktionen betrauten Personen eingeführt.	+	Es sind generelle Verhaltensstandards vorhanden (insb. Art. 94a ff. BPV sowie Verhaltenskodex Bundesverwaltung). Diese betreffen indessen soweit ersichtlich nicht spezifisch die Eignerfunktion.
Ausgestaltung Eignermodell			
C6: Die Regierung sorgt für eine Gesamtkoordination der verschiedenen Rollen des Staats in Bezug auf öffentliche Unternehmen.		+/-	Der Bundesrat nimmt die Eignerfunktion insbesondere beim Beschluss der strategischen Ziele sowie bei der Berichterstattung wahr. Zudem ist er für die weiteren Rollen verantwortlich (bspw. Bestellen von Regulierungsbehörden). Optimierungsbedarf besteht insbesondere bezüglich der Abstimmung zwischen der Eigenerrolle und der Bestellerrolle.
Bewertungskriterium		Erfüllung	
Schnittstellen und Zielkonflikte zwischen den Rollen des Staats als Eigner/Besteller/Subventions- bzw. Konzessionsgeber			
D1: Die Eigner- und Bestellerziele werden koordiniert.		+/-	Fachamt und Unternehmen kritisieren teilweise die ungenügende Koordination der Eigner- und Bestellerziele (fehlende Priorisierung).
D2: Zielkonflikte zwischen Eigner- und Bestellerzielen werden gelöst.		+/-	Die Formalisierung der Zielvorgaben ist gegeben. Die Trennung der personellen Verantwortung ist gegeben. Die institutionelle Trennung der Verantwortlichkeit ist vorhanden, aber die Institutionen befinden sich im gleichen Departement. Die formale Trennung der strategischen Ziele von den Bestellerzielen ist gegeben. Zielkonflikte werden in den strategischen Zielen nur teilweise thematisiert.
D3: Der Informationsfluss zwischen dem Eigner und den Fachämtern ist klar und wird ebenfalls dokumentiert.		-	Eine Dokumentation des Informationsflusses zwischen dem Eigner und den Fachämtern ist soweit ersichtlich nicht vorhanden.

Legende: + = erfüllt; +/- = teilweise erfüllt; - = es bestehen bedeutsame Mängel.

Quelle: Darstellung kpm/Interface/IMP-HSG/IDHEAP.

A 4 Analyse der Konzeption international und der Literatur sowie der Konzeption und der Rechtsgrundlagen auf Bundesebene

Inhaltsübersicht

1	Untersuchungsgegenstand 1: Steuerungsinstrumente	108
1.1	Konzeption international	108
1.2	Literatur	115
1.3	Konzeption Bundesebene	140
1.4	Rechtsgrundlagen Bundesebene	157
2	Untersuchungsgegenstand 2: Informationsaustausch	172
2.1	Konzeption international	172
2.2	Literatur	172
2.3	Konzeption Bundesebene	180
2.4	Rechtsgrundlagen Bundesebene	184
3	Untersuchungsgegenstand 3: Rollenteilung im Eignermodell	187
3.1	Konzeption international	187
3.2	Literatur	188
3.3	Konzeption Bundesebene	191
3.4	Rechtsgrundlagen Bundesebene	193

1 Untersuchungsgegenstand 1: Steuerungsinstrumente

1.1 Konzeption international

1.1.1 Grundlagen

1.1.1.1 Hauptaufgaben des Eigners

Bei den Aufgaben des Eigners kann es sich grundsätzlich sowohl um eher finanzielle Vorgaben wie Gewinnziele oder Kapitalstrukturvorgaben als auch um Aufgabenerfüllungsziele handeln.¹ Die Hauptaufgaben des Eigners sind die folgenden:²

- Sicherstellung der Vertretung an der Generalversammlung und Ausübung der entsprechenden Stimmrechte.
- Einrichtung klar strukturierter, transparenter und leistungsbasierter Verfahren für die Bestellung der Verwaltungsratsmitglieder (bei Mehrheitsbeteiligung oder als Alleinaktionär) sowie aktive Mitwirkung bei der Bestellung sämtlicher Verwaltungsratsmitglieder (Board-Mitglieder) der staatseigenen Unternehmen und Förderung von Vielfalt der Mitglieder.
- Allgemeine Zielsetzungen für staatseigene Unternehmen wie beispielsweise Zielvorgaben oder Risikotoleranzniveaus festlegen und überwachen.
- Einführung von Berichtssystemen, die eine periodische Beobachtung, Prüfung und Evaluierung der Leistungen staatseigener Unternehmen sowie die Überprüfung der Einhaltung massgeblicher Corporate-Governance-Standards erlauben.
- Festlegung einer Offenlegungspolitik für staatseigene Unternehmen, wo die offenzulegenden Informationen, geeignete Kanäle der Offenlegung und Verfahren zur Gewährleistung der Informationsqualität festgehalten sind.
- Kontinuierlicher Dialog mit externen Abschlussprüfern und spezifischen staatlichen Kontrollinstanzen (sofern durch das Rechtssystem und den Umfang der staatlichen Unternehmensbeteiligung möglich).
- Einrichtung von Vergütungssystemen für die Verwaltungsratsmitglieder (Boards) staatseigener Unternehmen, die den mittel- und langfristigen Interessen der Unternehmen förderlich sind und mit denen qualifizierte Fachkräfte angeworben und motiviert werden können.

Der Staat als aktiver und informierter Eigner sollte sicherstellen, dass die Anforderungen an öffentliche Unternehmen klar festgehalten werden (bspw. mittels klaren strategischen Zielen oder mittels klaren gesetzlichen Grundlagen in Bezug auf die Verantwortlichkeit öffentlicher Unternehmen).³ Korruptionsrisiken sollten überwacht werden und die Integrität öffentlicher Unternehmen sollte gewährleistet werden.⁴ Es sollten Verfahren einge-

¹ OECD, Leitsätze 2015, S. 12.

² OECD, Leitsätze 2005, S. 33-36; OECD, Leitsätze 2015, S. 21, 44-51; vgl. zur Berichterstattung und Offenlegungspolitik auch OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 13.

³ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 12–13; vgl. auch OECD, State-owned enterprises and corruption, S. 97.

⁴ G20, High Level Principles, S. 3; vgl. auch OECD, State-owned enterprises and corruption, S. 96-97.

richtet werden, die beim Verdacht oder bei tatsächlichen Korruptionsfällen zur Anwendung gelangen.⁵ Der Rechtsrahmen sollte ein «level playing field» ermöglichen und Vorschriften, beispielsweise in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Unternehmens, sollten sich nach den Best Practices der Privatwirtschaft richten.⁶

Externe und interne Berichte in Bezug auf das öffentliche Unternehmen sollten durch den Eigner überwacht werden. Jegliche finanzielle Unterstützung des Staats an öffentliche Unternehmen sollte offengelegt werden. Um das gesamte Risikopotential der Unternehmen einschätzen zu können, können benchmarking tools eingesetzt werden.⁷ Der Staat als Eigner sollte dafür sorgen, dass die Unternehmen Risikomanagementsysteme anwenden und regelmässig überprüfen. Auch sollte der Staat öffentliche Unternehmen dazu ermutigen, eine hohe überbetriebliche Integritätskultur zu fördern.⁸ Die Rechtsgrundlagen für Ermittlungen und strafrechtliche Verfolgungen sollten auch bei öffentlichen Unternehmen anwendbar sein. Die Bestimmungen zur Corporate Governance und entsprechende Ansprüche sollten rechtlich durchsetzbar sein.⁹ Zudem sollten Inputs aus der Öffentlichkeit, der Bürger und der Medien sowie aus der Business-Branche gefordert und einbezogen werden (bspw. in Bezug auf Korruptionsverdacht oder bei der Entwicklung von effizienten Integritätsmechanismen).¹⁰

Die oberste Rechnungskontrollbehörde kann zusätzlich zu der externen Revision finanzielle Flüsse zwischen dem Staat und öffentlichen Unternehmen sowie die Ausübung der Eignerfunktion durch den Staat überprüfen. Zudem kann überprüft werden, ob ein adäquates Risikomanagement und Integritätsmechanismen eingerichtet wurden, um die öffentlichen Aufgaben zu erreichen.¹¹

1.1.1.2 Wichtigste Instrumente des Eigners

Wichtigste Instrumente des Eigners sind eine klare und beständige Strategie beziehungsweise Eignerpolitik für das Unternehmen, die Festlegung allgemeiner sogenannter Mandate und Zielsetzungen für staatseigene Unternehmen, ein systematisches Verfahren für den Vorschlag der Verwaltungsratsmitglieder (Board-Mitglieder) sowie eine effektive Ausübung der festgelegten Eignerrechte.¹²

1.1.1.3 Ausübung Eignerrechte

Die Eignerrechte sind entsprechend der Rechtsform des staatseigenen Unternehmens auszuüben. Der Staat sollte sich bei Mehrheitsbeteiligungen grundsätzlich wie jeder andere Grossaktionär verhalten.¹³

Gemäss den OECD-Grundsätzen der Corporate Governance gibt es vier grundlegende Rechte der Aktionäre:¹⁴

- Teilnahme an und Ausübung des Stimmrechts bei Generalversammlungen.

⁵ OECD, State-owned enterprises and corruption, S. 97.

⁶ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 12–13; vgl. auch G20, High Level Principles, S. 3.

⁷ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 13.

⁸ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 13–17; vgl. auch G20, High Level Principles, S. 4.

⁹ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 18.

¹⁰ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 19; G20, High Level Principles, S. 5.

¹¹ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 18; vgl. auch G20, High Level Principles, S. 5.

¹² OECD, Leitsätze 2005, S. 27; OECD, Leitsätze 2015, S. 38–39.

¹³ OECD, Leitsätze 2005, S. 32.

¹⁴ Ebd., S. 32.

- Rechtzeitige und wiederkehrende Offenlegung relevanter, hinlänglicher Informationen über das Unternehmen.
- Wahl und Absetzung von Verwaltungsratsmitgliedern.
- Genehmigung ausserordentlicher Transaktionen.

Der Staat darf seine Stellung als Mehrheitsaktionär nicht missbrauchen und beispielsweise Ziele verfolgen, die nicht im Interesse des Unternehmens sind und für andere Aktionäre Nachteile darstellen könnten. Zur Vorbeugung kommt beispielsweise die Einführung qualifizierter Mehrheitserfordernisse für bestimmte Entscheide in Betracht.¹⁵ Es sollten Leitlinien für die Gleichbehandlung der Minderheitsaktionäre ausgearbeitet werden.¹⁶

1.1.1.4 Eignerpolitik

In der Eignerpolitik werden unter anderem die Beweggründe für die staatliche Beteiligung an einem Unternehmen, die Funktion des Staats bei der Leitung und Überwachung staats-eigener Unternehmen, die Umsetzung der Eignerpolitik sowie die Verantwortlichkeiten und Aufgaben der staatlichen Organe, die bei der Umsetzung mitwirken, festgelegt.¹⁷ Idealerweise ist die Eignerpolitik in einem konzisen «high level policy document» («Grundsatzzerklärung») ausgestaltet.¹⁸ In einigen OECD-Mitgliedstaaten ist die Eignerpolitik beispielsweise in einem Beschluss (decision)/einer Ausführungsverordnung (regulation)/einem Dekret (decree) (bspw. Norwegen) oder in der Gesetzgebung (specific legislation) (bspw. Argentinien und Deutschland) geregelt. Einige Staaten haben eine Grundsatzzerklärung (policy statement) ausgearbeitet (bspw. Irland und Holland).¹⁹

1.1.1.5 Festlegung Zielsetzungen

Der Staat sollte allgemeine Zielsetzungen für Unternehmen in vollem Staatsbesitz erlassen. Diese beschreiben die langfristigen Zielsetzungen des staatseigenen Unternehmens respektive dessen Aufgaben, während die Leistungsziele konkrete Vorgaben finanzieller, operativer und nichtfinanzieller Natur sind.²⁰ Deren Umsetzung sollte er regelmässig überwachen.²¹ Diese Ziele werden in den OECD-Staaten üblicherweise in besonderer Gesetzgebung (supplementary legislation), in Ausführungsverordnungen (regulations) oder in Richtlinien (policies) vorgegeben.²² Allgemeine Zielsetzungen sollten nur korrigiert werden, wenn sich der Auftrag grundlegend geändert hat.²³

Ist der Staat Mehrheitsaktionär oder übt er einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen aus, sollten die Unternehmensziele veröffentlicht werden. Über die Umsetzung der Ziele sollte das Unternehmen Bericht erstatten. Dabei sollte ein Katalog grundlegender

¹⁵ OECD, Leitsätze 2005, S. 38; OECD, Leitsätze 2015, S. 61-62; vgl. dazu auch OECD, Accountability and Transparency, S. 101-104.

¹⁶ OECD, Leitsätze 2005, S. 38; OECD, Accountability and Transparency, S. 103; OECD, Leitsätze 2015, S. 62.

¹⁷ OECD, Leitsätze 2015, S. 19; vgl. auch OECD, Leitsätze 2005, S. 27.

¹⁸ In diesem Dokument sollte klargelegt werden, weshalb der Staat ein staatseigenes Unternehmen besitzt. Die Gründe sollten nach Prioritäten gegliedert sein, OECD, Ownership and Governance, National Practices, S. 16, 18.

¹⁹ OECD, Ownership and Governance, National Practices, S. 17; vgl. auch OECD, Government Rationales, S. 11-12.

²⁰ OECD, Leitsätze 2015, S. 47; bezüglich finanzieller Ziele: OECD, Financing state-owned enterprises, S. 26 ff.

²¹ OECD, Leitsätze 2015, S. 47.

²² OECD, Government Rationales, S. 12.

²³ OECD, Leitsätze 2015, S. 39.

globaler Ziele erstellt werden und das Unternehmen sollte angeben, wie es zwischen potenziell widersprüchlichen Zielen abwägt.²⁴ Die Ziele sollten durch das Unternehmen und den Eigner gemeinsam festgelegt werden.²⁵ Für die Umsetzung der Ziele sollte das Unternehmen über umfassende operative Autonomie verfügen.²⁶ Der Staat sollte sich nicht in das Tagesgeschäft staatseigener Unternehmen einmischen.²⁷

1.1.1.6 Offenlegungspflichten

Staatseigene Unternehmen sollten dieselben Rechnungslegungs-, Offenlegungs-, Compliance- und Rechnungslegungsgrundsätze wie börsenkotierte Unternehmen anwenden und hohen Transparenzstandards folgen.²⁸ Sie sollten mindestens die gleichen Offenlegungspflichten einhalten wie börsenkotierte Unternehmen.²⁹

Das staatseigene Unternehmen sollte adäquate Richtlinien bezüglich Offenlegung und Transparenz entwickeln.³⁰ In den Richtlinien sollte offengelegt werden, welche Informationen wie und wem bekannt gegeben werden.³¹ Der Eigner sollte das staatseigene Unternehmen über die Vorgaben an Offenlegung und Transparenz informieren.³² Er sollte eine Transparenz- und Offenlegungspolitik für staatseigene Unternehmen erstellen. Dabei sollten die rechtlichen und die regulatorischen Regelungen sowie allfällige Lücken im Vergleich zur empfehlenswerten Praxis und den Börsenzulassungsanforderungen berücksichtigt werden.³³

1.1.1.7 Berichtssystem

Der Eigner sollte dafür sorgen, dass die Aktivitäten und Leistungen der staatseigenen Unternehmen kontinuierlich überwacht werden (bspw. mittels eines systematischen Benchmarking-Verfahrens). Zudem sollte er sicherstellen, dass für alle staatseigenen Unternehmen angemessene externe Rechnungslegungssysteme vorhanden sind.³⁴

Staatseigene Unternehmen sollten Verhaltenskodizes, welche sich an hohen ethischen Standards orientieren, erlassen und Compliance-Programme einrichten.³⁵ Sie sollten ein

²⁴ OECD, Leitsätze 2005, S. 49.

²⁵ OECD, Accountability and Transparency, S. 116.

²⁶ OECD, Leitsätze 2015, S. 20; OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 16–17; vgl. auch G20, High Level Principles, S. 4.

²⁷ OECD, Leitsätze 2015, S. 44; vgl. auch OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 14.

²⁸ OECD, Leitsätze 2015, S. 73.

²⁹ Ebd., S. 74.

³⁰ OECD, Accountability and Transparency, S. 121.

³¹ Ebd., S. 121.

³² Ebd., S. 95.

³³ OECD, Leitsätze 2015, S. 49.

³⁴ Ebd., S. 48.

³⁵ OECD, Leitsätze 2005, S. 43-44, in den Verhaltenskodizes sollte sich das Unternehmen dazu verpflichten, geltende inländische Vorschriften sowie allgemeinere Verhaltensregeln wie z.B. die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen einzuhalten; vgl. auch OECD, Leitsätze 2015, S. 49, 70-71.

System der Innenrevision einrichten.³⁶ Der Eigner sollte die Unternehmen zu diesen Massnahmen verpflichten.³⁷ Risiken sollten von allen Beteiligten verstanden, beaufsichtigt und angemessen kommuniziert werden.³⁸

1.1.1.8 Weisungen

Die Weisungsbefugnis des Staats als Eigner gegenüber dem Unternehmen beziehungsweise dem Verwaltungsrat sollte sich auf strategische Fragen und Orientierungen (und öffentliche Politikziele³⁹) beschränken. Die Öffentlichkeit sollte darüber informiert werden, welche Weisungsbefugnisse des Staats bestehen beziehungsweise «in welchen Bereichen und bei welchen Arten von Entscheidungen» Weisungen erteilt werden dürfen.⁴⁰

1.1.1.9 Verwaltungsrat

Der Eigner sollte dafür sorgen, dass den staatseigenen Unternehmen professionelle Boards zur Verfügung stehen. Dafür sollte ein strukturiertes Nominierungsverfahren geschaffen werden, wo der Eigner aktiv mitwirkt. Dieses Verfahren sollte sich auf ausdrückliche Kompetenzanforderungen und -evaluationen stützen. Dem Board sollte es ermöglicht werden, dem Eigner Empfehlungen, beispielsweise zu den festgelegten Anforderungsprofilen von Board-Mitgliedern, zu geben.⁴¹

Die Rolle des Verwaltungsrats sollte klar definiert und in der Gesetzgebung – in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Gesellschaftsrecht – verankert sein.⁴² Es sollten keine Unterschiede zwischen den Haftungsverpflichtungen der einzelnen Mitglieder des Boards bestehen. Die Best-Practice-Empfehlungen für den privaten Sektor sollten übernommen werden, um das Verantwortungsbewusstsein des Boards zu fördern und ihm zu ermöglichen, effektive Arbeit zu leisten.⁴³ Die Boards sollten in ihrer Grösse beschränkt werden, wobei diverse Kriterien, wie beispielsweise das Risikoprofil des Unternehmens, berücksichtigt werden müssen.⁴⁴ In den OECD-Mitgliedstaaten bestehen die Boards in der Regel aus fünf bis acht Mitgliedern.⁴⁵

Das Board sollte so zusammengesetzt sein, dass ein objektives und unabhängiges Urteil ermöglicht wird. Die Mitglieder sollten dieselben gesetzlichen Pflichten haben und aufgrund ihrer Qualifikationen nominiert werden.⁴⁶ Sie sollten unabhängig sein und über einschlägige Kompetenzen und Erfahrungen verfügen.⁴⁷ Der Vorsitzende des Boards muss

³⁶ OECD, Leitsätze 2005, S. 46; OECD, Leitsätze 2015, S. 92-93.

³⁷ OECD, Leitsätze 2015, S. 49.

³⁸ OECD, Ownership and Governance, National Practices, S. 74; OECD, Risk management, S. 9.

³⁹ OECD, Leitsätze 2015, S. 39.

⁴⁰ OECD, Leitsätze 2005, S. 27; vgl. auch OECD, Leitsätze 2015, S. 39.

⁴¹ OECD, Leitsätze 2015, S. 45; vgl. auch OECD, Boards of Directors, National Practices 2018, S. 13–19; OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 16–17.

⁴² OECD, Boards of Directors, National Practices 2018, S. 30; OECD, Boards of Directors, National Practices 2013, S. 24-25.

⁴³ OECD, Leitsätze 2015, S. 84.

⁴⁴ OECD, Leitsätze 2015, S. 84; OECD, Boards of Directors, National Practices 2018, S. 65.

⁴⁵ OECD, Boards of Directors, National Practices 2018, S. 65.

⁴⁶ OECD, Leitsätze 2015, S. 84.

⁴⁷ OECD, Leitsätze 2015, S. 87; vgl. zur Unabhängigkeit der Verwaltungsratsmitglieder OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 9.

zudem über spezifische Kompetenzen, wie beispielsweise Führungsstärke oder persönliche Effizienz, verfügen.⁴⁸ Bei staatseigenen Unternehmen mit wirtschaftlichen Aktivitäten wird empfohlen, Board-Mitglieder mit entsprechendem geschäftlichem, finanziellem und sektorbezogenem Fachwissen einzusetzen.⁴⁹ Zudem sollten die Board-Mitglieder in diesem Fall möglichst aus dem privaten Sektor stammen.⁵⁰ Für die Verwaltungsratsmitglieder sollten spezifische Aus- beziehungsweise Weiterbildungsangebote zur Verfügung stehen.⁵¹ Die Vergütungssysteme der Board-Mitglieder sollten die Marktbedingungen widerspiegeln.⁵²

Allfällige Interessenskonflikte sind offenzulegen und es sollten Massnahmen eingeführt werden, um die politische Einflussnahme auf die Board-Mitglieder zu verhindern.⁵³ Diversität, beispielsweise in Bezug auf Geschlecht oder den Bildungshintergrund, sollte gefördert werden. In unmittelbarer Beziehung zur Exekutivgewalt stehende Personen (Staats- und Regierungschefs sowie Minister) sollten nicht Einsitz im Board nehmen, da die Unabhängigkeit ihres Urteils bezweifelt werden kann.⁵⁴ Auch Politiker, die Einfluss auf die betrieblichen Bedingungen eines öffentlichen Unternehmens nehmen können, sollten nicht Teil des Verwaltungsrats sein.⁵⁵ Üben staatseigene Unternehmen wirtschaftliche Aktivitäten aus, sollten Mitglieder der politischen Instanzen (Regierung und Legislative) nicht Einsitz in das Board nehmen. Dies bedeutet indessen nicht, dass Staatsbedienstete oder andere öffentliche Amtsträger nicht Mitglieder des Boards sein dürfen.⁵⁶ Es sollten Mechanismen, welche die Evaluierung und Sicherstellung der Wirksamkeit und Unabhängigkeit des Boards erlauben (bspw. Begrenzung der möglichen Mandaterneuerungen oder Ausstattung des Boards mit genügend Ressourcen), eingeführt werden.⁵⁷ Beispielsweise können Selbstevaluationen oder externe Evaluationen eingeführt werden.⁵⁸

1.1.1.10 Vergütungssystem

Verfolgen staatseigene Unternehmen überwiegend wirtschaftliche Ziele und sind sie in einem wettbewerbsorientierten Umfeld tätig, sollten marktüblichen Board-Vergütungen eingesetzt werden, um hochqualifizierte Board-Mitglieder anzuwerben und zu halten.⁵⁹

1.1.2 Besonderheiten

1.1.2.1 Einheiten mit Dienstleistungen am Markt

Für Privatunternehmen geltende Regelungen sollten auch für staatseigene Unternehmen gelten. Gesetze und Rechtsvorschriften sollten nicht unnötig zwischen staatseigenen Unternehmen und deren Konkurrenten unterscheiden.⁶⁰

⁴⁸ OECD, Leitsätze 2015, S. 88.

⁴⁹ Ebd., S. 86.

⁵⁰ Ebd., S. 87.

⁵¹ OECD, Boards of Directors, National Practices 2018, S. 22.

⁵² Ebd., S. 70.

⁵³ OECD, Leitsätze 2015, S. 88; vgl. auch OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 17.

⁵⁴ OECD, Leitsätze 2015, S. 86; vgl. auch OECD, Boards of Directors, National Practices 2013, S. 12; OECD, Boards of Directors, National Practices 2018, S. 64-65.

⁵⁵ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 16.

⁵⁶ OECD, Leitsätze 2015, S. 88.

⁵⁷ OECD, Leitsätze 2015, S. 87; vgl. auch OECD, Boards of Directors, National Practices 2013, S. 15; OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 17.

⁵⁸ OECD, Boards of Directors, National Practices 2018, S. 71.

⁵⁹ OECD, Leitsätze 2015, S. 51.

⁶⁰ Ebd., S. 22.

1.1.2.2 Holdingstrukturen

Zu den Holdingstrukturen äussert sich die OECD in ihren Publikationen soweit ersichtlich nicht.

1.1.2.3 Schnittstellen/Zielkonflikte Eigner-/Bestellerrolle

Allgemeine Vergabevorschriften haben für alle Unternehmen, auch für staatseigene, gleich zu gelten.⁶¹ Transaktionen zwischen staatseigenen Unternehmen und dem Staat haben unter den gleichen Voraussetzungen zu erfolgen wie Transaktionen zwischen jeglichen anderen Marktteilnehmenden.⁶²

Auf die Zielkonflikte des Staats als Eigner, Besteller und Subventions- respektive Konzessionsgeber in Bezug auf öffentliche Unternehmen geht die OECD in ihren Publikationen soweit ersichtlich nicht näher ein.

1.1.2.4 Rechnungslegung und Rolle der Revisionsstelle

Die externe Revisionsstelle stellt dem Eigner eine «externe, unabhängige und qualifizierte Beurteilung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Unternehmen» zur Verfügung.⁶³ Für die Wahl der externen Revisionsstelle sollten transparente Verfahren eingerichtet werden.⁶⁴

Der Eigner sollte als Alleinaktionär einen kontinuierlichen Dialog mit den externen Abschlussprüfern aufrechterhalten. Ist das Unternehmen börsenkotiert und/oder ist der Staat nicht Alleinaktionär, muss das Prinzip der Gleichbehandlung der Minderheitsaktionäre respektiert werden.⁶⁵ Durch den Dialog darf die Verantwortung des Boards nicht beeinträchtigt werden.⁶⁶

Der Eigner sollte dafür sorgen, dass geeignete Rechnungslegungssysteme vorhanden sind. Dadurch sollte dem Eigner ein «den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Unternehmen» vermittelt werden, damit er rechtzeitig reagieren und allenfalls selektiv eingreifen kann.⁶⁷ Alle staatseigenen Unternehmen sollten ihre Jahresabschlussberichte gemäss den Best-Practice-Standards in Bezug auf die Rechnungslegungs- und -Prüfungsgrundsätze vornehmen.⁶⁸ Die Rechnungslegungsstandards sollten sich nach den international anerkannten Standards für börsenkotierte Unternehmen richten.

Ohne entsprechenden Auftrag sollte von der externen Revisionsstelle nicht erwartet werden, dass diese in Bezug auf Korruption und unregelmässige Praktiken ermittelt. Diesbezügliche Auffälligkeiten sollte sie jedoch melden.⁶⁹

⁶¹ OECD, Leitsätze 2005, S. 21.

⁶² OECD, Leitsätze 2015, S. 65.

⁶³ Ebd., S. 50.

⁶⁴ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 18.

⁶⁵ OECD, Leitsätze 2005, S. 35; OECD, Leitsätze 2015, S. 50.

⁶⁶ OECD, Leitsätze 2015, S. 50.

⁶⁷ OECD, Leitsätze 2005, S. 34.

⁶⁸ OECD, Leitsätze 2005, S. 47; OECD, Leitsätze 2015, S. 79.

⁶⁹ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 18.

1.2 Literatur

1.2.1 Grundlagen

1.2.1.1 Steuerung allgemein

In der internationalen Literatur wird der hohe Stellenwert von öffentlichen Unternehmen für die Wirtschaft hervorgehoben.⁷⁰ Bei der Steuerung öffentlicher Unternehmen sind folgende Grundsätze zu beachten: 1. Gewährleistungs-Optik (optimale Versorgung der Gesellschaft mit öffentlichen Leistungen im Vordergrund); 2. Strategische Vorgaben (Politik muss klare strategische Vorgaben machen); 3. Management by Exception (politische Überlegungen können im Einzelfall ausnahmsweise auf operative Entscheide einwirken); 4. Transparenz (grosse Transparenz kann die verminderten Einflussmöglichkeiten der Politik kompensieren); 5. Vermeidung von Interessenskonflikten (Ämterkumulationen sind zu vermeiden); 6. Keine Einsitznahme von Exekutivmitgliedern im Verwaltungsrat eines öffentlichen Unternehmens; 7. Orientierung an der Privatwirtschaft (Praktiken der Privatwirtschaft sollen soweit zweckmässig beigezogen werden).⁷¹

Die Weltbank nennt folgende Schlüsselemente für die Corporate Governance von staats-eigenen Unternehmen: 1. Einrichtung eines Rechts- und Regulierungsrahmens für staats-eigene Unternehmen; 2. Einrichtung von Mechanismen, die eine effektive staatliche Aufsicht und Verantwortlichkeit des Eigners sicherstellen; 3. Einrichtung von Überwachungs- und Berichtssystemen; 4. Sicherstellung der finanziellen und fiskalischen Disziplin der Unternehmen; 5. Professionalisierung der Verwaltungsräte; 6. Sicherstellung angemessene Offenlegung und Transparenz 7. Schutz der Minderheitsaktionäre.⁷²

Die Steuerung verselbstständigter Einheiten sollte nicht hierarchisch, sondern partnerschaftlich ausgeübt werden.⁷³ Der Staat sollte den verselbstständigten Einheiten klare Verantwortungsgrenzen setzen. Bei der Steuerung können auch Instrumente wie Leistungsgespräche oder die Herstellung eines Vertrauensverhältnisses eingesetzt werden.⁷⁴

Die Einwirkungs- und Kontrollpflichten (Ingerenzpflichten) werden in Deutschland «unabhängig von Art und Umfang der jeweiligen Aufgabe aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen und Prinzipien – dem Demokratieprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG abgeleitet. Sämtliche staatliche Tätigkeit (inkl. erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand) muss demokratisch legitimiert sein. Daraus folgt, dass sich der Staat hinreichende Kontroll- und Einwirkungsrechte bei öffentlichen Unternehmen sichern muss.⁷⁵ Auch um die Rechtsstaatlichkeit der Aufgabenerfüllung sicherzustellen, müssen ausreichende Kontroll- und Einwirkungsrechte des Staats bestehen.⁷⁶

Aus dem Demokratieprinzip können in der Schweiz zwar keine unmittelbaren verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Steuerung öffentlicher Unternehmen abgeleitet werden,

⁷⁰ Vgl. dazu BERNIER/REEVES, Challenges for Public Policy.

⁷¹ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 36-37.

⁷² WORLD BANK, CG of state-owned enterprises, S. xxiii-xxv.

⁷³ VERHOEST ET AL., Government Agencies, S. 428.

⁷⁴ Ebd., S. 429.

⁷⁵ HAMDORF/MORADI KARKAJ, Verantwortlichkeit Bundesregierung, S. 828.

⁷⁶ Ebd., S. 829 (der Staat kann sich nicht durch gewählte privatrechtliche Handlungsformen von seinen rechtsstaatlichen Bindungen befreien).

dieses Prinzip kann jedoch unter anderem im Rahmen der organisatorischen Ausgestaltung der Unternehmen beigezogen werden.⁷⁷ Das Rechtsstaatsprinzip sowie das Leistungs- und Wirtschaftsstaatsprinzip verlangen eine sinnvolle Verknüpfung der Aufgaben und der organisatorischen Ausgestaltung eines ausgelagerten Verwaltungsträgers.⁷⁸

Mit der Auslagerung benötigt das öffentliche Unternehmen Autonomie, das heisst eine «erhebliche Entscheidungsfreiheit sowohl bezüglich Organisation als auch bezüglich der Aufgabenerfüllung».⁷⁹ Dadurch wird die «Kette demokratischer Legitimation» verlängert.⁸⁰ Als Ausgleich werden Steuerungsmechanismen eingesetzt.⁸¹ Die Autonomie und die Steuerung beziehungsweise Aufsicht stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander.⁸² Die Bestimmung der «Grenze zwischen der Selbstständigkeit und der eigenen Verantwortung der Unternehmensleitung einerseits und den Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten des Muttergemeinwesens andererseits» wird als «Kernfrage des Organisationsrechts öffentlicher Unternehmen» bezeichnet.⁸³ Es sollten Sicherheitsmechanismen eingeführt werden, mit denen unzulässige Interventionen der Regierung verhindert werden.⁸⁴

Ein Autonomiebereich besteht dort, wo die Aufsichtsbehörde über keinerlei Weisungsbefugnisse verfügt.⁸⁵ Ob und wann ein Autonomiebereich beziehungsweise eine Entscheidungsfreiheit der ausgelagerten Einheit besteht und somit Zugriffs- oder Weisungsrechte der beaufsichtigten Stelle entfallen, ist abhängig von den gesetzlichen Bestimmungen und dem Organisationserlass.⁸⁶

Durch die Gewährung der Autonomie nimmt die Intensität der Aufsicht ab: Die bei der Zentralverwaltung übliche Dienstaufsicht wird zur Verbandsaufsicht.⁸⁷ Bei der Verbandsaufsicht ist lediglich der Verwaltungsträger als solcher Adressat und nicht etwa Personen und Einheiten innerhalb des Verwaltungsträgers, wie dies bei der Dienstaufsicht der Fall ist. Fachliche Weisungen im Autonomiebereich sind zu vermeiden und es ist grundsätzlich eine blosser Rechtsaufsicht auszuüben. Es ist jedoch möglich, den staatlich beherrschten Verwaltungsträger besonderen Steuerungsmechanismen zu unterwerfen.⁸⁸ In den Autonomiebereichen sollten keine Zweckmässigkeitsprüfungen durchgeführt werden und es bestehen Zurückhaltungspflichten.⁸⁹

⁷⁷ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 189.

⁷⁸ Ebd., S. 202-203.

⁷⁹ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 56.

⁸⁰ WALDMEIER, Insolvenz verselbstständigter Verwaltungseinheiten, S. 96.

⁸¹ WALDMEIER, Insolvenz verselbstständigter Verwaltungseinheiten, S. 96; vgl. auch LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 57.

⁸² FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 90.

⁸³ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 185.

⁸⁴ WORLD BANK, CG of state-owned enterprises, S. 24.

⁸⁵ WALDMEIER, Insolvenz verselbstständigter Verwaltungseinheiten, S. 93.

⁸⁶ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 50.

⁸⁷ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 61.

⁸⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allg. Verwaltungsrecht, S. 42; vgl. auch FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 95-96; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 209 legt dar, dass bei öffentlichen Unternehmen in Anlehnung an die deutsche Lehre von der "Inhaberaufsicht" gesprochen werden sollte.

⁸⁹ WALDMEIER, Insolvenz verselbstständigter Verwaltungseinheiten, S. 93-94, 102.

Die Steuerung ausgelagerter Verwaltungsträger erfolgt mittels drei Steuerungskreisläufen: Das Parlament legt politische Zielsetzungen fest, die Regierung setzt die Zielsetzungen des Parlaments in strategische Zielsetzungen um und der Verwaltungsträger übersetzt die strategischen Zielsetzungen in unternehmerische Ziele. Alle drei Organe sind verantwortlich für die Überprüfung der Einhaltung der festgelegten Ziele.⁹⁰ Die strategische Ausrichtung muss innerhalb des politisch relevanten Kontextes immer wieder fokussiert, gestaltet und kommuniziert werden. Somit wird das Unternehmen «von einer politischen Mehrheit stets im Sinne eines permanenten Konsenses» mitgetragen und es kann zielgerichtet wirken.⁹¹

Durch die Aufgabenübertragung an ein öffentliches Unternehmen ist die Exekutive im Wesentlichen dafür zuständig, die politische Kontrolle über das Unternehmen auszuüben. Dazu stützt sie sich auf ihre eigene Aufsicht sowie auf das Controlling des Unternehmens.⁹² Im Rahmen der Aufsicht über öffentliche Unternehmen muss die Exekutive dafür sorgen, dass ihre Eignerziele umgesetzt werden und dass das öffentliche Unternehmen die Rahmenbedingungen und Leitplanken einhält.⁹³ Die Exekutive überprüft, ob die Eignerziele korrekt umgesetzt worden sind und falls dies nicht der Fall ist, ergreift sie Massnahmen.⁹⁴ Die Aufsicht der Exekutive über öffentliche Unternehmen ist eine indirekte Aufsicht, da der Autonomiebereich der Unternehmen respektiert werden muss.⁹⁵ Wesentliche Instrumente der Aufsicht der Exekutive sind ein Beteiligungsspiegel (Übersicht über alle Beteiligungen mit Datenblatt je Beteiligung), Grundlagen für regelmässige Reportings sowie Controlling-Gespräche.⁹⁶

In Bezug auf die strategische Steuerung stehen dem Staat regulatorische, aktionärsrechtliche und informelle Instrumente zur Verfügung. Zudem kann er Staatsvertretungen in den Verwaltungsrat entsenden und strategische Ziele festlegen.⁹⁷

Es lassen sich drei Steuerungsformen ermitteln: Steuerung durch Zweckprogrammierung (oder Zielvorgaben), Steuerung durch Einwirkung und Steuerung durch Kontrolle.⁹⁸

Es kann im Weiteren zwischen präventiven, begleitenden und repressiven Aufsichtsmitteln (bzw. Steuerungsinstrumenten) unterschieden werden: Unter die präventiven Aufsichtsmittel fallen die Entsendung von Behördenvertretungen in Leitungsgremien von ausgelagerten Verwaltungsträgern, der Erlass von Weisungen, strategische Zielvorgaben sowie Eigentümerstrategien und auch die Mitwirkung bei der Aufgaben- und Finanzplanung. Weiter gehören dazu gewisse Genehmigungshandlungen, beispielsweise bei Statuten oder Reglementen. Die begleitende Aufsicht richtet sich auf hängige Geschäfte und kann auch

⁹⁰ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 57; vgl. auch LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 840.

⁹¹ HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht, S. 106.

⁹² SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 157.

⁹³ Ebd., S. 57, vgl. zum Begriff der Aufsicht auch S. 157.

⁹⁴ Ebd., S. 58, vgl. zum Begriff des Controlling auch S. 157-158.

⁹⁵ Ebd., S. 163.

⁹⁶ Ebd., S. 164, vgl. dazu S. 164-167 sowie für eine Checkliste für die Aufsicht S. 167-168, 182.

⁹⁷ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 137-140.

⁹⁸ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 100; vgl. auch STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 207.

Kontrollbesuche beinhalten. Repressive Aufsicht schliesslich zeichnet sich durch behördliche Genehmigungshandlungen wie korrigierende Eingriffe, Sanktionen oder die Nicht-Wiederwahl von Mitgliedern der Leitungsgremien aus.⁹⁹

Die Aufsicht gegenüber ausgelagerten Einheiten beschränkt sich aufgrund der Autonomie grundsätzlich auf die sogenannte Organisationsaufsicht (auch etwa Verbandsaufsicht genannt); Adressat der Aufsicht ist mithin die Unternehmung als solche und nicht deren Einheiten und Personal.¹⁰⁰ Dies hat auch Auswirkungen auf andere Aufsichtsmechanismen (Akzessorietät), wie namentlich die Rechnungskontrollbehörden, die sich im Wesentlichen auf eine risikoorientierte Prüfung der Unternehmung fokussieren.¹⁰¹

Eine generelle Aufsichtskompetenz der Exekutive ergibt sich bereits aus dem Verfassungsrecht (Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV) und dem Gesetz (Prinzip der Generalemächtigung). Schranken der allgemeinen Kontroll-, Weisungs- und Selbsteintrittsrechte ergeben sich bei öffentlichen Unternehmen dabei aus den gesetzlichen Autonomiebereichen. Einige Autoren vertreten eine abweichende Auffassung und halten dafür, dass keine allgemeine Aufsichtskompetenz besteht und sich das Aufsichtsinstrumentarium im Wesentlichen auf das gesetzlich festgehaltene Instrumentarium beschränken muss (Enumerationsprinzip).¹⁰²

Die Aufsicht ist eng verwoben mit der Steuerung der Einheit.¹⁰³ Allfällige Aufsichtsdefizite werden durch ein transparentes Rechnungslegungssystem oder ein institutionalisiertes Controlling und Reporting zu schliessen versucht. Steht die Einheit im Wettbewerb, besteht zusätzlich eine Kontrolle durch die Konkurrenz.¹⁰⁴

Die Aufsicht richtet sich grundsätzlich nach den Kriterien der Recht-, Ordnungs- und Zweckmässigkeit sowie nach der Wirksamkeit und der Wirtschaftlichkeit.¹⁰⁵ Die im Finanzhaushaltsrecht verankerten Grundsätze des rechtmässigen, wirtschaftlichen und sparsamen Handelns sowie des sorgsamem Umgangs mit dem Vermögen gelten auch im Bereich der Steuerung von Beteiligungen.¹⁰⁶

Mindestens die Grundzüge des Steuerungssystems sind gesetzlich zu verankern.¹⁰⁷

1.2.1.2 Aussen- und Binnensteuerung

Wesentliche Besonderheit der *Public Corporate Governance* (PCG) ist die Aussensteuerung, welche die Binnensteuerung ergänzt.¹⁰⁸ Es bestehen gegensätzliche Interessen zwischen der Eigentümerebene (principals) und der Führungsebene (agents), was zu einem

⁹⁹ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 91-92; vgl. dazu auch STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 210, welcher in Bezug auf den Zeitpunkt der Aufsicht noch die vorgängige, die begleitende und die nachträgliche Aufsicht erwähnt.

¹⁰⁰ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 61.

¹⁰¹ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, Öffentliches Finanzrecht, S. 380; FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 346.

¹⁰² WALDMEIER, Insolvenz verselbstständiger Verwaltungseinheiten, S. 100, ausführlich dazu S. 100-103.

¹⁰³ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 20.

¹⁰⁴ Ebd., S. 20-21.

¹⁰⁵ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 91.

¹⁰⁶ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 80.

¹⁰⁷ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 20-22, 53, 55.

¹⁰⁸ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 48-49.

Spannungsverhältnis führt. Lösungsansätze dazu werden durch die Corporate Governance geliefert.¹⁰⁹ Bei der internen Corporate Governance geht es beispielsweise um die Strukturierung der Organe und etwa um das Verhältnis des Verwaltungsrats zu der Geschäftsleitung, aber auch um seine Zusammenarbeit mit der internen und der externen Revision. Die externe Corporate Governance bezieht sich nebst dem Markt insbesondere auf die Gewährleistung der Aufgabenerfüllung. Im Bereich der Binnensteuerung gelten die Grundsätze der Corporate Governance grundsätzlich auch für öffentliche Unternehmen.¹¹⁰ Bei der Aussensteuerung jedoch ergeben sich bei öffentlichen Unternehmen Besonderheiten:¹¹¹

- Das aktienrechtliche Paritätsprinzip wird durch spezifische Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens, wie die Festlegung strategischer Ziele oder die Bestimmung der Vergütungspolitik, relativiert.
- Zudem besteht für den Staat die Möglichkeit, Vertretungen in den Verwaltungsrat zu entsenden, wobei ein doppelter Pflichtnexus entstehen kann.
- Das öffentliche Unternehmen muss nicht nur wirtschaftlichen Erfolg anstreben, sondern sich insbesondere auch am öffentlichen Interesse respektive an einem Grundversorgungsauftrag orientieren.
- Der Staat nimmt bei Alleineigentum sämtliche Eigentümerrechte wahr. Dadurch erfüllt die Generalversammlung nicht die vorgesehene Kontrollfunktion im Rahmen der unternehmensinternen Gewaltenteilung.

Gute Public Corporate Governance beinhaltet entwickelte Instrumente bezüglich der Aussensteuerung sowie auch der Innensteuerung eines öffentlichen Unternehmens.¹¹² Unter die Steuerungsinstrumente seitens des Staats (Aussensteuerung) fallen etwa das Gesetz, Gesamt- und Sachplanungen, Budgetierungen, Finanzbeschlüsse sowie Leistungsvereinbarungen und strategische Ziele des Eigners. Auch die Ressourcen können ein wesentliches Steuerungsinstrument darstellen.¹¹³ Die Innensteuerung umfasst auf übergeordnete Vorgaben abgestimmte Unternehmensstrategien, regelmässige Risikoprüfungen sowie die Einrichtung interner Kontrollsysteme.¹¹⁴

Die Umsetzung der Public Corporate Governance muss situativ erfolgen und die jeweiligen Besonderheiten eines Unternehmens sind zu berücksichtigen.¹¹⁵

Im Rahmen der «New Public Corporate Governance» wurde das «KISS-Prinzip» entwickelt: 1. Keep it situated (Kontext-Dimension); 2. Keep it strategic (Gestaltungsdimen-

¹⁰⁹ BÜHLER, CG bei Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, S. 515, für diese Denkansätze wurde auf die Leitideen der Gewaltenteilung und auf staatswissenschaftliche Erkenntnisse zurückgegriffen.

¹¹⁰ Ebd., S. 516.

¹¹¹ Ebd., S. 516-520.

¹¹² BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 92.

¹¹³ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 58-59; vgl. auch BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 92.

¹¹⁴ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 92.

¹¹⁵ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 38.

sion); 3. Keep it integrated (Board-Management-Dimension); 4. Keep it controlled (Evaluations-Dimension).¹¹⁶ Dieses Modell kann noch durch eine fünfte Dimension, «Keep it communicated» (Kommunikations-Dimension), ergänzt werden.¹¹⁷

Bei der Analyse der Umsetzung der PCG-Grundsätze auf Kantons- und Gemeindeebene konnten folgende Grundsätze zur Best Practice entwickelt werden: 1. Jährliche Portfoliobewertung auf der Ebene der Exekutive; 2. Eignerstrategie und Controllingsystem für zentrale Beteiligungen; 3. Angemessenes Risikomanagement, wobei die Exekutive die oberste Verantwortung trägt; 4. Konzentration auf das Wesentliche; 5. Harmonisierung der Organisation und des Controllings bei grösseren Portfolios; 6. Angemessene Berichterstattung an die Öffentlichkeit; 7. Ausgewogenes Verhältnis zwischen Steuerungsanspruch und Wahrung der Autonomie beziehungsweise der unternehmerischen Eigenverantwortung des Unternehmens; 8. Einbezug der Finanzkontrollen und deren Kompetenzen.¹¹⁸ Die Exekutive muss die finanziellen Risiken des Unternehmens einschätzen können. Öffentliche Unternehmen sollten ihre Rechnungslegung nach international anerkannten Standards (bspw. IPSAS, IFRS, Swiss GAAP FER) richten. Zusätzlich zu der jährlichen Rechnungslegung gibt es die Möglichkeit regelmässiger Zwischenberichte an den Eigner.¹¹⁹

Aufgrund von bisherigen Erfahrungen können insbesondere vier Problembereiche der Corporate Governance öffentlicher Unternehmen erkannt werden:¹²⁰

- Die Corporate Governance richtet sich zu wenig auf Besonderheiten öffentlicher Unternehmen aus.
- Die strategische Ausrichtung des Verwaltungsrats von öffentlichen Unternehmen ist ungenügend und die Kompetenzen- beziehungsweise Aufgaben- und Rollenabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ist unklar.
- Die Auswahl, Zusammensetzung, Beurteilung, Honorierung und Förderung der Leitungsgremien (VR und GL) ist verbesserungswürdig in Bezug auf die Professionalität.

1.2.1.3 Politische Dimension

Während in privaten Unternehmen die Kunden, der Wettbewerb und der Markt Einfluss auf den Erfolg oder Misserfolg eines Unternehmens haben, kommt bei öffentlichen Unternehmen eine politische Dimension hinzu.¹²¹ Öffentliche Unternehmen erbringen in der Regel einen Service public und haben dadurch eine besondere Verantwortung. Zudem gehören sie durch die staatliche Beteiligung zum Staat und unterliegen der demokratischen Kontrolle.¹²²

Ausgelagerte Einheiten unterliegen im Autonomiebereich zwar nicht der direkten Aufsicht, jedoch einer «Art Rechenschaftspflicht gegenüber Politik und Öffentlichkeit».¹²³

¹¹⁶ HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht, S. 4.

¹¹⁷ Ebd., S. 111.

¹¹⁸ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 93-94.

¹¹⁹ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 134-135.

¹²⁰ HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht, S. 3.

¹²¹ Ebd., S. 107.

¹²² SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 35.

¹²³ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 28.

Die Politik hat ein legitimes Interesse, Einfluss auf öffentliche Unternehmen zu nehmen.¹²⁴ Die Verpolitisierung eines öffentlichen Unternehmens stellt jedoch eine latente Gefahr dar.¹²⁵ Indem das Unternehmen seine Strategie transparent und verständlich macht und in der Öffentlichkeit, der Politik und der Verwaltung das Verständnis und den Fokus für das Unternehmen schärft, kann es einer Verpolitisierung entgegenwirken.¹²⁶

Zudem können so notwendige Veränderungen des Unternehmens einfacher vorgenommen werden.¹²⁷ Eine permanente Kommunikation des Leitungsgremiums mit der Öffentlichkeit und der Politik ist für ein öffentliches Unternehmen notwendig.¹²⁸ Die Öffentlichkeit und die Politik müssen den Zweck, die Positionierung, die Aufgaben, das Tätigkeitsspektrum sowie die Organisation und die Führung eines öffentlichen Unternehmens nachvollziehen können. Dies insbesondere, weil bei öffentlichen Unternehmen ein «demokratisches Defizit» besteht, das mit nachvollziehbarer und verständlicher Kommunikation sowie mit hoher Transparenz ausgeglichen werden kann.¹²⁹ Steuerungsinstrumente bei öffentlichen Unternehmen können Transparenz sowie demokratische Legitimation herstellen.¹³⁰

1.2.1.4 Eignerstrategie

Man kann zwischen der Geschäftsstrategie, der Unternehmensstrategie und der Eignerstrategie unterscheiden.¹³¹ Die Eignerstrategie ist ein Gesamtkonzept, wo der Staat beispielsweise die Risiko- und Innovationsneigung oder Wachstumsziele sowie die Dividendenpolitik des Unternehmens festhalten kann. Sie dient dem Eigner als Orientierung und dem Unternehmen als Handlungsvorgabe.¹³² In der Eignerstrategie hat der Eigner beziehungsweise die Exekutive als Gesamtgremium die Absicht zu definieren, die er mit der Beteiligung an einem Unternehmen verfolgt und er muss Rahmenbedingungen in Bezug auf die Ziele und die Art ihrer Erreichung festlegen.¹³³ Mittels der Eignerstrategie, die sich eine Stufe höher als die Unternehmensstrategie befindet, kann der Staat als Allein- oder Mehrheitsaktionär die angestrebte strategische Entwicklungsrichtung des Unternehmens, die Rahmenbedingungen sowie seine Wertvorstellungen in Form von normativen Grundsätzen festlegen.¹³⁴

¹²⁴ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 35.

¹²⁵ HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht, S. 109, vgl. S. 106-110.

¹²⁶ Ebd., S. 110.

¹²⁷ Ebd., S. 116-118.

¹²⁸ Ebd., S. 111.

¹²⁹ Ebd., S. 120.

¹³⁰ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 35.

¹³¹ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 26-28.

¹³² BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 361, die Eignerstrategie stellt ein flexibel einsetzbares und dynamisches Instrument dar, welches mittels langfristigen Zielsetzungen kurzfristige politische Richtungswechsel verhindern kann; vgl. dazu auch GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 33-36; SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 113; für Mustervorlagen s. HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht, S. 94-102; SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 115-122, 138-140, 285-289.

¹³³ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 29.

¹³⁴ BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 361.

Die Eignerstrategie wird von der Exekutive in Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Unternehmen entwickelt und dem Parlament zur Kenntnisnahme unterbreitet.¹³⁵ Die Einflussnahme des Eigners mittels Eignerstrategien/-zielen ist im Rahmen moderner Public Corporate Governance verbreitet.¹³⁶

1.2.1.5 Strategische Ziele

Nebst der Eignerstrategie, die für das Unternehmen nicht rechtlich verbindlich ist, kann der Staat dem Unternehmen konkrete strategische Ziele vorgeben. Ist dies in einem Spezialgesetz festgehalten, sind die strategischen Ziele für das Unternehmen rechtlich verbindlich.¹³⁷ Ohne spezialgesetzliche Grundlage sind die strategischen Ziele aufgrund von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR für die Unternehmen nicht verbindlich. Diesfalls dienen die strategischen Ziele bloss aber immerhin vorab dem Eigner als Grundlage für die Wahrnehmung der Eignerrechte sowie der Transparenz. Es gibt verschiedene Theorien zu der Formulierung der strategischen Ziele.¹³⁸ Es können nicht alle strategierelevanten Vorgänge in einem Unternehmen im Voraus geplant und beeinflusst werden. Gewisse strategische Vorgänge sind sowohl vom Verwaltungsrat als auch von der Geschäftsleitung – und erst recht vom Staat als Aktionär – beschränkt beherrschbar.¹³⁹ Bei der Formulierung von Zielvorgaben und Performanzkriterien sollte ferner beachtet werden, dass gewisse öffentliche Güter nicht messbar sind.¹⁴⁰

Unter die Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 OR), welche eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats darstellt, fällt auch die strategische Führung der Aktiengesellschaft.¹⁴¹ Durch die Vorgabe von strategischen Zielen nimmt der Staat Einfluss auf die unentziehbaren Oberleitungskompetenzen des Verwaltungsrats – zumindest, wenn sich die Zielvorgaben nicht nur auf die Eignerstrategie beziehen, sondern auch auf Bereiche der Unternehmensstrategie. Gestützt auf spezialgesetzliche Grundlagen (spezialgesetzliche Aktiengesellschaft) ist dies (wie soeben dargelegt) zulässig. Die strategische Handlungsfähigkeit des Unternehmens wird dadurch jedoch eingeschränkt.¹⁴² Werden die strategischen Ziele rechtlich verbindlich festgelegt, haften die Leitungsorgane des Unternehmens insoweit nicht, wenn sich die Ziele nachträglich als schadhaft erweisen.¹⁴³ Diesfalls kann sich allenfalls eine Haftung des Staates aus faktischer Organschaft ergeben.¹⁴⁴ Selbst bei spezialgesetzlich vorgesehenen strategischen Zielen ist indessen denkbar, dass diesen gegenüber dem Unternehmen nicht rechtliche Verbindlichkeit zukommt, was sich indessen aus den Rechtsgrundlagen beziehungsweise den Materialien dazu klar ergeben muss.

¹³⁵ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 57.

¹³⁶ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 95.

¹³⁷ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 249, 251, 261.

¹³⁸ Ebd., S. 37-41.

¹³⁹ Ebd., S. 435-436.

¹⁴⁰ VERHOEST ET AL., Government Agencies, S. 430-431; vgl. ausführlich zu der Festlegung von strategischen Zielen WORLD BANK, CG of state-owned enterprises, S. 101-130.

¹⁴¹ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 81.

¹⁴² BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 360; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 327-328.

¹⁴³ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 278.

¹⁴⁴ Vgl. GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 395-399, vgl. auch LIENHARD/WICHTER-MANN, PCG, S. 846-847.

Der Staat kann sowohl unternehmensbezogene als auch aufgabenbezogene Ziele vorgeben.¹⁴⁵ Es ist zentral, dass die strategischen Ziele mit dem Unternehmen gemeinsam formuliert werden und nicht einseitig von der Exekutive festgelegt werden. Der Staat muss den «Grad der Zielerreichung» regelmässig analysieren und mit dem Unternehmen besprechen.¹⁴⁶ Die strategischen Ziele richten sich primär an den Verwaltungsrat (strategische Führungsebene) des öffentlichen Unternehmens und nehmen Einfluss auf die mittelfristige strategische Entwicklung des Unternehmens.¹⁴⁷

Auf Bundesebene besteht ein Spannungsfeld zwischen unternehmensbezogenen und aufgabenbezogenen Zielen bei der Steuerung durch den Eigner.¹⁴⁸ Der Bundesrat ist der Ansicht, dass für die Steuerung öffentlicher Unternehmen beide Arten von Zielen benötigt werden, während teilweise vertreten wird, dass nur unternehmensbezogene strategische Ziele erlassen werden sollten.¹⁴⁹ Durch den Erlass aufgabenbezogener strategischer Ziele schränkt der Bundesrat indessen den Handlungsspielraum und die Kompetenzen des Verwaltungsrats in materieller Hinsicht ein.¹⁵⁰ Die Vorgabe von aufgabenbezogenen Zielen im Rahmen der Eignerrolle wird auch kritisch betrachtet, weil der Bundesrat dabei eher in der Rolle des Leistungsbestellers im Zuständigkeitsbereich der Einheit agiere.¹⁵¹

Beim Erlass der strategischen Ziele auf Bundesebene kann das Parlament mitwirken.¹⁵² Dass das Parlament eigenständig strategische Ziele ausarbeitet und vorgibt, wäre mit der Kompetenzaufteilung innerhalb des Bundes nicht vereinbar. Eine direkte Einflussnahme des Parlaments auf die Strategie eines öffentlichen Unternehmens ist konsequenterweise nicht vorgesehen.¹⁵³

In einem Expertenbericht zuhanden der PVK aus dem Jahr 2012 wurde festgehalten, dass über die Hälfte der Ziele auf Bundesebene systemfremd, nicht stufengerecht oder nicht in der Form eines strategischen Ziels formuliert waren.¹⁵⁴ Eine Gewichtung und Priorisierung der Ziele fehlte. Zudem wurde nicht auf Zielkonflikte eingegangen.¹⁵⁵

¹⁴⁵ Ebd., S. 256-257.

¹⁴⁶ Ebd., S. 259.

¹⁴⁷ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 113.

¹⁴⁸ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 6; vgl. dazu auch GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 87-90.

¹⁴⁹ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 6-7, 35-36.

¹⁵⁰ Ebd., S. 35, 41

¹⁵¹ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 39, unterschieden wird zwischen Leistungsbestellungen im Verantwortungsbereich der Einheit und solchen im Verantwortungsbereich des Bundes. Die Aufsicht über Leistungen im Verantwortungsbereich der Einheit beschränke sich auf Rechenschaftsprüfungen und erfolge in der Regel durch den Bundesrat. Die Aufsicht über Bestellungen im Verantwortungsbereich des Bundes sei in der Regel umfassender und werde v.a. durch Fachdepartemente ausgeübt, S. 41.

¹⁵² STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 6-7.

¹⁵³ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 275.

¹⁵⁴ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 21, so gab es z.B. Ziele, welche zu den Kernaufgaben des Verwaltungsrats gehörten, welche bereits im Gesetz festgehalten wurden oder welche in die Verantwortung der Politik oder des Regulators gehörten.

¹⁵⁵ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 22, 39-40; vgl. auch SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 114.

1.2.1.6 Berichtssystem

Die Rechenschaftsablage ausgelagerter Verwaltungsträger gegenüber dem Eigner erfolgt durch ein transparentes und stufengerechtes Reporting.¹⁵⁶

Den Steuerungsinstrumenten steht ein Reportingsystem gegenüber.¹⁵⁷ Darin sind Angaben über die Umsetzung der Vorgaben, die Erfüllung von Leistungs- und Wirkungszielen sowie über die Rechnungslegung nach anerkannten Standards auszuweisen.¹⁵⁸

Das jährliche Reporting der Unternehmen ist ein zentrales Instrument zur Überprüfung der Zielerreichung.¹⁵⁹ Die Berichte über die Erreichung der strategischen Ziele folgen inhaltlich einer vergleichbaren Logik. Grundlage dafür bilden die von den Unternehmen erhobenen Kennzahlen.¹⁶⁰

Die in der Verwaltung zuständige Einheit für die Wahrnehmung der Eignerrolle soll über ihre eigenen Leistungen bei der Steuerung sowie über die Zielerreichung der Unternehmen Rechenschaft ablegen.¹⁶¹ Die Berichterstattung über die Zielerreichung wird nach einer ersten Einschätzung durch das Generalsekretariat des Fachdepartements und die EFV sowie nach einem Eignerggespräch mit dem Unternehmen mit einem Beurteilungsbericht für die GPK und die FK seitens des Eigners ergänzt.¹⁶² Die eigenständige Beurteilung der Zielerreichung, die der Bund erstellt, weicht jeweils nur geringfügig von der Beurteilung der Unternehmen über die Erfüllung der strategischen Ziele ab.¹⁶³

1.2.1.7 Eignerggespräche

Eignerggespräche werden zwischen dem Staat beziehungsweise zwischen der Exekutive/dem Departement und den jeweiligen Vertretungen des Unternehmens geführt. Sie zielen darauf ab, einen aktiven Dialog herzustellen und bezwecken zudem, dass der Staat seine Erwartungen und Absichten näher erläutern kann.¹⁶⁴ Der Staat kann dadurch an strategierelevante Informationen gelangen und es können strategierelevante Elemente diskutiert und gemeinsam festgelegt werden. Die Eignerggespräche dienen auch der Herstellung eines Vertrauensverhältnisses.¹⁶⁵ Sie können unterschiedlich ausgestaltet sein (bspw. bedarfsabhängige Ad-hoc-Gespräche oder auch institutionalisierte Gespräche). Die Verhandlungsergebnisse der Gespräche sind rechtlich nicht verbindlich.¹⁶⁶ Die Eignerggespräche dienen insbesondere der gegenseitigen Information, wobei gleichzeitig auch gemein-

¹⁵⁶ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 92.

¹⁵⁷ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 60.

¹⁵⁸ LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 841.

¹⁵⁹ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 23-24.

¹⁶⁰ Ebd., S. 27.

¹⁶¹ Ebd., S. 29.

¹⁶² Vgl. ebd., S. 35.

¹⁶³ Ebd., S. 40.

¹⁶⁴ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 285.

¹⁶⁵ Ebd., S. 288-289.

¹⁶⁶ Ebd., S. 285.

same politische Standpunkte festgelegt werden können. Die Autonomiebereiche der Unternehmen sind dabei zu respektieren.¹⁶⁷ Auch bei rein privaten Aktiengesellschaften finden vor allem mit Grossaktionären und institutionellen Investoren informelle Gespräche statt.¹⁶⁸

Eignergespräche können aufgrund der Gleichbehandlungspflicht der Minderheitsaktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR) sowie aufgrund der Pflicht zur Ad-hoc-Publizität problematisch sein.¹⁶⁹ Zudem kann der Einfluss der Eignergespräche auf den Verwaltungsrat die Verantwortlichkeitsbereiche verwischen.¹⁷⁰

1.2.1.8 Informelle Steuerungsmöglichkeiten

In der Praxis ist die Steuerung öffentlicher Unternehmen regelmässig von informellen Absprachen beeinflusst. Das Einvernehmen zwischen den Verantwortlichen aus Politik, Verwaltung und öffentlichen Unternehmen hat einen Einfluss auf das Ausmass der Formalisierung von Steuerung.¹⁷¹

Informelle Steuerungsinstrumente ermöglichen dem Staat, eine unkomplizierte Deponierung seiner Anliegen und eine «Feinabstimmung» in Bezug auf die strategischen Vorgaben vorzunehmen. Offene und ehrliche Dialoge zwischen dem Eigner und den Vertretungen des Unternehmens ermöglichen eine konstruktive und vertrauensvolle Zusammenarbeit. Die informellen Steuerungsinstrumente sind jedoch weniger transparent und nachvollziehbar.¹⁷²

Der Staat kann das Unternehmen auch durch politischen Druck zu einem bestimmten Handeln bewegen. So kann er etwa die Öffentlichkeit in die entsprechende Diskussion miteinbeziehen. Er kann auch beispielsweise über die Medien eine öffentliche Debatte auslösen. Die Anwendung politischer Instrumente widerspricht jedoch dem Gedanken der Entpolitisierung und es ergeben sich verschiedene Problemfelder, wie etwa die Gefahr von Reputationsschäden. Auch können sich durch den Einsatz informeller Steuerungsinstrumente Vermischungen der Verantwortlichkeiten ergeben.¹⁷³

1.2.1.9 Rechtsetzende Erlasse

Gutes Organisationsrecht beinhaltet klar zugeteilte Verantwortlichkeiten und eine klare Zuständigkeitsordnung.¹⁷⁴ Es besteht die Möglichkeit, ein «Corporate-Governance-Gesetz» zu erlassen, das die Bestimmungen in den Querschnittserlassen (bspw. RVOG, ParlG, FKG) vereint.¹⁷⁵ Das Fürstentum Liechtenstein beispielsweise hat nach einer Analyse der Corporate Governance ein derartiges «Rahmengesetz» erlassen.¹⁷⁶ Damit konnten die zahlreichen Spezialgesetze entlastet werden und die Harmonisierung von vielen

¹⁶⁷ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 169, vgl. zu möglichen im Eignergespräch zu behandelnden Themenbereichen S. 169-170, 183.

¹⁶⁸ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 287.

¹⁶⁹ Ebd., S. 289-293.

¹⁷⁰ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 38, 41.

¹⁷¹ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 34.

¹⁷² GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 298-299.

¹⁷³ Ebd., S. 295-298.

¹⁷⁴ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 80.

¹⁷⁵ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 70; LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 850.

¹⁷⁶ HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht, S. 56; SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 103.

unübersichtlichen Regelungen wurde ermöglicht. Die Erfahrungen im Fürstentum Liechtenstein haben gezeigt, dass der Erlass eines solchen Rahmengesetzes zielführend ist.¹⁷⁷ In einem solchen Rahmengesetz können Vorschriften zur Führung (bspw. Kriterien zur Abwahl eines Verwaltungsratsmitglieds oder Unvereinbarkeitsbestimmungen), zur Kontrolle (bspw. Erlass einer Eignerstrategie, Definition der Kontrollmöglichkeiten der Exekutive), zur Effizienz (bspw. Bestimmungen bezüglich Protokollführung und -aufbewahrung) sowie auch zur Transparenz (bspw. Pflichtangaben im Jahresbericht) gemacht werden.¹⁷⁸ Nur in Ausnahmefällen soll im Organisationserlass von den Vorgaben des Rahmengesetzes abgewichen werden.¹⁷⁹

1.2.1.10 Organisationserlass

Für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts ausserhalb der Bundesverwaltung bedarf es gemäss Art. 178 Abs. 3 BV einer spezialgesetzlichen Grundlage. Die betreffenden Organisationserlasse legen insbesondere die Organisation und die Aufgaben fest. Im Organisationserlass sind insbesondere folgende Komponenten zu regeln: Rechtsform/Sitz/Firma, Organe, Zweck und Unternehmensziele, Aufgabenübertragung (gesetzlicher Leistungsauftrag), Steuerungsinstrumente, Finanzierung, Beteiligungen/Tochterfirmen, besondere Aufsichts-/Oberaufsichtsrechte, Rechnungswesen und Gewinnverwendung, Personalwesen, Haftung, Steuern/Versicherungen, anwendbares Recht im Verhältnis zu Dritten/Kontrahierungspflichten, Rechtsetzungsbefugnisse, Rechtsschutz, Schluss- und Übergangsbestimmungen.¹⁸⁰ Bereits bei der Ausgestaltung der rechtlichen Grundlagen ist auf die Wettbewerbsneutralität zu achten (bspw. Quersubventionierungsverbote, transparente Rechnungslegung, Trennung von Geschäftsbereichen, Begrenzung des Tätigkeitsfelds, keine Finanzierungs- und Steuerprivilegien, Aufteilung der Unternehmen, Verzicht auf Staatsgarantien und auf Informationsvorteile).¹⁸¹

1.2.1.11 Rechtsformen und anwendbare gesetzliche Grundlagen

Die Rechtsform des ausgelagerten Verwaltungsträgers bildet eine wesentliche Grundlage für die Steuerung und hat Einfluss auf die Steuerungsinstrumente respektive auf die Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten des Gemeinwesens.¹⁸² Sie wird auch als Steuerungselement bezeichnet.¹⁸³ Der Staat kann entweder eine privatrechtliche Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 ff. OR errichten, sich an einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft gemäss Art. 762 OR beteiligen oder es kann eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art 763 OR errichtet werden.¹⁸⁴

¹⁷⁷ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 103.

¹⁷⁸ HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht, S. 60-65.

¹⁷⁹ Ebd., S. 76-77, Abweichungen können gemacht werden, damit den besonderen Anforderungen einzelner öffentlicher Unternehmen Rechnung getragen werden kann.

¹⁸⁰ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 67-68.

¹⁸¹ LIENHARD, Leitplanken, S. 4-6, mit weiteren Hinweisen.

¹⁸² STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 79-80.; FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 91.

¹⁸³ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 404.

¹⁸⁴ BÜHLER, CG bei Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, S. 514, auf Kantonsebene werden die Kantone bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften durch Art. 763 OR eingeschränkt; BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 356-357; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 70.

Bei einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR sind die Grundzüge der Organisation und der Steuerung durch das Obligationenrecht vorgegeben.¹⁸⁵ Dem Staat kommen in diesem Fall keine Sonderrechte zu, ausser diese sind in einer «besonderen und rechtsgenügenden öffentlich-rechtlichen Sonderbestimmung» festgehalten.¹⁸⁶ Das zwingende Aktienrecht stellt eine «generelle Schranke für die Ausgestaltung der Einwirkungs- und Kontrollrechte des Staates» dar.¹⁸⁷ Allfällige Eigenerziele richten sich bei Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR an die (allenfalls mandatierten) Vertretungen in den Verwaltungsräten – und nicht an die Unternehmung selbst.¹⁸⁸ Rechtsformen des Privatrechts können «strukturelle Defizite hinsichtlich der verfassungsrechtlich gebotenen demokratischen Rückbindung an das Muttergemeinwesen» aufweisen.¹⁸⁹

Gewisse Autoren vertreten die Ansicht, dass die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nur subsidiär nebst der privatrechtlichen Aktiengesellschaft eingesetzt werden sollte. Andere Autoren bevorzugen die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft.¹⁹⁰ Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft auf Bundesebene gilt gegenüber der privatrechtlichen Aktiengesellschaft als staatsnäher.¹⁹¹ Teilweise wird pointiert die Auffassung vertreten, dass anstelle von (auch spezialgesetzlichen) Aktiengesellschaften Anstalten, Stiftungen und Körperschaften errichtet werden sollten, da die Steuerung mittels strategischen Zielen nur «symbolischen Charakter» habe.¹⁹²

Bei börsenkotierten Aktiengesellschaften müssen nebst den aktienrechtlichen Vorgaben auch die Vorschriften des Kapitalmarktrechts berücksichtigt werden.¹⁹³

1.2.1.12 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft

Für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann das Gemeinwesen öffentlich-rechtliche Vorgaben (bspw. Organisationserlasse für die Art und Weise der öffentlichen Aufgabenerfüllung) erlassen, wodurch ein verstärkter Einfluss auf die Leistungserbringung genommen werden kann.¹⁹⁴

¹⁸⁵ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 81; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 125-126.

¹⁸⁶ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 71, 133-134, dabei beschränkt sich der Gesetzgeber auf "punktuelle Eingriffe in die Ordnung des Obligationenrechts" (z.B. Verpflichtung des Verwaltungsrats zur Umsetzung der staatlichen Strategieziele), S. 82.

¹⁸⁷ Ebd., S. 126.

¹⁸⁸ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 64-65.

¹⁸⁹ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 281.

¹⁹⁰ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 82, vgl. auch S. 86, 416-419; die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft wird bevorzugt von STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 117, 386, 700, wobei auf S. 140-141 insbesondere die grossen gestalterischen Spielräume öffentlich-rechtlicher Organisationsformen betont wird; vgl. zu der Wahl der geeigneten Rechtsform auch SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 90-95; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 91-118.

¹⁹¹ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 66-67, bei der Post wurde aufgrund besserer Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes sowie der für die Öffentlichkeit erkennbare Staatsnähe die Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft gewählt.

¹⁹² ODERMATT, Art. 178 BV, S. 327-329.

¹⁹³ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 132.

¹⁹⁴ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 82.

Der Bund kann aufgrund seiner Zivilrechtskompetenz gemäss Art. 122 BV sowie aufgrund seiner Organisationskompetenz gemäss Art. 178 Abs. 3 BV die bestehenden Gesellschaftsformen im Einzelfall abändern und öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Sonderregeln erlassen.¹⁹⁵ Spezialgesetzliche Vorschriften des Bundes gehen dem Gesellschaftsrecht vor.¹⁹⁶ Bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft kann der Staat seine Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten weitgehend selbst festlegen und das Aktienrecht gelangt lediglich subsidiär zur Anwendung.¹⁹⁷ Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft richtet sich in erster Linie nach dem Organisationserlass und, sofern solche vorhanden sind, nach den Statuten.¹⁹⁸ Bei der Errichtung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft orientiert sich der Staat an den bewährten Strukturen gemäss dem Obligationenrecht, wodurch der Regelungsaufwand minimiert und die funktionale Zweckmässigkeit garantiert ist. Gleichzeitig kann er auf die Aufgabenerfüllung und den Einzelfall zugeschnittene Regelungen im Rahmen der Corporate Governance erlassen.¹⁹⁹ Für staatliche Kompetenzen, die über die im Gesellschaftsrecht statuierten Aktionärskompetenzen hinausgehen, braucht es eine formell-gesetzliche Grundlage.²⁰⁰ Die Steuerungsinstrumente (Leistungsauftrag und -vereinbarung, Eignerstrategie) sowie auch die Aufsichtsrechte bedürfen einer spezialgesetzlichen Grundlage, wobei letztere bei gleichen Aufgabentypen harmonisiert werden soll.²⁰¹ Um die Steuerungselemente des Gemeinwesens bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften zu ermitteln, müssen sowohl die spezialgesetzlichen als auch die aktienrechtlichen Grundlagen beachtet werden.²⁰²

Einwirkungsmöglichkeiten bei einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft können etwa Weisungsrechte gegenüber Verwaltungsratsmitgliedern, Mitentscheidungs- und Einspruchsrechte sowie Genehmigungs- und Widerspruchsvorbehalte in Bezug auf Finanz- und Sachentscheide sein.²⁰³

1.2.1.13 Aktionärsrechte

Bei Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR kann die Regierung dem Unternehmen keine verbindliche Eignerstrategie vorgeben. Sie kann diese jedoch in der Generalversammlung bekannt geben und/oder an ihre allfällige Vertretung im Verwaltungsrat richten.²⁰⁴

¹⁹⁵ BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 357; FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 127-128; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 142, 287, zudem S. 125-126, wo u.a. dargelegt wird, dass es Stimmen gebe, die Abweichungen des Bundesgesetzgebers von den normierten Gesellschaftstypen im Interesse der Rechtssicherheit nur in Ausnahmefällen zulassen.

¹⁹⁶ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 287.

¹⁹⁷ BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 356-357; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 78; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 143, 387.

¹⁹⁸ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 80.

¹⁹⁹ BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 358.

²⁰⁰ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 131.

²⁰¹ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 67-68.

²⁰² STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 387.

²⁰³ Ebd., S. 389-390.

²⁰⁴ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 64-65.

Die Rechte von Minderheitsaktionären sind zu respektieren und die Gleichbehandlung aller Aktionäre sollte sichergestellt sein.²⁰⁵ Falls es Minderheitsaktionäre gibt, kann das Gemeinwesen mit diesen beispielsweise Aktionärbindungsverträge abschliessen.²⁰⁶

Der Staat kann für die Wahrnehmung seiner Funktion als Aktionär im Rahmen der Aktionärsrechte grundsätzlich nicht verantwortlich gemacht werden.²⁰⁷ Wenn der Staat jedoch massgeblich auf die Willensbildung, auf Entscheide und Beschlussfassungen des Verwaltungsrats einwirkt, kann er in eine faktische Organstellung gelangen und verantwortlich beziehungsweise haftbar werden.²⁰⁸

Will der Staat als Mehrheitsaktionär durchsetzen, dass die von ihm beherrschte Gesellschaft eine spezifische strategische Ausrichtung vornimmt, kann er den Gesellschaftszweck entsprechend anpassen.²⁰⁹

1.2.1.13.1 Statuten

Bei der Ausgestaltung der Statuten (vgl. Art. 626 OR) eines öffentlichen Unternehmens kann möglichen Interessenskonflikten entgegengewirkt werden.²¹⁰ Auch in den Statuten kann das öffentliche Unternehmen auf einen bestimmten öffentlichen Zweck ausgerichtet werden, um die Aufgabenerfüllung sicherzustellen.²¹¹ Zudem können die dem Staat vorbehaltenen Kontroll- und Einflussmöglichkeiten durch konkrete Bestimmungen in den Statuten in Bezug auf die Organisation, Zuständigkeiten und Verfahrensbestimmungen konkretisiert werden.²¹² Die Statuten können auch Bezug zur Eignerstrategie nehmen oder – falls keine gesetzlichen Regelungen vorhanden sind – die Eignerstrategie direkt vorsehen. Die präzise Festlegung des Gesellschaftszwecks in den Statuten wird bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften auch als eine zwingende Voraussetzung zur Errichtung einer «steuerungstauglichen Gesellschaft» betrachtet. Nur somit könne das öffentliche Interesse zum Eigeninteresse der Gesellschaft werden.²¹³

Die Statuten können gewisse Rechte und Pflichten an die Generalversammlung delegieren. Der Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung kann jedoch nur sehr beschränkt ausgedehnt werden. Beispielsweise dürfen die Statuten keine Genehmigung der Generalversammlung von Investitionsentscheiden einer bestimmten Grössenordnung vorsehen, weil dadurch die Kompetenzen von Verwaltungsrat und Generalversammlung verwischt würden.²¹⁴ In den Statuten kann die Verfolgung öffentlicher Interessen beim Gesell-

²⁰⁵ WORLD BANK, CG of state-owned enterprises, S. 243.

²⁰⁶ Vgl. FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 116-117; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 337, der weitere Möglichkeiten zur Sicherung der Stimmrechtsmacht des Gemeinwesens nennt wie z.B. Stimmrechtsbeschränkungen.

²⁰⁷ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 389, 394.

²⁰⁸ Ebd., S. 395, ausführlich S. 395-418.

²⁰⁹ Ebd., S. 359-360.

²¹⁰ LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 838.

²¹¹ BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 361; vgl. auch GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 155-157; FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 113-114; vgl. ausführlich dazu STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 312-327.

²¹² BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 361.

²¹³ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 311.

²¹⁴ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 84-85.

schaftszweck verankert werden. Damit kann das an sich verbotene Weisungsrecht im Bereich der unentziehbaren und unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats relativiert werden.²¹⁵

1.2.1.13.2 Wahl externe Revisionsstelle

Auf Bundesebene ist der Bundesrat als Allein- beziehungsweise Mehrheitsaktionär (im Rahmen der Generalversammlung) zuständig für die Wahl der externen Revisionsstelle.²¹⁶ Die Statuten und die Generalversammlung können die Organisation der Revisionsstelle eingehender regeln und deren Aufgaben erweitern (Art. 731a Abs. 1 OR).

1.2.1.13.3 Wahl Verwaltungsrat

Der Wahl des Verwaltungsrats kommt zentrale Bedeutung zu bei der Steuerung ausgelagerter Verwaltungsträger. Der Staat kann als Mehrheits- oder Alleinaktionär dessen Zusammensetzung bestimmen.²¹⁷ Er kann zudem spezifische organisatorische Vorgaben festlegen. Dies verschafft ihm weitgehende Einflussmöglichkeiten.²¹⁸

Die Regierung hat nebst dem Wahl- und Abberufungsrecht weitere Möglichkeiten, den Verwaltungsrat dazu zu bringen, in ihrem Interesse zu handeln (bspw. Verweigerung der Décharge oder Nichtgenehmigung der Vergütung).²¹⁹

Die Ausgestaltung des Verwaltungsrats ist zentral. Für dessen Mitglieder ist ein Anforderungsprofil zu erstellen und es ist darauf zu achten, dass keine Gefälligkeitsmandate vergeben werden.²²⁰ Je komplexer das Tätigkeitsumfeld des öffentlichen Unternehmens ist, desto vielfältiger sollte die Zusammensetzung des Verwaltungsrats (strategische Führungsebene) sein.²²¹ Bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrats sollte auf die Fachbereiche (verschiedene Disziplinen) sowie auf die Heterogenität (Durchmischung bezüglich Geschlecht und Alter) geachtet werden.²²² Im Vordergrund für die Auswahl sollten Fachkenntnisse, Erfahrung und ein politisches Empfindungsvermögen stehen.²²³ Die Verwaltungsratsmitglieder sollten über dasselbe Know-how verfügen wie die Geschäftsleitungsmitglieder, damit sie ihre Funktionen wirksam ausüben können. Für grosse öffentliche Unternehmen werden 7 bis 9 Verwaltungsratsmitglieder empfohlen.²²⁴ Die Regierung sollte einen Rekrutierungsprozess vorsehen.²²⁵ Allenfalls können externe Spezialisten für

²¹⁵ Ebd., S. 85-86.

²¹⁶ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 37.

²¹⁷ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 114.

²¹⁸ Vgl. GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 162.

²¹⁹ Ebd., S. 171, vgl. ausführlich zu den Sanktionsmöglichkeiten des Aktionärs S. 183-195.

²²⁰ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 63; LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 842; vgl. auch BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 93; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 164-165; vgl. ausführlich zum Anforderungsprofil SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 188-189; zum Anforderungsprofil vgl. auch STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 430-431, zu den Anforderungen s. auch 677-683.

²²¹ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 187.

²²² SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 188; vgl. auch STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 678.

²²³ LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 842.

²²⁴ HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht, S. 14, 18 schlagen max. 7 Mitglieder vor; SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 186-187, schlagen 7 bis 9 Mitglieder vor und verweisen auf Autoren, die maximal 9 Mitglieder empfehlen.

²²⁵ HILB/HÖSLY/MÜLLER, Führung und Aufsicht, S. 81.

die Suche und Auswahl von geeigneten Kandidaten beigezogen werden.²²⁶ Eine alternative Möglichkeit ist die Einsetzung eines Nominations-Ausschusses (je eine Fachperson aus dem Bereich Personalmanagement, dem Bereich Corporate Governance und eine Person mit Branchenkenntnissen).²²⁷

1.2.1.14 Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat erstellt und setzt die Unternehmensstrategie um und er ist zuständig für die Besetzung, Beaufsichtigung und Führung der Geschäftsleitung (Operative Führungsebene), das Risikomanagement (Risk Management), das Controlling und das Interne Kontrollsystem (IKS).²²⁸ Der Verwaltungsrat ist auch zuständig für den Erlass eines Organisationsreglements.²²⁹

Die Qualität der Führungs- und Managementkompetenzen der Leitungsorgane ist zentral für die Leistung der verselbstständigten Einheit.²³⁰ Durch einen Integritätskodex kann dafür gesorgt werden, dass die Geschäftsleitung für hohe ethische Standards und effektive interne Kontrollmechanismen verantwortlich ist.

Das Obligationenrecht statuiert unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 OR).²³¹ Der Bund kann mittels Spezialgesetz von den zwingenden Bestimmungen des OR abweichen.²³² So kann er dem Verwaltungsrat auch vorschreiben, dass er die Geschäftsführung im Rahmen eines Organisationsreglements delegieren muss (vgl. Art. 12 SBBG und Art. 10 Abs. 1 TUG). Gemäss dem Aktienrecht würde dieser Entscheid im Ermessen des Verwaltungsrats liegen. Auch bestimmte Beschlüsse aus dem Kompetenzbereich des Verwaltungsrats kann sich das Gemeinwesen vorbehalten (bspw. Beschlüsse über bestimmte Umstrukturierungen oder in Bezug auf die Vergütungen).²³³

1.2.1.15 Staatsvertretungen

Die Entsendung von Staatsvertretungen in den Verwaltungsrat eines öffentlichen Unternehmens ist ein zentrales Steuerungsinstrument des Staats, insbesondere wenn damit ein Weisungsrecht einhergeht.²³⁴ Das Gemeinwesen kann auch Vertretungen in den Verwaltungsrat entsenden, wobei diese Vertretungen über die gleichen Rechte verfügen wie die von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsratsmitglieder.²³⁵ Der Begriff der Staatsvertretung wird in der juristischen Literatur nicht einheitlich verwendet. Der Bundesrat unterscheidet zwischen Staatsvertretungen im engeren und im weiteren Sinn. Staatsvertretungen im engeren Sinn werden durch Vertrag oder Gesetz verpflichtet, die

²²⁶ Ebd., S. 77.

²²⁷ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 190.

²²⁸ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 57, vgl. ausführlich zu der Funktion, den Aufgaben und den Instrumenten des Verwaltungsrats S. 197-203, S. 219-246 sowie S. 257-279. Die Herausforderungen für Verwaltungsräte öffentlicher Unternehmen werden auf den S. 279-280 dargelegt; ebenzu den Aufgaben des Verwaltungsrats vgl. auch STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 406-408.

²²⁹ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 105-106.

²³⁰ VERHOEST ET AL., Government Agencies, S. 431, 432.

²³¹ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 84.

²³² BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 357.

²³³ Ebd., S. 360-361.

²³⁴ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 212.

²³⁵ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 96.

Interessen des Bundes zu vertreten.²³⁶ Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften zu unterscheiden ist zwischen der Vertretung gemäss Art. 762 OR (entsandter Vertreter) und der Vertretung gemäss Art. 707 Abs. 3 OR (gewählter Vertreter).²³⁷ Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften ist im Spezialgesetz beziehungsweise Organisationserlass festzulegen, welches Organ auf welche Weise Vertretungen des Gemeinwesens in den Verwaltungsrat bestellt.²³⁸

Ein Teil der Lehre lehnt es ab, eine Staatsvertretung in den Verwaltungsrat Einsitz nehmen zu lassen – dies insbesondere wegen potenzieller Interessenkollisionen bei Regierungsmitgliedern wegen des doppelten Pflichtnexus.²³⁹ Grundsätzlich sollten dementsprechend Personen, die dem Trägergemeinwesen angehören, keinen Einsitz in den Verwaltungsrat nehmen.²⁴⁰ Andere Autoren sind der Meinung, dass dies je nach Einzelfall entschieden werden müsse.²⁴¹ Aufgrund der hohen politischen Bedeutung einzelner Aufgabenfelder gibt es Fälle, wo sich die Exekutive direkt im Verwaltungsrat vertreten lässt. In diesem Fall sind Mandatsverträge mit der Vertretung abzuschliessen.²⁴² Nach herrschender Lehre gehen bei Interessenskonflikten des Verwaltungsrats die Gesellschaftsinteressen vor.²⁴³ Es wird jedenfalls empfohlen, dieses Instrument zurückhaltend einzusetzen.²⁴⁴

Das Gemeinwesen haftet grundsätzlich für entsendete Verwaltungsratsmitglieder.²⁴⁵ Da durch eine Entsendung zwei Kategorien von Verwaltungsräten geschaffen werden und sich das Haftungsrisiko für das Gemeinwesen erhöht beziehungsweise Verantwortlichkeiten verwischt werden, widerspricht dies den Grundsätzen einer guten Public Corporate

²³⁶ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 410-411.

²³⁷ Ebd., S. 411-412, 435.

²³⁸ Ebd., S. 437.

²³⁹ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 63; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 695 legt dar, dass ein Staatsvertreter nur bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften mit kantonaler Beteiligung als notwendig erscheint. Die Einsitznahme von Behördenmitgliedern in Verwaltungsräten sei mit zahlreichen Problemen verbunden, vgl. S. 694; SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 125.

²⁴⁰ Obwohl gewisse Argumente für Behördenmitglieder im Verwaltungsrat sprechen, besteht die Gefahr von Interessenskollisionen und allenfalls des doppelten Pflichtennexus, LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 63; vgl. dazu aber LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 842; BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 104-105; vgl. ausführlich zu dieser Thematik SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 122-131, welche einen Vertreter der Exekutive im Verwaltungsrat ebenfalls ablehnen; vgl. insbesondere auch STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 621, 624.

²⁴¹ FORSTMOSER/MÜLLER, Kantonsvertretungen, S. 31-33; vgl. am Beispiel öffentlich-rechtlicher Anstalten des Kantons Zürich MÜLLER, Aufsicht Anstalten Kanton Zürich, S. 495, 498.

²⁴² LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 838-839; BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 362.

²⁴³ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 85; vgl. aber BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 362, der festhält, dass u.U. auch die Interessen des delegierenden Gemeinwesens vorgehen können.

²⁴⁴ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 243-245; ausführlich zu den Vor- und Nachteilen einer Vertretung des Gemeinwesens im Verwaltungsrat s. STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 685-696.

²⁴⁵ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 211.

Governance.²⁴⁶ Die Entsendung staatlicher Vertretungen in den Verwaltungsrat ist mit mehreren rechtlichen und faktischen Problemen verbunden.²⁴⁷ So kann die Pflicht des Verwaltungsrats, alle Aktionäre gleich zu behandeln, durch die Weitergabe von Informationen an den Staat, jedoch nicht an andere Aktionäre, verletzt werden. Die Vertretung kann zudem Interessens- und Pflichtenkollisionen unterliegen. Schliesslich kann der Staat durch die Staatsvertretung in eine faktische Organstellung eintreten.²⁴⁸ Um dem entgegenzuwirken, könnte der Staat den Gesellschaftszweck gezielt hinsichtlich der Wahrnehmung von öffentlichen Interessen formulieren.²⁴⁹

Aus Bundesebene soll nur dann eine Staatsvertretung in den Verwaltungsrat Einsitz nehmen, wenn der Bund seine Interessen anders nicht angemessen wahrnehmen kann oder wenn das Anforderungsprofil des Leitungsorgans dies nahelegt.²⁵⁰ Bei der Swisscom entsendet der Bund eine Staatsvertretung in den Verwaltungsrat. Da die Informationsflüsse zwischen dem Verwaltungsratspräsidium und der Verwaltung auch ohne Staatsvertretung intensiv sind, ist der Zusatznutzen aus einer inhaltlichen Perspektive beschränkt.²⁵¹

1.2.1.16 Einflüsse auf Verwaltungsrat

Weisungen des Eigners an die Verwaltungsratsmitglieder werden durch das OR in Bereichen mit Ermessensspielraum bei vollständig beherrschten Aktiengesellschaften grundsätzlich zugelassen. Die Tragweite des Weisungsrechts ist jedoch in der Lehre umstritten und gesellschaftsrechtlich können sich Schwierigkeiten ergeben.²⁵² Weisungen können mittels Mandatsverträgen erteilt werden oder es erfolgt eine Verpflichtung, dass die öffentlichen Interessen bestmöglich gewahrt werden. Im Tagesgeschäft sind ebenfalls Weisungen denkbar. Auch bei erteilten Weisungen behält der Verwaltungsrat seine aktienrechtliche Verantwortung.²⁵³ Weisungen im Bereich der zwingenden Aufgaben des Verwaltungsrats (Art. 716a OR) sind grundsätzlich unzulässig.²⁵⁴ Weisungsbefugnisse sind im Organisationserlass (Spezialgesetz) ausdrücklich festzuhalten.²⁵⁵

Sind bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften Weisungen vorgesehen, müssen verschiedene Aspekte wie beispielsweise Vorgaben des Aktienrechts (Treuepflicht sowie unentziehbare und unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrats, doppelter Pflichtenexus) oder bestehende Mittel zur Vorbeugung von Pflichtenkonflikten beachtet werden.²⁵⁶ Das Aktienrecht lässt eine Weisungsbindung von Verwaltungsratsmitgliedern zu, sofern sich die Weisungen mit den Gesellschaftsinteressen decken. Bei Vertretungen gemäss Art. 762 OR sind Weisungen wesensgemäss grundsätzlich zulässig ist.²⁵⁷ Bei spezialgesetzlichen

²⁴⁶ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 96-97.

²⁴⁷ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 164.

²⁴⁸ Ebd., S. 235-238.

²⁴⁹ Ebd., S. 238.

²⁵⁰ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 37.

²⁵¹ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 36.

²⁵² BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 83-84, Weisungen müssen sowohl mit den Gesellschaftsinteressen als auch mit der Rechtsordnung übereinstimmen. Zu beachten ist, dass Weisungen des Gemeinwesens im Bereich des Verwaltungsrats Haftungspflichten nach sich ziehen können, S. 87.

²⁵³ Ebd., S. 84.

²⁵⁴ Ebd., S. 84.

²⁵⁵ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 50.

²⁵⁶ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 449.

²⁵⁷ Ebd., S. 458-459.

Aktiengesellschaften kann sich das Weisungsrecht aus dem Gesetz oder aus dem Rechtsverhältnis zwischen Gemeinwesen und Staatsvertretung ergeben.²⁵⁸ Der überwiegende Teil der Lehre erachtet Weisungen bei Staatsvertretungen nur in denjenigen Bereichen als zulässig, in denen der Vertretung ein freier Ermessensspielraum zusteht.²⁵⁹

Für den Verwaltungsrat ist seine Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) massgebend.²⁶⁰ Die Gesellschaftsinteressen gehen grundsätzlich vor.²⁶¹ Auch bei vom Gemeinwesen entsandten Verwaltungsratsmitgliedern setzen die Gesellschaftsinteressen und die Organpflichten des Verwaltungsrats der Weisungsbefolgungspflicht Grenzen.²⁶² Die Staatsvertretung hat die Weisungen unter anderem vor dem Gesichtspunkt des doppelten Pflichtenexus zu prüfen, bevor sie diese umsetzt.²⁶³

Gegen unzumutbare Weisungen oder Eingriffe des Eigners kann sich der Verwaltungsrat zur Wehr setzen. So kann er beispielsweise Vorgaben, die gegen die Statuten verstossen oder den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufen, verweigern.²⁶⁴ Auch kann er Beschlüsse der Generalversammlung anfechten, wenn diese gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen.²⁶⁵

Auf Bundesebene spricht man von einem kooperativen Verständnis der Zusammenarbeit zwischen Eigner und Unternehmen. Der Eigner erhält sowohl die Traktandenlisten als auch die Verwaltungsratsprotokolle und fordert bei Bedarf ergänzende Auskünfte ein. Die Verantwortlichkeiten werden indessen dadurch verwischt, was als problematisch beurteilt wird.²⁶⁶

1.2.1.17 Vergütungen

Die Grundsätze der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) finden oftmals auch für nicht börsenkotierte Unternehmen Anwendung. Auf Bundesebene soll in den Statuten verankert werden, dass die Generalversammlung künftig im Voraus die Obergrenze für die Entlohnung des obersten Leitungsorgans, dessen Präsidium sowie der Geschäftsleitung festlegen kann.²⁶⁷ Es ist unstritten, inwiefern die VegüV auf spezialgesetzliche Aktiengesellschaften des Bundes, die an der Börse kotiert sind, Anwendung findet.²⁶⁸

²⁵⁸ Ebd., S. 476.

²⁵⁹ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 219, vgl. auch S. 215-217.

²⁶⁰ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 96; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 346.

²⁶¹ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 216.

²⁶² BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 96.

²⁶³ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 222-223.

²⁶⁴ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 98.

²⁶⁵ Ebd., S. 98-99.

²⁶⁶ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 38, 41.

²⁶⁷ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 97, bei Geschäftsleitungen darf der variable Lohnanteil maximum 50% und die Nebenleistungen dürfen nicht mehr als 10% des fixen Lohns betragen.

²⁶⁸ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 160-161.

Es ist möglich, einen Entschädigungsausschuss einzusetzen, der sich aus unabhängigen und nicht exekutiven Verwaltungsratsmitgliedern zusammensetzt. Dieser achtet auf markt- und leistungsgerechte Gesamtschädigungen der Verwaltungsratsmitglieder.²⁶⁹

1.2.2 Besonderheiten

1.2.2.1 Einheiten mit Dienstleistungen am Markt

Am Markt tätige Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung müssen gleichzeitig flexibel und marktfähig sein, aber auch die entsprechenden rechtlichen und politischen Vorgaben berücksichtigen.²⁷⁰

Die Eignerrolle kommt insbesondere bei öffentlichen Unternehmen, die am Markt tätig sind, zum Tragen. Einheiten, die nicht am Markt tätig sind, werden weniger durch Eignervorgaben, sondern mehr im Zusammenhang mit anderen Rollen (insbesondere Bestellerrolle) gesteuert und beaufsichtigt.²⁷¹ Bei staatlichen Aktiengesellschaften, die überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen, steht dementsprechend die strategische Steuerung mittels unternehmensbezogener Ziele im Zentrum. In der Praxis gibt der Bund bei solchen Einheiten nebst der strategischen Stossrichtung auch finanzielle Ziele, personalpolitische Leitplanken sowie Leitplanken für Beteiligungen und Kooperationen vor.²⁷²

Steht ein ausgelagerter Verwaltungsträger im Wettbewerb mit anderen Anbietern in einem regulierten Markt, so ist eine vom Eigner unabhängige Behörde einzusetzen, welche die Regulierungsfunktion ausübt.²⁷³

Im Wettbewerb stehende Verwaltungsträger sollten in der Regel denselben Voraussetzungen unterworfen sein wie ihre Konkurrenten.²⁷⁴

Die Aufsicht des Bundesrats im Rahmen der Rolle als Leistungsbesteller bei Einheiten mit Dienstleistungen am Markt richtet sich nach den entsprechenden gesetzlich und vertraglich festgehaltenen Bestimmungen.²⁷⁵ Die Fachaufsicht bei Einheiten, die Dienstleistungen am Markt erbringen, kann nur diejenigen Leistungen überprüfen, die im Rahmen des staatlichen Leistungsauftrags oder einer Konzession erbracht werden.²⁷⁶

1.2.2.1.1 Privatrechtliche Aktiengesellschaft

Insbesondere bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften gemäss Art. 620 ff. OR werden den staatlichen Steuerungsmöglichkeiten Grenzen durch das Privatrecht und allenfalls das

²⁶⁹ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 212, ausführlich zur Entschädigung der Verwaltungsratsmitglieder S. 212-217.

²⁷⁰ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 67-68.

²⁷¹ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 22-23.

²⁷² GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 258.

²⁷³ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 62.

²⁷⁴ Ebd., S. 65, wobei insbesondere die Grundrechtsbindung und -trägerschaft, die Finanzierung, die Steuerpflicht sowie das Wettbewerbsrecht erwähnt werden.

²⁷⁵ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 24-25.

²⁷⁶ Ebd., S. 26-27, z.B. bei Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht kann praktisch die umfassende Tätigkeit überprüft werden, wenn diese Bestandteil des gesetzlichen Leistungsauftrags ist.

Kapitalmarktrecht gesetzt. Die für private Unternehmen geltenden Vorschriften der Corporate Governance und allenfalls die für börsenkotierte Unternehmen geltenden Regelungen können ebenfalls zur Anwendung gelangen.²⁷⁷

1.2.2.1.2 Börsenkotierte Aktiengesellschaft

Der politische Einfluss wird bei börsenkotierten Unternehmen aufgrund aktien- und finanzmarktrechtlicher Vorschriften des Bundesrechts sowie der Regulierungsvorschriften durch die Börse nochmals zusätzlich eingeschränkt. So müssen die Anlegerinnen und die Anleger gleichbehandelt werden und es bestehen spezifische Meldepflichten (bspw. Offenlegung der Beteiligungen). Auch besteht eine Pflicht zur Unterbreitung eines Angebots zum Kauf, falls 33 $\frac{1}{3}$ Prozent der Stimmrechte überschritten werden und die Vorgaben des anwendbaren Kotierungsreglements (bspw. bezüglich Ad-hoc-Publizität und Berichterstattung) sind zu respektieren. Zudem findet die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) Anwendung.²⁷⁸

1.2.2.2 Holdingstrukturen

Zwischen dem Staat und dem ausgelagerten Verwaltungsträger besteht grundsätzlich kein Konzernverhältnis.²⁷⁹ Eine andere Auffassung hat keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Einstufung des Gemeinwesens und ihren Gesellschaften als Konzern, wobei sich die Frage nach den Folgerungen stellt.²⁸⁰ Bei Konzernverhältnissen verfügt die Muttergesellschaft über ein Weisungsrecht an die Organe der von ihr beherrschten Tochtergesellschaft im Rahmen deren Gesellschaftszwecks und des Ermessens des Verwaltungsrats. Zudem besteht eine Berichterstattungspflicht.²⁸¹ Mittels Konzernweisungen kann in die strategische Führung der Konzernuntergesellschaft eingegriffen werden.²⁸² Das Gemeinwesen als Muttergesellschaft würde bei Annahme eines Konzernverhältnisses über verbesserte Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten verfügen.²⁸³

Grundsätzlich wird kein Konzernverhältnis zwischen dem Staat und seinen öffentlichen Unternehmen angenommen. Die konzernrechtlichen Grundsätze (bspw. in Bezug auf den Umgang mit strategierelevanten Informationen) können jedoch beigezogen werden, wenn die Aktiengesellschaft zu 100 Prozent vom Staat beherrscht ist.²⁸⁴

²⁷⁷ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 64, dabei handelt es sich um den Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance der Economiesuisse (für private Unternehmen) und um die Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (Corporate Governance-Richtlinie, RLCG) der SWX Swiss Exchange (für börsenkotierte Unternehmen); BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 93.

²⁷⁸ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 89-90.

²⁷⁹ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 45-48; BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 86; ausführlich zum Begriff, der Arten sowie der rechtlichen Zulässigkeit von Konzernen STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 296-304.

²⁸⁰ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 307.

²⁸¹ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 86

²⁸² GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 127.

²⁸³ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 295.

²⁸⁴ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 72-73, 126-132; vgl. zum Bezug der konzernrechtlichen Grundsätze auch STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 308.

Bei Konzernkonstellationen stellen Konzernweisungen ein zulässiges Steuerungsinstrument der Konzernleitung dar. Die Konzernspitze kann einzelnen Organmitgliedern der Konzernuntergesellschaft konkrete Einzelfallweisungen erteilen. Der Verwaltungsrat der Konzernuntergesellschaft muss jedoch primär die Gesellschaftsinteressen verfolgen.²⁸⁵

Gründet ein öffentliches Unternehmen Tochterfirmen und hält das Gemeinwesen somit eine Unternehmensgruppe, muss das Gemeinwesen sich entscheiden, ob es die Unternehmensgruppe selbstständig als Unternehmensgruppe (jedes Unternehmen wird selbstständig geführt) oder als Konzern (Muttergesellschaft bzw. Stammhaus führt Unternehmensgruppe) führt.²⁸⁶ Entscheidet sich das Gemeinwesen für die Führung einer Unternehmensgruppe, gibt es verschiedene Modelle, wie die Führung gestaltet werden kann (Zentralisierung, Dezentralisierung, Mischform).²⁸⁷

1.2.2.3 Zielkonflikte/Schnittstellen Eigner-/Bestellerrolle

Der Staat ist gleichzeitig Gesetzgeber, Regulierer, Besteller, Gewährleister und Eigner in Bezug auf öffentliche Unternehmen. Dies kann zu Interessenskollisionen führen.²⁸⁸ Wenn der Staat als Besteller einen Auftrag nicht an ein öffentliches, sondern an ein privates Unternehmen vergibt, besteht ein Spannungsverhältnis zu der Eignerrolle, die sich auf die Rentabilität des öffentlichen Unternehmens ausrichtet. Auch wenn der Staat als Gewährleister handelt und auf nachhaltige Aufgabenerfüllung abzielt, können Interessenskollisionen mit der Eignerrolle entstehen.²⁸⁹ Insbesondere die Rollen des Staats als Eigner und als Regulierer sind klar voneinander zu trennen.²⁹⁰

Bei privaten Unternehmen zielen Eigner vor allem die langfristige Wertsteigerung des Unternehmens an. Für öffentliche Unternehmen soll jedoch gleichzeitig auch die Aufgabenerfüllung im Fokus stehen.²⁹¹ Der Bundesrat ist verantwortlich dafür, dass sämtliche der verschiedenen Rollen adäquat ausgeübt werden und er muss prüfen, «ob und wie die Rollen untereinander koordiniert werden und ob bei sich mitunter widersprechenden Vorgaben transparente Prioritätensetzungen getroffen werden». Auch muss er überprüfen, ob die Zuständigkeiten und Kompetenzen der verschiedenen beteiligten Akteure optimal zugeteilt und voneinander abgegrenzt wurden.²⁹² Wenn die verschiedenen Rollen auf derselben staatlichen Ebene angesiedelt sind oder sie sich in der gleichen Gewalt konzentrieren, sind diese zu koordinieren und mittels organisatorischen Massnahmen voneinander zu trennen, damit Interessenskonflikte vermieden werden können.²⁹³

Häufig werden zwischen dem Gemeinwesen und dem öffentlichen Unternehmen Leistungsvereinbarungen abgeschlossen (bspw. bei den SBB). In diesen werden konkrete

²⁸⁵ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 224-225.

²⁸⁶ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 173-177.

²⁸⁷ Ebd., S. 178-179.

²⁸⁸ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 49; LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 825; BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 75; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 66; vgl. ausführlich zu den verschiedenen Rollen BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 22-27; vgl. insbesondere zu den Rollen des Bundes als Eigner und als Besteller gegenüber der SBB RIEDER ET AL., Evaluation BAV 2017, S. 177-178.

²⁸⁹ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 49.

²⁹⁰ WORLD BANK, CG of state-owned enterprises, S. 69, 79.

²⁹¹ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 5-6.

²⁹² BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 27-28.

²⁹³ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 212.

Leistungen, die das Unternehmen zu erbringen hat, definiert und es werden die Rahmenbedingungen sowie die Finanzierung (Subvention) festgelegt. Das Unternehmen muss regelmässig Bericht über die Leistungserfüllung erstatten.²⁹⁴ Die Leistungsvereinbarung wird in der Regel durch das Fachdepartement (Fachamt) in der Bestellerrolle in Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Unternehmen respektive dem Verwaltungsrat entwickelt. Das Verhältnis beziehungsweise die Abstimmung zwischen Leistungsvereinbarungen und strategischen Zielen hat in der Vergangenheit bereits Fragen aufgeworfen.²⁹⁵

Zwischen Leistungsvereinbarungen und strategischen Zielen – und damit zwischen der Besteller- und der Eignerrolle – kann ein Spannungsverhältnis bestehen.²⁹⁶ Zwischen den strategischen Zielen des Bundesrats an die Post in Bezug auf die Sicherung/Steigerung des Unternehmenswerts (Vorgaben des Eigners) und der Sichtweise des BAV (als Besteller), nach der eine systematische Gewinnerzielung nicht erforderlich beziehungsweise zulässig ist, besteht ein Zielkonflikt.²⁹⁷ In der Praxis besteht bei den SBB die «Gefahr einer Übersteuerung» des Bestellers durch den Eigner bei Konflikten, da die Departementsleitung des UVEK schlichten muss und das GS UVEK die Eignerrolle wahrnimmt.²⁹⁸ Um dieser Gefahr entgegenzuwirken, sollten die Instrumente zur Überwachung der Eigner- und Bestellerziele getrennt werden, der Eigner sollte auf jegliche Einflussnahme ins Tagesgeschäft des Unternehmens beziehungsweise Erstellers verzichten und die aufgaben- und unternehmensbezogenen Ziele sind zu priorisieren, das heisst Eigner- und Bestellerziele sind gegeneinander abzuwägen.²⁹⁹ Zudem sollten die Zielvorgaben formalisiert werden und die Ziele des Eigners und des Bestellers sollten formal getrennt werden. In der Praxis würden keine oder zu wenig Bemühungen unternommen, bestehende Widersprüche beziehungsweise Konflikte zwischen den strategischen Zielen und den Zielen der Leistungsvereinbarung zu lösen.³⁰⁰

Im Weiteren sollte die Verantwortlichkeit für die Eigner- und Bestellerfunktion getrennt werden.³⁰¹

1.2.2.4 Rolle und Prüfauftrag externe Revisionsstelle

Grundsätzlich prüft die aktienrechtliche Revisionsstelle lediglich die obligatorische Rechnungslegung. Die Geschäftsführung des Unternehmens insgesamt bildet nicht Gegenstand der Prüfung.³⁰² Der Revisionsstelle eines öffentlichen Unternehmens können erweiterte Aufgaben als die Prüfung der ordnungsgemässen Rechnungslegung übertragen werden (vgl. Art. 731a Abs. 1 OR). Die Prüfung der Zweckmässigkeit der Geschäftsführung ist

²⁹⁴ BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 361-362.

²⁹⁵ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 47, fraglich war z.B. ob Leistungsvereinbarungen die strategischen Vorgaben konkretisieren oder ob sie sich lediglich auf Leistungsbestellungen im Zuständigkeitsbereich des Bundes fokussieren sollten, vgl. auch S. 48; vgl. auch RIEDER ET AL., Evaluation BAV 2017, S. 175-189.

²⁹⁶ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 19, bei den SBB war dies der Fall, indem z.B. konkrete Strukturvorgaben wie die Standorte der Güterbahnhöfe in der Leistungsvereinbarung festgehalten waren.

²⁹⁷ DONATSCH/BACHMANN/UHLMANN, Gutachten PostAuto, S. 21.

²⁹⁸ RIEDER ET AL., Evaluation BAV 2017, S. 29, 179.

²⁹⁹ Ebd., S. 186, zur Umsetzung dieser Massnahmen auf Bundesebene vgl. S. 186-189.

³⁰⁰ Ebd., S. 181-182, zur Umsetzung dieser Massnahmen auf Bundesebene vgl. S. 182-185.

³⁰¹ Ebd., S. 179.

³⁰² STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 352.

indessen ausgeschlossen und Geschäftsgeheimnisse müssen gewahrt bleiben.³⁰³ Aufgaben der Geschäftsführung, der Oberleitung des Unternehmens oder der internen Revision dürfen der externen Revisionsstelle nicht übertragen werden.³⁰⁴

In Deutschland wird bei Unternehmen in privater Rechtsform mit öffentlicher Beteiligung die Jahresabschlussprüfung durch den Abschlussprüfer um die Vollzugsprüfung erweitert. Das Compliance-Management dieser Unternehmen wird nicht nur auf Eignung und Funktionsfähigkeit geprüft, sondern auch dessen Vollzug wird einer Prüfung unterzogen.³⁰⁵ Das Gemeinwesen muss von den Unternehmensorganen verlangen, dass ein erweiterter Prüfungsauftrag an den Abschlussprüfer erteilt wird. Der Abschlussprüfer wird dazu verpflichtet, festzustellen, ob die Geschäfte der Gesellschaft im vergangenen Geschäftsjahr «mit der erforderlichen Sorgfalt, das heisst auch mit der gebotenen Wirtschaftlichkeit und – was für eine Compliance-Prüfung wichtig ist – in Übereinstimmung mit den Gesetzen, der Satzung, den Beschlüssen der Haupt- und Gesellschafterversammlung, des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse sowie der Geschäftsordnung für den Vorstand» ausgeführt wurden.³⁰⁶ Die Verpflichtung, Zwischenrevisionen durchzuführen, stellt ein exemplarisches Beispiel einer Erweiterung des Revisionsmandats dar.³⁰⁷ Bei Kantonalbanken in Privatrechtsform beispielsweise wird von der Erweiterung des Mandats der Revisionsstelle Gebrauch gemacht: Die Statuten sehen vor, dass jährlich ein Spezialbericht zur Eigenmittel- und Risikosituation der Bank beziehungsweise der Haftungsrisiken des Kantons erstellt werden muss.³⁰⁸

1.3 Konzeption Bundesebene

1.3.1 Grundlagen

1.3.1.1 Steuerung allgemein

Das Eigentum des Bundes an öffentlichen Unternehmen wird im Kern durch seine Gewährleistungsverantwortung begründet.³⁰⁹ Der Bund hat eine doppelte Verantwortung in Bezug auf diese Unternehmen: Einerseits muss er die Leistungsfähigkeit der Unternehmen erhalten und andererseits muss er die Versorgungsziele gewährleisten. Diese doppelte Verantwortung nimmt der Bund langfristig durch Gesetze und Ausführungsbestimmungen wahr. Mittelfristig gibt er den Unternehmen dafür strategische Ziele vor. Im Sinne der kurzfristigen Feinabstimmung führt er regelmässige Eigengespräche mit den Unternehmen durch.³¹⁰ Zudem können auch bilaterale Gespräche zwischen den Departementsvorstehenden und den Verwaltungsratspräsidenten als Steuerungsinstrumente eingesetzt werden.³¹¹ Der Bundesrat verfügt im Wesentlichen über drei Instrumente zur Wahrnehmung

³⁰³ Ebd., S. 357.

³⁰⁴ Ebd., S. 357.

³⁰⁵ RACK, «Erweiterte» Compliance-Prüfung, S. 409.

³⁰⁶ Ebd., S. 411.

³⁰⁷ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 356-357.

³⁰⁸ Ebd., S. 357.

³⁰⁹ BUNDESRAT, Stellungnahme Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 9211.

³¹⁰ BUNDESRAT, Stellungnahme Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 9212; vgl. auch GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Cyber-Angriff RUAG, S. 4592-4595.

³¹¹ Vgl. z.B. zur RUAG GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Cyber-Angriff RUAG, S. 4595-4596.

seiner Eignerinteressen: die Wahl des Verwaltungsrats, die Festlegung der strategischen Ziele sowie die Genehmigung von Geschäftsbericht und Rechnung.³¹²

Der Bundesrat verfügt über unterschiedliche Instrumente bei Fehlentwicklungen: Er kann die unternehmensbezogenen beziehungsweise aufgabenseitigen Ziele ergänzen oder ändern, die Genehmigung des Geschäftsberichts verweigern, die Entlastung des Verwaltungsrats beziehungsweise der externen Revisionsstelle verweigern, den Verwaltungsrat oder die externe Revisionsstelle abberufen und ersetzen, Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber einzelnen Organen der Gesellschaft geltend machen oder einen Antrag an die Bundesversammlung für die Änderung des Organisationserlasses stellen.³¹³ Bei Krisensituationen kann das Steuerungsmodell, das sich auf mittelfristige strategische Zielvorgaben stützt, an seine Grenzen stossen. Es ist deshalb beispielsweise vorgekommen, dass der Bundesrat bei aussergewöhnlichen Situationen direkt via Staatsvertretung interveniert hat.³¹⁴ Dies wurde kritisiert³¹⁵ und der Bundesrat wurde aufgefordert, Voraussetzungen für Abweichungen vom Steuerungsmodell mittels konkreten Eingriffen beziehungsweise Einzelfallinterventionen zu definieren.³¹⁶ Eine direkte Einflussnahme auf den Verwaltungsrat durch den Bundesrat mittels Instruktion der Staatsvertretung ist soweit ersichtlich lediglich einmal vorgekommen, während indirekte Eingriffe in den Verantwortungsbereich des Verwaltungsrats vereinzelt vorgenommen wurden.³¹⁷ Im Jahr 2018 wurde die praktische Umsetzung des Steuerungsmodells in Bezug auf die RUAG erneut kritisiert.³¹⁸

Die Steuerung von verselbstständigten Einheiten muss aus einer Gesamtsicht folgen, welche in der Regel nur der Bundesrat wahrnehmen kann. Auch für die Interessensabwägung der verschiedenen Interessen des Bundes ist grundsätzlich der Bundesrat zuständig. Die Verwaltung bereitet die Entscheidungsgrundlagen zu Handen des Bundesrats so vor, dass dieser bewusst Prioritäten setzen und entscheiden kann.³¹⁹

³¹² STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 8.

³¹³ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 60, 22b. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Der Bundesrat kann bei Fehlentwicklungen folgende Massnahmen treffen:

- Ergänzung oder Änderung der Zielvorgaben;
- Verweigerung der Genehmigung des Geschäftsberichts;
- Verweigerung der Entlastung;
- Abberufungen oder Ersatz von Personen;
- Verantwortlichkeitsansprüche;
- Anträge zu Massnahmen der Gesetzgebung».

³¹⁴ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 26, vgl. auch S. 33-34, eine direkte Intervention des Staatsvertreters erfolgte in Bezug auf Swisscom, die das Telekommunikationsunternehmen Eircom übernehmen wollte.

³¹⁵ GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Entscheide des Bundesrats betreffend das Unternehmen Swisscom AG, S. 5208.

³¹⁶ GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 8554.

³¹⁷ Der direkte Eingriff mittels Instruktion des Staatsvertreters kam im Fall Eircom vor; einen indirekten Eingriff gab es z.B. in Bezug auf den Streik in Bellinzona infolge der Schliessung des Industrierwerks, vgl. BUNDESRAT, Stellungnahme Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 9216-9217; STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 3, 28, 33.

³¹⁸ GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Cyber-Angriff RUAG, S. 4599.

³¹⁹ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8294.

1.3.1.2 Rechtsform

Die Wahl der Rechtsform wird als Ausgangspunkt für die Gestaltung der Steuerungselemente bezeichnet.³²⁰

Für Einheiten, die überwiegend preisfinanziert am (allenfalls regulierten) Markt agieren, keinerlei hoheitlichen Leistungen anbieten und die Voraussetzungen für die wirtschaftliche Selbstständigkeit erfüllen, ist die privatrechtliche Aktiengesellschaft vorzusehen.³²¹ Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften werden das Organisationsrecht und somit die Einflussmöglichkeiten des Bundes als Eigner weitgehend durch das Privatrecht festgelegt.³²² Diesfalls richten sich die Kontrollmöglichkeiten des Bundes als Aktionär zwingend nach Aktienrecht.³²³ Der Bund verfügt somit grundsätzlich über dieselben Einfluss- und Informationsrechte wie die übrigen Aktionäre. Ausnahme bildet dabei Art. 762 OR, nach dem der Bund Vertretungen in den Verwaltungsrat entsenden kann. Die Wahrnehmung der Aktionärsrechte erfolgt im Rahmen der Generalversammlung.³²⁴

Bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft kann sich der Bund im Hinblick auf seine Eignerrolle gesetzliche Einfluss- und Informationsrechte einräumen, die bei privatrechtlichen Organisationsformen nicht zulässig wären.³²⁵ Eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft rechtfertigt sich durch die erhöhte Verbindlichkeit der strategischen Ziele und den privilegierten Informationszugang durch den Bund.³²⁶ Unter Berücksichtigung der Aufgabenvielfalt des Bundes sollen spezialgesetzliche Mischformen ausnahmsweise und mit entsprechender Begründung zulässig sein.³²⁷ Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft als Mischform zwischen privatem und öffentlichem Recht kann indessen zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gilt als öffentlich-rechtliche Organisationsform.³²⁸ Sie wurde unmittelbar durch ein Gesetz (Spezialgesetz) errichtet. Nebst dem Spezialgesetz beziehungsweise dem Organisationserlass gelangen die Statuten zur Anwendung und subsidiär das Aktienrecht.³²⁹ Aufgrund der Bindung an das Spezialgesetz ist die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft weniger flexibel und ausbaufähig als die privatrechtliche Aktiengesellschaft. Teilweise bestehen Unklarheiten in Bezug auf die Rechtsanwendung (bspw. bei Verantwortlichkeitsansprüchen). Insbesondere bei

³²⁰ Ebd., S. 8267.

³²¹ Ebd., S. 8286.

³²² BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8267; EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 13.

³²³ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8279.

³²⁴ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 48.

³²⁵ Ebd., S. 11-12, 48.

³²⁶ SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT, Umsetzungsplanung, S. 16.

³²⁷ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8268-8269; EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 18, 1. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Für verselbständigte Einheiten, die Bundesaufgaben erfüllen, ist grundsätzlich die öffentlich-rechtliche Organisationsform der selbständigen Anstalt vorzusehen. Die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft ist nur vorzusehen für Einheiten:

- a. die mit der Mehrzahl ihrer Leistungen am (allenfalls regulierten) Markt auftreten;
- b. die die Voraussetzungen zur wirtschaftlichen Selbstständigkeit erfüllen;
- c. die nicht hoheitlich handeln; und
- d. an denen sich Dritte beteiligen können sollen.

Andere privatrechtliche Rechtsformen bzw. öffentlich-rechtliche Organisationsformen in weitgehender Anlehnung an das Privatrecht sind nur in begründeten Ausnahmefällen zu wählen.»

³²⁸ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 16-17.

³²⁹ Ebd., S. 17.

einer Börsenkotierung wird die privilegierte Stellung des Bundes in Bezug auf die Informations- und Einflussrechte problematisch.³³⁰ Da eine staatliche Beteiligung an einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft erforderlich ist, ist diese «nicht uneingeschränkt privatisierungsfähig».³³¹

Die Aktiengesellschaften unter den verselbstständigten Einheiten erbringen mehrheitlich kommerzielle Leistungen. Zulässige kommerzielle Haupt- und Nebenleistungen werden in der Regel durch den gesetzlichen Gesellschaftszweck bestimmt. Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften richtet sich die Zulässigkeit von Rechtsgeschäften nach Aktienrecht, wobei der statutarische Zweck massgebend ist.³³²

Aktiengesellschaften müssen bei der Rechnungslegung mindestens die Vorschriften des Aktienrechts einhalten.³³³

1.3.1.3 Autonomie

Öffentliche Unternehmungen verfügen über eine gewisse Autonomie (Handlungsfreiheit bezüglich Organisation und Aufgabenerfüllung). Diese zeigt sich dadurch, dass die Leitungsorgane in eigener Verantwortung handeln und sie im Rahmen der Vorgaben, beispielsweise in Rechtssätzen oder in Statuten, über einen weitgehenden Entscheidungsspielraum verfügen.³³⁴ Eine Einheit gilt als autonom, wenn sie innerhalb der staatlichen Vorgaben «ein verhältnismässig grosses Mass an Selbstständigkeit, das heisst Entscheidungsfreiheit» geniesst. In Bezug auf den Autonomiebereich entfällt namentlich das Weisungsrecht des Bundes.³³⁵ Das Ausmass der Autonomie ergibt sich aus den jeweiligen Rechtsgrundlagen und nicht allein aus der Rechtsform der Einheit.³³⁶ Grenzen der Autonomie ergeben sich aus den Aufsichts- und Mitwirkungsrechten der übergeordneten Behörden: Die übergeordnete Behörde kann reine Aufsichtsfunktionen (bspw. Abnahme von Geschäftsberichten, Weisungerteilungen bei rechtswidriger oder unzweckmässiger Geschäftsführung) oder auch Mitwirkungsrechte (bspw. Teilnahme von Staatsvertretungen an Organsitzungen, Genehmigung von Einzelakten)vorbehalten. Durch die Beteiligung an der Entscheidungsfindung einer untergeordneten Institution wird die Unbefangenheit/Unabhängigkeit der beaufsichtigenden Behörde beeinträchtigt.³³⁷ Das Privat- und allenfalls das Kapitalmarktrecht setzen den Einflussmöglichkeiten weitere Grenzen.³³⁸

1.3.1.4 Aufsicht

Aufsicht wird verstanden als Überprüfen und Überwachen als Bestandteil der Führungsaufgaben. Der Begriff «Kontrolle» wird auch für die Aufsichtstätigkeit des Bundes im Rahmen seiner Eignerrolle verwendet.³³⁹ Kontrolle umfasst die *rückblickende* Überprüfung von Entscheidungen und Prozessen (laufende Vorgänge oder nachträglicher Soll-Ist-

³³⁰ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8268.

³³¹ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 17.

³³² Ebd., S. 43.

³³³ Ebd., S. 78.

³³⁴ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats, E. II.2.a.

³³⁵ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 48.

³³⁶ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats, E. II.2.b.

³³⁷ Ebd., E. II.2.d.

³³⁸ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8281.

³³⁹ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 58; BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 23.

Vergleich). Die Kontrolle kann verwaltungsintern oder extern (insb. durch die EFK) erfolgen.³⁴⁰ Die Evaluation gilt als Sonderform der Kontrolle, die einen Untersuchungsgegenstand vertieft überprüft oder unter bestimmten Aspekten systematisch untersucht.³⁴¹

Als mögliche Aufsichtsmittel genannt werden die Einsichts- und Auskunftsrechte, die Abnahme des Geschäftsberichts und der Jahresrechnung, die Prüfung der Buchführung, Wahl- und Vertretungsrechte, die Genehmigung von Statuten, Reglementen usw., die Genehmigung von Budget, Finanzbeschlüssen oder Sachentscheiden, Weisungsrechte, Einspruchsrechte von Behördenvertretungen, die konzessionsrechtliche Aufsicht, die stiftungsrechtliche Aufsicht sowie administrative Massnahmen wie beispielsweise ein Entzug des Auftrags oder die Ersatzvornahme bei Untätigkeit.³⁴²

Bei ausgelagerten Verwaltungsträgern ist das Aufsichts- und Interventionsrecht des Bundesrats im Vergleich zu demjenigen bei der Zentralverwaltung eingeschränkt.³⁴³

Gegenüber der Zentralverwaltung nimmt der Bundesrat eine Dienstaufsicht wahr, während er sich bei den verselbstständigten Einheiten auf die Organisationsaufsicht beschränkt. Dies hat unter anderem zur Folge, dass er keine Weisungen im Autonomiebereich der verselbstständigten Einheiten erlassen darf.³⁴⁴

Zentrales Merkmal der Aufsichtskonzeption des Bundesrats ist die Trennung der politischen und der unternehmerischen Verantwortung.³⁴⁵ Bei rechtlichen Verselbstständigungen wird die direkte Aufsicht des Bundesrats ergänzt durch die Kontrolle durch die Konkurrenz, die strategischen Ziele und die zusätzliche Verantwortung und Kompetenz des Verwaltungsrats. Allfällige Defizite im Bereich der Aufsicht können mit anderen Instrumenten wie beispielsweise mit einem transparentem Rechnungslegungssystem nach definierten Standards sowie mit einem institutionalisierten Controlling und Reporting gedeckt werden.³⁴⁶ Die Kompetenz- und Verantwortungsdelegation im Rahmen der Verselbstständigung darf nicht «über die Hintertür von Aufsichtsmassnahmen» wieder zurückgenommen werden.³⁴⁷

Auch ohne spezialgesetzliche Grundlage kann davon ausgegangen werden, dass sich die Aufsicht über «parastaatliche» Einheiten stets nach den Kriterien der Rechtmässigkeit und der Zweckmässigkeit der Aufgabenerfüllung richtet. Zweckmässigkeitsprüfungen finden ihre Grenzen in der Autonomie der Unternehmen.³⁴⁸ Hinzu kommen auf der anderen Seite die Wirtschaftlichkeit und die Wirksamkeit (vgl. Art. 26 ParlG). Die Prüfung der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit wird primär durch die EFK vorgenommen.³⁴⁹

³⁴⁰ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 8.

³⁴¹ Ebd., S. 9.

³⁴² BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats, E. III.2.b-m.

³⁴³ Ebd., E. III.1.c.

³⁴⁴ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 57-58, mit zusätzlichen Ausführungen.

³⁴⁵ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 17.

³⁴⁶ Ebd., S. 24.

³⁴⁷ Ebd., S. 24.

³⁴⁸ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats, S. E. III.1. f.

³⁴⁹ Ebd., E. III.1.f., in Einzelfällen (wie z.B. bei der SRG) muss sich die Überprüfung der Zweckmässigkeit eng beschränken.

Bei Aktiengesellschaften, an deren Aktienkapital der Bund beteiligt ist, bezieht sich die Aufsicht des Bundes insbesondere darauf, die Eignerinteressen wahrzunehmen.³⁵⁰ In der Tendenz liegt dabei der Schwerpunkt auf einer Überprüfung ex post. Durch die Verselbstständigung wurde die laufende Beaufsichtigung betrieblicher Abläufe an den Verwaltungsrat delegiert. Die Kontrolle des Bundesrats hat zwei Ziele: Einerseits geht es um den Werterhalt beziehungsweise die Wertsteigerung des Unternehmens und dessen Leistungsfähigkeit (unternehmensbezogene Kontrolle) und andererseits um die Gewährleistung einer Aufgabenerfüllung, die auf das Gemeinwohl ausgerichtet ist (aufgabenseitige Kontrolle).³⁵¹

1.3.1.5 Controlling

Controlling beinhaltet das Instrumentarium zur Steuerung von Prozessen und reicht von der Zielbestimmung am Anfang, über die Planung und die Durchführung von Massnahmen bis hin zur Schlussbeurteilung über die Zielerreichung mit einem Soll-Ist-Vergleich. Das Controlling ist zentral für die Führung und liegt im Verantwortungsbereich der jeweiligen Führungsinstanz. Es kann zwischen strategischem und operativem Controlling unterschieden werden.³⁵²

Die verselbstständigte Einheit ist dafür zuständig, ein internes Controlling über die Zielerreichung aufzubauen. Dieses muss Auskünfte über die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe geben können. Dieses interne Controlling ist mit einem äusseren Controlling des Bundesrats zu ergänzen, welches einerseits die Autonomie der Einheit respektiert, aber Fehlentwicklungen erkennen und nötigenfalls eingreifen kann. Grundlage für das äussere Controlling sind die strategischen Ziele des Bundesrats.³⁵³

Das Controlling bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften erfolgt mittels der aktienrechtlichen Steuerungsmittel des Bundes als Aktionär. Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften sind die strategischen Ziele des Bundesrats zentraler Anknüpfungspunkt des Controllings.³⁵⁴

1.3.1.6 Organe

Bei den (privat- und spezialgesetzlichen) Aktiengesellschaften sind die Generalversammlung, der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung sowie die externe Revisionsstelle als Organe vorzusehen.³⁵⁵ Die Kompetenzen der grundsätzlich voneinander personell unabhängigen Organe richten sich nach dem Aktienrecht. Auch deren Wahl und Abberufung richten sich nach den aktienrechtlichen Bestimmungen.³⁵⁶

³⁵⁰ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 59.

³⁵¹ Ebd., S. 59.

³⁵² BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 8-9, strategisches Controlling fokussiert auf die Überprüfung der Aufgaben und deren Erfüllung (Resultate, Produkte), während das operative Controlling darauf konzentriert, ob die Aufgaben richtig erfüllt werden.

³⁵³ FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3382-3383.

³⁵⁴ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2708, 22a. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften nutzt das Controlling des Bundesrats die obligationenrechtlichen Steuerungsmittel des Bundes als Aktionär. Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften und öffentlich-rechtlichen Anstalten sieht der Organisationserlass eine Rechtsgrundlage für das Controlling zu den strategischen Zielen des Bundesrats vor. Dieses Controlling des Bundesrats untersteht der Oberaufsicht die Bundesversammlung».

³⁵⁵ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 24.

³⁵⁶ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8286.

Die Kompetenzen der Organe sind «im Sinne von checks and balances» so aufzuteilen, dass deren optimales Zusammenwirken sichergestellt und Doppelspurigkeiten vermieden werden.³⁵⁷ Die verschiedenen Organe sind in der Regel personell unabhängig voneinander.³⁵⁸

Dem Bund wird durch die Festlegung der Grösse und der Zusammensetzung der Organe, die Wahl respektive Abberufung der Organmitglieder und die Verteilung der Kompetenzen zwischen den Organen eine bedeutende Einflussnahme auf die verselbstständigten Einheiten ermöglicht.³⁵⁹

Bei den Aktiengesellschaften wie den SBB, der RUAG oder der Swisscom bestehen die vom OR zwingend vorgeschriebenen Organe (Generalversammlung, Verwaltungsrat, externe Revisionsstelle) sowie ein operativ verantwortliches Organ. Der Verwaltungsrat und die externe Revisionsstelle werden von der Generalversammlung gewählt, während die Geschäftsleitung (geschäftsführendes Organ) vom Verwaltungsrat gewählt wird. Das geschäftsführende Organ bei der Post wird ebenfalls durch den Verwaltungsrat gewählt.³⁶⁰ Das Aktienrecht sieht für die Generalversammlung und den Verwaltungsrat nicht delegierbare Kompetenzen vor.³⁶¹

1.3.1.7 Aktionärsrechte

Der Bundesrat kann seinen Einfluss im Verwaltungsrat und/oder als Hauptaktionär in der Generalversammlung geltend machen.³⁶² Bei Fehlentwicklungen kann die Generalversammlung im Rahmen des Aktienrechts Massnahmen ergreifen. So kann sie beispielsweise jederzeit und ohne Begründung Verwaltungsratsmitglieder abberufen (Art. 705 OR) oder sie kann etwa eine Sonderprüfung veranlassen (Art. 697a OR).³⁶³

Sowohl bei privatrechtlichen als auch bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften richtet sich die Gewinnermittlung und -verwendung nach Aktienrecht.³⁶⁴ Dividenden dürfen demnach erst nach «erfolgter Äufnung der gesetzlichen und statutarischen Reserven» festgelegt werden. Die Generalversammlung entscheidet auf Antrag des Verwaltungsrats über die Gewinnverwendung.³⁶⁵

1.3.1.8 Weisungsrechte

Ist der Bund an einer öffentlichen Unternehmung beteiligt und verfügt er über gesellschaftsrechtliche Partizipationsmöglichkeiten, soll er seinen Einfluss grundsätzlich darüber geltend machen.³⁶⁶ Allfällige Weisungsrechte gegenüber ausgelagerten Verwaltungsträgern sollen sich auf entsprechende Rechtsgrundlagen stützen.³⁶⁷

³⁵⁷ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 25.

³⁵⁸ Ebd., S. 25, vgl. 3. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Die Organe verselbständigter Einheiten sind grundsätzlich voneinander personell unabhängig.»

³⁵⁹ Ebd., S. 21.

³⁶⁰ Ebd., S. 22-23.

³⁶¹ Ebd., S. 22.

³⁶² BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 18.

³⁶³ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8280, 8287; vgl. auch EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 67.

³⁶⁴ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 76.

³⁶⁵ Ebd., S. 78.

³⁶⁶ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats, E. III.2.h.

³⁶⁷ Ebd., E. III.2.h.

1.3.1.8.1 Statuten

Seinen Einfluss auf den Verwaltungsrat übt der Bund als Allein- oder Hauptaktionär insbesondere auch bei der Ausgestaltung der Statuten aus.³⁶⁸ Der Bundesrat sorgt beim Erlass der Statuten für eine klare Regelung im Umgang mit Interessenskonflikten im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung.³⁶⁹ Muster-Statuten bestehen soweit ersichtlich indessen nicht.

Das Eidgenössische Personalamt hat Musterbestimmungen erlassen in Bezug auf die Ergänzung der Statuten bundesnaher Unternehmen, die sich auf die Löhne und Honorare des obersten Kadern unter anderem in bundesnahen Unternehmen bezieht. Darin wird auf Art. 6a BPG und die Kaderlohnverordnung Bezug genommen.³⁷⁰

1.3.1.8.2 Wahl des Verwaltungsrats

Bei der Ausübung seines Wahlrechts soll der Bundesrat berücksichtigen, dass sich die Verwaltungsratsmitglieder mit der Stossrichtung der strategischen Ziele identifizieren können und damit die Bundesinteressen angemessen vertreten werden.³⁷¹

Die Mitglieder des Verwaltungsrats sollen vom Bundesrat auf Grundlage eines Anforderungsprofils gewählt werden, damit sichergestellt werden kann, dass diese über das nötige fachliche und betriebliche Wissen verfügen und ihre Funktion in eigener Verantwortung ausüben können.³⁷² Nur unter Berücksichtigung des Aufgabenportefeuilles lässt sich eruieren, welche Fähigkeiten eines Verwaltungsratsmitglieds erforderlich sind. Allgemein lässt sich festhalten, dass der Verwaltungsrat sowohl über fach- beziehungsweise branchenspezifisches als auch über betriebswirtschaftliches Wissen verfügen muss. Auch muss Know-how im Bereich des Finanz- und Rechnungswesens vorhanden sein, damit die Bilanz, die Erfolgsrechnung und Erläuterungsberichte der Revisionsstelle verstanden werden und der Verwaltungsrat in der Lage ist, konkrete Schlüsse daraus zu ziehen.³⁷³ Ein Verwaltungsratsmitglied muss in der Lage sein, «im kritischen Gedankenaustausch mit dem operativ verantwortlichen Organ» sich eine eigene Meinung zu bilden.³⁷⁴ Im Muster-Anforderungsprofil des Bundes wird zwischen Anforderungen an das Kollegium, an das einzelne Mitglied und an das Präsidium unterschieden. Beim Kollegium werden die Gewährleistung der Festlegung und Durchsetzung von Firmenstrategien, die Funktionsfähigkeit als Team sowie Branchenkenntnisse und Fachwissen verlangt. Beim einzelnen Mitglied werden unter anderem die Bereitschaft, die strategischen Ziele des Bundesrats umzusetzen, persönliche Integrität oder auch verschiedene Fach-, Sozial- und Persönlichkeitskompetenzen vorausgesetzt. Das Präsidium muss zusätzlich weitere Elemente

³⁶⁸ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 19.

³⁶⁹ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8286.

³⁷⁰ EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT, Musterbestimmungen zur Ergänzung der Statuten.

³⁷¹ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8269, vgl. auch S. 8286; EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 26.

³⁷² BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8269, 8271; vgl. auch EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 26 sowie 5. Leitsatz der 37 Leitsätze der EFV: «Der Bund erstellt ein Anforderungsprofil, das die für eine eigenständige sowie sach- und fachgerechte Willensbildung nötigen Voraussetzungen des Verwaltungs- oder Institutsrats definiert. Der Bundesrat übt sein Wahlrecht auf der Grundlage dieses Anforderungsprofils aus und sorgt unter Berücksichtigung der besonderen Interessen des Bundes als Eigner für eine angemessene Vertretung – der Geschlechter; und – der Sprachregionen der Schweiz.»

³⁷³ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 26.

³⁷⁴ Ebd., S. 26.

wie beispielsweise umfassende Erfahrung oder hohe Entschlusskraft und Durchsetzungsvermögen einbringen können.³⁷⁵

Der Bundesrat sorgt bei der Ausübung seines Wahlrechts für eine angemessene Vertretung der Geschlechter und der Sprachregionen der Schweiz.³⁷⁶ In einem Bundesratsbeschluss hat der Bundesrat Richtwerte für den Anteil der Landessprachen und eine Zielquote in Bezug auf die Geschlechterverteilung in den Verwaltungsräten definiert.³⁷⁷

Ein Verwaltungsrat soll genügend gross sein, damit die Mitglieder ausreichend Erfahrung und Wissen aus verschiedenen Bereichen einbringen und die Leitungs- und Kontrollfunktionen unter sich verteilen können. Zudem soll er genügend klein sein, damit eine effiziente Willensbildung möglich ist.³⁷⁸ Grundsätzlich ist ein Verwaltungsrat von sieben bis maximal neun Mitgliedern einzurichten.³⁷⁹

Der Bund setzt sich dafür ein, dass bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften Bestimmungen in Bezug auf das Verfahren bei Interessenskonflikten im Verwaltungsrat (und in der Geschäftsleitung) in den Statuten aufgenommen werden. Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften können entsprechende Bestimmungen im Organisationserlass (Spezialgesetz) festgehalten werden.³⁸⁰

1.3.1.9 Verwaltungsrat

Die Unternehmensführung und die Finanzverantwortung sind Aufgaben des Verwaltungsrats. Seine Hauptaufgaben bestehen aus der Umsetzung der vom Bundesrat vorgegebenen strategischen Ziele in die Unternehmensstrategie sowie aus der Kontrolle und Unterstützung der Geschäftsleitung.³⁸¹ Nur wenn starke und fachlich kompetente Verwaltungsräte eingesetzt wurden, kann sich der Bundesrat auf die Vorgabe von strategischen Zielen beschränken. Darum wurde sowohl für den gesamten Verwaltungsrat als auch für die einzelnen Mitglieder Anforderungsprofile erlassen (bspw. bei Post und Swisscom).³⁸² Aktuell sind Anforderungsprofile für den Verwaltungsrat, die einzelnen Mitglieder sowie auch für das Präsidium der Unternehmen Post, SBB und Swisscom publiziert.³⁸³ Bei der RUAG wurden soweit ersichtlich keine Anforderungsprofile veröffentlicht.

In der Privatwirtschaft ist eine Tendenz zu beobachten, die Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrats zu reduzieren. Damit konnten das Engagement der einzelnen Mitglieder sowie die Funktionsfähigkeit des Gesamtgremiums gesteigert und die Gefahr von Interessenskonflikten verringert werden. Bei der Swisscom, den SBB und der Post wurde die Anzahl der Verwaltungsratsmitglieder auf neun Personen beschränkt.³⁸⁴

³⁷⁵ EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Muster-Anforderungsprofil.

³⁷⁶ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2707 sowie 5. Leitsatz (vgl. Fussnote 68).

³⁷⁷ EFV-RECHTSDIENST, Dokumentation Entwicklung CG, S. 11.

³⁷⁸ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 24.

³⁷⁹ Ebd., S. 25.

³⁸⁰ Ebd., S. 29.

³⁸¹ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 18.

³⁸² Ebd., S. 19.

³⁸³ Vgl. EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT FÜR UMWELT, VERKEHR, ENERGIE UND KOMMUNIKATION UVEK, Bundesnahe Betriebe.

³⁸⁴ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 20.

Für Verwaltungsratsmitglieder (und auch Geschäftsleitungsmitglieder) besteht gemäss Art. 717 OR eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft. Eine Ausstandspflicht eines Verwaltungsratsmitglieds bei Interessenskonflikten sieht das OR nicht direkt vor.³⁸⁵ Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften muss der Bundesrat dafür sorgen, dass dies in den Statuten beziehungsweise im Organisationsreglement implementiert wird.³⁸⁶ Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften ist im Organisationserlass festzuhalten, dass die Interessen der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat (und die Geschäftsleitung) gewahrt werden müssen und bei Interessenskonflikten in den Ausstand getreten werden muss beziehungsweise bei dauerhaften Interessenskonflikten keine Mitgliedschaft möglich ist.³⁸⁷

In Bezug auf Interessenbindungen in den Verwaltungsräten der bundesnahen Unternehmen hat die GPK des Ständerats 2018 verschiedene Empfehlungen formuliert. Unter anderem erwartet die GPK des Ständerats, dass die Mandate der Verwaltungsräte durch den Bund überprüft werden.³⁸⁸ Die Überprüfung von Interessenbindungen der Verwaltungsratsmitglieder durch den Bundesrat soll verstärkt werden. Die Prüfung von Drittmandaten durch den Bund als Eigner beschränkt sich weitgehend darauf, im Rahmen von Wahlen oder von Wiederwahlen die Frage nach Drittmandaten zu stellen und bei Unklarheiten nachzufragen.³⁸⁹

1.3.1.10 Staatsvertretung

Mit der Entsendung einer Staatsvertretung in Verwaltungsräte soll die Wahrung der Interessen des Bundes mittels der personellen Verbindung zur Aktiengesellschaft sichergestellt werden.³⁹⁰ Staatsvertretungen haben insbesondere die «Verknüpfung von politischer und betrieblicher Steuerung zu gewährleisten und die finanziellen Interessen des Bundes zu wahren.»³⁹¹ Bei der «Neubestellung» von Staatsvertretungen steht aufgrund der Aufgaben des Verwaltungsrats die politische Zugehörigkeit weniger im Fokus. Vielmehr wird auf konzeptionelle, fachliche und persönliche Stärken abgestellt. Je nach Unternehmen können die Anforderungen unterschiedlich priorisiert oder ergänzt werden (bspw. Branchen- und Marktkenntnisse national und international, unternehmerische Erfahrung usw.).³⁹² Vorgesehen war, Führungspersönlichkeiten aus dem für die Aufsicht zuständigen Departement als Staatsvertretungen einzusetzen.³⁹³

Staatsvertretungen haben grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die übrigen Verwaltungsräte. Auch sie müssen die Interessen der Gesellschaft wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Ein Teil der Lehre schliesst aus Art. 762 Abs. 3 OR auf den Vorrang des Gesellschaftsinteresses, während ein anderer Teil der Lehre aus Art. 762 Abs. 4 OR auf den

³⁸⁵ Eidgenössische Finanzverwaltung, Erläuternder Bericht, S. 23–24.

³⁸⁶ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 27, vgl. 6. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Die Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats sowie der Geschäftsleitung wahren die Interessen der verselbständigten Einheit. Bei Interessenkonflikten tritt ein Mitglied in den Ausstand. Dauerhafte Interessenkonflikte schliessen eine Mitgliedschaft im Verwaltungs- oder Institutsrat sowie in der Geschäftsleitung aus».

³⁸⁷ EFV-RECHTSDIENST, Dokumentation Entwicklung CG, S. 27 sowie 6. Leitsatz der 37 Leitsätze.

³⁸⁸ GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES STÄNDERATS, Überwachung Interessenbindungen VR, S. 16–22, zu der Überprüfung der Mandate vgl. Empfehlung 4, S. 19–20.

³⁸⁹ BUNDESRAT, Stellungnahme Interessenbindungen in den VR, S. 7856.

³⁹⁰ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2668, vgl. zum Beispiel eines Mandats an einen Bundesvertreter S. 2668–2669.

³⁹¹ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 19.

³⁹² Ebd., S. 19.

³⁹³ Ebd., S. 19.

Vorrang der öffentlichen Interessen schliesst. Herrschend ist die Theorie des «doppelten Pflichtenexus», wonach die Pflichten der Staatsvertretung als Verwaltungsratsmitglied vorgehen, die öffentlichen Interessen jedoch im Rahmen des Ermessens eines Verwaltungsratsmitglieds berücksichtigt werden können.³⁹⁴ Konfliktsituationen können vermieden werden, wenn der Bundesrat seine Weisungen an die Staatsvertretung «im Rahmen des vom Gesellschaftszweck reflektierten öffentlichen Interesses» erteilt und das VR-Mandat entsprechend ausgestaltet.³⁹⁵

Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften kann der Bund gestützt auf Art. 762 OR Staatsvertretungen in den Verwaltungsrat Einsitz nehmen lassen.³⁹⁶ Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften fällt die Einsitznahme von Staatsvertretungen im Verwaltungsrat der Gesellschaft weniger in Betracht, da dem Verwaltungsrat in diesem Fall rechtlich verbindliche strategische Ziele vorgegeben werden können.³⁹⁷

Sowohl bei gewählten als auch bei abgeordneten Staatsvertretungen gemäss Art. 762 OR kann es sich auch um Staatsvertretungen im engeren Sinn (instruierbare Staatsvertretungen) handeln.³⁹⁸ Instruierbare Staatsvertretungen sind gesetzlich (vgl. dazu Art. 20 BPG) oder vertraglich verpflichtet, die Interessen des Bundes im Verwaltungs-/Institutsrat zu vertreten. Es kann sich dabei um Mitarbeitende der Bundesverwaltung oder um Dritte handeln.³⁹⁹

Gemäss dem Corporate-Governance-Bericht des Bundesrats sollen instruierbare Staatsvertretungen nur dort eingesetzt werden, wo «das Anforderungsprofil des Leitungsorgans oder der Steuerungsbedarf des Bundes dies nahelegen.»⁴⁰⁰ Aufgrund der Gefahr des «doppelten Pflichtenexus» soll der Bund nur noch instruierbare Staatsvertretungen einsetzen, wo dies notwendig ist. Die Notwendigkeit ergibt sich aus dem Anforderungsprofil (spezifisches Wissen der Staatsvertretung) oder aus dem Steuerungsbedarf des Bundes.⁴⁰¹ Bei der Instruktion der Staatsvertretung ist der Bundesrat sehr zurückhaltend: Lediglich bei Geschäften, die im Widerspruch zu den strategischen Zielen stehen beziehungsweise geraten können, sowie bei Geschäften mit grosser politischer Tragweite behält sich der Bundesrat Instruktionen vor.⁴⁰²

³⁹⁴ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2679.

³⁹⁵ Ebd., S. 2680.

³⁹⁶ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 13.

³⁹⁷ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8286; EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 33.

³⁹⁸ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 29-30.

³⁹⁹ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8271; vgl. auch EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 29.

⁴⁰⁰ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8271, vgl. auch S. 8286; EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 32-33, vgl. auch 9. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Der Bund soll mit instruierbaren Vertreterinnen und Vertretern nur noch in Verwaltungs- oder Institutsräten verselbständigter Einheiten Einsitz nehmen, wenn sich seine Interessen ohne diese Vertretung nicht im erforderlichen Mass wahrnehmen lassen oder wenn das Anforderungsprofil des Verwaltungs- oder Institutsrats dies nahelegt.»

⁴⁰¹ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8272; vgl. auch EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 31.

⁴⁰² GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Entscheide des Bundesrats betreffend das Unternehmen Swisscom AG, S. 5190.

Die Wahl beziehungsweise Entsendung von Mitarbeitenden aus der Verwaltung als Staatsvertretung kann problematisch sein, da die Verwaltung oftmals auch die Rollen der Fachaufsicht und der Leistungsbestellerin innehat. Die personelle Verflechtung zwischen der Verwaltung und der verselbstständigten Einheit kann auf ein Minimum reduziert werden, wenn Mitarbeitende der Verwaltung nur noch ausnahmsweise in den Verwaltungsrat entsendet beziehungsweise gewählt werden.⁴⁰³

Bei der Swisscom sind zwei Staatsvertretungen vorgesehen. Diese können – im Gegensatz zu den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern – vom Eigner instruiert werden, wobei letzterer die Haftung übernimmt.⁴⁰⁴ Ansprechpartner der gegenwärtig *einen* Staatsvertretung bei der Swisscom sind der Direktor der EFV und das Generalsekretariat des UVEK.⁴⁰⁵

1.3.1.11 Strategische Ziele

Die strategischen Ziele dienen als Vorgabe gegenüber den Verwaltungsräten der Unternehmen und gleichzeitig binden sie auch den Eigner selbst.⁴⁰⁶ Durch die Selbstbindung des Eigners wird Transparenz und Verlässlichkeit geschaffen. Der Bund erteilt den Unternehmen mit den strategischen Zielen einen Auftrag. Dieser ist vom eigentlichen Leistungsauftrag, der vom Gesetz- beziehungsweise Verordnungsgeber festgehalten wird, abzugrenzen.⁴⁰⁷ Den strategischen Zielen kommt eine dreifache Funktion zu: sie stellen das «oberste dynamische Instrument zur Steuerung der verselbstständigten Einheiten» dar, sie sind der Anknüpfungspunkt für die parlamentarische Oberaufsicht und die Mitwirkung des Parlaments und sie bilden zusammen mit der Berichterstattung über die Erreichung der strategischen Ziele ein «logisches Ganzes».⁴⁰⁸

Mit der parlamentarischen Initiative zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten wurde der Bundesrat gesetzlich verpflichtet, alle verselbstständigten Einheiten mit strategischen Zielen zu steuern.⁴⁰⁹ Überdies hinaus müssen die strategischen Ziele in den jeweiligen Organisationserlassen verankert sein, damit die Einheiten in die Pflicht genommen werden können, diese umzusetzen und beim Controlling mitzuwirken.⁴¹⁰

Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften sind die strategischen Ziele im Spezialgesetz beziehungsweise Organisationserlass als rechtlich verbindlich für den Verwaltungsrat und die Unternehmung zu erklären und es ist eine entsprechende Rechenschaftspflicht festzuhalten.⁴¹¹ Für die Spezialregelung wird vom Bundesrat folgende Formulierung vorgeschlagen: «Der Bundesrat legt jeweils für vier Jahre fest, welche Ziele der Bund mit seiner Beteiligung an der Unternehmung erreichen will. Der Verwaltungsrat sorgt für die Umsetzung dieser Ziele des Bundesrats im Unternehmen. Er erstattet dem Bundesrat Bericht

⁴⁰³ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 32.

⁴⁰⁴ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 20.

⁴⁰⁵ EFV-RECHTSDIENST, Dokumentation Entwicklung CG, S. 9.

⁴⁰⁶ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 17.

⁴⁰⁷ BUNDESRAT, Bericht Service public, S. 4584.

⁴⁰⁸ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Mustervorlage für den Erlass strategischer Ziele, S. 2.

⁴⁰⁹ Art. 8 Abs. 5 RVOG, FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3387-3388, 3399; BUNDESRAT, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3415.

⁴¹⁰ FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3393, 3401.

⁴¹¹ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8287; BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2693, vgl. auch S. 2675.

über deren Erreichung und stellt ihm die zur Überprüfung der Zielerreichung notwendigen Informationen zur Verfügung.»⁴¹²

Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften entfalten die strategischen Ziele keine rechtliche, jedoch eine faktisch bindende Wirkung.⁴¹³ Dies begründet sich darin, dass die Vorgabe von strategischen Zielen in den unentziehbaren Kompetenzbereich des Verwaltungsrats gemäss Art. 716a OR eingreift.⁴¹⁴ Da der Bund als Allein- oder Mehrheitsaktionär den Verwaltungsrat abwählen könnte, ist es allerdings in dessen Interesse, die Vorgaben nicht zu missachten.⁴¹⁵ Strategische Ziele bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften dienen dem Bund als Grundlage für die Ausübung seiner Eigner- beziehungsweise Aktionärsrechte sowie für die allfällige Instruktion einer Staatsvertretung. Zudem zeigen sie dem Verwaltungsrat die Absichten des Haupt-/Mehrheitsaktionärs auf und sie schaffen Transparenz gegenüber Drittinvestoren.⁴¹⁶ Zuständig für den Erlass der strategischen Ziele ist grundsätzlich der Bundesrat.⁴¹⁷ Die strategischen Ziele werden nicht einseitig vom Bund vorgegeben, sondern sie werden in enger Abstimmung mit der entsprechenden Einheit entworfen.⁴¹⁸ Beim Erlass der strategischen Ziele hat der Bundesrat Finanzierungsbeschlüsse des Parlaments bei namhaften finanziellen Bundesbeiträgen (bspw. ETH-Bereich⁴¹⁹) zu berücksichtigen.⁴²⁰

Der Bundesrat beschliesst die strategischen Ziele für einen Zeitraum von vier Jahren. Das Generalsekretariat des Fachdepartements ist zuständig für die Vorbereitung des Geschäfts, wobei eine Konsultation diverser Akteure erfolgt.⁴²¹ Die Grundlageninformationen für die Erarbeitung der strategischen Ziele werden mehrheitlich durch das Unternehmen selbst geliefert.⁴²²

⁴¹² BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2675.

⁴¹³ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8278; EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 57.

⁴¹⁴ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 49.

⁴¹⁵ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8278.

⁴¹⁶ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 49.

⁴¹⁷ Ebd., S. 55, vgl. 17. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Die Verabschiedung der strategischen Ziele liegt grundsätzlich in der Zuständigkeit des Bundesrats. Einzig bei Einheiten, die schwergewichtig Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, werden die strategischen Ziele vom Verwaltungs- oder Institutsrat erlassen. Wo verselbständigte Einheiten in namhaftem Umfang von der finanziellen Unterstützung des Bundes abhängig sind, kann das Parlament in den entsprechenden Finanzierungsbeschlüssen die Verwendung dieser Mittel regeln. Dies ist vom Bundesrat beim Erlass der strategischen Ziele zu berücksichtigen.»

⁴¹⁸ FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3387; BUNDESRAT, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3416; zudem wird eine Ämterkonsultation durchgeführt, EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Mustervorlage für den Erlass strategischer Ziele, S. 3.

⁴¹⁹ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 56.

⁴²⁰ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8287.

⁴²¹ Vgl. STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 12-13, so werden die Entwürfe für die strategischen Ziele vom GS UVEK und der EFV vorbereitet und an einem Eignergespräch besprochen. Anschliessend können sich Personalverbände, die KVF und allenfalls der Regulator dazu äussern. Ein konsolidierter Entwurf geht anschliessend in die Ämterkonsultation.

⁴²² Ebd., S. 13, radikale Änderungen der Ziele stellen die Ausnahme dar.

Die Eigenerziele umfassen nebst strategischen Stossrichtungen des Unternehmens insbesondere auch finanzielle Ziele.⁴²³ Inwiefern auch sozial- oder regionalpolitische Ziele erlassen werden sollen, muss bei jeder rechtlichen Verselbstständigung neu eruiert werden.⁴²⁴ Gegenstand der mittelfristigen strategischen Ziele sind unternehmensbezogene (betriebliche Entwicklung der Einheit) und aufgabenseitige (in Bezug auf die Aufgabenerfüllung) Ziele.⁴²⁵

Aufgabenseitige Ziele ergänzen die Spezialgesetze und die Ausführungserlasse.⁴²⁶ Je stärker die Aufgabenerfüllung durch den Markt gesteuert wird, desto weniger sollte die Schwerpunktsetzung auf die aufgabenbezogenen Ziele gelegt werden.⁴²⁷ Inwiefern aufgabenbezogene Ziele nötig sind, hängt von verschiedenen Aspekten (Detaillierungsgrad des Gesetzes, Unabhängigkeit in der Erfüllung der Aufgaben, externe Standards, Markt, Finanzierung über allgemeine Steuermittel) ab.⁴²⁸ Insbesondere dort, wo der verselbstständigten Einheit ein bedeutender Entscheidungsspielraum in Bezug auf wichtige Modalitäten der Aufgabenerfüllung zukommt, wo die Erfüllung der Aufgabe zu einem grossen Teil mit Steuergeldern finanziert wird oder wo aus der Aufgabenerfüllung ein erhebliches Risiko für den Bund erwachsen kann, besteht Bedarf nach aufgabenseitigen Zielen.⁴²⁹ Die Festlegung von aufgabenbezogenen Zielen ist eine «notwendige Konsequenz der politischen Entscheidung, auf eine vollständige Privatisierung dieser Unternehmen (Post, SBB, Swisscom) zu verzichten.»⁴³⁰ Der Bundesrat erachtet die aufgabenbezogenen Ziele als «untrennbar mit dem Bundeseigentum verbunden».⁴³¹

Unternehmensbezogene strategische Ziele sollten folgende Elemente aufweisen: Grundzüge der Geschäftspolitik, Positionierung am Markt resp. im Aufgabenbereich, Entwicklungsschwerpunkte, Finanzen, Risikopolitik und Beteiligungs-/Kooperationspolitik.⁴³² Aufgabenseitige Ziele sollten die Schwerpunkte der Aufgabenerfüllung sowie qualitative

⁴²³ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 14.

⁴²⁴ Ebd., S. 15.

⁴²⁵ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8276 mit zusätzlichen Ausführungen; FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3386; GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 8547-8548; vgl. 16. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Der Bund steuert die verselbstständigten Einheiten als Gewährleister der Aufgabenerfüllung und als Eigner auf strategischer Ebene mit übergeordneten und mittelfristigen Zielvorgaben. Mit dem inhaltlich in den Grundzügen standardisierten Instrument der strategischen Ziele nimmt er aus einer Gesamtsicht Einfluss auf ihre Entwicklung als Organisation bzw. Unternehmen («unternehmensbezogene Vorgaben») und auf ihre Aufgaben («aufgabenseitige Vorgaben»). Insbesondere die Intensität der aufgabenseitigen Steuerung ist abhängig davon, ob die Erfüllung der übertragenen Aufgabe:

- nur in den Grundzügen durch die Gesetzgebung und kaum durch den Markt bestimmt wird;
- in erheblichem Umfang mit allgemeinen Steuermitteln finanziert wird;
- mit bedeutenden Risiken für den Bund verbunden sein kann.

Die Zielerreichung wird nach den Kriterien und der Periodizität gemessen, die im Rahmen der strategischen Ziele festgelegt worden sind.»

⁴²⁶ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 51.

⁴²⁷ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8276.

⁴²⁸ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 50-51.

⁴²⁹ Ebd., S. 51, 53, vgl. 16. Leitsatz (Fussnote 423).

⁴³⁰ BUNDESRAT, Stellungnahme Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 9216.

⁴³¹ Ebd., S. 9217.

⁴³² EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 54-55.

und/oder quantitative Aspekte der Aufgabenerfüllung von strategischer Bedeutung enthalten.⁴³³ Detaillierte Vorgaben in den strategischen Zielen sollten ausbleiben, da diese die betriebliche Autonomie der verselbstständigten Einheit und die Verantwortlichkeiten zwischen dem Bund und der Einheit verwischen würden.⁴³⁴ Zwar können grundsätzlich auch Leistungsvorgaben Gegenstand strategischer Ziele sein. Erfolgt die Leistungserstellung jedoch in einem Wettbewerbsumfeld, soll sie grundsätzlich nicht Gegenstand der strategischen Ziele sein.⁴³⁵

Die EFV hat eine Mustervorlage für den Erlass strategischer Ziele (insb. bei Dienstleistern mit Monopolcharakter und als Empfehlung für Anstalten mit Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht) erlassen.⁴³⁶ Einer Harmonisierung der strategischen Ziele sind jedoch Grenzen gesetzt, da immer auf die spezifischen Voraussetzungen und Erfordernisse einer einzelnen Einheit Rücksicht genommen werden muss.⁴³⁷ Strategische Ziele konkretisieren das übergeordnete Gesetz und müssen konsistent zu anderen übergeordneten Bestimmungen (bspw. Fachgesetz) sein. Sie können «programmatisch umfassend» oder «spezifisch und enger» formuliert werden und sollten mit einem Set von Indikatoren unterlegt werden.⁴³⁸ Bezüglich Aufbau wird Folgendes empfohlen: 1. Einleitung, 2. Strategische Schwerpunkte (programmatische Schwerpunkte sowie aufgaben- und unternehmensbezogene Ziele), 3. Finanzielle Ziele, 4. Personal- und vorsorgepolitische Ziele, 5. Kooperationen und Beteiligungen, 6. Anpassungen der strategischen Ziele, 7. Berichterstattung. Im Anhang, der in der Regel nicht veröffentlicht wird, sind die Kennzahlen und die Indikatoren aufzuführen.⁴³⁹

Der Bundesrat kann die Ziele nur schwer im Voraus priorisieren und dadurch Widersprüche zwischen aufgaben- und unternehmensbezogenen Zielen auflösen. Er sieht den Verwaltungsrat in der Pflicht, «angesichts gegenläufiger Anforderungen von Markt, Regulator, Aktionär und anderen Anspruchsgruppen das bestmögliche Ergebnis für das Unternehmen zu erreichen.»⁴⁴⁰

Die Methoden zur Messung der Erreichung der strategischen Ziele werden vorgängig festgelegt. Die Erreichung der strategischen Ziele wird auch während der Leistungsperiode und nicht nur am Ende gemessen.⁴⁴¹

Die Berichterstattung über die Erfüllung strategischer Ziele erfolgt mit Kurzberichten an die Öffentlichkeit und mit vertieften Berichten an die parlamentarischen Aufsichtskommissionen. Die EFV erlässt jährlich Weisungen über die Berichterstattung des Bundesrats

⁴³³ Ebd., S. 55.

⁴³⁴ Ebd., S. 51.

⁴³⁵ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8277, 8287; EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 54.

⁴³⁶ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Mustervorlage für den Erlass strategischer Ziele.

⁴³⁷ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Mustervorlage für den Erlass strategischer Ziele, S. 2.; vgl. auch EFV-RECHTSDIENST, Dokumentation Entwicklung CG, S. 5-6.

⁴³⁸ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Mustervorlage für den Erlass strategischer Ziele, S. 3.

⁴³⁹ Ebd., S. 4-11.

⁴⁴⁰ BUNDESRAT, Stellungnahme Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 9213.

⁴⁴¹ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2708 sowie 16. Leitsatz (Fussnote 425).

in Bezug auf die Zielerreichung der öffentlichen Unternehmen. Zudem werden intern entsprechende Muster zur Verfügung gestellt.⁴⁴² Für die Überprüfung der Zielerreichung stellt der Verwaltungsrat die Berichte (Bericht über Zielerreichung, Geschäftsbericht und Jahresrechnung) dem Generalsekretariat des Fachdepartements und der EFV zu. Die beiden Departemente erörtern die Berichte zuerst zu zweit und anschliessend in einem Eignerggespräch auch mit Vertretungen des Unternehmens. Aufgrund dessen stellt das UVEK in Absprache mit dem EFV entsprechende Anträge an den Bundesrat.⁴⁴³

Da die Beurteilung aufgabenbezogener Ziele aufgrund nicht klar fassbaren Elementen wie Innovationsfreudigkeit oder Produktqualität schwierig ist, muss zusätzlich zur schriftlichen Berichterstattung ein Austausch zwischen dem Unternehmen und dem Eigner bestehen. Dieser erfolgt, damit die «Unschärfe und Willkürlichkeit bei der Einschätzung der unternehmerischen Leistungen und Risiken» abgebaut werden kann.⁴⁴⁴ Da der Bund eine politische Mitverantwortung für die Unternehmen Post, SBB und Swisscom trägt und regelmässig parlamentarische Anfragen sowie Fragen von den Medien und der Öffentlichkeit beantworten muss, ist ein vertiefter Informationsaustausch nötig.⁴⁴⁵

Das Parlament sollte «im Interesse einer stufengerechten Kompetenz- und Verantwortungsregelung zwischen Legislative und Exekutive» nicht direkt auf die strategischen Ziele Einfluss nehmen können.⁴⁴⁶ Der Bundesrat unterbreitet die strategischen Ziele dem Parlament, welches diese zur Kenntnis nimmt. Das Parlament kann dem Bundesrat Aufträge zu der Ausgestaltung strategischer Ziele unterbreiten, wobei der Bundesrat von diesen nur abweichen darf, wenn er dies begründet (vgl. Art. 28 ParlG).⁴⁴⁷

1.3.2 Besonderheiten

1.3.2.1 Einheiten mit Dienstleistungen am Markt

Für Einheiten, die Dienstleistungen am Markt erbringen, ist grundsätzlich die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft vorzusehen.⁴⁴⁸ Nur in Ausnahmefällen und mit ausreichender Begründung soll eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft errichtet werden.⁴⁴⁹

Gemischtwirtschaftliche Unternehmen werden in der Aufgabenerfüllung in erster Linie durch den (regulierten) Wettbewerb gesteuert. Private Beteiligungen sind grundsätzlich zugelassen.⁴⁵⁰ Bei Einheiten, die Dienstleistungen am Markt erbringen, kann die Nähe zum Bund Wettbewerbsverzerrungen oder Benachteiligungen der übrigen Wettbewerbsteilnehmenden zur Folge haben. Dem kann mit einer Auslagerung entgegengewirkt werden. Der politische Steuerungsbedarf bei solchen Einheiten ist tiefer, da der Markt im

⁴⁴² EFV-RECHTSDIENST, Dokumentation Entwicklung CG, S. 7.

⁴⁴³ Vgl. STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 23-24.

⁴⁴⁴ BUNDESRAT, Stellungnahme Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 9216.

⁴⁴⁵ Ebd., S. 9216.

⁴⁴⁶ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8278.

⁴⁴⁷ FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3397-3398.

⁴⁴⁸ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8235.

⁴⁴⁹ Ebd., S. 8286.

⁴⁵⁰ Ebd., S. 8249.

Wesentlichen Qualität und Quantität der Leistungen bestimmt. Lediglich im Bereich der Grundversorgung besteht politischer Steuerungsbedarf.⁴⁵¹

Den Einheiten, die mehrheitlich Dienstleistungen am Markt erbringen, soll es ermöglicht werden, Kooperationen und Beteiligungen einzugehen. Beteiligungen sollen führungs-mässig angemessen betreut und langfristig zur Steigerung oder Sicherung des Unterneh-menswerts beitragen können. Der Risikoaspekt ist angemessen zu berücksichtigen.⁴⁵² Pri-vatwirtschaftliche Aktiengesellschaften können Kooperationen und Beteiligungen gemäss Aktienrecht und somit im Rahmen ihrer Zweckbestimmung eingehen.⁴⁵³ Bei spezialge-setzlichen Aktiengesellschaften sind Einschränkungen in Bezug auf Beteiligungen und Kooperationen denkbar, wobei dies im Organisationserlass oder in den strategischen Zie-len festzuhalten wäre.⁴⁵⁴

Bei Einheiten mit Dienstleistungen am Markt sind schlanke Strukturen vorzusehen.⁴⁵⁵

Da der Bund bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften, die Dienstleistungen am Markt erbringen, keine rechtlich verbindlichen Ziele vorgeben kann, sind Staatsvertretungen denkbar.⁴⁵⁶

Wo Dienstleistungen am Markt betroffen sind, ist eine Delegation von Rechtsetzungs-kompetenzen an verselbstständigte Einheiten aufgrund der Wettbewerbsneutralität ausge-schlossen.⁴⁵⁷

Einheiten mit Dienstleistungen am Markt werden eher mit unternehmensbezogenen denn mit aufgabenbezogenen Vorgaben geführt, da die Aufgabenerfüllung weitgehend durch den Markt bestimmt wird.⁴⁵⁸ Die Einheiten mit Dienstleistungen am Markt verfügen über ein privatrechtliches Personal- und Pensionskassenstatut⁴⁵⁹ und ihre vorsorgerechtlichen

⁴⁵¹ Ebd., S. 8264.

⁴⁵² BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8275, 8287; EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 44, vgl. 14. Leitsatz der 37 Leitsätze: «[...] Verselbständigte Einheiten in der Rechtsform einer privaten Aktiengesellschaft können Kooperationen und Beteiligungen nach Aktienrecht und damit im Rahmen ihrer Zweckumschreibung eingehen. Beteiligungen müssen langfristig zur Sicherung oder Steigerung des Unternehmenswertes beitragen und führungs-mässig gut betreut werden können. Dem Risikoaspekt ist genügend Rechnung zu tra-gen».

⁴⁵³ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 44.

⁴⁵⁴ Ebd., S. 46.

⁴⁵⁵ Ebd., S. 29, vgl. 2. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Verselbständigte Einheiten des Bundes verfügen über schlanke Strukturen und klare Kompetenzregelungen zwischen den Organen.»

⁴⁵⁶ Ebd., S. 33.

⁴⁵⁷ Ebd., S. 43.

⁴⁵⁸ Ebd., S. 57.

⁴⁵⁹ 29. Leitsatz der 37 Leitsätze: «[...] Verselbständigte Einheiten, die überwiegend Dienstleistun-gen am Markt erbringen, haben ein privatrechtliches Personalstatut. Die Art des Personalstatuts ist im Organisationserlass festzulegen.»; EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Be-richt, S. 46; ausführlich zum Steuerungselement Personalstatut: BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2689-2692.

Regelungen unterstehen daher keiner Genehmigungspflicht.⁴⁶⁰ Eine Steuerung in diesem Bereich erfolgt über die Vorgaben in den strategischen Zielen.⁴⁶¹ Personalpolitische Vorgaben können bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften ferner im Organisationsgesetz oder mittels Genehmigung der Ausführungsbestimmungen des Verwaltungsrats gemacht werden.⁴⁶²

1.3.2.2 Holdingstrukturen

Aus den konzeptionellen Grundlagen des Bundes zur Public Corporate Governance konnten keine spezifischen Aussagen zu Holdingsstrukturen ermittelt werden.

1.3.2.3 Zielkonflikte und Schnittstellen Eigner-/Bestellerrolle

Der Corporate-Governance-Bericht nennt vier verschiedene Rollen des Bundes: die Eignerrolle, die Rolle des Bundes als Träger der Fachaufsicht, die Rolle des Bundes als Träger der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sowie die Rolle des Bundes als Leistungsbesteller am Markt.⁴⁶³ Als Eigner ist der Bund an einer «nachhaltigen Wertsteigerung» der öffentlichen Unternehmen interessiert.⁴⁶⁴ Unter anderem zwischen der Eigner- und der Bestellerrolle besteht ein potenzielles Spannungsverhältnis: In seiner Rolle als Leistungsbesteller hat der Bund Interesse am wirtschaftlich attraktivsten Angebot eines Unternehmens und als Eigner möchte der Bund die Leistungen bei seinen eigenen verselbstständigten Einheiten beziehen.⁴⁶⁵

Erfüllt ein Privatrechtssubjekt eine öffentliche Aufgabe aufgrund einer Konzession, untersteht es einer «spezifischen konzessionsrechtlichen Aufsicht». Es besteht die Möglichkeit, in der Konzession oder in den entsprechenden Rechtsgrundlagen bestimmte Aufsichtsmassnahmen festzulegen. Das schärfste Aufsichtsmittel ist der Widerruf der Konzession infolge Nichtbeachtung der Auflagen in der Konzession.⁴⁶⁶ Bei der rechtlichen Verselbstständigung der Rüstungsbetriebe wurde potenziellen Interessenskonflikten zwischen der Eigner- und der Bestellerrolle des Bundes vorgebeugt, indem eine zwischengeschaltete Finanz- und Strategieholdinggesellschaft errichtet wurde.⁴⁶⁷

⁴⁶⁰ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2705, vgl. 29 Leitsatz (Fussnote 149) sowie 34. Leitsatz der 37 Leitsätze: «[...] Für verselbständigte Einheiten, die Dienstleistungen am Markt erbringen, ist ein privatrechtliches Pensionskassenstatut vorzusehen. Die Art des Pensionskassenstatuts ist im Organisationserlass festzulegen.»

⁴⁶¹ Ebd., S. 2681, 37. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Der Bund macht den verselbständigten Einheiten mit Dienstleistungen am Markt im Rahmen der strategischen Ziele vorsorgepolitische Vorgaben.»

⁴⁶² Ebd., S. 2692, ausführlich: S. 2692-2695, vgl. auch 32. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Der Bund macht den verselbständigten Einheiten im Rahmen der strategischen Ziele personalpolitische Vorgaben.»

⁴⁶³ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8288.

⁴⁶⁴ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 14.

⁴⁶⁵ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8289.

⁴⁶⁶ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats, E. III.2.k.

⁴⁶⁷ BUNDESRAT, Bericht Aufsicht, S. 20-21.

1.3.2.4 Rolle und Prüfauftrag Revisionsstelle

Die externe Revision wird bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften umfassend durch das Aktienrecht geregelt.⁴⁶⁸ Die Mindestinhalte der Berichterstattung der externen Revision wird durch das Gesetz bestimmt (vgl. Art. 662 ff. OR sowie Art. 729 f. OR).⁴⁶⁹ Es wird erwogen, eine reglementarische Rotationspflicht der Revisionsstelle vorzusehen.⁴⁷⁰

1.4 Rechtsgrundlagen Bundesebene

1.4.1 Grundlagen

1.4.1.1 Steuerung allgemein

Gemäss Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV *beaufsichtigt* der Bundesrat die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Bundesaufgaben. Gemäss Art. 178 Abs. 1 BV *leitet* der Bundesrat hingegen lediglich die Bundesverwaltung und nicht auch die Träger ausserhalb der Bundesverwaltung. Durch die Ausgliederung aus der Verwaltung erhalten verselbstständigte Aufgabenträger Autonomie und verfügen über Gestaltungsspielräume. Intensität und Aufsichtsmittel werden dabei v.a. durch den Gesetzgeber bestimmt.⁴⁷¹ Ein gleich wie bei der Zentralverwaltung weitgehendes Aufsichts- und Interventionsrecht, welches sich auf die Verfassung stützt, wird unter anderem bei bundesnahen Unternehmen verneint. Aus Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV fliesst jedoch gemäss den konzeptionellen Grundlagen des Bundes ein minimales Aufsichtsrecht, welche die «laufende Beobachtung der Aufgabenerfüllung und den Erlass nicht verpflichtender Weisungen (Empfehlungen und dergleichen)» umfasst.⁴⁷²

Für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts ausserhalb der Bundesverwaltung bedarf es gemäss Art. 178 Abs. 3 BV einer spezialgesetzlichen Grundlage. Die betreffenden Organisationserlasse (SBBG, TUG, POG, BGRB⁴⁷³) legen insbesondere die Organisation und die Aufgaben der Träger von Verwaltungsaufgaben fest.⁴⁷⁴ Zudem werden in den Fachgesetzen wie (bspw. PG⁴⁷⁵) die Aufgaben sämtlicher im betreffenden Politikbereich tätigen Unternehmen umschrieben.

Art. 8 Abs. 4 RVOG bestimmt, dass der Bundesrat Träger von Verwaltungsaufgaben, die nicht der Bundesverwaltung angehören, nach Massgabe der besonderen Bestimmungen beaufsichtigt. Gemäss Art. 24 Abs. 3 RVOG richtet sich die Aufsicht über Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, aber Bundesaufgaben wahrnehmen (vgl. Art. 2 Abs. 4 RVOG), nach dem jeweiligen Grad der Au-

⁴⁶⁸ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 28.

⁴⁶⁹ Ebd., S. 62.

⁴⁷⁰ EFV-RECHTSDIENST, Dokumentation Entwicklung CG, S. 6.

⁴⁷¹ BIAGGINI, BV-Kommentar, S. 1409.

⁴⁷² BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats, E. III.1.c und d.

⁴⁷³ Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17. Dezember 2010 (Postorganisationsgesetz; POG; SR 783.1); Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes vom 10. Oktober 1997 (BGRB; SR 934.21); Bundesgesetz über die Schweizer Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG; SR 742.31); Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (Telekommunikationsunternehmungsgesetz; TUG; SR 784.11).

⁴⁷⁴ LIENHARD, Grundlagen, S. 67 f.

⁴⁷⁵ Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG; SR 783.0).

tonomie und wird «in Gegenstand, Umfang und Grundsätzen durch die Spezialgesetzgebung geregelt». Aufgrund von Art. 24 Abs. 3 RVOV erfolgt die Aufsicht über Träger von Verwaltungsaufgaben auf Bundesebene nicht umfassend.⁴⁷⁶

Soweit dies zweckmässig ist, legt der Bundesrat gemäss Art. 8 Abs. 5 RVOG strategische Ziele für verselbstständigte Einheiten fest. Beim Erlass dieser Bestimmung wurde im Bericht der Finanzkommission des Nationalrats «Parlamentarische Initiative: Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten» festgehalten, dass der Bundesrat damit in Konkretisierung der gesetzlichen Rahmenbedingungen die mittelfristig zu erreichenden Ziele festsetzt und deren Erreichung durch die Unternehmensführung kontrolliert.⁴⁷⁷ Um die Unternehmungen «bezüglich der Umsetzung der strategischen Ziele und ihre(r) Mitwirkung beim Controlling des Bundesrates in die Pflicht nehmen zu können, braucht es entsprechende Grundlagen im Organisationserlass.»⁴⁷⁸ Der Bundesrat hält in seiner Stellungnahme zu diesem Bericht fest, dass mit der Verankerung der strategischen Ziele ein Führungsinstrument konsolidiert wird, das sich bewährt hat.⁴⁷⁹ Daraus lässt sich schliessen, dass – eine entsprechende Grundlage im Organisationserlass vorausgesetzt – den strategischen Zielen grundsätzlich verbindlicher Charakter zukommt, wie dies auch der Bundesrat bereits im Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht festgehalten hat (vgl. Ziff. 1.3.1.11). Massgeblich ist indessen die Regelung im jeweiligen Organisationserlass.

Gemäss Art. 8j Abs. 1 RVOV ist der Bundesrat zuständig für die Wahl von «Vertretungen des Bundes in Organisationen des öffentlichen Rechts» (Bst. b) sowie von «nach Artikel 762 des Obligationenrechts abzuordnenden Vertretungen des Bundes in Organisationen des privaten Rechts» und für die Bestimmung der von der Generalversammlung zu wählenden Vertretungen (Bst. c). Gemäss Art. 8j Abs. 2 RVOV muss der Bundesrat für jede Organisation ein Anforderungsprofil erstellen, welches die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen einer Vertretung definiert. Sein Wahl- und Bestimmungsrecht übt er gestützt auf dieses Anforderungsprofil aus. Auf Bundesebene besteht ein Musteranforderungsprofil für Verwaltungs- beziehungsweise Institutsräte.⁴⁸⁰ Bei den Unternehmen Post, SBB und Swisscom wurden entsprechende Anforderungsprofile publiziert.⁴⁸¹ Bezüglich der RUAG wurde soweit ersichtlich kein Anforderungsprofil publiziert.

Gemäss Art. 8k Abs. 1 RVOV wird ein Verzeichnis unter anderem mit der Angabe der Vertretungen des Bundes in Organisationen des öffentlichen und privaten Rechts erstellt.

In Art. 6a BPG werden die Entlohnungen sowie weitere Vertragsbedingungen des obersten Kaders und der Mitglieder leitender Organe von Unternehmen und Anstalten des Bundes geregelt. In Art. 6a Abs. 1 Bst. a BPG wird festgehalten, dass der Bund Grundsätze über den Lohn des obersten Kaders und des in vergleichbarer Höhe entlohnten Personals der SBB (Ziff. 1) sowie «von anderen Unternehmen und Anstalten des Bundes, die als dezentralisierte Verwaltungseinheiten diesem Gesetz unterstehen» (Ziff. 2). Gemäss Art. 6a Abs. 1 Bst. b und c BPG erlässt der Bund Grundsätze über das Honorar der Mitglieder des Verwaltungsrats oder vergleichbaren obersten Leitungsorganen der Einheiten gemäss

⁴⁷⁶ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 18-19.

⁴⁷⁷ FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3385.

⁴⁷⁸ Ebd., Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3401.

⁴⁷⁹ BUNDESRAT, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3415–3416.

⁴⁸⁰ EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Muster-Anforderungsprofil.

⁴⁸¹ EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT FÜR UMWELT, VERKEHR, ENERGIE UND KOMMUNIKATION UVEK, Bundesnahe Betriebe.

Bst. a und er erlässt entsprechende Grundsätze für die ausgewogene Vertretung der Sprachgemeinschaften für diese Personen beziehungsweise Organe.

Die Kaderlohnverordnung (KadLV) regelt die Entlohnung des obersten Kaders und des Verwaltungsrats der Post und der SBB (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. a und j sowie Art. 3 ff. KadLV). Privatrechtliche Unternehmen wie die RUAG, die vom Bund stimmen- und kapitalmässig beherrscht werden und ihren Sitz in der Schweiz haben, unterstehen sinngemäss ebenfalls der Kaderlohnverordnung (Art. 6a Abs. 6 BPG). Bei börsenkotierten Unternehmen wie der Swisscom ist die Kaderlohnverordnung nicht anwendbar, sondern es finden die Art. 663b^{bis} und Art. 663c Abs. 3 OR Anwendung (vgl. Art. 6a Abs. 6 BPG). Zudem ist in diesen Fällen die VegüV anwendbar (Art. 1 Abs. 1 VegüV).

Art. 11 der Kaderlohnverordnung bezieht sich auf Nebenbeschäftigungen des obersten Kaders und allfällige Interessenskonflikte diesbezüglich. Nebenbeschäftigungen müssen demnach dem obersten Leitungsorgan und allenfalls dem Departement kommuniziert werden. Allenfalls müssen die Nebenbeschäftigungen durch den Bundesrat bewilligt werden (Art. 11 Abs. 3 Kaderlohnverordnung).

Der Bundesrat erstellt jährlich einen Bericht an die Finanzdelegation der eidgenössischen Räte über die Verhältnisse in den Unternehmen und Anstalten des Bundes (Kaderlohnreporting).

1.4.1.2 Aktionärsrechte

Der Bundesrat nimmt im Rahmen seiner Eignerfunktion bei privatrechtlich organisierten Verwaltungsträgern die Aktionärsrechte wahr.⁴⁸² Die Rechte und Pflichten des Aktionärs sind umfassend in den Art. 660 ff. OR geregelt.⁴⁸³ Die Generalversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft verfügt über die oberste normsetzende Gewalt (Statuten), befindet über die Kapitalausstattung sowie über Gewinnausschüttungen und ist zuständig für die Wahl beziehungsweise Abberufung der Exekutiv- und Prüforgane.⁴⁸⁴ Ist der Staat Mehrheits- oder Alleinaktionär, kann er die Aktiengesellschaft dadurch (durch die Aktionärsrechte) beherrschen respektive (durch die Wahl des Verwaltungsrats) beherrschen lassen. Die Generalversammlung fasst Beschlüsse und vollzieht Wahlen gemäss Art. 703 OR mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Bei gewissen zentralen Beschlüssen sind gemäss Art. 704 Abs. 1 OR zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerten (qualifizierte Mehrheit) erforderlich.⁴⁸⁵ Die Befugnisse der Generalversammlung werden in Art. 698 Abs. 2 OR festgelegt. Darüber hinaus stehen ihr weitere Beschlusskompetenzen zu, die entweder im Gesetz (bspw. Art. 650 ff. OR oder 732 OR) oder in den Statuten festgehalten sein können.⁴⁸⁶ Als Aktionär genehmigt das Gemeinwesen den Lagebericht sowie die Konzern- beziehungsweise die Jahresrechnung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR). Weiter beschliesst es über die Verwendung des Bilanzgewinns und insbesondere über die Festsetzung der Dividende und der Tantieme (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). In den Statuten können dem Gemeinwesen weitere Kompetenzen eingeräumt werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR). Bei

⁴⁸² LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 64.

⁴⁸³ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 94.

⁴⁸⁴ Ebd., S. 83.

⁴⁸⁵ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 113; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 335.

⁴⁸⁶ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 332, wo weitere gesetzliche Beschlusszuständigkeiten aufgelistet sind.

delegierbaren Kompetenzen anderer Organe ist auch eine Beschlussdelegation an die Generalversammlung möglich.⁴⁸⁷ Die Änderung des Gesellschaftszwecks muss von der Generalversammlung mit mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte beschlossen werden (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Wurde der Gesellschaftszweck im Spezialgesetz beziehungsweise Organisationserlass verankert,⁴⁸⁸ muss dieses angepasst werden.

Der Bundesrat ist als Eigner zuständig für die Wahl und für allfällige Abberufungen der Verwaltungsratsmitglieder (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 sowie Art. 705 Abs. 1 OR).⁴⁸⁹ In den Statuten kann dem Gemeinwesen ein Vorschlagsrecht in Bezug auf die Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern als Gruppenvertreter i.S. von Art. 709 Abs. 2 OR eingeräumt werden.⁴⁹⁰ Es wird zudem dargelegt, dass das Gemeinwesen gestützt auf Art. 707 Abs. 3 OR eigene Vertretungen in den Verwaltungsrat wählen kann.⁴⁹¹ Für die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten ist der Verwaltungsrat zuständig, wobei die Statuten die Generalversammlung als zuständig erklären können (Art. 712 OR). Es kann zwischen Staatsvertretungen, die gemäss Art. 762 OR entsandt wurden und Staatsvertretungen, die von der Generalversammlung gestützt auf Art. 698 OR gewählt wurden, unterschieden werden.⁴⁹² Bei Staatsvertretungen gemäss Art. 762 OR müssen die Statuten oder das Spezialgesetz beziehungsweise der Organisationserlass die Entsendung vorsehen.⁴⁹³

Der Staat kann die Vertretung mit seiner Stimmkraft an der Generalversammlung wählen, eine Vertretung gemäss Art. 762 OR abordnen oder gestützt auf eine spezialgesetzliche Grundlage eine Vertretung entsenden.⁴⁹⁴ Die Statuten können zudem vorsehen, dass die Generalversammlung auch zuständig für die Wahl des Verwaltungsratspräsidiums ist (Art. 712 Abs. 2 OR). Bei Gesellschaften, die unter die VegüV fallen, ist die Wahl des Präsidiums zwingend durch die Generalversammlung vorzunehmen (Art. 4 Abs. 1 VegüV).⁴⁹⁵

Die Revisionsstelle wird durch die Generalversammlung gewählt (Art. 730 Abs. 1 OR). Die Generalversammlung kann die Revisionsstelle jederzeit und mit sofortiger Wirkung abberufen (Art. 730a Abs. 4 OR).

In Art. 716a Abs. 1 OR sind die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats festgehalten. Der Verwaltungsrat ist verantwortliches Organ für die strategische Führung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR) und er ist zuständig für die Bestellung, Abberufung und Führung der Geschäftsleitung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 und 5 OR).

⁴⁸⁷ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 114.

⁴⁸⁸ Vgl. STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 61.

⁴⁸⁹ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 63.

⁴⁹⁰ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 339.

⁴⁹¹ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 114; vgl. zu weiteren Möglichkeiten der Teilhabe des Gemeinwesens an der Bestellung von Verwaltungsratsmitgliedern: STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 339-341.

⁴⁹² EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 29.

⁴⁹³ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2667, 2669.

⁴⁹⁴ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 210; vgl. STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 339-341.

⁴⁹⁵ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 162-163, aufgrund der Kompetenzen des Verwaltungsratspräsidiums kann dessen Besetzung u.a. strategierelevant sein.

1.4.1.3 Öffentliche Unternehmen

1.4.1.3.1 Die Schweizerische Post AG

Die Post ist gemäss Art. 2 Abs. 1 POG eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (vgl. auch Art. 1 der Statuten der Schweizerischen Post AG). Gemäss Art. 3 Abs. 1 POG sorgt das UVEK im Einvernehmen mit der EFV dafür, dass in den Statuten der Schweizerischen Post AG Regelungen zur Steuerung und Kontrolle der Erfüllung der Verpflichtung zur Grundversorgung enthalten sind. Der Zweck (Beförderung von Postsendungen und Stückgütern sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen, Erbringung von Finanzdienstleistungen sowie von Diensten im regionalen Personenverkehr und damit zusammenhängende Dienstleistungen) ist in Art. 3 Abs. 1 POG statuiert. Auch in Art. 2 der Statuten der Schweizerischen Post AG ist der Zweck definiert. Dafür wurde der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1-3 POG übernommen und es wurden Ergänzungen insbesondere in Bezug auf die Übertragung der Verpflichtung zur Grundversorgung und entsprechenden Transferzahlungen festgehalten. Art. 4 POG hält fest, dass die aktienrechtlichen Vorgaben des OR gelten, sofern das POG nichts anderes bestimmt.

Gemäss Art. 6 POG ist der Bund Aktionär der Post und er muss über die kapital- und stimmenmässige Mehrheit verfügen (s. auch Art. 7 der Statuten der Schweizerischen Post AG). Der Bundesrat legt für jeweils vier Jahre die strategischen Ziele fest, die der Bund als Eigner der Post erreichen möchte (Art. 7 Abs. 1 POG). Bevor er die strategischen Ziele verabschiedet, konsultiert der Bundesrat die zuständigen Kommissionen der Bundesversammlung (Art. 7 Abs. 2 POG). Gemäss Art. 7 Abs. 3 POG ist der Verwaltungsrat für die Umsetzung der strategischen Ziele und die Berichterstattung an den Bundesrat über die Erreichung dieser Ziele zuständig und er stellt dem Bundesrat die notwendigen Informationen für die Überprüfung zur Verfügung (vgl. auch Art. 17 Abs. 3 Bst. k der Statuten der Schweizerischen Post). Gemäss Art. 17 Abs. 4 der Statuten der Schweizerischen Post AG sorgt der Verwaltungsrat für den «laufenden Kontakt und den offenen Informationsaustausch mit dem Mehrheitsaktionär sowie den übrigen Aktionären». Gemäss den strategischen Zielen des Bundesrats für die Schweizerische Post AG (2017-2020) richten sich die strategischen Ziele an die Post und die Postkonzerngesellschaften. Die Berichterstattung der Post an Vertretungen des Bundes wird in Ziffer 7 der strategischen Ziele des Bundesrats für die Schweizerische Post AG (2017–2020) geregelt: Die Post pflegt demnach vierteljährlich den Austausch mit dem Bund und erstattet nach Abschluss des jeweiligen Geschäftsjahres Bericht über die Erreichung der strategischen Ziele.

Gemäss der Botschaft zum POG erfüllen die strategischen Ziele grundsätzlich zwei Funktionen: Zum einen setzt der Eigner der Post damit Vorgaben für die unternehmerische Tätigkeit und zum anderen bindet sich der Eigner mit den strategischen Zielen gegenüber der Post.⁴⁹⁶ Die Formulierung von Art. 7 Abs. 3 POG ist an den Formulierungsvorschlag im Zusatzbericht des Bundesrats zum Corporate-Governance-Bericht angelehnt, worin auch festgehalten wird, dass die strategischen Ziele unter anderem für den Verwaltungsrat von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften verbindlich sind.⁴⁹⁷ Die Botschaft zum POG bestimmt allerdings, dass darauf verzichtet wurde, die strategischen Ziele für den Verwaltungsrat als verbindlich zu erklären. Die strategischen Ziele entfalten dementsprechend keine rechtliche Verbindlichkeit gegenüber der Unternehmung. Bei Missachtung der strategischen Ziele riskiere der Verwaltungsrat jedoch seine Abberufung oder Abwahl.⁴⁹⁸ Folgt man der Argumentation in der Botschaft zum POG, ist davon auszugehen,

⁴⁹⁶ BUNDESRAT, Botschaft POG, S. 5281.

⁴⁹⁷ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2675, 2693.

⁴⁹⁸ BUNDESRAT, Botschaft POG, S. 5293.

dass die strategischen Ziele für die Post (anders als gemäss der Konzeption des Bundesrats vorgesehen; s. dazu Ziff. 1.3.1.11) keine rechtliche Verbindlichkeit entfalten.

Organe der Post sind gemäss Art. 8 Abs. 1 POG die Generalversammlung, der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle (s. auch Art. 8 der Statuten der Schweizerischen Post AG). Die Geschäfts- beziehungsweise Konzernleitung wird nicht erwähnt. Gemäss Art. 8 Abs. 2 POG darf kein Mitglied des Verwaltungsrats der Geschäftsleitung angehören (s. auch Art. 15 Abs. 6 der Statuten der Schweizerischen Post AG). Das Personal der Post soll gemäss Art. 8 Abs. 3 POG angemessen im Verwaltungsrat vertreten werden (vgl. auch Art. 15 Abs. 3 der Statuten der Schweizerischen Post).

Art. 9 POG regelt die Anstellungsverhältnisse, wobei Art. 9 Abs. 4 POG in Bezug auf die Mitglieder der Leitungsorgane und andere vergleichbar entlohnte Personen auf Art. 6a BPG verweist (vgl. auch Art. 5 POV). Art. 19 der Statuten der Schweizerischen Post AG bestimmt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats Anspruch auf aufgewendete Auslagen und eine ihrer Tätigkeit und Verantwortung entsprechende Honorierung haben. Schliesslich bezieht sich Art. 11 POG auf die Rechtsbeziehungen und die Haftung der Post.

Art. 9-14 der Statuten der Schweizerischen Post AG enthalten Bestimmungen zu der Generalversammlung. Die Befugnisse der Generalversammlung finden sich in Art. 9 der Statuten der Schweizerischen Post AG, wobei in diesem der Wortlaut von Art. 698 Abs. 2 OR widergegeben und damit ergänzt wird, dass die Generalversammlung für die Wahl und Abberufung der Verwaltungsratsmitglieder, der Revisionsstelle sowie des Verwaltungsratspräsidenten zuständig ist. Zudem wurden im Jahr 2018 Bestimmungen zu den Vergütungen des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung in Art. 9 der Statuten der Schweizerischen Post aufgenommen.

Bestimmungen zum Verwaltungsrat finden sich in den Art. 15-19 der Statuten der Schweizerischen Post AG. Der Verwaltungsrat besteht aus sieben bis neun Mitgliedern, wobei die Anzahl der Mitglieder bei Bedarf vorübergehend erhöht werden kann (Art. 15 Abs. 1 der Statuten der Schweizerischen Post AG). Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats werden in Art. 17 Abs. 3 der Statuten der Schweizerischen Post AG festgehalten, wobei der Wortlaut von Art. 716a OR übernommen und insbesondere in Bezug auf die Information und die Berichterstattung bezüglich der strategischen Ziele ergänzt wird. Der Verwaltungsrat ist gemäss Art. 4 POV zuständig für die einheitliche Führung der Post und der Postkonzerngesellschaften.

Art. 20-23 der Statuten der Schweizerischen Post AG enthalten Bestimmungen zu der Geschäftsleitung. Art. 24-25 beziehen sich auf die Revisionsstelle, wobei diese die Jahresrechnung ordentlich im Sinne der Bestimmungen des Obligationenrechts prüft. Die Jahresrechnung und die Gewinnverteilung werden in Art. 26-27 der Statuten der Schweizerischen Post AG geregelt. Die Schlussbestimmungen finden sich in Art. 28-31 der Statuten der Schweizerischen Post AG, wobei Art. 31 auf das Obligationenrecht verweist, soweit das POG keine andere Regelung getroffen hat

1.4.1.3.2 RUAG Holding AG

Gemäss Art. 1 Abs. 1 BGRB kann der Bundesrat zur Sicherstellung der Ausrüstung der Armee Rüstungsunternehmen betreiben, privatrechtliche Aktiengesellschaften gründen oder sich an solchen beteiligen. Zudem wird der Bundesrat mit Art. 1 Abs. 1 BGRB ermächtigt, im Namen des Bundes privatrechtliche Aktiengesellschaften zu gründen, an solchen Gesellschaften Beteiligungen zu erwerben und zu veräussern. Der Zweck der RUAG (Erwerb, Verwaltung und Verwertung von Beteiligungen an anderen Unternehmen sowie

Sicherstellung der Ausrüstung der Armee) wird in Art. 2 der Statuten der RUAG Holding AG ebenfalls festgehalten und darüber hinaus präzisiert.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGRB ist der Bundesrat dafür zuständig, jeweils für vier Jahre die strategischen Ziele der privatrechtlichen Beteiligungsgesellschaft festzulegen (Art. 3 Abs. 1^{bis} BGRB). Gemäss Art. 3 Abs. 1^{ter} BGRB ist der Verwaltungsrat für die Umsetzung der strategischen Ziele des Bundesrats bei den Rüstungsunternehmen zuständig. Zudem erstattet er dem Bundesrat jährlich Bericht über die Zielerreichung und er stellt ihm die nötigen Informationen für die Überprüfung der Zielerreichung zur Verfügung. Art. 2 der Statuten der RUAG Holding AG bestimmt, dass die Gesellschaft im Rahmen ihrer Tätigkeiten die Eignerstrategie des Bundesrats beachtet. Gemäss der Einführung zu den strategischen Zielen des Bundesrats für die RUAG Holding AG (2016–2019) führt der Bundesrat die RUAG mit längerfristigen Zielen. Ziffer 5.1 der strategischen Ziele des Bundesrats für die RUAG Holding AG (2016–2019) bestimmt, dass der Verwaltungsrat den Aktionär einmal pro Jahr über den Geschäftsverlauf und die Erreichung der strategischen Ziele informiert. In Ziffer 5.2 wird festgehalten, dass zwischen dem Aktionär und dem Verwaltungsrat quartalsweise Aussprachen durchgeführt werden, wobei sich der Bundesrat durch das VBS und das EFD vertreten lassen kann. Die RUAG Holding AG (Beteiligungsgesellschaft) wird in Art. 3 Abs. 1 BGRB als privatrechtliche Aktiengesellschaft bezeichnet. Indessen werden allerdings in Art. 3 Abs. 1^{bis} BGRB⁴⁹⁹ strategische Ziele vorgesehen und in Art. 3 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} BGRB⁵⁰⁰ wird der Verwaltungsrat dazu verpflichtet, diese umzusetzen. Insofern kann die Auffassung vertreten werden, dass es sich auch bei der RUAG Holding AG um eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft handelt.

Art. 3 BGRB wurde im Rahmen der parlamentarischen Initiative 07.494 geändert, wobei die Führung mittels strategischen Zielen sowie die entsprechende Berichterstattung in das Gesetz aufgenommen wurden. Mit dieser «kleinere[n] Rechtsänderung» sollten bestehende Lücken geschlossen und die strategischen Ziele beziehungsweise die Berichterstattung wie bei anderen verselbstständigten Einheiten gesetzlich verankert werden.⁵⁰¹ Damit die Unternehmen beziehungsweise die RUAG «in die Pflicht» genommen werden könne, die strategischen Ziele umzusetzen, wurden gemäss dem Bericht zur Initiative 07.494 entsprechende Rechtsgrundlagen im Organisationserlass benötigt.⁵⁰² Solche wurden mit der Änderung von Art. 3 BGRB eingeführt. Die strategischen Ziele werden im entsprechenden Bericht zur Initiative 07.494 als Planungsvorgaben charakterisiert, wodurch der Bundesrat die gesetzlichen Rahmenbedingungen konkretisiert.⁵⁰³ Der Bundesrat hat im Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht festgehalten, dass die strategischen Ziele für privatrechtliche Aktiengesellschaften «wohl nicht rechtlich, aber faktisch bindende Wirkung» entfalten würden.⁵⁰⁴ Es ist insofern davon auszugehen, dass die strategischen Ziele für die RUAG (anders als gemäss der Konzeption des Bundesrats [s. dazu Ziff. 1.3.1.11] für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften [s. dazu soeben] vorgesehen) nicht rechtlich verbindlich sind.

⁴⁹⁹ Eingefügt durch Ziff. I 5 des BG vom 17. Dez. 2010 über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbstständigten Einheiten, in Kraft seit 1. Jan. 2012.

⁵⁰⁰ S. Ebd.

⁵⁰¹ FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3378, 3383.

⁵⁰² Ebd., S. 3401.

⁵⁰³ Ebd., S. 3384–3385.

⁵⁰⁴ BUNDES RAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2693.

Gemäss Art. 3 Abs. 3 BGRB muss die Bundesversammlung einer Abtretung der Kapital- und Stimmenmehrheit des Bundes an Dritte zustimmen. Art. 3-6 der Statuten der RUAG Holding AG enthalten Bestimmungen zum Aktienkapital sowie zu den Aktien.

Art. 7 der Statuten der RUAG Holding AG enthält Grundsätze der Entlohnung der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder sowie vergleichbar entlohntes Personal.

Gemäss Art. 8 der Statuten der RUAG Holding AG sind die Organe der Gesellschaft die Generalversammlung, der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle. Die Geschäfts- beziehungsweise Konzernleitung wird nicht erwähnt. Art. 9 der Statuten der RUAG Holding AG enthält die unübertragbaren Befugnisse beziehungsweise Pflichten der Generalversammlung, welche – mit Ausnahme der Abnahme des Berichts der Revisionsstelle und Bestimmungen zu Vergütungen – alle ebenfalls in Art. 698 Abs. 2 OR festgehalten sind. Zudem werden weitere Befugnisse der Generalversammlung, wie die Behandlung des Antrags auf Sonderprüfung und die Abnahme des Sonderprüfungsberichts (Art. 697a ff. OR), ebenfalls in Art. 9 der Statuten der RUAG Holding AG statuiert. Art. 10-17 der Statuten der RUAG Holding AG enthalten Regelungen zur Generalversammlung (bspw. Einberufung, Beschlussfassung). In Art. 16 der Statuten der RUAG Holding AG wird das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre festgelegt, wozu die Formulierungen von Art. 697 Abs. 1 und 3 OR wörtlich übernommen wurden. Art. 17 der Statuten der RUAG Holding AG legt schliesslich das Recht der Aktionäre, eine Sonderprüfung einzuleiten, fest, wobei die Formulierung von Art. 697a Abs. 1 OR übernommen würde.

Der Bund ist im Verwaltungsrat der Beteiligungsgesellschaft seinen Interessen entsprechend vertreten (Art. 4 Abs. 1 BGRB) und die Beteiligungsgesellschaft ist in den Verwaltungsräten der Rüstungsunternehmen ihren Interessen entsprechend vertreten (Art. 4 Abs. 2 BGRB). Die Bestimmungen über den Verwaltungsrat finden sich in Art. 18-27 der Statuten der RUAG Holding AG. Gemäss Art. 18 der Statuten der RUAG Holding AG besteht der Verwaltungsrat aus mindestens drei Mitgliedern. In Art. 20 der Statuten der RUAG Holding AG sind die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben sowie zusätzliche Obliegenheiten des Verwaltungsrats festgelegt. Diese stimmen mit denjenigen von Art. 716a Abs. 1 OR überein und ergänzen diese noch. So wird beispielsweise zusätzlich zur Oberleitung der Gesellschaft und der Erteilung von Weisungen festgelegt, dass die Entwicklung der strategischen Ziele unter Beachtung der Eignerstrategie des Bundesrats, die Festlegung der Mittel zur Erreichung derselben sowie die Festlegung der Geschäftspolitik ebenfalls zu den unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehören (Art. 20 Ziff. 1 der Statuten der RUAG Holding AG). Die Vergütung des Verwaltungsrats wird in verschiedenen Bestimmungen der Statuten der RUAG Holding AG (vgl. bspw. Art. 7, 9, 15, 20) erwähnt.

Art. 28 der Statuten der RUAG Holding AG bestimmt, dass die Generalversammlung eine Revisionsstelle wählt und deren Amtsdauer ein Jahr beträgt. Zudem wird auf die gesetzlichen Bestimmungen von Art. 727 bis 731a OR verwiesen. Art. 29-31 der Statuten der RUAG Holding AG beziehen sich auf den Geschäftsbericht und die Gewinnverteilung, wobei für die Verwendung des Jahresgewinns auf die Art. 671 ff. OR verwiesen wird. In den Schlussbestimmungen (Art. 32-34 der Statuten der RUAG Holding AG) verweist Art. 34 auf die Bestimmungen des Obligationenrechts, soweit die Statuten keine Bestimmungen enthalten.

1.4.1.3.3 Schweizerische Bundesbahnen SBB

Gemäss Art. 2 Abs. 1 SBBG sind die SBB eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (vgl. auch Ziffer 1 der Statuten der SBB). Der Zweck der SBB (Erbringen von Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr sowie in damit zusammenhängenden Bereichen als Kernaufgabe)

ist in Art. 3 Abs. 1 SBBG festgehalten (vgl. auch Ziffer 2 der Statuten der SBB). Gemäss Art. 7 Abs. 1 SBBG ist der Bund Aktionär der SBB, wobei er gemäss Art. 7 Abs. 3 SBBG jederzeit die kapital- und stimmenmässige Mehrheit besitzen muss. In Art. 8 SBBG ist festgehalten, dass der Bundesrat für jeweils vier Jahre die für den Bund als Eigner zu erreichenden strategischen Ziele festlegen muss. Der Verwaltungsrat ist gemäss Art. 8 Abs. 2 SBBG für die Umsetzung der strategischen Ziele und für die jährliche Berichterstattung an den Bundesrat über die Zielerreichung zuständig. Zudem stellt er die notwendigen Informationen für die Überprüfung der strategischen Ziele zur Verfügung. Die Pflicht des Verwaltungsrats der Zurverfügungstellung der Informationen für die Festlegung und die Kontrolle der strategischen Ziele wird auch in Ziffer 9 der Statuten der SBB festgehalten. In den strategischen Zielen des Bundesrats für die SBB (2015–2018) ist festgehalten, dass der Bund sich zu längerfristigen, konsistenten Zielvorgaben im Vierjahresrhythmus verpflichtet. Ebenfalls in den strategischen Zielen des Bundesrats für die SBB (2015–2018) ist in Ziffer 6 festgehalten, dass die SBB vierteljährlich mit Vertretungen des Bundes einen Informationsaustausch pflegt und der Verwaltungsrat dem Bundesrat jährlich nach Abschluss des Geschäftsjahres Bericht über die Erreichung der strategischen Ziele erstattet.

Beim Erlass des SBBG bestimmte Art. 8 SBBG, dass die Ziele für jeweils vier Jahre in einer Leistungsvereinbarung festgehalten werden.⁵⁰⁵ Infolge FABI wurden die Leistungsvereinbarungen und die strategischen Ziele getrennt. Die strategischen Ziele regeln gemäss der entsprechenden Botschaft das Verhältnis zwischen dem Bund als Eigner und den SBB, wobei der Bund festlegt, welche Ziele die SBB erreichen sollte. Die Formulierung von Art. 8 SBBG lehnte sich an diejenigen für die Post und die Swisscom an.⁵⁰⁶ Es ist insofern davon auszugehen, dass die strategischen Ziele für die SBB (anders als gemäss der Konzeption des Bundesrats vorgesehen; s. dazu Ziff. 1.3.1.11) nicht rechtlich verbindlich sind.

Organe der SBB sind gemäss Art. 9 SBBG die Generalversammlung, der Verwaltungsrat, die Generaldirektion sowie die Revisionsstelle. Ziffer 4 der Statuten der SBB hält fest, dass die Organe die Generalversammlung, der Verwaltungsrat, die Konzernleitung und die Revisionsstelle sind. Die Konzernleitung übernimmt die Funktionen der Generaldirektion.

Art. 10 Abs. 1 SBBG hält fest, dass sich die Befugnisse der Generalversammlung nach den aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts richten. Ziffer 5 der Statuten der SBB wiedergeben die Vorgaben von Art. 698 Abs. 2 OR und ergänzen diese (insbesondere mit der Wahl und Abberufung des Verwaltungsratspräsidenten sowie mit der Festlegung der Obergrenze des Gesamtbetrags der Honorare und Entlohnungen). Ziffern 5 bis 8 der Statuten der SBB enthalten Bestimmungen zur Generalversammlung. Gemäss Art. 10 Abs. 2 SBBG nimmt der Bundesrat die Befugnisse der Generalversammlung wahr, solange der Bund alleiniger Aktionär bleibt. Die ersten Statuten können gemäss Art. 10 Abs. 3 SBBG im Rahmen der Vorgaben des SBBG durch die Generalversammlung geändert werden.

Art. 11 SBBG bestimmt, dass der Verwaltungsrat die gemäss Art. 716a Abs. 1 OR unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben hat, soweit das SBBG nichts Anderes festlegt. Die Vorgaben von Art. 716a Abs. 1 OR werden in Ziffer 9 der Statuten der SBB wörtlich übernommen und insbesondere mit den Vorgaben der strategischen Ziele und mit

⁵⁰⁵ AS 1998 2848.

⁵⁰⁶ BUNDESRAT, Botschaft FABI, S. 1690.

der Berichterstattung über Honorare und Entlohnungen ergänzt. Die Mitglieder des Verwaltungsrats müssen gemäss Art. 11 Abs. 2 SBBG nicht Aktionäre sein. Gemäss Ziffer 9 der Statuten der SBB besteht der Verwaltungsrat grundsätzlich aus neun Mitgliedern. Das Personal muss im Verwaltungsrat angemessen vertreten werden (Art. 11 Abs. 3 SBBG sowie Ziffer 9 Statuten der SBB). Art. 12 Abs. 1 SBBG sieht vor, dass der Verwaltungsrat die Geschäftsführung mittels Organisationsreglement auf die Generaldirektion überträgt (vgl. auch Ziffer 8 der Statuten der SBB) und legt gewisse Inhalte des Organisationsreglements fest. Ziffer 10 der Statuten der SBB enthält Bestimmungen in Bezug auf die Konzernleitung.

In Bezug auf die Vergütung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung der SBB wurden die Musterbestimmungen zur Ergänzung der Statuten bundesnaher Unternehmen der EFD in die Statuten der SBB übernommen. Das SBBG enthält keine Bestimmung diesbezüglich.

Gemäss Art. 13 SBBG wählt die Generalversammlung die Revisionsstelle (Abs. 1), wobei sich deren Aufgaben nach Art. 728 ff. OR richten (Abs. 2). In Ziffer 11 der Statuten der SBB wird bezüglich der Revisionsstelle auf die Vorschriften von Art. 727 ff. OR verwiesen und es wird festgehalten, dass eine ordentliche Revision der Jahres- und der Konzernrechnung durchgeführt wird. Die Amtsdauer der Revisionsstelle beträgt ein Jahr (Ziffer 11 der Statuten der SBB).

Art. 14 SBBG sowie Ziffer 13 der Statuten der SBB bestimmen, dass die Art. 752 ff. OR in Bezug auf die Verantwortlichkeit gelten. Art. 15 f. OR enthalten Regelungen in Bezug auf das Personal. Art. 22 Abs. 1 SBBG sieht vor, dass die aktienrechtlichen Vorschriften des OR sowie das FusG sinngemäss gelten, sofern das SBBG keine abweichenden Bestimmungen enthält (vgl. für die subsidiäre Anwendung des Aktienrechts auch Ziffer 15 der Statuten der SBB).

1.4.1.3.4 Swisscom AG

Die Swisscom ist gemäss Art. 2 Abs. 1 TUG eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft. Die Organisation richtet sich nach dem TUG, nach den Statuten sowie nach den aktienrechtlichen Vorschriften. Der Zweck (Anbieten von Fernmelde- und Rundfunkdiensten sowie damit zusammenhängenden Produkten und Dienstleistungen) ist in Art. 3 Abs. 1 TUG sowie in Ziffer 2 der Statuten der Swisscom AG statuiert. Art. 3 Abs. 2 TUG und Ziffer 2 der Statuten der Swisscom AG sehen vor, dass die Swisscom sämtliche Rechtsgeschäfte, die der Gesellschaftszweck mit sich bringt, tätigen darf (bspw. Beteiligungen an Gesellschaften oder Zusammenarbeit mit Dritten). Art. 4 TUG bestimmt, dass die aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts zur Anwendung gelangen, soweit das TUG nichts anderes bestimmt. Der Bund ist Aktionär der Swisscom und er muss die kapital- und stimmenmässige Mehrheit haben (Art. 6 Abs. 1 TUG sowie Ziffer 3.4 der Statuten der Swisscom AG).

Der Bundesrat legt jeweils für vier Jahre fest, welche Ziele der Bund als Hauptaktionär zur Erreichung vorsieht (Art. 6 Abs. 3 TUG). In den Statuten der Swisscom werden die strategischen Ziele nicht erwähnt. In der Einleitung zu den strategischen Zielen des Bundesrats für die Swisscom AG (2018–2021) ist festgehalten, dass sich die (längerfristigen, konsistenten und im Vierjahresrhythmus vorgegebenen) strategischen Ziele an die Swisscom AG und ihre Gruppengesellschaften in der Schweiz und im Ausland richten. Gemäss Ziffer 6.1 der strategischen Ziele des Bundesrats für die Swisscom AG (2018–2021) pflegt die Swisscom einen Informationsaustausch mit Vertretungen des Bundes «entsprechend den regelmässig stattfindenden Analysten- und Investorengesprä-

chen», wobei der Gleichbehandlung der Aktionäre Rechnung getragen werden müsse. Zudem bestimmt Ziffer 6.2 der strategischen Ziele, dass der Verwaltungsrat dem Bundesrat jährlich nach Abschluss des Geschäftsjahres Bericht über die Zielerreichung erstattet.

Im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes ist eine Änderung von Art. 6 Abs. 3 TUG geplant. Neu sollen auch die Berichterstattung des Verwaltungsrats an den Bundesrat über die Erreichung der strategischen Ziele und die Zurverfügungstellung der für die Überprüfung der Erreichung dieser Ziele notwendigen Unterlagen gesetzlich verankert werden. Nicht verankert werden soll, dass der Verwaltungsrat zuständig für die Umsetzung der strategischen Ziele ist.⁵⁰⁷ Aufgrund letzterem ist davon auszugehen, dass die strategischen Ziele für die Swisscom (anders als gemäss der Konzeption vorgesehen; s. dazu Ziff. 1.3.1.11) keine rechtliche Verbindlichkeit entfalten sollen.

Organe der Swisscom sind die Generalversammlung, der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung sowie die Revisionsstelle (Art. 7 TUG sowie Ziffer 4 der Statuten der Swisscom AG). In Bezug auf die Befugnisse der Generalversammlung gelangen die aktienrechtlichen Vorschriften des OR zur Anwendung (Art. 8 TUG). Ziffer 5.1 der Statuten der Swisscom AG präzisiert die Befugnisse der Generalversammlung und weicht in einzelnen Bestimmungen von Art. 698 Abs. 2 OR ab beziehungsweise ergänzt diesen. Beispielsweise wird in Ziffer 5.1. Bst. c der Statuten der Swisscom AG zusätzlich zu den in Art. 698 Abs. 2 OR erwähnten Befugnissen festgelegt, dass die Generalversammlung für die Wahl und Abberufung der Mitglieder des Vergütungsausschusses zuständig ist. Ziffern 5.2 bis 5.5.8 der Statuten der Swisscom AG enthalten Bestimmungen zu der Generalversammlung (bspw. Einberufung, Traktandierungsrecht, Beschlussfassung).

Gemäss Art. 9 Abs. 1 TUG hat der Verwaltungsrat die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben inne, die in Art. 716a Abs. 1 OR festgehalten sind, wobei die spezialgesetzlich vorgesehenen strategischen Ziele zu beachten sind. In den Statuten wird die Formulierung von Art. 716a Abs. 1 OR in Ziffer 6.2.3 wörtlich übernommen und ergänzt mit Bst. h und i, die sich auf die Kapitalerhöhung beziehen. Art. 9 Abs. 2 TUG widergibt Art. 716a Abs. 2 OR und hält fest, dass der Verwaltungsrat die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitglieder zuweisen kann und dass er für eine angemessene Berichterstattung an seine Mitglieder zu sorgen hat. Gemäss Art. 9 Abs. 3 TUG ist dem Personal des Unternehmens eine angemessene Vertretung im Verwaltungsrat zu gewähren. In den Statuten finden sich in den Ziffern 6.1 - 6.5.4 Bestimmungen zum Verwaltungsrat. Beispielsweise bestimmt Ziffer 6.1.1, dass der Verwaltungsrat aus sieben bis neun Mitgliedern besteht und die Anzahl der Mitglieder vorübergehend erhöht werden darf, wenn Bedarf besteht. Gemäss Ziffer 6.1.3 hat der Bund das Recht, zwei Vertretungen in den Verwaltungsrat abzuordnen, welche die gleichen Rechte und Pflichten haben wie die übrigen Verwaltungsratsmitglieder.

Art. 10 TUG regelt die Aufgaben der Geschäftsleitung. Ziffern 7.1 und 7.2 der Statuten der Swisscom AG enthalten Bestimmungen zur Geschäftsleitung und ihrer Vergütung. Ziffern 8.1 - 8.3.5 der Statuten der Swisscom AG enthalten gemeinsame Bestimmungen für Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung (bspw. in Bezug auf Vergütungen oder auf externe Mandate).

Die Kaderlohnverordnung ist für die Swisscom nicht anwendbar, sondern es gelangen die privatrechtlichen Bestimmungen im OR zur Anwendung (Art. 6a Abs. 6 BPG). Zudem

⁵⁰⁷ BUNDESRAT, Botschaft Revision FMG, S. 6660-6661.

gilt für die Swisscom die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV; vgl. dazu auch Kaderlohnreporting 2017, S. 3). Die Vergütungen des Verwaltungsrats der Swisscom werden ebenfalls nicht im Organisationserlass, sondern lediglich unter den Ziffern 6.4 und 6.5 der Statuten der Swisscom AG erwähnt, wobei kein Verweis auf die VegüV erfolgt. Bei Swisscom wird ein Vergütungsausschuss eingesetzt. Die Vergütung der Geschäftsleitung wird lediglich in den Statuten der Swisscom AG geregelt, wobei Anspruch auf eine der Tätigkeit und Verantwortung entsprechenden Vergütung besteht.

Gemäss Art. 11 TUG richten sich die Aufgaben der Revisionsstelle nach den aktienrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts. Die (staatlich beaufsichtigte) Revisionsstelle wird durch die Generalversammlung gewählt und die Amtsdauer beträgt ein Geschäftsjahr, wobei eine Wiederwahl möglich ist (vgl. Ziffer 9 der Statuten der Swisscom AG). Die Aufgaben der Revisionsstelle bestimmen sich nach den gesetzlichen Vorgaben.

Gemäss Art. 12 TUG richtet sich die Rechnungslegung nach den aktienrechtlichen Vorschriften. Art. 13 TUG bezieht sich auf die Reservenbildung und Art. 14 TUG bestimmt, dass die Generalversammlung im Rahmen des Gewinnverwendungsbeschlusses eine Dividende vom Bilanzgewinn feststellt (vgl. auch Ziffer 11 der Statuten der Swisscom AG).

Die Besteuerung von Swisscom wird in Art. 15 TUG geregelt. Art. 16 f. TUG enthalten Regelungen in Bezug auf das Personal. In Art. 18 f. TUG sind Bestimmungen zu den Rechtsbeziehungen, zur Haftung sowie zum Verfahren festgehalten.

Da die Swisscom börsenkotiert ist, finden kapitalmarktrechtliche Bestimmungen Anwendung. So muss sie sich beispielsweise an die Ad-hoc-Publizitätspflicht (Art. 53 des Kotierungsreglements) sowie an das Verbot des Ausnützens von Insiderinformationen (vgl. Art. 154 FinfraG) halten.

1.4.2 Besonderheiten

1.4.2.1 Einheiten mit Dienstleistungen am Markt

Die Steuerung bei Einheiten mit Dienstleistungen am Markt wird nicht einheitlich in einem Rahmengesetz geregelt. Bei den Einheiten mit Dienstleistungen am Markt können sich die Regelungen unterscheiden, je nachdem, ob es sich um eine privatrechtliche oder eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft handelt und ob diese börsenkotiert ist oder nicht.

1.4.2.2 Holdingstrukturen

In Bezug auf die RUAG wird in Art. 4 BGRB lediglich festgehalten, dass der Bund im Verwaltungsrat der Beteiligungsgesellschaft seinen Interessen entsprechend vertreten sein muss (Abs. 1) und die Beteiligungsgesellschaft in den Verwaltungsräten der Rüstungsgesellschaften ebenfalls ihren Interessen entsprechend vertreten sein muss (Abs. 2). Zur Steuerung bei Holdingstrukturen finden sich ansonsten keine gesetzlichen Grundlagen.

1.4.2.3 Zielkonflikte/Schnittstellen Eigner-/Bestellerrolle

Der Umgang mit Zielkonflikten und Schnittstellen zwischen dem Bund als Eigner und Besteller beziehungsweise Subventions- oder Konzessionsgeber wird soweit ersichtlich weder in den Querschnitts- noch in den Organisationserlassen geregelt.

1.4.2.4 Rolle und Prüfauftrag Revisionsstelle

Die aktienrechtlich statuierten Vorschriften zur Revision (Art. 727 ff. OR) sind bei privat- und grundsätzlich auch bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften massgeblich. Die gesellschaftsrechtlich vorgesehene Revisionsstelle ist externes Systemkontrollorgan. Zudem

kann eine interne Finanzkontrolle (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) eingerichtet werden. Die EFK kann als aktienrechtliche Revisionsstelle eingesetzt werden (Art. 730 Abs. 3 OR).⁵⁰⁸

Werden durch die Revision Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement festgestellt, müssen die Revisoren den Verwaltungsrat schriftlich benachrichtigen und bei gewissen Fällen die Generalversammlung darüber in Kenntnis setzen (Art. 728c OR). Es wird unterschieden zwischen der ordentlichen und der eingeschränkten Revision.⁵⁰⁹ Bei der ordentlichen Revision wird geprüft, ob die Jahresrechnung und allenfalls die Konzernrechnung den gesetzlichen Vorgaben, den Statuten und dem definierten Rechnungslegungsstandard entsprechen (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Auch der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung in Bezug auf die Verwendung des Bilanzgewinns sowie das Vorhandensein eines internen Kontrollsystems (IKS) werden geprüft (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 und 3 OR). Im Rahmen der ordentlichen Revision muss die Revisionsstelle einen umfassenden Bericht zuhanden des Verwaltungsrats (Art. 728b Abs. 1 OR) sowie einen zusammenfassenden Bericht zuhanden der Generalversammlung (Art. 728b Abs. 2 OR) abliefern.

Die Revisionsstelle wahrt das Geheimnis ihrer Feststellungen, ausser sie ist zur Bekanntgabe verpflichtet (Art. 730b Abs. 2 Satz 1 OR). Die Verschwiegenheitspflicht der Revisoren gegenüber den Aktionären ist streng. Die Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft sind sowohl bei der Berichterstattung als auch bei der Erstattung von Anzeigen und bei der Auskunftserteilung an die Generalversammlung zu schützen (Art. 730b Abs. 2 Satz 2 OR).⁵¹⁰ Wenn es nicht um den Kern von Geschäftsgeheimnissen geht und eine berechtigte Frage eines Aktionärs besteht, können die Auskunftsrechte gegenüber den Aktionären der Geheimhaltungspflicht vorgehen. Zudem ist es möglich, dass der Verwaltungsrat die Revisionsstelle von der Geheimnispflicht entbindet.⁵¹¹ Bei festgestellten Verstössen (vgl. Art. 728c OR) unterliegt die Revisionsstelle ebenfalls nicht der Schweigepflicht.⁵¹²

Art. 731a OR ermöglicht die Erweiterung der Prüf- und Berichterstattungspflichten der Revisionsstelle. Bei privatrechtlich organisierten Kantonalbanken beispielsweise ist im Gesetz und in den Statuten zusätzlich ein jährlicher Spezialbericht zur Eigenmittel- und Risikosituation der Bank beziehungsweise zu den Haftungsrisiken des Kantons vorgesehen. Auch können etwa Zwischenrevisionen vorgesehen werden.⁵¹³ Überdies können Zusatzdienstleistungen vertraglich mit dem Revisionsorgan vereinbart werden. Der Revisionsstelle dürfen jedoch keine Aufgaben zugeordnet werden, die dem Verwaltungsrat obliegen oder die ihre Unabhängigkeit gefährden (Art. 731a Abs. 2 OR).

Unabhängig davon können der Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung der Revisionsstelle Aufträge gemäss Art. 400 OR beispielsweise für Schwerpunktprüfungen erteilen. Die Generalversammlung kann zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Elemente davon gemäss Art. 731a Abs. 3 OR Sachverständige ernennen. In der Regel ergreifen die Aktionäre diese Massnahme nur, wenn «starke Hinweise auf ein heilloses Durcheinander auf der Ebene von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Unregelmässigkeiten

⁵⁰⁸ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 347.

⁵⁰⁹ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 348-349.

⁵¹⁰ Ebd., S. 355.

⁵¹¹ Ebd., S. 355.

⁵¹² Ebd., S. 356.

⁵¹³ Ebd., S. 356-357.

oder eine grobe Vernachlässigung der Auskunftspflicht durch den Verwaltungsrat» bestehen.⁵¹⁴

Die Organisationserlasse der Swisscom und der SBB enthalten Bestimmungen, die in Bezug auf die Revisionsstelle auf das Obligationenrecht verweisen (Art. 11 TUG, Art. 13 Abs. 2 SBBG). Das POG bestimmt lediglich in Art. 8 Abs. 1 POG, dass die Revisionsstelle ein Organ der Post ist. Das BGRB äussert sich nicht zur Revisionsstelle der Holdinggesellschaft. In den Statuten der Swisscom wird festgelegt, dass sich die Aufgaben der Revisionsstelle nach den gesetzlichen Vorgaben richten (Ziffer 9). Die Statuten der RUAG verweisen in Art. 26 ebenfalls auf Bestimmungen des OR. In den Statuten der SBB wird ebenfalls auf die gesetzlichen Vorgaben verwiesen und es wird dargelegt, dass eine ordentliche Revision durchgeführt wird (Ziffer 11). Auch gemäss Art. 24 der Statuten der Post prüft die Revisionsstelle die Jahresrechnung ordentlich im Sinne der Bestimmungen des Obligationenrechts.

⁵¹⁴ Ebd., S. 358-359.

2 Untersuchungsgegenstand 2: Informationsaustausch

2.1 Konzeption international

2.1.1 Anforderungen Informationen Dienstleistungen am Markt

Üben staatseigene Unternehmen wirtschaftliche Tätigkeiten aus und erfüllen sie gleichzeitig öffentliche Politikziele, ist die Gewährleistung hoher Standards in Bezug auf Transparenz und Offenlegung bezüglich der Kosten und Einnahmen erforderlich. Somit können letztere auch den wichtigsten Aktivitätsbereichen zugeordnet werden.⁵¹⁵

2.1.2 Zur Verfügung zu stellende Informationen

2.1.2.1 An den Eigner

Damit der Eigner sachlich fundierte Entscheide treffen kann, muss sichergestellt sein, dass er sämtliche sachdienliche Informationen rechtzeitig erhält.⁵¹⁶ Dazu sollten Mechanismen eingeführt werden, die ein regelmässiges Monitoring der Aktivitäten und Leistungen staatseigener Unternehmen sicherstellen.⁵¹⁷ Der Eigner sollte Informationen, die er als beherrschender Anteilseigner oder Board-Mitglied erlangt, nicht missbräuchlich verwenden.⁵¹⁸

Durch den Dialog mit dem externen Abschlussprüfer (Revisionsstelle) darf der Staat nicht bevorzugt werden, wobei die geltenden Vorschriften bezüglich Vorzugsinformationen und vertrauliche Informationen beachtet werden müssen.⁵¹⁹ Dem Eigner darf dadurch kein Zugang zu schutzwürdigen Informationen gewährt werden. Geltende Regelungen bezüglich schutzwürdigen und vertraulichen Informationen sind grundsätzlich einzuhalten.⁵²⁰

2.1.2.2 An die Aktionäre

Staatseigene Unternehmen sollten ihre Aktionäre identifizieren und sie über wichtige Ereignisse und bevorstehende Generalversammlungen informieren. Der Verwaltungsrat ist dafür verantwortlich, dass das Unternehmen seinen Informationspflichten gegenüber den Aktionären nachkommt.⁵²¹ Staatseigene Unternehmen sollten sich dabei nicht nur an die allgemeinen Informationspflichten halten, sondern sie sollten allenfalls darüber hinausgehende Informationen zur Verfügung stellen, sofern dies der Vertrauensbildung und der Glaubwürdigkeit dient. Sofern möglich, kann eine aktive Information der Minderheitsaktionäre dafür sorgen, dass wichtige Entscheide akzeptiert werden.⁵²² Bei börsenkotierten Unternehmen kann den Minderheitsaktionären die Zusicherung gegeben werden, dass ihre Interessen berücksichtigt werden und der Staat kann besondere Vorkehrungen wie die Möglichkeit besonderer Mitwirkungsrechte einführen.⁵²³

Die Mindestanforderungen, über welche die Aktiengesellschaften Informationen herausgeben sollen, sind in den OECD-Grundsätzen zur Corporate Governance definiert. Es sollte insbesondere auch angegeben werden, ob sich das Unternehmen an einen Corporate-

⁵¹⁵ OECD, Leitsätze 2015, S. 22.; vgl. zur Offenlegung und Transparenz auch OECD, State-owned enterprises as global competitors, S. 124, 142.

⁵¹⁶ OECD, Leitsätze 2005, S. 34.

⁵¹⁷ OECD, Leitsätze 2015, S. 48.

⁵¹⁸ Ebd., S. 63.

⁵¹⁹ OECD, Leitsätze 2005, S. 35; OECD, Leitsätze 2015, S. 50-51.

⁵²⁰ OECD, Leitsätze 2015, S. 51.

⁵²¹ OECD, Leitsätze 2005, S. 39; OECD, Leitsätze 2015, S. 63.

⁵²² OECD, Leitsätze 2005, S. 39; OECD, Leitsätze 2015, S. 63.

⁵²³ OECD, Leitsätze 2005, S. 39-40.

Governance-Kodex hält und bei der Vergütung der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder sollten personenbezogene Daten wie beispielsweise Abfindungen oder Altersversorgungsregelungen offengelegt werden.⁵²⁴

2.1.3 Regelung Informationszugang

Der Eigner sollte sicherstellen, dass alle Unternehmen mit staatlicher Beteiligung Verfahren beziehungsweise Mechanismen einführen, die einen einfachen und gleichberechtigten Zugang aller Aktionäre zu den notwendigen Informationen sicherstellen.⁵²⁵ Grundsätzlich sollten wesentliche Informationen allen Anteilseignern gleichzeitig offengelegt werden.⁵²⁶

Auch Minderheits- oder sonstige Anteilseignern sollten die notwendigen Informationen zugänglich gemacht werden, damit sie sachlich fundierte Entscheide treffen können.⁵²⁷ Die Rechte und das Prinzip der Gleichbehandlung der Minderheitsaktionäre muss bei börsenkotierten Unternehmen oder bei Unternehmen, die nur im Teilbesitz des Staats sind, beachtet werden.⁵²⁸

Der Eigner sollte nicht weitergehend an unternehmerischen Entscheiden mitwirken oder Informationszugang haben als es ihm gemäss seiner Kapitalbeteiligung erlaubt ist.⁵²⁹

2.1.4 Zusätzliche Informationen nachverlangen

Die OECD gibt soweit ersichtlich keine Empfehlungen ab, wie der Eigner fehlende Informationen nachverlangen sollte.

2.1.5 Informationsflüsse

Die Kommunikation beziehungsweise der Informationsfluss zwischen dem Eigner und dem Unternehmen sollte genau dokumentiert sein. Dadurch wird Transparenz geschaffen und allenfalls kann dies präventive Auswirkung haben und allfällige Ermittlungen erleichtern.⁵³⁰

Aus den Publikationen der OECD lassen sich keine konkreten Hinweise finden, wie die Informationsflüsse zwischen den Fachämtern und dem Eigner geregelt werden sollten. Es besteht lediglich die Vorschrift, dass die Eignerfunktion institutionell von anderen Rollen des Staats zu trennen ist (siehe dazu im Weiteren Ziff. 3).

2.2 Literatur

2.2.1 Anforderungen Informationen Dienstleistungen am Markt

Aus der Literatur lassen sich soweit ersichtlich keine spezifischen Anforderungen an Informationen bei Einheiten mit Dienstleistungen am Markt entnehmen.

⁵²⁴ OECD, Leitsätze 2005, S. 48; vgl. für die aktuellen Grundsätze zu Corporate Governance

OECD, G20/OECD Grundsätze Corporate Governance; vgl. auch OECD, Leitsätze 2015, S. 74.

⁵²⁵ OECD, Leitsätze 2005, S. 37-39.

⁵²⁶ OECD, Leitsätze 2015, S. 24, 63.

⁵²⁷ Ebd., S. 63.

⁵²⁸ Ebd., S. 50.

⁵²⁹ Ebd., S. 63.

⁵³⁰ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 12.

2.2.2 Zur Verfügung zu stellende Informationen

Der Staat ist bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR grundsätzlich gleichgestellt wie andere Aktionäre.⁵³¹ Indessen kann ihm eine Sonderstellung zukommen, wenn die Aktiengesellschaft vollständig von ihm beherrscht ist.⁵³²

Die zu wahrenen Geschäftsgeheimnisse stellen sowohl für das Auskunfts- als auch für das Einsichtsrecht ausdrückliche Schranken dar. Der Verwaltungsrat ist oberster Geheimnisträger einer Aktiengesellschaft. Es kann zwischen absoluten (bspw. unter das Bank- oder Börsengeheimnis fallende) und relativen (bspw. spezifische Geschäfte betreffende) Geschäftsgeheimnissen unterschieden werden.⁵³³

Ein wesentlicher Teil der Informationen, die der Staat für die strategische Steuerung eines öffentlichen Unternehmens benötigt, ist nicht Gegenstand der ihm zustehenden gesetzlichen Informationsrechte. Der Staat ist auf zusätzliche und vertiefte Informationen des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung angewiesen. Diese kann er über eine Staatsvertretung im Verwaltungsrat oder über institutionalisierte Reportings erhalten. Problematisch sind dabei die Gleichbehandlungspflicht der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR) sowie die Sorgfalts- und Treuepflicht der Verwaltungsratsmitglieder (Art. 717 Abs. 1 OR), aufgrund der die Verwaltungsräte einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen.⁵³⁴ Ist der Staat Alleinaktionär, stellt die Gleichbehandlungspflicht der Aktionäre keine Probleme dar.⁵³⁵

Auch eine Staatsvertretung, die im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 ff. OR Einsitz nimmt, darf ihr internes Wissen über das Unternehmen nicht an den Staat weitergeben.⁵³⁶ Anders verhält es sich bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften gemäss Art. 762 OR.⁵³⁷ Aus dem Rechtsverhältnis zwischen der Staatsvertretung und dem Gemeinwesen können sich Informations- und Rechenschaftsablagepflichten ergeben. Das Gemeinwesen kann von seiner Vertretung auch Informationen verlangen, die das Geschäftsgeheimnis tangieren.⁵³⁸ Absolute Geschäftsgeheimnisse dürfen indessen auch von einer entsandten Staatsvertretung nicht bekannt gegeben werden.⁵³⁹

⁵³¹ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 83; SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 170.

⁵³² BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 83.

⁵³³ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 119.

⁵³⁴ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 153-154, 324.

⁵³⁵ Ebd., S. 306, 332.

⁵³⁶ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 171.

⁵³⁷ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 336-340; BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 96.

⁵³⁸ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 482, 485, der auch auf eine Minderheitsmeinung verweist, nach der die Verschwiegenheitspflicht des Vertreters bei privatrechtlichen AG's nicht gelockert werden darf.

⁵³⁹ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 122.

Dem Bundesrat sind der Bericht des Verwaltungsrats über die Erreichung der strategischen Ziele, der Geschäftsbericht, der Prüfbericht der Revisionsstelle und allfällige Berichte der EFK vorzulegen. Als problematisch wird die Abhängigkeit der Verwaltung von den Daten der Unternehmen eingestuft.⁵⁴⁰

Öffentliche Unternehmen stehen in besonderem Masse unter Beobachtung der Öffentlichkeit und der Medien. In der Regel pflegen sie daher eine mit börsenkotierten Aktiengesellschaften nahezu vergleichbare Informationspolitik.⁵⁴¹

2.2.2.1.1 Privatrechtliche Aktiengesellschaft

Die Informationsrechte bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften richten sich nach dem Aktienrecht, wobei bei börsenkotierten Aktiengesellschaften noch die Vorschriften des Kapitalmarktrechts hinzukommen. Dabei stehen der privilegierten Informationsherausgabe Art. 717 Abs. 1 und 2 OR entgegen.⁵⁴²

Das Aktienrecht regelt die Informationsherausgabe an Aktionäre bei nicht börsenkotierten Unternehmen relativ zurückhaltend.⁵⁴³ Dies ist unter anderem dadurch begründet, dass Aktionäre in der Regel keinen Treue- und Verschwiegenheitspflichten gegenüber der Gesellschaft unterstehen.⁵⁴⁴ Die Informationsvermittlung an den Aktionär erfolgt fast nur im Vorfeld der Generalversammlung und während dieser. Die wichtigsten Informationen sind aus dem Geschäftsbericht ersichtlich.⁵⁴⁵ Im Aktienrecht stehen die Informationsrechte allen Aktionären in gleichem Umfang zu, unabhängig davon, ob der Aktionär nur eine Aktie besitzt oder ob er Mehrheitsaktionär ist. Gemäss den gesetzlichen Grundlagen hat kein Aktionär das Recht auf einen Informationsvorsprung.⁵⁴⁶

Die herrschende Lehre indessen bezeichnet das informationelle Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre als relativ.⁵⁴⁷ Eine informationelle Ungleichbehandlung, das heisst die Versorgung gewisser Aktionäre mit mehr Informationen, ist zulässig, wenn dies aus sachlichen Gründen erfolgt, dem Gesellschaftsinteresse nicht zuwiderläuft beziehungsweise durch dieses verlangt wird und das Verhältnismässigkeitsprinzip eingehalten wird. Zudem dürfen die übrigen Aktionäre keine Nachteile dadurch erfahren.⁵⁴⁸ Die Grösse der Beteiligung allein sollte allerdings zu keinen Informationsprivilegien führen, jedoch können beispielsweise durch ihre Organstellung mit der Gesellschaft verbundene Aktionäre Anspruch auf zusätzliche Informationen haben. Bei letzteren gelten gesetzliche Treue- und

⁵⁴⁰ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 28-29, ein direkter Zugang zu Daten internationaler Branchenorganisationen könnte dem entgegenwirken. Das statistische Amt der Europäischen Union (EUROSTAT) könne allenfalls die Datenaufbereitung und -analyse vornehmen.

⁵⁴¹ BÜHLER, CG bei Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, S. 519-520, als Beispiele werden u.a. die SBB, die RUAG sowie die Post aufgeführt; BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 359.

⁵⁴² GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 329-330.

⁵⁴³ BÜHLER, CG bei Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, S. 519

⁵⁴⁴ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 364.

⁵⁴⁵ BÜHLER, CG bei Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, S. 519.

⁵⁴⁶ DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 23

⁵⁴⁷ DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 26; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 304, 315; FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 120; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 370.

⁵⁴⁸ BÖCKLI/BÜHLER, Vorabinformation an Grossaktionäre, S. 109; DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 27; vgl. auch GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 304-305.

Verschwiegenheitspflichten.⁵⁴⁹ Falls keine solchen Geheimhaltungsverpflichtungen bestehen, müssen die Informationsempfänger vertraglich dazu verpflichtet werden, die Informationen geheim zu halten.⁵⁵⁰ Gewisse Autoren erlauben ferner eine privilegierte Informationsherausgabe an einen Grossaktionär, wenn sich der zur Geheimhaltung verpflichtete Grossaktionär dazu verpflichtet, seine Aktien für eine bestimmte Zeit zu halten.⁵⁵¹ Werden sämtliche Aktien von einem einzigen Aktionär gehalten, bestehen keine Probleme in Bezug auf die Gleichbehandlung der Aktionäre.⁵⁵² Der Bundesrat erachtet ein Informationsprivileg bei nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig, wobei sich gewisse Autoren dieser Ansicht angeschlossen haben. Andere Autoren erlauben dem Staat eine privilegierte Informationsherausgabe, wenn eine Staatsvertretung in den Verwaltungsrat Einsitz nimmt und dieser die Informationen übermittelt.⁵⁵³

Die privilegierte Informationsherausgabe an den Staat wird teilweise auch deshalb als zulässig erachtet, weil dieser die von ihm gehaltenen Anteilsscheine nicht ohne Weiteres veräussern dürfe.⁵⁵⁴ Das Gemeinwesen sei von daher mit einem Grossaktionär, der seine Aktien für eine bestimmte Zeit hält, vergleichbar. Voraussetzung für die privilegierte Informationsherausgabe sei, dass das Gemeinwesen die Informationen zur Überprüfung der Aufgabenerfüllung verwendet und es sich zur Geheimhaltung gegenüber des Unternehmens verpflichtet.⁵⁵⁵ Es wird die Auffassung vertreten, dass der Staat im Einzelfall in Bezug auf die Informationsherausgabe privilegiert behandelt werden kann, wenn gewisse Voraussetzungen (sachlicher Grund, wesentliche Gesellschaftsinteressen, Verhältnismässigkeit, andere Aktionäre werden nicht ungerechtfertigt benachteiligt) erfüllt sind.⁵⁵⁶ Verwaltungsrat und Geschäftsleitung haben in diesem Fall geeignete Schutzmassnahmen zu treffen und die Informationsweiterleitung ist sowohl in sachlicher als auch in adressatenmässiger Hinsicht auf das Notwendige zu beschränken.⁵⁵⁷

2.2.2.1.2 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft

Der Staat kann sich mittels spezialgesetzlicher Grundlagen privilegierte Informationsrechte sichern.⁵⁵⁸ Zudem können sich bereits aus der Aufsichtsverantwortung besondere Informationspflichten beziehungsweise -rechte ergeben.⁵⁵⁹ Die generelle Regelung von Art. 8 Abs. 5 RVOG reicht als gesetzliche Grundlage für erweiterte Informationsrechte des Staats nicht aus. Diejenige in Art. 3 Abs. 1^{ter} BGRB stellt hingegen eine genügende Gesetzesgrundlage dar.⁵⁶⁰

⁵⁴⁹ DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 27-28.

⁵⁵⁰ Ebd., S. 29.

⁵⁵¹ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 373.

⁵⁵² Ebd., S. 372.

⁵⁵³ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 326-329.

⁵⁵⁴ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 373.

⁵⁵⁵ Ebd., S. 373-374.

⁵⁵⁶ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 333.

⁵⁵⁷ Ebd., S. 334.

⁵⁵⁸ BÜHLER, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, S. 359.

⁵⁵⁹ Vgl. WALDMEIER, Insolvenz verselbstständigter Verwaltungseinheiten, S. 100-103.

⁵⁶⁰ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 131.

2.2.2.1.3 Börsenkotierte Unternehmen

Bei börsenkotierten Unternehmen ist sicherzustellen, dass die in Art. 154 FinfraG und in Art. 162 StGB statuierten Grenzen eingehalten werden.⁵⁶¹ Nebst der strafrechtlichen Insidernorm gemäss Art. 154 FinfraG muss auch der aufsichtsrechtliche Insiderdatbestand gemäss Art. 142 Abs. 1 Bst. b. FinfraG beachtet werden.⁵⁶² Im Fall der Mitteilung einer Insiderinformation (vgl. Art. 142 Abs. 1 Bst. b. FinfraG) eines bundesnahmen Unternehmens an den Bund als Eigner dürfte währenddessen die Ausnahmeregelung von Art. 128 Bst. a FinfraV zur Anwendung gelangen.

Die dem Staat bekannt gegebenen strategierelevanten Informationen dürfen jedenfalls lediglich zur Überprüfung der Strategieziele beziehungsweise der strategischen Ausrichtung des Unternehmens verwendet werden.⁵⁶³

Das Kapitalmarktrecht verlangt die «sofortige, laufende und allgemeine Veröffentlichung von Informationen». Publikumsgesellschaften müssen zwingend Zwischenberichte erstatten, potenziell kursrelevante Fakten ad hoc bekannt geben, Management-Transaktionen laufend offenlegen und bestimmte Schlüsselinformationen im Geschäftsbericht publizieren.⁵⁶⁴ In der Regel verlangt die Ad-hoc-Publizitätspflicht, dass alle Marktteilnehmer über wichtige Informationen gleichzeitig informiert werden müssen.⁵⁶⁵ Das Unternehmen muss den Markt über «sämtliche erhebliche kursrelevanten Tatsachen, die in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten und nicht öffentlich bekannt sind», in Kenntnis setzen.⁵⁶⁶

Auch im Kapitalmarktrecht herrscht indessen keine absolute informationelle Gleichbehandlung der Marktteilnehmenden, es wird jedoch ein «level playing field» gefordert.⁵⁶⁷ Es muss jedoch bei der selektiven Informationsherausgabe ein strengerer Massstab angewendet werden als bei privat gehaltenen Gesellschaften, um Missbräuche zu vermeiden. Sowohl bei der Ausnahmesituation eines Bekanntgabeaufschubs als auch sonst ist es denkbar, dass eine börsenkotierte Aktiengesellschaft nur einzelnen Aktionären Informationen erteilt. Dies geht jedoch nur bei nicht potenziell kursrelevanten Informationen und wenn sachliche Gründe dafür bestehen (bspw. bei Investoren- und Analystengesprächen).⁵⁶⁸

Die selektive Informationsherausgabe an den Staat von kursrelevanten Tatsachen ist nur in Ausnahmefällen möglich, wenn die Voraussetzungen eines Bekanntgabeaufschubs erfüllt sind, die vertraulichen Informationen geschützt werden und ein sachlicher Grund für die Vorzugsbehandlung besteht. Der Staat muss die Information geheim halten und darf

⁵⁶¹ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 334.

⁵⁶² SCHENKER/CHERNAYA, Tweet zwischen Ad-hoc Meldung und Marktmanipulation, S. 495.

⁵⁶³ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 342.

⁵⁶⁴ BÜHLER, CG bei Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, S. 519; vgl. ausführlich dazu auch DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 24-25.

⁵⁶⁵ DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 27.

⁵⁶⁶ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 375, vgl. Art. 53 KR.

⁵⁶⁷ BÖCKLI/BÜHLER, Vorabinformation an Grossaktionäre, S. 110; DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 31; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 376-377, solange bekannte kursrelevante Tatsachen erörtert, ergänzt oder vertieft werden, wird das "level playing field" nicht verletzt.

⁵⁶⁸ DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 31-32.

keinen Handel mit den Wertpapieren des betroffenen Unternehmens vornehmen.⁵⁶⁹ Werden bereits bekannte Informationen gegenüber einem Grossaktionär verdichtet oder vertieft, ist dies zulässig.⁵⁷⁰

Ein Teil der Lehre erachtet einen privilegierten Informationszugang des Gemeinwesens mit Blick auf die verfassungsrechtlich abgestützte Auskunftspflicht selbst in kapitalmarkt-relevanten Fällen nicht als kategorisch ausgeschlossen.⁵⁷¹ Bei Unternehmen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, kann ausgeschlossen werden, dass das Gemeinwesen seine Aktien ohne Weiteres veräussert und es privilegiert erhaltene Informationen ausnutzt. Wenn das Gemeinwesen jeglichen Handel unterlasse und es privilegiert erhaltene Informationen vertraulich behandle, stehe einem privilegierten Informationsaustausch auch in Bezug auf kursrelevante Informationen unter kapitalmarktrechtlichen Voraussetzungen nichts entgegen.⁵⁷² Unter den gleichen Voraussetzungen dürften Staatsvertretungen das Gemeinwesen über die Interna des Unternehmens informieren.⁵⁷³

Die SIX-Group erachtet eine Vorabinformation der Regierung über grundsätzlich kursrelevante Informationen als zulässig. Die Exekutivmitglieder müssen den Verwaltungsrat (strategische Führungsebene) informieren, wenn sie Tatsachen als im öffentlichen Interesse betrachten und Dritten mitteilen wollen. Vor der Veröffentlichung solcher Tatsachen muss der Verwaltungsrat die Ad-hoc-Relevanz dieser Information prüfen und allenfalls eine Ad-hoc-Mitteilung gegenüber der SIX vornehmen.⁵⁷⁴

2.2.2.1.4 Informationskonzept

Die Gesellschaft sollte eine Informationsstrategie errichten sowie Informationsregelungen. Auskünfte, die einzelnen Aktionären erteilt wurden, sind zu dokumentieren.⁵⁷⁵

Es wird empfohlen, auf Unternehmensebene ein Informationskonzept auszuarbeiten. In diesem sollte die Weiterleitung strategierelevanter Informationen geregelt werden. Idealerweise resultiert aus dem Informationskonzept eine vertragliche Vereinbarung zwischen Eigner und Unternehmen, damit dieses verbindlich ist. Zudem wäre es ebenfalls vorteilhaft, wenn die nichtstaatlichen Aktionäre dem Informationskonzept zustimmen.⁵⁷⁶ In Bezug auf vertrauliche Informationen wird das Need-to-know-Prinzip empfohlen, welches statuiert, dass dem Staat «so wenige vertrauliche Informationen wie möglich und so viele vertrauliche Informationen wie nötig» weitergeleitet werden.⁵⁷⁷ Informationsadressaten sollten v.a. die Regierung und gegebenenfalls das zuständige Departement sein. Da das Parlament seine Tätigkeit öffentlich ausübt, wird es als Informationsadressat als ungeeignet bezeichnet.⁵⁷⁸ Anders ist dies in Bezug auf die parlamentarischen Aufsichtskommis-sionen beziehungsweise -delegationen zu beurteilen.

⁵⁶⁹ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 292-293.

⁵⁷⁰ BÖCKLI/BÜHLER, Vorabinformation an Grossaktionäre, S. 111.

⁵⁷¹ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 121.

⁵⁷² STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 377-378.

⁵⁷³ Ebd., S. 378.

⁵⁷⁴ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 171.

⁵⁷⁵ DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 28-29.

⁵⁷⁶ Ausführlicher dazu GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 346-350.

⁵⁷⁷ Ebd., S. 348.

⁵⁷⁸ Ebd., S. 349.

2.2.2.2 Zusätzliche Informationen nachverlangen

Die Durchsetzung der Herausgabe von privilegierten Informationen kann problematisch sein, da das Auskunftsrecht (Art. 697 Abs. 1 OR) an der Generalversammlung geltend gemacht werden muss und das Einsichtsrecht (Art. 697 Abs. 2 OR) zwar jederzeit ausgeübt werden kann, die entsprechenden Informationen jedoch grundsätzlich an der Generalversammlung erteilt werden.⁵⁷⁹ Werden dem Gemeinwesen als Allein- oder Hauptaktionär gewisse Informationen verweigert, könnte es jederzeit eine ausserordentliche Generalversammlung (Art. 699 Abs. 2 und 3 OR) verlangen.⁵⁸⁰ Zudem gibt es für das Gemeinwesen weitere Möglichkeiten, wie es unterjährig zu den Informationen gelangt. Es kann dafür eine Staatsvertretung einsetzen (wobei die Geheimhaltungspflicht des Verwaltungsrats problematisch sein könnte) oder es können Personen, die nicht dem Verwaltungsrat angehören, an Sitzungen des Verwaltungsrats teilnehmen. Der Bundesgesetzgeber kann schliesslich öffentlich-rechtliche Regelungen über den Informationszugang erlassen.⁵⁸¹

An der Generalversammlung können Aktionäre vom Verwaltungsrat Informationen über die Gesellschaft verlangen. Möchte ein Aktionär Einsicht in Geschäftsbücher und Korrespondenzen des Unternehmens, benötigt er eine Ermächtigung der Generalversammlung oder eine Erlaubnis des Verwaltungsrats.⁵⁸²

2.2.2.3 Informationsflüsse

Gewisse Länder wie beispielsweise England haben besondere Formen von Beteiligungsmanagements (account management) eingeführt, um den Kontakt und den Informationsfluss zwischen dem Eigner beziehungsweise den Departementen (ministries) und den verselbstständigten Einheiten sicherzustellen.⁵⁸³ In kleineren Ländern wie beispielsweise Estland beruhen die Beziehungen des Staats zu den verselbstständigten Einheiten auf vorwiegend informaler Basis und werden mittels personellen Kontakten und Vertrauen aufrechterhalten. Ein solches Vertrauensverhältnis kann auch beispielsweise mit offener Kommunikation oder intensivem Networking gebildet werden. Der Aufbau von Vertrauen braucht jedoch ein grosses Engagement von beiden Seiten. Sowohl zu wenig Vertrauen als auch zu viel Vertrauen seitens des Eigners können sich negativ auf das Verhalten der ausgelagerten Einheit auswirken.⁵⁸⁴

Der Informationsfluss zwischen dem Gemeinwesen und dem Unternehmen kann sehr verschieden ausgestaltet sein und auch unterschiedliche Formen haben. Man unterscheidet zwischen der Selbstinformation (Ausübung von Auskunfts- und Einsichtsrechten) und der Fremdinformation (öffentliches Unternehmen informiert von sich aus). Zudem kann der Informationsaustausch ad hoc oder mittels festgelegten Prozessen erfolgen. Schliesslich können Informationsbegehren des Gemeinwesens an das oberste Leitungsorgan des Unternehmens in seiner Gesamtheit oder an Vertretungen des Gemeinwesens in diesem Organ gerichtet werden.⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 381.

⁵⁸⁰ FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 119.

⁵⁸¹ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 381-382, 481.

⁵⁸² DAENIKER/DETTWILER, Information Grossaktionäre, S. 24.

⁵⁸³ VERHOEST ET AL., Government Agencies, S. 427.

⁵⁸⁴ Ebd., S. 428.

⁵⁸⁵ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 478.

Informations-, Auskunfts- und Einsichtsrechte des Gemeinwesens gegenüber öffentlichen Unternehmen können sich aus Verfassung, Gesetz oder aus einem Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und einem Mitglied des Leitungsorgans ergeben.⁵⁸⁶

In Bezug auf die Informationsherausgabe besteht die Gefahr, dass das Gemeinwesen in seiner Rolle als Gewährleister nebst aufgabenbezogenen Informationen gleichzeitig Informationen anfordert und ausnutzt, die ihm für seine Eignerrolle dienen. Dies kann problematisch in Bezug auf die Gleichbehandlung der Aktionäre sein.⁵⁸⁷

Damit der Informationsfluss unter dem Jahr sichergestellt ist, stellen die Unternehmen dem Generalsekretär des UVEK sowie dem Direktor der EFV die Traktandenliste sowie die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen zu. Der Verwaltung soll damit erlaubt werden, in Einzelfällen vorgängig einzuschreiten und auf politisch sensible Themen hinzuweisen.⁵⁸⁸ Dadurch, dass die Verwaltung die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen erhält, trägt sie zwar dem Risikoaspekt zielführend Rechnung. Allfällige Eingriffe in den Verantwortungsbereich des Verwaltungsrats werden dadurch jedoch zumindest in Kauf genommen.⁵⁸⁹

Bei der Swisscom, wo der Bund eine Staatsvertretung in den Verwaltungsrat entsendet, findet vor den Verwaltungsratssitzungen eine Sitzung zwischen dem GS UVEK, der EFV und der Staatsvertretung statt. Die Staatsvertretung informiert die Verwaltung über die Traktanden und liefert allenfalls Beilagen. Ohne die Staatsvertretung könnte die Verwaltung nicht zu den Informationen gelangen, ohne das Gleichbehandlungsgebot der Minderheitsaktionäre bei börsenkotierten Aktiengesellschaften zu verletzen.⁵⁹⁰ Obwohl eine Staatsvertretung eingesetzt wird, finden regelmässige Gespräche zwischen dem GS UVEK, der EFV und dem Verwaltungsratspräsidenten der Swisscom statt.⁵⁹¹

Zwischen dem GS UVEK und dem Unternehmen findet auch auf der Sachbearbeitungsebene ein intensiver (teilweise täglicher) Kontakt statt. Auch zwischen dem GS UVEK und der Unternehmensspitze besteht regelmässiger Kontakt auf informeller Ebene, wobei in der Regel Schnittstellenthemen zwischen Politik und Unternehmen thematisiert werden. Zudem nehmen die Unternehmen von sich aus regelmässig mit Bundesrats- oder Parlamentsmitgliedern Kontakt auf, um Themen in Bezug auf die Rahmenbedingungen oder die gesetzlichen Grundlagen zu besprechen.⁵⁹²

Die informellen Austausche zwischen dem Unternehmen und der Verwaltung sind gesetzlich nicht in dieser Intensität vorgesehen.⁵⁹³ Es wäre zu überprüfen, ob die gesetzlichen Grundlagen auf Bundesebene für die Zustellung der Traktandenlisten und der Protokolle der Verwaltungsratssitzungen ausreichend sind.⁵⁹⁴

⁵⁸⁶ Ebd., S. 478-479.

⁵⁸⁷ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 316-317, vgl. auch S. 325.

⁵⁸⁸ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 26, direkte Interventionen der Verwaltung waren im Jahr 2012 jedoch selten.

⁵⁸⁹ Ebd., S. 30.

⁵⁹⁰ Ebd., S. 26.

⁵⁹¹ Ebd., S. 26.

⁵⁹² Ebd., S. 26-27.

⁵⁹³ Ebd., S. 35.

⁵⁹⁴ Ebd., S. 30.

Es stellt sich die Frage nach dem Informationsfluss zwischen den Fachämtern und den Eignerstellen. Soweit ersichtlich finden sich dazu in der Literatur kaum nähere Aussagen.

2.3 Konzeption Bundesebene

2.3.1 Anforderungen Informationen Dienstleistungen am Markt

Aus den Grundlagen des Bundes konnten keine Aussagen zu den spezifischen Anforderungen an Informationen bei Einheiten mit Dienstleistungen am Markt ermittelt werden.

2.3.2 Zur Verfügung zu stellende Informationen

Eine sinnvolle Aufsicht kann nur ausgeübt werden, wenn die beaufsichtigende Behörde im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit – und sofern es notwendig ist – Einsicht in Dokumente der unterstellten Einheit nehmen und zweckdienliche Auskünfte verlangen kann.⁵⁹⁵

Das Aktienrecht bestimmt, welche Informationen das Unternehmen und die externe Revisionsstelle im Rahmen der Rechenschaftsablage dem Aktionariat zukommen lassen müssen. Zusätzliche Informationen, die sich ausschliesslich an den Allein- oder Mehrheitsaktionär richten, könnten die Rechte von Minderheitsaktionären oder allenfalls Bestimmungen des Kapitalmarktrechts verletzen.⁵⁹⁶

Für die unternehmensbezogene Kontrolle stehen dem Bundesrat die Berichterstattung des Verwaltungsrats (hauptsächlich über die Erreichung der unternehmensbezogenen Ziele), der Geschäftsbericht sowie der Bericht der externen Revisionsstelle zur Verfügung. Für die aufgabenseitige Kontrolle verfügt der Bundesrat insbesondere über die Berichterstattung des Verwaltungsrats (hauptsächlich über die Erreichung der aufgabenseitigen Ziele) sowie über die Berichterstattung der EFK. Überdies hinaus kann er Fachaufsichtsberichte der Fachämter beziehen.⁵⁹⁷

Der Verwaltungsrat von Swisscom, SBB, Post und RUAG lässt dem Bundesrat jährlich einen Bericht über die Erreichung der strategischen Ziele zukommen. Dieser Bericht ist allfälligen anderen Aktionären oder anderen Anlegern (bei einer Börsenkotierung) nicht zugänglich. Der Verwaltungsrat muss sich bei dieser Berichterstattung an den Bundesrat an die aktien- und allenfalls an die kapitalmarktrechtlichen Vorgaben halten.⁵⁹⁸ Wird der Empfänger privilegierter Informationen gegenüber den anderen Aktionären substantiell bevorzugt, ist die Herausgabe der Informationen aktienrechtlich nicht zulässig. Die Einräumung eines privilegierten Informationsstatus zu Gunsten grösserer Aktionäre (dauerhafte Informationsvorteile und Erhalt von strategischen Informationen) ist bereits mit dem

⁵⁹⁵ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrats, E. III.2.b.

⁵⁹⁶ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8279-8280.

⁵⁹⁷ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 60, vgl. auch S. 63 sowie 18. Leitsatz der 37 Leitsätze: «Bei Anstalten werden dem Bundesrat zur Wahrnehmung seiner Kontrollfunktion nach Ablauf des Geschäftsjahres die folgenden Unterlagen unterbreitet:

- die (Zwischen-)Berichterstattung des Verwaltungs- oder Institutsrats über die Erreichung der strategischen Ziele;
- der Geschäftsbericht des Verwaltungs- oder Institutsrats;
- der Prüfbericht der externen Revisionsstelle (sofern nicht bereits Teil des Geschäftsberichts);
- der Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle über eine allenfalls durchgeführte finanzaufsichtsspezifische Prüfung der Anstalt.

Der Bundesrat kann vorsehen, dass diese Kontrollfunktion ganz oder teilweise durch die zuständigen Departemente wahrgenommen wird.»

⁵⁹⁸ Ebd., S. 66-67.

Aktienrecht nicht vereinbar. Das Kapitalmarktrecht schliesst dies erst recht aus. Eine seltene Ausnahme könnte dann bestehen, wenn eine grosse Transaktion in der Schlussphase vorbereitet wird, die ohne Einbezug des Hauptaktionärs nicht vorgenommen werden könnte. Dem Hauptaktionär würde in diesem Fall vertraglich eine «echte» Insiderstellung zugehalten werden.⁵⁹⁹

«Aus börsenrechtlicher Sicht werden Informationen über die Erreichung der strategischen Ziele und andere Unternehmensinformationen der kotierten Swisscom an den Bund von Artikel 142 des Finanzmarktinfrastukturgesetzes vom 19. Juni 2015⁹⁴ (FinfraG) erfasst. Die Mitteilung einer Insiderinformation fällt aber nicht unter Artikel 142 Absatz 1 Buchstabe b FinfraG (Mitteilungsverbot), wenn die Informationen zur Erfüllung von gesetzlichen Pflichten (insb. Ausübung von gesetzlichen Aufsichts- und Kontrollfunktionen) notwendig sind (Art. 128 Bst. a der Finanzmarktinfrastrukturverordnung vom 25. November 2015).»⁶⁰⁰

2.3.3 Regelung Informationszugang

Das Privatrecht und – bei börsenkotierten Unternehmen – das Kapitalmarktrecht setzen der Informationsmöglichkeiten des Bundes klare Grenzen.⁶⁰¹

Das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre im Aktienrecht (Art. 717 Abs. 2 OR) und im Kapitalmarktrecht (Art. 1 BEHG) grenzt die privilegierte Informationsherausgabe an Gross- und Mehrheitsaktionäre ein.⁶⁰²

Ohne gesetzliche Grundlage können die Unternehmen nicht verpflichtet werden, bei der Berichterstattung «im gewünschten Umfang mitzuwirken». Es sollte geregelt sein, welche Unterlagen wann und mit welchem Inhalt geliefert werden müssen.⁶⁰³

Der Geheimbereich von Gesellschaften hat sich zusehends verkleinert. Börsenkotierte Aktiengesellschaften können sich nur dann auf Geschäftsgeheimnisse berufen, wenn es im Fall von deren Bekanntmachung um Wettbewerbsnachteile geht.⁶⁰⁴

Die Staatsvertretung darf Informationen an den Bund nicht unbeschränkt übermitteln. Bei börsenkotierten Aktiengesellschaften darf die Staatsvertretung dem Bund grundsätzlich keine privilegierten Informationen übermitteln, ausser es geht um gewichtige Geschäfte, die den Einbezug des Hauptaktionärs erfordern. Zudem ist die Ad-hoc-Bekanntgabepflicht zu beachten (Art. 72 KR). Wenn die Staatsvertretung lediglich dem Bund kursrelevante Informationen übermitteln, riskieren sie sowie die Mitarbeitenden der Bundesverwaltung strafrechtliche Sanktionen im Falle eines Ausnutzens dieser Informationen.⁶⁰⁵ Übermittelt die Staatsvertretung Insiderinformationen an ihre Ansprechpartner (Direktor/-in EFV und Generalsekretariat UVEK), dürfen diese die erhaltenen Informationen lediglich an diejenigen Personen weiterleiten beziehungsweise lediglich diejenigen Personen zugänglich machen, die die Informationen zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten benötigen.⁶⁰⁶ Überdies hinaus hat der Bund klare Ansprechpersonen definiert, die sich mit

⁵⁹⁹ Ebd., S. 66-67.

⁶⁰⁰ BUNDESRAT, Botschaft Revision FMG, S. 6661.

⁶⁰¹ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8281.

⁶⁰² BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2671-2672.

⁶⁰³ FINANZKOMMISSION DES NATIONALRATS, Parlamentarisches Instrumentarium, S. 3393.

⁶⁰⁴ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2671.

⁶⁰⁵ Ebd., S. 2674.

⁶⁰⁶ EFV-RECHTSDIENST, Dokumentation Entwicklung CG, S. 9.

der Swisscom austauschen. Die Swisscom führt Insiderlisten, die herausgegeben werden könnten, falls eine Untersuchung durchgeführt werden würde.⁶⁰⁷

Bei nichtkотиerten Gesellschaften darf der Verwaltungsrat dem Bund als Grossaktionär privilegierte Informationen übermitteln, wenn dies im Gesellschaftsinteresse liegt und ein sachlicher Grund dafür besteht.⁶⁰⁸

Sowohl bei nichtkотиerten als auch bei kотиerten Aktiengesellschaften könnte die Staatsvertretung Art. 162 StGB verletzen, falls die Weitergabe der Informationen nicht notwendig war zur Wahrung der Bundesinteressen.⁶⁰⁹ Die Staatsvertretung verletzt hingegen weder das Aktien- noch das Kapitalmarktrecht, wenn sie bereits bekannte Informationen, die unterhalb der Schwelle der Kursrelevanz liegen, erläutert, vertieft oder verdichtet.⁶¹⁰

Bei einer Entsendung einer Staatsvertretung in den Verwaltungsrat einer börsenkотиerten Aktiengesellschaft besteht die überzeugendste Möglichkeit darin, dass eine spezialgesetzliche Grundlage dafür geschaffen wird.⁶¹¹

Eine Staatsvertretung einer nichtkотиerten Gesellschaft darf dem Bund privilegierte Informationen im Hinblick auf die Erreichung der strategischen Ziele übermitteln, da dieser auf staatlichen Aufgabenerfüllung und somit auch auf das Interesse der Gesellschaft ausgerichtet ist. Ein sachlicher Grund für die Informationsübermittlung liegt ebenfalls vor, da «die Privilegierung unter der Bedingung des zweckgerichteten Gebrauchs der Informationen zur Überprüfung der strategischen Ziele nicht übermässig ist.» Demzufolge braucht es keine spezialgesetzliche Grundlage für die privilegierte Informationsherausgabe.⁶¹²

Die Lehre hat sich bei der privilegierten Informationsherausgabe an Aktionäre bis anhin auf private Aktionäre konzentriert. Zu prüfen wären beispielsweise Fragen in Bezug auf Art. 762 OR und dessen Vereinbarkeit mit den kapitalmarktrechtlichen Vorgaben sowie die Frage, inwiefern öffentlich-rechtliche Körperschaften privilegierte Informationen beanspruchen dürfen, damit sie die Umsetzung der öffentlichen Interessen durch die Gesellschaft kontrollieren können.⁶¹³

Die Verwaltungsratspräsidenten und die CEO's der Unternehmen Post, SBB und Swisscom legten 2012 übereinstimmend dar, der Verwaltung in der Regel alle geforderten Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Die Verwaltung gehe vertrauensvoll mit den ihr zugestellten Informationen um.⁶¹⁴

2.3.4 Zusätzliche Informationen nachverlangen

Aus den konzeptionellen Grundlagen des Bundes konnten keine Aussagen ermittelt werden, die sich auf das Nachverlangen von fehlenden Informationen beziehen.

⁶⁰⁷ Ebd., S. 9.

⁶⁰⁸ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2674.

⁶⁰⁹ Ebd., S. 2674.

⁶¹⁰ Ebd., S. 2674.

⁶¹¹ Ebd., S. 2675-2676.

⁶¹² Ebd., S. 2678.

⁶¹³ Ebd., S. 2679.

⁶¹⁴ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 25.

2.3.5 Informationsflüsse

Für die Wahrnehmung seiner Kontrollfunktion muss der Bundesrat rechtzeitig über zweckdienliche Informationen verfügen. Die Informationen müssen zu jenem Moment vorliegen, an dem der Bundesrat eine Überprüfung ex post vornehmen möchte.⁶¹⁵

Einmal pro Jahr findet auf Bundesebene ein Zielerreichungsgespräch zwischen der Verwaltung und den Unternehmen statt und mehrmals jährlich finden Eignerggespräche mit den Unternehmen Post, SBB und Swisscom statt. Die Traktandenliste wird vom Generalsekretariat des Fachdepartements in Absprache mit der EFV festgelegt. In der Regel tritt die Verwaltung einheitlich gegenüber den Unternehmen auf.⁶¹⁶ An den Eignerggesprächen nehmen in der Regel das Generalsekretariat des Fachdepartements, der Direktor der EFV sowie der Verwaltungsratspräsident und der CEO teil. Sie werden von den Stabsmitarbeitenden unterstützt. Auch die Departementsvorsteherin UVEK beteiligt sich mitunter an den Sitzungen.⁶¹⁷ Bei der RUAG finden ebenfalls Eignerggespräche statt und es wurden zudem in den letzten Jahren sogenannte Strategie-Workshops durchgeführt, die als besondere Form von Eignerggesprächen gesehen werden.⁶¹⁸

Zudem besteht auf Sachbearbeiterebene ein intensiver informeller Austausch zwischen dem Generalsekretariat und dem entsprechenden Unternehmen. Auch auf Stufe der Unternehmensspitze besteht regelmässiger Austausch mit dem Generalsekretariat, einzelnen Bundesratsmitgliedern sowie Parlamentsmitgliedern. Diese informellen Kontakte sind im Gesetz nicht vorgesehen – insbesondere nicht in dieser Intensität.⁶¹⁹ Die teilweise bestehende Intransparenz der Austausche zwischen den Unternehmen und den einzelnen Bundesratsmitgliedern beziehungsweise die damit verbundene Einflussnahme auf den Entscheidungsprozess wird als problematisch eingestuft.⁶²⁰ Bereits im Jahr 2012 hat die GPK den Bundesrat dazu eingeladen, den informellen Informationsaustausch auf Systemkonformität zu überprüfen.⁶²¹ In seiner Stellungnahme ging der Bundesrat auf den regelmässigen Informationsaustausch ein, thematisierte jedoch den informellen Informationsaustausch nicht ausführlich.⁶²²

Im Jahr 2018 hat die GPK erneut festgestellt, dass informeller Informationsaustausch im Rahmen der Steuerung der RUAG stattfand und nicht transparent gemacht wurde. Bemängelt wurde die «offenbar wenig formalisierte Einflussnahme über bilaterale Kontakte und

⁶¹⁵ EIDGENÖSSISCHE FINANZVERWALTUNG, Erläuternder Bericht, S. 59.

⁶¹⁶ Vgl. STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 25, eine Ausnahme gab es z.B. bei der Gewinnausschüttung, wo die Departemente erst nach dem Entscheid des Bundesrates einheitlich auftraten.

⁶¹⁷ Vgl. STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 37; vgl. zu den Eignerggesprächen bei der RUAG GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Cyber-Angriff RUAG, S. 4592-4595.

⁶¹⁸ BUNDESRAT, Stellungnahme Cyber-Angriff RUAG, S. 6370-6371.

⁶¹⁹ GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 8552; vgl. insbesondere zu den Eignerggesprächen und auch zum informellen Austausch zwischen den Unternehmensspitzen und den Bundesratsmitgliedern GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Cyber-Angriff RUAG, S. 4592-4596.

⁶²⁰ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 37-38.

⁶²¹ GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 8553.

⁶²² BUNDESRAT, Stellungnahme Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 9215-9216.

die fehlende Protokollierung dieser Gespräche.»⁶²³ Der Bundesrat hat daraufhin in Aussicht genommen, dass die Transparenz bei den Steuerungsinstrumenten verbessert werden soll.⁶²⁴

Aus den konzeptionellen Grundlagen des Bundes liessen sich soweit ersichtlich keine Aussagen zum Informationsfluss zwischen den Fachämtern und dem Eigner finden.

2.4 Rechtsgrundlagen Bundesebene

2.4.1 Anforderungen Informationen Dienstleistungen am Markt

Es bestehen keine gesetzlichen Grundlagen in Bezug auf die Anforderungen an Informationen, die sich insbesondere auf Einheiten mit Dienstleistungen am Markt beziehen.

2.4.2 Zur Verfügung zu stellende Informationen

Aktionäre haben Informationsrechte in Bezug auf die Einladung zur Generalversammlung (Art. 700 Abs. 2 OR) und auf die Bekanntgabe des Geschäfts- und Revisionsberichts (Art. 696 Abs. 1 OR). Bei Publikumsgesellschaften haben die Aktionäre zudem das Recht auf Bekanntgabe des Vergütungsberichts sowie des Prüfungsberichts der Revisionsstelle über den Vergütungsbericht (Art. 13 Abs. 3 VegüV).⁶²⁵

Art. 696 ff. OR legen ein dreistufiges Informationskonzept fest: Zuerst wird die Bekanntgabe von Grundinformationen wie beispielsweise des Geschäftsberichts in Art. 696 OR geregelt. Anschliessend sieht Art. 697 OR weitergehende Informationsrechte für die Aktionäre vor (Auskunftsrechte an der Generalversammlung sowie – mit Ermächtigung der Generalversammlung oder durch Beschluss des Verwaltungsrats und unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse – Einsichtsrechte). Schliesslich besteht gemäss Art. 697a ff. OR das Recht auf eine Sonderprüfung.⁶²⁶ Wird die Einsichtnahme in das Protokoll der Generalversammlung (Art. 702 Abs. 3 OR) ebenfalls in das Informationskonzept einbezogen, kann von einem vierstufigen Informationskonzept ausgegangen werden.⁶²⁷

Das Aktienrecht enthält in Art. 696 ff. OR Auskunfts- und Einsichtsrechte der Aktionäre sowie deren Recht, eine Sonderprüfung einzuleiten. Daneben tritt bei börsenkotierten Aktiengesellschaften das Kapitalmarktrecht, das im Wesentlichen die sofortige und allgemeine Veröffentlichung via Internet oder Presse verlangt, in Kraft. Art. 64 Kotierungsreglement (KR) legt fest, dass der Geschäftsbericht mit dem Bericht der Revisionsorgane jährlich zu veröffentlichen ist. Gemäss Art. 65 KR muss ein (nicht revidierter) Halbjahresabschluss veröffentlicht werden. Zudem ist in Art. 72 KR die Ad-hoc-Bekanntgabepflicht verankert, nach der über sämtliche wesentliche kursrelevante Tatsachen zu informieren ist. Art. 72 KR bezweckt, Insidergeschäfte im Sinne von Art. 161 StGB zu vermindern (Art. 161 StGB wurde mittlerweile aufgehoben, vgl. AS 2013 1109), die Gleichbehandlung der Anleger sicherzustellen sowie die Effizienz des Kapitalmarktes zu verbessern. Auch Management-Transaktionen in Beteiligungsrechte der Gesellschaft müssen veröffentlicht werden (Art. 74a KR).⁶²⁸ Die SIX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (RLCG) enthält Bestimmungen zur Informationsherausgabe börsenkotierter Gesellschaften. Überdies hinaus enthält Art. 663b^{bis} OR Vorschriften über die

⁶²³ GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES NATIONALRATS, Cyber-Angriff RUAG, S. 4598-4599.

⁶²⁴ BUNDESRAT, Stellungnahme Cyber-Angriff RUAG, S. 6373.

⁶²⁵ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 152.

⁶²⁶ Bspw. STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 364-366; FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 117-118.

⁶²⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, S. 510.

⁶²⁸ BUNDESRAT, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 2670-2671.

Offenlegung von Vergütungen und Art. 20 BEHG verlangt von bedeutenden Aktionären oder Aktionärsgruppen die Publikation der Über- oder Unterschreitung der Meldeschwellen.⁶²⁹

Die Gleichbehandlungspflicht der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR) sowie die Sorgfalts- und Treuepflicht der Verwaltungsratsmitglieder (Art. 717 Abs. 1 OR) müssen bei der Informationsherausgabe berücksichtigt werden. Sie stehen einer privilegierten Informationsherausgabe entgegen.⁶³⁰

Art. 154 FinfraG und Art. 162 StGB sehen Sanktionen vor, falls Insiderinformationen ausgenützt beziehungsweise Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse verraten werden. Behördenmitglieder beziehungsweise Beamte sind zudem an das Amtsgeheimnis gemäss Art. 320 StGB gebunden. Angestellte des Bundes unterstehen gemäss Art. 22 BPG dem Berufsgeheimnis, dem Geschäfts- und dem Amtsgeheimnis.

2.4.3 Regelung Informationszugang

2.4.3.1 Privatrechtliche Aktiengesellschaften

Art. 697 Abs. 1 OR ist ein selbstständiger Aktionärsanspruch und beim Auskunftsrecht besteht grundsätzlich keine sachliche Beschränkung, erst bei der Informationsvermittlung können Beschränkungen (bspw. zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse) entgegeng gehalten werden.⁶³¹ Auskunfts- und Einsichtsrechte können nur geltend gemacht werden, soweit sie zur Ausübung der Aktionärsrechte notwendig sind.⁶³² Grenzen der Informationsvermittlung an die Aktionäre setzen die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und anderen schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft (Art. 697 Abs. 2 und 3 OR) und die Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR).⁶³³ Ist das Gemeinwesen Mehrheits-, aber nicht Alleinaktionärin, kommt der aktienrechtliche Minderheitenschutz zur Anwendung. Dabei müssen alle Aktionäre gleich behandelt werden, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen (Art. 627 Ziff. 9 OR). Insbesondere verfügen alle Aktionäre über die gleichen Informationsrechte. Sämtliche Vorschriften betreffend den Minderheitenschutz wie Auskunfts- und Einsichtsrechte oder Traktandierungsrechte müssen eingehalten werden.⁶³⁴

Das Unternehmen kann die Auskunftserteilung verweigern, wenn dadurch Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Gesellschaftsinteressen gefährdet werden (Art. 697 Abs. 2 OR).

2.4.3.2 Börsennotierte Aktiengesellschaften

Die Informationslage des Aktionärs wird bei börsennotierten Aktiengesellschaften ergänzt durch kapitalmarktrechtliche Informationspflichten. Dabei kommt die kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungspflicht dazu (vgl. Art. 1 Abs. 2 FinfraG), die strenger ist als die in Art. 717 Abs. 2 OR statuierte Gleichbehandlungspflicht.⁶³⁵

⁶²⁹ Ebd., S. 2671.

⁶³⁰ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 329-330.

⁶³¹ Gewisse Lehrmeinungen sehen nur Dokumente gemäss Art. 696 OR von der Auskunftspflicht erfasst, STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 366-367.

⁶³² STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 366; FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 118.

⁶³³ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 368, vgl. S. 368-372.

⁶³⁴ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 88.

⁶³⁵ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 305; vgl. auch FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft, S. 120; STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 374.

Im Zusammenhang mit öffentlichen Unternehmen sind insbesondere die periodische Berichterstattung und Rechnungslegung (Art. 49-51 KR; Kotierungsreglement) sowie die Ad-hoc-Publizität (Art. 53 KR) aus dem Kapitalmarktrecht relevant.⁶³⁶

2.4.4 Zusätzliche Informationen nachverlangen

Möchte ein Aktionär bei einer nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft weitergehende Informationen erhalten, kann er diese selbst herausverlangen (vgl. Art. 697 OR) oder den Antrag an die Generalversammlung stellen, eine Sonderprüfung einzuleiten (vgl. Art. 697a ff. OR).⁶³⁷

Als ultima ratio kann die Exekutive beispielsweise bei einer Gefährdungslage für die öffentliche Sicherheit das Unternehmen mit einem formellen Entscheid das Unternehmen zur Herausgabe von Informationen zwingen – diese Massnahme kann jedoch gegenüber allen Organisationen und Körperschaften angewendet werden (vgl. Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV).⁶³⁸

2.4.5 Informationsflüsse

Gemäss Art. 7 Abs. 3 POG erstattet der Verwaltungsrat dem Bundesrat Bericht über die Erreichung der strategischen Ziele «und stellt ihm die zur Überprüfung notwendigen Informationen zur Verfügung».

Gemäss Art. 3 Abs. 1^{ter} BGRB erstattet der Verwaltungsrat dem Bundesrat «jährlich Bericht über die Zielerreichung und stellt die notwendigen Informationen für die Überprüfung der Zielerreichung zur Verfügung».

Gemäss Art. 8 Abs. 2 SBBG erstattet der Verwaltungsrat dem Bundesrat «jährlich Bericht über die Zielerreichung und stellt die notwendigen Informationen für deren Überprüfung zur Verfügung».

Mit der vorgeschlagenen Ergänzung von Artikel 6 Abs. 3 TUG wird eine explizite gesetzliche Grundlage für diesen Informationsfluss geschaffen.

Der Informationsfluss zwischen den Fachämtern und dem Eigner wird gesetzlich nicht geregelt.

⁶³⁶ STÖCKLI, Behördenmitglieder in Führungs- und Aufsichtsgremien, S. 375.

⁶³⁷ BÜHLER, CG bei Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, S. 519.

⁶³⁸ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht, S. 172.

3 Untersuchungsgegenstand 3: Rollenteilung im Eignermodell

3.1 Konzeption international

3.1.1 Ausgestaltung Eignermodell

Innerhalb der Verwaltung sollte die Zuständigkeit für die Ausübung der Rechte des Eigners klar definiert werden (Einrichtung einer Koordinationsstelle oder Zentralisierung der Eignerfunktion).⁶³⁹ Die Eignerrechte sollten durch eine einzige Behörde (Eigentumsträger) ausgeübt werden. Besteht diese Möglichkeit nicht, sollte eine Koordinationsstelle diese Rechte ausüben.⁶⁴⁰ Der Begriff des Eigentumsträgers kann sich entweder auf «ein einzelnes staatliches Eigentumsorgan, eine Koordinierungsstelle oder ein Ministerium beziehen, bei dem beziehungsweise der die Verantwortung für die Ausübung der staatlichen Eigentümerfunktion liegt.⁶⁴¹

Vor allem bei staatseigenen Unternehmen, die am Wettbewerb tätig sind, ist die Zentralisierung der Eignerfunktion wichtig.⁶⁴² Durch die Zentralisierung der Eignerfunktion kann die Eignerpolitik konsequent umgesetzt werden, es können «Expertentools» eingerichtet werden und die Eigentümerfunktion kann klar von anderen Aktivitäten des Staats getrennt werden.⁶⁴³

In den OECD-Staaten bestehen fünf verschiedene Eignermodelle (zentralisiertes Modell, duales Modell, twin track, Koordinationsstelle, dezentralisiertes Modell).⁶⁴⁴ Unter 31 OECD-Staaten haben 50 Prozent das zentralisierte Modell eingeführt, 25 Prozent haben sich für das duale Modell entschieden und 14 Prozent arbeiten mit einer Koordinationsstelle.⁶⁴⁵ Beim zentralen Modell besteht eine zentrale Stelle, die für die Entscheide verantwortlich ist. Dies kann beispielsweise eine Holdinggesellschaft sein oder eine zentrale Beteiligungsstelle (ownership agency). Das duale Modell zeichnet sich dadurch aus, dass ein Linien-Departement (line ministry) für das staatseigene Unternehmen zuständig ist und für finanzielle Belange des Unternehmens ist ein anderes Departement – in der Regel das Finanzdepartement – verantwortlich.⁶⁴⁶ Beim Modell der zentralen Koordinationsstelle ist letztere dafür verantwortlich, die Aktivitäten und Massnahmen der verschiedenen mit Eignerfunktionen betrauten Stellen zu harmonisieren und zu koordinieren. Zudem soll der Koordinationsstelle die Ausarbeitung einer allgemeinen Politik in Bezug auf Unternehmensbeteiligungen sowie spezifischer Leitlinien und die Vereinheitlichung der Verfahren der verschiedenen mit Eignerfunktionen betrauten Stellen obliegen.⁶⁴⁷

Der Eigner sollte über Fachkräfte mit juristischen, finanziellen, wirtschaftlichen und Managementkenntnissen verfügen, die eine klare Vorstellung von ihren Aufgaben und Pflichten gegenüber den staatseigenen Unternehmen haben. Zudem sollte der Eigner über Fachkräfte verfügen, die über Fachwissen über die spezifischen Verpflichtungen einiger der beaufsichtigten staatseigenen Unternehmen verfügen. Auch sollte es dem Eigner möglich

⁶³⁹ OECD, Leitsätze 2005, S. 30; OECD, Leitsätze 2015, S. 41; OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 11–12.

⁶⁴⁰ OECD, Leitsätze 2015, S. 20, vgl. auch S. 41; OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 11.

⁶⁴¹ OECD, Leitsätze 2015, S. 18.

⁶⁴² OECD, Leitsätze 2005, S. 30.

⁶⁴³ OECD, Leitsätze 2015, S. 41.

⁶⁴⁴ OECD, Ownership and Governance, National Practices, S. 24.

⁶⁴⁵ Ebd., S. 24, ausführlich dazu S. 26-31.

⁶⁴⁶ Ebd., S. 32.

⁶⁴⁷ OECD, Leitsätze 2015, S. 41-42.

sein, externe Beratung zu beanspruchen und definierte Aspekte seiner Eigentümerfunktion an Externe zu übertragen.⁶⁴⁸

Es sollten Verhaltensstandards für die mit der Eignerfunktion betrauten Personen eingeführt werden, die sicherstellen, dass das öffentliche Interesse und die Integrität öffentlicher Unternehmen zentral sind. In den Verhaltensstandards sollten beispielsweise die Anstellungsverfahren sowie Weiterbildungen der mit der Eignerfunktion betrauten Personen geregelt werden. Zudem sollten Mechanismen eingeführt werden, mit denen der Missbrauch öffentlicher Unternehmen zu persönlichen oder unangemessenen politischen Zwecken verhindert und Integrität sichergestellt wird (bspw. Verbot von Finanzierung politischer Aktivitäten durch öffentliche Unternehmen).⁶⁴⁹

3.1.2 Rollenverteilung Eignerstellen und Fachämter

Die Eigentümerrolle des Staats ist institutionell von anderen Rollen des Staats, die Einfluss auf die Rahmenbedingungen der staatlichen unternehmerischen Tätigkeit und insbesondere auf die Marktregulierung haben könnten, zu trennen.⁶⁵⁰ Rechtliche sowie «ungeschriebene Hindernisse» für eine Auftragsvergabe, die fair ist, sollten beseitigt werden. In Bezug auf die Trennung zwischen den verschiedenen Rollen des Staats bei staatseigenen Unternehmen sollten sowohl vermutete als auch tatsächlich bestehende Interessenskonflikte berücksichtigt werden.⁶⁵¹ Die Eignerstelle sollte mit der Anti-Korruptions-Stelle im Austausch in Bezug auf die Prävention von Korruption oder irregulären Praktiken stehen.⁶⁵²

3.2 Literatur

3.2.1 Ausgestaltung Eignermodell

In den meisten von 30 untersuchten Ländern wird die Rolle des Eigners durch ein einziges Departement (ministry) ausgeübt.⁶⁵³ In wenigen Ländern bestehen neben dem Departement noch weitere Stellen wie beispielsweise das Parlament (vgl. bspw. USA und Frankreich für gewisse Einheiten), die Einfluss auf die Steuerung und die Aufsicht haben. Sind mehrere Stellen bei der Aufsicht und der Steuerung involviert, kann dies zu Koordinationsproblemen führen. In diesem Fall sollte ein Departement eine Koordinationsfunktion innehaben.⁶⁵⁴

Das dezentralisierte und das dualistische Eignermodell waren bisher verbreitete Eignermodelle. Es ist zu beobachten, dass mehrere Länder diese Modelle nun durch das zentralisierte Modell oder durch eine Koordinationsstelle (advisory modell) ablösen, um den Fokus zu schärfen und die Professionalität sicherzustellen.⁶⁵⁵ Bei den dualen und dezentralisierten Modellen sei der Fokus auf die Eignerrolle zu gering und auch die Verantwortlichkeiten der öffentlichen Unternehmen würden zu wenig wahrgenommen.

⁶⁴⁸ OECD, Leitsätze 2005, S. 32, z.B. könnten Externe mit der Durchführung von Evaluationen oder mit der Ausübung von Vollmachtstimmrechten beauftragt werden; OECD, Leitsätze 2015, S. 41, 44.

⁶⁴⁹ OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 10–12; vgl. auch G20, High Level Principles, S. 3.

⁶⁵⁰ OECD, Leitsätze 2005, S. 30; OECD, Leitsätze 2015, S. 22; vgl. auch OECD, State-owned enterprises as global competitors, S. 123; OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 11–12.

⁶⁵¹ OECD, Leitsätze 2015, S. 54.

⁶⁵² OECD, ACI Guidelines Entwurf, S. 12.

⁶⁵³ VERHOEST ET AL., Government Agencies, S. 425.

⁶⁵⁴ Ebd., S. 426.

⁶⁵⁵ WORLD BANK, CG of state-owned enterprises, S. 71.

In der Schweiz ist nach der Grundkonzeption die Regierung zuständig für die Wahrnehmung der Eignerrolle, wobei sie vom entsprechenden Fachdepartement und vom Finanzdepartement unterstützt wird.⁶⁵⁶ Verwaltungsstellen, die über ausreichende Fachkompetenzen und Kenntnisse über das jeweilige Unternehmen verfügen, sind von zentraler Bedeutung für die Steuerung der öffentlichen Unternehmen.⁶⁵⁷

Zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion benötigt die Regierung geeignete Strukturen. Eine wichtige Funktion können spezialisierte Controllingdienste in der Verwaltung übernehmen.⁶⁵⁸ Es besteht die Möglichkeit, ein zentrales Beteiligungsmanagement einzurichten.⁶⁵⁹

Für die Wahrnehmung der Eignerrolle innerhalb der Verwaltung sind folgende drei Varianten denkbar: 1. Monistische Variante (zentrale, von den Fachdepartementen organisatorisch getrennte Stelle); 2. Duale Variante (Fachdepartement und Finanzdepartement); 3. Dezentrale Variante (jeweiliges Fachdepartement). Auf Bundesebene erfolgt die Wahrnehmung der Eignerrolle je nach Art der ausgelagerten Aufgabe.⁶⁶⁰ Bei Einheiten, die Dienstleistungen am Markt respektive Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, wird die duale Variante gewählt. Die monistische Variante wurde abgelehnt, weil diese hinsichtlich des Ressourcenbedarfes die weniger effiziente Variante darstelle.⁶⁶¹ Ein monistisches System hätte jedoch wesentliche Vorzüge, wobei zu beachten bleibt, dass ein Wechsel auf dieses System weitreichende Konsequenzen haben könnte.⁶⁶²

Beim dualen Modell wird der Bundesrat bei der Wahrnehmung seiner Eignerrolle vom Generalsekretariat des Fachdepartements sowie von der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) unterstützt.⁶⁶³ Das GS UVEK ist zuständig für den Steuerungsprozess und die EFV gibt sowohl zu den strategischen Zielen als auch im Kontrollprozess jeweils ihre Sichtweise bekannt, wobei sie sich insbesondere auf die finanziellen Aspekte konzentriert.⁶⁶⁴ Bezüglich Finanzaufsicht kann der Bundesrat zusätzlich die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) beiziehen.⁶⁶⁵ Dadurch können die verschiedenen Sichtweisen der aufgaben- und unternehmensbezogenen Steuerung transparent gemacht und durchdiskutiert werden.⁶⁶⁶ Die Verantwortung für die Aufsicht liegt beim Bundesrat.⁶⁶⁷ Bei einer vermehrt unternehmensbezogenen Steuerung wäre zu prüfen, ob ein Departement alleine für die Wahrnehmung der Eignersteuerung zuständig sein könnte oder ob allenfalls eine staatliche Beteiligungsgesellschaft eingesetzt werden sollte. Somit könnte das Know-how gebündelt und die Konsistenz der Steuerung gestärkt werden.⁶⁶⁸

⁶⁵⁶ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 57.

⁶⁵⁷ LIENHARD/WICHTERMANN, PCG, S. 841.

⁶⁵⁸ BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, S. 93.

⁶⁵⁹ LIENHARD, Grundlagen PCG, S. 57.

⁶⁶⁰ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 110-111.

⁶⁶¹ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 42.

⁶⁶² Vgl. für die SBB: RIEDER ET AL., Evaluation BAV 2017, S. 30-31, wobei in diesem Fall die EFV als geeignete Stelle für die Wahrnehmung der Eignerrolle genannt wird.

⁶⁶³ Vgl. STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 8 (Analyse mit Fokus auf SBB, Post und Swisscom).

⁶⁶⁴ Ebd., S. 37.

⁶⁶⁵ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 17.

⁶⁶⁶ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 18-20.

⁶⁶⁷ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 17.

⁶⁶⁸ STEINER ET AL., Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, S. 20.

Gemäss einer 2012 durchgeführten Evaluation verfügten weder das GS UVEK noch die EFV über die nötigen Ressourcen, um die Zielerreichung der Unternehmen mit eigenen Erhebungen zu messen.⁶⁶⁹ Innerhalb beider Departemente waren je drei Vollzeitstellen mit der Wahrnehmung der Eignergutachten betraut.⁶⁷⁰ Es besteht eine grosse Vertrauenskultur, die vor dem Hintergrund von Informationsasymmetrien zu beurteilen ist. Das Verhalten und die Leistungen der Unternehmen werden jedoch von der Bevölkerung und den Medien kritisch verfolgt, was die Problematik etwas entschärft.⁶⁷¹

3.2.2 Rollenverteilung Eignergutachten und Fachämter

Fallbeispiel SBB: Das BAV war an den Eignergutachten mit den SBB beteiligt.⁶⁷² Dies wurde als problematisch erachtet, da das BAV dadurch bei der Festlegung und Beurteilung der Ziele mitwirkte, aber gleichzeitig jedoch auch die Fachaufsicht über sämtliche Transportunternehmen ausübte.⁶⁷³ Mittlerweile nimmt das BAV nicht mehr an den Eignergutachten mit der SBB teil.⁶⁷⁴

Aufgrund der potenziellen Rollenkonflikte sind die für die Ausübung der Eignergutachten zuständige Stelle und die für die Gewährleistung der Aufgabenerfüllung verantwortliche Stelle institutionell zu trennen.⁶⁷⁵

Die Rolle als Träger der Fachaufsicht bezieht sich auf die Gewährleistung der fachlich korrekten (inkl. rechtmässigen) und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung. Ansatzpunkt sind die Rechtsnormen und geprüft wird, ob der definierte Leistungsauftrag eingehalten wird. Sie dürfte sich weitgehend auf eine ex-post-Kontrolle beschränken und insbesondere prüfen, ob die internen Aufsichtsmechanismen (interne Aufsichts-, Controlling-, Reportingsysteme) der ausgelagerten Einheit eine wirtschaftliche und fachlich korrekte Aufgabenerfüllung sicherstellen. Gewisse Leistungen wie beispielsweise Leistungen der Grundversorgung werden unmittelbar überwacht.⁶⁷⁶ Die Rolle des Gewährleisters umfasst die Rollen der Fachaufsicht, der Leistungsbestellung und der Regulierung. Dem Bundesrat kommt im Rahmen der Steuerung einer konkreten Einheit die Verantwortung zu für eine Gesamtsicht, welche die Sichtweisen der Gewährleister- und der Eignergutachten vereint und eine «Konzernoptik» einnimmt.⁶⁷⁷

Der Bundesrat sollte die verselbstständigten Einheiten nicht bloss aus der Eignergutachten heraus beaufsichtigen, sondern es sollten – auf einer höheren Stufe – auch die Ergebnisse der Fachaufsicht miteinbezogen werden.⁶⁷⁸ Die Rolle des Bundes als Träger der Fachaufsicht

⁶⁶⁹ Ebd., S. 24.

⁶⁷⁰ Ebd., S. 37.

⁶⁷¹ Ebd., S. 39.

⁶⁷² Der Fokus der Analyse liegt auf der Eignergutachten des Bundes, Ebd., S. 13, 25.

⁶⁷³ Ebd., S. 19.

⁶⁷⁴ RIEDER ET AL., Evaluation BAV 2017, S. 184.

⁶⁷⁵ GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten des Staates, S. 109; vgl. auch RIEDER ET AL., Evaluation BAV 2017, S. 182.

⁶⁷⁶ BURRI, Aufsicht und Oberaufsicht, S. 26.

⁶⁷⁷ Ebd., S. 27, welcher zudem noch die Gewährleisterrolle im weiten Sinn nennt, welche die "überdachende Gesamtverantwortung die Aufgabe der optimalen organisationsrechtlichen Konzeption eines Kontrollsystems" umfasse.

⁶⁷⁸ Ebd., S. 41.

wird im Corporate-Governance-Bericht nicht erörtert und es fehlen Leitsätze oder Ausführungen zu der Fachaufsicht.⁶⁷⁹

Auf Bundesebene besteht die Vorstellung, dass im Fachdepartement eine Stelle mit Vorbereitungs- und Koordinationsarbeiten im Rahmen der Eignerpolitik betraut sein sollte, welche unter anderem nach Möglichkeit nicht mit Tätigkeiten der Fachaufsicht oder mit Leistungsbestellungen betraut ist. Die Fachaufsicht muss indessen unabhängig von der Eignersicht ausgeübt werden. Resultate der Fachaufsicht dürfen nicht bereits auf Verwaltungs- beziehungsweise Departementsebene, sondern sollen erst auf Regierungs- beziehungsweise Bundesratsebene in die Gesamtoptik einfließen (ausser der Bundesrat delegiert seine Aufsichts- und Steuerungsaufgaben an ein Departement).⁶⁸⁰

3.3 Konzeption Bundesebene

3.3.1 Ausgestaltung Eignermodell

In Bezug auf die verselbstständigten Einheiten wählt der Bundesrat die Organe, er erlässt strategische Ziele und er übt die Kontrolle aus, indem er sich insbesondere im Rahmen periodischer Berichterstattungen und Rechenschaftsablagen über die Erfüllung der vorgegebenen Ziele informieren lässt. Bei der Kontrolle der Aktiengesellschaften (wie der Swisscom oder der SBB) wird der Bundesrat durch das jeweilige Fachdepartement und das EFD unterstützt. Im Auftrag des Bundesrats sind die Departemente zuständig für das Controlling, wobei sie dem Bundesrat ihre Analysen der Unterlagen, die die Aktiengesellschaften bei ihnen einreichen, unterbreiten.⁶⁸¹

Eignerpolitische Geschäfte müssen auf Verwaltungsebene so organisiert und koordiniert werden, dass die verschiedenen Interessen und Rollen des Bundes für politische Entscheidungsträger transparent gemacht werden und entsprechend Entscheide in Kenntnis der unterschiedlichen Interessenlagen und unter bewusster Prioritätensetzung getroffen werden können.⁶⁸²

Für die Wahrnehmung der eignerpolitischen Geschäfte standen drei Varianten für die interne Rollenverteilung zur Auswahl: die monistische Variante, die duale Variante sowie die dezentrale Variante.⁶⁸³ Bei der monistischen Variante ist eine zentrale Verwaltungsstelle zuständig, um die eignerpolitischen Geschäfte vorzubereiten und zu koordinieren. Diese Verwaltungsstelle ist organisatorisch getrennt von den Fachdepartementen beziehungsweise von Stellen mit Funktionen der Fach-, Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht oder der Leistungsbestellung.⁶⁸⁴ Bei der dualen Variante werden die Vorbereitung und die Koordination der eignerpolitischen Geschäfte durch ein Fachdepartement sowie durch die EFV wahrgenommen. Das Fachdepartement ist federführend – insbesondere bei der Vorbereitung von Wahlgeschäften, beim Ausarbeiten der strategischen Ziele sowie bei Vorarbeiten für die Aufsicht des Bundesrats. Die EFV ist federführend in Bezug auf den Bereich der Pensionskassen, der Aktienkäufe/-verkäufe, der Rekapitalisierung, der finanziellen Vorgaben sowie in Bezug auf die Gewinnausschüttung. Die Einheit, die jeweils nicht federführend ist, ist der anderen zur Zusammenarbeit zugewiesen. Die duale Variante wird

⁶⁷⁹ Ebd., S. 55.

⁶⁸⁰ Ebd., S. 42.

⁶⁸¹ BUNDESRAT, Corporate-Governance-Bericht, S. 8292.

⁶⁸² Ebd., S. 8289, diese Prioritätensetzung muss grundsätzlich durch den Bundesrat selbst wahrgenommen werden.

⁶⁸³ Ebd., S. 8289-8290.

⁶⁸⁴ Ebd., S. 8289-8290.

bei den SBB, der Post, der RUAG und der Swisscom angewendet.⁶⁸⁵ Die Vorbereitung und die Koordination der eignerpolitischen Geschäfte werden somit durch ein Fachdepartement sowie durch die EFV wahrgenommen. Das Fachdepartement ist federführend – insbesondere bei der Vorbereitung von Wahlgeschäften, beim Ausarbeiten der strategischen Ziele sowie bei Vorarbeiten für die Kontrolle des Bundesrats. Die EFV ist federführend in Bezug auf den Bereich der Pensionskassen, der Aktienkäufe/-verkäufe, der Rekapitalisierung, der finanziellen Vorgaben sowie in Bezug auf die Gewinnausschüttung.⁶⁸⁶ Bei der dezentralen Variante ist ein Fachdepartement alleine federführend bei der Vorbereitung und Koordination eignerpolitischer Geschäfte. Die dezentrale Variante wird beispielsweise beim IGE und dem ETH-Bereich umgesetzt.⁶⁸⁷

Um eine transparente Darstellung sicherzustellen und eine ausreichende Berücksichtigung der Interessenskonflikte zwischen den verschiedenen Rollen zu vermeiden, ist die monistische Variante am geeignetsten. Durch diese werden die Eignerpolitik und die Interessen der Fach-, Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht getrennt. Auch bei einer Zuständigkeit der Fachdepartemente lassen sich Interessenskonflikte minimieren, wenn die Eignerpolitik durch eine Stelle wahrgenommen wird, die weder für die Fachaufsicht noch für die Wirtschafts- oder Sicherheitszuständigkeit oder die Leistungsbestellung zuständig ist und keinerlei solche Geschäfte wahrnimmt. In den meisten Fällen könnte dafür eine Stelle für die Eignerpolitik im Generalsekretariat des zuständigen Fachamtes eingesetzt werden. Sowohl bei der dualen als auch bei der dezentralen Variante wäre dies umsetzbar.⁶⁸⁸

Da mit der Eigenerrolle auch aufgabenseitige Ziele verfolgt werden, muss die für die Eignerpolitik zuständige Stelle über spezifisches Wissen in den jeweiligen Aufgabenbereichen verfügen. Bei der monistischen Variante besteht die grösste Distanz zwischen der für die Eignerpolitik zuständige Stelle und den Fachämtern, die über aufgabenspezifisches Wissen verfügen. Entweder müsste sich die mit der Eignerpolitik befasste Stelle eigens aufgabenspezifisches Wissen aneignen oder sie müsste den Informationsfluss vom Fachamt mit entsprechendem Aufwand sicherstellen. Bei den anderen beiden Varianten ist der Aufwand geringer, um sicherzustellen, dass die mit der Eignerpolitik betraute Stelle über aufgabenspezifisches Wissen verfügt. Die monistische Variante würde demnach tendenziell einen höheren Personalaufwand bedingen.⁶⁸⁹ Konzerninteressen des Bundes, die im Bereich verselbstständigter Einheiten insbesondere auf finanzpolitischer Ebene berührt werden, lassen sich bei der monistischen Variante einfacher umsetzen, weil nur eine Stelle verantwortlich ist. Dies setzt jedoch voraus, dass diese Stelle über das nötige Wissen verfügt. Auch bei der dualen Variante können die finanzpolitischen Konzerninteressen durch den Einbezug der EFV angemessen verfolgt werden.⁶⁹⁰

Die monistische Variante kann zwar die Transparenz über allfällige Interessenskonflikte am besten herstellen und die Verfolgung einer Konzernoptik am besten gewähren. Sie ist jedoch in Bezug auf den Ressourcenbedarf die am wenigsten effiziente Variante. Auch bei der dualen und der dezentralen Variante lassen sich Interessenskonflikte reduzieren, wenn eine spezifische Stelle mit Geschäften in Bezug auf die Eignerpolitik betraut wird. Die beiden letztgenannten Varianten gewähren überdies erhöhte Effizienz und Sachkunde. Bei der dualen Variante kann die Wahrung der Konzerninteressen aufgrund des Einbezugs

⁶⁸⁵ Ebd., S. 8290, 8295, für die RUAG vgl. S. 8292.

⁶⁸⁶ Ebd., S. 8235-8236.

⁶⁸⁷ Ebd., S. 8290.

⁶⁸⁸ Ebd., S. 8290.

⁶⁸⁹ Ebd., S. 8290-8291.

⁶⁹⁰ Ebd., S. 8291.

der EFV besser sichergestellt werden als bei der dezentralen Variante.⁶⁹¹ Insbesondere aus Effizienzgründen verzichtete der Bundesrat darauf, die monistische Variante einzuführen. Er entschied sich – je nach Bedeutung der verselbstständigten Einheit – für die dezentrale und die duale Varianten.⁶⁹²

Bei Einheiten mit Dienstleistungen am Markt wird die Vorbereitung und Koordination der Eignerpolitik gemeinsam durch das Fachdepartement und die EFV wahrgenommen. Im Fachdepartement ist eine spezifische Stelle für diese Aufgabe zuständig. Diese Stelle sollte organisatorisch von der Fachaufsicht oder der Leistungsbestellung getrennt sein.⁶⁹³

3.3.2 Rollenverteilung Eignerstellen und Fachämter

Das Ziel der fachlich korrekten Aufgabenerfüllung wird vom Bund sowohl im Rahmen seiner Eignerrolle als auch im Rahmen der durch ihn ausgeübten Fachaufsicht verfolgt. Die Eignerrolle bezieht sich jedoch hauptsächlich auf betriebswirtschaftliche Aspekte (betriebliche Kosten-Nutzen-Überlegungen), während für die Fachaufsicht das öffentliche Interesse an der Aufgabenerfüllung zentraler Ansatzpunkt ist.⁶⁹⁴

In den strategischen Zielen des Bundesrats für die SBB (2015–2018) findet sich im Einleitungstext der Hinweis, dass der Bund dafür sorgt, dass seine Rollen und Kompetenzen als Eigner, Besteller, Regulator und Aufsichtsbehörde getrennt sind. Die Rollenverteilung zwischen den Eignerstellen und den Fachämtern wird gesetzlich nicht geregelt.

3.4 Rechtsgrundlagen Bundesebene

Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (OV-UVEK) nimmt das Generalsekretariat des UVEK innerhalb des UVEK die Eignerinteressen gegenüber den gemischt-wirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmen wahr.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (OV-VBS) nimmt das VBS «die Aktionärsrechte des Bundes an der Beteiligungsgesellschaft der Rüstungsunternehmen des Bundes wahr.»

In der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Finanzdepartement (OV-EFV) wird die Eignerrolle nicht explizit erwähnt.

Das Eignermodell als solches ist gesetzlich nicht verankert.

Regelungen in Bezug auf Verhaltensstandards, die auch für mit Eignerfunktionen betraute Angestellte gelten, finden sich in Art. 94a ff. BPV sowie in weiteren Dokumenten wie beispielsweise dem Verhaltenskodex Bundesverwaltung sowie departementsinternen Verhaltenspflichten.

⁶⁹¹ Ebd., S. 8291.

⁶⁹² Ebd., S. 8294.

⁶⁹³ Ebd., S. 8294.

⁶⁹⁴ Ebd., S. 8289.